



الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب

ⵜⴰⴳⴷⴰⵢⵜ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ ⵜⴰⵏⵓⵙⵏⵉⵙⵜ ⵜⴰⵖⴻⵔⵉⵜ
Association Démocratique des Femmes du Maroc

ONG dotée du statut consultatif auprès du conseil Économique et social des Nations Unies

هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة

Résumé de l'étude : **«La pratique judiciaire de la Cour de Cassation en matière du Code de la Famille»**

Janvier 2019

Résumé de l'étude :

«La pratique judiciaire de la cour de cassation
en matière du Code de la Famille»

La présente étude, réalisée par l'Association Démocratique des Femmes du Maroc (ADFM), vise à analyser des arrêts rendus par la Cour de Cassation en matière d'application du Code de la famille, à les interpréter et à démontrer leur alignement sur les dispositions constitutionnelles ainsi que sur l'esprit du Code de la famille.

Pour traiter ces questions, l'étude a adopté une approche prospective et analytique qui repose essentiellement sur la présentation des dispositions juridiques pertinentes, en mettant en exergue leur contenu, tant au niveau du texte et de l'esprit qu'à celui de la finalité, et ce en exposant les aspects procéduraux, le cas échéant, ainsi que les conditions et cas spécifiques, si disponibles.

L'étude comprend une analyse de certains textes du Code de la famille à travers l'application judiciaire qui en est faite. Les cinq thématiques sur lesquelles l'étude s'articule sont traitées en trois chapitres.

1. Le chapitre premier traite du mariage entre règle et exception, dans les textes et l'application et examine trois aspects : l'âge de mariage, la reconnaissance en mariage et la polygamie.
2. Le deuxième chapitre traite des implications financières de la rupture conjugale et est divisé en deux parties. La première est consacrée aux droits pécuniaires de la conjointe dans le cas où elle est la demanderesse du divorce pour discorde alors que la seconde porte sur la gestion des biens acquis au cours de la relation conjugale et au partage des biens au moment de la séparation.
3. Le troisième chapitre est consacré à la représentation légale et aux problématiques y afférentes, bien que les questions la concernant soient très rarement soumises à l'attention de la Cour de cassation.
4. La fin de l'étude comprend des conclusions et des recommandations générales et spécifiques sur la jurisprudence de la Cour de cassation et les problèmes y afférents.

L'action judiciaire consiste, de par sa nature et sa raison d'être, à statuer sur des affaires, à régler des différends et à examiner des

intérêts opposés, et ce en appliquant la loi. C'est la jurisprudence à laquelle cette action donne lieu qui donne la vie à ladite loi, lui assure l'étendue temporelle et, par conséquent, garantit la sécurité juridique que cette loi est censée apporter aux personnes.

La jurisprudence passe par l'interprétation de textes juridiques ayant une portée générale et abstraite et par leur adaptation à des cas spécifiques. Ladite interprétation doit être cohérente avec l'esprit de ces textes, les objectifs du législateur et les circonstances dans lesquelles ils ont été adoptés. De même, la jurisprudence se constitue par la consolidation de l'esprit de cette interprétation et la généralisation de son orientation entre les différentes juridictions, tous degrés confondus. C'est peut-être l'une des fonctions fondamentales de la plus haute instance judiciaire, la Cour de cassation, et l'une des raisons de la considérer comme une juridiction de droit.

En fait, il s'agit d'une création nouvelle et renouvelée de règles juridiques, qui peut être considérée comme une condition préalable à la sécurité judiciaire et à la confiance dans l'institution judiciaire. Ainsi, la finalité recherchée par la jurisprudence de la Cour de cassation est, au-delà de contrôler l'application de la loi et de veiller au respect de la loi sur la forme comme sur le fond sans exception ni discrimination aucunes, d'unifier la jurisprudence de manière à orienter l'ensemble des tribunaux de tous les degrés et à rendre les arrêts de la Cour de cassation des références pour toutes les juridictions

La jurisprudence, qui incarne cette sorte de complémentarité harmonieuse entre l'application et l'interprétation de la loi d'une part, et l'unité de l'orientation, d'autre part, et développe de manière positive l'esprit de la loi en respectant la finalité du législateur mérite seule d'être parmi les sources de la législation et les références normatives.

Dans ce contexte, nous notons que la Constitution de 2011 a veillé à hisser la magistrature d'une simple instance judiciaire¹ à un pouvoir judiciaire indépendant des pouvoirs législatif et exécutif et fondé sur « l'application équitable de la loi »². Il est indubitable que cette autorité contribue, par cette application juste de la loi, au dévelop-

1 Chapitre VII – Article 82 de la Constitution de 1996.

2 Article 110 de la Constitution de 2011.

pement de la société en assurant la stabilité et l'unité de la jurisprudence dans l'ensemble, en l'occurrence lorsqu'il s'agit du Code de la famille qui concerne, d'une manière ou d'une autre, toute la famille et ses membres, femmes et hommes, petits et grands.

À la lumière de ces observations, la présente étude de la jurisprudence, la Cour de cassation³- la plus haute instance judiciaire au Maroc-, permet d'aboutir à diverses conclusions, dont certaines portent sur les caractéristiques générales de l'action judiciaire de la Cour de cassation dans les affaires relevant du Code de la famille, et d'autres sur les tendances prédominantes de cette action judiciaire et son rapprochement ou éloignement du Code de la famille.

1) Concernant les caractéristiques générales de l'action judiciaire de la Cour de cassation en matière du Code de la famille

Les arrêts de la Cour de cassation en matière de famille sont peu nombreux⁴ si on les compare aux décisions rendues dans d'autres affaires. Ceci est peut-être dû au fait que le droit de faire appel n'est pas reconnu dans un certain nombre d'affaires et de jugements⁵, mais aussi à la précarité économique et sociale de la majorité des justiciables et au manque de confiance notamment chez les femmes justiciables dans l'utilité d'un recours. Cette question mériterait une étude à part entière.

La Cour de cassation ne veille pas à la publication régulière et exhaustive de ses décisions pour permettre à la société, et notamment les professionnels de la loi et de la magistrature, de suivre son action judiciaire. De plus, elle ne les met pas de manière ordinaire et facile à la disposition des chercheurs, ce qui révèle une sorte d'escamotage systématique de ces arrêts. Cette situation est d'autant plus complexe du fait que la Cour procède à la sélection de certains arrêts qu'elle diffuse dans ses publications périodiques sans préciser la raison, les justifications et les critères retenus pour cette sélection.

3 Anciennement Cour suprême

4 L'examen du nombre des affaires pendantes relatives au statut personnel et aux successions en 2013, 2014 et 2015 révèle un taux de 2,38% en comparaison avec les autres types d'affaires.

5 Il s'agit par exemple d'un jugement pour le mariage d'un mineur, d'une décision d'autorisation de la polygamie, les deux ne supportent aucun recours.

Bien que la Cour de cassation ait pris l'habitude, lors de l'ouverture de chaque année judiciaire, d'annoncer certains arrêts reflétant ses orientations judiciaires dans différents domaines de juridiction, nous n'y trouvons aucune décision reflétant le souci de respecter la valeur de l'égalité inscrite à la fois dans la Constitution et dans le Code de la famille, en faveur des femmes, ni aucune décision qui renvoie au référentiel international des droits humains de la femme, y compris les conventions et protocoles que le Maroc ne cesse de ratifier et d'adopter dans sa législation nationale conformément au texte explicite de la Constitution.

Les arrêts de la Chambre du statut personnel sont, en général, rédigés dans un style obsolète et utilisent un jargon antique puisé dans des sources jurisconsultes anciennes⁶, loin de la langue du droit et du langage juridique⁷. L'analyse de ces décisions à la lumière des dispositions du Code de la famille en tant que droit positif écrit est, par conséquent, très difficile sinon impossible.

2) S'agissant des tendances des décisions de la Chambre du statut personnel et de la succession près la Cour de cassation

Les décisions judiciaires analysées dans la présente étude qui reflètent la tendance dominante de la Cour de cassation, révèlent que les dispositions du Code de la famille, de façon générale, ne sont pas « appliquées de manière équitable, moderne et efficace », ni interprétées selon l'esprit du Code et en harmonie avec ses objectifs annoncés dans son préambule en tant que perspectives stratégiques pour son application.

6 C'est ce que l'on trouve par exemple dans l'arrêt n° 439, rendu le 13 août 2011 dans l'affaire n°1542011/1/2/ publié dans la revue de la Cour de cassation – Edition numérique 2012 – N° 75, p. 94.

7 Selon les données disponibles et en l'absence d'une étude spécifique sur la question, cela est souvent dû à de nombreuses raisons, essentiellement : de nombreuses études reçues par quelques consultants travaillant à la Chambre portent sur la Charia et les principes fondamentaux du Fiqh plus qu'elle ne concernent les droits au sens le plus large ; le machisme domine dans la chambre du statut personnel ; cette chambre est composée depuis de longues années des mêmes conseillers, il est rare d'en changer les membres ou de les remplacer ; les membres de cette chambre appartiennent à la même tranche d'âge et exclut les jeunes et les femmes ; les rares conseillères membres de cette chambre sont obligées de composer avec la mentalité machiste qui prévaut dans cette chambre...

Cette interprétation et cette application visent davantage à restreindre la teneur des textes et en juguler les contenus prospectifs, préférant une interprétation étroite des textes et le recours dans cette interprétation aux références antiques, malgré la clarté du texte, ce qui en fait, par la force des choses, une interprétation rétrograde. Ainsi, elle tend à négliger la règle et mettre en œuvre l'exception.

Par ailleurs, l'interprétation et l'application du Code, du moins dans les cas sur lesquels nous nous sommes concentrés, sont loin de refléter l'esprit et les objectifs du Code de la famille et, partant, les dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir judiciaire et aux droits des justiciables.

Les motifs invoqués dans les décisions objet de l'étude le confirment clairement. Ces motifs tendent souvent vers une interprétation étroite et rigide des textes, et parfois comportent de nombreux motifs⁸ qui s'écartent des données objectives de l'affaire et des dispositions juridiques précises et plongent la décision judiciaire dans des enchevêtrements et des interprétations subjectives.

Cela ne nous empêche pas d'avancer que ces applications et interprétations révèlent, dans ce cas, les limites, lacunes et défaillances du Code ainsi que les ambiguïtés qui affectent sa formulation. Ce sont ces lacunes qui permettent une mauvaise application ou interprétation et ouvrent la porte à une application inéquitable du Code.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que les dispositions à forte connotation de droits de l'Homme dans la Constitution de 2011, mettant l'accent sur l'égalité et la non-discrimination, ne trouvent

8 Parmi ces arrêts, nous citons à titre d'exemple la décision n° 674 dans l'affaire n°377/2/1/2011 rendue le 22 novembre 2011 dans laquelle la Cour de cassation a motivé son arrêt de rejet du pourvoi en ajoutant : « **en outre, le requérant qui a formé le pourvoi dispose de deux biens immobiliers et d'un fonds de commerce, acquis, selon les pièces versées au dossier, à la fin des années 1970 et 1990...les dispositions du Code de la famille n'ont pas été mises en œuvre...** »

La Cour a estimé que les biens, de fait, acquis pendant la relation conjugale – selon une interprétation subjective et étroite du texte – avant la promulgation du Code de la famille n'étaient pas soumis aux dispositions dudit Code, d'où la mauvaise interprétation et application du principe non-rétroactivité des lois. Il est clair que ce principe ne s'applique nullement à ce cas, sinon tous les mariages contractés avant la promulgation de la Moudawana ne seraient pas soumis, par exemple aux dispositions relatives au divorce après la promulgation du Code de la famille.

malgré leur importance, aucun écho dans les arrêts et motifs de la Cour de cassation. Ces dispositions constitutionnelles auraient dû être considérées comme un nouveau souffle, appui et renforcement du Code de la famille, puisqu'elles le sont en effet. Force est toutefois de constater qu'il y a eu des régressions depuis la promulgation de la nouvelle Constitution.

Cependant, l'application et les interprétations du Code révèlent un autre aspect, en particulier lorsque l'on compare la jurisprudence de la Cour de cassation à celle des autres tribunaux - dans leur diversité - (tribunaux de première instance et Cours d'appel) : l'existence d'une sorte de clivage entre deux générations de magistrats. La première est celle dont la majorité appartient, du fait de sa tranche d'âge et sa longue expérience en matière de statut personnel et son référentiel, à une école traditionnelle attachée à un référentiel fondamentaliste -sachant que les formations universitaires relatives aux principes fondamentaux de la Charia et études islamiques, donnent accès à la magistrature et que le seul domaine judiciaire qui peut objectivement accepter des magistrats ayant ladite formation est celui de la famille. La deuxième est une génération de jeunes magistrats qui tendent de plus en plus vers le renouveau et l'interprétation plus ou moins positive des textes, et l'ouverture aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme⁹ et aux droits humains des femmes. Cette génération est sensible à l'approche genre, et parmi ces jeunes magistrats, certains veillent même à inclure ces références dans la motivation de leurs décisions et arrêts¹⁰.

En réalité, les magistrates et les juges versés dans la culture des droits de l'Homme et des droits humains des femmes sont les seuls à être en mesure d'appliquer positivement le Code de la famille, c'est-à-dire

9 Il s'agit bien entendu dans ce contexte de la Convention des droits de l'enfant et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes...

10 Des décisions éclairées des sections du Tribunal de la famille au sein des tribunaux de première instance, en particulier à Tanger et Zagora montrent un attachement de certains tribunaux de première instance à ne pas suivre l'action judiciaire « bien établie » de la Cour de cassation selon laquelle la conjointe demanderesse du divorce pour discorde n'a droit à aucune indemnité de consolation après le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation.

en harmonie avec l'intention du législateur et sa vision prospective. De cette manière, ils contribuent à l'accompagnement des mutations significatives que connaît la société marocaine et donnent un sens à la dualité : texte statique et sens dynamique.

En résumé, le Code de la famille, avec ses lacunes juridiques, le manque d'harmonie entre un certain nombre de ses dispositions, les exceptions établies, la généralité de certaines de ses dispositions induisant une mauvaise interprétation, porte en lui-même les causes de sa mauvaise application. Il nécessite une révision globale et cohérente qui tient compte de tous les aspects négatifs que révèlent son application et interprétation.

Si ces constats révèlent l'urgence de revoir le texte du Code de la famille dans son ensemble de manière à combler les lacunes, remédier aux défaillances, dissiper l'ambiguïté de certains textes et réduire au maximum les exceptions, ils confirment dans le même-temps la nécessité d'ouvrir aux jeunes magistrats la voie de la Chambre du statut personnel et de la succession près la Cour de cassation afin d'y instaurer un nouvel esprit dans le traitement des questions familiales empreint de droits de l'homme, et harmonieux avec l'évolution de la société et avec les engagements internationaux du Maroc en matière de droits de l'Homme.

Par ailleurs, ces constats soulignent le besoin de soutenir les programmes de formation au sein de l'Institut supérieur de la magistrature, avec des matières liées aux droits de l'Homme et aux droits des enfants et d'adopter des programmes de formation continue dans ces domaines.

Recommandations

A la lumière de l'examen des décisions rendues par la Chambre du statut personnel près la Cour de cassation en ce qui concerne l'objet de l'étude et de l'analyse des dispositions du Code et sur la base des conclusions susmentionnées, plusieurs recommandations peuvent être formulées.

Il convient de noter que ces recommandations sont, dans la mesure du possible, pratiques, précises, directes et réalisables dès lors qu'elles ont veillé à identifier les parties concernées selon leur nature et les tâches qui leur sont confiées. Aussi, sont-elles classées selon lesdites parties.

1. **Recommandations adressées à l'institution législative :**

Veiller à modifier, de manière urgente, les dispositions du Code de la famille comme suit:

- Abroger les exceptions prévues aux articles 16, 20 et 41 du Code de la famille ;
- Supprimer les articles 20 et 21 du Code de la famille, relatifs au mariage des mineurs ;
- Supprimer les deuxième, troisième et dernier alinéas de l'article 16 du Code de la famille, tout en organisant de vastes campagnes d'information et des initiatives administratives et judiciaires visant à documenter les contrats de mariage ;
- Supprimer l'article 400 du code de la famille, qui permet d'éviter de mettre en œuvre une règle de droit claire et explicite ;
- Prévenir la polygamie et éliminer toute exception y associée ;
- Modifier la loi organique relative à l'organisation judiciaire afin de revoir le nom que porte la chambre chargée des questions familiales près la Cour de cassation et sa composition, tout en veillant à la mise en œuvre du principe de parité ;
- Unifier les procédures de divorce et de répudiation et édicter un barème pour les droits pécuniaires de la femme;

- Considérer le Ministère public comme partie initiale et effective dans les affaires familiales sous peine de nullité des procédures;
- Prévoir des dispositions restrictives qui s'appliqueraient à toute personne impliquée de manière directe ou indirecte dans le mariage d'une mineure par le biais de la récitation d'al-Fatiha, et dans tout contournement des restrictions de la polygamie ;
- Réviser la section relative à la représentation légale et réaffirmer l'égalité entre la mère et le père pour tout ce qui concerne la gestion des intérêts moraux et matériels des enfants, sans discrimination ni priorité à aucun d'entre eux, le tout sous contrôle du pouvoir judiciaire.

Il va sans dire que ces amendements n'éliminent pas la nécessité d'une révision globale et urgente du Code de la famille.

2. Recommandations adressées au ministère de la Justice :

- Accélérer la préparation et l'adoption du projet de loi organique sur l'exception d'inconstitutionnalité;
- Revoir les programmes de formation des magistrats en y incluant des matières sur les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme et aux droits humains des femmes ;
- Préparer un projet de révision complète du Code de la famille afin d'atteindre une harmonie entre le texte, l'esprit, la philosophie et les dispositions et de veiller à son alignement sur les Conventions internationales sur les droits humains des femmes et sa conformité à la Constitution ;
- Mettre en place des programmes de formation continue dans le domaine des droits de l'Homme en général et des droits humains des femmes, destinés, en l'occurrence aux professionnels des différentes professions judiciaires.

3. Recommandations au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire :

- Prendre en compte la situation individuelle des magistrats afin de garantir la représentation des femmes juges au niveau de tous les tribunaux du Royaume ;
- Tenir compte du genre dans l'attribution des tâches dans les tribunaux de la famille et des affaires matrimoniales ;
- Mettre l'accent sur la qualité des jugements et des décisions lors de l'évaluation du travail des magistrats et de la performance du système de justice.

4. Recommandations à la Cour de cassation :

- La nécessité de se limiter dans les décisions aux faits et aux textes juridiques qui s'y appliquent en évitant les motifs de trop qui pourraient nuire aux intérêts des parties ou à leur vie privée ;
- La nécessité de mettre en place un mécanisme automatique régulier de publication de l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation afin d'assurer la diffusion des informations, avec la mise en place de règles de publication garantissant la transparence de l'action judiciaire tout en protégeant les données à caractère personnel et en tenant compte des impératifs du respect de la vie privée ;
- L'obligation de publier les arrêts dans des délais raisonnables afin de permettre aux justiciables de bénéficier des nouveautés jurisprudentielles et aux tribunaux de les adopter ;
- La mise en place de programmes et de partenariats entre la Cour de cassation et les acteurs des droits de l'homme afin de renforcer la culture des droits de l'Homme et des droits humains des femmes et de la promouvoir au sein du système judiciaire ;
- L'obligation de se conformer dans les arrêts au référentiel juridique et des droits de l'homme dans une langue moderne comprise par les justiciables, hommes et femmes
- La nécessité de s'engager à faire référence au référentiel international des droits humains des femmes dans les motifs des arrêts, à l'instar de ce que font certaines chambres de la Cour.

5. Recommandations adressées à la présidence du Ministère public :

- Activer l'intervention du Ministère public dans les affaires relatives à la famille, tout en veillant à la publication de brochures et de circulaires exhortant les représentants du Ministère public à jouer leur rôle dans les affaires familiales.

6. Recommandations aux barreaux et à l'association des barreaux du Maroc :

- Activer la loi relative à la création d'instituts de formation des avocats ;
- Inclure des matières sur les conventions internationales dans les programmes de formation des avocats stagiaires ;
- Développer des programmes de formation continue au sujet des conventions internationales des droits de l'Homme à l'intention des avocats en exercice, tout en encourageant l'utilisation des référentiels internationaux en matière de droits de l'homme et de droits humains des femmes dans toutes leurs activités professionnelles et à toutes les étapes des procès.

7. Recommandations à l'Institut supérieur de la magistrature :

- Réviser les programmes de formation des magistrats en y incluant des matières sur les droits de l'Homme et les droits humains des femmes et l'approche genre, en leur accordant la même importance qu'aux autres matières et sujets.

