

Le statut de la femme marocaine résidant en France

au regard du nouveau Code marocain de la famille

Aboudahab Zouhair (*)

**En quoi la femme marocaine
résidant en France peut-elle,
à la lumière du nouveau
Code de la Famille au Maroc,
bénéficier de plus de
liberté d'action quant
au mariage,
à la répudiation,
à la garde des enfants ...?**

**L'article de Maître Aboudahab
Zouhair éclaire ici
l'imbroglio juridique
en la matière.**

Avec l'adoption d'un Code de la famille le 5 février 2004, le Maroc vient de franchir un pas important dans la protection et l'amélioration des droits de la femme marocaine - jusque-là confinés dans une *Moudawana* archaïque et inégalitaire. Le Maroc figure ainsi, après la Tunisie, en tête des pays arabo-musulmans ayant réformé et modernisé le statut de la femme.

Mon propos ne consistera pas ici en une analyse détaillée des dispositions de ce nouveau Code, mais à en aborder la dimension transnationale ; autrement dit ses extensions en terre d'immigration : le nouveau Code aura-t-il des effets sur la situation juridique de la femme marocaine résidant en France ? Dans l'affirmative, est-il susceptible d'améliorer substantiellement ses droits familiaux ?

La réponse à ces deux interrogations passe nécessairement par la résolution d'une autre : quelle place le droit français réserve-t-il, en matière de statut personnel (mariage, statut des époux, filiation, autorité parentale, divorce, ...), aux lois des pays dont les ressortissants résident en France : deux époux marocains résidant en France sont-ils régis par le droit français — droit du pays de leur résidence — ou par le droit marocain — droit du pays de leur nationalité commune ?

Deux réponses opposées sont apportées par les pays européens à la question de la loi applicable au statut personnel et familial des étrangers qui y résident : les pays dits « territorialistes » - principalement les pays de droit anglo-saxon (Angle-

(*) *Avocat*

terre, Irlande, ...) - appliquent aux étrangers la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle ; les pays dits « personnalistes », quant à eux, appliquent aux étrangers qui y demeurent la loi de leur nationalité : il en est ainsi, notamment, de l'Italie, de l'Allemagne, de l'Espagne et, dans une moindre mesure, de la France...

Retenons, donc, qu'en principe, en matière de statut personnel et familial, la France applique aux étrangers qui y résident la loi de leur nationalité commune.

Cette affirmation doit être toutefois fortement nuancée. D'une part, la France a ratifié de nombreuses conventions internationales réduisant le champ d'application de la loi personnelle — par substitution de celle du domicile ou de la résidence habituelle (par exemple dans le domaine de l'autorité parentale) —. D'autre part, en matière de divorce, la France a adopté en 1975 une loi en vertu de laquelle le divorce de deux époux étrangers ayant l'un et l'autre leur domicile en France est régi par la loi française (article 310 du Code civil).

Reste que, s'agissant des ressortissants marocains, la France et le Maroc ont conclu, le 10 août 1981, une convention bilatérale aux termes de laquelle le divorce de deux époux marocains résidant en France relève du droit marocain et non du droit français.

Il découle donc de ces premières considérations que le nouveau Code marocain de la famille est, en principe, appelé à s'appliquer aux quelques 340 000 femmes marocaines résidant en France(1), y compris en matière de divorce.

Le nouveau Code est-il, dès lors, de nature à leur assurer une meilleure protection en terre d'immigration et à résoudre les difficultés particulières qu'elles y éprouvaient auparavant du fait de l'ancienne *Moudawana* ?

S'il est permis de penser que ce nouveau texte est susceptible de renforcer les droits familiaux des femmes marocaines résidant en France, il y a tout lieu de penser, en revanche, qu'il ne résoudra pas nombre de situations inextricables qu'elles y rencontrent. En ce sens, le nouveau Code n'améliorera pas substantiellement leur statut.

On illustrera ces propos à travers l'institution du mariage, le divorce et le droit de garde des enfants.

Du mariage des Marocains en France

Il est indéniable que le nouveau Code introduit nombre de modifications de fond allant dans le sens d'une meilleure protection des droits de la femme marocaine et d'une moindre inégalité entre elle et son conjoint masculin.

Ainsi, le Code place sur un pied d'égalité la femme et l'homme vis-à-vis de l'âge matrimonial, le fixant, sauf exception, à 18 ans révolus pour les deux sexes (en France, l'âge matrimonial de la femme est fixé à 15 ans). Il supprime, également, l'obligation pour la future épouse d'avoir un tuteur matrimonial, cette institution relevant désormais de sa liberté de choix dès lors qu'elle a atteint l'âge de la majorité. De même le mari n'est plus chef de famille mais partenaire de son épouse. N'ayant pu cependant franchir le pas de l'abolition du mariage polygamique — la Tunisie restant l'unique exemple en la matière - le code en fait une exception sévèrement encadrée.

S'agissant plus particulièrement des Marocains résidant à l'étranger, le texte consacre en leur faveur la reconnaissance de la forme civile du mariage devant les autorités du pays d'établissement.

Désormais, en application de cette nouvelle disposition, le mariage des Marocains établis en France devra être reconnu par les autorités marocaines lorsqu'il a été célébré devant l'officier d'état civil de l'Etat d'immigration, sans qu'il y ait lieu de procéder à une nouvelle célébration de ce mariage auprès des autorités marocaines — pratique courante d'antan. Il suffit désormais que l'acte soit transmis au consulat du Maroc pour enregistrement.

De même, s'agissant de la dot (« *sadaq* » à verser à l'épouse) - qui constitue en droit marocain une condition de fond de validité du mariage — le texte induit que le mariage célébré à l'étranger sera valable au Maroc même si l'acte ne fait aucune mention de la dot ; il suffit désormais, pour sa validité, que l'acte ne comporte pas de renonciation expresse à la dot.

Dans le domaine des rapports entre époux, le nouveau Code introduit un certain nombre de modifi-



cations dans l'esprit d'un plus grand partenariat entre la femme et l'homme face aux charges du mariage.

On mentionnera, ici, à titre d'exemple, le principe de la réciprocité des droits et devoirs des époux dans le mariage et, conséquemment, la consécration de l'abolition du devoir d'obéissance de la femme au mari ... On mentionnera, également, la possibilité désormais reconnue aux époux, par dérogation au principe de séparation des biens, d'aménager un cadre contractuel, indépendant de l'acte de mariage, leur permettant, par exemple, d'opter pour un régime de communauté de biens.

Cela étant, aussi importantes soient-elles, ces modifications ne sont guère susceptibles de transformer substantiellement le statut de la femme marocaine résidant en France - dont un certain nombre de difficultés spécifiques perdureront, le Code n'y apportant aucune alternative.

Il en est ainsi d'abord des témoins du mariage dont l'admission demeure subordonnée par le Code à la condition qu'ils soient masculins et musulmans. Il en est ainsi, également, de l'interdiction du mariage de la Marocaine musulmane avec un non-musulman, sauf si celui-ci se convertissait à l'Islam.

Saisi d'un mariage dans ces dernières hypothèses — de plus en plus fréquentes - l'officier d'état civil français ne pourra en refuser la célébration, les conditions posées par la loi marocaine étant considérées comme contraires à l'ordre public français. Or, célébrés en France, ces mariages ne seront pas reconnus au Maroc, compte tenu de l'ordre public marocain : on aboutit alors, dans ces hypothèses, à des mariages dits « boiteux »...

Du divorce des Marocains résidant en France

S'agissant du divorce, l'esprit du Code marocain est de contrebalancer le droit unilatéral du mari à répudier son épouse — maintenu par le nouveau texte - par la reconnaissance au profit de l'épouse de nouveaux droits au divorce (2), en particulier le divorce pour désunion du couple (*chikak*) - innovation la plus importante du Code(3).

Cette procédure implique que lorsqu'un différend persiste dans le couple, la femme (ainsi que l'homme) pourra désormais saisir le juge d'une procédure de résolution de ce différend qui, en cas d'échec, débouchera sur le droit pour elle de divorcer nonobstant la volonté contraire de son mari ; le Tribunal prononce le divorce dans un délai maximum de 6 mois.

Rapportée au contexte de l'immigration, cette procédure implique que le juge français pourra, désormais, se voir saisi par des femmes marocaines ayant leur domicile conjugal en France sur le fondement d'une mésentente du couple, voire d'une incompatibilité d'humeur, pourvu que le motif invoqué soit de nature à rendre plausible la désunion du couple (en dehors de toute rupture de la communauté de vie) : si la tentative de conciliation échoue, le juge français devra prononcer le divorce, et ce, indépendamment de toute notion de faute conjugale.

Cette procédure consacre ainsi, quasiment, un droit unilatéral au divorce au profit des Marocaines résidant en France, dans un contexte où le droit français ne le consacre que dans la seule hypothèse d'une rupture de la vie commune depuis 2 ans (4).

Cela étant, il demeure que le Code n'a pas aboli le droit unilatéral du mari à répudier son épouse,

même s'il l'a subordonné à des conditions strictes et dissuasives (tentative de conciliation judiciaire, attribution de la jouissance du domicile conjugal à la femme ou, le cas échéant, un logement convenant à sa situation et à celle de son mari, consignation préalable des pensions dues à l'épouse et aux enfants avec prise en compte du degré d'abus avéré dans l'exercice du droit de répudier par l'époux ...). Certes, saisi d'une procédure de répudiation par un époux marocain établi en France, le juge français refuserait d'y donner suite au motif de son incompatibilité avec l'ordre public français — dont le principe d'égalité des époux face au mariage et sa dissolution.

Reste que la question se pose autrement lorsque le mari, établi en France avec son épouse, se déplace au Maroc et l'y fait convoquer aux fins de répudiation.

Dans nombre de cas, ces répudiations produisent leurs effets en France dès lors qu'elles n'ont pas été contestées par les épouses marocaines devant le juge français. Dans le cas contraire, si globalement la jurisprudence française paraît réfractaire à la reconnaissance de ces répudiations, on peut s'interroger sur son attitude future face aux répudiations qui pourraient être prononcées au Maroc sur le fondement du nouveau Code : la justice française les écartera-t-elle au motif qu'elles demeurent contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme prescrivant l'égalité des époux face aux droits et obligations liés au mariage ? Les admettra-t-elle, au contraire (5), au motif que le nouveau Code les subordonne à des conditions très restrictives pour l'époux, garantit les droits de la défense de l'épouse, ses droits pécuniaires, et lui permet désormais d'engager une procédure rapide de divorce pour désunion ?

L'avenir nous le dira...

Des rapports mère - enfants

Le Code de la famille renforce le statut de la femme marocaine en tant que mère pendant le mariage comme après sa dissolution, notamment par l'obligation - commune aux époux - de « ... concertation en matière de décisions relatives à la gestion des affaires familiales, des enfants et de planning familial ».

Il demeure, cependant, que la tutelle légale sur l'enfant appartient au père seul et cette prérogative ne revient à la mère que dans des cas limités, tels le cas d'absence du père, son incapacité juridique, ou encore son empêchement - la mère ayant dans ce dernier cas le droit de décider sur les affaires urgentes de l'enfant.

Cela étant, ces dispositions resteront sans effets notables sur la situation des parents marocains résidant en France, dans la mesure où l'ordre public français — notamment les principes d'égalité et d'autorité parentale conjointe - s'opposerait à leur application en dépit de la convention franco-marocaine.

En revanche certaines inégalités maintenues dans le statut de la femme marocaine continueront à produire leurs effets en France.

Je n'aborderai pas ici — l'espace de ces colonnes ne le permettrait pas - les difficultés liées au statut très peu protecteur de la femme marocaine mère d'un enfant naturel, notamment l'impossibilité pour elle d'engager à l'encontre du père une action à fin de subsides au profit de l'enfant. Je n'aborderai pas non plus l'inégalité encore maintenue entre la femme et l'homme dans la transmission de la nationalité marocaine à l'enfant... Je me bornerai à évoquer la question du statut de la femme marocaine au regard de la garde des enfants après divorce.

Le système juridique issu du Code de la famille, reproduisant celui issu de la *Moudawana*, prévoit l'attribution du droit de garde selon un ordre de dévolution pré-établi : priorité à la mère, à défaut de la mère au père, à défaut à la grand-mère maternelle ... Le Code reproduit, ce faisant, le principe de la déchéance automatique du droit de garde de la mère en cas de remariage de sa part, au profit du père ou de la grand-mère maternelle.

Certes, le nouveau Code atténue le principe de cette déchéance automatique en la restreignant à l'hypothèse où l'enfant est âgé de plus de 7 ans, de même qu'il consacre le droit pour la fille et le garçon, à partir de l'âge de 15 ans, de choisir de vivre avec son père ou sa mère.

On n'ignorera pas, toutefois, les difficultés qu'une telle déchéance automatique du droit de garde de la

mère est susceptible de soulever au plan de son application en France.

Saisi d'une demande sur ce fondement, le juge français, il est vrai, n'accéderait pas à la demande du père et ne ferait pas application du Code marocain. Outre qu'aucune disposition de la convention franco-marocaine ne l'y obligerait, le système juridique français rejette, en effet, tout principe de dévolution automatique de la garde des enfants suivant un ordre pré-établi, le juge devant s'en tenir, en la matière, à la seule considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Qu'en est-il cependant au cas où le père marocain, après remariage de son ex-épouse, saisit le juge marocain aux fins de confier l'enfant à son père pour cause de déchéance du droit de garde de la mère ? Faisant application du Code de la famille, le juge marocain ne peut, en principe, qu'accéder à cette demande dès lors que l'enfant a plus de 7 ans. De plus, suivant les termes de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, la reconnaissance ou l'exécution d'une telle décision du juge marocain ne peut être refusée en France dès lors que les parents sont tous deux de nationalité marocaine (même si l'enfant et les deux parents résident en France).

Or si, même postérieurement à la saisine du juge marocain par le père, la mère obtient auprès du juge français une décision fixant la résidence de l'enfant chez elle, cette décision judiciaire prévaudrait en France sur le jugement marocain en dépit de l'antériorité de celui-ci : ainsi la Cour de cassation en a-t-elle décidé et interprété la convention franco-marocaine dans un arrêt récent (Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004 : Mme E. c. A. — Pourvoi n° E 02-13.490).

Des contrariétés de jugements sont donc fort à craindre dans le domaine de la garde des enfants après remariage de la mère gardienne, les conceptions juridiques marocaine et française étant opposées à cet égard. Les conséquences pour les intéressés en seraient des situations inextricables ...

En conclusion

Il est indéniable que le nouveau Code marocain de la famille dote la femme marocaine de nouveaux

droits civils et familiaux dans l'optique d'une plus grande égalité avec son partenaire masculin. La mise en oeuvre concrète du Code dépendra toutefois du degré d'information et de sensibilisation qui sera entrepris au Maroc en direction tant de la femme que de l'homme ; l'effectivité du texte reposera également sur le degré d'ouverture des magistrats et avocats à son esprit réformateur.

Cela étant, si dans certains cas l'application en France du Code marocain est susceptible de renforcer les droits de la femme marocaine, il laissera sans solution en revanche, de graves disparités dans son statut d'immigrée/émigrée assujettie à deux systèmes juridiques parfois opposés.

D'aucuns appellent de leurs vœux à une modification de la loi française relative au statut personnel et familial en vue de son application intégrale aux étrangers qui résident en France, l'argument avancé étant de leur assurer une meilleure intégration. Une telle perspective supposerait pour les Marocains résidant en France, tout au moins, l'abrogation pure et simple de la convention franco-marocaine du 10 août 1981.

D'autres, au contraire, insistent sur la nécessité de reconnaître aux étrangers résidant en France les spécificités propres à leurs cultures et systèmes juridiques, en rappelant que le Code civil français (article 3) prévoit, lui-même, l'application de la loi française en matière familiale aux Français qui résident à l'étranger.

Sans trancher ce débat, appelons de tous nos vœux, pour notre part, à la poursuite de l'effort réformateur entrepris par le Maroc en vue d'une plus grande égalité, en droits et devoirs, entre la femme et l'homme. ■

(1) - Le Monde, 17 septembre 2004, p. 13.

(2) - Parmi les modes de dissolution judiciaire du mariage anciennement reconnus à la femme par la *Moudawana*, on mentionnera le divorce pour préjudice, pour absences du mari du domicile, pour vices rédhibitoires, pour sermon du dos ou abandon du lit par l'époux, ainsi que le divorce pour défaut d'entretien. Rappelons, par ailleurs, que s'agissant

du divorce non judiciaire, l'ancienne *Moudawana* permettait à l'épouse de procéder à sa propre répudiation — *Tamlik* - si le mari lui avait consenti ce droit au moment de la conclusion du mariage. Elle lui permettait également de convenir avec son mari de la répudier moyennant une compensation financière qu'elle s'engageait à verser (*Khol'*). Le nouveau Code de la famille a repris tous ces modes de dissolution du mariage sans grand changement, en y ajoutant, ce faisant, le divorce pour désunion du couple et le divorce par consentement mutuel.

(3) - Voir, Fatna SAREHANE, « Le nouveau code marocain de la famille », *Gazette du palais*, n° 247-248, 4 sept. 2004.

(4) - Il s'agit du divorce pour altération définitive du lien conjugal, nouvellement introduit par la loi du 26 mai 2004 relative au divorce.

(5) - Voir, en ce sens, Marie-Laure NIBOYET, « L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes », *Gazette du Palais* N° 247-248, 4 sept. 2004, pp. 27-28.

