

# LE ROLE DU JUGE ET LA VOLONTE DES PARTIES DANS LA RUPTURE DU LIEN CONJUGAL

Mohand ISSAD \*

## INTRODUCTION

1. — Le problème classique de la répudiation n'a pas cessé d'être en Algérie un problème préoccupant. Cette vieille institution continue de diviser les esprits. Dépassant parfois les milieux juridiques et judiciaires, elle est devenue un véritable problème national, et constitue peut-être un des obstacles à l'élaboration d'un code moderne de la famille. Les uns lui adressent de vives critiques au motif que la répudiation n'est plus de notre temps ; d'autres en font l'éloge et lui voue une espèce de révérence. En tout cas on n'ose pas y toucher dès lors que celle-ci concerne non seulement le Droit strict, mais la Religion. Or, dans un pays qui a connu un destin agité, la Religion a été, malgré tout, un des facteurs qui ont permis de sauver l'essentiel. A travers les vicissitudes de son histoire, qui a vu déferler plus d'un envahisseur, l'Algérie et son peuple ont peut-être dû leur survie à l'unité religieuse. Il y ont puisé certainement plus de force ici que dans les autres facteurs qu'on dit généralement constitutifs d'une nation.

Libérés et décomplexés, les Algériens peuvent enfin faire l'inventaire de leur héritage et se permettre des critiques et des remises en causes qui n'auraient pas été possibles en d'autres temps.

L'institution de la répudiation tire sa force et son prestige du Livre Saint qui la contient. C'est ce qui fait que le juriste peut se sentir mal à l'aise sur ce terrain, qui semble ressortir davantage de la théologie que de la science juridique. Dans l'une et l'autre discipline la querelle n'est pas close. Peut-on d'ailleurs séparer celles-ci, tant il est vrai qu'en Islam, Droit et Religion sont plus qu'intimement liés mais contenus l'un dans l'autre.

En outre, sur les points de la répudiation et de la polygamie chaque époque apporte son interprétation *exacte* des versets coraniques qui les instituent, et la nôtre n'est pas en reste. C'est au nom de l'une

---

(\*) Chargé de cours à la faculté de droit et des sciences économiques d'Alger.

de celles-ci que le législateur tunisien a supprimé la polygamie (1) et étendue à la femme la faculté de répudier, primitivement donnée à l'homme seul (2).

Aussi, notre but n'est pas de faire œuvre de doctrine. Nous ne verrons pas le cas de la dissolution judiciaire du mariage prévu par le droit musulman, ni les autres cas de divorces prévus par le décret de 1959, tels le consentement mutuel, l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante et les excès, sévices et injures graves, empruntés au Code Civil par le législateur de l'époque. Notre tâche sera plus modeste et circonscrite à l'application jurisprudentielle de cette notion de volonté unilatérale de rupture du lien conjugal par les tribunaux algériens. Peu importe, d'ailleurs, le vocable utilisé : *répudiation*, qui suppose le prononcé d'une formule sacramentelle ; *volonté unilatérale* de rompre le lien conjugal, utilisé par certains tribunaux, par la cour suprême, et par le législateur français de 1959, ou *divorce* employé par le législateur tunisien et par le code algérien de procédure. Les termes ne changent rien car le problème de fond reste le même. Que le mari prononce chez lui la formule répudiaire et vienne, soit devant le Cadi pour lui demander de l'enregistrer, soit devant le tribunal pour lui demander de lui en *donner acte* et de l'homologuer, ou qu'il se présente devant ce dernier pour exprimer sa *volonté unilatérale*, sa demande sera toujours accueillie. C'est pour nous l'essentiel qu'il convient d'énoncer, incontestable parce que permis par les textes, anciens et modernes, ou tout au moins parce que pratiqué depuis au moins l'avènement de l'Islam.

2. — « Le mari qui se décide pour la séparation le fait sous l'œil de Dieu qui entend et qui sait » ; « La répudiation non motivée est la plus haïssable » ! C'est par ce verset du Coran et une phrase de la doctrine classique qu'un magistrat pose le problème. Dans un article publié dans le *Bulletin des Magistrats* (3), il ajoute ces mots qui traduisent ce que la législation actuelle comporte d'anachronique : « Certes, la répudiation est juridiquement permise, mais c'est un acte essentiellement blamable » !

La question préalable et capitale que se pose alors le juriste contemporain est de savoir si ce *caractère blamable* de la répudiation est un précepte religieux ou une prescription juridique. S'il est de nature juridique, la répudiation peut-être contrôlée et même refusée par le juge. Si au contraire il est d'essence religieuse, la répudiation devient alors un droit absolu, divin, ne regarde que l'individu et échappe totalement au pouvoir du juge. Il semble que ce soit cette dernière interprétation qui a été retenue puisque dans le passé, le

(1) Loi n° 58-70 du 4 juillet 1958 modifiant l'art. 18 du code de statut personnel « La polygamie est interdite ».

(2) Art. 31 C.S.P. : « Le tribunal prononce le divorce : al. 3/ : à la demande du mari ou de la femme » ; le terme de divorce a remplacé celui de la répudiation ; mais en ne voit pas, ici, la nuance.

(3) Publié sous forme ronéoté par le ministère de la justice, n° 4, nov.-déc. 1966, p. 13.

Cadi, institution juridictionnelle de l'Islam, se contentait *d'enregistrer* la répudiation prononcée par le mari.

Ce qu'il y a de notable, c'est que les Anciens ont abordé la question sous un angle strictement moral et religieux. Plus généralement ils répartissent les actes humains en catégories : actes obligatoires, conseillés, indifférents, reprouvés et interdits (1).

Or, la répudiation n'a pas, une fois pour toutes, la même qualification. Compte tenu des motifs et des conditions dans lesquelles elle est prononcée, les Docteurs dans leur grande sagesse, y ont apporté plus de nuances. Elle est susceptible de plusieurs qualifications, car les circonstances de la vie peuvent se modifier durant la vie conjugale. Elle peut-être obligatoire et le croyant devra le prononcer dans tous les cas où le maintien du lien conjugal est préjudiciable à la femme : ainsi lorsqu'il est frappé d'impuissance. Inversement, elle est condamnée lorsque le mari y procède de façon irrégulière, au mépris des règles « sunnites » : si elle est prononcée, par exemple, pendant les menstrues de la femme. En revanche elle est simplement reprouvée, aux points de vue moral et religieux, bien entendu, si elle est prononcée *sans motif*. Mais on ne peut jamais empêcher la répudiation si le mari la prononce.

En effet, un des traits fondamentaux de la répudiation est qu'elle est un droit exclusif du mari. L'analyse classique en fait un acte domestique, extra-judiciaire, dans lequel le juge n'a pas à intervenir, ni, d'ailleurs, la femme, dont le consentement n'est jamais nécessaire (2).

On ne s'était guère soucié, dans le passé, de justifier cette institution. Il est vrai qu'on ne justifie pas des améliorations. En effet il est certain que le sort fait par le Coran à la femme est moins rigoureux que ce qu'il était auparavant et que la législation coranique était révolutionnaire pour l'époque. La répudiation unilatérale est ainsi établie par le Coran et les hadiths, les légistes anciens lui ont donné sa structure définitive et quelques apologistes contemporains continuent à lui trouver des mérites sur lesquels nous n'avons pas à revenir (3).

3. — Il est évident que cette « réglementation » tient le Droit, au sens technique, hors de son champ d'action et qu'il lui est étranger. Ceci pour deux raisons. La première est relative à la règle de droit moderne. Dans la mesure où celle-ci se caractérise par sa sanction, trait essentiel qui la sépare de la Morale et de la Religion, on ne voit pas bien l'efficacité d'une règle qui prescrit un acte ou au contraire l'interdit ou le « reprouve ». Il n'est donc pas étonnant que ce

(1) Linant de Bellefonds. *Traité de droit musulman comparé*, La Haye 1965 T.2. n° 931 et T.1. n° 85 ; V. aussi Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, n° 187 et s.

(2) Linant de Bellefonds, *préc.* T. II. n° 929.

(3) V. Abū Zahra, *Le mariage*, p. 276 et s. Cheikh Sraltut, *l'Islam, Dogme et Droit*, p. 163 et S.

« caractère blamable » de la répudiation, celle-ci pratiquée depuis plus d'un millénaire exactement comme l'exercice d'un droit, soit resté lettre morte.

La seconde raison tient aux difficultés inhérentes à la nature de la règle posée. On sait, par exemple, qu'un des points qui séparent la répudiation « sunnite » de la répudiation « bid'a » ou irrégulière, est le moment où elle a lieu. Les règles classiques enseignent que la répudiation, sous peine d'être irrégulière, doit intervenir en dehors de la période menstruelle et avant que le mari ait repris les relations sexuelles interrompues par les règles (1). On voit les singuliers problèmes de preuve que cela entraînerait si ce genre de questions étaient débattues au prétoire. La violation de telles règles n'a rien de commun avec la violation d'une loi moderne. Elle évoque plutôt la notion de péché, non susceptible, ici bas, de sanctions. D'où l'inefficacité relative de la règle. Il est difficile d'appréhender et de contrôler la réalité sociologique moderne au moyen de règles qui ne le sont pas. A quoi sert-il donc d'être fidèle à une règle qui, à moins de la violer, ne peut pas être sanctionnée par les tribunaux ? Elle ne revêt, ici, sa véritable signification que si le mari est croyant et attache une grande importance à l'aspect moral de la question.

4. — L'institution de la répudiation ne prend sa vraie figure que replacée dans le système auquel elle appartient. Or celui-ci ne manque pas de logique. C'est un ensemble cohérent mais qui, à l'image de la religion dont il ne peut être dissocié, s'adresse à la personne et à la personne seule.

D'éthique religieuse, les règles de la répudiation visent donc exclusivement le mari et le croyant, et ne laissent aucune place à l'intervention d'un tiers, du juge en l'occurrence, pour contrôler les motifs ou les conditions. D'ailleurs, celles-ci sont intimement liées à la personne et sont techniquement insaisissables. Il faut que la répudiation soit unique, c'est-à-dire qu'elle n'englobe pas deux ou trois répudiations. Mais on sait que, sur ce point, une pratique séculaire valide la répudiation dite « par trois », entraînant des effets immédiats ; il faut, d'autre part, qu'elle intervienne en dehors de la période menstruelle ; il faut enfin qu'elle se produise après l'expiration de la retraite de continence consécutive à une précédente répudiation.

De même les conditions relatives au répudiant (2) lui-même, telles la puberté, excluent pratiquement l'intervention du juge ou du Cadi.

On voit donc que la répudiation est conçue et voulue comme intéressement strictement la conscience de chacun. En tout cas c'est ainsi qu'elle est entendue et appliquée depuis toujours. C'est un droit absolu, au sens religieux. Le juge peut, à la rigueur, contrôler l'exercice de ce droit, mais il ne peut jamais l'empêcher.

(1) Khalil, Mûkhtasar, (trad. Bousquet), II. 73.

(2) Cf. L. Milliot préc. n° 371.

5. — Les juristes ont d'ailleurs pris leur parti. Une répudiation irrégulière, disent-ils, ne l'est qu'au regard de la morale et de la religion, mais elle reste valable sur le plan juridique. Le cadi ou le juge ne peut que prendre acte de la volonté du mari répudiant.

Pourtant, on peut s'étonner de cette contradiction entre des principes religieux et des règles juridiques issus d'un même Livre et procédant d'une même éthique. On peut trouver logique que la condamnation morale d'une répudiation irrégulière s'accompagne de son invalidité juridique.

Mais, répondent des auteurs contemporains (1), cette thèse aboutirait, en fin de compte à faire dépendre la validité de la répudiation du bon vouloir de la femme, qui pourrait toujours soutenir qu'elle a été répudiée à un moment inopportun.

Cette justification n'a pourtant pas convaincu les Malékites, qui observent une certaine réserve au sujet de cette validité juridique de la répudiation prononcée pendant les règles. Le mari sera forcé par tous les moyens, y compris l'emprisonnement, à se rétracter. Le cas échéant, le juge ordonnera d'office cette retractation (2). La pratique a d'ailleurs démenti cette thèse. A notre connaissance il n'est pas d'espèce qu'on puisse citer où le mari ait été contraint à reprendre sa femme.

La pratique algérienne contemporaine a trouvé la solution dans les seuls dommages-intérêts, prévus par l'article 21 du décret du 17 septembre 1959 et mis à la charge du mari lorsque la répudiation est prononcée sans motif, en cas de « rupture abusive » dit la jurisprudence.

6. — C'est dire que la législation classique, d'inspiration religieuse, a du mal à s'adapter à mesure que la société évolue et que les rapports entre les hommes exigent des règles techniques rigoureuses. C'est là la preuve et la justification des missions différentes dévolues à la Religion et au Droit. L'une s'adresse à l'individu et l'autre à la Société. Si l'homme transgresse la religion il n'a que sa conscience pour le juger. Mais s'il viole des règles juridiques, alors la sanction proviendra d'autres hommes, de la société, et elle sera matérielle. Notre matière illustre la difficulté qu'il y a de trouver une sanction technique à une règle qui ne l'est pas. S'il est relativement aisé de contrôler la manifestation non équivoque de la volonté de répudier, en revanche les conditions dans lesquelles cette manifestation a lieu, et celles relatives à la personne du répudiant, posent de sérieux problèmes de preuve, ce qui rend malaisé l'application de la règle. L'on est obligé de s'en remettre à l'époux et à l'épouse eux-mêmes.]

(1) Omar Abd Allah, Statut personnel, 2ème éd., p. 360.

(2) Linant de Bellefonds, préc. T. II. 940, citant les commentaires de Khalil par Hattab (IV 40). La règle semble d'ailleurs reprise par le code marocain de statut personnel, art. 47 « Le juge contraint l'époux à reprendre la vie commune ».

Alors la difficulté surgit. La société contemporaine n'est plus composée d'êtres purs et exempts de tout reproche à l'image des premiers croyants. Le sentiment religieux semble un peu émoussé, singulièrement sur ce terrain. [Le mari qui lance la formule fatidique ne demande pas à sa femme si elle a ses règles]. [D'ailleurs, au point de rupture, les époux seront souvent de mauvaise foi et prendront des libertés avec les préceptes,] le mari pour se débarrasser d'une épouse indésirable, celle-ci pour l'ennuyer, ou essayer d'éviter la rupture, soit en minimisant les griefs de son mari et en niant les affirmations de ce dernier, soit en faisant apparaître les torts de celui-ci, réels ou imaginaires, et grossir d'autant l'indemnité pour rupture abusive qui lui est due de droit.

7. — Une autre difficulté surgit. C'est qu'en Algérie deux catégories de règles régissent la matière, appartenant à deux systèmes de droit différents. Il y a le droit musulman mais il y a aussi des textes contemporains, apparentés plutôt au groupe français. Leur motivation est souvent différente, et cela ne va pas sans inconvénients dès lors qu'ils se rencontrent sur le même terrain.

Le décret du 17 septembre 1959 reprend la répudiation du droit musulman, mais introduit en outre, nous l'avons vu, des causes de divorce du code civil. A propos de la répudiation ce texte apporte quelques innovations. Il n'est pas question de la répudiation, motivée ou non motivée, du droit musulman, mais, aux termes de l'alinéa dernier de l'article 11, de mariage dissous « quand le juge saisi par l'un ou l'autre des époux de la *volonté unilatérale* du mari de *dissoudre* le mariage prononce cette *dissolution* ») Ce n'est pas la même chose. Le prononcé d'une *formule sacramentelle*, indispensable à l'existence de la répudiation, et qui seule interdit au mari, à moins de tomber dans l'illicite, de reprendre sa femme, semble écarté ici. La différence est plus sensible sur le plan pratique et peut présenter de graves difficultés dans les litiges d'ordre patrimonial, lorsqu'il s'agira de déterminer le point de départ de la rupture. Dans le cas d'une rupture par volonté unilatérale ce sera soit au jour de la demande, soit au jour du jugement définitif.

En droit musulman il semble que la rupture se trouve consommée au moment où la condition de fond et il n'y a pas de conditions de procédure se trouve réalisée, c'est-à-dire au jour de la demande ou même, rétroactivement, au jour du prononcé de la formule répudiaire. Mais si l'on doit tenir compte des exigences et de l'influence du droit moderne sur l'application du droit musulman, ce point de départ sera fixé au jour du jugement, ou conditions de fond et conditions de procédure se trouvent réunies. En revanche, dans le cas de la répudiation, le point de départ sera le jour où celle-ci est prononcée, qui peut être antérieure au jour de la demande même.

La cour suprême, qui pourtant, nous le verrons plus loin, a marqué sa volonté de retourner à la pure tradition du droit musulman, semble néanmoins faire application du texte nouveau, et utilise les termes de « *volonté unilatérale* » plutôt que celui de « *répudiation* ».

D'autres exemples d'interférence des deux conceptions peuvent être retenus.

L'alinéa 3 de l'article 21 du même décret prévoit qu'au cas où le juge prononce la dissolution par volonté unilatérale de l'article 11, « il statue sur les dommages intérêts dus par le mari à la femme pour le préjudice matériel ou moral causé à celle-ci par la rupture du lien conjugal ».

Ceci est nouveau, car la répudiation du droit musulman n'entraîne comme effets pécuniaires que les dons de *Mouta'a* et de *Nefak'a*. Les dommages-intérêts, accordés pourtant par les juridictions du fond et acceptés par la cour suprême, supposent nécessairement un préjudice ; or, répudiation non motivée, en admettant même que les textes musulmans donnent au juge le pouvoir de contrôler et de sanctionner cette absence de motifs, ne veut pas dire, forcément, rupture abusive.

En revanche, le même article 21 dispose, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, que le jugement qui prononce la dissolution « statue sur la garde des enfants. Quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère sont tenus de contribuer à leur entretien et à leur éducation en proportion de leurs facultés. »

Ce texte ne semble pas être appliqué par la cour suprême qui, sur ce point, retourne au droit musulman. Elle décide en effet que la garde des enfants appartient de droit à la mère, et que leur entretien incombe de droit au père.

On aperçoit donc le malaise qui complique singulièrement la tâche. Le droit classique baigne dans une ambiance toute nouvelle. Les bouleversements politiques et sociaux, l'existence d'un Etat moderne qui prend des textes modernes, de rouages administratifs et judiciaires, sont propres à notre époque. Celle-ci a vu l'avènement d'un droit moderne, de conceptions et de règles juridiques qui tendent à être universelles parce qu'elles répondent à des besoins ressentis par toutes les sociétés. Ceci n'a pas été sans exercer une influence considérable. Le droit musulman prévoit un droit pénal, un droit des contrats, un droit public même. Or, dans ces domaines les pays musulmans ont des législations qui n'ont rien de commun avec la précédente. Le code pénal ne lapide plus la femme adultère.

Cette influence croissante de conceptions sur d'autres, d'un droit sur un autre, qui a fini même par chasser certaines de ses règles, comme les règles pénales, s'exerce aussi sur le droit du statut personnel. Ceci a fini par conduire les pays musulmans à se doter de codes, appelés codes de la famille ou de statut personnel, même lorsqu'ils ne font que reprendre le droit musulman sous forme d'articles comme c'est le cas au Maroc.

En Algérie, la question reste ouverte. La symbiose est entrain de s'opérer par la pénétration du droit classique par des concepts modernes. Avant et après l'indépendance des textes d'origine législative sont pris,

lois de fond et surtout lois de procédure, qui ont influé sur l'application du droit musulman en donnant à celle-ci un moule qu'elle n'avait jamais connu auparavant.

8. — La première brèche au caractère strictement privé de la rupture du lien conjugal par répudiation a été faite par l'ordonnance du 5 février 1959. Celle-ci dispose en son article 6 : « *Le mariage, hors le cas de décès, n'est dissous que par décision de justice. Cette décision est rendue à la demande de l'un ou de l'autre des époux, par le magistrat compétent* ».

Ce texte peut sembler incomplet. Il est en réalité prudent. On ne savait pas quel était le « magistrat compétent » qu'il visait. On sait maintenant que c'était toujours le *cadi*, et ce jusqu'au décret du 22 juillet 1963, portant transfert de la compétence des *mahakmas de cadî* en matière contentieuse et gracieuse aux tribunaux d'instance. Aussi, depuis ce texte, le *cadi* a cessé d'être juge. Ses compétences ont été attribuées au magistrat judiciaire, dont la matière relative au statut personnel.

Le Décret du 17 septembre 1959 a essayé de mettre un peu d'ordre dans la réglementation en vigueur. Mais l'atmosphère politique dans laquelle il a été pris lui a enlevé beaucoup de sa portée.

Le dernier alinéa de l'article 11 maintient la répudiation, mais le terme lui-même a disparu. Le législateur de l'époque a préféré ceux de « volonté unilatérale » du mari de dissoudre le mariage. Est-ce par volonté délibérée qu'il a opéré cette substitution ? La lettre du texte semble inciter à répondre par l'affirmative, d'autant plus que le même alinéa prévoit que c'est toujours le juge qui prononce cette dissolution. La répudiation primitive, qui concerne exclusivement l'individu et ne nécessite le concours ou l'intervention d'aucune autorité, a laissé place à une dissolution judiciaire dans tous les cas, et est devenue un problème social, intéressant les autorités publiques.

Cette modification n'a, certes, rien changé au fond. Elle n'a donné au juge aucun pouvoir d'appréciation. Celui-ci se contente de prendre acte de la volonté du mari de dissoudre le mariage. Mais elle a soumis cette dissolution à une procédure, introduit des complications et des lenteurs qui ont incontestablement influé sur les comportements et sur la psychologie même du juge.

Le courant risque néanmoins d'être renversé par la cour suprême, qui voue une fidélité intransigeante au droit musulman et aux auteurs anciens.

Mais le législateur continue de promulguer des textes modernes, qui touchent, indirectement, le statut personnel.

Le dernier en date est l'ordonnance du 8 juin 1966 portant code de procédure civile, qui a fini par faire de la rupture du lien conjugal une matière réellement contentieuse. L'article 1<sup>er</sup> donne aux « tribunaux »



la compétence d'attribution des anciens tribunaux d'instance. Le statut personnel, primitivement de la compétence des cadis, passé aux tribunaux d'instance, relève maintenant des « tribunaux » de la nouvelle organisation judiciaire. L'article 8 ajoute que les demandes sont portées, « *en matière d'action en divorce, devant la juridiction du domicile conjugal* ».

Remarquons, ici l'évolution intervenue dans le langage même. Pour la première fois les textes emploient le terme de *divorce*. Ce peut être le point de départ d'une nouvelle évolution qui, comme auparavant, aura commencé par le biais de la procédure.

De même, l'action en « divorce » est alignée sur toutes les autres actions contentieuses par l'article 17 qui dispose que « *la procédure de conciliation est obligatoire devant le tribunal* ».

Enfin le mode introductif de l'instance est le même en toutes matières : le tribunal est saisi, aux termes de l'article 12, soit par requête écrite et signée du demandeur ou de son mandataire, soit par comparution, sur premier avis.

9. — En présence de tous ces textes, notamment le code de procédure civile, il semble difficile de soutenir que les pouvoirs du juge sont moins étendus en matière de dissolution du mariage lorsqu'elle est demandée par volonté unilatérale du mari que dans les autres procédures contentieuses. Une demande en justice est soumise normalement à l'appréciation du juge. Elle peut-être satisfaite, totalement ou partiellement, ou rejetée ; un demandeur en divorce peut donc normalement être débouté. Telle n'est cependant pas l'opinion unanime. Pour certains, le cadre juridique et judiciaire dans lequel on a enfermé l'action en divorce n'emporte pas contrôle du juge. La controverse existe et elle est sérieuse.

10. — Une constatation s'impose d'abord : tous les jugements portant dissolution du lien conjugal sont des jugements sur le fond. Même ceux prononcés par consentement mutuel ou volonté unilatérale du mari sont prononcés en audience publique, après une procédure de conciliation. Il est difficile de priver le juge de tout pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit d'action en dissolution par volonté unilatérale du mari, alors qu'il dispose de ce pouvoir partout ailleurs. Le cadre judiciaire de droit commun, qui est maintenant celui aussi de l'action en divorce (ou plutôt en répudiation), peut fort bien tenter le juge à ne pas rester passif et à y exercer un certain contrôle. Le mari est obligé d'assigner et une tentative de conciliation s'ensuit obligatoirement (1).

---

(1) Cour suprême, Ch. dr. pr. 2.2. 1967 n° 2266.215, inédit. La plupart des décisions que nous aurons à citer sont inédites : Elles nous ont été communiquées par des avocats et des magistrats que nous tenons, ici, à remercier.

Lors des nombreuses audiences il y a discussions de part et d'autre, même lorsqu'il y a volonté manifeste et immédiate de rompre le lien conjugal, renvois, échange de conclusions comme pour toute affaire contentieuse. Mais le résultat final est l'objet d'une sérieuse controverse, qui divise la jurisprudence en deux tendances.

Pour la première, le contrôle de la demande est possible et il peut aller jusqu'au débouté. Si l'action du mari paraît infondée et si l'épouse s'oppose au divorce, elle est rejetée.

Pour un second courant, moins audacieux mais plus près du droit musulman qui régit encore la matière, on ne peut jamais empêcher un homme de répudier sa femme. La seule sanction demeure sa condamnation à des dommages-intérêts si la rupture paraît abusive.

Notre plan se trouve ainsi tracé.

## I. LE POUVOIR DE CONTROLE DES TRIBUNAUX NE CONNAIT PAS DE LIMITES :

11. — C'est peut-être ici que se fait sentir avec intensité la contradiction entre les vieilles règles de fond, d'origine coranique, et les règles modernes, d'origine législative, notamment les textes de 1959, 1963 et le code de procédure civile de 1966, qui enferment l'action en divorce dans un cadre procédural rigoureux, et ont fini par aligner l'instance de divorce sur les autres instances contentieuses de droit commun. Les magistrats sont peut-être à ce point influencés par ces règles de procédure, auxquelles on confère un grand poids parce que plus récentes, qu'ils vont jusqu'à oublier les règles de fond, lesquelles, il est vrai, ont le tort d'être séculaires et par conséquent très souvent inadaptées. Pour les plaideurs cela est certain. Aucun ne s'avise plus de se présenter devant le magistrat comme on le faisait devant le *cadi* ; on ignore généralement qu'il suffit de demander, s'agissant d'un mari « acte de sa volonté de rompre le lien conjugal ». Toutes les requêtes en divorce, qu'elles émanent de simples plaideurs ou d'Avocats, sont accompagnées de larges considérations de fait qui sont le soutien et la justification de la demande. C'est cette « ambiance », toute de forme, qui explique la position de cette jurisprudence qui s'arroge des pouvoirs illimités. C'est une attitude certainement progressiste et qui force la sympathie parce qu'elle fait preuve d'esprit critique. Mais elle suscite aussi des craintes d'arbitraire. En effet les tribunaux vont, non seulement jusqu'au débouté de la demande, mais jusqu'à se substituer aux parties pour retenir des solutions qu'elles ne leur ont pas demandées.

### A. — LE POUVOIR DES TRIBUNAUX PEUT ALLER JUSQU'AU DEBOUTE

12. — La première constatation qu'il convient de faire, c'est que contrairement aux prescriptions des règles de fond, on ne fait pas ici de différence entre la demande émanant du mari et celle émanant de l'épouse. L'une et l'autre sont soumises au contrôle sévère du juge.

13. — Une des décisions les plus topiques de ce courant est un arrêt de la cour de Tizi-Ouzou du 13 décembre 1967 (1), confirmatif d'un jugement du tribunal de la dite ville, qui avait ordonné la réintégration de l'épouse au domicile conjugal et débouté le mari de sa demande reconventionnelle en divorce.

La dame T... assigne son mari, le sieur A... en réintégration du domicile conjugal. Elle soutient que, s'étant trouvée à l'hôpital, son mari avait profité de cette absence pour lui enlever ses enfants, ses effets et bijoux et pour se remarier. Elle demande donc, outre la restitution de ses effets, la remise de ses enfants et une pension alimentaire pour elle-même et pour ses enfants, la réintégration au domicile conjugal et dans un logement séparé de celui de la seconde épouse. Elle offre pour appuyer ses affirmations, de prêter serment sur le Coran.

Le tribunal faisant droit à sa demande, le mari interjete appel devant la cour de Tizi-Ouzou.

Devant cette juridiction le sieur A... répond que sa femme était anormale, qu'après avoir brûlé sa fille elle s'était brûlée elle-même, qu'elle avait un mauvais comportement, et que lui-même ne s'était remarié que dans l'intérêt des enfants dont personne ne s'occupait plus du fait du long séjour de leur mère à l'hôpital ; qu'enfin il s'oppose à la réintégration de son épouse.

« Attendu, déclare l'arrêt, que l'appelant maintient ses conclusions et demande le divorce pour injures graves... ».

« Attendu que l'intimée reprend ses conclusions conclut (sic) au principe de la confirmation du jugement... »(Ordonnant sa réintégration),

En substance, la cour constate et décide :

« Que l'appelant se contente, pour ses moyens de défense, d'affirmations non prouvées et pour lesquelles il n'offre aucune preuve... »

« Attendu en tout état de cause que cette demande *non justifiée et ne reposant sur aucun motif sérieux* ne peut être retenue et qu'il y a lieu de dire que la demande en réintégration de l'épouse... est légitime... et dans un domicile séparé ».

« Dit n'y avoir lieu à divorce, condamne l'appelant à payer à l'intimée la somme de ..... à titre de dommages-intérêts ».

Remarquons que cette décision ne vise aucun texte et qu'elle est rendue sur la simple comparaison des affirmations respectives. Aucune enquête n'est ordonnée pour corroborer ou démentir celles-ci.

---

(1) n° 36/1967 Inédit.

14. — Dans une espèce jugée le 24 mars 1964 (1) le tribunal d'Alger-Nord déboutait, cette fois-ci, une femme de sa demande en divorce.

Celle-ci, dame M..., se rend en visite chez ses parents ; le mari, le sieur K..., n'a pas cherché, semble t-il, à la reprendre ni à savoir ce qu'elle était devenue. Vexée, l'épouse susceptible entreprend une action en divorce.

« J'ai quitté le domicile conjugal, déclare t-elle à l'audience du 27 février 1964, le 15 janvier 1963 à titre de visite (sic) chez mes parents ; mon époux ne s'est plus inquiété ni occupé de moi. Je demande le divorce pour abandon ». A cette même audience le défendeur fit la réponse suivante : « Huit jours après le départ de ma femme, je me suis présenté deux fois pour la reprendre. Son père a refusé qu'elle retourne au domicile conjugal. Ce dernier m'a rassuré que c'est lui-même qui ramènerait la fille (sic). J'estimais que je n'ai pas voulu envenimer les choses (sic). De toute façon j'y (sic) tiens à ma femme et je demande qu'elle revienne au domicile conjugal ».

Sur ce, le tribunal tranche cette situation quasi-comique. Il commence par constater l'inanité de la demande :

« Attendu que les raisons invoquées par la demanderesse ne sont pas suffisantes pour entraîner le divorce ».

Mais il constate aussi une espèce de faute d'abstention par laquelle il va justifier la condamnation du mari :

« Attendu qu'il est établi que la demanderesse a été amenée au domicile de ses parents par son époux le défendeur le 15 janvier 1963 et que depuis n'a rien fait pour provoquer le retour de son épouse au domicile conjugal ; qu'il échet, en conséquence, d'ordonner au défendeur de reprendre l'épouse, de lui impartir pour cela un délai et de le condamner à lui payer une pension jusqu'au jour de la réintégration. « Par ces motifs... Disons que le défendeur doit reprendre son épouse au domicile conjugal. Pourvoir à son entretien convenablement. Condamnons le défendeur à verser à la demanderesse une pension de ..... par mois à dater du 15 janvier 1963 et jusqu'à la reprise de la vie commune ; laissons les dépens de la présente instance à la charge du défendeur ».

L'épouse est déboutée, mais elle s'en sort avec... des congés payés.

Cela se passe de commentaires, mais illustre la faveur incontestable dont bénéficie la femme auprès des tribunaux.

15. — Dans une troisième espèce, enfin, du 1<sup>er</sup> juin 1966 (2), le tribunal d'Alger-Sud déboutait l'épouse de sa demande en divorce et ordonnait sa réintégration. Ici l'épouse formule à l'égard de son mari un certain nombre de griefs. Elle lui reproche notamment de n'avoir « jamais satisfait à ses obligations d'époux et de père », « son inconstance

(1) M. Fatma-Zohra c/K... Mohand, inédit.

(2) n° 292, inédit.

dans les emplois qu'il a successivement occupés » ; « de la laisser seule subvenir, avec l'aide de sa famille, aux charges du ménage, au point que celui-ci se trouvait maintenant criblé de dettes » ; le mari se voit en outre reprocher d'avoir abandonné la demanderesse à elle-même, au point que celle-ci a dû se réfugier chez sa sœur ; enfin, de l'avoir gravement injuriée en lui envoyant des papiers signés de lui-même par lesquels il l'invitait « à reprendre sa liberté et à aller faire le trottoir ».

Le mari conteste bien évidemment ces allégations. Il déclare s'opposer au divorce et demande la réintégration, par son épouse, du domicile conjugal.

Le Tribunal se trouve, ici aussi, en présence de simples affirmations, qui sont, au surplus, contradictoires. Il constate que les griefs articulés par la demanderesse ne sont pas établis ; qu'elle « n'offre même pas d'en rapporter la preuve » ; il relève, à propos des sévices invoqués par l'épouse, « qu'il n'est même pas produit de certificat médical » ; enfin, à propos des lettres injurieuses invoquées par l'épouse, le juge rétablit la vérité en constatant que l'une, en particulier, des lettres produites, avait été mal déchiffrée par la demanderesse ; qu'il n'était pas écrit : « va faire le trottoir », comme elle l'a cru, mais : « Si je te vois dans ce trottoir, je traverse à l'autre » (sic). Sur ce, le Tribunal déboute la demanderesse et ordonne sa réintégration au domicile conjugal :

« Qu'il échet, dès lors, déclare t-il, de dire que la demande en divorce n'est pas motivée ; qu'il y a lieu de la rejeter en l'état et de faire droit à la demande reconventionnelle » (de réintégration).

On peut citer, dans le même sens, un arrêt de la cour de Batna du 17 mars 1967 (1) qui déboute une femme de sa demande en divorce, celle-ci n'étant pas apparue suffisamment fondée.

En revanche, un arrêt de la cour de Mostaganem accueille une autre demande en divorce formée, ici aussi, par une femme, par appréciation des faits de l'espèce (2).

#### B. LE POUVOIR DES TRIBUNAUX PEUT ALLER JUSQU'À RETENIR, D'OFFICE, DES SOLUTIONS QUE LES PARTIES N'ONT PAS DEMANDÉES.

16. Avec les espèces que nous venons de voir le juge exerce un large pouvoir d'appréciation pour accorder ou refuser le divorce demandé soit par le mari soit par l'épouse, contrairement à toutes les prescriptions des règles du droit musulman.

(1) « Jugements et Arrêts sur le droit de la famille » fasc. pub, par le ministère de la justice, ronéoté, p. 127. Une partie de ces décisions est publiée dans le présent numéro.

(2) Mostaganem, 6 avril 1967, Ibid, p. 140.

Mais ce premier courant de jurisprudence peut encore aller plus loin et retenir, d'office, des solutions qui ne sont pas demandées, à tel point que le principe de dispositif - si tant est qu'on puisse en parler dans ce domaine, semble être mortellement frappé.

17. — La cour de Mostaganem, le 8 décembre 1966 (1) prononçait la dissolution d'un mariage alors qu'aucun des conjoints ne l'avait demandée. Il est vrai qu'elle se trouvait en présence d'une espèce bien singulière.

Il s'agissait d'un homme et d'une femme mariés et parents d'une petite fille âgée de cinq ans à la date de l'arrêt. Peu après la naissance de celle-ci le mari partait travailler en Allemagne. Revenu en 1965 après deux années d'absence, il retrouvait son épouse mariée à un autre homme de qui elle avait eu un enfant. Il assigne alors son épouse... en dommages-intérêts. C'est la première singularité de cette aberrante espèce qui ne manque pas de surprises.

Pour sa défense l'épouse bigame allégué que son mari « l'avait laissée dans l'abandon le plus complet... que lasse d'attendre elle avait dû prendre un second mari ».

Sur, ce et le 8 avril 1966, le premier juge déclarait *nul*, non pas le second mariage de la défendresse comme on pouvait s'y attendre, mais le premier, et condamnait cette dernière au paiement de dommages-intérêts solidairement avec son père, qui avait été assigné lui aussi au prétexte qu'il aurait donné son consentement à la seconde union.

Devant la cour de Mostaganem qui eut à connaître de l'appel, le second défendeur, c'est-à-dire le père de l'épouse bigame, soutient qu'il n'avait pas eu à intervenir, sa fille était majeure et avait contracté une seconde union sans l'avoir consulté. Quant à celle-ci, elle développe une argumentation de fait sans grand intérêt. A ses yeux son attitude était parfaitement justifiée du fait de l'abandon dans lequel elle avait été laissée par son premier mari, « abandon qui équivaut à une rupture de fait de ce mariage ». Il était aisé à la cour de réfuter un tel argument en déclarant que l'abandon peut éventuellement autoriser, non pas une seconde union, mais la dissolution judiciaire de la première. Ce n'est cependant ni l'argumentation ni la solution qui a prévalu devant cette juridiction. Celle-ci avait à se prononcer sur deux points essentiels, relatifs aux deux mariages de l'héroïne de cette affaire. Le premier concerne l'annulation du premier mariage prononcée par le jugement déferé devant elle. La cour refuse d'annuler « dès lors qu'il est établi que ce mariage réunit toutes les conditions de validité requises en la matière ». C'est le moins qu'on puisse dire. Sur ce point donc la cour infirme le jugement. Mais elle ne s'arrête pas là, car si elle refuse d'annuler la première union, elle en prononce néanmoins la dissolution, et elle donne à sa décision des motifs qui laissent rêveur.

---

(1) Fasc. préc. p. 112.

« Attendu, déclare t-elle, que L... (le premier mari), en se bornant, en cause d'appel, à demander la confirmation de la décision déferée, a démontré clairement que son action, dirigée uniquement contre l'épouse et son père, n'avait d'autre but que de lui procurer un avantage financier substantiel d'une situation de fait qui lui est juridiquement favorable et qui se souciait fort peu du sort légal de son mariage ». Et la cour de tirer les conséquences de cette « situation favorable » et de cette indifférence du mari :

« Que cette attitude ne saurait être interprétée que comme une *volonté implicite* de rompre les liens conjugaux basée sur l'infidélité de la femme, d'autant qu'en première instance, il a demandé, outre l'allocation de dommages et intérêts, un don compensatoire qui ne peut être accordé qu'au seul cas de demande unilatérale de divorce *de l'épouse* ».

A cette interprétation un peu forcée de la volonté du mari et de sa demande malheureuse d'un don compensatoire, la cour trouve une assise juridique et religieuse :

« Attendu au surplus, qu'en droit musulman, le divorce judiciaire peut-être prononcé d'office, au besoin contre le gré du mari, pour des causes imputables à l'épouse et lorsque le maintien de l'union s'avère absolument incompatible avec les prescriptions morales et religieuses des valeurs permanentes de la loi coranique ».

Voici donc la morale et la religion intervenant comme une nouvelle forme d'ordre public, pour permettre au juge d'écarter totalement la volonté des parties. Cependant la cour prend quand même le soin de « coller » son attendu aux faits de l'espèce :

« Attendu au demeurant qu'il apparait certain que la dissolution légale du mariage ne ferait que consacrer un état de fait accepté tacitement par les deux parties ».

« ... Que pour toutes ces considérations, il a lieu pour la cour de prononcer la dissolution du premier mariage ».

Ainsi tout le monde est content. Les tribunaux au service des situations de fait !

18. — Un second point restait à trancher par la cour. C'est le sort du second mariage dont la dissolution était sollicitée par le ministère public. Signalons tout de suite que celui-ci avait eu le tort de demander la dissolution au lieu de la nullité. La cour d'ailleurs donne une réponse satisfaisante sur ce point :

« Attendu qu'il convient de rappeler qu'une dissolution ne saurait être prononcée qu'à l'égard d'un mariage contracté légalement et réunissant toutes les conditions de validité requises ».

« Or attendu que le premier mariage n'ayant été dissous ni par une décision judiciaire ni par une répudiation, il est certain que le second mariage contracté... n'est qu'une union illégitime et ne saurait en aucun cas avoir une existence légale ».

« Qu'au regard de la loi, la situation de fait qui s'est ainsi créée ne peut et ne doit être considérée que comme un concubinage ».

Rappelons d'autre part qu'à propos de la première union dissoute par la cour, celle-ci avait basé la demande implicite du mari sur « l'infidélité de la femme ». Dans le degré de l'illicéité et de l'immoralisme, c'est plus qu'un concubinage, il s'agit d'un adultère. Mais si la cour déboute le ministère public, elle ne se prononce pas pour autant, elle préfère surseoir à statuer :

« Attendu qu'en tout état de cause, la cour ne peut statuer sur ce point, l'une des parties intéressées, B... (le second « mari ») n'ayant pas été attrait à l'instance ».

« Attendu que dans ces conditions, et sans avoir égard aux conclusions du ministère public, il convient de surseoir à statuer sur ce chef jusqu'à la mise en cause de B... », comme si ce dernier pouvait apporter des éléments nouveaux - seule justification de l'appel en cause devant la cour, dans une affaire juridiquement inexistante.

En effet, il saute aux yeux que la seconde « union » présente tous les caractères de la nullité radicale, d'ordre public. Mettre en cause quelqu'un c'est admettre l'existence d'un lien de droit entre lui et l'une des parties au procès ; c'est admettre que son intervention peut modifier éventuellement les éléments du débat et la solution finale. Il était de la compétence de la cour de déclarer d'office nulle, de nullité absolue une « union » qu'elle-même déclare n'être qu'un concubinage. Nous avons vu plus haut qu'il s'agit plus d'un adultère que d'un simple concubinage. On ne comprend pas que la cour n'ait pas tranché une situation aussi nette sur le plan du droit.

19. — Il est vrai que la question des nullités de mariage est une des questions les plus complexes du droit musulman, se situant à la lisière du droit civil et de la notion pénale de *Zinâ*. Certes, mais la théorie existe, et les auteurs musulmans lui ont consacré des développements de nature à circonscrire et à régler ce genre de situations (1). Seraient-ils insuffisants qu'on trouverait dans les notions modernes, adoptées par le droit algérien contemporain, des armes efficaces pour combattre ces situations choquantes. Il en est ainsi des notions d'ordre public, de bonnes mœurs, pour ne citer que celles qui sont aujourd'hui

(1) Linant de Bellefonds, *prec. T. II n° 742 et s.* ; V. aussi Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichito*, I. p. 223 et s. ; Roussier, *L'annulation du mariage vicié en droit malékite*, in *Revue Algérienne*, 1956, n° 3, p. 1 et s.



universellement admises et utilisées. Rien ne justifie, ni en droit ni en fait, la solution retenue.

Mais elle éclaire d'une lumière particulière l'attitude de ce premier courant de la jeune jurisprudence algérienne. Elle témoigne de sa volonté d'innover, de discuter et de secouer le carcan traditionnel dans lequel, en matière de statut personnel, l'enfermait l'opinion des grands légistes de l'Islam.

Cela ne va pas sans difficultés. Dans un pays comme l'Algérie, où le statut personnel est issu de la religion, il faut, non seulement secouer des siècles de confort intellectuel, basé sur l'opinion des grands Maîtres, mais aussi braver un autre courant jurisprudentiel qui a l'avantage d'avoir l'appui de la Cour Suprême et des textes classiques qui régissent encore la matière.

## II. LE POUVOIR DU MARI DE ROMPRE LE LIEN CONJUGAL ECHAPPE AU CONTROLE DES TRIBUNAUX :

20. — Contrairement au précédent, ce second courant de jurisprudence laisse plus de place à la volonté des époux et, dans le cas du mari, un pouvoir discrétionnaire de rompre le lien conjugal. C'est un privilège reconnu au mari par les textes et la doctrine classiques. Le recours aux tribunaux est d'ailleurs, dans cette optique, inutile. Avant la réorganisation judiciaire de 1963 et 1966, le rôle du *cadi*, qui était compétent en matière de statut personnel, se bornait à enregistrer la répudiation prononcée par le mari. Depuis, les tribunaux de l'ordre judiciaire qui ont succédé aux *cadis* dans leurs compétences ne semblent pas vouloir s'attribuer plus de pouvoirs, ceci en vertu du principe ancien, réaffirmé plus d'une fois par la cour suprême, qui veut que le mari ait un pouvoir souverain de répudier à sa guise.

### A. — LE PRINCIPE DU DROIT DE REPUDIATION UNILATERALE RECONNU AU MARI

21. — Quel que soit le motif, et même n'y en eut-il pas du tout, la volonté du mari est souveraine. Il suffit qu'il manifeste sa volonté de répudier pour que le juge lui en donne acte. Toutes les décisions qui se situent dans ce courant réaffirment ce principe avec vigueur.

« Attendu, déclare un arrêt de la cour de Tlemcen (1), qu'il est de jurisprudence constante que *le mari a, à tout moment, le droit absolu de répudier sa femme...* »

La rupture intervient, même abusive, même malicieuse, si elle est décidée par le mari. La sanction est, non pas le rejet de la demande comme c'est le cas pour la jurisprudence précédente, mais la condamnation du mari à des dommages-intérêts. Les attendu de la cour sont très nets sur ce point :

(1) 18 janvier 1967, « Jugements et Arrêts... », fasc. du ministère de la justice, prec. p. 124.

« ... Que cette rupture, décidée unilatéralement sans le concours de la femme, faite dans une intention malicieuse, le mari entendant se débarrasser unilatéralement de sa conjointe, la loi ne l'astreignant pas à la reprendre, ne peut être qualifiée que de capricieuse, et laisse nécessairement subsister, en entier, les droits consacrés à la femme par le mariage et sa dissolution ».

« ... Que partant, le premier juge a fait une bonne application de la loi en allouant à l'appelante des dommages-intérêts de ce chef ».

Le point fondamental à signaler ici est que le juge s'interdit de refuser le divorce au mari lorsque celui-ci en exprime le désir. Il suffit que la volonté du mari soit clairement exprimée. Or, la procédure elle-même ne laisse pas de place à une volonté équivoque. Le fait d'introduire une demande en justice, de se présenter à l'audience de conciliation et plusieurs fois ensuite aux audiences de jugement, d'échanger des conclusions, constitue autant de preuve de l'intention de rompre. D'où il résulte qu'il n'existe pas, à notre connaissance, de décision de débouté pour absence de volonté manifeste.

22. — Cette jurisprudence tire sa force non seulement des textes anciens, mais aussi de la position de la cour suprême. En effet, si nous constatons une divergence sérieuse des juridictions du fond - et cette divergence se retrouve même entre les magistrats d'un même tribunal - par contre la position de la chambre de droit privé de la cour suprême est constante sur le point.

Celle-ci part des textes existants, ceux de la *Charîâ* d'abord, versets coraniques et doctrine classique, qui autorisent la rupture unilatérale du lien conjugal. Ensuite les textes de 1959. Parmi ceux-ci le décret du 17 septembre, dont l'art. 11 reprend cette faculté ouverte par le droit musulman (1). C'est d'ailleurs davantage sur la tradition que sur ces textes modernes que la cour suprême se fonde lorsqu'elle déclare :

« Attendu qu'aux termes de l'article invoqué (art. 11 déc. 17 sept. 1959), lequel est conforme au *Chraâ*, lorsqu'il y a répudiation le juge ne peut qu'en donner acte au mari répudiateur et prononcer le divorce » (2).

Dans une autre espèce (3) la Haute Juridiction réaffirme sa jurisprudence en déclarant :

---

(1) Art. 11 déc. 17 sept. 1959 : « Hors le cas de décès », le mariage ne peut-être dissous que dans les cas suivants :

(Dernier alinéa) : — « quand le juge saisi par l'un ou l'autre des époux de la volonté unilatérale du mari de dissoudre le mariage prononce cette dissolution ».

(2) Chambre de dr. pr. 3 mai 1967, Bulletin des Magistrats, préc. n° 8 p. 5.

(3) Ch. Dr. Pr. 27 mars 1968, n° 2636-87, inédit.

« Attendu que le jugement attaqué constate que Abdelkader H... a répudié définitivement sa femme ; qu'en cet état, *les juges du fond ne pouvaient qu'en prendre acte et prononcer le divorce, sans rechercher si les faits allégués par le répudiateur étaient ou non fondés* ».

Ceci marque la volonté de la cour de demeurer aussi près que possible des solutions anciennes. Aussi, forçant un peu, ou le faussant carrément, le sens de la loi du 31 décembre 1962, écarte-t-elle toutes les dispositions du législateur français lorsqu'elles ne reprennent pas purement et simplement celles du droit musulman (1).

C'est ce souci qui a conduit la cour à limiter considérablement, sinon même à refuser tout pouvoir au juge sinon celui de donner acte au répudiant de sa volonté de rompre le lien conjugal. Ceci est bien dans la ligne traditionnelle, qui fait de la répudiation un mode de dissolution « extra-judiciaire ». Le juge, normalement, n'a pas à intervenir du moment qu'il s'agit « d'un acte qui a conservé jusqu'à ces dernières années un caractère domestique n'exigeant même pas la présence de témoins... » (2).

Il reste à la Cour Suprême à démontrer qu'en 1968, la rupture du lien conjugal demeure, comme il y a un millénaire, « un acte domestique ».

23. — Leurs pouvoirs réduits au minimum, les tribunaux du fond pourraient, par conséquent, se contenter de la formule concise de la Haute Juridiction et prononcer la dissolution du mariage dès lors que le mari manifeste sa volonté dans ce sens. Il semble néanmoins que sont rares les magistrats qui se bornent à ce rôle. Même dans ce courant les tribunaux prennent toujours soin de motiver leurs jugements par un large étalage des faits de l'espèce. Mais la différence fondamentale d'avec la tendance précédente, c'est qu'ici *la motivation n'a pas pour but de contrôler la demande et n'aboutit jamais au debouté du mari répudiateur*.

Elle n'a d'autre but que de faire apparaître les torts de l'une ou de l'autre des parties *pour tirer les conséquences pécuniaires* de la rupture, principalement, sinon exclusivement au point de vue des dommages-

(1) La loi du 31 décembre 1962 a reconduit **comme lois algériennes**, la législation jusque là en vigueur. Mais sont nulles les dispositions « contraires à la souveraineté nationale » ou « d'inspiration colonialiste ou discriminatoire ». C'est en se basant sur cette réserve de la loi de 1962 que la Cour Suprême écarte aussi les règles du statut personnel non conformes en tous points au droit musulman, sauf, et c'est ici une contradiction qu'il convient de noter, ce que nous avons vu à propos de la substitution de la « volonté unilatérale » à la répudiation, avec les conséquences qui en découlent. C'est ainsi que, conformément à ce dernier, elle considère que la garde des enfants appartient « de droit » à la mère, alors que l'art. 7. de l'ordonnance du 4 février 1959 dispose que le juge statue sur cette garde selon « l'intérêt des enfants » : v. cour suprême, ch. dr. pr. 26 avril 1967 n° 1978, inédit. V. aussi 3 mai 1967, ci-dessus prec. Pour appliquer l'art. 11 du déc. 17 sept 1959, la Cour Suprême prend soin de souligner qu'il « est conforme au Chriâ ».

(2) Linant de Bellefonds, prec. T. II. n° 929.

intérêts, puisque les pensions d'entretien et de retraite légale sont dûes de droit. D'ailleurs, même en ce qui concerne les dommages-intérêts, il n'est pas sûr que les textes donnent un pouvoir d'appréciation au juge. L'art. 21 alinéa 3 dispose en effet :

« En outre, si le juge, saisi en vertu de l'art. 11 dernier alinéa ci-dessus, prononce la dissolution, il statue sur les dommages-intérêts dus par le mari à la femme pour le préjudice matériel ou moral causé à celle-ci par la rupture du lien conjugal ». Dans les autres cas de dissolution du mariage, le jugement pourra éventuellement accorder des dommages-intérêts à celui des époux qui, ayant obtenu le divorce à son profit exclusif, a subi un préjudice matériel ou moral du fait de la dissolution du mariage. Si le juge est libre, dans les autres cas de dissolution, d'accorder ou non des dommages-intérêts, il semble qu'il perd cette liberté dans le cas de répudiation unilatérale. Ainsi on ne peut pas refuser une rupture même abusive, mais on la sanctionnera.

24. — Un autre souci semble appeler cette motivation, même dans cette jurisprudence et dans ce cas où l'homme est toujours sûr de rompre le lien conjugal s'il le demande.

L'art. 11 du décret du 17 sept. 1959 énumère, outre la volonté unilatérale du mari, d'autres causes de divorce, qu'il qualifie de *péremptoires*. C'est le cas de l'adultère, de la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante, enfin des excès, sevices et injures graves. Ces causes peuvent être invoquées indifféremment par l'un ou l'autre des époux. Il semble que ce soit là le principal intérêt puisque l'épouse, fondant sa demande sur l'une des causes dites péremptoires, peut obtenir le divorce. Par contre l'intérêt est bien mince pour l'homme puisque la seule chose qu'il peut en attendre est d'éviter une condamnation à des dommages-intérêts.

25. — Enfin des considérations d'ordre pratique expliquent le fait que les décisions, même ici, sont généralement motivées. Lorsqu'ils introduisent une demande en divorce, les plaideurs ne basent pas celle-ci sur une cause déterminée, volonté unilatérale ou autre. Ils préfèrent exposer largement les motifs qui les amènent à demander la rupture, dans le but ainsi d'éviter une condamnation à leurs torts et surtout dans l'espoir d'obtenir la garde des enfants. C'est en répondant à ces conclusions, ce qui reste obligatoire pour les tribunaux, que ceux-ci sont amenés à motiver dans tous les cas.

Il faut ajouter que la preuve de ces *causes péremptoires* est extrêmement difficile à administrer. Aussi la demande introduite par le mari sur le fondement de l'une d'elle, mais qu'il n'arrive pas à démontrer, est « transformée » en demande par volonté unilatérale (1). La femme, dans ce cas, sera déboutée.

(1) Trib. d'Alger-Sud, 12 mai 1965, n° 258, inédit :

« Attendu que ces griefs n'étant pas établis, ne peuvent pas constituer une cause péremptoire prévue par la loi ; qu'ils ne constituent, par voie de conséquence, qu'une **volonté unilatérale** de répudiation exprimée par le mari ; P.C.M. Prononçons le divorce d'entre les parties aux torts du mari... » ; Remarquons que dans cette jurisprudence, la **volonté unilatérale du mari** constitue, elle aussi, une cause **péremptoire**.

## B. — LA FAIBLESSE DU PRINCIPE ET SES CONSEQUENCES

26. — Le principe classique de la répudiation unilatérale est l'objet de vives critiques émanant des milieux les plus divers, notamment des organisations féminines qui réclament une amélioration du sort de la femme. Il y a en effet, dans la législation actuelle un illogisme et une contradiction flagrante entre les règles du droit public et les règles du droit privé, notamment du statut personnel. Les premières ouvrent largement toutes les portes aux citoyennes ; celles-ci sont électrices et éligibles, elles sont à l'université, dans la presse ; elles peuvent accéder aux plus hauts échelons de la fonction publique. Les secondes, par contre, les maintiennent dans cette inégalité séculaire qu'elles connaissaient du temps des premiers croyants. De larges couches de la population sont sensibilisées par cette facilité donnée au mari de répudier, ne laissant à la femme qu'une faible consolation pécuniaire.

Aussi, même dans cette partie de la jurisprudence qui s'estime liée par les textes, l'on trouve un écho de cette situation angoissante actuellement à l'ordre du jour. Le problème, certes, est posé depuis longtemps. Même le gouvernement français l'a senti qui a procédé aux timides retouches de 1959. Les Algériens s'en étaient désintéressés, occupés à autre chose. Mais depuis 1962 le problème devient aigu, depuis que la cour suprême a marqué sa volonté de retourner aux sources, remettant ainsi en cause l'existence même des retouches apportées avant l'indépendance dès lors qu'elles ne sont pas le reflet fidèle du droit musulman.

Aussi revient à l'ordre du jour cette inégalité traditionnelle entre l'homme et la femme qui a tant choqué. Les discussions renaissent autour d'une législation qui ne satisfait point, et la promulgation d'un code de la famille est attendu depuis 1962, destiné à mettre un terme à ce qu'on considère comme injuste, mais qu'on a du mal à concevoir et à élaborer du fait des lourdes remises en cause que cela entraînerait fatalement.

27. — C'est peut-être l'écho de cette querelle, le souci de justifier encore des solutions tirées des règles attaquées de partout, qui a inspiré cette décision du tribunal d'Alger-Nord du 12 avril 1967 (1).

Le sieur O... avait engagé une action en divorce à l'encontre de celle qu'il avait épousé en 1962 et dont il a eu trois enfants. Le motif invoqué est que parti en France pour y travailler, celle-ci avait refusé de l'y rejoindre. L'épouse s'oppose, bien sûr, au divorce, et sollicite sa réintégration au domicile conjugal. Se situant dans la ligne de cette jurisprudence, le tribunal rejette la demande de réintégration et prononce le divorce. Mais il a le souci de s'en expliquer largement :

---

(1) N° 38 du rôle, inédit.

« Attendu qu'il résulte des débats que les allégations du demandeur... ne sont que des affirmations qui ne reposent sur aucun moyen de preuve ; que le tribunal ne saurait les prendre pour des prétentions véridiques (sic) pouvant assurer la demande (reconventionnelle) de la défenderesse à l'échec ;

« Attendu que la défenderesse refuse le divorce et manifeste le désir de réintégrer le domicile conjugal ;

« *Attendu qu'en droit le mariage peut-être dissous quand le juge saisi par l'un ou l'autre des époux de la volonté unilatérale du mari de dissoudre le mariage, prononce cette dissolution. Que si le juge prononce cette dissolution, il statue sur les dommages-intérêts dus par le mari à la femme pour le préjudice moral ou matériel causé à celle-ci par la rupture du mariage* ».

Cet attendu reprend le dernier alinéa de l'art. 11 du décret du 17 sept. 1959 en ce qui concerne la demande en divorce, et le dernier alinéa de l'art. 21 du même décret pour la condamnation aux dommages-intérêts qui semblent, nous l'avons vus plus haut, être obligatoires dans ce cas.

Mais, pour rester fidèle à la jurisprudence de la cour suprême qui, nous l'avons vu, forme des réserves vis à vis des textes modernes, le jugement rapporté, prudent, constate « que cette solution est conforme au *Fiqh* en ce qui concerne la volonté du mari ». Puis il s'explique sur la solution qu'il donne parce qu'elle s'impose à lui, et qui semble la moins mauvaise eu égard aux règles du mariage :

« Attendu que le refus de faire droit à la demande de divorce formulée par le mari est extrêmement dangereuse, non certes, pour le mari, mais pour la femme elle-même, contre laquelle cet excès de protection va se retourner ;

« Attendu que la décision de rejet de la demande de divorce crée indiscutablement à l'épouse une situation dangereuse, qui, se croyant victorieuse, prétendra s'imposer à son mari par acte extra-judiciaire et se faire réintégrer de force contre le gré de son mari ; ou bien elle restera à la porte et se trouvera réduite à demander le divorce qu'elle refusait hier, alors que la demande reconventionnelle lui était ouverte, ou bien elle rentrera pour subir un sort pénible, pour assister à un remariage de celui qu'elle a voulu humilier et qui s'en vengera, alors qu'il était préférable qu'elle obtienne des dommages-intérêts convenables, la garde des enfants et une pension alimentaire pour elle d'abandon et d'entretien pour les enfants communs ».

Cette opinion avait déjà été émise, il y a quelques années, par le doyen J. Roussier (1). Les règles de dissolution et les règles du

---

(1) Le mariage et sa dissolution dans le statut civil local Algérien, Alger, 1960, p. 84.

mariage sont un problème d'ensemble. Tant que la polygamie existera la femme ne pourra être l'objet d'une protection efficace. Même si le tribunal ordonnait sa réintégration, celle-ci ne peut avoir lieu, en tous cas elle ne pourra pas empêcher le remariage de son mari. Elle reviendra alors elle-même devant le tribunal pour solliciter le divorce, après s'être crue un instant « victorieuse ».

Le souci de justifier ne dénote t-il pas la mauvaise conscience du juge, obligé d'appliquer un principe que, peut-être, ici, il ne partage pas ?

28. — Il reste enfin un certain nombre d'observations à faire, destinées à montrer les conséquences du principe dans son application.

29. — La première, et la principale, c'est la divergence de la jurisprudence sur ce point, que nous avons sommairement divisée en deux tendances. Si la diversité d'opinion est un signe de vitalité, de souci de recherches, elle n'en donne pas moins lieu, ici, à une grande anarchie. Car la diversité ne provient pas du fait qu'on cherche à trouver la solution la meilleure à un problème posé, elle traduit un désaccord sur des principes.

Ici encore nous ne saurions mieux faire que d'illustrer notre propos par un cas d'espèce.

Au début de l'année 1964 la dame M... assignait son mari S... devant le tribunal d'Alger et sollicitait, entre autres, sa réintégration au domicile conjugal. Le 4 novembre 1964 un jugement était rendu, faisant droit à sa requête. Le 1<sup>er</sup> décembre de la même année, le défendeur interjetait appel de cette décision, à laquelle il reprochait de n'avoir pas retenu sa demande reconventionnelle (1) en divorce et « d'avoir ainsi méconnu les dispositions du décret du 17 septembre 1959 ».

Le 7 février 1967, la Cour d'Alger, qui a eu à connaître de l'appel, rendait un arrêt (2), de confirmation sur le point de la réintégration :

« Mai attendu, déclare t-elle, que l'appelant n'avait aucun grief à formuler justifiant le divorce ; Que c'est à bon droit que le premier juge a ordonné la reprise de la vie commune. P.C.M. - Deboute l'appelant de sa demande en divorce ; ordonne la reprise de la vie commune ».

Cet arrêt ne fût jamais exécuté. D'une part du fait des difficultés d'exécution. D'autre part du fait qu'un an après, le mari qui avait succombé devant la cour, revint une nouvelle fois devant le tribunal et assigna son épouse en divorce. Le magistrat du tribunal avait sans doute changé entre temps, et le nouveau titulaire inaugura une nouvelle jurisprudence. En effet, le 23 mars 1968 le Tribunal d'Alger rendait une décision de divorce (3) :

---

(1) Celle-ci avait, en effet, été déclarée irrecevable par le tribunal, mais pour des motifs tenant à la procédure.

(2) Inédit.

(3) Trib. d'Alger, 23-3-1968 af. n° 16 - inédit.

« Attendu, déclare t-il, que la défenderesse a répondu à la requête qu'elle rejette le divorce ; qu'elle dénie les prétentions du demandeur » ;

« Attendu que le demandeur a maintenu sa demande de divorce, car c'est lui qui a la puissance maritale, que la défenderesse a refusé ; qu'elle a présenté des documents dont l'arrêt rendu entre eux par la cour d'Alger le 7 février 1967, déboutant le requérant de sa demande en divorce, ordonnant la reprise du mariage... »

« Attendu qu'il est impossible à un juge musulman dans quelque circonstance que ce soit, de rejeter la demande de celui qui a la puissance maritale pour une chose qu'il voit, lui avant qu'un juge d'un quelconque tribunal la voit (sic) (1), et Dieu le Très Haut a dit dans le Livre : « S'ils se décident à divorcer, Dieu l'entend et le sait » ;

« Jugeons... réelle la volonté du demandeur de divorcer ; prononçons le divorce définitif entre les époux ».

C'est la censure de la cour par le tribunal !

Supposons, dans cette même affaire, un appel et un pourvoi. La cour d'Alger serait bien obligé d'infirmier, du fait de l'arrêt qu'elle a déjà rendu dans cette affaire. Mais son deuxième arrêt serait certainement cassé par la Cour Suprême dont nous connaissons la jurisprudence. Il convient d'ailleurs de signaler que cette affaire est à ce jour pendante devant la cour d'Alger. Voilà une épouse revenue au même point après plusieurs années de procédure.

Le plaideur y perd la tête, et le juriste en est navré.

\*\*\*

## C O N C L U S I O N

30. — L'une et l'autre jurisprudences s'expliquent pourtant ; l'une est fidèle aux textes et à la tradition, et c'est là qu'est le véritable problème. Le magistrat oriente, interprète, innove, lorsque le texte lui laisse une marge de liberté. Ce n'est pas toujours le cas.

L'autre est certainement audacieuse et progressiste parce que plus sensible à son temps et au courant d'opinion qui s'impose de plus en plus. La société n'est plus ce qu'elle était du temps des grands légistes. On ne comprend pas que dans tous les domaines de la vie publique on ait donné à la femme une place exactement identique à celle de l'homme, mais que dans le seul domaine du mariage et de sa dissolution elle soit maintenue dans une inégalité ancestrale ; c'est cet anachronisme qui a conduit certains magistrats à bousculer la tradition et à rendre des décisions progressistes, inspirées de la simple équité.

C'est là la faiblesse de leurs décisions : elle ne sont appuyées sur aucun texte.

(1) Traduction probable : le mari a des raisons qui échappent au tribunal.



Alors que ces magistrats ne jugent que selon leur sentiment personnel et l'idée qu'ils se font de la justice, d'autres invoquent toute la puissance du Chraâ, l'opinion des Maitres. La répudiation unilatérale est permise par les textes mais combattue par l'opinion. D'où les flottements, les incertitudes et surtout les palliatifs qu'on trouve dans les décisions.

D'une part la condamnation du mari à des dommages-intérêts, censés « réparer le dommage matériel ou moral » causé à l'épouse par la rupture. Faible consolation. De même que l'indemnité versée par une compagnie d'assurances n'a jamais ramené à la vie la victime d'un accident, de même les dommages-intérêts, ici, ne peuvent réparer ce que détruit un divorce.

Au surplus, si la question du divorce a de tous temps et dans tous les pays été agitée, c'est parce qu'il y a au centre les enfants.

D'autre part, nous savons que même les décisions fidèles aux textes sont largement motivées. D'abord pour justifier les dommages-intérêts alloués et faire ressortir la réalité du préjudice. Mais aussi et c'est contradictoire c'est que les faits relatés dans ces décisions tendent à présenter l'homme dont la vie conjugale est devenue à ce point intenable qu'il a été amené à « vouloir » rompre son mariage. C'est la démonstration et la justification de cette fameuse « volonté unilatérale ». C'est aussi celles de la faiblesse d'un principe.

31. — En réalité, la pratique est anarchique et incertaine parce qu'on n'arrive pas à se mettre d'accord sur les principes ni à choisir. Car le problème est un problème de choix.

La règle du statut personnel actuelle est à forte coloration religieuse. Or l'histoire nous enseigne qu'il est difficile de régler les rapports entre les hommes à coup de règles morales et religieuses. Ce qui fait que dans d'autres pays, l'on a été amené à détacher carrément la règle juridique de la règle morale et religieuse. Si nous voulons régler notre problème nous devons nécessairement suivre ces pays qui nous ont précédé sur cette voie.

32. — Si nous considérons la règle de droit comme une règle technique d'organisation des rapports entre les hommes, nous devons alors nécessairement la détacher de la morale et de la religion, comme nous l'avons déjà fait, entre autres, pour le droit pénal. Le droit revêt de plus en plus un caractère objectif, la morale et la religion sont avant tout subjectives, qui s'adressent d'abord à l'individu.

L'appréhension juridique d'une réalité sociologique peut s'opérer de deux façons : partir des règles existantes, juridiques, voire morales, et les appliquer à la réalité qu'on veut saisir. Cette appréhension sera forcément partielle. Il est difficile à un homme et il n'est pas souhaitable de juger chez un autre homme ce qui est du domaine spirituel. En outre, ces règles nous viennent d'un passé lointain, faites pour une société qui ne connaissait pas tous nos problèmes. C'est le cas aujourd'hui avec

notre législation du statut personnel, qui laisse de côté des points non réglementés ou qui ignore des problèmes actuels cruciaux, tels ceux de l'adoption ou de l'enfant naturel.

Certes, il est des points sur lesquels le Droit Musulman peut souffrir une interprétation élastique. C'est la remarque faite à propos d'une tentative du législateur Tunisien qui a consisté à partir du précepte coranique qui veut un traitement absolument égal entre les co-épouses, constater que cette égalité est humainement impossible, et interdire la polygamie.

Deux remarques doivent être faites ici :

En premier lieu, s'il y a des points à propos desquels cette gymnastique intellectuelle est permise et possible, il en est d'autres, par contre, qui excluent le recours à cette solution. Ce sont ceux qui se heurtent à une interdiction formelle du droit musulman, comme l'adoption, ou que ce droit ignore tout simplement, comme le problème de l'enfant naturel.

En second lieu, c'est que le droit s'apprécie non dans sa lettre mais dans son application. Se référant, pour tous ces problèmes, à des sources religieuses, et s'agissant par conséquent, ici, davantage de religion que de droit, on entend mal que depuis des siècles on ait répété que l'on peut prendre plusieurs épouses, que la religion autorise cela, que la polygamie a de tous temps été pratiquée, et qu'on vienne aujourd'hui dire qu'une telle faculté est désormais interdite au nom d'une nouvelle interprétation du Coran.

Aussi, et c'est le meilleur service à rendre à la religion convient-il de retenir la solution la plus simple en assignant sa place au Droit, dont la mission est d'ailleurs moins ambitieuse. C'est, historiquement, la solution qui s'est imposée dans des pays proches de nous : partir du terrain même pour élaborer la règle de droit. C'est la façon la plus commode, qui laisse une grande liberté d'action, qui permet de régler tous les points et d'apporter une solution chaque fois qu'un problème apparaît.

Dans cette voie, cela ne veut pas dire que nous ne devons pas tenir compte des traditions et valeurs héritées. Mais si nous voulons faire œuvre utile, nous devons nécessairement innover. Certes, quand on innove, dans ce domaine, on heurte. Mais on peut quand même tenter.