

groupe et à citer des cas de personnes traumatisées pour avoir dormi avec leurs parents. Pour plus de détails sur ce sujet, cons., en particulier, C. Roubier, Dans le lit familial, Rev. L'école des parents, 1984, n° 4, pp. II et s.; F. Quéré, De la famille à l'épreuve de temps, Rev. Etudes, 1983, sept., pp. 185 et s.; N. Zerdouni, Enfants d'hier, édit. Maspéro, 1971, p. 271; G. de Sury, Jeunes maghrébines et leurs familles, sexualité côté jeunes, Rev. L'école des parents, 1984, nov., p. 40.

(105) Cf. H. Dennouni Bencheikh, La condition juridique de la femme mariée au Maghreb, th. Rennes 1, 1982, p. 54.

(106) Cf. Circulaire du ministère de la justice du 22 août 1985.

(107) Cf. Ch. Chehata, Théorie générale de l'obligation en droit musulman édit. Sirey, Paris, 1969, p. 126.

(108) V. également l'article 124 du code civil suisse.

(109) Sur cette cause de nullité, cons. D. Tchouar, op. cit., th. Etat Rennes 1, 1987, pp. 534-558.

(110) Quelques sectes vaguement dénommées radifites, ou kharifites, épluchant le texte coranique, auraient soutenu qu'un homme pouvait avoir simultanément neuf épouses, car le mot deux du verset est séparé de trois et trois est séparé de quatre, par la conjoncture "waw" - et - qui indique habituellement une addition et non une option, ce qui fait 2+3+4 soit 9. Cf. Y. de Bellefonds, traité de droit musulman, T. 2, p. 135.

(111) Cf. Ibn Djouzy, Qawanin, p. 204.

(112) Ibn Sulama s'est converti à l'Islam ayant sous son autorité maritale dix femmes. Cf. Achirazi, op. cit., T. 2, p. 46.

(113) Cf. Ibn Rochd, Bidayat El-moujtahid, T. 2, p. 34.

(114) Cf. Art. 14 du code Iraquien; art. 31 de la loi égyptienne de 1979; art. 29 al. 2 de la moudawana marocaine; art. 13 du code somalien.

(115) En effet, le code algérien de la famille ne s'est pas seulement abrouvé aux sources du fiqh malékite, il a encore précisé, dans son article 22, que "En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chari'a".

(116) Cf. A. Bouhdiba, La sexualité de l'Islam, p. 286.

(117) Cf. Pls. auteurs, adultère, le fruit défendu, in Parcours Magrébins, n° 102, Semaine du 27 janvier au 2 février 1992, pp. 15-18.

(118) Cf. N. Ouramdane, Codes et destins, in Dossier "Enfance abandonnée", A.A., n° 1373, semaine du 6 au 12 janvier 1992, p. 20.

(119) et (120) Cf. Ch. Atlas et D. Linotte, Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D. 1977, Chr. XXXIV, p. 257.

Sur l'ensemble de cette question, Cf. L. Belhadj, cette revue, 1993, 3, p. 600.

(91) De même, l'on pourrait être tenté de considérer que le conjoint qui refuse de coopérer à cet acte, se rend, sauf motif valable, coupable d'une faute justifiant le divorce.

(92) En effet, en vertu de certaines coutumes africaines, les épouses doivent être traitées hiérarchiquement. Toutes les épouses d'un polygame ont des statuts différents; tant qu'il vit, elles sont hiérarchisées surtout en fonction de l'ancienneté, la première l'emporte sur la seconde et ainsi de suite, après sa mort, les droits d'héritage et de succession de leurs enfants sont déterminés par le rang et le mode de mariage de leurs mères.

Cf. Parenté chez les Swazi, in Radchiffe Brown et Forde, pp. 118 et s.

(93) Cf. Le Coran, Sourat "Ennissa", vers. 129.

(94) Cf; E. Vilar, Le sexe polygame..., édit. M. Albin, 1976, p. 107.

(95) Dans un Hadith, le Prophète déclarait que "celui qui a deux femmes et favorise l'une au détriment de l'autre, apparaître au jour de la résurrection avec une moitié de corps déformée", cf. Abi Hayman AL-andaloussi, Al-tafsir el-kabir, T. 3, p. 364; El-kourbbi, Tafsir, T. 5, p. 407.

(96) Cf. A.Ali-TOUDERT, Le coût de la vie algérienne depuis 1962, Préf. M.E. Benissad, édit. O.P.U., Alger, 1983; M. Boudersa, La ruine de l'économie algérienne sous Chadli, édit. Rahma, Alger, 1993.

(97) Cf. Art. 28 de la constitution de 1989.

(98) Cf. Cour d'Alger, 27 juin 1921, R.A.S.J.E.P., 1921, P. 187.

(99) Cf. Cour d'Appel de Tlemcen, ch. cv., 16/03/1967, R.A.S.J.E.P., 1968, p. 1221.

(100) Cf. Trib. de Lakhdaria, 25/11/1980, H.Z./N.D. (inédit).

(101) En Algérie, l'indice synthétique de fécondité (nombre de naissances), par femme, a été de 4,5 pour l'année de 1990, et le nombre absolu de naissances demeure très élevé: plus de 800.000 par an. Quant au taux d'accroissement de la population algérienne était, en 1987, de l'ordre de 3,2% par an et, actuellement, de 2,5%. Seraient-ce les conséquences de la crise économique qui a frappé durement les algériens? En réalité, la baisse de ce taux tire son fondement dans le recul de l'âge au mariage. Car, les gens se marient, à l'heure actuelle, de plus en plus tard, presque vers 30 ans. Cf. A. Allouache, Deux ou trois choses sur l'algérien d'aujourd'hui, in A..A., du 1er au 7 février 1994, pp. 11-12; H. Sanson, L'Algérie est-elle surpeuplée?, in Rev. Mac. Mag., 1979, n° 84, p. 427.

(102) Cf. A. Karoumi et E. Barkat, La crise de logement et son impact sur la situation socio-culturelle et éducative de la famille algérienne, Mém. Sces. Soc., Oran, 1981.

(103) Cf. B. Lounes, Politique d'habitation en Algérie, th. Grenoble 2, 1984.

(104) Si, en réalité, les enfants ont toujours fait la sourde oreille à ces faits anti-sociaux, les psychiatres n'ont pas hésité un instant à s'élever contre le sommeil de

38, cité par F. Aker, Bébés prêts à porter. Et ce, sans oublier les conséquences de ce procédé qui sont, d'ailleurs, fatales sur le sens de la parenté humaine. Elles relativisent la parenté biologique, et démystifient la notion du "lien du sang". Dès lors, nous ne voulons pas que la notion biologique, comme dans certains pays occidentaux, devienne de plus en plus floue avec les nouvelles techniques qui offrent tout un éventail de type de parentés.

De même, selon la conscience chrétienne, "Dire qu'il n'y a pas lieu d'émettre ici un jugement moral, c'est oublier la vérité élémentaire, que dès qu'il s'agit d'une activité qui concerne gravement la vie et le devenir de l'homme, cette activité est justifiable d'un jugement moral, car elle échappe au libre vouloir de l'individu. Ainsi qu'est le critère de moralité en ce domaine? L'intervention d'un donneur ne guérit pas la stérilité du mari, qui reste toujours stérile, elle veut la remplacer par une intervention d'un tiers anonyme qui est en soi une injure à l'unicité du couple. C'est vrai que seul le désir pousse à agir, mais celui-ci ne peut pas être la norme ou le régulateur d'agir et par suite, la morale revendique toujours la priorité à conserver aux vraies valeurs objectives, et par delà les désirs". Cf. J.M. Aubert, L'insémination artificielle devant la conscience chrétienne, Rev. des Sces. religieuses, 1981, p. 255. Sur la question de cette insémination, cons. également, H.D. Cosnard, L'évolution du droit de la filiation face au progrès de la biologie, Cours de D.E.A. droit privé, Rennes, 1978; J. L. Leuba, L'insémination artificielle appliquée à l'être humain, aspects médicaux, juridiques et ethniques, Genève, 1982; J.C. Empéaire, Enfentillage, la chose sexuelle, Rev. de Psychanalyse, sep. 1984, p. 94; P. Kayser, Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée, D. 1989, p. 153; J. Bernard, De la biologie à l'éthique, nouveaux pouvoirs de la science, nouveaux droits de l'homme, édit. Buchet/Chastel, 1990; p. 167; J. Lejeune, Le médecin face aux nouvelles techniques de procréation, la vie prénatale, biologie, morale et droit, Actes du VIe colloque des juristes catholiques, p. 58.

(89) Notons, à titre d'exemple, que ce moyen est recommandé lorsque la stérilité de la femme est due à la composition des sécrétions vaginales et cervicales qui provoquent la destruction des spermatozoïdes et interdisent toute fécondité.

(90) Il convient de souligner, dans cette lignée, que cette position a été également celle de certains éminents théologiens musulmans: Cf. Ch. Cheltout, "El-fataoui", p. 325; Ch. Djad El-haq Ali Djad El haq, La doctrine musulmane, p. 258; Ch. Chaaraoui, "Anta tis'al oi El-islam yougib, T. 4, p. 70; Ch. Y. El-kardaoui, "El-halal oi el-haram fi el-Islam, p. 219. Ces auteurs, et tant d'autres, approuvent unanimement que cette méthode n'est permise qu'en présence des conditions suivantes:

- le recours à ce procédé n'est valable que si les intéressés sont mariés;
- L'insémination posthume est strictement interdite;
- Le recours à cette insémination n'est valable qu'en cas de nécessité;
- la présence du mari est exigée au moment de l'intervention.

porte étroite qui exige l'emploi de moyens tirés de crû, et qui permet l'édification d'un droit adapté aux besoins propres de la société qu'il régit". Ch. Chehata, Précis de droit musulman, p. 93.

(76) Ceci résulte expressément de l'article 48 du code de la famille qui dispose que "le divorce est la dissolution du mariage. Il intervient par la volonté de l'époux...".

(77) Sur la question du divorce-répudiation, cons. D. Tchouar, Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, th. Etat, Rennes 1, 1987, p. 324 et s.

(78) Sur la procédure à suivre en cette matière, v. la circulaire du ministère de la justice n° 84-102 du 23 septembre 1984.

(79) Cf. Articles 71 et 72 du code de l'état civil.

(80) Au sujet de cette dérogation, v. aussi l'art. 39 du code d'état civil.

(81) Il faut remarquer que lorsque le mariage est célébré à l'étranger, l'existence de cette union sera établie au moyen des modes de preuve admis par la loi du pays de célébration (Cf. Art. 19 du C. civil).

(82) Cf. Décret Gratien, Dict. sur canon, 27.

(83) Cf. Ch. Chehata, Les fiançailles en droit hanafite et malékite comparé, in Etudes de droit musulman, Paris, 1970, pp. 51 et s.; Badrane Abou el aïnine Badrane, La doctrine comparée en matière du statut personnel, édit. Dar Enahda Elarabia, 1968, pp. 19 et s.

(84) Il est spécifié dans le code de la famille que "chacun des fiancés est libre de se dégager unilatéralement de sa promesse". De même, cette promesse ne peut pas servir comme moyen de filiation. Car, toute recherche de paternité est, en l'occurrence, interdite, puisque ni le législateur ni les tribunaux ne permettent de donner à ces actions une solution satisfaisante. Dans cette hypothèse, seule la reconnaissance de maternité est admise.

(85) De même, la jurisprudence syrienne s'est arrêtée à trois points:

- les fiançailles ne sont pas un contrat obligatoire;
- la rupture n'ouvre pas un droit à des dommages et intérêts;
- si la rupture, non pas en elle-même, a créé un préjudice, celui-ci peut être compensé par des dommages et intérêts.

(86) Notons, au passage, que, en cette matière, la 1ère fetwa d'El-azhar a été publiée dans le journal égyptien "El-djamhouria" en date du 3/8/1978, p. 8.

(87) Cf. Séminaire scientifique sur les questions islamiques, cité par le quotidien El-ahram du 8 juin 1985.

(88) Cette position se justifie par le fait qu'à partir déjà de l'interdiction de l'adoption par l'Islam, il en découle un interdit total de la confusion des parents. "Si un troisième donneur intervient, observe M. Aroua, il en résulte qu'au lieu d'adopter un enfant, on adopte un ovule ou un sperme" Cf. Dr. Aroua, in A.A. du 24 au 30 janvier 1985, p.

Sammari, in Rev. Jur. et Pol. (I.D.E.F.), 1974, n° 4, pp. 554-55.

(57) Cf. Schaffer, Droit au développement, in Cahiers de l'I.I.A.P., 1968, n°5, p. 67.

(58) Cf. R. David, Les grands systèmes du droit contemporain, édit. Dalloz, Paris, 1978, p. 475; en ce sens, v. également, Y. L. de Bellefonds, Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte, R.I.D.C., 1955, pp. 5 et s.

(59) Ne serait-il pas plus logique de considérer la femme comme mariée qu'au lieu de la traiter comme une concubine dont la postérité sera illégitime.

(60) Cf. M. Abdou, op. cit., p. 364 et s.

(61) Cf. D. Taubin, La polygamie en Algérie, Rev. Population 1974, n° I, p. 313; O. Nasroun, La polygamie en droit musulman comparé, Mém. Paris 2, 1978.

(62) Cf. D. Taubin, op. cit., in Rev. Population, p. 324; A. Saad, Le mariage et le divorce dans le code algérien de la famille, édit. Dar El-bahth, Constantine, éd. 2ème, 1986, p. 148.

(63) La répartition des polygames fournie par le recensement de 1966, à l'heure actuelle, relativement changé quant au nombre de leurs épouses.

(64) Cf. Art. 9 et 32 du code de la famille.

(65) Un hadith prophétique indique à cet égard "si un père marie sa fille à un homme qu'elle ne puisse accepter, annule le mariage".

(66) Cf. Ibn Taymyya, Al-fatawa, édit. Al-kurdistan, t. 3, p. 326; Ibn Qudama, El-moughni, t. 4, p. 225; Ibn Qudama, Acharh al-kabir, 2è éd., T. 4, p. 53.

(67) Cf. Kassani, op. cit., T. 5, p. 171; Sarakhsi, Mabsout, T. 5, p. 97.

(68) Cf. Ramli, Nihayat el-mouhtaj, édit. Halabi, t. 6, pp. 310 et s.; Echirazi, Al-muhaddad, T. 2, pp. 50 et s.

(69) Cf. Ibn Rochd, Bidayat el-moujtahid, T. 2, pp. 7 et s.; El-hattab, commentaire de Khalil, T. 3 p. 318; Dardir Dassuqui, Al-charh-el-kabir, t. 2, pp. 220 et s.

(70) Cf. Ibn Rochd, Bidayat el-moujtahid, T. 2, P. 58; Khalil ibn ishak, Moukhtassar, trad. fr. G.H. Bousquet, T. 2, pp. 53 et s.; J. Lapanne Joinville, Les conventions annexes au contrat de mariage en droit musulman malékite, R.A.S.J.E.P., 1954, pp. 112-125. Sur l'ensemble de cette question, cons. Y.L. de Bellefonds, op. cit., T. 2, pp. 91 et s.; A. Berbugger, La polygamie musulmane, Rev. afr. 1859, pp. 254-258; P. Morel, Histoire de la polygamie dans l'islam traditionnel et dans les législations modernes, Mém. Paris, 1958; A.A. Tawfiq, La polygamie des points de vue religieux et social, Al-azhar, Le caire, 1972; E. Abdelnasser, Etude sur la polygamie, ses aspects sociaux, religieux et juridiques, Le Caire, 1968.

(71) Cf. Y.L de Bellefonds, op. cit., T. 2, p. 91.

(72) De même, le jugement du tribunal d'Alger du 25 mars 1891 fut allé dans ce sens: "est reconnu comme valable par le droit musulman l'engagement formel pris par le mari de passer toutes ses nuits chez sa femme et de ne pas épouser une autre, sous peine de donner à sa femme le droit de se répudier elle-même". Cf. R.A.S.J.E.P., 1891, n° 2, p. 395.

(73) La même solution est adoptée par le droit marocain (art. 38 de la moud.).

(74) Cf. A. Colomer, Le code de statut personnel marocain, R.A.S.J.E.P., 1961, p. 61.

(75) Ainsi donc, "ce n'est plus la voie facile de l'emprunt ou de l'imitation. C'est la

- (41) En réalité, le code syrien prête à la critique dans le fait qu'il a assujetti la polygamie à une condition purement matérielle sans pour autant prendre en considération les motifs rendant nécessaire l'exercice de cette institution: la condition pécuniaire ne restreint la polygamie que pour les pauvres, elle est, en l'occurrence, l'apanage des riches. "L'homme fortuné, disait Chehata, continue à jouir de son droit". Ch. Chehata, op. cit., p. 64.
- (42) Il faut remarquer que la décision de ce conseil, en cas de rejet, est susceptible d'appel devant, selon la région, le "collecter" ou le "sub-divisionnal officier". Cf. J. Roussier, L'ordonnance du 2 mars 1961 sur le droit de la famille au Pakistan, R.I.D.C., 1961, n° 4, p. 802.
- (43) Cf. Art. 14 de la loi iranienne de la protection de la famille de 1967. V. B. Arfania, Le statut personnel de la femme iranienne, th. Paris 1971, p. 51.
- (44) Cf. Ibrahim Sada, Le lien conjugal et sa disposition en droit afghan comparé, th. Paris 1977, p. 111. Le code somalien de 1975 est allé à peu près dans ce sens (art. 13).
- (45) Cf. Ch. Chehata, op. cit., p. 64; A. Moulay Rachid, La condition juridique de la femme au Maroc, th. Rabat, 1981, p. 353.
- (46) Cela est vrai particulièrement pour violation du contrat de mariage dans lequel figure la clause de monogamie (art. 31 al. 3 de la Moudawana et art. 6 de la loi égypt. de 1979). Même à défaut de cette clause, la femme peut demander le divorce dans le délai de 2 mois du jour de sa connaissance de la polygamie (art. 6 loi égypt.).
- (47) Sur cette question, V. particulièrement, Allal al Fassi, Les desseins de la loi islamique et ses actions nobles, Casablanca, p. 221.
- (48) Cf. Coran, S. "El-ghoufrane", vers. 40.
- (49) Cf. Coran, S. "El-zilzal", vers. 6, 7 et 8.
- (50) Cf. M. Albin, L'évolution de l'humanité, Paris, 1957, p. 219; R. Santucci, Le regard de l'Islam, édit. 1984, p. 175.
- (51) Cf. M. Arkoun, Pratiques et garanties des droits de l'homme dans le monde islamique, in Islam et droits de l'homme, rec. de textes présentés par E. Hirsch, 1984, p. 125.
- (52) Toutefois, il faut bien remarquer que tout ceci ne veut pas dire que cette doctrine est négligeable, qu'elle n'est pas sérieuse dans sa position, mais tout simplement qu'elle se heurte à la réalité lorsqu'elle est arrivée à l'application; la voie est jalonnée de contrariétés que l'esprit d'injustice, faute de croyant fervent, oppose à la méthode qu'elle estime adéquate pour le maintien des principes islamiques.
- (53) Car, on ne doit y avoir recours qu'en cas d'échec de toutes les autres méthodes possibles.
- (54) Ce qui revient à dire que cette thèse est mal fondée pour les raisons suivantes: 1 - Parler de la polygamie islamique et les droits qui s'en inspirent, reviendrait fondamentalement à concevoir cette institution dans son contexte islamique comme une pièce d'un tout indivisible dont chaque partie s'explique logiquement par les autres.
- (55) Cf. Y. L. de Bellefonds, Droit musulman comparé, T. 2, n° 725, p. 137.
- (56) Sur le caractère exceptionnel de cette institution, cons. particulièrement,

Hichem, La conduite du prophète, édit. Dar el fikr, T. 3, p. 342; Ibn Qudama, El-Moughni, 3^e éd., t. 7, p. 540.

(30) Cf. M. El-Ghazali, Vivification des sciences de la foi, trad. fr. G.H. Bousquet et L. Bercher, pp. 138 et s.

(31) Cf. M. Chakir, Extrait des commentaires de Oumat al tafsir, chpt. 1376.

(32) Cf. Sayed Qotb. El zilala El-qura'ne, 7^{ème} éd., Beyrouth, 1978, p. 582; V. également, parmi les auteurs contemporains soutenant cette thèse, A.A. Tabara, Rouh Eddine El-islami, éd. Beyrouth, p. 375; Rachid Réda, Tafsir el-Manar, T. 4, p. 344.

(33) En matière de cette interprétation, les commentateurs du Coran ne sont pas d'accord à propos de la cause de la révélation du verset mentionnant la polygamie. Cela dit, au dire d'Aïcha, femme du Prophète, "ce verset nous est parvenu à propos d'une orpheline que son tuteur voulait épouser pour jouir de ses biens et de sa beauté, et cela sans respecter sa dot. Pour faire peur à cet homme et l'inciter à être équitable et à épouser d'autres femmes jusqu'au nombre de quatre, le Coran en a décidé ainsi". A l'inverse, d'autres commentateurs prétendent que ce verset concerne un homme qui est tombé en faillite, et qui s'est trouvé marié avec dix femmes. Cf. El-Boukhari, Sahih, V. 3, p. 123; Attabari, Djami el bayane, édit. Dar El-maarif, Le Caire, T. 3, pp. 531-533; Annassafi, Sounane, édit. Halabi, Le Caire, 1964, T. 4, p. 95.

(34) Cf. S. A. Al-Assiouty, op. cit., in A.A.N., 1979, pp. 36 et s.; Kacem Amin, L'émancipation de la femme égyptienne, p. 1895; A. Al-khouli, Al-Mar'a, p. 61; M.H. Nassef, Rapport présenté au 1^{er} congrès égyptien réuni le 4/4/1911, p. 113.

(35) Cf. Al-Bahi Al-khouli, p. 61.

(36) Cf. S.A. AL-Assiouty, op. cit., A.A.N., 1979, p. 36 et s.; A. Fahmi Pacha, la polygamie, in Rev. El-moujtama' el djadid, juin 1948, p. 73.

(37) En réalité, en Turquie, avec Atatürk tout a changé. Ainsi en est-il du droit musulman qui gouvernait la famille, droit qui s'est fait remplacer par des lois laïques. Ceci dit, le code civil suisse vient de trouver application dans une société où les conditions économiques, morales et religieuses sont très différentes de celles de la société suisse. Contrairement au droit musulman, la polygamie est interdite en vertu de l'article 92 G.G.Gf. Z. Fahri, Essai sur la transformation du code familial en Turquie, th. Paris, 1936, p. 19 et s.; S. Dirks, la famille musulmane turque, son évolution au XX^{ème} siècle, Maison des sciences de l'homme, recherches méditerranéennes, documents IV, 1969, p. 15; H.N. Kubali, Modernisation et laïcisation comme facteurs déterminants de la réception en Turquie, in Bull. Int. des Sces. Soc., 1957, p. 68.

(38) Cf. M. Abdou, Tafsir Al-manar, T. 4, p. 364; S. Doria-Ragaï, La femme et le droit religieux de l'Egypte contemporaine, 1940, p. 98.

(39) Cf. M. Abdou, Tafsir Al-manar, T. 4, p. 365.

(40) Notons, au passage, que ce code a subordonné dans son article 3 l'octroi de l'autorisation du tribunal, à une double condition: il faut que le mari soit capable de subvenir à l'entretien de plus d'une seule femme; et qu'il n'y ait aucune injustice à craindre envers les épouses. Le législateur rend le bigame passible d'une peine de prison allant jusqu'à un an ou d'une peine pécuniaire s'élevant jusqu'à 100 dinars ou des deux peines à la fois (art. 316 du code pénal).

chacun cherche à trouver son compte". Cf. M. Manceaux, Les nouveaux adeptes du couple à trois, in Rev. Marie Claire, mars 1985, pp. 115 et s.

(19) C'est à ce niveau qu'il convient de mentionner le rôle de l'adoption et souligner le risque d'un mariage incestueux entre ces enfants d'un même homme.

(20) Cf. Le Saint Coran, S. XXX "Al-Roum", verset 20.

(21) Selon un sondage pratiqué par l'I.N.S.E.E., le nombre des couples vivant en concubinage a presque doublé en sept ans en France; celui-ci est passé de 445000 en 1975 à 800000 en 1982. De même, on comptait 860000 divorcés non remariés de moins de 50 ans en 1982 contre 480000 en 1975. Au total, le nombre des célibataires de la tranche d'âge 20-34 ans est passé de 4.300.000 en 1975 à 5.300.000 en 1982. L'union libre concerne beaucoup de très jeunes gens. Cette institution est surtout un phénomène urbain, par exemple, 30% des couples cohabitent à Paris ne sont pas mariés. Cf. Le quotidien Ouest-France, du 11 juillet 1984, p. 6.; E. de la Grango, La crise de la famille, le législateur et le juge, études dédiées à A. Weill, Dalloz, Paris, 1983, p. 354.; J. Rubellin-Devichi, Les concubinages, approche socio-juridique, édit. C.N.R.S., Paris, 1986.

(22) "Il n'est pas interdit, observe M. de Bellefonds, de se demander s'il n'est pas souhaitable de voir conserver cette forme modeste de la polygamie, grâce à laquelle de nombreuses répudiations sont évitées. En effet, plutôt que de répudier, pour en épouser une autre, leur femme stérile, malade ou trop âgée, certains musulmans, dont les convictions religieuses sont très strictes, préfèrent, au système des épouses successives, la solution infiniment plus coûteuse et plus difficile d'une deuxième épouse à côté de la première" Cf. L. de Bellefonds, La conception nouvelle de la famille musulmane dans les récentes réformes législatives en matière de mariage, divorce et succession", in VIIème congrès international de droit comparé, UPPSALA, 1966, pp. 33 et s.

(23) "L'époux, écrit M. Imam Abdou, sera tiraillé entre plusieurs femmes, chacune croyant s'attirer ses faveurs en médiant l'autre". Cf. Imam M. Abdou, cité par Rachid Rédha, Histoire de l'Imam Abdou, T. 3, p. 113, art. 12-16 intitulé la règle religieuse sur la pluralité des épouses, 2ème édit., le Caire, 1334 (de l'hé.).

(24) Ils se font souvent, dans ces conditions, les défenseurs acharnés de leur mère, conséquence logique des relations qui les unissent à elle et de l'éducation maternelle. Car, comme l'observe G. Menie, "il peut être trompeur de parler d'une culture de jeune, séparée de l'influence parentale" Cf. G. Ménie, Telle que je suis, édit. Laffont, 1976, p. 36.

(25) Cf. articles 9 et 14 de la loi du 9 juin 1984.

(26) Cf. article 37 du code de la famille.

(27) Cf. M. Chakir, connu par son édition du Grand tafsir de Tabari (cité par Berger-Vachon, op. cit., p. 284.).

(28) Les partisans de ce courant sont fort nombreux, citons parmi eux, Essayouti et El-Mahali, Tafssir El-djalatine, Beyrouth, pp. 130 et s.; Al-Tabarsi, Majm'a El bayan, T. V., p. 237; Attoussi, Attibyane, p. 248; Y. Kardaoui, Le permis et l'interdit en Islam, édit. 2ème, 1977, p. 158; I. Z. Badaoui, in Rev. La nouvelle société, mars 1948, p. 91.

(29) Cf. Ismaïl Haqi El-Barossoui, Tafsir rouh el-bayane, V. 2, p. 279; A. Ibn

pour procurer des enfants. Mais à défaut de toute fécondité, il était permis au mari de prendre une seconde épouse du second rang. Cf. G. Contenaux, *La civilisation d'Assur et de Babylone*, édit. Payot, Paris, 1951, p. 15.

(5) De même, à l'instar de cette civilisation, et que l'histoire du mariage occidental ait été couronnée par le triomphe de la monogamie, l'occident du 5ème siècle lui même n'avait pas échappé à la coutume polygamique. La célèbre décrétale de 726 du Pape Grégoire II disposait clairement à cet égard "quand un homme a une épouse infirme, incapable d'assumer des fonctions conjugales, il peut en prendre une seconde, pourvu qu'il ait soin de la première". En défendant cette décrétale, Voltaire écrivait "qu'il est des cas où l'intérêt des familles et même l'intérêt de l'Etat demande qu'on épouse une seconde femme du vivant de la première, quand cette dernière ne peut donner un héritier nécessaire". Cf. Voltaire, cité par P. Masson, p. 36.

Il convient d'ajouter, dans la même lignée, qu'à une époque non lointaine, en France, une pétition fut adressée en 1848 à l'Assemblée Constituante en faveur de l'établissement de l'union polygamique. Cf. *Le moniteur du dimanche* du 2 juillet 1848, p. 1342; 3ème col.

Aujourd'hui encore, une secte chrétienne s'exprime en faveur de cette forme de mariage. En effet, la secte des mormons, encore appelée "Eglise du Jésus-Christ des saints du dernier jour", permet le mariage d'un homme avec plusieurs femmes. Cf. J.H. Hasard, *L'Etat et les affaires de conscience religieuse*, in *Etudes off.* à R. Rodière, 1981, p. 104.

(6) Cf. S.A. Al-Assiouty, *Le Coran et le fiqh en Libye*, in A.A.N., 1979, p. 34.

(7) Cf. P. Métais, *Mariage et équilibre social dans les sociétés primitives*, Paris, 1956, p. 50.

(8) Cf. L. Milliot, *La femme musulmane au Maghreb*, édit. 1923, p. 37.

(9) Cf. El-Mahmassani, *Les dispositions législatives dans les pays arabes*, Beyrouth, 1957, p. 389, Jawad, *L'histoire*, V. 5, p. 276.

(10) Cf. P. Métais, op. cit., p. 50.

(11) Notons, au passage, que prétendre, comme Montesquieu (*Esprit des lois*, ch. XVI, 2, Genève, 1750), que la polygamie dans cette Arabie est rattachée à l'influence du climat chaud nous paraît insoutenable, pour la simple raison que nous avons pu relever auparavant que cette institution était établie partout, et ceci sous tous les climats, qu'ils soient ardents ou boréales.

(12) Cf. Ch. Souriau, *La société féminine en Libye*, in R.O.M.M., 1969, n° 61, pp. 127 et s.

(13) Cf. M.A. Okasha, op. cit., th, paris X, 1981, p. 14.

(14) Cf. C. de Perceval, *Essai sur l'histoire des arabes*, édit. Paris, 1847, p. 351.

(15) Cf. Portalis, cité par Baudry de la Cantinerie, *Droit civil*, T. I, n° 440.

(16) Cf. G. Le Bon, *Civilisation des arabes*, édit. paris, 1884, p. 422.

(17) Cf. M. Nordau, *Des mensonges conventionnels de notre civilisation*, trad. fr. A. Dietrich, 1886, pp. 37 et s.

(18) De même, en parlant de cette polygamie de fait, Mme Manceaux a écrit que "ce n'est plus une tare ni un vice, ni un sujet de vauville, mais un arrangement où

semé la désillusion, répandu, les fléaux sociaux et la décadence morale. De sorte que la polygamie de fait, à l'instar de la polyandrie, comme à prendre de l'ampleur au nom de l'égalité de sexe(117).

Cependant, faudrait-il aller plus loin et ériger les effets de ses relations en règle juridique? C'est en tous cas ce qu'a fait le législateur de 1992, en matière de filiation, lorsqu'il a permis le changement de nom d'un enfant mineur(118); la réalité, dit-on, l'a imposé. En fait, même si le législateur a essayé, dans le décret exécutif n° 92-24 du 13 janvier 1992, de remédier à ce problème, il n'en reste pas moins qu'à des degrés divers, les enfants issus de relations illicites suscitent toujours de nombreuses difficultés. D'où prétendre que telle solution à maintenir ou à établir est imposée par les faits, c'est, il faut le souligner, la mettre, sans contrôle, à l'abri de la critique(119).

c'est pourquoi, il faut recuser l'image simpliste d'un droit qui se formerait par reculades, par décrochements successifs(120). Car, il est trop évident que ces algériens dits "évolués" se détournent ouvertement des dispositions islamiques auxquelles ils ne se réfèrent malheureusement que pour les interpréter et les utiliser à leur profit. C'est dire que ces hommes dits "évolués" préfèrent sacrifier au mode de vie et de pensée occidental et en viennent finalement à perdre le sens de la morale et la signification profonde de la vie sociale et familiale, ainsi que le rôle fondamentale de la polygamie, mais de droit.

Notes:

(1) Cf. M. Ch. Salah-Bey, Droit de la famille et problèmes idéologiques, R.A.S.J.E.P., 1974, n° 3, P. 97 et s.; M. Borrmans, Perspectives algériennes en matière de droit familial, Stu. Isla. Fasc. 37, p. 146 et s.; H. Sanson, Laïcité islamique en Algérie, édit. C.N.R.S., Paris, 1984, p. 74 et p. 113.

(2) Cf. G. Saleilles, De la personnalité juridique, édit. Rousseau, Paris, 1910, p. 84.

(3) Cf. Article 8 du code de la famille.

(4) A Babylone, si la première épouse était déclarée stérile, la polygamie était vue d'un oeil favorable. La femme stérile avait la possibilité d'offrir sa servante à son mari

organes, serait en mesure de surveiller la polygamie et de ne l'autoriser que dans les cas les plus urgents: maladie et stérilité de l'épouse. Et à défaut de telles circonstances lorsque la personne habilitée (notaire, agent public) met son veto à la polygamie, il ne fait en somme qu'interpréter les textes du code de la famille.

Or, toute violation de ces règles doit permettre au ministère public, dans sa fonction de protecteur de l'ordre social, d'invoquer la nullité du mariage du bigame. En réalité, cette intervention de l'appareil judiciaire n'est pas contraire à l'esprit du Coran qui attaque par tous les moyens y compris le rejet de la "polygamie perturbatrice", le désordre social et la décadence morale. Ce système est d'autant plus nécessaire que dans un pays, comme le notre, il n'y est pas interdit d'en contrôler l'usage abusif, ce qui concorde très bien avec le fait qu'en Algérie la polygamie est en voie de régression.

Cette façon de voir est certes conforme à la lettre du régime polygamique algérien. Son adoption ne porte donc, après tout, aucun préjudice au droit musulman ou à ses principes. Si préjudice il y a, ce serait plutôt lorsqu'on s'efforcerait basement d'invoquer l'application de ce droit, au désavantage des enseignements idéaux de la religion musulmane elle-même, en l'occurrence la droiture et le respect des droits ou encore quand on placerait la religion, par détour, au service des intérêts personnels.

Querelle de générations! dira-t-on. Car, il est trop évident qu'aujourd'hui les valeurs éminement et supérieurement spirituelles de la loi islamique cèdent sous la pression des appétits et des préoccupations charnels. M. Bouhdiba décrit la décadence des mœurs ainsi que sa profondeur, dans les termes suivants: "pour l'orientale tout comme la maghrébine, c'est d'abord jouir, et pleinement. Minijupes, aventures extra-conjugales - ceci est valable pour l'homme aussi -, romances pures ne sont que mise en scène"(116).

Ainsi donc, il est permis de soutenir que l'impulsion occidentale en a

Il existe de même la tradition rapportée par Ibn Omar en vertu de laquelle le Prophète a ordonné à Ibn Sulama de se séparer de ses femmes dépassant le nombre maximum prévu par le Coran(112). Aussi cette limitation jusqu'à quatre femmes est étayée par l'histoire d'un autre compagnon du Prophète, Nawfal Adaylani, qui avait eu cinq femmes avant l'Islam et qui a dû les ramener à quatre après l'Islam, sur l'ordre du Prophète(113).

De ce qui précède, il résulte clairement que le droit musulman limite à quatre le nombre de femmes qu'un musulman pourrait avoir simultanément. Dès lors, il convient de souligner, par ailleurs, que, pour ce qui est de la violation de la tétragamie en tant que cause de nullité, les dispositions édictées par les codes de source islamique sont quasiment identiques(114).

Parmi ces codes, figure le code algérien de la famille qui proclame dans son article 8 que "il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la chari'a". Ainsi, malgré que ce code ne s'est pas borné uniquement sur l'opinion malékite(115), il a toujours été admis que ce texte vise essentiellement la tétragamie. Cela dit, la loi algérienne refuse de retenir comme valable le mariage avec une cinquième femme tant que le mari en a déjà quatre, tant aucune n'est divorcée. Car la femme est, en vertu de l'article 30 al. 4 de ce code, interdite si elle vient en sus du nombre permis.

Ainsi, aux termes de l'article 32 du code algérien de la famille, le mariage est déclaré nul s'il comporte un empêchement. Et, pour une raison d'ordre public, l'article 34 de ce code précise que tout mariage contracté avec l'une des femmes prohibées temporairement ou définitivement est déclaré nul avant et après sa consommation...

CONCLUSION

Il apparaît, au terme de cette étude, que l'Etat seul, par ses différents

dissimulé l'union projetée à la première épouse et l'existence d'un premier mariage non dissout à la deuxième. Nous estimons que, juridiquement parlant, la croyance erronée - de la seconde épouse - que son futur époux n'est pas lié dans une précédente union, n'est autre que l'erreur sur la personne civile: cause pour laquelle le mariage serait annulable. Ce résultat est dans l'intérêt de la seconde femme qui a contracté avec la bigame en ignorant le premier mariage(107).

Cette solution paraît d'autant plus logique que la plupart des législations contemporaines considèrent l'erreur sur la personne civile du conjoint comme une cause de nullité relative du mariage. Mieux encore, citons, à titre d'exemple, qu'aux termes de l'article 1333 du code civil allemand, il suffit que l'erreur ait porté sur des qualités d'une telle nature que si le conjoint avait connu la vérité il n'aurait pas consenti au mariage(108). L'article 180 du code civil français va également dans ce sens.

Quelle que soient, enfin, la solution qui prévaudra en jurisprudence algérienne, nous estimons, et c'est la technique juridique qui l'approuve, que la dissimulation de certains faits graves par l'un des époux à l'autre ne constitue point une cause de divorce; cette dissimulation étant antérieure au mariage entre naturellement dans le cadre des causes de nullité du mariage(109).

b) - La nullité du mariage pour violation de la tétragamie

En droit musulman, les textes coraniques étaient ambigus et il a fallu que la Sunna et la doctrine consacrent de longs développements sur le nombre de femmes qu'un musulman peut avoir légalement(110).

Partant, Ibn Djouzy le malékite nous enseigne qu'il est interdit à l'homme libre d'épouser plus de quatre femmes d'après la majorité des auteurs. Au cas où le tétragame répudie ses femmes de manière irrévocable, il peut en épouser une cinquième, ce qu'il ne peut pas faire lorsqu'il les a répudiées d'une façon révocable(111).

D'une manière générale, il faut avouer que l'idée selon laquelle on a reconnu, en cas de bigamie, à la femme le droit de dissoudre le mariage, vise en premier chef à la protéger contre le mauvais traitement du mari. Il convient dès lors de soutenir que cette considération reste capitale en cette matière et toute suggestion contre elle doit être rendue à néant.

Sur le plan législatif, le code algérien de la famille a prévu cette considération dans son article 8 qui dispose que "l'une et l'autre (les précédents et future épouses) peuvent intenter une action judiciaire contre le conjoint en cas de dol ou demander le divorce en cas d'absence de consentement".

Ainsi, constatons qu'en droit algérien, ce texte a mis les coépouses sur un pied d'égalité, puisqu'il a admis le droit de dissolution du mariage non seulement à la première épouse mais également à la seconde. A cet effet, il est d'une grande importance "car, observe Mme. Denouni, on a souvent tendance à nous appitoyer sur le sort de la première femme, alors que la seconde - généralement traitée de coupable - peut souvent être victime d'une méprise"(105).

Il faut noter cependant que, pour ce qui est de cette sanction, il est absurde de considérer automatiquement, et dans tous les cas, comme nul le mariage bigamique. La réponse, il faut le préciser, ne peut être globale dans cette hypothèse, il importe en effet de distinguer suivant que les femmes sont au courant de cette bigamie ou non.

Dans la première hypothèse, il n'y aurait aucune difficulté, ces deux femmes ayant accepté ce type de mariage. Mais si la première femme est hostile à cette union, le législateur lui permet de demander le divorce (art. 53 al. 6 du C.A.F.)(106).

Cette façon de voir est donc conforme à l'esprit et à la lettre du droit algérien de la famille. Cependant le problème surgit si le mari a

contraire, qu'une conséquence parmi d'autres de la promiscuité dans laquelle baignent, le plus souvent, parents et enfants et qui est sans aucun doute le facteur d'initiation le plus déplorable. Couchant dans la même chambre unique de l'habitation, les enfants décèlent bien vite les secrets des rapports sexuels des parents(104).

Face à cette situation, comment pouvons-nous éviter certains fléaux sociaux, tels que, en particulier, l'obsession et l'oppression sexuelles! Dans ces conditions, la pratique de la polygamie n'est, croyons-nous, qu'un moyen perturbateur pour désorienter la parfaite éducation donnée normalement aux enfants.

Ainsi, peut-on soutenir, en synthèse, que le problème de la polygamie, mis ci-dessus en lumière, est grave de conséquences; car il n'est pas seulement d'ordre théorique ou doctrinal, il affecte encore les intérêts des enfants, et peut leur porter préjudice et les traumatiser durant toute leur vie. Cherchez à faire disparaître ou du moins à réduire ses effets, n'est autre qu'essayer de limiter la polygamie en cas de nécessité. Cette limitation concerne également, en droit algérien, le nombre de femme qu'un individu peut épouser. De toute façon, la violation de ces différentes conditions peut parfois engendrer purement et simplement la dissolution du mariage.

C - Les modes de dissolution du mariage

Il convient de déterminer dans quels cas le mariage peut être dissout du fait de l'inobservation des conditions de la polygamie; il s'agit dès lors de distinguer entre les cas où la femme concernée peut demander, selon le cas, le divorce ou la nullité du mariage (a) et la nullité pour violation de la tétragamie (b).

a) - Le droit de la femme au "démariage"

mariée, doit quitter ses parents pour aller vivre avec son mari. Le changement de domicile est si bien ancré dans les moeurs algériennes que d'importantes cérémonies rituelles sont prévues pour accompagner la femme jusqu'au domicile de son mari.

Cependant, pour éviter certains méfaits d'ordre particulièrement social, la loi algérienne exige, en cas de polygamie, que chacune des épouses d'un polygame doit avoir droit à un logement indépendant et égal à l'autre. La Cour d'Appel de Tlemcen, dans son arrêt du 16 mars 1967, n'a pas hésité à confirmer l'application de ce principe de source islamique; "En cas de polygamie, dit la Cour, chaque épouse a le droit à un logement distinct"(99). De même, plus récemment, faisant application de cette obligation impérative de séparation de logement, le tribunal de Lakhdaria, dans son jugement en date du 25 novembre 1980, a décidé que "si le mari a plusieurs femmes, il doit nécessairement à chacune d'elles un logement distinct; qu'on l'espece l'épouse ne consentant pas à habiter dans la même maison que la co-épouse, le mari doit lui aménager un logement séparé"(100).

Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'avec la croissance non maîtrisée de la population(101) et l'ampleur des flux migratoires qui se sont orientés vers les grandes villes, l'Algérie connaît acutellement une pénurie générale de logement(102). Sans entrer dans les détails, on peut constater que la population urbaine vit, en moyenne, à 3,20 en fait par pièce, alors que selon la norme internationale, le taux du surpeuplement est acceptable lorsqu'il est inférieur à 2 et il est critique entre: 2,1 et 3,1.(103).

Compte tenu de cette statistique, il est logiquement permis de soutenir que, en Algérie, le surpeuplement des logements est critique et que, par conséquent, plus de la moitié des habitants est mal logée. Ce qui revient à dire que ce surpeuplement au sein de la même famille ne va réellement guère faciliter la pratique de la polygamie. Il n'est, au

pouvoir et à la portée de l'homme de l'observer. En revanche, même si le mari a une grande qualité de coeur et d'âme pour prétendre aimer avec la même ardeur plusieurs épouses à la fois, nous ne pensons pas que le polygame y parvienne. Et, aussi cette impossibilité résulte expressément d'un verset coranique dont les dispositions ne sont en quelque sorte qu'une mise en garde à l'égard des conjoints: "Vous ne pourrez pas avoir le même amour pour chacune de vos femmes même si vous le désirez ardemment"(93). Ce qui signifie que l'amour entre l'homme et la femme est monogame, exclusif et fidèle. "Je peux certes, observe M. Vilar, me laisser aimer par deux partenaires, mais je ne peux en aimer qu'un"(94).

En pratique, nous croyons qu'à l'égard de cette justice financière(95), seule de nos jours les bigames riches et puissants pourront fournir la contre-prestation que cette forme de mariage implique(96). Dans ces conditions, la polygamie ne va être qu'un simple privilège des riches comme elle l'était autrefois. Mais, pour éviter tout pouvoir arbitraire en cette matière, il est plus aisé au législateur algérien de fixer un revenu minimum révisable au delà duquel il serait permis de prendre une seconde épouse. Il semble qu'une pareille fixation ne soit pas du tout contraire au principe constitutionnel selon lequel tout citoyen doit être traité également(97).

Enfin, dans un but aussi de justice, le mari doit s'astreindre à répartir d'une manière stricte son temps entre ses épouses. Il doit effectivement établir un roulement et consacrer un nombre égal de nuits à chacune d'elles, sous peine d'injurier gravement celle qu'il néglige. C'est dans ce sens que les tribunaux, depuis fort longtemps, n'ont pas hésité à estimer que "la violation de ces conditions constitue une injure grave à l'encontre de l'épouse que le mari a volontairement négligée"(98).

b) - La polygamie face à la crise du logement

En Algérie, il est traditionnellement admis que la femme, une fois

technique de l'insémination artificielle que nous jugeons préférable à une polygamie, dans la mesure où l'enfant est à cent pour cent du couple(91).

De toute manière, dans le domaine qui nous intéresse particulièrement, la stérilité de la femme ou plus généralement l'existence d'un motif légal ne peut en aucune manière conditionner à lui seul la validité de l'union polygamique. Il faut encore que les conditions d'équité soient réunies en cette matière.

II - LE PRINCIPE D'EQUITE

En cette matière, la loi algérienne de 1984 en tant que document législatif contemporain produit, à notre sens, le même principe fondamental déjà admis par la majorité des auteurs musulmans. A cet effet, la polygamie ne peut être autorisée que si l'intention et les conditions d'équité sont réunies (a), et que si le polygame est en mesure d'assurer l'indépendance et l'égalité des logements de toutes les épouses (b).

a) - Les conditions d'équité

D'une manière générale, le législateur algérien, véhiculé par les principes islamiques, exige, à la différence de certaines coutumes africaines(92), que le polygame soit tenu d'entretenir ses femmes avec une égalité absolue et selon sa situation financière. Partant il est formellement interdit de favoriser l'une des femmes au détriment de l'autre à un tel point que cette faveur risque de provoquer la haine et la jalousie des autres.

Cela dit, le polygame n'est donc pas tenu de l'égalité sentimentale mais purement matérielle. La raison est que cette justice d'ordre matérielle est une chose possible et il est, logiquement parlant, dans le

fécondation artificielle reconnus par la chari'a?

Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord de préciser que rien dans l'ensemble des commentaires contenus dans les ouvrages des jurisconsultes musulmans ne fournit d'indication sur ces moyens de fécondité, et que ce n'est qu'autour d'un séminaire qui a eu lieu en Arabie Séoudite en 1985(86) que les théologiens et les juristes ont précisé quelles sont, parmi les différentes méthodes de fécondation, celles qui sont licites et celles qui ne le sont pas (87).

Cette recontre scientifique déclare expressément que l'hétéro-insémination est formellement interdite par la chari'a, peut importe d'ailleurs la semence du tiers, qu'il s'agisse d'un ovule, du sperme ou d'un embryon. Ce qui revient à dire que le droit musulman n'admet point la fécondation extra-conjugale(88).

En revanche, l'autre procédé qui est l'auto-insémination est, en vertu de ce consensus général, conforme aux prescriptions islamiques, cela dit, lorsqu'une quantité de sperme du mari est récoltée par le coït interrompu "azl", ensuite injectée dans l'utérus à l'aide d'une seringue, cela reste un moyen efficace qui peut apporter une réponse à la demande du couple malheureux(89). De même, en dehors de cette insémination proprement dite, la fécondation extra-conjugale, ou bébé-éprouvette est considérée aux yeux des théologiens comme un procédé légal, mais à la condition que l'enfant soit issu d'un couple légitime(90).

De ces différentes constatations, il résulte que le moyen est accepté tant qu'il met en jeu les gamètes du couple formé légalement et uniquement lui. Mais, malgré cette observation, nous pensons que, pratiquement, c'est parmi les gens évolués que de pareilles solutions peuvent être facilement acceptées, car les préjugés sont toujours plus forts parmi les incultes. Et, pour finir, disons que si on a à choisir entre la polygamie et l'auto-fécondation, nous croyons, compte tenu de la demande et des progrès de la biologie, qu'il est efficace de valoriser la

l'application de la polygamie. Elle s'est bornée en effet à limiter les méfaits de la polygamie en imposant certaines conditions ou motifs mais sans les déterminer.

En dépit de ce silence, l'esprit de la loi n'est pas, en tout cas, douteux. Il s'ensuit que ce vide juridique est comblé par la circulaire du ministère de la justice n° 84-102 du 23 septembre 1984. Il ressort en effet de l'examen des dispositions de cette circulaire qu'il ne suffit pas de prévoir des motifs insignifiants pour justifier la polygamie. Car, en dehors de certains cas spécifiques, ce ne serait que par un abus d'interprétation qu'on pourrait faire entre cette institution dans les choses permises.

Partant, ce texte limite les motifs validant la polygamie à un domaine strictement médical. Ainsi en est-il pour les cas de maladie chronique et inguérissable de l'épouse ou de sa stérilité qui doit être confirmée par expertise médicale. Ce qui signifie que seule la nécessité sociale valide ce second mariage, la protection de certaines femmes étant assurée. Car, celles-ci doivent choisir en présence de cette nécessité entre deux solutions: ou bien pousser leur mari à demander le divorce, au bien le garder en l'autorisant à se remarier avec une seconde femme. Dans cette hypothèse, la bigamie, croyons-nous, est une solution préférable à la dispersion de toute une famille.

Mais, si parmi ces motifs, la maladie incurable est toujours admise, il en est autrement pour ce qui est de la stérilité de la femme, du fait que le recours à la fécondation artificielle peut pratiquement invalider ce motif. Dans notre hypothèse, le recours à la fécondation artificielle implique donc, nécessairement la stérilité de la femme. Sur le plan médical, cette fécondation peut être une auto-fécondation lorsque la sperme utilisé est celui du mari ou une hétéro-fécondation lorsqu'il s'agit de la semence d'un tiers.

Partant de ces données, la question, d'ailleurs fondamentale, qui se pose dans ce contexte est de savoir quels sont les procédés de

juridique que morale et religieuse.

Cependant, à cette contrainte matrimoniale se rattache un problème intéressant et délicat, celui de savoir si la personne qui se trouve, à la fois, marié et fiancé, est concerné par ce choix? Ou, au contraire, la règle ne joue-t-elle pas à son égard?

Il nous semble que, sur le plan juridique, le droit d'option ne joue guère à son égard. Car, admettre dans cette hypothèse d'une façon absolue ce doit au "mari-fiancé", serait enfreindre sans équivoque la règle d'ordre public, celle de l'interdiction de l'adultère. Et, même en dehors de ce cas, la bigamie n'est valable que si ses autres conditions sont réunies, telles que, entre autres, les motifs justifiant son application et les conditions d'équité. D'où le contrôle a priori de la polygamie.

B - Le contrôle a priori de la polygamie

Le contrôle a priori, ne serait-ce que par le rôle qu'il joue dans l'étude présente, semble être la pierre angulaire de toute formation d'union polygamique. Ceci dit, le notaire, à l'instar de l'officier public, ne peut dresser un acte de remariage de l'époux que lorsque deux questions précises auront auparavant été examinées. Premièrement, il faudra qu'un motif suffisamment avancé trouve lieu(I). Deuxièmement, pour que la polygamie soit légale, il faudra que les conditions de l'intention d'équité soient réunies(II).

I - LES MOTIFS DE VALIDITE DE LA POLYGAMIE

La loi du 9 juin 1984, à l'instar de la plupart des lois d'inspiration islamique, n'est pas allée jusqu'au bout de son raisonnement, et ne déclare nulle part quels sont les motifs qui peuvent justifier

Au rebours de la théorie de Gratien du 12ème siècle(82), le droit musulman voit dans les fiançailles qu'une simple promesse de mariage même si cette promesse est suivie d'une consommation(83).

Le code algérien de la famille régit, de son côté, les fiançailles au début du premier chapitre. Là, il leur consacre deux articles, pour résoudre brièvement les diverses questions qui s'y rapportent.

Partant, selon l'article 5 de ce code, les fiançailles se forment par la promesse réciproque de mariage. Il s'agit donc d'un engagement mutuel intervenu entre deux personnes de sexe différent voulant se marier dans l'avenir l'une avec l'autre. Cependant, ce projet n'est pas le mariage, lequel doit réunir certaines conditions légales, mais un simple avant contrat dénué de tout caractère juridique obligatoire.

C'est pourquoi, il est impossible pour l'un des fiancés de demander à la justice de forcer l'autre au mariage sous prétexte que ce dernier avait déjà donné son consentement au moment de la formation des fiançailles(84). Il en résulte que la personne, qui est à la fois mariée et fiancée, ne se trouve aucunement dans un état de bigamie.

S'agissant de cette liberté matrimoniale, il existe cependant en droit algérien un cas particulier qui pourrait nous poser problème en cette matière, du fait qu'il se heurte complètement à la liberté de consentir au mariage. L'hypothèse est que l'auteur de l'absence de la virginité de sa fiancée doit, selon une jurisprudence constante, opter entre deux solutions distinctes: ou bien il consent au mariage avec la fiancée, même au prix d'un consentement arraché par crainte, ou bien il encourt certaines peines pénales et civiles.

En réalité, le fondement de cette jurisprudence(85) réside dans le fait que la période entre la promesse de mariage et le mariage lui-même est, dans l'intention du législateur, une période pour laisser simplement aux futurs époux pleine et entière liberté de mariage, pour leur permettre de mieux se connaître, et non pas pour violer certaines règles aussi bien

judiciaire contre le conjoint en cas de dol ou demander le divorce en cas d'absence de consentement".

Ce disant, nous pensons cependant que si les rédacteurs du code de la famille ont fait de la polygamie une cause de dissolution du mariage, il n'en reste pas moins juste que la demande de cette dissolution n'est recevable qu'à la condition que la demanderesse apporte la preuve de l'existence des mariages considérés.

Dans cet esprit, la bigamie réside dans la coexistence de deux liens matrimoniaux et, la recevabilité de la demande de dissolution du mariage est, par conséquent, soumise à la preuve de cette coexistence.

Aux termes de l'article 22 du code de la famille, "le mariage est prouvé par la délivrance d'un extrait du registre de l'état civil". De même, l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 portant code de l'état civil prévoit que la preuve du mariage ne peut être rapportée que par un acte de mariage dressé par l'officier de l'état civil ou le wali compétent, après la transcription, sur les registres de l'état civil, du mariage(79).

Cependant, l'exigence de la production de l'acte de mariage connaît une dérogation dans le code de la famille. Le même article 22 réserve en effet le cas du défaut d'inscription(80) dans lequel le mariage peut être prouvé par un jugement. La demanderesse doit apporter, dans cette hypothèse, la preuve de l'existence des éléments constitutifs du mariage conformément à la loi du 9 juin 1984, soumise à l'appréciation des juges, et non pas seulement à l'existence d'une possession d'état d'époux(81).

Mais il faut souligner, par ailleurs, que si l'existence d'un second mariage est constitutive d'une cause de dissolution du mariage pour bigamie, le problème peut également se poser pour les fiançailles: faudrait-il admettre que les fiançailles constitueront un contrat obligatoire? Plus concrètement, la personne étant à la fois mariée et fiancée se trouve-t-elle dans un état de bigamie?

certaines écoles islamiques ne soient pas automatiquement transposées en droit algérien de la famille. D'ailleurs, précisons-le, les nouvelles données législatives vont beaucoup plus loin que la simple mesure de prévention trouvant lieu dans ladite clause, laquelle suppose tout de même l'accord de l'autre partie.

Cela dit, parmi les conditions de la polygamie, le code de la famille de 1984 reconnaît d'une part, le droit aux épouses à être informées(A) et, d'autre part, il exige, pour que la polygamie soit valable dans son application, l'existence de certains motifs laissés à l'appréciation du juge(B). La violation de ces conditions justifie parfois la dissolution du lien matrimonial(C).

A - L'information préalable

En droit algérien, l'article 8 du code de la famille dispose, en matière de polygamie, qu'il "est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la chari'a..., après information préalable des précédente et future épouses...".

Il ressort de cet article que le législateur algérien n'autorise la personne habilitée à dresser l'acte de mariage qu'une fois la deuxième femme soit informée qu'elle va s'unir à un polygame d'un côté et, oblige à mettre la première épouse au courant de cette polygamie d'un autre côté. Ainsi, sur ce point, la solution algérienne paraît en opposition avec la conception extensive de la polygamie qui fait du mari, en cette matière, le maître incontestable. Ceci dit, la polygamie algérienne se caractérise nettement par le fait que, en l'absence de tout motif valable, l'accord de volontés des deux épouses est exigé pour que le mari puisse devenir bigame(78).

Par ailleurs, il faut noter que, s'agissant de la sanction de la violation de cette condition, le législateur algérien prévoit expressément dans l'article 8 in fine que "l'une et l'autre peuvent intenter une action

la réalité sociale et au but de respecter la volonté de l'épouse victime que la nullité du second mariage soit prononcée si elle est invoquée devant les différentes juridictions. D'ailleurs, il est possible de puiser dans la violation de la clause de monogamie une cause de nullité du second mariage. Il est vrai qu'il suffit d'observer que la loi conjugale oblige le mari à s'incliner devant cet engagement, particulièrement dans un contrat dangereux comme le mariage, et peut lui interdire de contracter un deuxième mariage. On peut soutenir même que les effets nés du premier mariage ne sauraient être effacés par la seule volonté du mari.

Or, admettre d'une façon absolue la solution inverse, serait faire de la clause de monogamie un procédé beaucoup moins efficaces de prévention de la polygamie, sa violation en donnant lieu en ce sens pour la femme qu'à un palliatif auquel elle hésitera d'ailleurs le plus souvent à recourir(75).

Pour conclure, il faut avouer, par ailleurs, que s'agissant du mari, la question ne présente que peu d'intérêt puisque ce dernier a toujours la faculté du divorce-répudiation(76). Ce pouvoir que le code de 1984 reconnaît au mari lui permet en effet, malgré à tout moment de la vie conjugale. Pour nous, en l'absence du croyant fervent, il est complètement imparfait, voire injuste, de continuer à reconnaître au mari cette prérogative exorbitante(77). Il faut, précisons-le, soumettre son application à certaines conditions comme s'est le cas de la polygamie.

§.II: LES CONDITIONS CONSTITUTIVES DE LA POLYGAMIE

L'enseignement tiré de l'adoption de la clause de monogamie porte au premier plan et comme point de départ, la nécessité de limiter le domaine de la polygamie, afin d'éviter que les solutions proposées par

Ainsi, pouvons-nous constater, l'influence de l'école hanbalite, du moins indirectement, dans l'intervention de la femme qui agit, en l'occurrence, afin de sauvegarder ses droits matrimoniaux, dans un domaine particulièrement pertinent que celui de la polygamie. Mais, face à cette position, la question cruciale est précisément de savoir si, à défaut par le mari de respecter la clause stipulée, la femme est en droit de demander la dissolution de son mariage. Les articles 8 et 53 du code de la famille donnent une réponse affirmative à cet égard(72).

Car, il est permis à l'épouse de demander le divorce conformément à ces articles pour tout préjudice légalement reconnu comme tel. C'est pourquoi la seule inexécution de cette clause octroie à la femme victime le droit de mettre fin à son mariage sans pour autant justifier qu'elle a subi un préjudice quelconque de cette violation(73).

Le législateur algérien a compris combien cette logique est décisive et convaincante en matière de conflits matrimoniaux. En empruntant cette voie, ce législateur a travaillé dans un esprit plus réaliste, du fait qu'il a obligé le juge à prendre en considération, le cas échéant, les principes généraux du droit musulman et non pas à se borner uniquement sur l'opinion malékite. Sans entrer dans les détails, on peut dire, avec raison, que les rédacteurs de 1984, comme l'a observé M. Golomer à propos du droit marocain, "n'ont pas caché leur intention d'emprunter, le cas échéant, aux différentes écoles, selon un procédé d'ailleurs parfaitement conforme à l'orthodoxie, et d'effectuer leur choix en fonction moins de la valeur intrinsèque des doctrines que de l'utilité sociale et de l'intérêt général"(74).

Mais, parallèlement à la recevabilité de l'action en dissolution du premier mariage, il est permis dans ce même ordre d'idées, de s'interroger sur la valeur juridique du second mariage. Au mieux accepte-t-on d'y voir une cause de nullité que la première épouse pourrait invoquer?

Il semble, croyons-nous, dans la logique des choses, plus conforme à

considère cette clause comme une clause de "protection", la doctrine hanbalite est complètement défavorable pour ce qui est de cette contrainte. A ses yeux, la femme victime pourrait seulement demander la dissolution de son mariage, la polygamie étant valable.

Par contre, les autres écoles musulmanes considèrent, unanimement, comme nulles les clauses qui ont pour objet de limiter les pouvoirs que la loi accorde au mari dans le mariage. Mais, en cette matière, si les hanafites(67), à l'instar des chaféites(68), voient comme nulle la clause par laquelle la femme exige que son mari n'épouse pas une autre femme; les malékites, quant à eux, tout en la jugeant non obligatoire, en déclarent l'exécution par le mari "mustahab" (recommandés). C'est à dire, pour ces derniers, l'obligation est valide mais non obligatoire pour le mari, puisque l'observation de cette clause dépend entièrement de la bonne volonté du mari(69), et, s'il y contrevenait, la femme n'aurait pas la faculté de demander la dissolution de son mariage(70).

B - La clause de monogamie en droit algérien

En droit algérien, la règle est que la femme peut insérer dans le contrat de son mariage une clause par laquelle elle impose à son mari l'obligation de demeurer monogame. Dans cet esprit, il faut remarquer que cette règle a particulièrement pour motif de pouvoir aboutir à la monogamie sans faire subir aux textes coraniques des convulsions et des altérations(71).

Ainsi le système algérien, de son côté, offre donc des éléments positifs, favorables à la stipulation de la clause dont il est question ici. L'article 19 du code de la famille proclame expressément que "les deux conjoints peuvent stipuler dans le contrat de mariage toute clause qu'ils jugent utile...". En cette matière, comme on le constate, la loi de 1984 ne confère pas un droit à la future épouse à proprement parler, elle l'invite simplement à en profiter si elle le désire.

monogamique à son mari. Dès lors, la femme constitue donc le facteur déterminant en cette matière, puisqu'elle peut refuser catégoriquement de consentir au mariage et jamais le futur mari s'abstient à accepter une pareille clause. Mieux encore, personne ne peut l'obliger, même pas son tuteur, à épouser cet abstentionniste: "il est interdit au wali, proclame l'article 13 du code de la famille, ... de contraindre au mariage la personne placée sous sa tutelle...". Le droit musulman consacre également cette règle de principe(65).

S'il semble, par ailleurs, que les écoles musulmanes considèrent, d'une manière générale, comme valables les clauses qui ne sont pas contraires à l'essence du mariage, la clause de monogamie, quant à elle, a donné naissance à de vives controverses doctrinales, chez les partisans de ces écoles (A), mais sans que le principe de sa validité pose autant de problème en droit positif algérien (B).

A - La clause de monogamie dans la doctrine musulmane

Pour commencer, il convient de préciser, avant tout, qu'il y a divergence sur cette question, particulièrement entre l'école hanbalite et les autres écoles islamiques.

Cela dit, le droit hanbalite pose, en matière des clauses adjointes, la règle selon laquelle la stipulation qui n'est pas en contradiction avec les règles de la chari'a devient elle-même obligatoire si elle est jointe à un acte valable(66).

Conformément à ce principe, il est possible à la femme, dit-il, d'insérer dans l'acte de mariage des clauses qui lui sont utiles, à la condition que celles-ci ne soient pas contraires à l'essence du mariage. A ce titre, elle peut stipuler, entre autres, l'engagement du mari de ne pas lui adjoindre de co-épouses.

une interrogation demeure cependant: en présence de cette clause, le mari est-il contraint de ne pas convoler en seconde noce? Bien qu'elle

mariés(62). Notons, dans ce contexte, que 98% de ces hommes sont des bigames(63).

En pratique, la bigamie domine donc largement la polygamie: elle est, territorialement parlant, beaucoup plus forte dans les campagnes que dans les villes et, partant, les catégories socio-professionnelles "les plus bigames" sont les agriculteurs, puis les travailleurs, les personnes inactives et les patrons.

Ces quelques statistiques que nous avons pu détectées jusqu'ici suffisent à nous montrer que la famille algérienne est en pleine période de mutation. De là, nous sommes directement amenés à envisager un autre problème qu'est celui de savoir comment le législateur algérien, devant cette mutation, a régi l'épineuse question de la polygamie dans son code de 1984. La réponse à cette question nous amènera dans ces conditions à examiner dans un premier point la conception particulièrement algérienne de la clause de monogamie (§. I) et, dans un second point les conditions constitutives de la polygamie (§. II).

§. 1ère: LA CLAUSE DE MONOGAMIE

Il est une règle absolue dans le système du droit matrimonial algérien que, puisque le mariage est un contrat entre deux personnes de sexe différent, l'accord des volontés de celles-ci est considéré comme une condition fondamentale à sa formation: il n'y a pas de mariage sans le consentement des futurs époux(64).

Par ce caractère consensuel du mariage certains auteurs ont reconnu à la femme le droit de soumettre son consentement à des clauses découlant légalement de l'acte de mariage. Elle peut inclure, disent-ils, dans cet acte, parmi ces clauses, celle que son mari restera monogame tant que subsiste le lien conjugal déjà noué.

Ainsi, cette théorie des clauses adjointes laisse, juridiquement parlant, à la femme le libre arbitre d'imposer ou non la forme

droit musulman(59). Cependant, il faut tout simplement, pour éviter certains problèmes d'ordre social, au lieu de considérer la polygamie comme elle était conçue hier et même actuellement dans certains pays musulmans, comme une situation intangible imposée par la religion et en vertu desquelles le magistrat ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, admettre d'une part, comme les versets coraniques sont pour leur part, beaucoup plus souples, que l'on puisse confier à la femme le pouvoir d'exiger à son mari de rester monogame au moment de la conclusion du mariage et, à défaut de cette clause, que l'on n'autorise, d'autre part, la polygamie que dans des cas bien spécifiques. D'où l'exclusion de la polygamie dans le seul but de plaisir(60). Jusqu'où cette restriction peut-elle aller en droit algérien?

SECTION II

LA RESTRICTION DE LA POLYGAMIE EN DROIT ALGERIEN

Il faut remarquer, contrairement à l'idée que l'on se fait généralement, que l'application de la polygamie en Algérie est actuellement beaucoup plus restreinte que celle admise, en général, dans la société archaïque. Cela dit, de la société traditionnelle à nos jours, la place de la polygamie a subi de sensibles mutations tant sur le plan social que juridique(61).

Partant, l'évolution des mœurs marque en effet une très nette régression de la polygamie. Car, sur le plan social, avec la généralisation de l'instruction de la femme et l'évolution des mentalités, rares sont les femmes qui acceptent de s'unir conjugalement à un homme déjà marié. Statistiquement parlant, le nombre de polygames a diminué régulièrement des dernières décennies, puisqu'il est passé de 89.000 en 1886 à 38.524 en 1966, puis actuellement au taux de 5% des hommes

Ceci dit, nous avons, en définitive, le courage de soutenir cette forme de mariage comme une exception même si nous devons paraître rétrograde. Car, nous préférons la légitimité et l'illégitimité et l'ordre législatif au désordre. Et, de toute façon, on ne peut pas malheureusement taxer de tendances rétrogrades des législations sociales modernes qui tendent à résoudre les problèmes de la famille de façon à blâmer nommément la polygamie, mais en consacrant la majorité de ses effets.

Or, il est, croyons-nous, plus conforme aux principes moraux de la religion et il y va de l'intérêt même de la société qu'on donne satisfaction aux besoins physiologiques et moraux des gens par le mariage fut-il polygamie que de les laisser s'enliser dans la débauche et de remédier à ses conséquences plus tard. L'idéal est un droit, écrit Schaffer, qui croit avec le corps social qu'il charpente, un droit qui non point assure le progrès de la société mais le permet ou, du moins, ne le bloque pas"(57). C'est à dire un droit qui, sur la base de ses principes, ne met pas la société dans une crise sociale.

Il nous paraît de même qu'il est inconcevable, sinon injustifiable, de prétendre que les lois islamiques sont dans cette hypothèse immuables; elles pourraient, au contraire, s'adapter aux réalités sociales. D'ailleurs, M. R. David l'a très bien montré lorsqu'il parle des sources du droit musulman. "Au même titre que son immuabilité, écrit-il, il convient de mettre en valeur sa souplesse. Entre l'une et l'autre de ces caractéristiques, il n'existe aucune incompatibilité. Cette souplesse revient à ce que ce droit laisse un jeu tel à la coutume, à la convention des parties, à la réglementation administrative qu'il est possible, sans lui porter atteinte, de parvenir à des solutions qui permettent de construire une société moderne"(58).

En un mot, nous persistons à croire qu'il est indéniable, en présence de cette multitude de sources, d'abolir la polygamie pour adopter d'autres institutions totalement opposées aux principes conçus par le

polygamique, particulièrement si la première épouse se trouve stérile ou atteinte d'une maladie incurable ou contagieuse. Un éminent auteur, M. de Bellefonds, n'a pas hésité à faire l'éloge de la polygamie, sous les auspices d'un régime d'ordre religieux, qui est le système islamique. "L'idée qu'il faut bien convenir, dit-il, que la simple bigamie n'est pas dépourvue de tout caractère, dit-il, que la simple bigamie n'est pas dépourvue de tout caractère humanitaire quand, par exemple, elle permet à un homme de ne pas répudier une première femme devenue avec l'âge impotente ou, dont on est sûr qu'elle est définitivement stérile"(55).

2 - En droit musulman, comme d'ailleurs en droit algérien, et contrairement au droit français, le mariage polygamique se justifie par le fait que, dans ce système, toutes les relations extra-conjugales sont interdites et sont même considérées comme un crime pénal puni par une rigoureuse peine qui est la lapidation en droit musulman.

3 - De même, la polygamie doit être comprise à la lumière de la technique du système de filiation conçu par les droits musulman et algérien. En matière de filiation légitime, le droit algérien est beaucoup plus stricte que le droit français, de sorte qu'il n'attribue aucune valeur, du moins en matière de paternité, à la filiation conçue hors mariage et par le moyen interdit de zina: c'est dire que la légitimation par mariage d'enfants naturels est interdite. De ce fait, la polygamie assure la sauvegarde des intérêts des enfants, d'où sa très grande fonction sociale.

Ainsi, il faut bien insister sur ces dernières particularités qui révèlent déjà, aux yeux de celui qui prend la peine de replacer la polygamie dans son contexte islamique précis, qu'elle ne peut être qu'une institution exceptionnelle(56). Et, par conséquent, il est important de chercher à la circonscrire et à la réduire aux seuls cas où elle serait nécessitée par des motifs graves que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer plus haut.

compte du grand décalage entre la pensée musulmane à son niveau supérieur, et la réalité sociale vécue actuellement dans l'ensemble des pays islamiques, à tel point que pour un grand nombre de musulmans, ce qui est prohibé est rendu licite.

En effet, il ne faut pas oublier que cette partie de la population s'est allée dans la désintégration et la servitude du désir, laquelle a pratiquement entamé les multiples calamités, désastres, drames et malheurs qui ont frappé la femme algérienne. De fait, "il est dangereux, observe M. Arkoun, de s'en tenir à la contemplation des textes idéaux et de fermer les yeux sur la genèse et la pratique effectives, mais réelles au droit"(51).

Pour toutes ces raisons, il est donc difficile, sinon impossible, de tenir compte de cette tendance doctrinale et, l'inverse ne fera de la polygamie qu'un moyen perturbateur de la famille qui s'oppose à toute émancipation de la femme algérienne(52). De toute façon, la réalité doit l'obliger à reculer sa position et à s'accomoder avec une autre tendance plus proche de la raison. Est-ce à dire que la prohibition de cette forme de mariage s'adapte aux réalités sociales et au fondement du droit algérien de la famille.

A vrai dire, même si les auteurs favorables à cette thèse se sont proposés de remédier à un certain nombre de maladies engendrées par la polygamie, il n'en demeure pas moins que ce remède a non seulement des effets néfastes dans une société où un problème de civilisation ne peut pas se résoudre par des décrets et des lois(53), mais il est également incomplet et ne saurait mettre fin à tous les maux sociaux. Il pourrait, au contraire, engendrer d'autres problèmes dont les effets seront beaucoup plus pénibles que ceux de la polygamie au point de vue social(54).

De toute façon, on peut dire, avec raison, que l'interdiction des relations extra-conjugales, de l'adoption et la non-existence de la légitimation par mariage d'enfants naturels militent en faveur de l'union

l'égoïsme à celui qui doit être établi pour assurer le bonheur, le bien être et la justice(47).

Partant, le Coran évoque cet esprit de justice pour la cause du bien qui doit régner entre les croyants, toujours dirigé en vue de participer à l'établissement d'une société fondée sur un ensemble de familles heureuses et saines: "Quiconque, dit-il, fait du mal ne sera payé que par le pareil, tandis que quiconque, mâle ou femelle, fait le bien cependant qu'il est croyant... alors, celui-là entrera au paradis, y recevoir une portion sans compte"(48). Et, dans une autre sourat, nous lisons "Ce jour là les gens sortiront séparément pour que leur soient montrées leurs oeuvres. Donc, quiconque fait un bien du poids d'un atome, le verra; et quiconque fait un mal du poids d'un atome, le verra"(49).

De même, dans le Sermon d'adieu, et à l'occasion de son dernier pèlerinage à la Mekke, le Messenger de Dieu a adressé un ultime message à la communauté musulmane dans lequel il a bien affirmé que "le meilleur parmi vous est celui qui est le meilleur envers sa femme". "Craignez Dieu, disait-il également, en ce qui concerne les femmes, et assurer leur le meilleur traitement". Et, enfin, dans son troisième hadith, le Prophète a assujetti "la valeur du croyant à son comportement vis à vis de sa femme", puisque "le plus parfait des croyants est celui qui a le plus parfait caractère et qui est le plus doux envers sa femme"(50).

Sur la base de ces différentes recommandations, le croyant est tenu donc de faire l'éloge du bien et de condamner le mal. Dans une forme absolue, la conception extensive, fondant sa théorie sur ce principe, reconnaît, on l'a vue, au croyant le droit de disposer de lui-même par sa pensée, par ses croyants. Car, dans les limites du commandement de Dieu, l'homme ne doit subir aucune contrainte. D'où l'exercice extensive de la polygamie.

Ce disant, nous pensons cependant que cette conception fait appel aux enseignements idéaux de l'Islam mais sans pour autant tenir

En définitive, il est certain, à notre sens, que ce cheminement législatif permet de constater que les diverses lois précitées, si elles font une tentative pour limiter la polygamie, ne l'interdisent pas. Mais, elle est considérée, il faut le préciser, comme un comportement préjudiciable motivant le divorce. Il demeure toutefois une différence importante entre ces lois. Certaines assignent à la clause de divorce un caractère péremptoire, alors que d'autres laissent au juge un pouvoir d'appréciation souverain en cette matière: d'où le caractère facultatif de la cause.

Mais, il reste à dire, ce qui est d'ailleurs fortement regrettable, que tous ces droits ne déclarent pas nul le second mariage contracté sans l'autorisation préalable du magistrat. De sorte que l'on peut dire que, de toute manière, la femme reste toujours la seule victime de cette forme de mariage: si elle ne demande pas le divorce, elle sera obligée d'accepter une rivale, c'est à dire lui imposer indirectement une vie commune partagée avec une autre femme.

A dire vrai, aucun des arguments invoqués de part et d'autre n'est de valeur absolue, et les avantages pratiques que présente chacune des conceptions étudiées jusqu'ici ne sont que très relatifs.

§. III: Appréciation de ces conceptions

Au risque de nous répéter, nous commençons par réaffirmer que, même si l'Islam a bien toléré la polygamie, elle doit néanmoins être comprise à la lumière des principes sur lesquels se fondent sa théorie sociale.

Il faut remarquer, contrairement à l'idée que l'on se fait généralement, que le devoir de l'individu prime son droit en vertu de la législation musulmane. Car, contrairement aux conceptions individualistes, l'Islam unit le critère naturel de l'action et de la vie,

préalable du tribunal, lequel peut la refuser s'il est établi que l'intéressé ne peut subvenir aux dépenses des deux épouses(41).

Dans le même sens, l'article 6 de l'ordonnance pakistanaise du 3 mars 1961 proclame expressément que l'homme, ne pouvant recourir à la polygamie à son gré, doit obtenir préalablement une autorisation écrite du conseil d'arbitrage à défaut de laquelle le second mariage ne peut être enregistré(42). Cette permission, pour qu'elle soit valable, doit être motivée, et souligner la nécessité du mariage projeté.

Dans cet esprit, le code iranien, faisant intervenir la femme précédente, va découvrir une autre voie dans l'union polygamique. Ses articles II et 14 al. 3 subordonnent cette union à une double autorisation: il faut non seulement l'autorisation du tribunal mais aussi celle de la première épouse. Cette dernière, en l'absence de son autorisation peut tenter une action en divorce. Mais, à défaut de l'autorisation judiciaire, l'intéressé est susceptible d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 2 ans(43).

Enfin, il reste parmi les droits qui assujettissent la polygamie à une autorisation judiciaire, le droit afghan qui oblige le juge à n'autoriser cette union que si la première épouse est stérile ou atteinte de maladies incurables, contagieuses ou mettant obstacle à l'union conjugale(44).

En revanche, certaines lois d'origine également confessionnelle ne prévoient nulle part que l'autorisation de contracter le second mariage doit être donnée par le Juge. C'est le cas dans les droits égyptien et marocain actuellement en vigueur où la femme a tout simplement la possibilité de demander le divorce judiciaire et son mari contracte mariage avec une seconde femme(45). Mais, si ces deux droits ont considéré la polygamie en elle-même comme un comportement dommageable constituant une cause de divorce à caractère péremptoire(46), il n'est pas moins utile de souligner que le droit marocain stipule expressément dans l'article 30 al. 3 de la moudawana que le second mariage ne pourra être conclu qu'après que l'épouse aura été informée du fait que son prétendant est déjà marié.

C'est ainsi que, partant de cette idée, l'éminent Imam aboutit à proposer, pour résoudre le problème considéré, la solution suivante: en présence de la faiblesse du poids de la religion, le respect de la condition d'équité entre les épouses, même matériellement, ne peut être observé de nos jours. Or, si l'on veut respecter l'esprit du Coran, il vaut mieux rester monogame et avoir recours à la polygamie qu'en cas de nécessité. La légitimité de cette institution découle nécessairement du rôle social qu'elle peut jouer, "L'Islam, dit-il, comme toutes les religions considère la monogamie comme la forme idéale du mariage il n'a jamais autorisé d'absolu la polygamie, ce qui ressort nettement des versets mêmes du Coran"(39).

Ainsi, a-t-on remarqué que la seule possibilité pour maintenir cette idée serait d'assujettir le droit de l'époux à contracter un second mariage à l'appréciation souveraine du juge. Partant, celui-ci doit estimer si le mari est effectivement ou non capable, non seulement matériellement mais aussi moralement, d'avoir une seconde femme. De même, le juge ne devrait pas, dans la logique des choses, accorder son autorisation en l'absence de motifs valables.

Cette conception, que la pensée juridico-religieuse a découverte depuis le début de ce siècle, va devenir très active. Elle est bien reçue dans la majorité des pays de droit islamique. Bon nombre de législateurs n'ont pas cru bon en effet de laisser la polygamie à l'appréciation personnelle de l'époux qui pouvait avoir jadis quatre femmes comme bon lui semblait. Ils y ont fait, donc, intervenir très souvent le contrôle de l'appareil judiciaire. Somme toute, nombreux sont les moyens employés par les législateurs pour restreindre l'application de cette institution.

En pratique, à côté de la clause de monogamie où la femme peut imposer à son mari de rester monogame, le code syrien de 1953 prévoit, à l'instar du code irakien du 30/12/1959(40), un autre moyen restrictif de la polygamie. Ainsi en est-il de l'exigence d'une autorisation

la société, laquelle est convaincue d'elle même de la nécessité d'une union pratique secrètement. On ne peut nier qu'une disposition législative puisse infléchir légèrement l'état de fait et les moeurs. C'est pourquoi une troisième opinion proclame ouvertement qu'il vaudrait mieux de laisser cette question à la conscience et à l'appréciation judiciaire plutôt que de l'interdire, après avoir donné à la population une éducation et une culture appropriées.

C - La conception restrictive de la polygamie

Il faut avouer tout d'abord que la polygamie telle qu'elle est conçue par les préceptes coraniques, comme une faculté laissée aux croyants, est mal utilisée par eux. Il s'ensuit qu'une faible connaissance de ces préceptes a encouragé ceux qui ne cherchent pratiquement que du plaisir dans la polygamie sans nécessité aucune.

Or, contrairement à ce que l'on est trop facilement tenté de croire, la polygamie, selon cette conception, a été, et est encore, une mesure exceptionnelle. Et, si elle demeure toujours, attendu que l'esprit du droit musulman est favorable aux seules relations sexuelles dans le mariage, elle suppose la présence de certains motifs validant son exercice.

Cela dit, il est entièrement convenable de ne voir dans les conditions imposées au mari qu'une affirmation coranique pour que la polygamie ne soit exercée que dans des cas bien limités.

A partir de ces constatations faites sur la polygamie islamique et, devant les résultats néfastes que cette union a engendrés, les auteurs favorables à cette thèse ont tenté, sous l'influence du grand maître l'Imam Mohammed Abdou, de mettre l'accent sur la fin du verset quatre de la Sourat "Les femmes" : "Si vous craignez d'être injustes, n'en épousez qu'une"(38).

cas, celui des orphelins. Or, avec la disparition des guerres continuelles, le cas des orphelins ne pose actuellement plus de problème. De plus, cette union est assujettie à une condition irréalisable: l'égalité parfaite entre les époux. Tout cela n'est désormais qu'un prétexte à l'illicéité de cette institution et ce ne serait que par un abus d'interprétation du Coran qu'on pourrait la faire entrer dans le cadre des choses licites(36).

Mais d'ores et déjà, avec l'évolution de la société et par là, l'émancipation de la femme et sa promotion dans le "monde moderne", de telles solutions se sont avérées adéquates dans certains droits. Le besoin s'est fait sentir de protéger la société contre la polygamie. Ainsi, à l'instar des droits occidentaux, les législateurs turc et tunisien condamnent formellement le mariage polygamique(37).

En Tunisie, bien que l'on parlât jadis volontiers d'intangibilité à propos des règles coraniques, le législateur est arrivé toutefois à laïciser une grande partie de la famille en l'arrachant à l'empire du droit musulman. Ainsi, il est devenu, entre autres, illégal de contracter un second mariage avant la dissolution du premier (aart. 18 et 21 G.S.P.) Ch. Chehata, La conception nouvelle de la famille musulmane dans les récentes réformes législatives en matière de mariage, in *Rapports généraux au VIIème congrès international de droit comparé, UPSSALA 6/13 août 1966*, p. 65; M. Lescure, *Le lien matrimonial en Tunisie*, th, paris, 1958, p 321; J. Roussier, *Le code tunisien de statut personnel*, Rev. I.B.A.A., 1959, n° 87, p. 349; P. Rondat, *La laïcisation en pays musulman*, R.A.S. J.E.P., 1961, P. 56, S. krichen, *L'interdiction de la polygamie*, Mém. D.E.S., Sces. Crim., Tunis, 1979, M. Charfi, *Le droit tunisien entre L'Islam et la modernité*, in R.A.S.J.E.P., 1974, n° 3, p. II; H. Bourguiba, *Déclaration du 3 août 1956*, rapportée par M. Roudot, in *Réformes musulmanes en Tunisie*, in *Etudes* 1956, p. 399.

En tout cas, ces législateurs laissent subsister, en dépit de la fermeté de leur position, certaines difficultés: il est tout à fait vain d'établir une disposition quelconque pour interdire une institution bien ancrée dans

l'interprétation des versets coraniques 3 et 129 de la Sourat " Ennissa"(33).

Selon cette tendance, la polygamie est une institution très désagréable qui crée très souvent des problèmes socio-économiques épineux. D'ailleurs, il est certain, remarque-t-elle, que la prospérité d'une société dépend avant tout de son abolition. Bien plus, l'Islam est venu, tout compte fait, pour libérer la femme des contraintes "djahilites" et non pour l'enchaîner. Par conséquent, il est tout à fait illogique que celui-ci lui dresse un pareil obstacle, dont les effets sont nuisibles, non seulement pour son émancipation mais aussi pour l'évolution de la société.

En d'autres termes, la Chari'a est loin d'admettre une institution où la femme gît sous le joug de l'injustice et de l'oppression et elle ne réduit point celle-ci à une quasi servitude à l'égard de l'homme(34).

De ces observations, il résulte clairement que toute discrimination entre l'homme et la femme est une injustice que le Coran a écartée à cet égard. C'est pourquoi il serait permis de prétendre que la polygamie est purement et simplement annihilée par le Coran lui même, puisqu'il déclare formellement en matière de justice imposée au mari polygame: "Vous ne pouvez traiter également toutes vos femmes, quand même vous le désirez ardemment".

Pour Al-bahi Al-khouli, la parôle de Dieu "Si vous craignez..." veut dire, par ailleurs, que la polygamie serait interdite au cas où l'on aurait peur de n'être pas équitable. Donc cette autorisation est assujettie, conclut-il, à quelque chose d'impossible, d'où la prohibition de la polygamie(35).

Dans cet esprit, d'autres auteurs et notamment l'éminent professeur Al-Assiouty déclarent qu'il est loisible de dire que les restrictions imposées à la polygamie permettent d'affirmer que la religion musulmane dans son ensemble a maintenu cette pratique à titre transitoire. C'est dire que la polygamie n'est permise que dans un seul

plus, son autorisation est donnée sous une forme impérative "Epousez parmi les femmes..."(31).

Enfin, l'éminent commentateur contemporain du Coran, Sayed Qotb, qui lui aussi s'exprime à peu près dans les mêmes termes, proclame, après un long développement sur la question, qu'il est illogique, voire impossible de déduire par rapprochement des versets précités une interdiction coranique de la polygamie car la révélation divine n'est pas en effet une raillerie: elle permet l'institution dans un verset pour qu'elle l'interdise dans un autre(32).

Quoiqu'il en soit, en doit se borner à dire que jusqu'à nos jours, Sayed Qotb, avec ces quelques phrases n'a pas seulement voulu exprimer sa pensée, mais également celle célébrée pendant longtemps par la doctrine classique dominante, mais sans pour autant discuter la possibilité non pas, bien sûr, de l'abolir mais de la restreindre en fonction d'une intervention judiciaire pour qu'elle soit actuellement adaptée à la réalité sociale.

En dépit de cette réflexion, cette tendance doctrinale a conquis de nos jours un nombre considérable de pays islamiques, tels que l'Arabie Séoudite, les Emirats Arabes, le Koweït... Mais, en présence de telles législations, on peut se demander si dans ces Etats, qui se disent de droit islamique, le croyant fervent en fait une règle générale. De toute façon, la négative ne laisse entendre par là, en toute logique, qu'une application totalement défectueuse des préceptes coraniques dans ces pays.

B - La conception prohibitive de la polygamie

La thèse extensive de la polygamie à la fois doctrinale et législative, telle que nous l'avons exposée brièvement, n'a pas toutefois acquis l'adhésion d'une fraction influente de la doctrine qui est allée jusqu'à interdire la polygamie. Ceci résulte clairement, à ses yeux, de

est un fait qui ne dépend pas de la volonté humaine. Ainsi donc, le mari polygame est tenu de partager également les nuits entre ses épouses et de subvenir à leur entretien sans favoriser les unes au détriment des autres.

D'une manière générale, cette opinion est fondée, outre sur les versets trois et cent-vingt neuf de la Sourat "Ennissa", sur un hadith selon lequel le Prophète a dit "O Dieu, c'est ce qui est en ma possession; ne me punis pas à cause de ce qui n'est pas en ma possession"(29). Par l'expression "ce qui n'est pas en ma possession", il faut entendre, estime-t-elle, que les sentiments et les désirs ne dépendent pas de la volonté humaine, ils dépassent les possibilités de l'homme: l'amour a sa source profonde dans le coeur, dans une force incontrôlée.

Dans cet esprit, l'illustre auteur chaféïte, El-Ghazali, après avoir déterminé la condition d'équité que le Coran impose au mari, déduit de la combinaison des versets coraniques suscités qu'il est impossible de faire justice pour ce qui est des passions de coeur et des penchants de l'âme. Aussi, ajoute-t-il, personne n'aurait pu remettre en cause qu'Aïcha était l'épouse préférée du Prophète et ceci à la connaissance de toutes les autres femmes(30).

Dans le même sens, en rejetant la thèse interdisant l'union polygamique, le cheikh M. Chakir procède à l'analyse discursive suivante: ils prétendirent que la licéité de la polygamie était soumise à cette condition: être juste envers ses femmes et que Dieu lui même a promulgué que cette justice n'est pas possible... Mais, ils ont réduit, en réalité, leur enquête à quelques versets et négligé les autres: "vous ne pouvez être juste envers vos femmes même si vous le cherchez", et ils ont laissé "ne soyez pas partiaux au point de laisser une épouse comme si elle était sans mari". A titre comparatif, ils ont fait comme ceux qui croient à une partie du Coran et ne croient pas au reste. Le Législateur Divin, conclut-il, a non seulement autorisé le polygamie, mais bien

dont la position est centriste, se manifeste à l'heure actuelle dans la majorité des pays musulmans. Cette tendance estime que la polygamie, plutôt la tétragamie, est conçues par la législation divine comme une exception. D'où la soumission de son application à des conditions précises(C).

A - La conception extensive de la polygamie

Pour commencer, il faut remarquer que les partisans de cette tendance proclament expressément que les conditions islamiques qui rendent valable l'exercice de la polygamie sont des conditions purement religieuses qui échappent, de ce fait, au contrôle des tribunaux. C'est une question, disent-ils de relation entre le croyant et son Créateur dont ce dernier est seul instruit. Car, ajoutent-ils, quel meilleur juge peut-on souhaiter, en cette matière, que le mari lui-même? C'est lui, et lui seul, qui appréciera ses intentions et ses actes devant le tribunal de sa conscience. Et, par conséquent, une juridiction étatique ne pourrait aucunement s'en faire une opinion exacte(27).

En toute logique, bien que cette situation soit totalement inadaptable aux réalités vécues à l'heure actuelle, elle est pourtant soutenue par une doctrine non moins importante(28). En effet, on peut ranger sous cette tendance d'éminents auteurs tant classiques que contemporains: parmi eux, citons à titre purement indicatif, El-Ghazali, M. Chakir et sayed Kotb.

La thèse préconisée par cette doctrine permet à l'homme d'avoir, sans motif valable, deux, trois jusqu'à quatre épouses en même temps. A cet égard, la seule condition imposée au mari est que son nouveau mariage ne soit pas précédé de quatre autres, non encore dissous.

Par ailleurs, pour ce qui est des conditions de justice imposées par le Coran, ce courant doctrinal ne prend en considération que la justice purement matérielle pour la simple raison que la justice sentimentale

En réalité, bien que cette gamme d'inconvénients s'instaure malheureusement dans un foyer bigame, on a pu toutefois trouver auparavant à cette forme de mariage quelques préférences. D'où le rôle ambivalent de la polygamie: même si elle est dotée de certains inconvénients, il ne faut donc pas exclure ses avantages. Or, il faut finalement prendre en considération les uns et les autres pour voir si cette institution s'impose à notre société, ou au contraire l'admettre comme "une simple issue de secours" en cas de nécessité, ou l'abolir entièrement.

Face à ces interrogations, il faut avouer qu'une autre question retient notre attention à cet égard, celle de savoir et la loi coranique, source fondamentale du code de la famille, laisse le chemin libre à cette mesure d'interdiction de la polygamie. Sinon, quelle place doit-elle prendre parmi les commandements des actes du musulman?

L'examen des questions ainsi posées peut trouver un appoint dans l'étude des doctrines qui ont surgit et qui continuent à se manifester dans les pays islamiques. En vérité, le maintien ou la prohibition du mariage polygamique est un sujet trop controversé. Ce modèle de mariage a en effet des adversaires acharnés et des partisans convaincus; les uns et les autres ne sont pas à court d'arguments.

§. II: Conceptions doctrinales

En matière de l'union polygamique, on peut d'une manière générale, pour être exact distinguer trois conceptions, qui se sont dessinées dans la doctrine et qui trouvent place dans les législations islamiques contemporaines. La première, celle dont l'influence est orthodoxe, permet à l'homme d'avoir, sans aucune restriction, quatre épouses en même temps(A). La seconde, quant à elle, s'inscrire du souci de la sécurité sociale et assigne à la polygamie une fonction que l'on peut appeler "fléau social", d'où son interdiction(B). La troisième tendance,

polygamie est l'unique solution pour une femme étrangère divorcée par la jalousie, pour priver légalement, la première épouse de l'affection que son mari lui apporte.

En outre, au lieu de l'affinité, de l'entente et de l'amitié, ce sont la haine et la jalousie qui règnent dans les familles. Il en résulte une perpétuité de querelles conjugales où les moyens utilisés par l'une sont parfois capables de rendre à l'autre la vie conjugale invivable, voire infernale.

De toute manière, devant cette vérité inéluctable, l'époux va demeurer toute sa vie comme un arbitre qui devra intervenir à chaque moment pour établir la paix dans le ménage(23).

Egalement, il reste à ajouter, dans ce même ordre d'idée, que sur le plan éducatif, le père monogame qui est toujours près de ses enfants afin de les suivre comme il se doit, est très souvent meilleur que le bigame. Car, dans ce dernier cas, seule la mère consacre tout son temps à l'éducation des enfants, lesquels sont souvent élevés dans la haine de leurs frères et soeurs consanguins et de leurs belles-mères, voire leur propre père(24).

Enfin, à côté de ces inconvénients d'ordre social, il y en a d'autres d'ordre purement économique. La polygamie reproduit ses conséquences plus facilement sur le budget familial. En effet, la donation d'une dot(25) et les différents frais des secondes noces ne sont, en grande partie, qu'un facteur diminutif du niveau de vie du ménage. Bien plus, l'entretien de plusieurs épouses, comme celui d'une seule, qui, en droit algérien, incombe au mari, exige une fortune colossale(26) dont celui-ci doit disposer et ce, particulièrement dans une société comme la notre où la majorité des femmes n'est pas "productrice".

Cet-état de fait va indéniablement engendrer un certain déséquilibre. Car, la force productrice représentée par le mari est faible, alors que la force consommatrice représentée par la femme et les enfants est beaucoup plus grande. Donc, on consomme plus qu'on ne produit.

mariage par la doctrine occidentale, l'idée selon laquelle la monogamie représente toujours le sommet de perfection est remise en cause de nos jours par la crise matrimoniale qui affecte l'occident(21).

Dans ces conditions, personne ne peut valablement contester à l'heure actuelle que la monogamie a cessé d'être en odeur de sainteté dans les sociétés qui l'ont instituée. Elle commence à être conçue comme une institution propre à une époque et à une civilisation données.

C'est pourquoi il n'est pas inutile de faire remarquer à cet égard que la substitution de la polygamie par la monogamie n'est en aucune manière parfaite sans s'assurer de la suprématie absolue en valeur de l'une sur l'autre.

Somme toute, il y a lieu de se demander si les critiques dont la polygamie est accablée ne résultent pas finalement d'une mauvaise analyse de ses détracteurs. Car, pensons-nous, que la polygamie peut paraître, sans nul doute, comme un mal moins grave que d'autres situations voisines. Et pour se convaincre de la nécessité de cette institution, il suffit de regarder de plus près, ses avantages psycho-sociologiques(22) qui, d'ailleurs, sont fort nombreux et dont les plus importants sont les suivants:

- presque pas de célibat de femmes nubiles;
- de divorce, au cas où la femme est atteinte d'une maladie incurable ou de stérilité, est l'exception;
- pas d'enfant illégitime.

Cependant, face à ces avantages de la polygamie, il faut pourtant avouer que celle-ci, même conçue par le droit musulman comme une faculté exceptionnelle, ne manque pas de créer chez les personnes qui la pratiquent certains problèmes.

Tout d'abord les problèmes suscités par cette institution appartiennent à la réaction féminine, mais à un niveau plus égoïste. La

serait probablement catastrophique et la reconnaissance juridique de cet enfant est impossible. Il serait alors abandonné à sa mère ou à l'Etat(18).

C'est pourquoi, pour atténuer les conséquences de ces relations scandaleuses, le législateur français est intervenu le 3 janvier 1972 pour donner ou accorder la protection de la loi aux enfants adultérins, innocentes victimes de l'hypocrisie sociale. Il lui est apparu inopportun et injuste de continuer à ignorer ces enfants devenus des phénomènes observables sous prétexte que ce serait consacré des mœurs incompatibles à la morale occidentale d'inspiration chrétienne(19).

A l'opposé, l'Islam attaque ce problème par tous les moyens, y compris par la polygamie pour faire rentrer ces rapports dans la légitimité. L'une des principales raisons du mariage en Islam est en effet le désir d'une descendance saine et le bonheur et la prospérité du ménage.

Dans cet esprit, le vingtième verset de la sourat "Al-Roum" proclame: "c'est un des signes de sa puissance qu'il vous a créé de poussière...c'en est un aussi, qu'il vous a créé des épouses formées de vous même, pour que vous habitiez avec elles. Il a établi entre vous l'amour et la compassion. Il y a dans ceci des signes pour ceux qui réfléchissent"(20).

Par ailleurs, la polygamie rend, à un autre point de vue, la femme plus respectée et plus heureuse du fait que celle-ci n'a aucune raison pour s'engager dans les relations sexuelles illicites. Ceci dit, même en cas de disproportion entre le nombre des hommes et celui des femmes, toutes celles qui veulent se marier trouvent des maris. D'où résulte aussi l'écart du concubinage. En un mot, toutes les portes du péché charnel sont fermées.

Il faut conclure que tout cela que la polygamie peut avoir l'avantage d'enrayer le mal et l'union libre, de l'adultère et de la prostitution. En tout cas, quelles que soient les objections adressées à ce modèle de

serait dès lors erroné de regarder la morale comme une règle générale applicable à toutes les nations.

Egalement, il est totalement faux de regarder la polygamie comme un phénomène dénaturé qui amoindrit la personnalité féminine. Cette vision est mal fondée si toutefois on compare la polygamie de droit à la polygamie de fait. Sur la base de cette comparaison, il nous semble que la femme musulmane n'est pas complètement désarmée; sa situation, au contraire, est même plus avantageuse que celle de la femme occidentale qui est exposée continuellement à l'hypocrisie masculine.

Ainsi donc, la polygamie offre, pour elle, une solution parfaitement valable à de nombreux égards. C'est d'ailleurs l'expression que traduit M. Le Bon "la polygamie orientale est une institution excellente qui élève beaucoup le niveau moral des peuples qui la pratiquent... et, elle rend la femme infiniment plus respectée et plus heureuse qu'en Europe"(16).

Elle élève tout d'abord le niveau moral des peuples qui la pratiquent pour la simple raison que c'est une institution où les enfants peuvent prendre de leur père l'exemple de l'attachement de la fidélité et en tirer une leçon de franchise. Car, il faut signaler, dans ces conditions, qu'il est notoire dans les pays occidentaux, la maîtresse est devenue et qu'elle fait partie intégrante des mœurs de ces sociétés.

De toute façon, tout individu pourvu des moyens nécessaires s'offre sans gêne en France ou ailleurs la compagnie d'une maîtresse. Ceci revient à dire que la monogamie est plus ou moins tempérée par l'adultère. Pire encore, parfois même la femme légitime est dans les secrets de son mari. Elle accepte en effet la situation parce que ça l'arrange elle aussi ou parce qu'elle en tire d'autres profits. Mais, souvent, la femme l'ignore et le foyer devient ainsi un lieu de mensonge, d'hypocrisie et de malice de toute sorte(17).

C'est dans ce contexte qu'il faut encore replacer le problème épineux de la condition juridique de l'enfant issu de telles relations. Le résultat

cette habitude fortement ancrée dans les moeurs. Ou bien alors, le Coran a-t-il volontairement maintenu la polygamie, malgré qu'il n'a pas manqué de proclamer la beauté de la monogamie.

Pour nous, cette position coranique est volontaire. Elle se justifie encore à l'heure actuelle par des raisons aussi bien sociales qu'humanitaires et tant générales que particulières. "L'Islam s'adressant à tous les peuples, observe M. Okasha, doit prendre en considération les exigences individuelles et sociales les plus diverses pour ne pas contrecarrer les besoins des nations dans toutes leurs situations et contingences"(13).

Cependant, cette thèse coranique va à l'encontre de la position de la majorité des auteurs occidentaux. Nombreux sont, en effet, les individus qui jugent la polygamie comme une forme de mariage portant atteinte à la morale. Bien plus, ils ont soutenu que cette institution avait pour origine la corruption et la perversion des moeurs puisqu'elle n'est qu'une concession faite à l'histoire physiologique ou à des désirs bestiaux(14). C'est, d'une manière générale, l'objection que soulevait Portalis en écrivant qu'en "s'approchant des pays où la polygamie existe, on semble s'éloigner de la morale même"(15).

Si vigoureuse que soit l'objection adressée à la polygamie, il nous semble que l'opinion de cet éminent auteur est sujette à contestation. Dire, tout d'abord, que la polygamie est un phénomène social allant à l'encontre de la morale, serait admettre une internationalisation des lois de morale indivisibles dans leur application, alors qu'en réalité, et dans la logique des choses, ce qui paraît moral aux uns ne l'est pas forcément pour les autres et inversement.

Il s'ensuit que la relativité de la morale est tellement évidente qu'aucune chose d'absolue à ce propos ne peut être affirmée. Chaque société a ses propres moeurs, coutumes, et partant, sa propre morale qui les réunit tous. Cela dit, si la polygamie n'est donc pas incompatible avec la morale arabe et si elle l'est dans les sociétés occidentales, il

son gré et vivait conjugalement comme bon lui semblait. Les co-épouses devaient, de ce fait, courber la tête devant l'omnipotence de ce mari seigneur.

Si telle était d'une manière générale la vie sociale dans cette Arabie, il demeure qu'avec l'arrivée de l'Islam, une importante réforme a été apportée. Partant, grâce à de nobles efforts du Prophète et de généreux préceptes coraniques, la condition de la femme s'est améliorée. Le droit musulman a mis fin, pour ce qui nous intéresse ici, à une diversité de coutumes aberrantes auxquelles un empêchement au mariage concernant le nombre de femmes qu'un musulman peut épouser légalement vient d'être instauré.

Comme on le constate, quoique la réforme qu'ils portent a été significative, les préceptes islamiques ne s'écartent pas totalement des anciennes coutumes s'agissant de la reconnaissance de la polygamie. Une interrogation demeure cependant: Quelles sont les raisons du maintien de cette forme de mariage? Pour y répondre, il convient de préciser à cet égard les fins et les limites de la polygamie (§. 1ère) dont la qualification a donné lieu à une diversité de conceptions doctrinales (§. 2ème), lesquelles feront, pour être complet, l'objet d'une fine appréciation (§. 3ème).

§. 1ère: Avantages et inconvénients de la polygamie

Comme nous venons de le voir, l'Islam est loin d'instituer la polygamie; il est né, contrairement à ce que certains le pensent, en plein régime polygamique, ainsi que le souligne M. Souriau en écrivant que "la polygamie n'est pas coranique mais historique"(12). Sur cette base, il faut préciser que, certes, l'union polygamique est tolérée par le droit musulman mais loin d'être recommandée.

En partant de ces données, il est opportun de se demander si la loi musulmane s'était trouvée dans l'impossibilité de faire table rase de

A juste titre, El-Assiouty pouvait dire avec raison que "c'est une institution qui remonte à la civilisation de l'élevage(5) et de l'agriculture"(6).

A cet époque les contraintes économiques et les moyens primaires du travail avaient conduit l'agriculteur à s'attacher deux ou trois épouses et même plus pour s'occuper non seulement du ménage, mais aussi pour l'aider dans les travaux des champs. C'est dire que la femme était, si l'expression est juste, une arme à double tranchant.

Plus tard, la polygamie était devenue l'apanage des riches et des notables aisés, et le nombre de plusieurs épouses traduisait l'importance de leur patrimoine et de leur condition sociale, révèlent ainsi un signe de grandeur et de considération personnelle. En outre, elle était un moyen de créer des liens d'alliance entre plusieurs chefs de tribus(7).

Mais, quoiqu'il en soit de ces diverses motivations de la polygamie, il est certain que la plus grande majorité de ces peuples l'avait principalement adoptée dans le souci de posséder une descendance. C'est dire, par là même, que la stérilité de la femme était très souvent la cause primordiale incitant à l'union polygamique. En était-il de même dans la société arabe et l'époque anté-islamque?

La réponse à cette question est absolument aisée. Cela dit, il faut souligner que le droit matrimonial de l'Arabie pré-islamique reconnaissait à l'homme le droit de se marier avec plusieurs femmes(8). En vertu de ce droit, il n'existait aucune limitation au nombre d'épouses qu'un homme pouvait avoir. Ce nombre dépendait, à en croire les historiens, du désir de l'homme et de sa capacité à payer leur dot et à les entretenir(9). Mais aussi plusieurs causes y encourageaient, telles que l'intégration des veuves et des filles nubiles sans mari dans des familles(10) et la stérilité de la femme(11).

Face à cette situation, la subordination de la femme se révèle d'une façon évidente; l'homme était donc le chef incontestable. Il agissait à

SECTION I

DIVERSITE DES CONCEPTIONS

DE LA POLYGAMIE

Sur le plan historique, la polygamie fut un temps le régime général (4); elle était pratiquement adoptée par l'ensemble des sociétés de l'antiquité.

De même Wistermark nous apprend qu'avant le retour de la démocratie à Athènes, une loi fut votée pour permettre aux hommes mariés de s'unir avec une seconde femme, car les filles nubiles ne pouvaient plus trouver de mari, vu l'excédent de femmes.

Dans la Rome primitive, l'évolution du mariage était représentée par trois formes dont la polygamie faisait partie: l'ussus, résultat d'une simple cohabitation continue qui devait être souvent polygamique. Notons, au passage, que la concubine chez les romains était une épouse légitime, mais supplémentaire. Cf. CH. Letourneau, *Evolution du mariage et de la famille*, p. 252.

Chez les autres peuples d'Asie, la polygamie fut le stade primitif du mariage dans presque tous les pays. Par exemple, en Inde, la polygamie est une institution qui existe depuis un temps immémorial. Tous les princes et les rajahs, donc la classe élevés, entretenaient un harem considérable. Il était aussi permis à un homme de classe inférieure d'avoir une seconde femme si la première se trouvait stérile ou si elle ne mettait au monde que des filles.

Dans l'ancienne Perse et exactement sous les achéménides et sassanides, l'union polygamique était une institution bien ancrée dans les moeurs de la société persanne. A cette époque, l'homme pouvait avoir autant d'épouses qu'il désirait, et seule la condition de les entretenir lui était imposée.

toutefois admis, mais à titre exceptionnel, que l'homme peut dans certaines conditions contracter valablement un second mariage dans l'existence d'un précédent non dissous.

Mais, en l'occurrence, l'homme n'est point, comme on se le figurait autrefois, libre de décider comme bon lui semble quelle forme de mariage lui paraît propice. C'est dire, par là même, que la loi du 9 juin 1984 a fixé la procédure à suivre pour pouvoir se marier avec plus d'une femme. Partant, il n'est donc nullement moins certain que, sur le plan juridique, on se marie quand l'on veut, avec qui l'on veut, mais pas comme l'on veut, car le lien matrimonial est une institution qui, en raison de ses effets cruciaux et de ses contraintes parfois pesantes, diffère totalement des autres institutions et il est, à vrai dire, autre chose "qu'une collection amorphe d'individus quelconques, c'est un organisme naturel dont les individus sont les membres vivants et non les maîtres souverains"(2).

Il en résulte que la loi algérienne en tant qu'un document législatif contemporain, bien qu'elle ait produit le même principe admis par le droit musulman en cette matière (3), a initié une nouvelle vision de l'union polygamique. Cela dit, il semble toutefois nécessaire, sinon primordial, de se demander s'il n'existe pas un profond écart entre cette loi et les règles islamiques, telles qu'elles sont conçues par le fiqh? Faudra-t-il aussi se demander, dans la même lignée, si le mariage polygamique n'est pas islamique mais historique? Son maintien se justifie-t-il actuellement en droit algérien?

Ces questions nous conduiront à traiter tout d'abord les diverses conceptions de la polygamie (Section I) et, ensuite, sa restriction en droit algérien (Section II).

LE MARIAGE POLYGAMIQUE ENTRE LE FIQH ET LE DROIT POSITIF ALGERIEN

Par: Djilali TCHOUAR*

D'une manière générale, il est admis, en droit matrimonial, que le rôle fondamental du législateur est d'assurer la perpétuité des nations, en donnant la plus grande sécurité aux familles des individus qui les composent. Mais en créant le droit, particulièrement matrimonial, le législateur n'est pas en mesure d'adopter des prescriptions arbitraires qui reflètent le langage du peuple. La raison en est que, dans notre société, le mariage est une institution qui est complètement liée aux aspects religieux, moraux et philosophiques qui inspirent la civilisation arabo-islamique.

C'est pourquoi l'on peut prétendre valablement qu'en dépit de l'opposition de certaines tendances(1), et bien que les préoccupations démographiques aient eu, en ce domaine, une influence relativement déterminante, le législateur algérien, s'inspirant de la Chari'a, a

* Maître de conférences à l'Institut des Sciences Juridiques et Administratives de l'Université de Sidi-Bel-Abbès