

الزوجين يمكنه أن ينتفع بحق الايجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة».

- المادة 52 الفقرتين 2 و3: «وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا».

- المادة 2 من القانون المدني: «ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون هذا الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرّر قواعده ذلك القانون القديم».

- نص المادة 49 من قانون الأسرة: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر».

- نص القرار الصادر من المحكمة العليا في 1984/12/17 من المقرر شرعا وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه. ومن المقرر أيضا أن الزوجة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة. ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. إذ كان الثابت في قضية الحال أن الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد إنتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعا في عدم إحساب الطلاق الذي تلفظ به. وبناء عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته، كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة. وكان على قضاة الاستئناف التقييد بهذه القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى. إلا أنهم بقضائهم برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية. خالفوا أحكام هذا المبدأ. ومتى كان ذلك، إستوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.

- نص المادة 57 من قانون الأسرة: «الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية».

- نص المادة 245 من قانون الصحة (الصادر بموجب مرسوم أمر في 1976: «إذا كانت نزلة المستشفى تطلب أن تستفيد من سرية قبولها في المستشفى لأجل حفظ السر المتعلق بالحمل أو الولادة وجب تلبية طلبها... ولا محل لطلب أية وثيقة تعريف ولا إجراء أي تحقيق

أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون».

- المادة 1 الفقرة 1 من القانون المدني: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها».

- المادة 222 من قانون الأسرة: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

- القرار المؤرخ في 1984/9/24: «يقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل. وأيضاً لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها ولا تأذن بالقول».

- المادة 19 من قانون الأسرة: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون».

- قرار 1971/3/3: «أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً وبشرط أن لا تناقض روح العقد؟

- المادة 1 الفقرتين 2 و3 من القانون المدني: «وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي ... بمقتضى العرف».

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

- قرار 1967/6/21: «من المقرر قضاء بأن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي الذي له الأسبقية على الأعراف».

- الدستور المادة 29: «كل المواطنين سواسية أمام القانون».

ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى ... الجنس»

- المادة 39 من قانون الأسرة: «يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة».

- المادة 152 الفقرة 3: «تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون».

- المادة 467 الفقرة 2 من القانون المدني: «وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من

dans les formes utilisées dans le pays, pourvu que l'algérien n'ait pas contrevenu aux conditions de fond requises par sa loi nationale pour pouvoir contracter mariage". Ainsi il faut respecter l'interdiction pour une algérienne d'épouser un non-musulman et les obligations tenant à la dot et au tuteur matrimonial.

Pour ce qui est du divorce, la loi étrangère est applicable dans le cas d'une algérienne mariée à un étranger, mais il ne faut pas perdre de vue que cette loi étrangère est nécessairement issue du droit musulman.

Il apparaît en définitive que l'opposition des deux ordres juridiques est irréductible et qu'elle doit se résoudre, non pas en termes de conflit de lois, mais d'agencement de règles juridiques, en mettant en oeuvre le principe suivant lequel les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales. L'établissement de passerelles pourrait être facilité par l'évolution du droit de la famille. Celui-ci résulte de l'adjonction aux règles du statut personnel de formes juridiques encore en nombre limité (acte de mariage dans le sens formel, autorisations administratives, jugement de divorce, codification). Sa confrontation à diverses branches du droit ne peut que renforcer une telle mutation, que par ailleurs elle rend nécessaire.

Bibliographie:

(1) - Les arrêts sont tirés d'un code de la famille annoté en langue nationale, BELHADJ Larbi, Droit de la famille, Principes de la jurisprudence conformément aux arrêts de la Cour Suprême, O.P.U., 1994.

- (1) من المقرر فقها وقانونا أنه بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية فإنه يتعين تطبيق قواعد الشرع الاسلامي (1985/12/30)

بلحاج العربي. قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا. ديوان المطبوعات الجامعية 1984.

- قرار (1982/7/12) : « من المقرر قضاء بأنه يجب تطبيق في مجال الأحوال الشخصية أحكام الشرع الاسلامي لا غير ». المادة الأولى من قانون الأسرة: « تخضع جميع العلاقات بين

la personne à protéger est algérienne (article 15); elle régit la pension alimentaire entre proches parents quand le débiteur est algérien (article 14); elle règlemente les successions et le testament si le "de cujus" est algérien (article 12); par ailleurs il suffit que l'un des conjoints soit algérien pour que les conditions et les effets du mariage soient soumis à la loi algérienne; en ce qui concerne le divorce, la loi applicable ne dépend que de la nationalité de l'époux (article 11, 12 et 13).

A propos de la hadana, il est fait allusion au cas de la mère de nationalité étrangère à l'article 69 du code de la famille: "Si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant". Or en droit musulman, l'intérêt de l'enfant est d'être élevé dans la religion musulmane. Dans un arrêt du 16 avril 1979, la Cour Suprême casse un arrêt pour avoir attribué la hadana à une mère non musulmane, alors qu'elle avait élevé ses enfants dans sa religion, ainsi que cela résultait de documents délivrés par une institution d'éducation chrétienne. Inversement dans un arrêt du 22 février 1982; elle confirme un arrêt qui accorde la hadana à la mère chrétienne au motif qu'elle résidait en Algérie.

La jurisprudence de la Cour Suprême n'est jamais aussi à l'aise que lors de l'application d'une règle de droit privé conforme au droit musulman. C'est ce qui apparait dans un arrêt du 17 octobre 1990: "Il est établi en droit, que la loi du "de cujus", du testateur ou de l'auteur de la libéralité s'applique aux successions, aux testaments et aux libéralités "post mortem". Il s'ensuit que l'arrêt qui viole ce principe, fait une fausse application de la loi. Il est constant en l'espèce que la Cour a fait application de la loi française sans prendre en considération la loi du "de cujus" ou du testateur en tant qu'algérien musulman et qu'ainsi elle a faussement appliqué la loi et elle a violé les règles du droit musulman. En conséquence de quoi, l'arrêt attaqué doit être cassé".

L'application de la loi étrangère est réduite et parfois même, subordonnée à des conditions restrictives. Tel est le cas de l'article 97 du code de l'état-civil: "Le mariage contracté en pays étranger entre algérienne ou entre algérien et étrangère est valable, s'il a été célébré

4 - Le recueil légal

La seule question qui ait donné lieu à l'abrogation d'une disposition du code de la famille, est celle du recueil légal. Initialement l'article 120 imposait à l'enfant recueilli de conserver sa filiation d'origine. Mais le décret exécutif du 13 janvier 1992 complétant le décret du 3 juin 1971 relatif au changement de nom, permet à l'enfant mineur de père inconnu de prendre le nom du tuteur qui l'a recueilli.

5 - Les successions

En ce qui concerne les successions, les dettes du "de cujus" sont prélevées de la masse successorale (article 180), de sorte que les héritiers se partagent l'actif net. Ceci est difficilement conciliable avec l'article 719 du code civil (auquel renvoie l'article 181 du code de la famille), lequel prévoit que les impôts dont est grevée la chose commune et toutes les autres charges sont supportés par tous les co-indivisaires, chacun proportionnellement à sa quote-part.

Par ailleurs l'article 183 du code de la famille manque totalement de réalisme puisqu'il impose la procédure de référé en matière de partage successoral, alors qu'elle est exclue lorsqu'elle touche le litige au principal. Aussi la Cour Suprême limite-t-elle le référé à la désignation d'un expert pour recenser les biens successoraux ou d'un séquestre (A. 30 décembre 1985).

6 - Le droit international privé

S'il est un domaine propice au dualisme juridique, c'est bien celui du droit international privé. Pourtant la loi algérienne, et par conséquent le droit musulman, prédomine largement. En cas de conflit de lois, la fonction de rattachement est dévolue à la nationalité. Ainsi la loi algérienne s'étend à l'état et à la capacité des algériens résidant à l'étranger (article 10 du code civil); elle s'applique en matière de représentation légale, de protection des incapables et d'absence lorsque

prononcée. En conséquence s'il désirait reprendre son épouse, il aurait dû respecter les règles du fikh qui régissent et limitent la reprise de la vise conjugale. Les magistrats d'appel étaient dans l'obligation de respecter les règles du fikh ainsi que l'avait fait le juge de première instance. En conséquence d'arrêt de réintégration de l'épouse au domicile conjugal viole ces règles et il convient de casser l'arrêt déferé sans renvoi" (C.S., 17 décembre 1984).

D'autre part il résulte de la combinaison des articles 3 et 231 du code de procédure civile que les jugements rendus en premier et dernier ressort sont susceptibles de pourvoi en cassation. L'article 57 du code de la famille prévoit que les jugements de divorce sont susceptibles d'appel sans même préciser qu'ils sont rendus en premier et dernier ressort. La jurisprudence a dû opérer une distinction entre les jugements de divorce rendus à la demande de l'épouse, susceptibles d'appel et les jugements de répudiation ou de divorce avec indemnisation de l'époux, susceptibles de pourvoi en cassation.

3 - La filiation

La découverte d'un enfant délaissé sur la voie publique fait l'objet d'une déclaration à l'état-civil qui lui attribue plusieurs prénoms dont le dernier sert de nom (articles 64 et 67 du code de l'état-civil). En fait les services de protection sociale ont recours à l'ordonnance du 30 janvier 1969 qui permet l'algérianisation du nom d'enfants nés de père et de mère inconnus.

Lorsque l'enfant est abandonné en milieu hospitalier, l'article 245 du code de la santé publique (promulgué en 1976) prévoit qu'à la demande de la mère, la grossesse et l'accouchement doivent être tenus secrets et qu'en outre il ne peut être donné aucune suite à une demande de délivrance d'un document d'identité ou d'ouverture d'enquête. Ceci ne s'accorde pas avec les dispositions du code de la famille, car d'une part la recherche de paternité légitime de l'enfant ne saurait être proscrite et d'autre part l'enfant naturel a le droit d'établir le lien de parenté avec sa mère et la branche maternelle (articles 40 et suivants).

Ce texte rejoint l'article 17 du code de procédure civile qui permet au juge de concilier les parties à tout stade de la procédure. Mais en matière de droit commun, la tentative de conciliation est facultative et elle est tombée en désuétude, de sorte que le code de procédure civile n'a pas eu besoin de la réglementer. Mais il n'en va pas de même en statut personnel où le préliminaire de conciliation est obligatoire et présente une importance particulière. Le code de la famille garde le silence sur les modalités du préliminaire de la conciliation, sur les mesures provisoires relatives à la pension alimentaire et le droit de garde des enfants et sur la force probante des aveux (abandon du domicile conjugal, détention des bijoux, adultère...). Le plus grave est qu'aucune forme de décision judiciaire n'est prévue pour consacrer les engagements des parties lors de la conciliation. Pour donner acte de l'accord de l'époux à un domicile séparé, du montant de la pension alimentaire, du désistement du droit de garde des enfants, du montant du "khôl", le juge doit-il établir un procès-verbal de conciliation, une ordonnance ou un jugement? Un tel document est nécessaire pour faire la preuve de l'inexécution des obligations de l'un des époux.

L'article 49 du code de la famille précité limite la durée du procès en divorce à trois mois de manière impérative. C'est qu'en droit musulman, le prononcé de la formule simple de répudiation ouvre un délai de trois mois durant lequel l'époux peut révoquer sa décision mais au terme duquel le divorce intervient de plein droit et la réconciliation des époux devient impossible. Mais la procédure a ses propres exigences de forme et le procès avance à son propre rythme, de sorte que le délai de trois mois ne peut pas toujours être respecté. Mais la jurisprudence n'admet pas que la conciliation des époux intervienne postérieurement à ce délai: "Il est établi par la chariâa et la jurisprudence de la Cour Suprême que le prononcé de la formule de répudiation par l'époux le lie, de même qu'il est établi que la conciliation n'est admise par la chariâa qu'au cours de la période de "aidda". Il s'ensuit que la décision de justice qui contredit, transgresse les principes et les règles de la chariâa. Il est constant qu'en l'espèce l'époux s'est ravisé et est revenue sur sa décision de répudiation après l'expiration de la période de "aidda". Ceci n'est pas de nature à annuler la répudiation qu'il a

En application de l'article 1 alinéa 2 du code de la famille, l'arrêté du Ministre de l'Intérieur du 11 février 1980 exige l'autorisation du Wali pour le mariage de deux étrangers résidents en Algérie; lorsque l'un d'entre eux est résident et l'autre ne l'est pas, l'autorisation est délivrée après avis favorable des services de la sûreté nationale; dans le cas du mariage d'un algérien avec un(e) étranger(e), l'autorisation est accordée après avis conforme de la direction de la sûreté nationale. En ce qui concerne les fonctionnaires de la sûreté nationale, le mariage est subordonné à l'autorisation préalable écrite de l'autorité ayant pouvoir de nomination; les fonctionnaires de police de sexe féminin ne peuvent contracter mariage qu'après leur titularisation. Pour ce qui est des militaires, le mariage est subordonné à une autorisation émanant du Ministère de la Défense Nationale suivant les circulaires du Ministère de la Justice datées du 13 juin 1967 et 25 juin 1968.

La question qui se pose est celle de la validité du mariage qui est contracté de manière traditionnelle, en la forme musulmane, en l'absence de l'autorisation exigée légalement. Dès lors que les conditions relatives au consentement, au tuteur matrimonial, à la dot et aux témoins sont réunies, le mariage est valide. Toutefois le tribunal est en mesure de refuser son inscription à l'état-civil faute d'autorisation administrative préalable; de cette manière le mariage ne peut pas être prouvé.

2 - La procédure de divorce

Le code de la famille ne se borne pas à monopoliser le statut personnel, il empiète aussi sur la procédure civile mais toutes ces intrusions se sont révélées malencontreuses.

L'article 49 qui énonce: "Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé par une tentative de conciliation du juge, qui ne saurait excéder un délai de trois mois", impose deux obligations, la conciliation et la durée de la procédure.

II - LE DUALISME TEMPERE DANS L'APPLICATION DES LOIS

Diverses législations ne manquent pas d'avoir des incidences sur le statut personnel. Il importe peu que la plupart d'entre elles aient été promulguées avant le code de la famille puisque le droit musulman était le droit positif avant d'être codifié. Ainsi le problème de leur harmonisation s'est posé de manière constante. Ces textes concernent la formation du mariage, la procédure de divorce, la filiation et les règles de succession.

1 - La formation du mariage

Le code de la famille (article 22) renvoie au code de l'état-civil (Ordonnance du 19 février 1970) ainsi qu'à des dispositions réglementaires pour la formation du mariage.

L'article 15 du code de la famille prévoit que "la dot doit être déterminée dans le contrat de mariage que son versement soit immédiat ou à terme". Mais le code de l'état-civil énonce que l'acte de mariage mentionne l'identité des époux, celle de leurs parents et de leurs témoins, le cas échéant l'autorisation administrative et la dispense d'âge; il n'est fait aucune référence à la dot, de sorte qu'il est nécessaire de recourir à un acte notarié pour la mentionner et indiquer, le cas échéant, les clauses adjointes.

L'officier d'état-civil compétent est celui du lieu de domicile de l'un des époux (articles 71) et dans le silence de l'article 18 du code de la famille, la règle demeure valable. Au contraire le notaire n'est pas liée par une compétence territoriale et il peut établir l'acte de mariage d'époux ne résidant pas dans le ressort territorial du tribunal auquel il est rattaché.

Pour ce qui est des témoins, l'article 33 du code de l'état-civil énonce seulement qu'ils doivent être âgés de 21 ans (au lieu de 19 ans) il doit être complété, en accord avec les règles de la chariâa.

contient une disposition incompatible avec celle de la loi antérieure ou réglemente une matière précédemment régie par cette dernière".

La même observation vaut pour la loi du 29 juin 1963. Elle fixait un âge minimum de mariage (18 et 16 ans) qui a été modifié par le code de la famille. En exigeant l'établissement d'un acte d'état-civil, la loi avait aboli le mariage traditionnel en la forme musulmane mais le code de la famille l'a rétabli (articles 9 et 22).

En outre la loi prévoyait la nullité du mariage en cas de transgression de l'âge minimum; le code de la famille ne reprend pas cette cause de nullité du mariage en cas de transgression de l'âge minimum; le code de la famille ne reprend pas cette cause de nullité, il n'y a pas lieu à rechercher si les dispositions de la loi de 1963 sont incompatibles avec celles du code civil; il suffit de constater que le code civil a réglementé la matière des nullités du mariage (articles 32 et suivants) pour en conclure que la loi a été également abrogée sur cette question. La volonté du législateur est claire puisque l'âge minimum du mariage constitue une innovation et que la chariâa ne prévoit pas de nullité en ce cas.

Quant aux textes législatifs qui autorisent la transcription du mariage traditionnel en la forme musulmane à l'état-civil par voie d'Ordonnance du Président du tribunal sur requête du Procureur de la République (Ordonnance du 16 septembre 1969 et article 39 du code de l'état-civil), ils ont été également abolis puisque le code de la famille y a substitué la procédure du jugement reconnaissant le mariage (article 22).

Toutefois l'extension des règles du code civil relatives à l'abrogation et à la non-rétroactivité montre, s'il en était besoin, que le code de la famille ne peut vivre en autarcie et que la juxtaposition des lois s'accompagne nécessairement de leur coordination.

manque pas de surprendre puisque le droit musulman est applicable en tout état de cause. Mais la règle du "tanzil" est exclue lorsque le décès du "du cujus" remonte à une date antérieure au code civil, à moins d'un testament.

Les seules innovations du code de la famille on trait à l'institution de l'âge minimum du mariage (21 ans pour l'homme et 18 ans pour la femme, suivant l'article 7) et à la forme judiciaire du divorce, encore que celle-ci soit admise de manière étendue par la doctrine malékite (article 49).

3 - L'abrogation

Le code de la famille érige le statut personnel en domaine réservé, de sorte que toute loi qu'il n'a pas intégrée, est destinée à être exclue. Tel est le sens que prend l'article 223, sous son aspect anodin: "Toutes les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées". Il s'agit de faire place nette pour le droit musulman.

Deux sortes de textes législatifs on fait l'objet d'abrogation. Il s'agit notamment de l'article 467 alinéa 2 du code civil qui a trait au droit de l'épouse divorcée au logement familial: "En cas de divorce, le juge peut désigner l'époux qui bénéficie du droit au bail compte tenu des charges assumées par lui, notamment la garde des enfants". Ces dispositions ont été remises en cause par l'article 52, alinéas 2 et 3 du code de la famille: "Si le droit de garde est dévolu (à l'épouse divorcée) et qu'elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'accueillir, il lui est assuré, ainsi qu'à ses enfants, le droit au logement selon les possibilités du mari. - Est exclu de la décision, le domicile conjugal s'il est unique". L'incompatibilité de ces deux dispositions est évidente, d'où s'ensuit l'abrogation implicite de l'article 467, alinéas 2 et 3 du code civil. Il suffit que la loi postérieure procède à un réaménagement d'un domaine réglementé par la loi antérieure pour que celle-ci soit abrogée. C'est ce qui résulte de l'article 2 du code civil: "La loi ne peut être abrogée que par une loi postérieure édictant expressément son abrogation. - Toutefois l'abrogation peut aussi être implicite lorsque la nouvelle loi

ont été élaborés, dont le célèbre "El-Amal" El-Fassi". Il s'agit certes d'un mode mineur par rapport aux monuments de consultations juridiques mais il témoigne de la nécessité de ne pas s'enfermer dans un dogmatisme rigide, à l'instar de la codification.

2 - La codification

Pour l'ensemble du droit commun, privé et public, la codification est réelle ou matérielle, en ce sens qu'elle a pour objet d'élaborer des règles de droit s'appliquant à une matière déterminée (code civil, code de l'état-civil, code de la santé publique, code communal, code de la wilaya...). Au contraire la codification des règles du statut personnel est formelle en raison du rôle réduit du législateur. La technique de compilation consiste à reprendre des règles de droit préexistantes et ayant force obligatoire, sans toucher à leur contenu.

Pour être formelle, la codification n'en présente pas moins de notables avantages. Le code de la famille constitue un instrument d'accès commode aux règles usuelles du droit musulman et dispense de la consultation malaisée des monumentaux traités des fukahha. Il offre aussi la sécurité juridique à propos d'une question controversée par la doctrine musulmane. Il permet de fixer la portée d'une règle de droit musulman qui a été dénaturée en pratique; lorsque les articles 9 et 13 exigent le consentement de l'épouse c'est pour mettre un terme à la pratique du "droit de djabr" (du mariage forcé) qui découle d'une interprétation abusive de l'enseignement malékite. Parfois le code écarte la doctrine malékite au profit d'une solution hanafite jugée meilleure, comme l'obligation alimentaire de la mère, celle des ascendants et des descendants, la question des arrérages de la pension alimentaire (articles 76, 77 et 80). Le code permet même d'imposer une règle qui n'est admise que par certains fukahha, notamment le "tanzil" (droit des petits-enfants de succéder à leur grand-père en cas de père prédécédé, prévu par l'article 169).

Par ce biais le principe de non-retroactivité posé par l'article 2 du code civil, trouve l'occasion de s'appliquer. A priori la question ne

meilleure solution: "Il est établi en fikh et en jurisprudence que l'épouse a la faculté de stipuler ce qu'elle veut comme clauses à condition de ne pas rendre licite ce qui est prohibé ou de prohiber ce qui est licite et de ne pas porter atteinte à l'esprit du mariage". C'est ainsi que l'épouse peut insérer la clause de monogamie dans le contrat de mariage ou se réserver le droit de divorcer.

Les sources accessoires énumérées à l'article 1er, alinéas 2 et 3, du code civil n'ont évidemment pas droit de cité en matière de statut personnel: "En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon... la coutume. - Le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité". Pour ce qui est de la coutume, la Cour Suprême a rendu des arrêts excluant la coutume d'exhérédation de la femme et celle accordant le droit de garde au père de préférence à la branche maternelle: "En matière de statut personnel, la coutume locale ne saurait faire échec à la loi", sous-entendu la loi islamique (C.S., 21/6/67). Il est hors de question d'étendre le droit naturel au statut personnel, car il ne saurait exister de droit transcendant à la chariâa.

Quant aux règles de l'équité, elles posent le problème épineux de l'égalité des droits de l'homme et de la femme. D'un côté l'article 29 de la Constitution proclame: "Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause... de sexe", de l'autre l'article 39 du code de la famille prescrit: "L'épouse est tenue d'obéir à son mari, et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille". En dernier lieu il est certain que les juridictions sont amenées à élaborer une jurisprudence en mettant en oeuvre la coutume, le droit naturel et l'équité. La jurisprudence, en tant que source de droit, est niée par la théorie positiviste mais elle est incontestable en sociologie juridique. En tout état de cause, la jurisprudence est reconnue par la Constitution, à l'article 152, alinéa 3: "La Cour Suprême et le Conseil d'Etat assurent l'unification de la jurisprudence à travers le pays et veillent au respect de la loi". En matière de statut personnel, le juge ne peut pas s'accorder plus de pouvoirs qu'il n'en reconnaît au législateur et il se limite à la mise en oeuvre de la chariâa; il n'en demeure pas moins que des traités de jurisprudence musulmane

Quant au code civil, non seulement il ne contredit pas ces données de base mais encore il les conforte. C'est ce qui ressort de l'article 1er: "La loi régit toute les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions". Cette périphrase ne prend de signification que par rapprochement avec l'article 1er du code de la famille. L'un et l'autre s'accordent pour dissocier leurs domaines respectifs d'application et en fixer les limites. Ce dualisme juridique est mis en oeuvre tout au long du code civil. Ainsi l'article 31 renvoie au code de la famille pour la réglementation de l'absence et de la disparition, les articles 42, 43 et 44 pour les incapacités, l'article 774 pour les successions, l'article 775 pour le testament.

Ce dualisme juridique ainsi affirmé pour la source principale du droit, se prolonge pour les sources accessoires. Le droit musulman ne saurait comporter de lacunes alors que les dispositions législatives peuvent effectivement s'avérer insuffisantes. L'article 222 du code de la famille corrobore l'article 1er: "En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chariâa". La jurisprudence ne se fait pas faute d'user de cette voie: "IBN ZEID EL-KAIRAWANI énonce dans son Epître que le mariage ne se forme qu'avec un tuteur matrimonial, une dot et deux témoins véridiques. En outre le père ou un autre tuteur matrimonial ne peut marier la jeune fille qu'avec son consentement et non pas par délégation verbale" (C.S., 24/9/84).

Un problème d'interprétation se pose à propos des clauses adjointes au contrat du mariage. L'article 19 prévoit que les conjoints peuvent stipuler dans le contrat de mariage toute clause à moins qu'elle ne soit contraire aux dispositions de la présente loi. Formulée telle quelle, cette disposition est dépourvue de signification et elle anéantit la pratique des pactes adjoints alors qu'elle est courante, puisqu'il n'existe pas de question qui soit restée à l'écart du fikh. Pour lui donner un sens, le réflexe du juriste consiste à distinguer les règles impératives et dispositives; mais pareille méthode ne nous paraît pas conforme à l'esprit du droit musulman. Un arrêt du 3 mars 1971 donne une bonne

libérale et la séparation des pouvoirs. Toutefois cette opposition est plus théorique que pratique; elle est tranchée sur le plan de la théorie générale des lois mais elle s'estompe sur celui de l'exécution des lois et elle doit faire place à la nécessaire coordination des règles de droit. Parce que "le juge n'obéit qu'à la loi" (article 147 de la constitution), il lui appartient de mettre en oeuvre l'ensemble des législations de manière harmonieuse.

I - LE DUALISME JURIDIQUE EN THEORIE GENERALE DU DROIT

Les deux ordres juridiques sont inconciliables pour ce qui relève des sources de droit de la codification et l'abrogation.

1 - Les sources de droit

Le principe est énoncé dès le premier article du code de la famille: "Toutes les relations entre les membres de la famille sont régies par les dispositions de cette loi". Ceci signifie que la chariâa constitue le droit positif et exclue l'intrusion d'une règle étrangère pour ne pas perturber son ordonnancement. Le droit musulman n'est ni une source matérielle, ni une force créatrice dont s'inspirerait la législation, mais une source formelle de droit. La jurisprudence emboîte le pas de ce dualisme juridique: "Il est établi en fikh et en droit qu'en ce qui concerne les affaires du statut personnel, il est nécessaire de faire application des règles de la chariâa" (C.S., 30/12/85)(1). D'ailleurs telle a été la position de principe constante de la Cour Suprême, avant même la promulgation du code de la famille: "Il est de jurisprudence constante qu'il est nécessaire d'appliquer en matière de statut personnel, les règles de la chariâa islamique, de manière exclusive" (C.S., 12/7/82). De la sorte il n'a pas pu exister de vide juridique avant la promulgation du code de la famille, la chariâa constituant dans un cas comme dans l'autre, le droit positif.

LE DROIT DE LA FAMILLE ET LE DUALISME JURIDIQUE

Mohammed Chérif SALAH - BEY *

Certaines dispositions du code civil constituent le droit commun, en ce qu'elles s'étendent d'une manière générale aux branches du droit privé et du droit public, telles que les sources du droit, la promulgation de la loi, le principe de non-rétroactivité, les règles d'abrogation, les notions de contrat et de responsabilité... Mais voilà que le code de la famille (loi du 9 juin 1984) entend s'ériger en un ordre juridique distinct de manière à éviter la subordination de la chariâa au droit civil. Il s'ensuit que le système juridique algérien se compose de deux ordres juridiques autonomes, l'un émanant de la compilation du droit musulman et l'autre issu de la réception de la famille juridique romano-germanique et qu'il présente un caractère hétérogène. Cette dichotomie est consacrée par la Constitution; l'article 2, en proclamant l'Islam religion d'Etat implique le caractère obligatoire de la chariâa, tandis que la constitution dans son ensemble repose sur la doctrine

* Professeur de droit à l'Université d'Alger.