

Droit de la famille et droits de l'homme en Algérie : Une coexistence toujours conflictuelle.

AKROUNE Yakout

Pour évaluer l'impact de la philosophie des droits de l'homme sur le droit algérien et estimer le degré de diffusion de l'idéologie des droits humains dans un secteur très sensible, celui de la famille considérée comme un élément fondamental dans toute société, un rappel historique est nécessaire.

Cette approche aura le mérite de replacer l'état du droit positif de la famille dans une perspective évolutive de la société et de mettre en exergue, par la même occasion, les résistances à l'importation de modèles juridiques qui n'ont pas d'ancrage dans la culture du pays d'accueil.

Nous observerons, à cette occasion, un mouvement de balancier entre des avancées et des reculs, résultat des luttes de courants politiques antagonistes.

Mais il faut d'ors et déjà relever que ceci n'est pas propre à une société donnée mais se vérifie dans pratiquement tous les pays qui revendiquent l'exception culturelle ou opposent l'exception de l'ordre public, dès lors qu'il y a risque d'intrusion d'éléments ou de concepts étrangers à leur culture¹.

La famille constitue, en effet, le lieu, par excellence, des particularismes culturels, le lieu où s'expriment le plus l'identité nationale et les différences irréductibles.

Nous devons noter, à ce propos, que si la mondialisation de l'économie, présentée comme un phénomène objectif qui échappe au volontarisme, a induit une mondialisation incontestable du droit, le droit applicable au statut personnel oppose une résistance farouche à l'uniformisation du modèle familial.

Nous remonterons, dans notre approche, à la période de l'occupation française pour des raisons évidentes.

1. L'exemple du rejet épidermique et violent des concepts de droit musulman, de polygamie ou de répudiation, par les juridictions occidentales, pour contrariété de l'ordre public local, est très classique.

Le code civil napoléonien de 1804, fortement imprégné de la philosophie de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, a été appliqué en Algérie dès la conquête, en 1830. Seul lui échappait, du moins dans un premier temps, le statut personnel des algériens qui restait soumis au droit musulman et à une pluralité de systèmes juridiques coutumiers².

Mais cette concession faite à la population autochtone sera progressivement récupérée par la lecture subversive que les magistrats français faisaient, alors, de la loi musulmane qui sera, ainsi sérieusement altérée et progressivement pénétrée des principes du droit civil français³.

L'œuvre prétorienne sera rapidement confortée par l'intervention du législateur français qui retirera à la loi musulmane un certain nombre de matières telles l'absence et la tutelle⁴, la preuve du mariage⁵, la conclusion et la dissolution du mariage⁶.

Les règles du droit civil français, adossés aux principes de liberté et d'égalité, pénètrent, ainsi, par la voie royale le statut personnel des algériens qui sera débarrassé de tous les concepts et institutions qui paraissaient choquants et contraires aux conceptions philosophiques et juridiques de la République française⁷, «terre des droits de l'homme».

2. La convention conclue le 5 juillet 1830 entre le général de Bourmont de l'armée française et le dey d'Alger Hussein Pacha, garantissait l'exercice libre du culte musulman («l'exercice de la religion mohamétane restera libre» était-il affirmé).

Très rapidement, soit trois mois après la signature de la convention, le Général en chef prend un premier arrêté par lequel il engage les autorités françaises, au maintien en l'état de la justice algérienne : il dispose clairement «Toutes les causes **entre musulmans, tant au civil qu'au criminel** seront portées par devant le **cadi maure**, pour y être jugées par lui, souverainement et sans appel, d'après **les règles** et suivant les formes instituées dans le pays....»

Mais c'est le décret du 1^o octobre 1854 qui précisera encore plus nettement que les conventions entre musulmans ainsi que **les questions d'état** seront régies par **le droit musulman**.

3. Voir sur la question de la pénétration du droit civil français dans le statut personnel des algériens :

• Benmelha (G.) : La famille algérienne entre le droit des personnes et le droit public RA 1982 numéro spécial 20^o anniversaire p.29

• Bontems (C.) :

1- une technique jurisprudentielle de pénétration du droit matrimonial français en Algérie : l'option de législation RA 1978 p.37

2-l'influence française dans le projet de code de la famille algérienne RA 1982 n^o4 p.625

4. Loi du 57-778 du 11 juillet 1957 portant réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman.

5. Loi 57-777 relative à la preuve du mariage.

6. Loi 59-274 du 4 février 1959 complétée par le décret d'application du 17 septembre 1959.

7. Ainsi le droit de contrainte matrimoniale (le droit de djabr) et les règles de l'attribution du droit de garde ont subi des fléchissements qui les rapprochent des conceptions civilistes.

L'option de législation offerte aux algériens auxquels il est proposé, dès 1834 mais avec plus de clarté en 1859⁸, de se mettre sous l'empire du droit civil, élargira l'influence des conceptions civilistes françaises⁹.

Mais quel sort l'Algérie indépendante réservera t'elle à cet héritage juridique ? Va t'elle le balayer au nom d'une souveraineté recouvrée ou au contraire, va t'elle le préserver pour éviter une rupture brutale et un vide juridique préjudiciables aux intérêts des individus et de la nation ?

L'Algérie fait le choix de la continuité pour ne pas «laisser le pays sans loi», «les circonstances n'ayant pas permis de (le) doter d'une législation conforme à ses besoins et à ses aspirations»¹⁰.

C'est donc, ainsi, que le code civil français continuera à s'appliquer en Algérie et à y diffuser sa philosophie après avoir subi une sorte de naturalisation ; certains diront une algérianisation pour infléchir certains principes jugés trop étrangers à la culture musulmane.

Ainsi, son application se fera sous réserve d'inventaire puisque «tous les textes et les dispositions portant atteinte à la souveraineté intérieure et extérieure de l'Etat algérien ou inspiration colonialiste ou discriminatoire, tous les textes d'application ou dispositions portant atteinte à l'exercice normale des libertés démocratiques, sont considérés comme nuls et non avenue»¹¹.

Ont été ainsi reconduits les lois de 1957 sur la preuve du mariage, la tutelle et l'absence et celle de 1959 régissant la conclusion et la dissolution du mariage.

8. Le décret du 31-12-1859 relatif à l'organisation de la justice musulmane dispose en son article premier : «**la loi musulmane** régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre les indigènes musulmans ainsi que les **questions d'état**. Toutefois, la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la **loi française** entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français».

Mais c'est le décret de 1886 qui clarifiera plus cette option puisqu'il autorise la renonciation au statut local : Les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse à **leurs droit et coutumes pour se soumettre à la législation française**», dispose t'il.

9. Les juges français joueront un rôle prépondérant dans la diffusion des conceptions civilistes présentées comme le modèle de référence «Les tribunaux français ont le droit, dans l'intérêt supérieur de l'humanité et de la justice, de suivre sur chaque point celui des quatre rites orthodoxes qui se rapproche le plus du droit français ». Morand, note sous l'arrêt du 26-1-1926 R.A. 1930 p.45.

Voir sur l'impact du droit français sur le droit musulman, Pruvost (L.) : femmes d'Algérie, société, famille et citoyenneté. Alger Casbah 2001.

10. Exposé des motifs de la loi 62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962 (J.O.R.A 1963 P.18)

11. Article 2 de la loi 62-157 du 31 décembre 1962

Ces textes, nous l'avons déjà signalé, sont fortement imprégnés des conceptions civilistes françaises, empreintes d'égalité et de liberté.

Cette influence s'est maintenue et s'est manifestée de manière concrète, dans les projets de code de la famille élaborés dans les premières années de l'indépendance¹².

Ainsi la conception musulmane du mariage sera particulièrement infléchie, voire dénaturée, dans le sens d'une plus grande protection de la femme et de l'enfant ; on y retrouve une transposition pure et simple des règles du droit civil¹³.

La loi du 31 décembre 1962 sera abrogée en 1973 par l'ordonnance 73-29 du 5 juillet¹⁴. A partir du 5 juillet 1975, le code civil français ainsi que toute la législation reconduite, cesseront de s'appliquer en Algérie ; Le code napoléonien sera remplacé par un code algérien qui est promulgué le 26 septembre 1975¹⁵.

Ce nouveau texte qui s'inspire assez largement du code auquel il se substitue, s'en écarte par une particularité notable : l'absence de dispositif applicable aux relations familiales.

Le chapitre 1 du code civil algérien relatif aux «personnes physiques», ne comporte pas de règles applicables au mariage, divorce, filiation et aux relations personnelles et patrimoniales entre époux et parents et enfants.

12. Trois projets de code de la famille ont précédé le texte actuellement en vigueur : le premier a été élaboré en 1965-1966, le second en 1969 et le troisième en 1971-1972.

Voir pour leur étude, même rapide :

Bencheneb (A.) : le droit algérien de la famille entre la tradition et la modernité R.A. 1982 n°1 p.23

Benmelha (G.) le droit algérien de la famille Office des publications universitaires Alger 1993.

Bontems (C.) l'influence française dans le projet de code de la famille algérienne R.A. 1982 n°4 p.625.

Hamdani (L.) : les difficultés de codification du droit de la famille algérien. RIDC 1985 n°4 p.411.

Saï (F.Z.) : Quelques remarques à propos de la codification du droit de la famille, CRIDSSH Oran 1983. Série, droit et systèmes politiques n°7 p.32.

13. Voir l'analyse faite par Bontems (C.) dans R.A. 1982 op. cit.

14. J.O.R.A 1973 p.678.

15. Ordonnance 75-58 J.O.R.A. 1975 p.818.

Le législateur algérien n'a réglementé, dans ce texte que les questions de conflit de lois. Il faut, à ce propos signaler, que les règles de conflit algériennes sont une reprise des règles françaises qu'elles soient de nature législative¹⁶ ou jurisprudentielle¹⁷.

Mais la société algérienne était déjà, à l'époque, travaillée par de fortes contradictions entre deux modèles, l'un moderniste, l'autre plus rattaché à la tradition musulmane.

Ces antagonismes inconciliables ont imprimé leur marque dans les premières moutures de l'actuel code de la famille.

Les avant-projets de 1979 et 1981 ont tranché les luttes en faveur d'une conception patriarcale de la famille.

Le texte final, promulgué le 9 juin 1984, a balayé avec désinvolture les emprunts faits au droit civil et les acquis liés à la modernité arrachés par la lutte et la résistance farouches des femmes.

La dynamique est celle de l'expansion du modèle traditionnel et le retrait progressif de la modernité.

Le retour aux conceptions passéistes et archaïques triomphe.

La philosophie et la lettre du code de la famille en vigueur en Algérie largement inspiré de la charia'a, marquent une régression notable par rapport au discours politique et idéologique véhiculés par la charte nationale de 1976 ainsi que par rapport à la constitution de 1976.

Ce texte prononce la répudiation irrévocable du modèle de la famille moderne construit sur les principes d'égalité et de liberté de ses membres et leur respect mutuel.

Les amendements à la loi 84-11, introduits en 2005¹⁸, s'ils représentent une avancée certaine, demeurent, toutefois, en deçà des attentes des militants du droit à l'égalité qui revendiquaient une refondation du droit de la famille.

16. L'article 3 du code civil français est en partie repris par l'article 10 du code civil algérien.

17. Les articles 9, 11, 12, 17, 18, 19 et 20 codifient les règles françaises d'origine prétorienne.

18. Ordonnance 05-02 du 27-2-2005, modifiant et complétant la loi 84-11 portant code de la famille.

Paradoxalement, l'Algérie a adhéré massivement et dès l'indépendance, aux instruments conventionnels relatifs aux droits de l'homme¹⁹.

19. Ainsi, outre son adhésion, au lendemain de l'indépendance, à la déclaration universelle des droits de l'homme du 10-12-1948 (article 11 de la Constitution de 1963 J.O. n°64 du 10-9-1963), Elle adhéra dès 1963 (décret 63-341 du 11-9-1963 J.O. n° 66 du 14-9-1963) à :

- La convention pour la répression de la traite des femmes et des enfants signée à Genève le 30-5-1921 et amendée par le protocole du 12-11-1947.

- La convention relative à la répression de la traite des femmes majeures signée à Genève le 11-10-1933 et amendée par le protocole du 12-11-1947.

- L'arrangement international en vue d'assurer une protection efficace contre le trafic criminel connu sous le nom de traite des blanches signé à Paris le 18-5-1904 et amendé par le protocole du 4-5-1949.

- La convention internationale relative à la répression de la traite des blanches signée à Paris le 4-5-1910 et amendée par le protocole du 4-5-1949.

La convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui signée à Lake Success le 21-3-1950.

- Aux deux pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques (ratifiés le 16-5-1989 avec déclarations interprétatives sur les articles 1, 8,13 et 23 pour le premier sur les articles 1,22 et 23 pour le deuxième). J.O. n°20 du 17-5-1989.

A la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciale (ratifiée le 15-12-1966 J.O n°110 du 30-12-1966).

- A la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ratification le 3-2-1987 J.O. n°6 du 4-2-1987).

- A la déclaration de Dacca sur les droits de l'homme en Islam.

- A la convention de New York relative aux droits de l'enfant signée à New York le 20-11-1989 (ratifiée le 19-12-1992 par le décret présidentiel 92-06 du 19-12-1992 avec déclarations interprétatives sur les articles 13,14§1 et 2,16 et 17 J.O. n°91 du 23-12-1992).

- A la convention de Copenhague sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes signée en 1979 (ratifiée le 22-1-1996 avec réserves aux articles 2, 9§2, 15§4,16 et 29§1 J.O. n°6 du 24-1-1966)

- A la charte africaine des droits et du bien être de l'enfant adoptée à Addis Abéba en juillet 1990 (ratifiée le 8-7-2003 par le décret présidentiel 03-242 du 8-7-2003).

- Elle est également partie aux instruments relatifs au génocide, aux crimes de guerre et contre l'humanité et la torture, au droit humanitaire et aux réfugiés ainsi que ceux relatifs à l'esclavage et la traite des êtres humains.

Le code de la famille, même amélioré, entre ainsi en contradiction flagrante avec les principes et la philosophie de cet arsenal conventionnel bâti sur le célèbre triptyque : liberté, égalité, citoyenneté, alors même que la Constitution, consacre la primauté du droit international sur le droit interne²⁰ et reprend à son compte et de manière très forte ces trois règles²¹.

Il met le principe, ainsi, de liberté sous surveillance (I) et la règle de l'égalité entre parenthèses (II).

I- le code la famille met la liberté sous surveillance :

Le droit conventionnel des droits de l'homme consacre solennellement la règle de la liberté du mariage, du libre choix du conjoint et la liberté de culte.

1-1-Selon l'article 16 de la déclaration universelle des droits de l'homme, intégrée dans le droit interne algérien, «à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, **sans aucune restriction** quant à la race, la nationalité, ou la religion, ont le droit de se marier.

-(...) Le mariage ne peut être conclu qu'avec **le libre et plein consentement** des futurs époux».

L'article 23 du pacte international relatif aux droits civils et politiques réaffirme le même principe du libre consentement au mariage.

Ce principe élémentaire en vigueur dans pratiquement tous les pays laïques est récusé dans les pays musulmans à l'exclusion de la Tunisie dont la législation se singularise par son caractère non discriminatoire.

20. L'article 132 de la constitution du 28 novembre 1996 (correspondant à l'article 123 de la constitution de 1989) dispose clairement : «les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieures à la loi».

21. Le chapitre IV de la Constitution consacré aux droits et libertés formule avec solennité les droits de l'homme.

Ainsi l'article 29 ne souffre t'il d'aucune ambiguïté lorsqu'il affirme : «Les citoyens sont **égaux** devant la loi, sans que puissent prévaloir **aucune discrimination** pour cause de naissance, de race, de **sexe**, d'opinion, ou de toute autre condition ou circonstance personnelle et sociale».

L'article 32 est encore plus fort en disposant que «les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis.

Ils constituent le patrimoine commun de tous les algériens et algériennes, qu'ils ont le devoir de transmettre de génération en génération pour le conserver dans son intégrité et son inviolabilité».

Le code de la famille en vigueur en Algérie limite le libre choix de son conjoint de l'Algérienne ainsi que le libre consentement à son mariage²².

1-1-1-C'est ainsi qu'il est fait interdiction à l'algérienne, musulmane, par définition, d'épouser un non musulman²³ ; l'interdiction d'épouser un apostat²⁴ a disparu dans la nouvelle version du code de la famille.

1-1-2-Le code de la famille, avant sa modification de 2005, comportait une ambiguïté relativement au consentement au mariage.

En effet, alors que l'article 9 ancien déclarait, sans équivoque que «le mariage est contracté par le consentement des futurs époux», les articles 11 et 12 lui définissaient une configuration qui vidait de toute substance la liberté de la femme de consentir **personnellement** à son mariage.

La première des deux dispositions retirait à celle-ci le droit d'exprimer **directement** son consentement en faisant intervenir un tiers à la conclusion du mariage. L'article 11 précisait que «la conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial».

Ce tiers pouvait être le père, un proche parent ou même le juge lorsque la future épouse n'a pas de parent pouvant remplir cet office.

Le législateur a érigé en cause de nullité du contrat, l'absence du tuteur matrimonial, lors de la conclusion du mariage²⁵.

22. L'article 04, modifié en 2005, qui dispose que le mariage est un **contrat consensuel** passé entre une femme et un homme dans les formes légales», qui semble mettre l'accent sur le caractère consensuel de l'acte de se marier (consolidé par l'article 09), ne doit pas tromper puisque le tuteur matrimonial doit être présent lors de la célébration du mariage, même s'il ne participe pas à sa conclusion proprement dite (article 11). La pression psychologique demeure et peut infléchir une volonté.

23. Article 30 du code modifié : «est, également, prohibé temporairement...le mariage d'une musulmane avec un non musulman» l'interdiction est devenue temporaire et peut être levée par la conversion du non musulman à l'islam ; l'ancien article 31 était plus catégorique et plus sentencieux lorsqu'il disposait :

«La musulmane ne peut épouser un non musulman».

24. Article 32 ancien du code qui annule le mariage pour cause d'apostasie du conjoint.

25. L'article 33 disposait, en effet que : «contracté sans la **présence du tuteur matrimonial** (...) le mariage est déclaré entaché de **nullité** (...). Il s'agissait, cependant, d'une nullité relative pouvant être couverte par la consommation du mariage

Il y avait là une remise en cause des règles du code civil relatives au régime des incapacités. Les fondements de l'incapacité qui sont la minorité²⁶, l'interdiction, la démence, la faiblesse de l'esprit²⁷, ne réfèrent nullement au sexe. Celui-ci n'est pas une cause d'incapacité²⁸.

L'article 40 du code civil ne souffre, en effet, d'aucune ambiguïté lorsqu'il aborde la question de la capacité d'exercice : «**Toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils**».

Mais l'ordonnance de 2005 modificative de la loi de 1984, rétablit un certain équilibre en autorisant la femme majeure à conclure son mariage mais toujours en présence, comme nous l'évoquions plus haut, de son wali. Le doute resurgit, toutefois, à la lecture de l'article 9bis qui cite, parmi les éléments constitutifs du mariage, le wali «sans aucune autre indication. La porte est ouverte aux interprétations tendancieuses.

Quant à l'article 12§2, qui allait encore plus loin dans la remise en cause de la liberté de la femme de contracter mariage puisqu'il autorisait «le père (à) s'opposer au mariage de sa fille «bikr ((jeune fille) si tel est l'intérêt de la fille», il a été abrogé en 2005.

L'article 13 venait semer encore plus la confusion et entretenir le doute en affirmant qu' «il est interdit «au wali «(tuteur matrimonial «qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage la personne placée sous sa tutelle de même qu'il ne peut la marier sans son consentement».

Ces trois dispositions véhiculaient des contradictions qui trahissent la volonté de leurs auteurs de frapper la femme d'une incapacité juridique dans un seul domaine, celui du mariage²⁹.

La Constitution, garante de l'égalité et de la liberté de tous les algériens sans distinction de genre, n'institue aucune discrimination en matière d'exercice des droits³⁰.

26. Article 40 du code civil : «la majorité est fixée à 19 ans révolus».

27. Article 42 du code civil.

28. Même les dispositions du code de la famille relatives à la tutelle testamentaire et à l'interdiction (articles 81à108) ne mentionnent pas le sexe comme fondement à l'exercice d'une tutelle.

29. Le droit de djabr qui reconnaissait au père le droit de marier sa fille sans son consentement est néanmoins supprimé (article 12 du code de la famille).

30. Article 29 de la Constitution.

La femme peut exercer les plus hautes fonctions de l'Etat, prétendre à la magistrature suprême, investir tous les domaines professionnels, sans exclusive; mais la capacité de conclure un contrat de mariage lui était déniée. C'est le déni de droit par excellence.

L'avancée de 2005, l'achemine, malgré tout vers des horizons meilleurs et tend à adapter le code de la famille aux standards conventionnels³¹.

2- La liberté de se démarier, corollaire de la liberté de contracter mariage est légalement consacrée.

Mais la liberté du divorce au bénéfice de l'épouse connaît un réel recul dans le code de la famille.

2-1-La femme qui veut se délier des liens conjugaux doit, en effet, en requérir l'autorisation du juge et établir que sa demande rentre dans un des cas de figure limitativement énumérés dans l'article 53 du code.

Son droit reste, donc, soumis au bon vouloir du juge qui a un pouvoir d'appréciation exorbitant des preuves qu'elle présente à l'appui de sa demande.

Les risques d'arbitraire du juge sont d'autant plus réels que la remise en cause de sa décision est peu probable; En effet, le principe du double degrés de juridiction, garant d'une bonne justice, objective et impartiale, connaît, en matière de divorce, une exception.

"Les jugements rendus en matière de divorce par répudiation, à la demande de l'épouse ou par le biais du khôl, ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans leurs aspects matériels «affirme l'article 57 du code de la famille.

Certes, le pourvoi en cassation subsiste, mais la Cour Suprême est juge du droit et non du fait qui est soumis à l'appréciation exclusive des seuls juges de fond.

2-2- La sévérité des conditions mises à l'exercice du droit au divorce, contraint les femmes décidées à rompre la relation conjugale, à recourir au khol³² qui demeure une procédure discutable ; la femme doit, pour ce faire, verser une certaine somme à son époux pour obtenir la fin de la vie commune.

31. L'exposé des motifs de l'ordonnance insiste sur la nécessité de mettre à niveau le droit interne pour le conformer aux engagements conventionnels de l'Algérie.

32. Article 54 du code de la famille.

3- **La liberté testamentaire** connaît, également une double limite.

3-1-L'une **personnelle** concerne les bénéficiaires du legs. Lorsque le testateur veut faire bénéficier d'une libéralité un héritier légal, l'accord des co-héritiers³³ est exigé mais post-mortem.

3-2-L'autre est matérielle et touche le patrimoine susceptible de faire l'objet d'un legs. Le testament ne peut, en effet, porter sur la totalité des biens du testateur qui ne peut en disposer que dans la limite du tiers³⁴. A défaut l'accord des héritiers est requis³⁵.

4- **La liberté du culte**, également consacrée par les textes conventionnels relatifs aux droits de l'homme, est remise en cause.

Citons, à titre de simple exemple, la convention relative aux droits de l'enfant dont l'article 14 invite «les Etats parties (à respecter) le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et **de religion**», dans le respect du rôle de guide des parents.

Or, sur ce point précis, l'Algérie a produit une déclaration interprétative par laquelle elle précise le sens qu'elle entend donner à cette disposition qui ne saurait contredire les «fondements essentiels du système juridique algérien».

Elle vise, incontestablement, la Constitution dont l'article deux fait de l'Islam la religion de l'Etat et le code la famille³⁶.

Cette déclaration précise que l'éducation de l'enfant se fait dans la religion du père et renvoie ainsi à l'article 62 du code de la famille qui définit la garde.

Celle-ci «consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant **dans la religion de son père**».

33. Article 189 : «Le testament fait au profit d'un héritier ne produit effet que si les cohéritiers y consentent après le décès du testateur».

34. Article 185 : «Les dispositions testamentaires ne peuvent excéder la limite du tiers du patrimoine».

35. Idem : «L'excédent du tiers du patrimoine du disposant ne s'exécute que si les héritiers y consentent».

36. Voir Saï (F.Z.) : les réserves et déclarations interprétatives émises par l'Algérie à l'égard des conventions internationales : la Convention de Copenhague et la convention relative aux droits de l'enfant. Communication présentée aux cinquièmes journées maghrébines Mustapha Chaker de droit constitutionnel Tunis janvier 2002.

Cette disposition vise, sans aucun doute les enfants issus de couples mixtes lorsque la mère n'est pas musulmane³⁷.

Elle produit une double rupture par rapport, d'une part, à la liberté de religion et d'autre part, à la responsabilité commune reconnue aux deux parents, dans une totale égalité, dans l'éducation des enfants.

La sauvegarde de la religion musulmane est réitérée dans l'objection faite à l'article 17 de la même convention qui reconnaît à l'enfant le droit à une information appropriée à travers des sources diversifiées et un matériel adéquat.

La déclaration interprétative dont est assortie cette disposition invoque l'article 26 de la loi sur l'information qui prohibe les publications «contraires à la morale islamique».

II- Le code de la famille met la règle de l'égalité entre parenthèses :

La Constitution³⁸ ainsi que le droit international des droits de l'homme font de l'égalité, une règle sacrée, une règle de jus cogens au sens de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969³⁹.

Pourtant, le législateur de 1984 ne s'est embarrassé ni des dispositions de la Constitution de 1976, alors en vigueur, ni des principes du droit international.

C'est avec une désinvolture et une sérénité remarquables qu'il rompt la règle de l'égalité en instituant, dans le code de la famille, plusieurs discriminations.

La discrimination irrigue, en effet, profondément l'organisation de la famille algérienne.

Elle s'exprime dans le statut des époux, dans celui des parents et enfin entre les enfants.

2-1-La rupture de l'égalité dans le mariage :

Elle se manifeste au moment de la formation du mariage, en cours de vie conjugale et enfin au moment de la dissolution du lien conjugal.

37. L'article 18 de la convention de New York affirme la responsabilité conjointe des deux parents d'élever les enfants.

38. Article 29 déjà cité, cf. supra p.6

39. Que l'Algérie a ratifiée.

2-1-1-L'inégalité dans la formation du lien conjugal :

2-1-1-1-Nous avons déjà évoqué la mise sous tutelle de la femme qui ne peut conclure son mariage, qu'en présence d'un wali alors que la tutelle matrimoniale ne s'exerce nullement sur l'homme, même mineur.

2-1-1-2- L'âge du mariage n'était pas analogue pour l'homme et la femme : il était de 18 ans pour la femme et 21 ans pour le garçon⁴⁰ alors que l'âge de la majorité civile est identique⁴¹.

Cette discrimination a disparu dans le code modifié qui aligne la majorité matrimoniale sur la majorité civile⁴²

2-1-1-3-L'inégalité réapparaît, à nouveau dans le choix du conjoint : Alors que l'homme peut épouser la femme de son choix sans restriction aucune, la femme s'est vue délimiter l'éventail de ce choix ; Son conjoint doit être, en effet, de confession musulmane sous peine de nullité du mariage.

La polygamie est reconnue à l'homme dans la limite de quatre femmes⁴³.

Rétablir l'égalité dans ce contexte ne signifie pas autoriser la polyandrie mais supprimer la polygamie.

2-2- La rupture de l'égalité en cours de vie conjugale :

Le code de 1984 consolide le caractère patriarcal de la famille algérienne.

Les rapports y sont de type vertical et non horizontal. La prééminence du mari et du père est largement consacrée.

L'autorité maritale et la puissance paternelle y sont raffermies instituant une double discrimination entre l'époux et l'épouse et entre la mère et le père.

Mais les amendements introduits en 2005, ont rétablis une certaine égalité entre l'épouse et l'époux.

40. Article ancien 7 du code de la famille.

41. L'article 40 du code civil le fixe à 19 ans.

42. Article 7 modifié

43. Article 8 du code de la famille.

2-2-1-Dans les rapports entre époux, la discrimination en défaveur de la femme qui devait obéissance à son mari et lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille (loi de 1984) a disparu en 2005, puisque les articles 38 et 39 qui la codifiait ont été purement et simplement abrogés.

Le respect du aux parents du mari et de ses proches⁴⁴, sans que la réciprocité ne soit prévue au bénéfice de la femme, a, également, disparu du dispositif mis en place en 2005.

Désormais le principe d'égalité, éclipsé dans le texte de 1984⁴⁵, retrouve toute sa place en matière de droits et obligations des époux

2-2-2-Dans les rapports parents- enfants, la mère était largement éclipsée.

Si l'éducation des enfants lui incombait largement⁴⁶, elle ne dispose pas, cependant, des attributs nécessaires à l'accomplissement de ce devoir.

Elle est, en effet, purement et simplement exclue de l'exercice de l'autorité parentale qui est le monopole exclusif du père, en contradiction flagrante avec la Convention de Copenhague relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dont l'article 6 affirme de manière péremptoire : « les parents auront des **droits et devoirs égaux** en ce qui concerne leurs enfants»⁴⁷.

Selon l'article 87 du code, «le père est le tuteur de ses enfants mineurs». La tutelle n'est transférée à la mère qu'après le décès du père.

Toutefois, une petite brèche a été ouverte en 2005, puisque le législateur autorise la mère, en cas d'absence ou d'empêchement du père, à accomplir les actes à caractère urgent qui concernent ses enfants.

De même, la tutelle lui est transférée, en cas de divorce, à condition toutefois, que la garde des enfants lui soit confiée. Cette mesure représente une avancée considérable, voire révolutionnaire, tant la situation antérieure était dramatique, tant pour la mère que pour les enfants

44. Article 39 du code de la famille.

45. La répartition des droits et obligations des époux organisée dans la loi de 1984 ne reflétait pas le vécu réel des femmes qui travaillent et dont les revenus sont affectés aux dépenses domestiques, sans que celles-ci ne soient capitalisées comme telles.

46. Article 39 du code de la famille : L'épouse est tenue d'élever sa progéniture. Cette disposition a été abrogée en 2005.

47. L'article 18 de la Convention de New York relative au droit de l'enfant consacre, également la règle de la responsabilité commune des parents.

Mais même dans le cas de la disparition du père, la mère ne peut jamais exercer la tutelle matrimoniale sur sa fille. Celle-ci demeure un attribut exclusif des hommes.

3- Rupture de l'égalité au moment de la dissolution du mariage :

Ce sont les dispositions applicables à la dissolution du mariage qui manifestent avec le plus de force la discrimination foncière à l'égard de l'épouse.

En effet, au droit absolu et sans limite du mari de mettre fin au mariage correspond, pour la femme, une autorisation de divorcer, sous conditions, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut.

Le juge n'exerce aucun contrôle au fond sur la demande du mari. Il est tenu d'y faire droit systématiquement. Il ne prononce pas le divorce qui est un droit exclusif du mari. Il ne fait que l'établir par un jugement. C'est ce que dispose l'article 49 du code de la famille lorsqu'il précise que le «divorce ne peut être **établi** que par jugement». La version en arabe de cette disposition utilise le terme *يُدبِت* qui signifie prouvé. Le jugement ne réalise pas la rupture mais il a un simple effet **déclaratoire**.

Nous retrouvons, ici, la traduction de l'expression musulmane que le sort du lien conjugal est entre les mains du mari «العصمة في يد الرجل».

Les magistrats font une application très large de cette conception en réanimant une institution archaïque et désuète : le divorce coutumier *الطلاق العرفي* «qui résulte de la prononciation, par l'époux de la formule de la répudiation islamique.

Le tribunal d'Oran en a, récemment, fait une application dans une affaire qui a défreiné la chronique. Il s'agissait du divorce, à titre posthume, initié par ses enfants, d'un homme décédé à l'étranger et laissant une fortune et deux épouses.

Le juge saisi a validé la procédure et a prononcé, de manière rétroactive, le divorce du défunt, évinçant ainsi la seconde épouse de l'héritage auquel elle aurait eu, légalement, droit, l'article 132 du code de la famille ne souffrant d'aucune ambiguïté sur la vocation héréditaire du conjoint survivant ; au terme de cette disposition, «lorsque l'un des conjoints décède avant le prononcé du jugement ou pendant la période de retraite légale suivant le divorce, le conjoint survivant a vocation héréditaire.»

La préséance donnée à une règle coutumière sur une règle de droit positif, traduit l'état d'esprit de magistrats qui sont pourtant les gardiens de la légalité et de l'ordre public.

Nous évoquerons enfin un dernier cas de discrimination au détriment de la femme : il s'agit de la codification, par la loi 84-11, d'une vieille institution du droit

musulman qui permet à la femme de se séparer de son mari en lui versant une somme d'argent. C'est le khôl, le rachat de la liberté qui n'a pas d'équivalent pour le mari.

4-Rupture de l'égalité entre enfants :

La législation algérienne qui ignore la filiation naturelle⁴⁸, établit une discrimination fondée sur la naissance, entre enfants légitimes et enfants nés hors mariage en ne leur accordant pas les mêmes droits.

5- Rupture de l'égalité en matière de succession :

5-1-la première discrimination est fondée sur le genre puisque l'héritier de sexe féminin recueille dans la succession la moitié de ce qui revient à l'héritier de sexe masculin.

5-1-la deuxième inégalité est fondée sur la **filiation** puisque l'enfant né hors mariage n'hérite pas de ses parents naturels de la lignée paternelle.

48. Voir les articles 40 et 41 du code de la famille.