

Numéro du document : REVDIP/CHRON/2006/0044  
Publication : Revue critique de droit international privé 2006, p. 521  
Type de document : Etude

Indexation

XXXX

1.XXXX

## **Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : Quelles implications pour les Marocains en Europe ?**

Marie-Claire **Foblets**, *Professeur à la Katholieke Universiteit Leuven*

Mohamed **Loukiliv**, *Professeur à la Faculté de droit de Rabat, Agdal*

### Introduction<sup>1</sup>

Les relations familiales sont régies actuellement au Maroc par le nouveau Code de la famille du 3 février 2004<sup>2</sup>. Ce code a remplacé l'ancienne Moudawwana de la fin des années 1950 (1957-58) qui avait soulevé nombre de critiques depuis son entrée en vigueur<sup>3</sup>. Le nouveau Code de la famille et son prédécesseur ont la même source : la doctrine juridique musulmane connue sous le nom *fikh* et plus particulièrement le *fikh* malékite tel qu'il est appliqué au Maroc. La différence entre les deux textes réside, pour le nouveau code, principalement dans la forme, mais aussi dans quelques règles de fond plus détaillées - qui ne forment toutefois pas en elles-mêmes une exception aux principes de base du droit musulman en général. La nouvelle Moudawwana prévoit également plusieurs dispositions qui s'adressent plus en particulier aux ressortissants marocains qui résident à l'étranger (MRE) et cherchent à régler certains aspects spécifiques de leur vie de famille. Il s'agit d'une nouveauté. Ce sont ces dispositions en particulier qui nous intéresseront ici. Nous nous concentrerons sur les dispositions traitant du mariage et du divorce. Les dispositions de la nouvelle Moudawwana traitant de la vie de famille des MRE traduisent en quelque sorte la manière particulière dont le législateur marocain projette de régir la dimension transfrontière de la vie de famille de ressortissants nationaux - hommes, femmes et enfants - dont le nombre ne cesse d'augmenter et qui s'établissent à l'étranger tout en gardant des attaches, plus ou moins profondes, avec le Maroc. Les dispositions de la nouvelle Moudawwana se rapportant aux MRE donnent à voir une forme particulière d'agencement juridique sur le plan international de la vie de famille, qui a recours tant aux techniques du droit international privé que du droit judiciaire interne marocain.

L'analyse est subdivisée en trois parties : dans une première partie (Partie I : « Le nouveau Code marocain de la famille : une réforme fidèle à la tradition musulmane »), nous résumons de manière sommaire les lignes de force du nouveau Code marocain de la famille, non sans émettre il est vrai quelque réserve sur la question de son caractère novateur. Dans une seconde partie (Partie II : « Le mariage et sa dissolution en droit marocain. Quelles implications pour les Marocains qui résident en Europe ? »), nous nous intéressons à l'impact - réel ou possible - de la nouvelle Moudawwana sur l'organisation de la vie de familles impliquant un ou plusieurs MRE. Nous analysons les différentes possibilités dont les MRE disposent, tantôt en application du droit interne marocain, tantôt par la voie des techniques du droit international privé, pour agencer

les droits et obligations engageant les uns et les autres au sein du ménage, en tenant compte des circonstances concrètes et des besoins individuels de chaque situation. Nous clôturerons l'analyse par une troisième et dernière partie (Partie III : « L'application concrète. Les difficultés prévisibles ») dans laquelle nous prêtons une attention particulière à un nombre de difficultés prévisibles que risquent de poser, à l'application, certaines dispositions de la nouvelle Moudawwana, notamment par rapport aux MRE.

## **Partie I Le nouveau code marocain de la famille : une réforme fidèle à la tradition musulmane**

Le nouveau code se caractérise par rapport à l'ancienne Moudawwana par son style plus clair, au moins dans la version en langue arabe et par l'abondance de ses règles qui sont réparties en quatre cents articles<sup>4</sup>. Quant aux règles de fond, ce serait trop dire que de qualifier la réforme du droit de la famille intervenue au Maroc en 2004 de fondamentale. Cela s'explique par le fait que c'est le Roi du Maroc qui a pris l'initiative de préparer le projet du nouveau code avant de le proposer au Parlement. En sa qualité de Commandeur des croyants (*Amir-at-Mouminine*), il a bien précisé dans ses directives à la commission chargée de la préparation du texte qu'il est lié par les principes de la religion musulmane et qu'il ne peut pas « autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce qu'il a autorisé »<sup>5</sup>. L'actuelle Moudawwana est donc un texte qui ne rompt pas avec les traditions du droit musulman relatives à la famille. La plupart de ses règles sont inspirées du rite malékite, quelques-unes s'expliquent par référence à d'autres rites musulmans. En cas de silence ou d'insuffisance de la règle écrite le législateur invite les juges à recourir, pour trouver la solution, au rite malékite et à l'effort jurisprudentiel (*Ijtihad*), terme purement islamique (article 400).

Pour autant, cela ne veut pas dire que la nouvelle Moudawwana soit dénuée de tout aspect de réforme. On y trouve des dispositions qui expriment le désir du législateur marocain de rendre justice à la femme en la mettant sur un pied d'égalité avec l'homme, tant pour ce qui concerne le mariage que sa dissolution, ou encore, dans ses relations avec les enfants. Cela est neuf. Ce constat vaut également pour la protection de l'enfant qui fait l'objet de plusieurs dispositions de la nouvelle Moudawwana. Les dispositions sur la protection de l'enfant sont formulées en des termes identiques à ceux de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant<sup>6</sup>. « Le Code de la famille selon nous est un acquis destiné à protéger la partie la plus fragile de la société (les femmes en l'occurrence) et garantir les droits des enfants », écrivaient les auteurs du premier rapport annuel sur l'application du Code de la famille : « En conséquence, le Code a pour objectif de veiller sur la famille contre toutes les formes d'injustice et de discrimination. Le législateur marocain a renforcé le Code par de nombreuses dispositions et mécanismes à cette fin. En comparaison avec la situation antérieure le nouveau Code constitue une avancée qualitative dans les affaires de la famille permettant ainsi la promotion des droits des femmes et de son statut social tout en réduisant les déséquilibres qui existent encore »<sup>7</sup>.

Pour donner plus d'effectivité à ces dispositions une nouvelle section spécialisée dénommée « justice de la famille » a été créée au sein des tribunaux de première instance. Les juges rattachés à cette section bénéficient d'un pouvoir d'appréciation et de contrôle accru sur certaines institutions controversées du droit familial marocain, telles que la polygamie ou la répudiation.

Dans l'ensemble toutefois, il est permis de dire que le nouveau code se situe dans la continuité de l'ancien, puisqu'il reste inspiré des mêmes sources. Le nouveau Code de la famille marocain suit effectivement la ligne de la tradition musulmane relative au

droit de la famille. On peut même considérer que les règles du nouveau code érigent les principes du droit musulman dans ce domaine en règles impératives pour les thématiques successivement traitées : mariage, dissolution du mariage, filiation, capacité, testament et successions, en imposant l'intervention du ministère public dans toutes ces matières<sup>8</sup>.

Le constat peut paraître sévère. Il est confirmé par quelques indications. D'une part, il y a la terminologie juridique. Les termes utilisés par le législateur sont les mêmes que l'on trouve dans les livres connus de la doctrine malékite tel que la *Tohfa* d'Ibn Assim et le *Mokhtassar* de Khalil et leurs exégèses. Le lecteur non arabisant risque de s'y tromper : on relève effectivement quelques différences entre le texte en langue arabe du code qui est la version qui fait foi et sa traduction officielle en langue française telle qu'elle a été publiée au *Bulletin officiel*<sup>9</sup>. L'exemple type de ce genre de divergences terminologiques qui risquent de prêter à confusion est le terme *talaq* (répudiation) qui a été traduit en français par *divorce sous contrôle judiciaire*. Les juges sont toutefois tenus exclusivement par la version arabe du texte du code qui utilise les termes traditionnels du droit musulman. D'autre part, il y a l'article 400, dernière disposition du nouveau code : les juges sont tenus de s'inspirer du rite malékite dès lors que la règle de droit écrite serait absente, lacunaire, ou imprécise<sup>10</sup>. L'article 400 de la nouvelle Moudawwana confirme en quelque sorte l'interdiction pour le juge marocain de recourir à d'autres sources que les sources musulmanes dans le domaine des relations familiales. Or, comme on le sait, le droit musulman classique a une conception propre de la condition de la femme et de l'enfant au sein de la famille qui n'est pas celle qui prévaut actuellement dans un nombre croissant de législations dites modernes de par le monde : le mari est le seul chef de la famille et c'est exclusivement à lui que revient le privilège de dissoudre ou de sauvegarder le lien matrimonial ; l'épouse n'est pas la tutrice légale de ses enfants, même si elle en a la garde - qui par ailleurs peut lui être retirée dans certains cas. De même, l'enfant né hors mariage ne jouit pas de la même protection, la notion de filiation avec le père n'existe que dans le cadre du mariage.

En conséquence, la question qui se pose est la suivante : le législateur marocain a-t-il suivi dans la nouvelle Moudawwana une autre voie que celle tracée par le droit musulman classique ? Pour apprécier l'importance de la réforme, il faut passer en revue les changements relatifs à la condition de la femme, puis à la condition de l'enfant.

## **1. Les réformes relatives à la condition de la femme**

Les nouvelles dispositions relatives à la femme ont pour principal objet le mariage et sa dissolution. Les règles traditionnelles relatives à l'héritage n'ont subi aucun changement substantiel. Aussi, nous n'en parlerons pas ici.

### **1.1. Le mariage**

La nouvelle Moudawwana met la femme et l'homme sur un pied d'égalité quant à l'âge minimum requis pour se marier. Elle exige pour les deux sexes un âge minimum de dix-huit ans (article 19), Elle autorise la femme majeure à se marier, désormais sans l'intermédiaire d'un tuteur matrimonial (article 24). Par contre, elle maintient l'interdiction pour la musulmane de se marier avec un non-musulman (article 39, 4). De même, la femme marocaine ne peut pas se marier avec un étranger, même musulman, sans l'autorisation préalable du procureur général du Roi près la Cour d'appel (article 65, 5). La nouvelle Moudawwana n'abolit pas la polygamie, mais la soumet à un contrôle judiciaire préalable en vue de sauvegarder des droits de la

première épouse et de ses enfants le cas échéant, et de permettre à la femme qui n'accepte pas la bigamie de demander le divorce (articles 40 à 46). Le tribunal peut au besoin l'obliger à divorcer dans l'hypothèse où elle n'accepterait pas d'être l'épouse d'un homme polygame, mais ne demanderait pas pour autant le divorce (article 45). Quant au régime matrimonial, la nouvelle Moudawwana perpétue le principe de la séparation des biens tout en permettant aux époux de se mettre d'accord sur la façon de gérer conjointement leurs biens personnels acquis durant la vie conjugale (article 49). En cas de conflit entre les époux sur la propriété, il appartiendra au juge de décider de la répartition des biens entre eux « en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour faire fructifier les biens de la famille » (article 49). Cela présuppose que le juge joue un rôle actif dans le domaine de la preuve, ce qui est rare dans la pratique judiciaire marocaine<sup>11</sup>.

Dans l'ensemble, les dispositions de la nouvelle Moudawwana traitant du mariage laissent supposer que la famille marocaine sera désormais dirigée par les deux époux (article 4) et que les conjoints doivent se concerter pour la prise de décisions relatives à la gestion des affaires de la famille (article 51). Il n'empêche que c'est l'époux qui reste invariablement, comme cela fut le cas sous le régime de l'ancienne loi, le tuteur légal des enfants pendant le mariage, l'épouse n'étant tutrice légale qu'en cas de décès de celui-ci (article 230 et article 236).

## 1.2. La dissolution du mariage

Il existe plusieurs modes de dissolution du mariage en droit interne marocain. La nouvelle Moudawwana en ajoute quelques-uns.

Le mode de dissolution du mariage le plus controversé est indiscutablement le *talaq* (répudiation ; traduit en français par « divorce sous contrôle judiciaire »). Il permet au mari de mettre fin au mariage par sa seule volonté. Le législateur marocain a conservé ce mode de dissolution du mariage, mais en précisant clairement que l'exercice de ce droit est désormais conditionné par l'obtention d'une autorisation du tribunal, afin de permettre à la femme d'être entendue et de garantir ses droits ainsi que ceux des enfants du couple (articles 79 et suivants). Le tribunal ne donnera l'autorisation de dresser l'acte de *talaq* que si le mari a déposé au secrétariat-greffe, une somme d'argent, fixée par le tribunal, couvrant les droits de l'épouse<sup>12</sup>.

Le mari ne peut reprendre sa femme dans le cas du *talaq* révocable qu'avec l'approbation expresse de celle-ci (article 124)<sup>13</sup>. La femme ne jouit pas d'un droit semblable qui lui permettrait de mettre fin au mariage par sa seule volonté, sauf dans les cas de *talaq* par accord (traduit officiellement en français par divorce par consentement mutuel), de *tamlík*<sup>14</sup> (traduction officielle : celui qui résulte d'un droit d'option consenti par l'époux à son épouse) et de *khol'*<sup>15</sup> (traduction officielle : divorce par *khol'* [*khôl'* peut être traduit par compensation]). Mais même dans ces cas-là, le tribunal prendra en considération la volonté de l'homme.

Il en va différemment du divorce *chiqaq*, nouvelle forme de divorce qualifiée dans la traduction française de divorce « pour raison de discorde » (articles 94 à 97). La femme, désireuse de mettre fin au mariage présente au tribunal une demande de divorce pour *chiqaq*. Le tribunal est obligé dans ce cas d'accepter et de prononcer le divorce dans un délai maximum de six mois à compter de la demande en tenant « compte de la responsabilité de chacun des époux dans les causes du divorce pour évaluer la réparation du préjudice subi par l'époux lésé » (article 97). Est-il permis de voir dans cette nouvelle disposition un équivalent pour la femme de ce qu'est la répudiation pour l'homme ? La réponse à cette question devra venir de la pratique

judiciaire. Certains juges pourraient être amenés à considérer que ce mode de divorce constitue une variante du divorce pour préjudice, ce qui confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la recevabilité de la demande ou fixer le montant dû en guise de réparation du préjudice subi par l'époux du fait que l'épouse porte la responsabilité dans la rupture du mariage. Une telle interprétation rend bien évidemment le divorce plus difficile pour la femme. S'il s'avérait qu'en pratique ce soit cette interprétation qui l'emporte, il faudrait conclure que le *chiqaq* ne constitue pas un équivalent du *talaq*. Dans ce cas ce nouveau mode de divorce se rapprocherait plutôt d'une séparation judiciaire par compensation - notion qui n'existe toutefois pas dans le code - chaque fois que l'épouse ne réussit pas à convaincre le tribunal de la sincérité de sa demande.

## **2. Les réformes relatives à la condition de l'enfant**

Le nouveau code a pris en considération la protection des enfants. Cette protection était ignorée du code précédent. La nouvelle Moudawwana mentionne les droits des enfants et les obligations incombant aux parents. Par contre, sur certains points se rapportant à l'enfant, elle garde la même vision que l'ancien texte.

Nous ne traiterons ici que très brièvement de la condition de l'enfant en droit marocain, nous le faisons uniquement à titre d'illustration de la fidélité témoignée par le codificateur marocain à la tradition musulmane. La condition des enfants en droit marocain ne fait toutefois pas l'objet central de notre analyse, cette thématique mérite une étude plus approfondie<sup>16</sup>.

### **2.1. La filiation**

Le nouveau code, fidèle sur ce point au droit musulman traditionnel, ne reconnaît que la filiation légitime, c'est-à-dire que l'enfant doit être conçu pendant le mariage. L'établissement de la filiation naturelle paternelle est prohibé (article 148). Il en va de même de la filiation adoptive (article 149). Toutefois, le nouveau texte de la Moudawwana autorise que, dans le cadre de l'appréciation de la légitimité de la filiation, soit adoptée une notion large du mariage. L'élargissement permet d'englober, outre le mariage valide<sup>17</sup>, également quelques catégories de mariages nuls, le mariage vicié et les fiançailles lorsque les conditions posées par le code sont remplies (article 156). Le code va jusqu'à admettre, à titre temporaire il est vrai, les relations illégitimes à la condition toutefois que celles-ci soient légitimées par un jugement de reconnaissance de mariage (article 16). L'action doit être intentée dans les cinq ans de l'entrée en vigueur du code. Le code admet également le cas de relations sexuelles dites par erreur, ou encore, fait jouer le bénéfice du doute (*shubha*), et enfin, autorise la reconnaissance de paternité (*istilhak*).

Traditionnellement en droit marocain, la filiation légitime d'un enfant ne pouvait être contestée que sur la base du serment d'anathème (*liâne*). La nouvelle Moudawwana autorise que désormais la contestation de paternité puisse également se faire par la voie de l'expertise ordonnée par le tribunal (article 153). Cette innovation dans un code qui tire son inspiration du droit musulman peut surprendre : l'expertise ordonnée par le tribunal peut effectivement se révéler contraire à l'intérêt de l'enfant dans la mesure où elle permet à tout moment de contester la légitimité d'un enfant alors que dans le droit musulman classique, la contestation de la filiation paternelle par le serment d'anathème est très difficile. Il est d'autant plus curieux que ce nouveau mode de preuve (ordonné par le tribunal) ait été admis alors qu'en aucun cas - à (exception de la *shubha* (doute) dans le cas des fiançailles - le code n'autorise l'établissement d'une filiation hors mariage. Aussi, on ne s'étonnera pas que la Cour

suprême marocaine en ait décidé autrement dans un arrêt du 30 décembre 2004 : la Cour déclare que l'enfant est rattaché légalement à son père s'il est né dans le délai d'un an à compter du prononcé du divorce, et cela même dans l'hypothèse où l'expertise, en se basant sur les tests ADN, conclut que l'enfant n'est pas l'enfant biologique de l'ex-mari<sup>18</sup>. Dans un autre arrêt, du 9 mars 2005<sup>19</sup>, la Cour suprême a admis la possibilité de la contestation de la filiation paternelle « par la voie de l'expertise si on n'arrive pas à prouver que l'enfant est né durant le délai imparti pour la présomption d'*Alfirach* ou que cette naissance a eu lieu en dehors de ce délai », c'est-à-dire six mois après la conclusion du mariage ou une année après la séparation des deux conjoints.

## 2.2. La représentation légale et la garde

Le code a conservé l'idée que seul le père est le tuteur légal de l'enfant (article 231 et article 238). Ce dernier n'est sous la tutelle de sa mère que dans le cas de décès du père ou d'incapacité constatée. En contrepartie, en cas de dissolution du mariage, la garde de l'enfant revient toujours en premier lieu à la mère (article 171). Lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans, l'enfant aura le droit de choisir son gardien (article 166). La mère qui se remarie est déchue du droit de garde<sup>20</sup>, dès lors que l'enfant a atteint l'âge de sept ans (article 175). La mère qui n'est pas de religion musulmane sera également déchue de la garde de son enfant<sup>21</sup>. La mère qui a la garde peut être interdite de voyager avec l'enfant à l'extérieur du Maroc sans l'autorisation préalable du tuteur légal (article 179).

Nous arrêtons là l'esquisse des principales réformes intervenues en droit de la famille au Maroc début 2004. Il resterait beaucoup de choses à dire<sup>22</sup>. Notre but ici n'est pas de minimiser les efforts du codificateur marocain, loin de là, mais de montrer à travers quelques illustrations concrètes que le code de 2004, dans son ensemble, reste un code fidèle à la tradition musulmane. C'est précisément cette fidélité qui fera que certains problèmes d'incompatibilité entre le droit marocain et le droit des pays européens qui par le passé ont entraîné le refus d'application du droit de la famille marocain dans le cas de Marocains installés à l'étranger, continueront pour partie à se poser. Face à ce constat, deux attitudes sont possibles. Soit, on regrette que les problèmes d'incompatibilité continueront à se poser et on se range aux faits. Soit on envisage des alternatives qui permettent de surmonter ces incompatibilités. Le codificateur marocain semble avoir opté pour la seconde solution. Le code de 2004 offre effectivement plusieurs solutions qui cherchent à aider les MRE dans le domaine du mariage et de sa dissolution. Ce sont des solutions pour partie inédites, qui feront l'objet de la prochaine partie de notre analyse (Partie II-2 : « La nouvelle Moudawwana : un codificateur soucieux de la vie de famille des ressortissants marocains qui résident à l'étranger »). Une autre manière d'agencer des solutions qui soient adaptées à la vie de MRE sont les clauses contractuelles, connues tant en droit marocain que dans le droit de la famille des pays européens et qui, sur certains points, permettent également de surmonter les incompatibilités entre régimes de droit de la famille, marocain d'une part, et européen d'autre part. Nous les aborderons à la Partie II-3 (« Le potentiel émancipatoire de la nouvelle Moudawwana : conjuguer le droit interne marocain et le droit international privé »).

## **Partie II Quelles implications pour les Marocains qui résident en Europe ?**

Dans cette seconde partie nous nous intéressons donc plus particulièrement à la question de l'impact - réel ou possible - de la nouvelle Moudawwana pour les MRE. Les Marocains sont effectivement de plus en plus nombreux à s'installer à l'étranger<sup>23</sup>.

Nous concentrons ici l'analyse sur la question des implications, pour les MRE installés en Europe, des dispositions du code qui traitent du mariage, de certains de ses effets et, le cas échéant, de sa dissolution<sup>24</sup>.

L'analyse est subdivisée en trois sections. Dans une première section, nous énumérons les cinq raisons qui, toutes liées à l'évolution récente du droit international privé, permettent de prédire que, en pratique, l'impact de la nouvelle Moudawwana sera très vraisemblablement relatif pour la vaste majorité des MRE installés en Europe. Dans une seconde section, nous nous intéressons plus particulièrement aux dispositions de la nouvelle Moudawwana qui se rapportent aux MRE, et soulevons par la même occasion quelques difficultés qui risquent de se poser pour leur application. Enfin, en guise de troisième et dernière section, nous nous intéressons aux possibilités qu'offre la nouvelle Moudawwana, en combinaison avec le droit interne et international privé des pays européens, aux MRE installés en Europe et qui leur permettent d'agencer des solutions sur le plan du droit de la famille qui soient reconnues dans l'ordre juridique des différents pays impliqués, leur permettant ainsi de réaliser dans le domaine de la vie familiale une harmonie internationale entre le vécu identitaire individuel, la réalité de la migration et les besoins de la vie quotidienne.

### ***1. L'impact restreint du code pour les ressortissants marocains résidant en Europe : cinq explications***

Plusieurs arguments nous font penser que sauf à faire jouer la technique des clauses contractuelles (v. *infra*, 3<sup>e</sup> section), l'impact du code pour les ressortissants marocains résidant en Europe ne doit pas être surestimé. Ces arguments ont partie liée avec l'évolution récente du droit international privé en Europe. L'application en Europe de la nouvelle Moudawwana est hypothéquée par cinq évolutions qui, chacune à sa manière, sont de nature à relativiser pour les MRE l'importance des amendements apportés en 2004 à la Moudawwana. Elles sont caractéristiques du récent développement du droit international privé en Europe. *Une première évolution* est l'application de plus en plus fréquente du principe de la primauté de la loi de l'État de la résidence habituelle en cas de pluripatridie. Ce n'est pas tant un nouveau principe qui joue ici : la Convention de La Haye de 1930 suggère déjà de retenir la préférence de la nationalité qui coïncide avec le centre de vie d'une personne<sup>25</sup>. Ce qui refait aujourd'hui son actualité est la multiplication des cas de pluripatridie, notamment dans le chef de MRE : de plus en plus de Marocains cumulent la nationalité d'origine (ou celle de leurs parents) avec celle du pays de leur résidence habituelle. Il suffit qu'un MRE possède également la nationalité du pays de sa résidence habituelle pour exclure le rattachement à la loi nationale d'origine. *Une seconde évolution*, qui est également caractéristique du récent développement du droit international privé en Europe est la préférence donnée aujourd'hui de plus en plus volontiers à la loi de la résidence habituelle. *Une troisième évolution* est la vague de codifications du droit international privé dans différents pays en Europe, qui pour la plupart ancrent davantage le principe du rattachement à la loi de la résidence habituelle dans l'ensemble des techniques de conflits<sup>26</sup>. *Une quatrième évolution* est l'émergence récente de l'ordre communautaire européen dans le domaine de l'état des personnes et qui limite la souveraineté des États dans leur liberté de s'engager vis-à-vis de ressortissants de pays tiers, notamment par la voie d'accords bilatéraux<sup>27</sup>. On pourrait qualifier cette dernière évolution d'immixtion de l'ordre communautaire dans le droit international privé des États membres.

Enfin, *une cinquième* et dernière évolution qu'il y a lieu de mentionner ici est la primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>28</sup>. Il n'est pas rare que cette primauté soit invoquée à titre de

légitimation d'une méfiance qui n'a jamais complètement disparu de la jurisprudence mais qui est réapparue avec une vigueur redoublée voici quelques années, face aux recours de justiciables musulmans (pas seulement des MRE) à la loi du statut personnel du pays d'origine. En Belgique, dès 2002<sup>29</sup>, et en France début 2004<sup>30</sup>, on a ainsi pu voir un revirement de la jurisprudence des cours suprêmes notamment par rapport à la question de la reconnaissance de la répudiation. L'examen *in abstracto* s'est imposé au détriment de l'examen *in concreto*. D'aucuns parlent à ce propos de « repli nationaliste » de la part des pays européens face au statut personnel musulman<sup>31</sup>. Sous le couvert de la référence à la norme supérieure (la protection des droits de l'homme) ce repli s'explique, pour partie indéniablement, par une certaine méfiance face à l'inconnu, en l'occurrence le droit des pays musulmans<sup>32</sup>. Mais ce repli est pour une large partie aussi lié à une attitude pragmatique : la mobilité transfrontière des personnes, dès lors qu'elle devient dans un nombre croissant de cas la règle, et ne constitue donc plus l'exception, place les juges dans leur pratique quotidienne devant une difficulté quasi insurmontable. Le rattachement à la loi nationale, comme règle de principe, pour être praticable, doit s'accompagner d'une possibilité réelle pour les tribunaux de rappliquer efficacement c'est-à-dire sans trop de complications additionnelles. Les juges doivent notamment être informés correctement du contenu des lois étrangères et de l'interprétation qu'en font les cours et tribunaux du pays concerné. A défaut, le rattachement à la loi nationale risque d'avoir pour effet que le juge procède à sa propre exégèse de la règle étrangère, au risque de se tromper. Plutôt que de procéder à une tentative d'interprétation erronée, les juges donnent la préférence à un rattachement plus pragmatique - moins abstrait - à la réalité immédiate des personnes impliquées et ont de ce fait recours à la loi de la résidence habituelle des parties. Cette dernière, par la force des choses, est mieux connue du juge dès lors qu'il s'agit de sa loi. Cette même attitude, qui se fonde sur la crainte de se tromper, peut également se traduire par un recours, un peu facile il est vrai, à l'exception de l'ordre public, ce que traduit fort bien le reproche de « repli nationaliste ».

Ces cinq caractéristiques du développement du droit international privé en Europe ces dernières années sont autant de raisons qui feront très vraisemblablement obstacle au nouveau Code de la famille marocain comme loi effectivement applicable à la vie de famille des MRE dans le droit interne des pays européens. Pour surmonter l'obstacle, les MRE devront faire preuve d'ingéniosité juridique. Nous y revenons à la troisième section. Un des soucis au législateur marocain a été de tenir compte de la situation des MRE, notamment en Europe. Nous voyons deux raisons pour cet intérêt : d'une part, la volonté d'un État musulman de garder le lien (l'allégeance) avec des croyants, qui sont également des nationaux, résidant dans un pays où la loi islamique n'est pas appliquée, mais où les musulmans ont la liberté de suivre les règles individuelles de l'Islam (*dâr al-sulh*). D'autre part, très vraisemblablement également, le désir de la part du Maroc d'éviter que l'évolution des textes et des pratiques sur le plan du droit international privé en Europe, signalée ci-dessus, n'affectent ce lien. Ces textes et pratiques, dans les matières familiales, penchent, comme nous l'indiquions, en faveur du principe de proximité avec la loi du lieu de vie, en d'autres termes elles donnent préférence à l'application de la loi de la résidence habituelle (au détriment de la loi nationale). Une préférence qui aura pour effet dorénavant de limiter, en Europe, l'application du droit marocain dans le cas de MRE. Avec son nouveau code, le législateur marocain semble bel et bien avoir lancé une sorte de contre-offensive, prévoyant un nombre de dispositions qui doivent permettre aux autorités administratives et judiciaires marocaines à Rabat de ne pas perdre le contrôle de la vie de famille que mènent les ressortissants marocains établis à l'étranger. Il a, dans cette optique, inséré dans le code plusieurs dispositions qui se rapportent en particulier à la

situation familiale des MRE. Nous examinons ci-dessous les principales dispositions de la nouvelle Moudawwana traitant de certains aspects particuliers du mariage et du divorce impliquant des MRE.

## ***2. La nouvelle Moudawwana : une codification soucieuse de la vie de famille des Marocains qui résident à l'étranger***

Les dispositions que nous examinons dans cette section peuvent être lues comme traduisant, à leur manière, la volonté du législateur marocain d'éviter que, avec les années, le lien d'allégeance entre le pays d'origine et les Marocains à l'étranger ne se relâche. Nous passerons successivement en revue les dispositions de l'article 2 définissant le champ d'application du nouveau Code, les dispositions sur la reconnaissance des mariages civils contractés à l'étranger (articles 14 et 15) et sur les conditions de forme du mariage (articles 16 et 17), la nouvelle réglementation sur la constitution auprès des autorités judiciaires d'un dossier de mariage (articles 65 à 69), et enfin, le principe de la reconnaissance des décisions de divorce rendues à l'étranger (article 128). Pour autant nous resterons prudents dans nos propos. Le nouveau code marocain n'a pas en premier lieu été conçu pour les MRE. S'il aborde sur certains points la question de leur situation particulière, c'est pour ainsi dire incidemment. Le code ne contient pas un ensemble de réponses qui permettrait de conclure à un agencement complet et cohérent de la vie de famille hors territoire des MRE. On aurait tort de vouloir faire jouer au code un rôle qu'il ne se donne pas. Pour le surplus, notre analyse ne vaut que pour l'Europe où la volonté du législateur marocain va nécessairement buter contre, tantôt l'ordre public des Etats européens, tantôt la préférence donnée à la loi de la résidence habituelle.

### **2.1. Champ d'application : à qui s'applique le nouveau code ? (article 2)**

Cet article 2 ne figurait pas dans l'ancien texte. Il contient une règle d'applicabilité à caractère unilatéral qui détermine les catégories de personnes à qui s'applique le nouveau Code.

Le code distingue quatre hypothèses : il s'appliquera à tous les Marocains<sup>33</sup>, même ceux possédant également une autre nationalité ; aux réfugiés, y compris les apatrides<sup>34</sup> ; aux relations mixtes dont l'une des parties est marocaine et à la relation entre deux personnes marocaines, dont une est musulmane. Pour les juifs marocains, la situation reste inchangée : ce sont les règles du statut personnel hébraïque marocain qui leur sont appliquées. Nous voyons, par rapport à cette nouvelle disposition du code, deux types de problèmes.

Il est à craindre que la règle de conflit contenue à l'article 2, 3° - le code s'applique aux couples dont l'un est Marocain - soit de nature à multiplier à l'avenir les situations boiteuses. Ce sera le cas - de plus en plus fréquent - des MRE qui cumulent la nationalité marocaine avec celle du pays de leur résidence habituelle, étant entendu que dans ce cas ce sera la nationalité marocaine qui sera retenue par les autorités marocaines, alors que les autorités du lieu de la résidence retiendront l'autre nationalité en application de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 sur les conflits de nationalités<sup>35</sup>. À dire vrai, il en va presque toujours ainsi pour les bipatrides. Ce sera encore le cas pour les couples mixtes dont un époux a la seule nationalité marocaine dans la mesure où, comme nous le rappelions, le droit international privé des pays occidentaux met de plus en plus souvent en avant l'application de la loi de la résidence habituelle commune à défaut de nationalité commune<sup>36</sup>.

D'autre part, il y a la référence à la religion contenue à l'article 2, 4°. L'article 2 sur ce point reste en somme au diapason d'une situation déjà existante<sup>37</sup>. Le Code de la

famille marocain concerne il est vrai un pays à majorité musulmane. L'objectif principal du codificateur marocain a été de réguler des relations homogènes engageant entre eux des musulmans. Dès lors que le Dahir du 24 avril 1959 soumettant les musulmans, même étrangers, à la compétence des tribunaux de Cadi<sup>38</sup> et la jurisprudence fondée sur celui-ci resteraient d'application - ce que le *Guide pratique* ne semble pas invalider<sup>39</sup>- tout porte à croire que la règle d'applicabilité explicitée à l'article 2 du nouveau code n'empêchera pas que continue à jouer en droit international privé marocain le privilège de religion, qui donne à l'appartenance religieuse valeur de facteur de rattachement<sup>40</sup>. Conformément au Dahir cité et à la jurisprudence qui s'y réfère, il est très vraisemblable que les tribunaux marocains continueront donc à appliquer les dispositions du droit de la famille dès lors qu'une des parties au litige est de religion musulmane, et cela indépendamment de sa nationalité, de son domicile ou de sa résidence habituelle<sup>41</sup>. Cette règle, qui est basée sur l'ordre public marocain<sup>42</sup>, va nécessairement continuer à former un sérieux obstacle dans les relations internationales avec les pays européens<sup>43</sup>.

## **2.2. Le mariage (civil) des ressortissants marocains résidant à l'étranger (articles 14 et 15)**

*A priori*, l'article 14 semble compter parmi les dispositions pour ainsi dire « révolutionnaires » introduites par le nouveau code. Le mariage civil des ressortissants marocains contracté à l'étranger en conformité avec les procédures administratives locales sera désormais reconnu au Maroc, pourvu que soient réunies les conditions du consentement, de l'aptitude et de la présence du tuteur matrimonial (*wali*) le cas échéant et qu'il n'y ait pas d'empêchements légaux. Il s'agit ici d'une disposition de droit international privé.

Jusqu'à-là, le Maroc imposait aux Marocains se mariant à l'étranger de le faire selon la forme prescrite par l'ancien texte<sup>44</sup>. Les tribunaux marocains ne reconnaissaient pas les mariages civils célébrés à l'étranger par des ressortissants marocains<sup>45</sup>.

Du point de vue du législateur marocain la nouvelle disposition de l'article 14 est destinée à faciliter, dans la mesure du possible, les formalités de mariage pour les MRE, en prévoyant pour eux la possibilité d'adopter les procédures administratives en vigueur dans le pays de leur résidence habituelle. Les travaux préparatoires font référence au Coran et aux propos du Prophète par rapport au mariage : « [...] facilitez et ne compliquez point ». Dorénavant, les MRE seront autorisés à se marier au civil, dans des conditions qui garantissent l'agrément au regard du droit musulman de leur acte de mariage : l'aptitude et la présence le cas échéant du tuteur matrimonial<sup>46</sup>, l'absence d'empêchements légaux, la mention de la dot (ou, plus exactement, l'absence d'une clause qui annulerait la dot) et, enfin, la présence de deux témoins musulmans<sup>47</sup>.

Un problème par rapport à cette nouvelle disposition est lié au fait que les actes de mariage conclus en Europe ne contiennent pas tous les éléments énumérés aux articles 14, 65<sup>48</sup> et 67<sup>49</sup> du nouveau code. Il est dès lors prévisible que les officiers d'état civil compétents conformément à la loi locale en matière de conclusion de mariages passeront outre à certaines conditions posées par le codificateur marocain - notamment en matière de religion et de sexe - du fait que celles-ci sont inconnues du droit du for (la présence de deux témoins musulmans), voire contraires à l'ordre public (certains empêchements temporaires notamment ainsi que la condition du sexe masculin des témoins). Il est donc à craindre que les autorités compétentes en matière de mariage dans le pays de résidence de MRE (en Europe) ignoreront ces conditions - elles n'empêcheront pas le mariage - célébrant ainsi des mariages boiteux.

En pratique, il semblerait toutefois que l'obstacle ne doive pas être surestimé. La vérification des conditions de validité du mariage au regard du droit marocain se fait au moment de la transcription dans les registres consulaires<sup>50</sup>. Les autorités consulaires marocaines du pays de la résidence des parties rédigent, en cas de difficulté par rapport à la condition de la présence de deux témoins masculins musulmans, un acte additif où figurent l'identité de deux témoins musulmans (qui peuvent être différents des témoins qui ont assisté au mariage civil)<sup>51</sup>.

Cette pratique consulaire témoigne, depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, d'une certaine souplesse. Les MRE ont donc désormais le choix. Soit les époux procèdent à une double célébration de leur mariage, d'abord au civil, ensuite au consulat, comme cela fut pratique courante sous le régime de l'ancienne loi. Soit ils se limitent à une appréciation ultérieure par les autorités marocaines de la validité de leur mariage civil dans le respect de l'article 14. La première solution présente plusieurs avantages ; elle offre plus de garanties de reconnaissance dans les différents ordres juridiques impliqués. Notre préférence pour la double célébration a partie liée avec notre lecture de l'article 15 du code. Celui-ci laisse subsister différentes questions par rapport à son application.

L'article 15 vient en quelque sorte compléter la disposition de l'article 14 : il fixe les conditions de reconnaissance par les autorités marocaines de l'acte civil établi à l'étranger. Les MRE qui ont eu recours au nouvel article 14 et chercheraient à en tirer les bénéfices par rapport au droit marocain, c'est-à-dire qu'ils désireraient faire reconnaître leur union en droit interne marocain, sont tenus de déposer, dans un délai de trois mois de la date de conclusion de leur mariage, une copie aux services consulaires marocains du ressort où l'acte a été conclu ou, s'il n'y a pas de consulat dans le pays de résidence du couple, dans le même délai de trois mois au ministère des Affaires étrangères au Maroc qui procède à la transmission du document à l'officier d'état civil et à la division de la justice de la famille du lieu de naissance des deux époux<sup>52</sup>. L'ancien texte ne contenait pas de disposition) en la matière, c'était le Dahir n° 1.0.20-60 du 4 mars 1960 qui régissait les questions de mariages entre Marocains et ressortissants étrangers<sup>53</sup>.

On pourrait s'étonner que la transcription, telle qu'elle est envisagée par l'article 15, ne demande pas la preuve du respect des conditions posées à l'article 14. De même, il est précisé à l'article 68 du code que l'officier de l'état civil mentionne les données du sommaire de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance des époux. Il n'est pas fait mention d'un quelconque contrôle de la véracité clés données ainsi recueillies. Nous n'avons pas connaissance de circulaires ou d'instructions qui donneraient plus de précision à ce propos<sup>54</sup>. À ce stade, le texte de l'article 15 ne suffit pas à lui seul pour présager des modalités précises d'une pratique administrative qui, nécessairement, va se concrétiser à l'avenir : les mariages civils contractés conformément à la *lex loci* dans le pays de résidence des époux seront-ils reconnus par le seul dépôt d'une copie de l'acte de mariage civil au service consulaire du ressort ? Sinon, quelles sont les autres conditions à respecter ? Quelle sanction est prévue, à défaut de transcription dans le délai de trois mois ? Quelle sera la relation entre les mariages visés aux articles 14 et 15 du nouveau code et les mariages consulaires ? Le couple (de MRE) peut-il librement choisir entre les deux procédures ? N'est-il pas plus prudent pour eux de passer d'office (éventuellement après le mariage civil), par le mariage consulaire ? Dans l'attente, la technique de la double célébration de mariage - devant l'officier de l'état civil et au consulat - demeurera la façon la plus certaine pour assurer la validité du mariage dans les deux ordres juridiques.

### **2.3. Les conditions de forme du mariage (articles 16 et 17)<sup>55</sup>**

L'article 16 traite de l'action en reconnaissance du mariage. L'ancien texte prévoyait à l'article 5, 4<sup>e</sup> alinéa, qu'à titre exceptionnel le juge pouvait connaître de toute action en reconnaissance de mariage et admettre à cet effet tous moyens de preuve légaux. La jurisprudence livre quelques cas d'application de cette disposition qui a permis à des couples de MRE de régulariser leur situation matrimoniale au regard du droit marocain. Cela restera donc possible à l'avenir.

La nouvelle disposition à l'article 16 est toutefois plus précise : sont notamment considérées comme constituant des preuves légales : l'expertise (notamment médicale, telle la preuve par l'ADN) et l'audition de témoins. La grossesse de la femme et, bien sûr, l'existence d'enfants<sup>56</sup> seront pris en considération dans ces actions en reconnaissance de mariage<sup>57</sup>. Nouvelle, et quelque peu étonnante par contre, est la disposition restrictive reprise au dernier alinéa de l'article 16 qui limite la recevabilité des actions en reconnaissance de mariage à une durée transitoire, celle-ci ne dépassant pas cinq ans (à compter de l'entrée en vigueur du nouveau texte de loi). Comment cette disposition sera-t-elle interprétée ? Comment comprendre le sens de cette restriction ? Le *Guide pratique*<sup>58</sup> encourage : « toute personne désireuse d'établir son mariage par cette voie » à « [...] déposer une demande auprès du tribunal compétent, même en cas de consentement des parties et de témoignages, du moment que cette procédure n'a pas la valeur d'un contrat de mariage ». Le législateur marocain semble avoir voulu apurer les cas en suspens, mais que se passera-t-il après le délai de cinq ans<sup>59</sup> ?

L'article 17 traite des formes de la célébration du mariage dans les cas où l'une des parties, dans l'impossibilité d'être présente à la conclusion de l'acte, donne mandat à un tiers pour contracter celui-ci en son nom. Le mandat n'est pas neuf en droit matrimonial marocain. L'article 10, ancien, déjà, autorisait le mandat. Le texte de l'article 17 du nouveau code sur ce point est plus détaillé.

En principe, le mariage entre époux marocains « [...] est conclu en la présence de ses parties ». Le code prévoit toutefois que mandat peut être donné à cet effet, sur autorisation du juge, moyennant le respect de certaines conditions : 1. survenance de circonstances particulières empêchant le mandant de conclure le mariage en personne ; 2. rédaction du mandat dans un acte authentique ou sous-seing privé avec légalisation de la signature du mandant ; 3. le mandataire doit être majeur, jouissant de sa pleine capacité civile et réunissant les conditions de tutelle au cas où il serait mandaté par le tuteur matrimonial (*wali*) ; 4. le mandant doit désigner, dans le mandat le nom de l'autre époux, ses éléments d'identification, et tous les renseignements qu'il juge utile de mentionner ; 5. le mandat doit mentionner le montant de la dot (*sadaq*) payable d'avance ou à terme<sup>60</sup> ; le mandant doit en outre préciser les conditions qu'il désire introduire dans l'acte et les conditions, acceptées par lui, de l'autre partie ; enfin, 6. le mandat doit être visé par le juge pour s'assurer de sa conformité aux conditions exigées.

Comment comprendre la condition posée à l'article 17, 1<sup>o</sup>, qui présuppose la « survenance de circonstances particulières » qui empêchent le mandant d'être présent ? On connaît la difficulté rencontrée par des ressortissants marocains résidant sur le territoire d'un pays européen, mais sans bénéficier d'un séjour stable. La précarité, voire l'absence de titre de séjour les empêchent de rentrer au pays d'origine et de conclure eux-mêmes le mariage. « Cette disposition est maintenue pour les cas exceptionnels d'impossibilité absolue pour l'une des deux parties d'être présente à la conclusion de l'acte. Il s'agit toujours d'assouplir les formalités de mariage pour les MRE », fut-il précisé lors du débat au Parlement. Cette précision laisse entendre que le juge marocain saisi d'une demande d'autorisation pour un MRE de se faire mandater pour conclure son mariage au Maroc pourra accepter l'impossibilité pour le MRE sans

titre de séjour en Europe de rentrer au Maroc pour contracter mariage, comme une situation au sens de l'article 17, 1°.

Ce motif particulier pour maintenir le mandat en droit interne marocain risque à l'avenir de multiplier le nombre des mariages par procuration engageant des MRE se trouvant en situation de séjour précaire. Le législateur français, pour parer aux abus, a introduit voici quelques années un article 146-1 au Code civil qui rend nul le mariage d'un Français à l'étranger hors sa présence<sup>61</sup>. La Belgique a tranché en faveur d'une solution qui est à l'opposé de la position française. L'article 47 du nouveau Code belge de droit international privé<sup>62</sup>, qui désigne le droit applicable aux formalités relatives à la célébration du mariage, dispose que celles-ci sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire auquel le mariage est célébré. Il en découle que des MRE qui retourneraient se marier au pays seront donc soumis aux modalités d'application en droit interne marocain. Moyennant le respect des six conditions ci-dessus mentionnées, y compris l'obtention de l'autorisation du juge marocain compétent, rien n'empêche donc que le mariage par procuration, engagé au Maroc par des MRE, puisse être considéré comme parfaitement légal. L'article 47 du nouveau Code belge de droit international privé, en son dernier alinéa, va même jusqu'à prévoir cette hypothèse : « [...] le mariage peut avoir lieu par procuration »<sup>63</sup>.

Il est encore une autre série de dispositions qui illustrent la volonté du codificateur marocain de ne pas perdre le contrôle sur la vie de famille que mènent les MRE. Il s'agit des dispositions inscrites aux articles 65 à 69 du nouveau code régulant les formalités administratives et les procédures préalables au mariage.

#### **2.4. Les formalités administratives et les procédures préalables au mariage (articles 65 à 69)**

Le nouveau Code de la famille marocain prévoit pour tout acte de mariage contracté par des ressortissants marocains la constitution d'un dossier. La création du dossier de mariage semble traduire de la part du législateur marocain un souci de précision dans l'établissement de l'acte de mariage et la conservation sous contrôle judiciaire des documents y afférent. L'article 65 prévoit effectivement la création d'un dossier de l'acte de mariage qui doit être visé par le juge, *avant* l'octroi de l'autorisation de consigner l'acte. Les dossiers de mariage seront désormais conservés aux greffes des juridictions de la famille du lieu de la célébration du mariage. Chaque dossier doit contenir les documents précisés à l'article 65<sup>64</sup>. Il s'agit, entre autres, d'un extrait des deux actes de naissance ; d'un certificat médical pour chacun des deux futurs époux, d'une autorisation de mariage dans le cas de mariage avant l'âge légal, de polygamie, ou de mariages de convertis à l'islam ou d'étrangers (article 65, 5°) ; d'un certificat de capacité pour les étrangers (article 65, 6°). Il appartient au juge de la famille compétent pour autoriser les adoul à consigner le mariage de vérifier préalablement les documents qui composeront le dossier.

Les formalités administratives préalables au mariage, et qui désormais sont obligatoires pour tous les fiancés, peuvent paraître lourdes. Le but semble clair : il devrait dorénavant être très difficile pour un ressortissant marocain de frauder en matière d'état matrimonial. L'enregistrement des actes de mariage (et de dissolution du mariage) a pour but notamment de permettre aux administrations et instances judiciaires compétentes au Maroc de connaître avec certitude l'état civil d'une personne. C'est du moins l'ambition. Cette ambition n'aboutira qu'à la condition que les services de l'état civil soient opérationnels sur l'ensemble du territoire du Royaume du Maroc et effectivement accessibles.

Une autre forme de contrôle est l'obligation pour les adoul (témoins notaires) de

consigner dans l'acte de mariage la déclaration de chacun des fiancés précisant s'il a déjà été marié ou non (article 65). Dans l'hypothèse où un mariage antérieur aurait été contracté, la déclaration doit être accompagnée de documents « justifiant la situation légale à l'égard de l'acte à accomplir » (article 65, *in fine*). Enfin, il est également prévu que les fraudes seront sévèrement punies (article 66) ; l'époux lésé a le droit de demander la dissolution du mariage, avec une compensation pour le préjudice subi (article 66, *in fine*).

L'article 67 précise les mentions qui, obligatoirement, figureront sur l'acte de mariage. L'original est remis à l'épouse, une copie à l'époux. Le code sur ce dernier point reconduit l'ancien article 43.

Ces dispositions destinées à renforcer le contrôle des formalités de mariage auront des effets positifs en droit international privé puisqu'elles faciliteront la reconnaissance des actes de mariage. Reste à voir comment les nouvelles dispositions sur les formalités administratives préalables au mariage seront appliquées dans le cas de (re)mariages impliquant des MRE. Il ne fait pas de doute qu'à moyen terme le contrôle administratif renforcé au Maroc en matière d'établissement de l'acte de mariage facilitera, également en Europe, dans le cas de mariages civils de MRE, l'examen des conditions de fond, pour chacun des fiancés, avant de leur donner permission de contracter mariage. Cela vaut notamment dans le cas de MRE qui doivent se faire procurer au Maroc un extrait de leur acte de naissance ou, le cas échéant, la preuve de l'enregistrement d'un acte de divorce.

Mais il n'est pas certain que les choses soient automatiquement facilitées pour les MRE qui désireraient se marier au Maroc. En application de l'article 22 du Dahir du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil<sup>65</sup>, les actes de mariage et de divorce sont consignés en marge de l'acte de naissance. Le tribunal de Rabat est en particulier compétent pour recevoir les copies d'actes de mariage des MRE. Voici un exemple concret de difficulté qui pourrait se poser : l'article 65 énumère les documents à fournir par les époux qui veulent se marier au Maroc. Les législations internes en Europe varient toutefois, notamment pour ce qui concerne la procédure en divorce : tantôt, seules les autorités judiciaires sont compétentes en matière de dissolution du mariage, tantôt l'enregistrement à l'état civil suffit<sup>66</sup>. Il n'est pas certain qu'il sera tenu compte de ces différences.

La dernière illustration que nous apportons ici d'une disposition de la nouvelle Moudawwana, qui se rapporte explicitement à la situation particulière des MRE, est l'article 128 sur la reconnaissance de jugements de divorce rendus par des juridictions étrangères.

## **2.5. La reconnaissance de jugements de divorce rendus par des juridictions étrangères (article 128)**

L'article 128 comporte une règle de droit international privé relativement à la reconnaissance en droit interne marocain de jugements de divorce - ou répudiations - rendus par des juridictions étrangères. La reconnaissance n'est pas de plein droit, mais requiert qu'il soit procédé par la voie de l'*exequatur*. En principe, l'*exequatur* sera accordé si le juge ou l'autorité étrangère était compétent et si le fondement du jugement de dissolution du mariage est conforme au Code marocain de la famille, c'est-à-dire (re)connu en droit interne marocain. La vérification du fondement du divorce étranger dont la reconnaissance est demandée se fait donc au regard du droit marocain, non au regard de la loi étrangère appliquée par le juge *a quo*. Pour autant il ne semble pas que la vérification du respect du droit marocain quant au fondement du divorce aille jusqu'à exiger qu'il y ait référence aux dispositions du droit marocain<sup>67</sup>.

L'examen se limite à l'absence de contrariété avec les causes de dissolution du mariage selon le droit marocain et avec l'ordre public. Comme atteinte à l'ordre public, le *Guide pratique* cite le non-respect (« privation ») des droits de la défense.

Les dispositions de l'article 128 pourraient sensiblement faciliter la reconnaissance au Maroc de jugements rendus par des tribunaux en Europe dans des litiges mettant en cause des MRE. Jusqu'à l'adoption du nouveau code, les MFOE devaient souvent procéder à un double divorce, dans l'ordre juridique du pays de leur résidence habituelle et dans l'ordre juridique marocain. Les illustrations concrètes d'application dont il nous a été donné de prendre connaissance ne permettent toutefois pas encore de prédire avec certitude quels motifs de divorce résisteront finalement à l'examen de l'article 128. Qu'en est-il par exemple d'un divorce pour séparation de fait, forme de divorce inconnue du droit interne marocain, mais largement répandue en Europe ? Ou encore, qu'en sera-t-il des décisions étrangères intervenues avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Moudawwana, seront-elles également prises en considération ? Toutes questions qui attendent que la jurisprudence marocaine à propos de l'article 128 se développe<sup>68</sup>.

En somme, tout laisse présager que les amendements introduits dans le Code de la famille marocain pour les MRE ne vaudront finalement que par leur application. Le constat vaut par ailleurs pour l'ensemble du code. Pour les dossiers impliquant des MRE, la situation se présente de manière particulière : l'analyse des réformes introduites par la loi n° 70-03 ne permet pas de présager de l'avenir par rapport à la question de savoir si le Maroc gardera - comme le codificateur marocain semble l'avoir voulu - une ferme emprise sur la vie de famille de ses nationaux résidant à l'étranger. De l'examen des dispositions qui cherchent à produire explicitement cet effet, il ressort, au départ de l'Europe, qu'à l'application certaines réformes ne produiront vraisemblablement pas les effets voulus de la part du Maroc.

Pour autant les MRE ne sont pas désarmés face à la situation. Ce sera notre dernier propos et objet du troisième volet de cette partie. La nouvelle Moudawwana offre effectivement différentes possibilités dans le domaine du droit de la famille, non seulement à des ressortissants marocains vivant au Maroc, mais également à des MRE, qui leur permettent d'agencer selon leurs meilleures convenances - dans les limites autorisées - leurs relations familiales et en particulier les engagements que prennent l'un vis-à-vis de l'autre les époux. Nous voyons ces possibilités d'agencement individualisé et adapté de la vie de famille comme autant d'illustrations de ce que nous qualifierons pour les besoins de la présente contribution de « potentiel émancipateur » de la nouvelle Moudawwana. Certaines possibilités ne sont par ailleurs pas nouvelles, elles étaient déjà disponibles sous le régime de l'ancienne loi. Il semble de ce fait d'autant plus important de prêter une attention particulière aux nouvelles dispositions, en tenant compte des questions de droit international privé qu'elles risquent de soulever.

### ***3. Le potentiel émancipateur de la nouvelle Moudawwana : conjuguer le droit interne et le droit international privé***

La voie que nous explorons dans cette (troisième et dernière) section est donc la voie des possibilités qui s'offrent depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de la famille marocain - en nous intéressant en particulier au cas des MRE - qui leur permettent d'agencer dans une certaine mesure le régime de droit qui s'appliquera à leur vie de famille. La situation des MRE est sans précédent dans l'histoire du droit des pays européens. Les MRE, aujourd'hui installés en Europe, ont gardé la nationalité du pays d'origine, très souvent en cumulant celle-ci avec la possession de la nationalité

du pays de la résidence habituelle. L'appartenance à l'islam explique pour certains l'attachement au droit de la famille du pays d'origine qui est un droit religieux, les regroupements familiaux font perdurer cet « ancrage » dans le système normatif du pays de provenance. La proximité géographique et la mobilité facilitée notamment par l'obtention de la nationalité du pays de résidence (ce qui relaxe les MRE de l'obligation de visas) complètent l'image d'une communauté aujourd'hui véritablement transnationale, qui emprunte une partie de son identité à la société européenne, mais reste également dans de nombreux cas très attachée à la culture d'origine et à son système de droit. Les années passées en Europe n'altèrent pas ce besoin qui consiste à (continuer à) s'identifier dans ses relations familiales à la culture d'origine. La situation n'est bien évidemment pas identique dans tous les cas, certains MRE ne ressentent nullement la nécessité de garder un ancrage dans le droit de la famille du pays d'origine et préfèrent l'application du droit du pays de la résidence habituelle. La situation, sur le plan juridique, est d'autant plus intéressante dans le cas des MRE qui expriment le désir de pouvoir, pour ce qui se rapporte à leur vie de famille, rester en alignement sur le droit du pays d'origine. Les techniques du droit international privé permettent, dans une certaine mesure, de réaliser ce désir. Même si, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le rattachement à la loi nationale est aujourd'hui passé de mode, ou encore risque - ce qui est le cas du droit de la famille marocain - de se heurter dans son application au motif de ne pas offrir les garanties requises par la primauté des droits de l'homme et/ou de l'ordre public.

Sans prétendre ici à l'exhaustivité, nous voyons plusieurs possibilités pour les MRE qui leur permettent, depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, de marier le plus harmonieusement possible l'application des dispositions de celui-ci avec les exigences de l'échelle des normes et des méthodes du droit international privé en Europe.

### **3.1. La double célébration du mariage**

L'article 14, qui autorise désormais les MRE à conclure leur mariage selon les procédures administratives locales du pays de résidence, facilitera assurément la reconnaissance en droit marocain des mariages civils engageant des MRE. À ce stade nous donnons néanmoins, pour les motifs déjà indiqués, le conseil de procéder à une double célébration, au civil et par-devant les autorités marocaines dans le pays de la résidence habituelle. Et ce afin d'assurer sa reconnaissance dans les deux pays. Tout dépend en somme de ce qu'ambitionne le couple. Tous les couples effectivement n'attachent pas la même importance à la double célébration, avec pour effet la reconnaissance du mariage dans les deux ordres juridiques<sup>69</sup>. La double célébration offre plus de protection juridique du fait que le droit marocain offre aux époux des possibilités que n'offre pas le mariage civil, ces possibilités peuvent s'avérer particulièrement utiles ultérieurement en particulier pour l'épouse. Le codificateur marocain offre notamment la possibilité d'exclure, dans l'acte de mariage, la polygamie, il donne également la possibilité aux époux de reconnaître, dans leur contrat de mariage, le droit pour la femme de rompre le mariage. Nous y revenons ci-dessous (cf. *infra*, 3.2). En particulier les couples qui souhaitent garder des attaches avec le Maroc auront intérêt à ne pas se marier uniquement au civil, mais à prévoir également l'établissement d'un acte de mariage, rédigé conformément au droit marocain, qui protège en particulier l'épouse contre les risques de polygamie et de répudiation.

Il va de soi que la double célébration est exclue pour les mariages interdits en droit marocain, notamment pour motif d'empêchement religieux (article 39, 4 et 5).

Les MRE qui appréhenderaient la contrainte d'une double célébration, pourront se limiter à l'établissement d'un document additif à l'acte de mariage civil, à faire établir

par les autorités consulaires marocaines sur place, actant la présence des témoins musulmans<sup>70</sup>.

En résumé, les dispositions de l'article 14 du nouveau code ne sont donc nullement inutiles, au contraire, elles permettront probablement de faire respecter plus fidèlement la volonté des MRE de se marier dans l'un ou l'autre ordre juridique, ou dans les deux.

### 3.2. La modalisation des effets du mariage et de sa dissolution

Les MRE peuvent, sur différentes questions liées à la vie de couple, tirer bénéfice de la possibilité que leur offre en droit marocain la disposition du nouvel article 47 : l'acte de mariage en droit marocain peut comporter « toutes clauses conventionnelles [qui ne sont pas] contraires aux dispositions et aux buts du mariage ». La modalisation peut porter sur différentes questions, liées tantôt à la condition des personnes (article 67, § 8), tantôt aux biens (article 49). Les clauses, une fois insérées dans l'acte de mariage (ou le cas échéant dans une convention ultérieure)<sup>71</sup>, engagent les deux époux.

Nous voyons différents motifs qui plaident en faveur d'un recours par les MRE à la modalisation, par la voie du contrat, de leur engagement matrimonial. Ces motifs sont liés au souci que les couples soient assurés que leur union conjugale soit traitée de manière égale dans l'ordre juridique interne marocain et dans le pays de résidence. Dès lors que le droit marocain autorise l'individualisation des engagements entre les époux, il ouvre aux MRE la possibilité de réguler leurs relations conjugales en alignement sur le droit interne marocain tout en s'assurant de la conformité des engagements pris avec les prescrits de l'ordre juridique du pays de leur résidence habituelle. Ce qui à son tour constitue une façon d'éviter, sur le plan du droit international privé, les situations boiteuses.

Par rapport aux conditions relatives aux personnes, on pense ici notamment à la clause de monogamie (article 40 et article 42), qui n'est pas nouvelle en droit marocain mais qui garde toute son actualité : elle exclut la polygamie en ce qu'elle interdit au tribunal de faire droit à toute demande que formulerait en ce sens, ultérieurement, le mari (article 42). Dès lors que la nouvelle Moudawwana n'a pas totalement interdit la polygamie, la clause de monogamie donne en particulier à la femme une garantie de protection juridique additionnelle, lui assurant qu'aussi longtemps qu'elle n'aura pas marqué son accord sur une éventuelle modification de la clause (article 48), le couple restera monogame (ou se dissoudra)<sup>72</sup>. Nous voyons à ce propos l'utilité d'une circulaire qui émanerait du ministère de la Justice marocain informant les futurs époux, en particulier MRE, de leurs droits et devoirs, incluant la possibilité pour eux d'insérer une clause de monogamie dans leur contrat de mariage, voire obligeant les autorités consulaires marocaines à l'étranger d'apporter ces informations<sup>73</sup>. Les autorités consulaires pourraient aussi, mais cela va déjà plus loin, soumettre aux futurs époux des contrats de mariage type incluant une clause (facultative) interdisant la polygamie et comportant éventuellement d'autres clauses relatives aux personnes, notamment pour la dissolution du mariage en prévoyant la délégation par le mari de l'option de répudiation (ci-dessous).

La concession par le mari à son épouse du pouvoir de répudiation, qualifié de *tamlik* ou le droit d'option (article 89) offre ainsi une deuxième illustration de clause relative à la condition des personnes connue du droit marocain. Le bénéfice de cette seconde clause est lié au fait qu'elle reconnaît à la femme la possibilité de rompre unilatéralement le mariage, de manière discrétionnaire. L'époux ne peut révoquer l'exercice par l'épouse de son droit au divorce (« répudiation ») qu'il lui a consenti. En

Europe, en droit international privé, la reconnaissance de la répudiation pose très souvent problème (v. *supra*), au motif que l'épouse ne dispose pas d'un droit égal. Le droit d'option pour l'épouse permet d'écarter cet obstacle<sup>74</sup>. À l'instar de la proposition que nous formulons pour la clause de monogamie dans le contrat de mariage, il serait prudent de la part des autorités marocaines de prévoir à l'intention de leurs représentants consulaires à l'étranger une circulaire ou un document officiel explicatif rappelant cette possibilité pour les futurs époux. Cette information est d'autant plus importante pour les MRE.

En résumé, dans le droit international privé de la plupart des pays européens les deux clauses mentionnées, toutes deux relatives à la condition des personnes, seront acceptées dans la mesure où elles ne font en somme que confirmer le rejet d'institutions jugées manifestement contraires à l'ordre public, la polygamie, d'une part, et la répudiation, d'autre part<sup>75</sup>.

Par rapport aux conditions relatives aux biens, l'article 49 de la nouvelle Moudawwana autorise les époux, dans le cadre de la gestion des biens dont ils feront l'acquisition pendant la relation conjugale, à se mettre d'accord sur le mode de leur fructification et répartition. Cet accord doit être consigné dans un document séparé de l'acte de mariage<sup>76</sup>. Cette nouveauté, introduite en 2004, facilitera la reconnaissance d'un tel contrat dans les différents ordres juridiques concernés. Le contrat de mariage relatif au régime matrimonial des biens est aujourd'hui connu de tous les systèmes de droit des pays européens, il est désormais également possible en droit marocain. En droit international privé, dans la plupart des pays occidentaux, le régime matrimonial est soumis principalement à la loi de la première résidence conjugale<sup>77</sup>. Toutefois ces droits permettent aussi l'option de droit, dans le contrat de mariage ou parfois ultérieurement, entre la loi de la résidence habituelle et la loi nationale<sup>78</sup>. Nous voyons un intérêt particulier pour les MRE à faire usage de la possibilité que leur offre désormais l'article 49 dans la situation suivante : deux MRE s'étant mariés au civil, conformément à l'article 14, seront très vraisemblablement soumis de plein droit au régime de communauté selon la loi de leur mariage à titre de leur première résidence conjugale. Il y a grande chance qu'en Europe cela soit le régime de communauté d'acquêts. La reconnaissance de ce régime n'est pas certaine au Maroc qui a maintenu le régime de séparation des patrimoines des époux. Cette reconnaissance pourrait toutefois être facilitée si un contrat rédigé entre les époux, conformément aux dispositions de l'article 49, précise le statut des biens à acquérir pendant la relation conjugale, leur mode de fructification et leur répartition.

Il ne s'agit là que de quelques exemples. Le but ici est de souligner que de telles clauses permettraient à des MRE d'accompagner leur engagement de mariage de plus de sécurité juridique, en ce que ces clauses offrent au mariage un encadrement de droits et d'obligations qui par la suite épargnera aux époux les difficultés, encore trop fréquentes, liées à la non-reconnaissance du mariage ou de plusieurs de ses effets dans les différents ordres juridiques impliqués. La position des MRE dans le domaine de la famille reste aujourd'hui encore vulnérable sur le plan du droit, en raison des discordances qui subsistent, nonobstant les réformes du Code de la famille marocain de 2004 (v. *supra*, première partie), entre les conceptions musulmane et occidentale de la position de la femme et des enfants au sein du ménage. Certaines clauses peuvent contrecarrer cette vulnérabilité, du moins pour partie, c'est ce que nous nous sommes permis de qualifier de « potentiel émancipateur » de la nouvelle Moudawwana.

### **Partie III L'Application concrète les difficultés prévisibles**

Dans l'ensemble, il est permis de dire - et les deux premières années d'application l'ont prouvé<sup>79</sup> - qu'il ne sera pas aisé de mettre en pratique les réformes de 2004. Non seulement les amendements sont nombreux, mais aussi, la jurisprudence appelée à interpréter certaines dispositions moins univoques ou qui ont été laissées à la discrétion des juges, n'en est encore qu'à un stade d'élaboration tout à fait embryonnaire.

Par rapport à la question particulière qui nous intéresse ici, à savoir l'impact de la réforme de 2004 pour les MRE, un nombre de difficultés particulières risquent de s'ajouter au défi qui serait de garantir une application - notamment en Europe - la plus correcte possible de la nouvelle Moudawwana. Nous voyons principalement deux types de difficultés : d'une part, l'organigramme complexifié depuis l'entrée en vigueur du nouveau code des instances judiciaires marocaines compétentes en matière familiale et, d'autre part le manque manifeste au départ de l'Europe de connaissance de la jurisprudence marocaine relative à la famille, et ce tant pour ce qui concerne le droit interne et son interprétation que pour ce qui concerne les questions de droit international privé.

*Une première difficulté* est indéniablement la grande complexité du système judiciaire marocain chargé de l'application du code. Le rôle des juges marocains dans l'application des réformes introduites par le nouveau code est déterminant. Toutefois, la lecture du Code de la famille et du Code de procédure civile ne permet pas, au départ de l'Europe, de déterminer avec précision la compétence et la nature des pouvoirs exercés par chaque catégorie de magistrats appelés à intervenir dans l'application des règles du code, que cela soit sur le plan du droit interne marocain ou sur le plan du droit international privé.

Les juges au Maroc, comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, non seulement jouissent de pouvoirs étendus pour l'application des règles relatives aux matières traitées par le nouveau Code de la famille, mais leurs interventions peuvent également prendre plusieurs formes. Le ministère public est considéré comme partie principale dans toutes les affaires de la famille soumises à la justice. Il se charge également d'appliquer les mesures coercitives qui s'imposent, le cas échéant, chaque fois que celles-ci sont prévues par la loi<sup>80</sup>. Le juge de la famille chargé du mariage, quant à lui, n'exerce qu'un rôle purement administratif<sup>81</sup>, il en va de même pour le juge-notaire<sup>82</sup> et le juge des tutelles. Enfin, le tribunal, composé en principe de trois juges, a une compétence qui est le plus souvent judiciaire, mais qui peut également être gracieuse ou administrative<sup>83</sup>. Pour appliquer le nouveau code les instances judiciaires compétentes sont amenées à intervenir à plusieurs niveaux sur le plan judiciaire ; en outre, elles sont chargées de certains actes dont la nature judiciaire ou gracieuse n'est pas précisée dans le code. De même, le code utilise le terme « juge » mais sans préciser à chaque fois clairement de quel juge il s'agit : est-ce le juge de la famille chargé du mariage ou le juge-notaire ? De plus, c'est le même juge désigné par arrêté ministériel, ou par une simple circulaire (comme le cas pour les juges exerçant dans les ambassades et les consulats du Maroc à l'étranger), qui remplit les fonctions dévolues, tantôt au juge-notaire, tantôt au juge de la famille chargé du mariage, ou encore, au juge des tutelles. La complexité du système judiciaire mis en place pour appliquer la nouvelle Moudawwana fait craindre pour les risques de confusion, en particulier chez les praticiens (notamment en Europe) non familiers des pratiques judiciaires du droit marocain.

À cette complexité s'ajoute une difficulté particulière : il s'agit de la compétence non contentieuse exercée conformément à la loi marocaine, tantôt par le ministère public, tantôt par le tribunal ou par les autres magistrats dans le cadre de la nouvelle Moudawwana et contre laquelle aucune voie de recours n'est prévue. On pense ici

notamment à l'autorisation de répudiation ou de polygamie, ou encore à la détermination de la somme d'argent qui couvre les droits de l'épouse et des enfants et que doit déposer le mari au tribunal avant la consignation de la répudiation par les *adoul*. De telles décisions, rendues sans possibilité de voie de recours, risquent d'être perçues en Europe comme portant atteinte aux droits des personnes. Il semblerait que d'aucuns, au Maroc, aient plaidé dans ces cas précis pour une assimilation de ces actes à des actes administratifs, susceptibles de recours devant les tribunaux administratifs<sup>84</sup>. À ce jour, la proposition n'a pas été entendue.

La complexité du système judiciaire marocain risque de poser un réel problème lorsque une, voire plusieurs instances compétentes, sont appelées à exercer leurs pouvoirs à l'extérieur du Maroc. Qui exerce ces pouvoirs ? Le juge rattaché à l'ambassade ou au consulat marocain peut-il remplir ces fonctions tout seul ? Le peut-il même si ses décisions contredisent les règles impératives du for, par exemple autoriser le mariage d'un(e) mineur ou le mariage d'une Marocaine musulmane avec un homme converti à l'islam ou avec un étranger ? Est-ce que le juge étranger peut remplacer le juge ou le tribunal marocain dans les affaires de statut personnel relatives à des Marocains de confession musulmane ? On peut trouver des éléments de réponse(s) à ces questions dans certaines circulaires du ministère de la Justice marocain<sup>85</sup>, ou aussi dans la jurisprudence marocaine. La Cour suprême marocaine a refusé l'intervention d'un juge étranger dans la procédure de divorce entre MRE<sup>86</sup>. Il est vrai qu'il s'agit d'un arrêt rendu antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code. Si le juge rattaché à l'ambassade ou au consulat ne peut pas délivrer ou établir certains actes, les parties peuvent se voir contraintes de revenir au Maroc pour y entreprendre les démarches nécessaires.

L'autre type de difficultés qui risque de jeter une ombre sur une application de la nouvelle Moudawwana qui soit conforme aux règles de conflits du droit international privé des pays européens, est le manque de connaissance dans le chef des praticiens du droit de la famille et du droit international privé en Europe de la jurisprudence marocaine dans le domaine familial. Cela était déjà vrai avant l'entrée en vigueur du nouveau code, il est d'autant plus dommage de constater que la situation est restée inchangée depuis.

Pour autant, on peut comprendre que les autorités marocaines hésitent sur la question de savoir comment assurer aux praticiens étrangers un accès le plus ouvert possible à la jurisprudence. Comment s'assurer que cette ouverture ne soit pas la cause de nouveaux malentendus entre, d'une part, la perception occidentale des relations familiales et, d'autre part, le droit marocain de la famille ? La jurisprudence marocaine dans le domaine familial doit être comprise dans son contexte particulier, qui est très différent du contexte européen.

Aussi, les risques de malentendus sont réels. Pour le surplus, pour plusieurs nouvelles dispositions du code, la jurisprudence manque encore.

Un des problèmes non négligeables qui se pose aux magistrats marocains dans l'application des réformes du droit de la famille est celui de la hiérarchie des normes. Le juge marocain a-t-il le libre choix de la norme qu'il appliquera en cas de silence ou d'insuffisance du code ? Dans cette hypothèse, peut-il se référer directement aux traités et conventions relatifs aux droits de l'homme qui lient le Maroc pour trouver la solution conforme au principe de justice, d'égalité et d'équité, ou doit-il se conformer aux seules normes traditionnelles du droit musulman même si elles sont en contradiction avec l'égalité des sexes et instaurent une discrimination entre les personnes en raison de leur sexe, leur religion ou leur filiation ?

Le juge marocain exerce ses fonctions dans un environnement social et culturel imprégné de l'islam : il est le représentant du Roi, commandeur des croyants et protecteur de la religion. Les garanties pour l'exercice de la profession judiciaire au sens que leur donnent aujourd'hui les juristes en Europe, font défaut. On ne peut pas espérer voir les magistrats marocains dire le droit à l'extérieur du rite malékite dans le domaine de la famille. Au départ de l'Europe, cela risque d'étonner, même si cela s'explique. L'explication se trouve à l'article 400, dernière disposition du nouveau code, qui prévoit pour tous les cas qui ne pourront pas être résolus en application du nouveau code, le recours supplétif « au rite malékite et à l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*)<sup>87</sup> qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'islam en matière de justice, d'égalité et des bons rapports de la vie commune ». Le code ne prétend pas gérer l'ensemble du droit civil des personnes. Il contient un nombre de dispositions, dont certaines détaillées il est vrai, mais il laisse sur maints points le soin aux tribunaux d'en préciser la portée par référence au droit classique. On ne s'y trompera donc pas, nous l'avons souligné dans la première partie de cette contribution : ce n'est pas parce que le nouveau code *par son ampleur* s'apparente aux codes occidentaux que, pour autant, le droit classique a été aboli. Il demeure en vigueur, notamment pour tous les interstices de la loi : ceux-ci devront être comblés par référence « au rite malékite et à la jurisprudence, prenant en considération les préceptes de l'islam [...] », selon l'expression même de l'article 400. Le législateur marocain a eu soin de reformuler sur certains points le droit islamique dans le souci de le rendre plus aisément applicable dans un contexte de société moderne, mais il n'a pas eu l'intention de le déclarer inapplicable. En règle générale, les juges fonderont leurs décisions sur les dispositions du code et, lorsqu'elle existe, sur la jurisprudence de la Cour suprême. Mais rien n'empêche qu'un juge justifie également sa décision, soit en référence à un principe général de la *chari'a*, soit par une disposition admise par l'école malékite. Ce faisant, il confirme l'application actuelle d'une règle au nom d'une somme de précédents accumulés par une tradition ancienne, bénéficiant du consensus au sein de l'école malékite, voire des quatre écoles sunnites. Il est donc parfaitement concevable que dans certaines affaires un juge marocain réunisse dans un même arrêt ou jugement les différentes sources disponibles au sens de l'article 400 : *coran*, *sunna*, consensus des *oulémas*, jurisprudence des anciens tribunaux islamiques, et droit positif. Il s'agit là d'un principe constant du *fiqh*, il a été maintenu en 2004 par le codificateur marocain. Tout semble indiquer que les effets des réformes intervenues dans le Code de la famille en 2004 étaient bien présents à l'esprit du codificateur marocain, qui a également évalué les risques d'un bouleversement. De ce point de vue, la disposition de l'article 400 permet de garantir une certaine continuité : le recours au rite malékite et à la jurisprudence est une obligation pour les magistrats au Maroc.

À la lumière de l'article 400, on comprend mieux pourquoi certaines décisions judiciaires marocaines, même récentes, refusent de respecter les conventions internationales de coopération judiciaire, au motif que, en ce qui concerne les jugements relatifs à la famille de MRE susceptibles d'être exécutés au Maroc, le juge étranger qui a rendu la décision n'est pas compétent s'il n'est pas musulman, même s'il a appliqué les règles du droit musulman<sup>88</sup>.

On restera donc prudent. Il n'empêche, ce sera par une meilleure connaissance de la jurisprudence marocaine que se créera, au départ de l'Europe, le climat de confiance nécessaire pour assurer à moyen terme une application la plus correcte possible de la nouvelle Moudawwana, dans le respect des règles de conflit en vigueur en Europe. Celles-ci limitent de plus en plus volontiers l'application de la loi nationale étrangère. Cette limitation est pour partie liée à une attitude pragmatique de la part des tribunaux, elle est également dictée par la méfiance des magistrats et des

administrations publiques compétentes face au contenu du droit étranger et à la manière de l'interpréter. Dans le cas du droit de la famille marocain, la meilleure façon de neutraliser cette méfiance sera d'assurer une information la plus fiable possible à propos des décisions de justice qui seront rendues dans les années à venir dans le domaine familial, en prenant soin d'accompagner cette information des explications nécessaires. Cette information aidera le juriste-praticien, au départ de l'Europe, à mieux contextualiser les raisonnements tenus dans les décisions judiciaires marocaines et à se faire, avec l'aide d'instruments appropriés, une vue d'ensemble correcte et fidèle de la casuistique marocaine dans le domaine de la famille. Ces instruments peuvent être des banques de données, mais également des formations appropriées, des rencontres avec des magistrats marocains, ou encore et surtout peut-être, des chroniques de jurisprudence soigneusement annotées et tenues à jour, sous l'égide des autorités compétentes en la matière.

### Conclusion

Le nouveau Code marocain de la famille est une oeuvre législative importante. Son application dépend essentiellement des juges. Pour sa mise en oeuvre dans le cas de MRE, il faut prendre cet élément en compte, qualifier correctement les institutions du code et apprécier les solutions dégagées par la jurisprudence marocaine *in concreto*. Ce n'est que de cette façon que l'on assurera un véritable respect des différences entre les systèmes de droit impliqués, d'une part le droit marocain et, d'autre part, les systèmes de droit de la famille en vigueur en Europe, en prenant en considération les limites qu'impose le droit international privé, mais aussi des possibilités qu'il offre.

### Notes

- 1 Les auteurs tiennent à exprimer leurs très sincères remerciements à Jean-Yves Calier.
- 2 Le « Code de la famille » est l'intitulé attribué au nouveau code. Loi n° 70-03, dahir n° 1.04.22 du 12 Hija 1424 (3 février 2004), *Bulletin officiel*, n° 5148 du 5 février 2004, 417 sq., version française : *Bulletin officiel*, n° 5358 du 2 ramadan 1426 (6 octobre 2005), 667 sq. ; pour un commentaire annoté : *Guide pratique du Code de la famille*, Rabat, Publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, collection des guides pratiques, n° 6, février 2005 (abrégé : *Guide pratique*).
- 3 L'avant-dernière modification législative remontait à 1993 : Dahir portant promulgation de la loi n° 1-93-347 du 10 septembre 1993 modifiant et complétant certains articles du Code du statut personnel et des successions, *Bulletin officiel* du 1<sup>er</sup> décembre 1993, 664 sq. Sur cette modification, voyez notamment : *Les modifications du Code du statut personnel par dahirs du 10 septembre 1993 : un premier bilan* (travaux de la journée d'études organisée par le Département de droit privé avec le concours de la Fondation Friedrich Ebert à Rabat le 8 mars 1997, Rabat, Université Mohamed V Souissi, collection de la Faculté des sciences juridiques, économique et sociales, 1997).
- 4 L'ancienne Moudawwana n'en contenait que deux cent quatre vingt dix-sept.
- 5 Commission composée de 16 membres dont 3 femmes et 7 érudits de culture musulmane traditionaliste.
- 6 Voyez notamment l'article 54 qui énumère les droits des enfants à l'égard de leur parents.
- 7 *Rapport annuel sur l'application du Code de la famille*, La Ligue démocratique pour les droits des femmes, Centre d'information et d'observation des femmes marocaines, 2005, 3.
- 8 Par ailleurs, le code accroît pour diverses matières de manière non négligeable le pouvoir de contrôle du juge. Nous y revenons dans notre conclusion. L'autorité accrue des juges marocains risque de poser un problème pour l'application de la nouvelle Moudawwana, notamment par rapport à la situation des MRE.
- 9 Cf. *supra*, note 1.

**10** Le texte en langue arabe renvoie au droit musulman *de rite malékite et à l'effort jurisprudentiel*, alors que la formulation française risque de faire croire qu'il s'agit d'un choix dans le chef du juge : « rite malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel ».

**11** Sous le régime de l'ancien texte, plusieurs décisions ont rejeté les demandes de femmes au motif qu'elles n'avaient pas prouvé leur participation à l'acquisition des biens : Cour suprême, Ch. civ., arrêt n° 1520 du 5 mars 1998, dossier n° 2276/97, inédit ; Cour d'appel d'Agadir, ch. de statut personnel et des successions, arrêt n° 806 du 14 septembre 2004, dossier n° 534/03, inédit ; Tribunal de première instance d'Agadir, jugement du 25 novembre 2004, dossier n° 564/04, inédit.

**12** Article 83. Les droits de l'épouse sont précisés à l'article 84 : reliquat du *sadaq* le cas échéant, pension due pour la période de viduité et don de consolation. L'article 85 prévoit que l'époux doit également consigner un montant couvrant la pension alimentaire due aux enfants.

**13** Contrairement à ce qui était prévu sous le régime de l'ancienne loi.

**14** Répudiation consentie à la femme par une clause insérée dans le contrat de mariage ou éventuellement aussi par consentement du mari après la naissance du litige.

**15** Répudiation par le mari à la demande de la femme et moyennant compensation.

**16** Pour une étude touchant à certains aspects liés, sur le plan du droit international privé, à la condition de l'enfant en droit marocain depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, voyez notamment : Fr. Blanmailland, C. Verbrouck, « Code sans frontière - La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain », *Revue du droit des étrangers*, 2004, n° 130, 559-573.

**17** Présomption d'Al-firache : preuve irréfutable de la légitimité de l'enfant né pendant le mariage ou dans un délai d'un an à partir de la date de la séparation entre les conjoints à condition qu'il y ait eu possibilité de rapports sexuels entre le père et la mère.

**18** Cet arrêt a été rendu par six chambres - chose très rare dans les annales de la jurisprudence marocaine - dans une affaire relative à l'*exequatur* au Maroc d'une décision rendue par une autorité judiciaire française. La Cour a appliqué dans le cas d'espèce les dispositions de l'ancienne Moudawwana alors que le nouveau code était déjà entré en vigueur. Dans d'autres affaires relatives à la dissolution du mariage par contre, la Cour a donné effet immédiat au nouveau code, même s'il s'agissait d'affaires qui avaient été jugées antérieurement, sous le chef de l'ancienne Moudawwana (cf. *infra*, note n° 67), *Revue Al-Milef* éditée par le barreau d'Aljadida, n° 7, octobre 2005, 232-236 ; *Rev. jurisprudence de la Cour suprême*, n° 63, 384-389 (toutes les deux en arabe).

**19** Arrêt prononcé par deux chambres ; affaire de chraâ, n° 615/2/1/2003 ; *Rev. jurisprudence de la famille*, n° 1, juillet 2005, 91 (en arabe).

**20** Le code précise : avec un homme qui ne rentre pas dans la catégorie des parents avec qui l'enfant ne peut se marier.

**21** Cette dernière hypothèse n'est pas explicitement prévue par le code, mais celui-ci renvoyant au rite malékite, il est prévisible que le juge séparera l'enfant de sa mère s'il est à craindre que l'enfant soit élevé dans une autre religion que l'islam.

**22** Divers commentaires ont été publiés depuis, voyez notamment : F. Sarehane, « Le nouveau Code de la famille », *Gaz. Pal.* (« Chronique judiciaire »), 4 septembre 2004, 2-17 ; F. Sarehane, « La réforme de la dignité », *Femmes du Maroc*, n° 95, novembre 2003 ; A. Quiñones-Escamez, « La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawwana 2004) en Europe », *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2004, n° 3, 877-900 ; L. Jordens-Cotran, « Aspecten van de Marokkaanse familiewet 2004 », *Migrantenrecht*, 2005, n° 3, 76-94 ; *La Mudawana. El nou Codi de Familia marroqui* (2004), Editorial Mediterrania, 2005.

**23** Voyez notamment : *Marocains de l'extérieur*, Rabat, Fondation Hassan II (pour les Marocains résidant à l'étranger), IOM-OIM, juillet 2003.

**24** Pour une analyse plus complète, voyez aussi : M.-Cl. Foblets et J.-Y. Carlier, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

**25** Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye, le 12 avril 1930 ; voyez notamment : M. Verwilghen, « Conflits de nationalités. Plurinationnalité et apatridie », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 277 (1999), 2000. Ainsi, le nouveau Code belge de droit international privé prévoit, en son article 3, § 2 que « toute référence faite par la présente loi à la nationalité d'une personne physique qui a deux ou plusieurs nationalités vise [...] la nationalité belge si celle-ci figure parmi ses nationalités », faisant de la nationalité du for un facteur de rattachement obligatoire et non plus facultatif comme dans la Convention de La Haye (art. 3 : « pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant ») (loi belge, 16 juillet 2004, *Moniteur belge*, 27 juillet 2004, cette *Revue*, 2005.154.

**26** Depuis une vingtaine d'années, les travaux de codifications du droit international privé se sont multipliés, notamment en Europe. Pour un aperçu, voyez : Fr. Rigaux, M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005 (3<sup>e</sup> éd.), 2.31.

**27** Voyez notamment : M. Fallon, S. Francq, « Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois et de juridictions », in O. de Schutter, P. Nihoul (dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Larcier, 2004, 239-304 ; A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004 ; J.-S. Berge, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in *La réception du droit communautaire et droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 206-233.

**28** X., *La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Conférence de Jeune Barreau, 1994, plus récemment : F. Guerchon, « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *JDI* 2005, 695-737.

**29** Voyez notamment : P. Wautelet, « La répudiation répudiée », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2004, 257 sq.

**30** Voyez notamment : M.-L. Niboyet, « L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes », *Gaz. Pal.* 2004, nos 247-248, 27 sq. ; P. Lagarde, « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », in *Privatrecht in Europa, Mélanges H. J. Sonnenberger*, Munchen, C.H. Beck, 2004, 481 sq. ; H. Fulchiron, « Ne répudiez point... » : pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004, *RIDC* 2006, n° 1, 7-26.

**31** Cela vaut notamment pour le Pr. Abderrazak Moulay R'Chid, juriste marocain spécialiste de la condition de la femme en droit interne marocain, dans le cadre d'une intervention au colloque « Le nouveau Code de la famille marocain. Son application en Belgique », qui s'est tenu à Bruxelles aux Facultés universitaires Saint-Louis, le 2 décembre 2005.

**32** Voyez sur cette question déjà, les travaux de J. Déprez, e.a. : J. Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel) », *Recueil de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 211, 1988, IV, 9-372.

**33** Le *Guide pratique* précise à propos de cette disposition que par l'expression « tous les Marocains », le législateur marocain a adopté les règles de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 3 du Code de la nationalité du 6 août 1958 et annule de ce fait son 2<sup>e</sup> alinéa relatif aux exceptions concernant les Marocains non musulmans et non juifs.

**34** Pour ce qui est des apatrides, le *Guide pratique* précise que même si le Maroc n'a à ce jour pas encore ratifié la Convention de New York relative aux apatrides du 28 septembre 1954, rien n'empêche, néanmoins, d'utiliser ses principes « [...] en vue de sauvegarder, le cas échéant, les intérêts de cette catégorie de la population ».

**35** Cf. *supra*, note 24.

**36** Le nouveau Code belge de droit international privé va encore plus loin en inversant, par exemple pour la loi applicable aux effets du mariage, ce qu'on appelle l'échelle de Kegel, prévoyant ainsi l'application de la loi de la résidence habituelle commune avant même l'application de la loi de la nationalité commune, celle-ci n'intervenant qu'à défaut de celle-là (Code de droit international privé, article 48).

**37** Voyez notamment : F. Sarehane & N. Lahlou-Rachdi, « Conflits de lois. Conflits de juridictions », in *Jurisclasseur Législation comparée : Maroc*, fasc. 4, nos 67 sq.

**38** Le Dahir du 24 avril 1959. Voyez notamment : P. Decroux, *Droit privé*, tome 2 : *Droit international privé*, 1963, 135 ; M. J. Essaid, *Introduction à l'étude au droit*, Rabat, 1992, 116-120 ; J.-Y. Carlier, « La nationalité marocaine », in *Jurisclasseur Nationalité*, Paris, Éditions Techniques, 1984 (mise à jour 1992).

**39** Celui-ci se limitant à se référer à l'article 3 du Code de la nationalité (Dahir n° 1-58-250 du 6 septembre 1958, *Bulletin officiel*, 12 septembre 1958).

**40** Cette interprétation, il est vrai, n'est pas neuve : v. notamment J. Déprez, « Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale », in X., *Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca, CNRS, 1989, 281-330. Pour autant, de l'avis de F. Saherane, la question reste ouverte : « Reste, cependant, à la jurisprudence de préciser si le privilège de religion sera ou non maintenu en droit international privé en tant qu'exception à l'application de la loi nationale en matière de statut personnel », F. Sarehane, *o.c.*, 2004, 3.

**41** Une règle semblable lie le juge dans la plupart des pays de droit musulman. Pour l'Egypte, voyez notamment : K. Elgeddawy, « Relations entre systèmes confessionnels et laïque en droit international privé », *Recueil des Cours*, tome 205 (1971) ; M. Charfi, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *Recueil des Cours*, tome 203 (1987-111), 414 sq. ; O. Elwan, « L'islam et les systèmes de conflits de lois », in J.-Y. Carlier, M. Verwilghen (dir.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, 313-341 ; plus récemment : M. Berger, « Conflicts Law and Public Policy in Egyptian Family Law : Islamic Law Through the Backdoor », *The American Journal of Comparative Law*, 2002, n° 3, 555-594.

**42** Voyez notamment : M. Tak-Tak, « Conversion à l'islam et Moudawana. La loi applicable en cas de mariage mixte », *L'actualité juridique*, n° 9, octobre 1998.

**43** Pour une analyse qui traite de la question dans les relations entre l'Allemagne et l'Egypte : O. Elwan, « Le droit interreligieux égyptien auprès des tribunaux allemands », in Chr. von Bar (éd.), *Islamic Law and its Réception by the Courts in the West* [Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux], Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, 5 3-81.

**44** A. Moulay R'Chid, « Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel », in J.-Y. Carlier, M. Verwilghen (dir.), *o.c.*, 1992, 143 sq., 157 sq. Le respect des formes du mariage musulman s'imposait également aux mariages mixtes entre un ressortissant marocain et un étranger, en vertu du dahir du 4 mars 1960 relatif aux mariages entre marocains et étrangères et marocaines et étrangers, et aux mariages entre étrangers impliquant un partenaire musulman (voyez notamment : H. Kotzur, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 73 sq.).

**45** Rappelons toutefois que le Maroc avait déjà signé des conventions bilatérales avec quelques pays (dont la France et l'Egypte) donnant la possibilité aux Marocains de contracter le mariage dans la forme prévue par le droit interne du pays de résidence. Le nouveau code cherche à généraliser ce principe à tous les MRE.

**46** Cette condition valant encore pour les femmes mineures et pour toute femme qui le souhaiterait.

**47** Les dispositions reprises aux articles 56 à 61 du nouveau code prévoient la nullité ou éventuellement l'altération du contrat de mariage en cas notamment de non-respect des conditions explicitées à l'article 14, et plus particulièrement par rapport au consentement, aux empêchements légaux et à l'annulation de la dot.

**48** L'article 65 énumère les pièces que doit contenir le dossier de l'acte de mariage.

**49** À l'article 67 sont précisées les différentes mentions qui doivent figurer dans l'acte de mariage.

**50** Conformément à la circulaire du 13 avril 2004 du ministère de la Justice marocain. Cette circulaire va même jusqu'à donner un effet rétroactif à la disposition de l'article 14 permettant ainsi de valider des mariages civils entre MRE contractés antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle Moudawwana.

**51** En pratique, les autorités consulaires, via leur consulat, vérifient l'appartenance religieuse en se fondant sur une présomption simple : est présumé musulman celui dont le père est musulman ou qui est originaire d'un pays dont la religion de référence est l'islam. Les indices qui concourent à cette présomption sont généralement le patronyme et/ou l'origine nationale. Pour les convertis, les consulats réclament une attestation de conversion émanant d'une mosquée ou d'une institution islamique (source : *Guide pratique de droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, Bruxelles, ADDE, 2005, 37).

**52** Si les deux époux ou un seul ne sont pas nés au Maroc, la copie est transmise à la division de la justice de la famille de Rabat et au procureur du Roi du Tribunal de première instance de Rabat.

**53** L'enregistrement de l'acte de mariage est désormais réglé par la loi n° 37-99 relative à l'état civil, promulguée par le Dahir n° 1-02-239 du 3 octobre 2002 (*Bulletin officiel*, 7 novembre 2002) et le décret d'application n° 2-99-665 du 9 octobre 2002 (*Bulletin officiel*, 7 novembre 2002). Le Dahir du 4 mars 1960 reste d'application aux situations internes.

**54** De la lecture du Dahir du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil (cf. *supra*, note précédente) apparaît que le but de l'enregistrement des actes de mariages qui sont dressés par les adoul est de faciliter le contrôle de l'état matrimonial des personnes, et par la même occasion d'éviter les fraudes aux règles du mariage. Au Maroc, l'état matrimonial d'une personne devrait dorénavant pouvoir être déduit de la simple production de son acte de naissance. Cela vaudrait donc également pour les MRE.

**55** L'intitulé de cette partie de l'analyse n'est pas tout à fait correct. Les conditions de forme du mariage n'étant pas traitées systématiquement dans une disposition séparée du code, nous les avons regroupées sous les articles 16 et 17. L'article 16, premier alinéa, touche à la forme, en posant le principe de la forme écrite du mariage. Mais le reste de la disposition, ainsi que l'article 17 se limitent à régler des situations particulières. L'article 17 traite de la procuration, qui fait exception à la condition de la *présence* des deux époux.

**56** Dans ce cas, est-il précisé dans le commentaire que donne le *Guide pratique* de la disposition de l'article 16, le tribunal est tenu - en référence à certaines décisions de la Cour suprême du Maroc - de justifier du caractère exceptionnel (de la reconnaissance du mariage) : « [...] comme l'existence d'enfants dans le domicile conjugal, les dates de naissance, les baptêmes, leurs âges, des attestations de scolarité le cas échéant, la durée de vie commune, etc. ».

**57** Le code précise que le fait qu'une action ait été engagée du vivant des deux époux devra, le cas échéant, également être pris en considération par le juge.

**58** Cf. *supra*, note 1.

**59** Lors du débat au parlement le groupe « Justice et développement » avait proposé de supprimer cette limitation dans le temps au motif qu'elle serait difficilement applicable. La proposition d'amendement n'a pas été retenue.

**60** On pourrait s'étonner de cette condition, au vu de ce que nous avons écrit à propos du don nuptial dans notre analyse de l'article 14. Pourquoi le montant de celui-ci doit-il nécessairement figurer dans la procuration, dès lors qu'il peut faire l'objet, indépendamment de la procuration, d'une entente séparée entre les parties ?

**61** La loi sur l'immigration du 26 novembre 2003 (dite « loi Sarkozy ») a modifié les textes du Code civil (modification des articles 63 et 170 du Code civil) sur le mariage pour lutter contre les mariages forcés et les mariages de complaisance. Les deux époux doivent être reçus pas l'officier d'état civil (ou les services consulaires pour les mariages à l'étranger) avant la célébration du mariage.

**62** Sur ce Code, voyez notamment : J.-Y. Carlier, « Le Code belge de droit international privé », cette *Revue*, 2005, n° 1, 11-45.

**63** Cette dernière disposition pourrait surprendre, elle semble effectivement aller à contre-courant de la politique migratoire que mène un nombre croissant de pays européens ces dernières années. Celle-ci est axée sur le renforcement du contrôle des situations ouvrant le droit au regroupement familial (voyez notamment : S. van Walsum, « Vreemdelingenrecht en gezinsleven (deel I : internationaal recht ; deel II : nationaal recht) » [Droit des étrangers et vie de familles (partie I : droit international ; partie II : droit national)], *Migrantenrecht*, 2004, nos 4 et 5, 136-146, 180-190 ; R. Cholewinski, « Family Reunification and Conditions Placed on Family Members : Dismantling a Fundamental Human Right », *European Journal of Migration and Law*, 2002, n° 3, 271-290 ; H. U. Jessurun d'Oliveira, « Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de UE » [Regroupement familial en Europe. Les travaux du Conseil de l'Europe et de l'UE], in *Migratie- en migrantenrecht* (tome VII), Bruges, La Charte, 2002, 251-277 ; X., « Le regroupement familial. À la croisée des droits belge et européen », *Rev. dr. Etr.* (n° spécial en hommage à M. Nys), 2003, n° 125 ; M. Nys, *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Bruxelles, Bruylant, 2002). Le mariage constituant en cette matière de loin la situation la plus fréquente. Aujourd'hui en Europe, on se méfie des demandes de regroupement familial, en particulier de celles qui, pour créer une situation matrimoniale donnant droit au regroupement familial, ont recours à des figures juridiques inconnues de la *lex fori*. Le mariage par procuration compte parmi celles-ci, il est souvent considéré contraire à l'ordre public. Les autorités administratives et judiciaires se méfient des mariages contractés hors Europe par l'intermédiaire de personnes mandatées. En conséquence, les effets de ces mariages, notamment en matière de regroupement familial, sont contestés. La Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial prévoit expressément que « les Etats membres peuvent procéder à des contrôles spécifiques lorsqu'il y a des présomptions ou indices de fraude » (art. 16, § 4, *JOUE*, 2003, L. 251/12).

**64** Les dossiers seront ensuite classés avec un numéro d'ordre (article 65).

**65** *Bulletin officiel*, 7 novembre 2002. Cf. *supra*, note 52.

**66** Cela est notamment le cas aux Pays-Bas.

**67** *Guide pratique*, cf. *supra*, à propos de l'article 128.

**68** On restera à ce propos prudent : certaines décisions rendues après l'entrée en vigueur du code ont refusé, en se basant sur les dispositions de l'ancienne Moudawwana, de respecter les conventions internationales en matière de coopération judiciaire, estimant, en ce qui concerne les jugements relatifs à la famille susceptibles d'être exécutés au Maroc, que le juge étranger qui a rendu la décision n'est pas compétent s'il n'est pas musulman (Cour d'appel de Casablanca, arrêt du 8 avril 2004, dossier n° 3401/03, non publié ; arrêt du 29 avril 2004, dossier 2877/03, non publié ; arrêt du 5 février 2005, dossier 1619/04). Par contre, la Cour suprême marocaine a admis récemment la possibilité d'appliquer les dispositions du nouveau code même pour les décisions étrangères rendues avant son entrée en vigueur sans se soucier de la religion des magistrats appelés à intervenir dans une procédure de divorce relative à des Marocains de confession musulmane. Par conséquent, elle a permis l'*exequatur* au Maroc de jugements rendus par des juges étrangers non musulmans en matière de divorce, se limitant à exiger le respect des deux conditions suivantes : 1) que la décision ait été rendue en matière de dissolution du lien conjugal à la demande du mari ou avec son acquiescement ; et 2) que le tribunal étranger ait respecté les règles de fond et de procédure relatives au divorce contenues dans le nouveau code (Cour suprême, chambre du statut personnel et des successions, arrêt n° 188 du 30 mars 2005, *Revue jurisprudence de la Cour suprême*, n° 63, 12-115 ; arrêt n° 333 du 15 juin 2005, *ibid.*, n° 63, 126-128) (en arabe).

**69** Il arrive que des couples ne se marient pas au civil et se limitent à une cérémonie religieuse, les effets de ce type de mariage seront ignorés en droit, ils sont par ailleurs de ce fait à déconseiller.

**70** Cf. *supra*, note 50.

**71** *Guide pratique*, sous l'article 41.

**72** On notera toutefois que l'interdiction de célébration du mariage polygamique n'empêche pas la possibilité de reconnaître, en Europe, certains effets aux unions polygamiques contractées dans un pays l'autorisant, comme au Maroc. Il y aura deux réserves à cette reconnaissance. D'une part, il faudra que l'ensemble des conditions prévues par le droit marocain aient été respectées. D'autre part ne seront reconnus que les effets dont on considérera qu'ils ne portent pas atteinte à l'ordre public : la légitimité des enfants, le régime

matrimonial, les successions (comme une pension de veuve qui sera partagée entre les deux épouses), les obligations alimentaires. D'autres effets ne seront pas reconnus. Ainsi, en règle générale, le droit de séjour ne sera accordé qu'à une épouse (Directive 2003/86/CE, art. 4, § 4 et art. 16, § 1, 2, précitée note 62). Voyez notamment, pour la France, l'analyse de B. Bourdelois, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN-Joly, 1993, 439, 444 ; pour les Pays-Bas : L. Jordens-Cotran, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak* [Le droit familial marocain et la pratique juridique aux Pays-Bas], Utrecht Forum, 2000, 132-136 (6.3 : « Het Polygamiebeleid » [Position face à la polygamie]) ; pour la Suisse : S. Aldeeb Abu Sahlieh, « La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman », in *Rapports suisses présentés au XV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Zürich, 1998, 9 sq. ; pour la Belgique : M.-Cl. Foblets (dir.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration. Quelles solutions juridiques appropriées ? - Marokkaanse migrantenvrouwen. Wat zijn passende juridische oplossingen ?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998, partie, pour la jurisprudence, 117, n° 24-25.

**73** À l'instar de l'obligation d'information pour les *adoul*, prévue à l'article 49 (cf. *infra*, note 75).

**74** Une autre manière de soulever l'obstacle pourrait, dans les années à venir, s'avérer être l'introduction dans la nouvelle Moudawwana du divorce pour cause de discorde auquel nous avons fait référence (cf. *supra*, partie I, 1.2) qui peut s'interpréter comme un droit similaire à la rupture unilatérale du lien conjugal reconnu (également) à la femme. À ce jour il est toutefois trop tôt pour conclure qu'il s'agit effectivement d'un droit similaire, cela dépendra en grande partie de l'attitude qu'adoptera la jurisprudence marocaine à venir par rapport à cette nouvelle forme de divorce unilatéral du lien conjugal, ouverte aux deux époux.

**75** Même si, dans le droit international privé de certains pays, il sera nécessaire pour les époux de confirmer leur engagement au moment de la naissance du litige. Cela sera notamment le cas en Belgique : le Code belge de droit international privé fait jouer l'autonomie de la volonté en matière de divorce, en prévoyant toutefois que l'option de droit (dans le cas où les époux optent pour la loi de la nationalité étrangère) s'exercera lors de l'introduction de la demande (article 55, § 2).

**76** Pour que nul n'ignore ces dispositions, les *adoul* doivent aviser les deux parties lors de la conclusion du mariage de la possibilité que leur offre l'article 49.

**77** L'article 51 du Code belge de droit international privé rattache le régime matrimonial à la loi de la première résidence habituelle commune et, seulement à défaut, à la loi nationale commune.

**78** Article 49 du Code belge de droit international privé.

**79** Voyez notamment, pour une évaluation critique après une première année d'application de la nouvelle Moudawwana : *Rapport annuel sur l'application du Code de la famille*, La Ligue démocratique pour les droits des femmes, Centre d'information et d'observation des femmes marocaines, 2005.

**80** À ce titre, il peut prendre toutes les mesures utiles pour permettre au conjoint exclu abusivement du domicile conjugal de réintégrer celui-ci ; il intervient également pour empêcher que l'enfant ne quitte le territoire national sans l'autorisation de son tuteur.

**81** Il délivre l'autorisation pour dresser l'acte de mariage, il autorise le mariage des mineurs ou des malades mentaux, il autorise le mariage par mandat.

**82** Il appose son cachet sur les actes dressés par les *adoul* concernant le mariage et la répudiation, il demande à la femme répudiée une seule fois dans un *talaq révocable* si elle accepte la décision de son mari de reprendre la vie conjugale.

**83** Il rend des décisions judiciaires, mais a également des attributions de nature administrative : il donne notamment l'autorisation pour la polygamie ou pour dresser l'acte de répudiation.

**84** Abdel-Ali Al-Moumni, « Réflexions sur les attributions du ministère public et leur exercice dans le cadre de l'article 3 du Code de la famille », *Revue Al-quistass* (Barreau de la ville de Méknès), n° 5, juin 2005, 31-41.

**85** Voyez notamment : circulaire n° 13 c du 12 avril 2004, *Rev. Justice de la famille*, n° 1, juillet 2005, 186-191.

**86** Cour suprême, arrêt du 24 janvier 2001, dossier n° 2212/1/2000, publié dans *Jurisprudence de la Cour suprême* n° 59-60, 2002, 182. Voyez aussi : arrêt n° 616 du 22 décembre 2004, *Revue de la jurisprudence et des lois*, n° 152, 211-214 (en arabe). Il s'agissait d'une demande d'*exequatur* d'une décision belge avec pour objet la pension alimentaire due à la femme. Les deux parties étaient de nationalité marocaine. La Cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait accordé l'*exequatur* de la décision du tribunal belge, au motif que ce dernier avait méconnu l'article 127 de l'ancienne Moudawwana et en particulier les éléments qui doivent être pris en compte dans le calcul de la pension alimentaire dû par l'ex-mari à ses enfants.

**87** L'*ijtihad* ou la jurisprudence au sens du *Fiqh*, c'est-à-dire l'effort créatif par les jurisconsultes musulmans.

**88** Cf. *supra*, note 67. De même, certains juges continuent à faire application directe du droit musulman traditionnel, sans se soucier outre mesure des règles écrites contenues dans la nouvelle Moudawwana en considérant que le droit de la famille se trouve dans le rite malékite et non dans le code. À titre d'exemple : Cour suprême, ch. du statut personnel et des successions, arrêt n° 408 du 28 juillet 2004, dossier du chraâ, n° 542/2/1/2003, *Rev. jurisprudence de la Cour suprême*, n° 62, 123 (en arabe). La Cour a estimé que l'ex-mari « a le droit de reprendre son enfant sans passer par la justice si son ex-femme est déchue de son droit de garde en se remarquant avec un parent de l'enfant avec lequel il y a un empêchement à mariage. Car, comme dit Cheikh Khalil, toute personne qui peut prendre son droit, y compris par la force, a la permission de le faire sauf pour l'application d'une sanction pénale ou s'il a peur de causer un trouble ou de tomber dans le péché ».

- Fin du document -