

MAY 2023



POLICY BRIEF

Humaniser le divorce : où en est la question du partage des biens ?



LARABI JAÏDI



POLICY CENTER
FOR THE NEW SOUTH

■ CHAPITRE 6

Humaniser le divorce : où en est la question du partage des biens ?

Larabi Jaïdi

Introduction

La réforme du Code du statut personnel (Moudawana), en février 2004, a permis d'ouvrir de nouvelles perspectives à la condition de la femme marocaine. Le Code de la famille a constitué une avancée sociale, entre autres par la mise en place de mesures relatives au divorce qui permettent une plus grande protection des droits des femmes dont notamment l'énoncé d'une disposition de partage des biens acquis pendant le mariage. Toutefois, le Code n'a pas décliné de façon explicite les modalités de partage des biens acquis durant la vie conjugale, ce qui a laissé la porte ouverte à une interprétation libre de la doctrine et à un décalage considérable entre la norme juridique et l'application du droit en faveur des femmes.

La procédure de divorce est, statistiquement, un des grands motifs pour lequel nos concitoyens ont recours à la justice. En outre, le nombre, les modalités et le « climat » des divorces, surtout sur les questions de pension alimentaire et de conflits sur les biens conjugaux, constituent des révélateurs de l'inégalité genre. Les pratiques actuelles sont unanimement considérées comme conflictuelles et insuffisamment tournées vers la gestion « pacifiée » du partage des biens dans l'après-divorce. Face à l'évolution du contexte social et de l'avancée institutionnelle, il paraissait logique de chercher à synchroniser au mieux le prononcé du divorce et la liquidation du patrimoine. D'où la nécessité ressentie d'une refonte de l'architecture du partage des biens en cas de divorce. Cette synchronisation constitue un élément fondamental pour une « humanisation » de la séparation. Or, la mise en œuvre des modalités du partage des biens a montré que la construction technique et juridique du dispositif reste encore à parfaire.

Dans le cadre de cette contribution, nous consacrerons la première partie à l'analyse de l'article 49, introduit par le Code de la famille en mettant en exergue son opportunité et ses attendus tenant compte des changements intervenus dans la divortialité au Maroc¹. La deuxième partie examinera les ambiguïtés et les difficultés de son application dans la perspective de régler la question du partage des biens entre les conjoints. L'objectif recherché est d'identifier les divers facteurs qui ont limité l'adhésion sociale et l'impact de ce dispositif. Quelques enseignements seront tirés de cette analyse pour proposer, en conclusion, des recommandations pour revitaliser ce dispositif et redresser ses insuffisances par des mesures opérationnelles.

I. Le partage des biens : un enjeu de l'égalité genre

La question du partage des biens acquis au cours de la période conjugale est d'une grande importance pour plusieurs raisons :

- D'un côté, malgré l'allongement de la période du célibat, le mariage demeure la réalité lourde, massive, dominante de la vie conjugale. Dans la perspective de diminuer la conflictualité des divorces, le législateur a introduit des innovations dans le Code de la famille en ouvrant la possibilité aux époux de se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage.
- Mais d'un autre côté, le divorce tend à devenir un acte volontaire des deux époux. Si le Code de la famille a permis une simplification des procédures du divorce, il n'a pas encore résolu les critiques adressées aux modalités de partage des biens en cas de divorce. À cet égard, puisque l'on veut adapter la législation à l'état des mentalités, l'humanisation du divorce passe nécessairement par le respect de règles équitables dans le partage des biens.

1. Les mutations dans les relations matrimoniales et l'équité

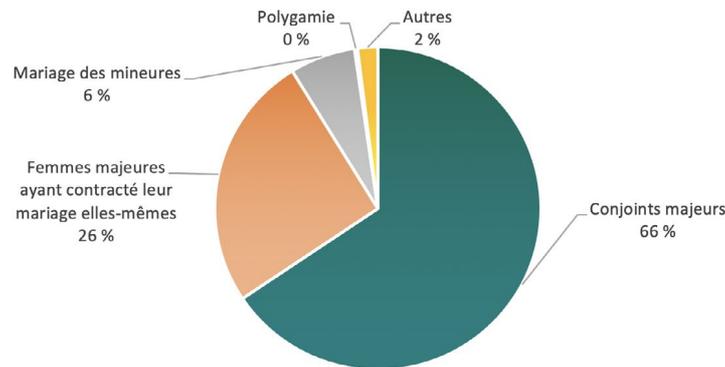
A la suite de l'adoption du Code de la famille, il fallait s'attendre à ce que les actes de mariage et de divorce connaissent des changements dans

1. La communication s'est appuyée sur une étude de terrain conduite par l'auteur, étude commanditée par l'Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes au cours de l'année 2007. Je remercie les responsables de l'Association de m'avoir permis de présenter les résultats de cette étude dans le cadre de ce séminaire.

le sens d'une relation plus équilibrée au sein du couple. Les données le confirment.

Sur la période 2004-20, soit plus de quinze ans d'application du Code de la famille, une moyenne annuelle de 236 574 actes de mariage par an a été enregistrée.² Les mariages conclus par des femmes majeures, sans l'assistance d'un tuteur matrimonial, représentent une proportion de plus en plus élevée (25,6 % en 2020 contre 20,9 % en 2007). Une partie importante des femmes a donc bénéficié des dispositions nouvelles édictées en leur faveur, et la société dans son ensemble s'imprègne progressivement des apports de la nouvelle loi.

Figure 1 : Répartition des actes de mariage (2020)



Source : L'auteur à partir des données du ministère de la Justice.

La procédure de divorce est, statistiquement, un des grands motifs pour lequel nos concitoyens ont recours à la justice. Les pratiques de divorce étaient unanimement considérées comme conflictuelles et insuffisamment tournées vers la gestion du partage des biens dans l'après-divorce. Le nombre, les modalités et le « climat » des divorces, surtout sur les questions de pension alimentaire et de conflits sur les biens conjugaux, constituaient l'un des révélateurs du déséquilibre existant au sein des couples. Cela témoignait du fait que les femmes, plus que les hommes, vivaient les dysfonctionnements du mariage et exprimaient ce besoin de s'adresser à la justice.

2. En revanche, 12 600 actes de mariage ont concerné des mineurs, soit une proportion de 6,5 %. Concernant la polygamie, 658 actes ont été conclus, soit une proportion de 0,3 % de l'ensemble des mariages.

Les statistiques montrent une moyenne de 25 000 divorces par an.³ En 2020, le nombre d'actes de divorce recensés a été de 20 372, en diminution par rapport à l'année 2002 (27 904 cas). Cette baisse serait due à la combinaison de différents facteurs, dont la mise en œuvre des procédures de conciliation par les sections du Droit de la famille.

Le Code a proposé des formes de divorce plus adaptées au contexte actuel du Maroc, parmi lesquelles le divorce pour discorde (*shiqaq*), au sens d'un « différend profond et permanent qui oppose les deux époux au point de rendre impossible la continuité du lien conjugal ». La demande de divorce est ouverte aux deux époux. La seconde innovation est la possibilité d'un divorce consensuel ou par consentement mutuel qui permet aux époux de se mettre d'accord sur la fin de leur union en fixant ou non les conditions de cette rupture du lien conjugal.⁴ En contrepartie du divorce par volonté unilatérale du mari, le législateur a maintenu la possibilité pour l'épouse de demander le divorce judiciaire pour différents motifs dont celui concernant le défaut d'entretien de l'épouse par le mari.⁵

En somme, le mariage et le divorce, bien qu'ils continuent de fonder leurs pratiques dans le cadre de la *Sharî'a*, ont néanmoins évolué.⁶ Mais l'observation montre que dans les comportements individuels, les règles juridiques relatives au domaine des relations familiales interfèrent souvent avec l'imaginaire et les représentations sociales.

3. Le divorce sous contrôle judiciaire est une dissolution du mariage, par déclaration de l'un d'eux ou des deux, sous le contrôle et avec l'autorisation de la Justice. Le divorce judiciaire est une dissolution du mariage décidée par l'autorité judiciaire sous forme de jugement.

4. Le juge tente de concilier les époux, veille à préserver l'intérêt des enfants et prononce, si la conciliation s'avère impossible, le divorce (art. 114).

5. Ce dernier pourra toutefois faire valoir son incapacité financière, auquel cas le juge pourra lui fixer un délai ne dépassant pas trente jours, pour répondre à cette obligation qui lui incombe.

6. Le nombre de divorces (Khol') moyennant compensation a connu un net recul. Le nombre de divorces révocables a connu, à son tour, une diminution importante. Le nombre de divorces avant la consommation du mariage a également connu une diminution. Les divorces prononcés à la suite des deux précédents divorces successifs, et ceux prononcés à l'initiative de l'épouse exerçant un droit d'option (*tamlîk*), représentent, chacun, une très faible proportion de l'ensemble des actes de divorce.

Tableau 1 : Actes de divorce selon les types

Types d'actes de divorce	2002	%	2020	%
Révocable	6 330	22,7	907	4,4
Moyennant compensation	8 253	29,6	1 519	7,5
Avant consommation du mariage	4 862	17,4	1 606	7,9
Par consentement mutuel	8 243	29,5	16 280	79,9
À l'initiative de l'épouse exécutant un droit d'option	129	0,5	55	0,3
Divorce suite à deux précédents divorces successifs	87	0,3	5	0,1
Total	27 904	100	20 372	100

Source : HCP.

Cette évolution notable des modalités de divorce reflète les changements intervenus dans les comportements du couple à travers la dynamique des mutations sociales. Elle exprime la nécessité de répondre à l'évolution d'un contexte familial marqué par : i) une pratique du divorce qui évolue lentement et demeure encore trop conflictuelle, même si elle revêt la forme juridique d'un consentement mutuel, les femmes renoncent à certains de leurs droits juste pour obtenir le divorce ; ii) la nécessité de l'apaisement et de l'adaptation du divorce à notre temps.

L'évolution sociale exige une refonte des modalités de divorce par une adaptation qui tient compte de l'autonomie croissante, mais toujours relative des femmes, et des inégalités économiques et sociales de genre qui subsistent (dans les taux d'activité, les salaires, la protection sociale, le chômage, l'instabilité conjugale). Face à l'évolution du contexte social et l'avancée institutionnelle, il paraissait logique de chercher à synchroniser au mieux le prononcé du divorce et la liquidation du patrimoine. Cette synchronisation apparaît aussi comme un élément fondamental pour une humanisation de la séparation.

Sur ce volet, de grandes attentes étaient portées sur la réforme du Code de la famille. Des attentes qui se manifestent sur le terrain de la simplification du droit, de la revendication de l'égalité des conditions entre les époux. Le Code a constitué une avancée sociale indéniable, entre autres par des mesures relatives au divorce qui permettent une plus grande protection des droits des femmes, mais aussi par l'énoncé d'une disposition de partage des biens acquis pendant le mariage.

Les comportements des couples quant au principe du partage sont variés ; cette diversité semble s'accroître aujourd'hui. Il est entendu qu'un progrès dans le règlement de la question du partage des biens permettra d'atteindre un certain nombre d'objectifs : renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité des décisions quant au partage des biens acquis ; accroître l'efficacité de la loi en instaurant une certaine transparence et une harmonisation dans les décisions ; garantir une répartition équitable des biens acquis. Or, la diversité des situations familiales aujourd'hui nécessite une réflexion fine sur les modalités de partage des biens. Il faut donc construire techniquement et juridiquement cette proposition.

2. L'article 49 du Code de la famille

La genèse de l'idée du partage des biens acquis tout au long du mariage est apparue officiellement dans le projet du Plan d'action national pour l'intégration de la femme au développement (PANIFD)⁷ dans un souci d'équité par rapport aux femmes qui, ayant largement contribué à la constitution du patrimoine familial grâce à leur travail au sein du foyer et/ou grâce à leur activité professionnelle, se retrouvent souvent dans une situation de dénuement et de dépendance en cas de séparation. Comparé au code antérieur, le Code de la famille a introduit des innovations dans son Titre VI sur les conditions consensuelles pour la conclusion du mariage et de leurs effets.

Au Maroc, le régime légal est celui de la séparation des biens, chacun des conjoints gérant son patrimoine propre pendant le mariage et le récupérant à sa dissolution. La réforme du Code de la famille a introduit la possibilité pour les époux d'établir un contrat de mariage dans lequel ils prévoient la gestion de leurs biens acquis pendant le mariage. Le contrat peut être rédigé par voie « adoulaire » (les adouls étant des auxiliaires de la justice). Les époux doivent être d'accord sur le contenu des clauses du contrat et celles-ci ne doivent pas être contraires aux buts du mariage (Art. 39 du CFM).

7. Plan d'action national pour l'intégration de la femme au développement, Secrétariat d'État chargé de la Protection sociale, de la Famille et de l'Enfance, 1999. Cette proposition a suscité de violentes réactions de la part du mouvement islamiste. Malgré cette opposition, elle a été intégrée dans le nouveau code.

L'article 49 du Code de la famille du 5 février 2004 stipule que :

« Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre. Toutefois, les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant le mariage. Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage. Les adouls avisent les deux parties, lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes.

A défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille. »

L'article 49 renforce le principe d'égalité en droits et devoirs entre les époux, rappelé dès le premier Livre du Code marocain de la famille traitant du mariage.⁸ Cette consécration du principe d'égalité des époux est soulignée à plusieurs reprises dans le Code, à l'exception de quelques dispositions qui maintiennent une certaine ambiguïté.⁹ Le Code distingue ainsi la femme-épouse, plus sujette à égalité, et la femme-mère (Art. 174,175,178). Il s'éloigne de l'ancien Code qui définissait le mariage comme un contrat bilatéral entre un homme et une femme, désirant fonder une famille dont le chef de famille était l'homme.

Le législateur marocain n'a pas libéré totalement le couple de l'emprise de la famille patriarcale. Mais il a conçu une loi dans le dessein de stabiliser la famille et de chercher à résoudre paisiblement les conflits du couple. La rupture du lien conjugal peut, en effet, provoquer des conflits parfois difficilement surmontables surtout lorsque la femme est sans travail et ne trouve plus assistance et solidarité auprès de sa famille et de sa communauté.

La question de la répartition des biens acquis durant la vie conjugale se pose notamment au moment de la dissolution du mariage. Elle prend parfois des dimensions dramatiques, notamment à cause de l'absence d'un

8. « Le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux » (Art.4).

9. On note par exemple que, tant pendant le mariage qu'après le divorce, la tutelle légale des enfants mineurs appartient encore au père, de même que le remariage de la femme reste une cause de déchéance de la garde des enfants, et que le droit de la mère de voyager avec ses enfants reste réduit.

accord préalable entre les époux sur le mode de gestion et de partage des biens. Souvent, c'est l'épouse qui est lésée, car il est très courant d'inscrire le patrimoine immobilier et les acquisitions de valeur au nom du mari, même si l'épouse y a contribué, d'une manière ou d'une autre. Le but de l'accord optionnel conclu entre les futurs mariés est de protéger leurs droits économiques respectifs en se mettant d'accord de leur propre chef sur le mode de gestion des biens acquis en commun après le mariage. Il a également pour objectif d'éviter les litiges à ce sujet en cas de dissolution du lien conjugal.

Des principes directeurs pour fonder la décision des juges ont été énoncés dans le Code de la famille.

Le premier principe exprime une volonté implicite de protéger l'époux victime et de favoriser un règlement équitable des conséquences patrimoniales du divorce par une déclaration conjointe. Du point de vue officiel, le premier aliéna a pour but de consacrer la situation antérieure selon laquelle les patrimoines respectifs des conjoints sont distincts l'un de l'autre et que chaque conjoint a la libre disposition de ses biens.¹⁰ Néanmoins, la nouvelle vision du législateur conférait aux conjoints la possibilité de se mettre d'accord sur le partage des biens acquis après la conclusion du mariage. Il s'agit d'un accord optionnel basé sur « les actes qualifiés selon le *fiqh* et la loi d'actes entrant dans le cadre du principe de l'autonomie et de la volonté qui confèrent à toute personne le droit de gérer ses affaires, d'administrer ses biens et d'en disposer de la manière qui lui paraît convenable sans enfreindre les règles impératives ». L'accord devait fixer la part de chacun des conjoints des biens acquis après la conclusion du mariage.

Le second principe porte sur une nouvelle règle de partage du patrimoine, au cas où les deux époux ne précisent pas au préalable les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant le mariage. Il arrive que les conjoints ne parviennent pas à conclure un accord à propos de la gestion desdits biens et que l'un d'eux prétend avoir droit sur les biens acquis par l'autre durant la période de mariage. En cas de litige, chacun peut apporter la preuve de sa participation au développement des biens de l'autre.

10. L'interprétation officielle de l'article 49 (voir guide pratique du Code de la famille : Royaume du Maroc, ministère de la Justice, publications de l'Association de diffusion de l'information juridique et judiciaire (ADIJJ), collection des guides pratiques – N° 6, 1ère édition, février 2005, pp. 43-44.

Dans ce cas, il est fait application des règles générales de la preuve. Ainsi, la décision à prendre ne porte pas sur les biens que possédaient chacun d'eux avant la conclusion de l'acte de mariage. Elle se limitera uniquement aux biens acquis durant la période de mariage, et ce à la lumière du travail accompli, des efforts déployés et des charges assumées par le demandeur pour le développement et la mise en valeur des biens. La répartition ne s'entend pas comme une distribution à parts égales des biens ; elle doit être fondée sur l'évaluation des efforts fournis par chacun des conjoints et leur effet sur l'accumulation des biens acquis pendant la période du mariage. Évidemment, en cas de litige, l'évaluation des efforts et du travail accomplis appartient au tribunal qui doit en apprécier la nature, l'importance et la valeur de ces biens.

L'article 49 du Code annonçait donc une refonte de « l'architecture » du partage des biens en cas de divorce. Le dispositif de règlement du partage appelait l'élaboration de décrets ou de directives précisant les règles à suivre, notamment dans la prise en considération de l'effort et des charges de travail déployés par les conjoints. Des interrogations ont été soulevées, dès l'adoption du Code, sur les modalités de partage des biens et les difficultés à définir des critères pertinents, équitables, transparents. Des inquiétudes se sont manifestées sur l'applicabilité de la loi et de ses dispositifs

Au-delà de ces enjeux juridiques, la réforme de cette dimension du divorce s'inscrivait dans un contexte économique et social général où l'égalité des situations et des chances entre les hommes et les femmes était loin de prévaloir dans la société. La réforme devait aussi contribuer à faciliter au législateur la capacité de se prononcer sur la question du partage des biens en gardant à l'esprit les facteurs fondamentaux qui déterminent les inégalités des situations, des ressources, des rôles et des efforts des conjoints tout au long de leur vie conjugale. Il s'agit de tenir compte du fait qu'un époux n'a pas pu exercer une activité professionnelle ou a eu une activité professionnelle moins rémunérée que celle de son conjoint, par exemple, parce qu'il a dû s'occuper des tâches domestiques. La loi offre aux conjoints la possibilité de déterminer préalablement les modalités de partage des biens acquis et de choisir la règle ou la norme applicable dans les procédures de partage. Mais, comme cette possibilité risquait de mettre du temps pour être acceptée et entérinée par une pratique sociale volontaire, le ministère public se devait d'envisager des modes opératoires de partage des biens que les juges auraient à appliquer en cas de recours des conjoints à la Justice pour trouver une réponse à des conflits vraisemblables sur l'application de la loi.

Les différences considérables entre les situations des conjoints, les trajectoires du couple, en ce qui concerne tant les modalités d'acquisition des biens pendant le mariage que les règles définies pour leur répartition en cas de divorce, sont source d'insécurité juridique. La grande disparité et la complexité de la gestion du patrimoine font qu'il est très difficile aux couples de prévoir quelle modalité de partage s'appliquera en cas de survenance d'une dissolution du lien du mariage.

Le Code a certes apporté une amélioration substantielle à la condition juridique des femmes dans la famille par l'institutionnalisation du consentement de la femme à son propre mariage, par le droit au divorce judiciaire, par l'abolition du devoir d'obéissance de l'épouse à son mari. Ces acquis sont importants, mais la revalorisation du rôle des femmes et l'égalité entre les époux qui sont des conditions essentielles de la stabilité familiale dépendent aussi du traitement de la divortialité et des conflits qu'elle est susceptible d'engendrer. Malgré la relative progression dans le statut de la femme que le Code de la famille a rendu possible, c'est bien dans l'application de la loi que réside sa pertinence. Il est donc permis de s'interroger sur la manière dont les juges vont appliquer la loi, mais aussi comment ils vont mobiliser leur pouvoir d'appréciation des situations pour mieux intégrer la réforme dans la société marocaine.

« Le Code de la famille ne peut avoir d'impact positif sur la société que par le biais d'une application saine et la disponibilité de moyens et mécanismes efficaces », ont conclu les auteurs du premier rapport sur l'application du Code de la famille. Tout laissait prévoir que le travail d'interprétation du Code par les tribunaux serait complexe. Il ne suffit pas d'instituer une norme et de faire admettre son application, encore faut-il en faire une interprétation dans l'esprit du Code de la famille.

Comme le précisait très justement le Roi, lors de son discours d'ouverture de la deuxième année législative de la 7^{ème} législature, le 10 octobre 2003, l'impact de cette réforme du Code de la famille marocaine dépend avant tout de sa mise en œuvre. Ce nouveau texte législatif reste « tributaire de la création de juridictions de la famille qui soient équitables, modernes, efficaces ».

L'entrée en vigueur de l'article 49 a-t-elle donné lieu à une adhésion sociale et à une prédisposition des époux lors de la conclusion de l'acte de mariage ? La justice a-t-elle été confrontée à des difficultés en matière de décision de répartition des biens ? L'application de l'article 49 a-t-elle bénéficié d'une implication bienveillante du personnel de la Justice ? La

décision des juges en matière de partage des biens acquis pendant la période du mariage a-t-elle donné une âme aux critères énoncés par cet article ? Quelle interprétation donne le juge aux notions de travail de chacun, de l'effort fourni, des charges assumées ?

C'est la réponse à ces questions qui indiquera si les principes du partage des biens acquis pendant la période du mariage figurant dans l'article 49 ont conduit à un changement notable dans les conditions du traitement équitable de la divortialité ou si ces conditions doivent faire l'objet d'une clarification pour permettre la définition de critères et de modalités de partage qui répondent à l'esprit de la loi.

II. Les difficultés de la mise en œuvre de l'article 49

1. Le faible recours à la contractualisation de la gestion des biens ou le contraste entre la perception et l'adhésion au principe

L'application de la disposition relative à la contractualisation du partage des biens paraît dérisoire. Les statistiques du ministère de la Justice révèlent que les actes de mariage qui ont intégré un contrat de partage des biens ne dépassent pas annuellement les 600 cas. Sur une moyenne annuelle d'environ 300 000 mariages contractés, la proportion des conjoints qui ont choisi librement cette disposition représente à peine 0,2 % du total. Toutefois, le nombre de ces actes contractuels est passé de 312 cas en 2004 à 750 cas en 2020, soit un peu plus d'un doublement. Même si la tendance au recours des conjoints à la conclusion d'un contrat de mariage progresse, l'évolution reste lente et ne concerne toujours qu'une proportion très réduite de la population.

Quelle explication peut-on donner à ce très faible recours à l'article 49 ? Tout d'abord, il faudrait souligner qu'il s'agit d'un acte volontaire et d'un accord optionnel. Il se fonde sur l'autonomie de décision des futurs conjoints. C'est un document séparé de l'acte de mariage. Le législateur a voulu conférer aux conjoints la possibilité de se mettre d'accord, sans contrainte ni obligation légale sur le mode de gestion du patrimoine familial. Le contrat peut être établi auprès d'un notaire.

Mais, c'est moins le choix du personnel de la Justice qui est en cause que la perception et le comportement des futurs époux. On peut se demander aussi si la faible adhésion effective de la population concernée à cette

disposition ne relève pas de la prégnance et de la culture dominante, ainsi que du peu de recul vis-à-vis de cette réforme.

L'enquête réalisée par le ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social (MSFFDS), à l'occasion du 10^e anniversaire de l'adoption du Code de la famille, confirme l'ignorance de l'existence de cette règle par les enquêtés. Ils sont 66,1 % à déclarer ne pas être au courant de cette mesure, contre seulement 27,2 % de personnes qui la connaissent. Cette règle est donc ignorée par les deux tiers de la population enquêtée, alors qu'elle revêt une importance capitale dans l'apaisement des relations conjugales et dans la résolution des conflits qui peuvent être engendrés par son absence. Une très faible proportion des enquêtés pouvait décrire de manière précise le sens et la portée de cette disposition. Cette dernière est souvent appréhendée de manière négative comme étant une injustice à l'égard de l'époux qui serait contraint, au moment du divorce, de partager la moitié de tous ses biens avec son épouse.

Toutefois, une large majorité des enquêtés est réceptive aux innovations du Code une fois que son contenu est bien assimilé. Selon les résultats de l'enquête, plus de 84 % les estiment positives. Les taux les plus élevés ont été enregistrés chez les femmes avec 92,8 %, et notamment celles au foyer avec 93,9 %. Les veufs ont été presque unanimes à juger la disposition du partage des biens comme un apport positif (97,4 %). Paradoxalement, les personnes ayant un niveau d'éducation universitaire se rangent dans la catégorie des personnes qui ont montré le moins d'adhésion à cette disposition avec un taux de 83,2 %, aux côtés des personnes les moins instruites (81,4 %). Les plus jeunes, entre 18 et 35 ans, et les célibataires étaient entre 85 et 88 % à approuver cette mesure.

Interrogés sur le principe de faire bénéficier l'épouse d'une partie des biens acquis pendant le mariage, 36,1 % des personnes interrogées ont répondu affirmativement pour le cas où l'épouse aurait participé matériellement à l'acquisition des biens familiaux, alors que 45,5 % pensent qu'elle peut y prétendre même si elle y a contribué par son travail domestique au profit de sa famille. Une infime minorité (5,2 %) est catégoriquement contre dans tous les cas.

L'étude réalisée sur l'application du Code par les Tribunaux de la famille apporte quelques éléments d'explication au rejet de tout contrat économique préalable au mariage : la majorité des nouveaux mariés trouvent qu'il est particulièrement embarrassant de traiter la question du partage des biens au moment même où l'on s'apprête à signer le contrat de mariage ; la faible

autonomie économique des femmes dont la majorité sont au foyer ; la progression du célibat féminin qui prédispose les femmes au renoncement à un droit ; la réticence des hommes à envisager le partage de leurs biens avec leur épouse en cas de divorce ; le peu d'importance que la culture et la société accordent au travail domestique en tant que contribution économique à la richesse matérielle du foyer.

Cette appréciation est corroborée par la première enquête budget-temps qui a montré le faible degré de participation de la femme à la prise de décision au niveau familial du fait de l'intensité des contraintes qui pèsent sur son rôle familial, social et économique.¹¹ Dans la sphère familiale, la femme n'est pas encore totalement libre de décider de sa destinée. Le premier mariage n'est décidé par la femme elle-même que dans une proportion limitée (9 %), ainsi que le montre le tableau ci-dessous. Lorsqu'elle dispose d'un avoir productif, la femme n'est pas généralement libre de le gérer à sa guise : la gestion de ces actifs n'est faite par la femme elle-même qu'à raison de 43 % dans les villes et de 16 % dans les campagnes.

Tableau 2 : Degré de participation de la femme à la prise de décision dans la sphère familiale (en % et arrondis)

Dimension familiale	Urbain	Rural	Ensemble
Le premier mariage de la femme a été décidé par :			
- les parents	45	58	50
- la femme elle-même	12	4	9
- un autre membre du ménage	4	6	5
Les avoirs productifs de la femme sont gérés par :			
- la femme elle-même	43	16	27
- un membre de la famille	37	51	45
- la femme et son mari	9	15	12

Source : ENBTF 1997/98, volume 1, p. 69

Le nouveau Code n'a pas encore eu raison des résistances masculines à un partage équitable des responsabilités et des biens. En effet, l'enquête réalisée sur les perceptions et pratique judiciaire du Code de la famille montre que les hommes répondants, qu'ils soient mariés ou célibataires, sont nombreux à désapprouver cette mesure (respectivement 59,6 % et 45,3 %). Les femmes sont respectivement 20,3 % et 16,9 % à avoir cette

11 Cf. ENBTF, volume 1, p. 66 et suivantes.

position. Ces dernières continuent à considérer qu'elles n'ont pas à réclamer un partage des biens, sans doute parce qu'elles ont des difficultés à remettre en cause les représentations classiques. Il s'agit essentiellement de femmes au foyer, âgées de plus de 55 ans et peu instruites.

Tableau 3 : Perceptions sur la répartition des biens selon le sexe et le statut matrimonial

	Oui		Non	
	Homme	Femme	Homme	Femme
Célibataire	54,74	83,08	45,26	16,92
Marié - e	40,35	79,66	59,65	20,34
Divorcé-e/veuf-ve	50,00	79,41	50,00	20,59

Source : *Le Code de la Famille : Perceptions et pratique judiciaire, Fondation FES (2007).*

On peut s'interroger sur le rôle pédagogique du personnel judiciaire, plus particulièrement des adouls, dans la diffusion de l'acceptabilité sociale du principe du partage des biens. Le législateur stipule que les adouls doivent aviser les deux parties sur l'option de conclure un contrat sur la gestion des biens constitués pendant la relation conjugale. L'adhésion des conjoints à cette modalité, leur perception de ses attendus et ses effets est étroitement liée au rôle d'incitation et de persuasion que peuvent jouer les adouls quant à son acceptation par les futurs époux. Or, les informations recueillies dans l'enquête du MSFFDS et auprès du personnel de la Justice laissent supposer que l'attitude des adouls quant à l'information des futurs époux est plutôt emprunte d'une timidité, sinon d'une retenue.

Parmi la population enquêtée informée de cette disposition, une large partie (70 %) considère que les adouls soit n'informent pas du tout les futurs mariés de cette disposition, soit le font occasionnellement. Cette attitude ne serait pas seulement due à l'appréhension des adouls à soulever cette question délicate au moment de la conclusion de l'acte de mariage, mais également à la réticence des membres des deux familles, notamment celle de la future mariée.

Interrogés sur leur attitude, les adouls évoquent les réactions de rejet des futurs conjoints. « *La plupart des femmes et des hommes qui se marient refusent de faire un contrat relatif au partage des biens après un divorce éventuel, en signalant qu'ils sont là pour se marier et non pas pour penser au divorce* ». En plus, il arrive, dit un autre adol, « *qu'on veuille, parfois, modifier les clauses de l'accord au moment de conclure le contrat de*

mariage. Ce qui provoque la réaction du conjoint et des familles respectives, et crée une atmosphère peu appropriée pour un début de mariage ».

Pour assurer l'information des futurs conjoints de cette mesure, les enquêtés suggèrent de mettre à la disposition du couple un formulaire précisant le mode de gestion des biens acquis pendant le mariage, qu'ils doivent signer en présence des adouls, au moment de l'établissement de l'acte de mariage.

2. L'ambiguïté de la mesure de l'effort du travail et du patrimoine

Les premiers alinéas de l'article 49 permettent aux conjoints de choisir les conditions de répartition des biens acquis pendant le mariage dans un document distinct de l'acte de mariage. Dans ce cas de figure, l'accord entre les époux, sa transcription dans un acte adoulaire, dans un acte notarié ou légalisé suffit à donner un contenu et une validité juridique à ce contrat. Mais un certain nombre de difficultés sont apparues lors de la mise en œuvre pratique des dispositions de l'article par les Tribunaux appelés à se prononcer sur un recours judiciaire par des couples en conflit sur le partage des biens ou tout simplement des conjoints dans une situation de divorce mais n'ayant pas inscrit ce dispositif dans leur contrat.

Pour estimer le patrimoine constitué, les tribunaux recouraient, dans certains cas, aux services d'un expert-comptable pour estimer la part qui revient à la femme dans le patrimoine accumulé tout au long de la durée du mariage. Les problèmes d'évaluation ne se posaient pas quand il s'agissait d'évaluer des actions en bourse ou des actions constituant le capital d'une entreprise. La répartition du patrimoine au moment du divorce ne pose un sérieux problème que lorsque la transparence dans la saisie du patrimoine n'est pas de mise au sein du foyer. Cette opacité vient de trois origines : la volonté de l'un des membres du couple de dissimuler une partie de son patrimoine à son conjoint ; la volonté du détenteur de patrimoine d'éviter la déclaration au fisc ; la troisième est celle d'enregistrer le titre de propriété au nom de proches de la famille ou de personnes tierces.

Dans les cas où la femme affirme avoir participé activement, et sur une longue durée, à l'accumulation de biens et de richesses, mais sans que la propriété réclamée d'une partie de ces biens soit étayée par des documents juridiques, le tribunal n'entreprend pas, du point de vue des femmes, des enquêtes précises pour vérifier l'ampleur et la véracité d'une

telle participation. Le seul propriétaire que le tribunal reconnaît c'est celui dont le nom figure sur les documents de propriété. Or, et en raison de plusieurs considérations, l'initiative est souvent laissée aux hommes pour régler le statut juridique des propriétés¹².

La situation est tout autre quand il s'agit d'évaluer le partage des biens en tenant compte de la contribution des femmes à la richesse du foyer¹³. L'article fait référence aux notions du travail de chacun des conjoints, des efforts fournis et des charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille. Il soulève un certain nombre de questions quant à ses silences et ses ambiguïtés. Les rédacteurs du Code n'ont pas pris soin de préciser dans l'article 49 ce qu'ils entendent par le travail de chacun des conjoints. Est-ce le travail exercé par chacun des conjoints à l'extérieur de la cellule domestique, auquel cas, il s'agirait de prendre en considération le revenu dégagé par ce travail ?

L'article 49 est resté muet sur les dispositions relatives au mode de fructification et de répartition des biens acquis pendant la relation conjugale. Il ne comporte pas d'indication sur la notion du travail, source du patrimoine conjugal. Le travail inclue-t-il la prise en considération du travail « invisible comptablement » des femmes ? Auquel cas, quelle est sa dimension ? Quel serait le critère utilisé pour mesurer ce type de travail ? Quelle valeur lui affecter et quelle est l'équivalence monétaire à retenir pour son appréciation ?

En fait, l'article 49 se contente de parler de « travail de chacun des époux » sans faire référence à la nature de ce travail, à son caractère marchand ou non marchand comme il ne donne pas de précisions sur la mesure de ce travail : le revenu, la valeur des actifs et du patrimoine ou tout simplement le temps de travail. Ce faisant, le Code donne au juge un large pouvoir d'appréciation en la matière.

Il est vrai que les termes d'efforts fournis et de charges assumées pour le développement des biens de la famille revêtent une signification suffisamment forte pour considérer que le travail qui en est la cause doit être caractérisé dans son sens large en y incluant aussi le travail domestique.¹⁴

12. Harras et Sarehane (2006).

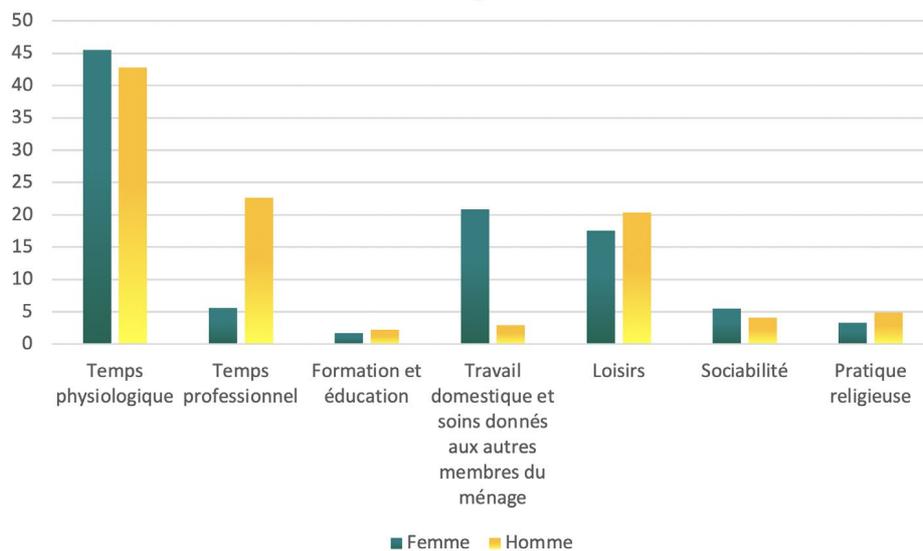
13. Dans certains cas, l'expert-comptable calculait la part qui doit revenir à une femme au foyer en multipliant le nombre d'années de mariage par le salaire moyen mensuel d'une travailleuse domestique !

14. À cet égard, il faut rappeler que lors des travaux préparatoires du Code, le débat a opposé les tenants de l'inclusion du travail domestique comme une référence, à ceux qui considéraient que le travail domestique relève d'une autre approche.

Toutefois, dans leur évaluation de l'effort des femmes au foyer et de la contribution de cet effort à la fructification du patrimoine familial, il était normal que les juges se heurtent à une série d'obstacles dans la mesure et l'évaluation quantitative du travail domestique. Le travail familial regroupe tant le travail ménager que l'encadrement, l'éducation des enfants et les soins à dispenser à ces derniers ou à d'autres personnes requérant un encadrement. Il va donc de soi que les ménages comptant des enfants présentent une charge de travail domestique plus élevée que chez les personnes seules ou indépendantes et dans des couples sans enfants.

On peut supposer que la charge globale des femmes est plus lourde que celle des hommes, comme le montre le graphique ci-dessous (Enquête Budget Temps 2012, HCP). L'une des raisons en est l'attribution du travail familial spécifique aux sexes. Par ailleurs, au cours des dernières décennies, toujours plus de femmes sont entrées dans une activité rémunérée parallèlement à leur travail familial, tandis qu'on n'observe pas de changement sensible dans le comportement domestique des hommes : ils adaptent peu leur charge de travail familial à leur situation dans la vie (avec ou sans famille et enfants) comme ils le font s'agissant de leur charge de travail professionnel.

Figure 2 : Répartition d'une journée type des femmes et des hommes de 15 ans et plus



Source : Enquête Budget Temps 2012, HCP.

Outre ces différences entre les sexes, qui sont très marquées dans ce domaine, il faut aussi examiner les différences entre les femmes. Quelles sont les catégories sociales qui s'impliquent le plus dans le travail familial ? Dans quelle mesure le travail familial dépend-il de la position sur le marché du travail et de la charge constituée par l'activité rémunérée ? Il est vraisemblable que la proportion de femmes au foyer diminue au fil du temps. L'écrasante majorité des femmes fournissent du travail ménager et familial. Les proportions varient toutefois fortement selon les modes de vie. La présence des enfants entraîne une augmentation du pourcentage de femmes qui accomplissent des tâches ménagères. On relève aussi que moins la position des femmes est élevée socialement, plus elles tendent à fournir du travail familial. Les travailleuses non qualifiées accomplissent nettement plus de travail familial et ménager que le personnel mieux formé. Enfin, l'élévation du niveau de formation des femmes explique le recul du travail purement ménager de ces dernières.

3. La controverse sur la référence à la pratique coutumière d'Al Kad wa S'aya

La norme définie par le droit marocain en ce qui concerne le régime patrimonial des époux, et qui tire sa légitimité de la Shari'a, établit l'indépendance de chacun des époux dans la gestion de ses biens. Il découle de ce précepte plusieurs conséquences dont les principales sont que : i) l'époux n'exerce pas de tutelle sur les biens de son épouse et, ii) que tout ce que chaque époux a acquis grâce à son effort ou à ses ressources est considéré comme une propriété nette de celui-ci ; iii) si l'époux a associé les biens de son épouse aux siens, ou a acquis des biens par ce biais, il en découle que les ressources financières sont communes et se répartissent entre eux selon l'apport de chacun ; iv) si l'époux a géré le patrimoine de son épouse et l'a fructifié sans l'associer à son patrimoine propre, le capital constitué reste une propriété de l'épouse, quant à l'époux, il bénéficie de sa part de revenu telle qu'elle a été définie contractuellement.

La possibilité de recourir à la « jurisprudence » du droit coutumier appelé *Al Kad wa S'aya* pour évaluer la répartition des biens entre les conjoints lors du divorce a suscité un grand débat dans le milieu des *fouqahas* marocains (juristes, jurisconsultes spécialistes de la jurisprudence islamique). Ils ont tenté à travers leurs avis inspirés du *fiqh* et leurs fatwas d'évaluer son adéquation aux jugements de la Shari'a. Ce qui exige une réflexion sur sa finalité, ses éléments constitutifs et sa métamorphose juridique.

Le droit *Al Kad wa S'aya* était une coutume répandue dans certaines régions marocaines du Haut-Atlas, de l'Anti-Atlas et les plaines qui l'entourent.¹⁵ Il correspond à ce que reçoit le S'aai en contrepartie de son travail dans la formation et la mise en valeur d'un capital. Le *Kad* est un terme qui renvoie à l'effort dans le travail. Quant à *S'aya* elle désigne l'acte de celui qui agit pour acquérir un bien ou réaliser un gain.

Les droits des personnes qui ont déployé cet effort ne portent pas sur le patrimoine dans sa totalité. Ils s'appliquent seulement à la part additionnelle qui a résulté de leur effort ou de leur action. C'est la valeur ajoutée à ce patrimoine qui est l'objet d'un droit ou d'une répartition des parts telles qu'évaluées par une expertise. La réalisation du droit d'*Al Kad* ou *S'aya* exige quatre conditions essentielles : le *s'aai* (la personne qui fournit un effort pour constituer ou fructifier un capital donné), l'acte de *s'aya* (le travail destiné à constituer ou à fructifier un capital) ; la formation d'un capital ou sa mise en valeur, la contrepartie à l'effort (ce que perçoit le *S'aai* une fois réalisées les conditions précédentes).

Plus précisément, le droit de *S'aya* ne concerne pas le patrimoine en tant que tel, mais le résultat de l'effort fourni, c'est-à-dire le différentiel de valeur entre l'état du patrimoine avant sa valorisation et après sa mise en valeur. Le droit de *S'aya* peut s'appliquer au foncier, au bétail, à la récolte ou tout bien acquis durant la période du mariage. Tenant compte de ces considérations, il s'avère que lorsque l'épouse sacrifie sa vie maritale à son foyer, qu'elle déploie son énergie pour l'acquisition de biens, de moyens financiers, grâce à sa contribution aux travaux agricoles, à des activités de tissage ou à son engagement dans des travaux publics ou privés, la coutume prévalant dans certaines régions faisait de cette épouse un partenaire dans l'acquis familial, c'est-à-dire dans le surplus constitué après le mariage. L'épouse est considérée comme un partenaire en fonction de son travail ou de son effort. Si les conjoints se mettent d'accord sur la répartition des parts du gain, cet accord fait foi. Autrement, le partage obéit à une règle d'égalité, si cette règle n'est pas remise en cause par des preuves. *Al Kad wa S'aya* donne à la femme un droit sur une part dans l'acquis ou le surplus suite à sa participation sans remettre en cause les droits que lui confère la Sh'aria et sans atteinte à l'indépendance des patrimoines des époux.

15. Il est connu dans ces régions sous le nom amazigh de « Tamazalt », tiré du verbe « Azal », qui signifie « chercher » (S'aa) ou « courir » (J'ara). D'où l'appellation de ce droit dans le fiqh marocain écrit en langue arabe, de droit d'*Al Kad* ou *S'aya*.

Les avis des *foukahas* et des chercheurs ont divergé sur l'origine de la *S'aya* de la femme. Certains l'ont fait remonter à un jugement établi par le calife Omar Ibn Al Khattab¹⁶, d'autres l'ont considérée comme une résultante d'un *ijtihad* dans le *fiqh* plus précisément selon les principes de *Maqasid chari'a* (respect de la justice, condamnation de l'usurpation des biens d'autrui..) ; d'autres, encore, l'ont adossée simplement à des coutumes locales qui ont pénétré les sociétés en question, d'autres, enfin, la renvoient à des principes généraux de la Sh'aria¹⁷.

Ces divergences dans le repérage des sources d'*Al Kad wa S'aya* n'ont pas été sans influencer les jugements prononcés par la Justice qui se sont référés dans leur justification à telle ou telle origine de ce droit selon les cas. La récurrence de ces fatwas a consolidé le principe d'accorder à la femme ses droits en contrepartie de l'effort qu'elle fournit. Les tribunaux de la région du Souss ont confirmé cet *ijtihad* à travers la résolution des conflits portant sur ce droit. Le Conseil supérieur a, de son côté, appuyé ces jugements.¹⁸

La *S'aya* se rapproche dans sa philosophie de certains principes du droit des contrats et conventions. D'où la controverse sur l'estimation de la contrepartie de ce droit perçu par la conjointe et qui découle de sa contribution à la valorisation d'un patrimoine. Les *foukahas* se sont opposés sur la qualification de ce que perçoit un S'ai en contrepartie de son effort. Certains le qualifient d'une rémunération d'un service et l'assimilent à un contrat de travail, d'autres lui prêtent la caractéristique d'une association. Quant à la Cour administrative de Rabat, le droit de *S'aya* est un droit réel coutumier.¹⁹

16. Dans une plainte adressée au Calife, l'épouse d'un décédé a fait prévaloir sa contribution à l'accumulation des biens du foyer. Omar Ibn Al Khattab a prononcé son jugement en accordant à la plaignante la moitié des richesses inventoriées et le quart de cette richesse en tant que part d'héritage, sachant qu'ils n'avaient pas d'enfants. Voir l'ouvrage du professeur Chmanti Houari.

17. Les tenants de cette lecture considèrent que l'origine d'*Al Kad wa S'aya* provient des fatwas des *foukahas* avec cette nuance qu'ils divergent sur la paternité de ces fatwas. Les adeptes de l'Imam Malik (notamment Abou Issa Al Mahdi Al Ouazzani) prêtent à leur maître l'origine de ces fatwas. D'autres chercheurs la prête à Abou Abdellah Mohammed Ibn Ardoun devenu célèbre par une fatwa spécifiant que les fruits de l'activité agricole se répartissent entre toutes les personnes qui ont contribué à sa production. Une grande controverse a opposé Ibn Ardoun aux *foukahas* de Fès sur cette question.

18. Décision rendue sur le dossier soumis à son avis le 12 mai 1980. Ce dossier fait référence aux pratiques d'*Al Kad wa S'aya* dans la région. La décision appuie la demande d'une plaignante pour bénéficier d'une partie du patrimoine accumulé par son époux.

19. Un jugement du 15 mai 1997 considère que le droit de *S'aya* est un droit réel coutumier affirmant que le droit d'*Al Kad wa S'aya* est un droit réel islamique.

4. Les ambivalences dans les interprétations des juges

Dans le prononcé sur les jugements relatifs au règlement des conflits sur la répartition des biens dans des situations de divorce, les juges se sont souvent référés au principe d'*Al Kad wa S'aya* qui incite à compenser le travail de la femme. La jurisprudence révèle une grande diversité dans les jugements, que ce soit dans l'argumentaire évoqué ou dans les critères choisis pour évaluer la part des biens ou la compensation qui doit revenir à la femme divorcée.

Quelques références à ces jugements renseignent sur la complexité de définir une approche homogène, claire et transparente.²⁰ Dans le Sous-Massa, plus que dans d'autres régions du Maroc, on met l'accent sur la contribution économique-productive de la femme (*Al-kadd Wa S'aya*). Une distinction est établie entre la femme qui se limite à réaliser les travaux ménagers, et celle qui s'occupe de ses responsabilités ménagères tout en y ajoutant des travaux divers (tissage, couture, broderie, élevage et produits dérivés, construction, etc. En établissant le lien de causalité entre cette contribution et la situation socio-économique actuelle du ménage, et en se basant sur des documents, des preuves et des témoins, le juge « *est tenu de lui accorder des droits proportionnellement à la valeur économique de son apport, en plus de ses droits de jouissance* ». La part de l'épouse, estime un juge, peut être évaluée « *en prenant en compte la durée du mariage et la différence en termes de biens acquis entre le début du mariage et le moment du divorce* ».

Du point de vue de certains magistrats, il est primordial de disposer de documents ou de témoins prouvant sa contribution tout au long de sa vie conjugale avant de pouvoir lui accorder des droits. « *On ne peut pas se baser, affirme un juge, sur le seul fait qu'elle a vécu 30 ou 40 ans avec le mari et éduqué des enfants pour lui accorder une compensation financière* ».²¹ Alors que pour d'autres magistrats, la prise en considération des travaux domestiques de la femme, de sa contribution à l'éducation des enfants, de sa préparation des repas, etc. est incontournable. Un autre juge considère que dans le cas d'une femme au foyer, « *l'on doit au moins se référer à la proportion des biens qui lui aurait été accordée par le Chra' dans*

20. Ces références sont tirées de l'enquête réalisée par l'auteur auprès des tribunaux de Rabat, Marrakech, Agadir. Voir étude de l'AMVEV.

21. Le mariage, affirment-ils, est un « contrat civil plutôt qu'un contrat de travail ». Selon cette logique, la contribution physique de la femme dans les travaux ménagers ne semble pas avoir de valeur dans l'estimation de la contribution féminine.

l'héritage. Si la femme hérite de son mari quand il décède, elle doit aussi recevoir des droits quand elle divorce ».

Certains juges limitent cette contribution aux actifs financiers, alors que d'autres y incluent également les actifs immobiliers. Un juge considère que « *la femme réalise des travaux qui vont bien au-delà des rôles traditionnellement assignés à la femme par le Chra' et les coutumes. S'il est facile d'accorder à la femme ménagère ses droits dans le cadre du droit à la Jouissance (Mout'a), en appliquant les critères codifiés dans la Moudawana, il est par contre difficile d'estimer les droits de la femme qui apportent une contribution au foyer en dehors des charges ménagères* ». Enfin, un autre juge estime que du point de vue du Chr'a, la femme n'est pas obligée de réaliser des travaux ménagers. « *Si elle le fait, c'est par générosité (Moukârama, Tabarroû'e), et parce que la coutume l'exige. Elle ne mérite aucune compensation pour des services qu'elle a prodigués de son propre vouloir et sans qu'elle soit obligée à le faire* ».²²

La plupart des cas relevés par l'observation de terrain montrent que le recours au principe d'*Al Kad wa S'aya* vient en appui de l'argumentaire du tribunal en faveur de la prise en compte de l'effort de la femme dans le travail. Mais les critères et les procédures sur lesquels se fondaient les juges pour mesurer la contribution de la femme au travail des champs ou de l'exploitation agricole dans une économie rurale non marchande ne pouvaient être applicables dans une économie moderne. Si ces critères pouvaient être évoqués comme référentiel à une pratique ancienne sociale soucieuse d'équité dans la répartition d'un patrimoine après un acte de divorce, ils n'étaient pas suffisamment élaborés pour fournir une réponse claire et précise à l'évaluation de la contribution de la femme dans l'économie domestique.

Les jugements prononcés par les tribunaux reconnaissent à la femme le droit de bénéficier d'une partie des biens, et ce sur la base d'une estimation globale de sa contribution aux biens accumulés durant la vie conjugale. Mais il faut tout de même signaler que cette estimation s'appuie beaucoup plus sur des considérations morales (état social de l'épouse, situation dans l'activité, femme au foyer ou femme active employée...) que sur une

22. Toutefois, en contrepartie de cette générosité, un avocat estime tout de même que le tribunal doit prendre en compte cette générosité en reconnaissant à cette femme aussi des droits pour les services rendus à sa famille. L'option privilégiée par le tribunal d'Agadir est d'inclure les droits correspondant à cette reconnaissance dans les droits de jouissance (Mout'a), puisque le mari a eu la jouissance non seulement du corps de la femme, mais aussi de ses services ménagers.

évaluation proprement dite du temps de travail consommé pendant la vie conjugale.

Dès lors, il s'avère intéressant de voir, à travers la jurisprudence analysée, comment se manifeste ce pouvoir du juge et quel usage il en fait. Comment appréhende-t-il la notion de travail, d'efforts et quel contenu lui donne-t-il ? Sera-t-il tenté de réduire la portée pratique de la nouvelle procédure en renfermant la notion de travail dans la contribution de l'époux aux revenus et à la constitution du patrimoine dans un cadre restreint par l'exercice d'un travail extérieur à la sphère privée ? Ou abondera-t-il dans le sens de l'ouverture insufflée par le nouveau Code, en faisant une interprétation extensive de cette notion en prenant en considération le travail réalisé au sein de l'unité familiale ?

La liste des motifs retenus par les magistrats pour motiver leur décision renseigne sur leur appréciation du travail, extensive. En outre, des jugements laissent apparaître une certaine ouverture d'esprit des juges au sujet de points sur lesquels ils se montraient généralement plus conservateurs sous l'emprise de l'ancienne Moudawana.

L'interprétation des lois est une nécessité, parce qu'il est impossible, et d'ailleurs peu désirable, que la loi renferme l'indication de toutes les hypothèses particulières susceptibles de se présenter et règle chacune d'elles par une disposition spéciale. Pour demeurer claire, la loi doit rester concise et contenir simplement l'énonciation de règles générales, en laissant à l'interprétation – faite par les juges – le soin d'adapter ces règles aux cas concrets.

Le juge peut se demander quelle a été l'intention du législateur et s'appuie dans cette recherche sur tous les procédés d'interprétation, logique comme linguistique. L'interprétation judiciaire est simplement la déclaration de ce qui est dans la loi. Si une lacune apparaît dans son contenu, il n'échoit pas à l'autorité judiciaire, si haut placée qu'elle soit, de ne pas l'appliquer ou de la modifier. L'interprétation doit dégager uniquement ce que le législateur a voulu et fait. Dans les limites de ces bornes, le juge est libre de son interprétation pour donner à la règle légale toute l'étendue qu'elle comporte, et lui faire embrasser toutes les hypothèses, mêmes nouvelles, que contiennent logiquement ses prescriptions.

Conclusion/recommandations

Le Code de la famille de 2004, dans un souci d'équité, a cherché à protéger les droits économiques de l'épouse en cas de dissolution du lien conjugal en instaurant le principe du partage des biens acquis durant le mariage, selon des conditions particulières. C'est une mesure qui s'inscrit dans l'évolution de la société marocaine qui connaît actuellement la participation active et réelle des femmes à l'économie du foyer et à son entretien.

Depuis l'entrée en vigueur du Code, l'article 49 n'a pas cessé de susciter des interrogations sur son opportunité et ses modalités. Il bute sur les difficultés de mise en place d'un cadre juridique clair et complet en matière de répartition des biens acquis pendant le mariage et de garantir aux époux des solutions appropriées en ce qui concerne la sécurité juridique, la prévisibilité, la flexibilité et l'équité dans le partage. L'exigence du recours aux règles générales de preuve, en plus de la non prise en considération du travail domestique assumé par l'épouse dans l'évaluation de sa contribution à la fructification des biens familiaux, n'aide pas les femmes à obtenir justice. Les différences considérables entre les situations des conjoints, les trajectoires du couple, en ce qui concerne tant les modalités d'acquisition des biens pendant le mariage que les règles définies pour leur répartition en cas de divorce, sont source d'insécurité juridique. La grande disparité et la complexité de la gestion du patrimoine font qu'il est très difficile pour les couples de prévoir quelle modalité de partage s'appliquera en cas de survenance d'une dissolution du lien du mariage.

Le bilan de l'application de l'article 49 du Code de la famille est mitigé. Le nouveau texte ne décline pas de façon explicite les modalités de partage des biens acquis durant la vie conjugale, ce qui laisse une porte ouverte à une interprétation libre de la doctrine. En outre, un décalage considérable existe entre la norme juridique et l'application du droit. L'esprit du Code de la famille n'a pas encore bien imprégné les pratiques et les décisions en vigueur. Près de vingt ans après sa mise en œuvre, beaucoup reste à faire pour garantir l'effectivité de certaines dispositions de la loi, consacrer l'équité entre les époux dans le partage des biens, renforcer la mise en place des moyens réglementaires nécessaires à la bonne application de l'article 49 et ainsi contribuer à la considération des droits humains des femmes au Maroc.

Le dispositif du Code de la famille, relatif au partage des biens, exige, donc, une clarification juridique de son contenu et une modification de la

loi en vue d'atteindre ses objectifs. Quelques recommandations peuvent être faites dans ce sens.

- *Renforcer l'interprétation de l'article au sens de l'équité*

Renforcer les tendances des juges et des représentants du barreau et des autres agents concernés dans le sens d'une interprétation du nouveau Code de la famille, qui soit encore plus conforme aux principes de l'égalité de genre et de la non-discrimination entre les sexes.

La réalisation d'un tel objectif requiert ce qui suit : préciser le sens de concepts clés dont on fait usage pour lire et interpréter le nouveau Code de la famille. Nous nous référons essentiellement à des concepts tels que celui de « l'effort dans le travail », de « responsabilité conjointe », de « partage des biens », etc. Il requiert aussi de revoir les critères d'évaluation de la contribution de la femme à l'accumulation des biens et propriétés familiales dans le sens d'une meilleure prise en compte de la valeur économique réelle de ses prestations familiales. Il s'agit d'entreprendre les enquêtes nécessaires pour s'assurer des vrais revenus de l'époux avant que le tribunal ne prenne de décision concernant la répartition des biens entre les époux. Il s'agit aussi d'assurer que les adouls informent les personnes qui projettent de se marier sur l'intérêt de faire un contrat de gestion des biens qui seront éventuellement accumulés pendant le mariage, ainsi que de préciser les modalités de leur partage en cas de nécessité, et ce en dépit de l'embarras qu'une telle intervention risque de produire. Il s'agit, enfin, de renforcer les conditions d'une meilleure interprétation en : clarifiant les règles de partage permettant ainsi aux conjoints de prévoir aisément quels critères s'appliqueront à leur procédure de partage des biens. Cela renforcera considérablement la sécurité juridique et la prévisibilité du contrat tant pour les conjoints concernés que pour les praticiens. Des garanties spéciales pourraient être instaurées afin de s'assurer que les conjoints sont conscients des conséquences de leur choix.

- *Concevoir des directives précises pour la mise en œuvre de l'article 49*

L'article 49 vise à opérer une simplification et une pacification des procédures de divorce devant le juge des affaires familiales, en particulier en matière de partage des biens. L'objectif est de permettre un règlement à la fois plus rapide et plus complet des conflits familiaux, tout en garantissant le respect des droits de chacune des parties ainsi que de l'intérêt des enfants. L'article en question favorise les accords entre époux et rationalise les

conséquences de la dissolution du lien matrimonial, notamment financières, en cas d'absence d'un contrat entre les époux et adapte les différents cas à l'évolution des situations conjugales.

La justice a la charge de mettre en œuvre la protection juridique, prévue pour la famille avec toutes ses composantes, et ce dans un esprit qui reflète la modernité des innovations du Code de la famille. Le Ministère public devrait inciter l'appareil judiciaire à mieux mettre en œuvre les objectifs de l'article 49 afin de contribuer au processus de construction d'une justice de la famille compétente et efficace. Les observations de terrain font ressortir une certaine subjectivité dans l'interprétation des dispositifs de l'article 49. Il est recommandé d'étudier l'opportunité d'élaborer et de diffuser des directives (circulaires, procédures...) consacrées à la mise en œuvre de ces dispositifs qui, tout en mettant l'accent sur le respect de l'esprit de l'article 49, réaffirmeraient avec force les principes de protection et de responsabilité, indispensables à un traitement juste et équitable des séparations conjugales et édicteraient des modalités propres à la résolution des conflits. Elles pourraient également définir les modes de preuve de l'existence d'un patrimoine et indiquer des solutions concernant les procédures de partage des biens en harmonisant les possibilités de règlement du partage.

- *Élaborer et diffuser des modèles de contrat de partage des biens*

L'article 49 laisse l'option ouverte à la conclusion du contrat ; les considérations psychologiques, sociologiques ou culturelles freinent l'adhésion au principe de la contractualisation au moment du prononcé du mariage. L'existence d'un ou de modèle (s) de contrat pourrait faciliter le règlement des modalités de partage des biens entre les conjoints.

Il est recommandé de déployer des efforts en vue de sensibiliser les citoyens sur l'intérêt de recourir à la contractualisation sur la gestion des biens acquis pendant la période de la vie conjugale ; d'inciter les adouls à informer les candidats au mariage sur l'intérêt de recourir à cette formule ; d'inciter aussi les notaires à élaborer un ou des modèles types de contrats et les mettre à la disposition des citoyens ; diffuser des spécimen de ces contrats parmi les formulaires requis pour la conclusion d'un contrat de mariage.

- *Inciter à la prise en compte du temps non rémunéré dans la comptabilité nationale*

Les statistiques économiques conventionnelles, comme les comptes nationaux et les mesures de l'emploi, sont conçus pour mesurer l'économie

de marché et excluent la plupart des activités productives non marchandes des ménages. Le travail domestique occupe plus du tiers des heures qu'une personne passe éveillée, mais il ne fait pourtant pas partie d'une évaluation de l'effort de la femme. Les biens et services découlant de ces activités sont une source d'utilité pour les membres d'un même ménage et contribuent à leur bien-être. Le volume même du travail domestique plaide largement en faveur de mesures types de la valeur de ce travail.

Il est recommandé d'inciter la Direction des Statistiques de mesurer et d'évaluer le travail domestique et invisible et non rémunéré des femmes, sachant qu'il occupe un temps appréciable de la journée et qu'il ne fait pourtant pas partie des activités comptabilisées dans l'évaluation de la production de la richesse dans notre société. Il s'agit de développer les méthodes de transformation du temps de travail domestique en valeur monétaire, notamment par la méthode du coût de remplacement qui repose sur le principe que le temps consacré à des activités non rémunérées peut être évalué sur la base des gains horaires perçus par des personnes qui ont des activités similaires sur le marché. L'estimation du travail domestique en valeur monétaire sur la base d'une méthode fiable et d'un choix de critères validés par les comptes nationaux permettrait de réunir un « consensus » autour de l'évaluation monétaire des travaux comptablement invisibles et leur conversion en une estimation du patrimoine accumulé sur une trajectoire de vie commune entre les époux.

- *Améliorer le système d'information de la justice*

Un système d'information fiable et pertinent participe à un meilleur suivi des politiques publiques. Le ministère de la Justice déploie des efforts pour se doter d'une infrastructure informationnelle performante (programmes d'informatisation des tribunaux...) en vue d'assurer le suivi des activités des tribunaux. À l'issue de quinze années d'application du Code de la famille, le recensement et le suivi des questions soulevées par l'entrée en vigueur de l'article 49 (évolution de l'effectif des contrats de partage des biens, les données sur la conclusion des contrats...) manquent de suivi et de cohérence.

Il est recommandé au ministère de la Justice d'affiner ses méthodes de collecte et de traitement des informations statistiques, notamment sur les questions de contrats et de partage des biens. Il serait utile de répertorier et classer les problématiques liées à ces questions et de les soumettre à un examen régulier : surtout en ce qui concerne le référentiel des prononcés du jugement (droit positif, droit coutumier, *kad wa s'aya*, *Shari'a*...). Comme il

serait bénéfique d'organiser des formations à destination des magistrats pour permettre de dépasser les problèmes de subjectivité dans l'interprétation de certaines dispositions et d'y apporter des solutions en phase avec l'esprit du Code. Ces problématiques ont trait aux dispositions de l'article 49, et particulièrement au traitement du travail domestique, à l'évaluation du patrimoine familial, aux preuves liées à l'existence de ce dernier.

- *Améliorer la coordination entre les acteurs de la Justice*

Différents spécialistes en matière de partage des biens interviennent sur cette question. Chacune des parties prenantes reprend à son compte ou réinterprète les différents principes qui successivement ou simultanément guident le traitement des questions relatives au partage des biens. Les différents intervenants de la sphère socio-juridique répondent aux attentes des divorcés, et suivent le mouvement tendant à faire en sorte que la prise de décision fasse davantage place à la volonté des parties elles-mêmes. Tout en s'adaptant à la demande de leur environnement, les professions structurent les réponses nouvelles qu'elles proposent en fonction des logiques qui leur sont propres. C'est ainsi que la problématique du partage des biens offre aujourd'hui l'image d'un champ où s'exercent de vives tensions.

Eu égard à l'importance du rôle que peuvent jouer certains auxiliaires de justice, de professions libérales intervenant à divers titres dans l'application des dispositions du Code de la famille, il serait recommandé d'organiser des formations à destination des notaires, des adouls, des avocats qui expriment des interrogations et préoccupations suscitées par l'application de l'article 49, en relation avec leurs missions, notamment sur : les actes constatant l'accord des époux concernant la gestion des biens acquis durant la vie conjugale ; l'inscriptibilité des actes relatifs à la gestion des biens acquis durant la vie conjugale sur les livres fonciers. Favoriser les échanges et une coordination entre professions de la justice sur cette question ne pourrait que conforter les attendus et clarifier les modalités de mise en œuvre de l'article 49.

- *S'inspirer des lois et procédures de pays où le partage des biens a fait ses preuves*

Dans une grande majorité de pays, il existe des règles concernant les principes fondamentaux et /ou le fonctionnement particulier des relations patrimoniales, pécuniaires et personnelles entre époux, dont l'objectif principal est de protéger les époux tant dans leurs rapports entre eux que vis-à-vis des tiers. Quelles que soient leurs appellations, « régime primaire »

ou autre, l'essentiel est que ces règles entendent établir les droits et devoirs des époux (selon le principe d'égalité et de solidarité entre eux) de façon impérative. Ces règles, qui se trouvent normalement dans ces régimes, ont trait à l'obligation de contribuer aux charges du mariage ou de s'engager de façon solidaire aux dettes du ménage, à la protection du logement familial, à l'exercice d'une profession par un époux, aux comptes bancaires et coffres détenus par les époux, à la représentation entre les époux et à la protection contre les actes d'un époux qui mettent en péril les intérêts patrimoniaux de la famille. Ces règles reposent sur la notion « d'intérêt de la famille » et essayent de rétablir un juste équilibre entre la situation des époux pendant le mariage et les tiers créanciers.

Le régime ordinaire de la participation aux acquêts se rapproche le plus de l'esprit de l'article 49. Ce régime comprend les acquêts et les biens propres de chaque époux et épouse. Il met sur un pied d'égalité l'époux et l'épouse et s'applique à ceux et celles n'ayant pas conclu de contrat de communauté de biens ou de séparation de biens ou qui n'ont pas été soumis à une séparation de biens judiciaire.²³ Il est recommandé de : étudier de plus près les composantes de ce régime, son mode de fonctionnement et les dispositions sur lesquelles il est bâti ; définir de façon précise les notions de patrimoine, de biens propres, d'acquêts, examiner les modes de liquidation du régime matrimonial : les preuves, les délais, les formes contractuelles de partage des biens.

23. Durant le mariage, chaque époux et épouse a l'administration, la jouissance et la disposition des biens détenus au moment du mariage ainsi que de ceux qu'il ou elle a acquis depuis. Lors de la dissolution du mariage, chaque époux et épouse acquiert un droit à la moitié des acquêts nets de son conjoint ou sa conjointe ou une part différente de la moitié mais définie d'un commun accord dans un contrat.

Références bibliographiques

- Al Kachbour, M. (2006), *Explication du Code de la famille*, Tome 2, Éditions Najah, El Jadida.
- Alami-M'Chichi, H et al. (2004), *Féminin-Masculin : La marche vers l'égalité au Maroc*, 1993-2003. Fondation Friedrich Ebert, Munich.
- Association Droits & Justice (2016-19), *Promouvoir la réforme judiciaire pour la parité homme-femme au Maroc*, Séparation des biens, pp. 1-40.
- AMVEF (2007), *Étude sur le partage des biens*, Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Casablanca.
- Ben Abdesslam El Malki, H. (2002), *Le régime d'Al Kad ou S'aya*, Dar Assalam.
- Benradi, M. et al. (2007), *Le Code de la famille : perceptions et pratique judiciaire*, Fondation Friedrich Ebert, Munich.
- Bédu, A. (dir., 2007), *Droit de la famille des femmes françaises et maghrébines*, Guide du Centre pour l'Initiative Citoyenne & l'Accès au(x) Droit(s) des Exclus (Cidade), Montpellier, <https://www.cicade.org/?p=12>.
- Cidade (2015), *Le mariage en droit marocain*, Centre pour l'Initiative Citoyenne & l'Accès au(x) Droit(s) des Exclus, Montpellier, <https://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/Le-mariage-en-droit-marocain.pdf>.
- El Akhrissi, S. (2005), *Du Code du statut personnel au Code de la famille : trajectoire des amendements et revendication du mouvement des femmes*, Dar Assalam.
- HCP (2021), *La femme marocaine en chiffres : 20 ans de progrès*, Haut commissariat au plan, Rabat.
- HCP (2020), *Évolution des caractéristiques démographiques et socioprofessionnelles : 20 ans de progrès*, Haut commissariat au plan, Rabat.
- HCP (2013), *Mariage et divorce de la femme marocaine. Tendances d'évolution*, Haut commissariat au plan, Rabat.
- Harras, M. et F. Sarehane (2006), *L'application du Code de la famille, Acquis et défis, (étude de la pratique dans les tribunaux de Casablanca et de Tétouan)*, Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes (AMVEF)/Ed. Hexagone, Casablanca.
- ISJ (2006), « Journée d'étude à l'occasion du premier anniversaire de la publication du Code de la Famille », Série : *Conférences, Rencontres et Journées d'études*, N° 8, Institut supérieur de la justice, Rabat.
- Jaidi, L. (2008), *Le régime des partages des biens entre époux : entre Shari'a et Droit positif. Analyse comparée*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Mediterranean Program, Florence.

- Konrad Adenauer Stiftung (2005), *Droit de la famille dans l'islam. Bases théologiques et juridiques dans le monde arabe*, Forum des Opinions, Sankt Augustin.
- LDDF (2005), *Rapport annuel sur l'application du Code de la famille*. Ligue démocratique pour les droits des femmes, Centre d'information et d'observation des femmes marocaines (Ciofem), Casablanca.
- Loi n° 70-03, *dahir* (décret royal) n° 1.04.22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) *Bulletin officiel*, n° 5184 du 5 février 2004, 417 et s. ; version française : *Bulletin officiel*, n° 5358 du 2 ramadan 1426 (6 octobre 2005), p. 667 et s.
- Ministère de la Justice (2005), *Guide pratique du Code de la famille*, Publications de l'Association de diffusion de l'information juridique et judiciaire (ADIJJ), N°6, février 2005.
- Moulay R'Chid, A. (1991), *La Femme et la loi au Maroc*, Collection dirigée par Fatima Mernissi, Editions Le Fennec, Casablanca.
- Mounir, O. (2005), *La Moudawana : Le nouveau droit de la famille au Maroc*, Éditions Marsam, Rabat.
- MPEP (1999), *Les emplois du temps de la femme au Maroc. Enquête nationale sur le Budget Temps des Femmes 1997/98*, Vol. 1 et 2, Ministère de la prévision économique et du plan, Direction de la Statistique, Rabat.
- MSFFD/ONU-Femmes (2016), *10 ans d'application du Code de la famille : quels changements dans les perspectives, les attitudes et les comportements des Marocains et des Marocaines ?*, Ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement social/ONU-Femmes, Rabat.
- Remald (2005), *Le nouveau Code de la famille*, Publications de la Revue marocaine d'administration locale et de développement (Remald), N° 126, Collection « Textes et Documents », Première édition, Rabat.
- Remald (2006), *Le nouveau Code de la famille, avec les textes d'application*, Publications de la Remald, N° 146, Collection « Textes et Documents », Rabat.
- Rude-Antoine, E. (2010), « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », *Droit et Cultures, Revue internationale interdisciplinaire*, Vol. 59, 2010-1, pp. 43-57.

LE LEADERSHIP FÉMININ AU MAROC : DE L'INVISIBILITÉ À LA VISIBILITÉ

À PROPOS DE L'AUTEUR

LARABI JAÏDI



Larabi Jaïdi est Senior Fellow au Policy Center for the New South et professeur affilié à l'Université polytechnique Mohammed VI. Ses domaines d'expertise comprennent l'économie internationale, les politiques économiques, les relations économiques internationales, les économies régionales, le développement social, les relations internationales et les études méditerranéennes. Il a également siégé à la Commission spéciale sur le nouveau modèle de développement du Maroc, un organe consultatif créé en novembre 2019 pour formuler les nouvelles lignes directrices du développement du pays. Jaïdi est un ancien professeur à l'Université Mohamed V de Rabat-Agdal et un membre fondateur du Centre marocain de conjoncture et du Groupement d'études et de recherches sur la Méditerranée.

Le professeur Jaïdi a été conseiller du Premier ministre et du ministre de l'économie et des finances. Il est actuellement expert indépendant auprès du Conseil marocain de la concurrence et de l'Autorité marocaine de lutte contre la corruption. Il est membre du conseil d'administration de la Fondation Adderrahim Bouabid. Le professeur Jaïdi est l'auteur de diverses publications dans les domaines de l'économie, du développement social et des relations économiques internationales. Depuis 2019, il dirige et édite le rapport annuel sur les économies africaines, rédigé collectivement et publié par le Policy Center for the New South. Il participe régulièrement aux dialogues stratégiques HEC-PCNS et aux volumes écrits correspondants. Il a coédité les livres « L'identité africaine de la culture marocaine » et « Le Partenariat ».

ISBN : 978-9920-633-20-8



9 789920 633208

POLICY CENTER FOR THE NEW SOUTH
Rabat, Maroc
www.policycenter.ma