

REVUE **DROIT & SOCIETE** مجلة القانون و المجتمع

دورية علمية محكمة تعنى با لدراسات و الأبحاث في المجال القانوني و الاجتماعي و الاقتصادي.
PERIODIQUE SCIENTIFIQUE A COMITE DE LECTURE, CONSACRE A LA PUBLICATION D'ETUDES
ET DE RECHERCHES DANS LES DOMAINES JURIDIQUE, ECONOMIQUE ET SOCIAL



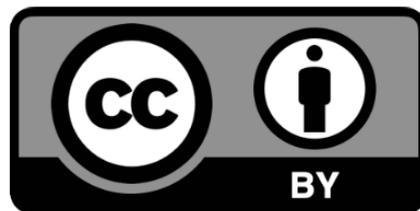
**LA PLACE DE L'ORDRE PUBLIC DANS LE
DROIT DE LA FAMILLE MAROCAIN**
**THE PLACE OF PUBLIC ORDER IN
MOROCCAN FAMILY LAW**

DOI: 10.5281/zenodo.7839298

Yassir BOUGHRARA

Doctorant chercheur en Droit Privé

Université Mohamed V Rabat - Maroc



N° 9 - AVRIL / JUIN 2023

REVUE DROIT & SOCIETE



Éditée Par
SOCIAL AND MEDIA STUDIES INSTITUTE



REVUE DROIT & SOCIÉTÉ
ISSN : 2737-8101

LA PLACE DE L'ORDRE PUBLIC DANS LE DROIT DE LA FAMILLE MAROCAIN



REVUE DROIT & SOCIÉTÉ
N° 9 - AVRIL / JUIN 2023

Yassir BOUGHRARA

Doctorant chercheur en Droit Privé

**Université Mohamed V Rabat -
Maroc**

RESUME

La famille est une institution fondée sur les bases et conséquences du principe de l'autonomie de la volonté des deux époux (consensualisme, liberté « contractuelle » ...) qui demeure néanmoins limitée et encadrée par les exigences de l'ordre public non seulement au cours de la vie de cette

union conjugale, mais aussi dans les relations parentales.

Cette institution, considérée comme l'ossature de la société, est régie dans un cadre relationnel très étroit liant l'ordre public au droit de la famille et qui vise la stabilité et l'épanouissement de la famille dont le fondement, certes, requiert la rencontre de deux volontés, mais dont l'union est assujettie, par la suite, à une réglementation bien scellée. Ainsi, le présent document illustre, d'abord, ce rôle de l'ordre public dans le droit de la famille marocain par rapport à l'autonomie de la volonté avant de déceler les éléments de dégradation de cette corrélation « ordre public-droit de la famille » tantôt suite au déclin de la famille, tantôt vu l'altération des préceptes de l'ordre public et l'influence moderniste plutôt individualiste.

Mots clés : *Droit de la famille marocain, Moudawanah, Ordre public, Autonomie de la volonté, Consensualisme, Liberté contractuelle.*

THE PLACE OF PUBLIC ORDER IN MOROCCAN FAMILY LAW

Yassir BOUGHRARA

PhD Student in private law

Mohamed V University- Rabat,
Morocco

ABSTRACT

The family is an institution founded on the bases and consequences of the principle of autonomy of the will of the two spouses (consensualism, contractual freedom, etc.) that however remains limited and framed by the requirements of the public order not only during the life of this conjugal union but also within the parental

relations.

This institution, considered as the backbone of the society, is governed within a very close relational framework linking the public order to the family law and which aims to the stability and development of the family which foundation requires the meeting of two wills but whose union is subsequently subject to well-established regulations. Thus, the present document illustrates, first, this role of the public order in moroccan family law in relation to the autonomy of the will before detecting, then, the elements of degradation of this correlation "public order-family law" sometimes due to the decline of the family, sometimes to the alteration of the precepts of the public order and the rather individualistic modernist influence.

Keywords: *Moroccan family law, Moudawanah, Public order, Autonomy of will, Consensualism, Contractual freedom*

INTRODUCTION

Le droit de la famille est l'ensemble des règles qui gèrent la vie privée (à savoir l'identité et l'état civil) et familiale de la personne ainsi que toutes les relations qui en découlent que ces relations soient de portée matrimoniale, parentale ou patrimoniale (portant sur les biens de la famille) (Naji EL Mekkaoui, 2010). Quid de la notion d'ordre public ?

La notion d'ordre public est une notion très floue et pour laquelle plusieurs définitions ont été élaborées jusqu'au point qu'une thèse de doctorat de M. Malaurie a relevé en appendis 21 définitions de l'ordre public qu'il a pu recueillir chez les auteurs ou dans les arrêts. La sienne, la 21^e, est la suivante : « l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » (El Baaj, 2009). Cette définition étant très vague,

mais aussi très significative, elle survient après plusieurs autres dont les contenus varient, mais pour lesquelles la conception reste toujours le même autour, d'un côté, de la paix sociale, l'ordre, la sécurité publique, la tranquillité et la morale et, d'un autre, la préservation de la structure de l'Etat et de celles de ses institutions principales. Or, la famille ne constitue-t-elle pas la principale institution de tout Etat ?

En effet, la famille, associant, d'habitude, le mari, l'épouse, les enfants, ainsi que les personnes apparentées, constitue la charpente de l'édifice social et revêt une importance particulière dans la société en général, et marocaine en particulier, malgré son déclin permanent, non seulement dans les Etats laïques, mais aussi dans ceux dont les droits sont de sources religieuses. Une institution fondée sur les bases et conséquences du principe de l'autonomie



de la volonté des deux époux (consensualisme, liberté « contractuelle » ...) mais limitée et encadrée par les exigences de l'ordre public non seulement au cours de la vie de cette union conjugale, mais aussi dans les relations parentales.

Cette place, qualifiée d'ossature de la société, étant établie, nous déduisons donc la relation très étroite qui lie l'ordre public au droit de la famille et qui vise la stabilité et l'épanouissement de la famille dont le fondement, certes, requiert la rencontre de deux volontés, mais dont l'union est assujettie, par la suite, à une réglementation bien scellée. Il convient donc d'illustrer, dans un premier temps, ce rôle de l'ordre public dans le droit de la famille par rapport à l'autonomie de la volonté (I) avant de nous pencher sur les éléments de dégradation de cette corrélation « ordre public-droit de la famille » tantôt suite au déclin de la famille, tantôt due à l'altération des préceptes de l'ordre public et l'influence moderniste plutôt individualiste (II).

Il convient de noter que, suite à la grande divergence de la relation et des délimitations entre les ordres publics locaux ainsi que les droits de famille dans le monde, notre étude se limitera au cas de l'ordre public, tel que reconnu au niveau national, ainsi que le droit de famille marocain « la Moudawanah », tous deux fortement attachés aux principes religieux, tout en recourant, de temps à autre à travers des exemples, au droit comparé. Une approche qui se justifie par le constat de M. Jean PINEAU (2009) qui annonce que « l'ordre public classique de direction, s'il se maintient dans les pays relevant d'un droit religieux, marque un recul certain dans les pays soumis à un droit laïque ; il ne disparaît certes pas, mais il cède le pas à un nouvel ordre juridique familial, le plus souvent de protection, mais à contenu variable : protection de la personne, des époux, de l'intérêt de l'enfant, des consentements, ou encore égalité,

collégialité, solidarité, partage. [On] relève donc l'existence d'une multiplicité d'ordres qui, parfois, se recoupent, mais qui, parfois aussi, entrent en conflit et peuvent donner l'impression d'un certain ... désordre ! » (Pineau, 1999).

I. L'ordre public et le droit de la famille en harmonie pour une rationalisation de la volonté individuelle

Avant d'aborder cette partie de notre analyse, il convient d'indiquer le sens que nous entendons donner à l'« ordre public » au niveau national. En effet, l'ordre public interne comprend, indistinctement, « toutes les règles impératives et prohibitives » qui régissent la vie du sujet de droit pris en qualité d'être singulier ou de personne, de membre d'une famille ou, plus largement encore, de la société tout entière. Or, dans le contexte de la famille, l'illustration de cet ordre a été concrétisée au sein des textes du code de la famille de 2004 (Loi n° 70-03 portant « Code de la famille », 2005) puisque que l'ordre public, familial, est basé sur des fondements religieux en premier lieu, mais aussi de principes internationaux. Des principes que la Moudawanah a su concrétiser « après plusieurs remodelages, fidèles au Droit Musulman, respectueux des revendications concertées et des conventions internationales et bilatérales ratifiées par le Gouvernement marocain » (Naji EL Mekkaoui, 2010).

Ceci dit, face à ces règles impératives, d'autres règles, cette fois supplétives, tiennent leur place au sein des relations familiales (conjoint, parents, descendants ...) en partant de la liberté de contracter mariage et le choix de son conjoint jusqu'à la gestion de ses biens et l'élaboration du testament à hauteur d'un seuil régi par l'ordre public. A noter aussi que dans des cas déterminés, cet ordre joue même le rôle de protecteur de cette liberté à l'instar du



consentement du mariage représentant l'élément constitutif unique du mariage.

Cette présence de la dualité ordre public-autonomie de la volonté étant très abondante au sein de la Moudawanah, il convient par la suite de distinguer sa place dans le volet extrapatrimonial des relations de famille (1) avant d'évoquer le volet patrimonial (2).

1. Droit extrapatrimonial de la famille

L'ordre public familial extrapatrimonial intéresse la vie des époux : le mariage (a) quelques effets du mariage (b) et le divorce (c) et enfin la filiation (d).

a. Le mariage

Le droit musulman et la Moudawanah accordent une place de choix au mariage qu'elle érige en véritable institution. Cette valorisation du mariage découle directement du Coran et de la Sunna et c'est la raison pour laquelle c'est l'acte où l'ordre public est le plus présent en vue d'assurer aussi bien une stabilité qu'une durabilité.

Ainsi, partant du principe que l'acte matrimonial est d'ordre public, le nouveau code de la famille a défini des formalités et des conditions limitatives de fond pour la validité du mariage. De ce fait, il ne suffit pas la rencontre des volontés des deux futurs époux ou la Fatiha¹ pour entrer dans la relation de mariage, mais le législateur l'a bien réglementé.

Pour ce qui est de la forme, l'acte de mariage constitue la preuve du mariage² qui doit être soumis à l'autorisation du juge qui vérifie que les conditions légales sont

¹ La Fatiha est la sourate d'ouverture du Coran. Sa lecture est une pratique admise dans le droit de la famille marocain comme promesse mutuelle de contracter mariage (art. 5 de la Moudawanah).

² Code de la famille, art 16, alinéa 1^{er}.

réunies et qu'il n'existe aucun empêchement au mariage. Le droit de la famille marocain prévoit une liste d'empêchements au mariage qui peuvent être temporaires ou perpétuels et détaille les mentions que l'acte de mariage doit comporter³. Quant aux mariages contractés à l'étranger, la Moudawanah a adopté une définition des formalités requises pour les internaliser et les conformer à la loi marocaine.

En ce qui concerne les conditions de fond, il faut d'abord que le mariage soit légalement et solennellement conclu, et pour ce faire, il doit d'abord comporter un élément constitutif qui est l'échange de consentement puis réunir un nombre de conditions de validité avant d'honorer les conditions de forme citées dans le paragraphe précédent.

En effet, « le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux »⁴ et la loi marocaine l'exige pour la légalité et la durabilité de l'union (article 4 de la Moudawanah) avec la condition que ce consentement soit exprimé d'une manière sans équivoque (le silence n'est plus interprété comme consentement). En outre, le nouveau code de la famille marocain a renforcé cette protection, de l'autonomie de volonté, à travers l'exigence de la présence des parties au moment de cette expression et, à défaut, un recours conditionné par une autorisation judiciaire en cas d'une action par procuration.

Il est à préciser aussi que l'âge légal du mariage a été porté à 18 ans pour les deux conjoints, limitant ainsi le mariage des mineures, et que les restrictions imposées à la polygamie sont aussi deux dispositions que le législateur marocain a instauré en vue du renforcement du rapport conjugal que la Moudawanah préconise de faire

³ Article 67 de la Moudawanah.

⁴ Article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.



passer d'un rapport du modèle de l'obéissance au modèle de la concertation, ainsi que l'institution de la réciprocité des droits et devoirs entre les conjoints.

Enfin, nous notons que le droit de la famille marocain, et toujours dans le respect de son ordre public, limite le mariage à l'union de personnes de sexes opposés, et ce, en opposition aux courants appelant au respect du choix individuel qui ne se restreint pas au choix de la personne de son époux, mais peut aller même à contracter mariage avec un conjoint du même sexe à l'instar de ce qui est autorisé dans quelques pays occidentaux comme la France ou la Belgique avec comme argument le devoir du respect des droits fondamentaux de l'individu et la lutte contre la discrimination quant à l'orientation sexuelle. En droit musulman, l'homme musulman peut se marier à une femme non musulmane, mais la femme musulmane ne peut se marier qu'avec un musulman. Ainsi, tout étranger souhaitant se marier avec une marocaine devra se convertir à l'islam. Le mariage homosexuel n'est en aucun cas admis ni reconnu.

b. Les effets extrapatrimoniaux

Le mariage, légalement accompli, est une institution et un édifice garantissant la sécurité de toute la famille en engendrant un ensemble de liens personnels, et aussi matériels que nous allons traiter dans un autre paragraphe relatif aux effets patrimoniaux, entre les deux époux ainsi qu'entre ceux-ci ou chacun d'eux et les personnes apparentées à l'un ou à l'autre. Ces liens, une fois établis, ils produisent, par la force de l'ordre public, un nombre de droits et de devoirs réciproques entre les deux parties au lien, à savoir : le devoir de cohabiter, les charges du ménage, le devoir de veiller sur le foyer et sur les enfants, la prohibition entre les époux et les membres des deux familles apparentés au degré prohibé, etc.

Nous notons, de ce fait, la distinction de ces obligations selon les engagements et les devoirs réciproques entre les époux d'un côté, et ceux reliant ceux-ci vis-à-vis de leurs enfants ou proches parents, d'un autre :

- Les devoirs réciproques des époux : plusieurs aspects de ces devoirs peuvent être recensés dans l'actuel code de la famille où l'ordre public se manifeste à travers un ensemble d'obligations listées notamment dans l'article 51 de la Moudawanah à savoir, pour ne citer que quelques exemples : le respect mutuel, le devoir de fidélité conjugale, qui est l'un des éléments essentiels pour la stabilité et la sérénité des foyers et aussi pour la non-confusion des progénitures, la cohabitation légale, la préservation de l'intérêt de la famille ...
- Les devoirs des époux à l'égard des enfants : la protection des enfants ainsi que de leurs intérêts est d'ordre public. Conscient de ce postulat, le législateur marocain n'a pas hésité à définir avec précision dans la nouvelle Moudawanah les devoirs des parents vis-à-vis de leur progéniture (article 54 ainsi que d'autres). Pour ne citer aussi que quelques illustrations, nous évoquerons : la protection de la santé, de la vie et de l'identité de l'enfant, le devoir de la filiation du nouveau-né, la garde, la pension, l'épanouissement et la croissance naturelle de l'enfant ainsi que l'orientation religieuse, l'éducation et la formation. Pour ces points, le dernier alinéa du même article est allé jusqu'au degré de préciser le rôle du ministère public de contrôle de l'exécution de ces dispositions.
- Les devoirs des époux à l'égard des proches parents : en vertu du principe de sauvegarde des intérêts des parents nécessaires ou physiquement incapables, ces derniers sont mis à la charge de leurs enfants. Cependant, et toujours dans le cadre du respect de l'ordre public qui n'irait pas dans le



sens de faire trainer les parents contre leurs enfants devant la justice, la Moudawanah stipule que la Nafaqah des parents n'est due qu'à ceux qui l'ont demandé et qu'à partir de la date de leur demande.

c. Le divorce

L'article 70 de l'actuel code de la famille marocain stipule que « Le recours à la dissolution du mariage, par divorce sous contrôle judiciaire ou par divorce judiciaire, ne devrait avoir lieu qu'exceptionnellement et en prenant en considération la règle du moindre mal, du fait que cette dissolution entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants ». Cet article englobe le concept initial de l'ordre public en matière de rupture du pacte matrimonial qui n'est, comme le précise ledit article, qu'un recours exceptionnel et acceptable que si cette rupture s'annonce indispensable pour éviter un mal plus tragique, et ce, en harmonie avec les préceptes du Droit Musulman qui veulent que le mariage soit conclu pour se perpétuer et garantir la stabilité de l'institution de la famille.

A noter qu'en plus de cette exigence d'ordre public, la perception visant la sauvegarde de la relation du mariage peut être justifiée aussi par « la force obligatoire » qui est l'une des conséquences du principe de l'autonomie de la volonté, source de cette union des deux époux. En effet, selon la thèse de l'autonomie de la volonté, le contrat de mariage tirerait sa force obligatoire de la volonté même des parties, d'où la restriction de se retirer de ce contrat par la simple volonté de l'une d'elles sans recours à une dissolution judiciaire.

Ainsi, et dans un souci d'équité et afin de mettre fin aux différents abus connus antérieurement à la Moudawanah de 2004, cette dernière prévoit plusieurs mesures, en particulier la soumission du Talàq (divorce par déclaration) à une procédure assez

compliquée et sa subordination à l'autorisation préalable du juge. En outre, et dans tous les cas, le tribunal renforce les mécanismes de réconciliation par l'intermédiation de la famille et du juge et exige l'acquiescement par le mari de tous les droits dus à la femme et aux enfants avant l'enregistrement du divorce.

Ci-après, nous citerons quelques illustrations de l'ordre public concrétisées dans le droit de la famille marocain dans le cadre du divorce :

- La tentative de réconciliation : est devenue une obligation du tribunal, sous peine d'annulation, en empruntant toutes les voies et les procédés pouvant rapprocher les parties, en se faisant notamment assister par toute personne ou institution qu'il juge en mesure de l'aider à atteindre cet objectif ;
- Le caractère définitif des jugements prononçant le divorce : aucune voie de recours n'est envisageable contre les décisions judiciaires mettant fin au mariage, quel que soit le motif invoqué (Talàq, divorce ou annulation) ;
- Les droits dus à l'épouse : qui sont stipulés dans l'article 84 de la Moudawanah qui va jusqu'au point de préciser les méthodes d'évaluation.

d. La filiation

Le Code de la famille marocain institue dans son Livre III le régime de la filiation. Fortement imprégnée des règles du droit musulman, la filiation obéit à un système patrilinéaire. L'enfant porte le nom de son père et hérite de lui à condition qu'il soit né dans le cadre du mariage ; le législateur institue à l'article 143 du code de la famille une présomption parentale, à l'égard du père et de la mère.

Cependant, le droit marocain ne reconnaît pas la filiation découlant d'un concubinage, ni la filiation envers plus de deux personnes, ni aussi les conventions de procréation ou de gestation pour le compte



d'autrui, mère de substitution ou mère porteuse, qui sont considérées comme contraires à l'ordre public et une atteinte au respect et à la dignité du corps humain.

La filiation paternelle est définie par la Moudawanah comme étant le lien légitime qui unit le père à son enfant et qui se transmet de père en fils. La légitimité trouve son origine dans le mariage. Elle s'établit par la présomption et ne peut être désavouée que par décision judiciaire. La naissance de l'enfant est déclarée auprès de l'officier d'état civil du lieu où elle est intervenue par les proches parents du nouveau-né et toute personne à laquelle incombe l'obligation de déclarer une naissance et qui n'y procède pas dans le délai légal de 30 jours est punie d'une amende pénale.

Quant à l'adoption, elle est entendue comme institution de substitution d'une famille à une autre, entraînant soit une quasi-rupture (adoption simple) soit une rupture totale (adoption plénière) des liens avec la famille d'origine, n'est pas reconnue en droit de la famille marocain contrairement à d'autres pays surtout européen (la France, la Belgique et le Portugal par exemple) où elle fait l'objet d'une liberté individuelle, mais régie par des dispositions d'ordre public. Les concepts et valeurs tirés de l'islam ont une très forte influence sur l'interprétation du droit de l'adoption par le juge et par la doctrine au Maroc. Le Coran a condamné l'adoption à travers la sourate 33 Al ahzab (Les Coalisés) verset 4, lui retirant tous les effets juridiques. Le droit positif marocain, à travers l'article 149 du code de la famille, s'inscrit dans la continuité de l'interdiction divine de l'adoption et dispose en ces termes : « l'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation légitime. » Le juge ne manque pas d'interpréter strictement cette interdiction et de la rappeler dans ses décisions : « l'adoption ne donne pas droit à la filiation, ni à la succession. Elle est juridiquement

nulle. ». L'origine sacrée de l'interdiction de l'adoption, fermement reprise par le législateur ne laisse aucune place à l'autonomie de volonté dans ce sens ni à une interprétation jurisprudentielle ou doctrinale qui dépasserait la lettre du texte.

Cependant, à défaut d'adoption au sens occidental du terme, le droit marocain prévoit deux modes d'intégration d'un enfant dans une famille d'accueil, à savoir :

- L'adoption dite de gratification (jazâ) ou testamentaire connue sous le terme de tanzil (représentation) ; mesure qui permet de transférer une fraction de son patrimoine au bénéficiaire en le plaçant au rang d'un héritier, sans pour autant créer un lien de filiation ;
- La kafala (prise en charge d'un enfant) qui constitue le second palliatif à la prohibition coranique et légale de l'adoption.

2. Droit patrimonial de la famille

L'ordre public familial patrimonial intéresse : les effets patrimoniaux (a) ainsi que les successions (b).

a. Les effets patrimoniaux

En droit musulman, le seul régime matrimonial est celui de la séparation de biens. En cas de divorce, les époux reprennent leurs biens propres.

Le patrimoine de la femme mariée est géré par elle. Cette gestion n'appartient jamais au mari. L'épouse dispose librement de ses biens propres et de ses revenus, et elle ne doit aucun compte à son mari qui n'a pas le droit d'exiger d'elle une part de ses revenus à titre de contribution aux charges du ménage qui lui incombent entièrement puisqu'elles constituent son devoir exclusif.

Ainsi, le principe de la séparation des biens est d'ordre public et les époux n'ont pas à



choisir un autre régime ; que le régime de la communauté des biens ne se limite pas à la répartition à parts égales des biens, mais va jusqu'à faire fusionner les patrimoines (actifs et passifs) et faire acquérir à chacun des conjoints une quote-part dans tous les biens que possède l'autre, que ces biens soient acquis avant ou après le mariage, que ces biens soient le fruit du travail, de l'héritage ou d'autres facteurs ...

Cette disposition est clairement stipulée dans l'article 49 de la Moudawanah : « Chacun des deux époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre ». Plus encore, ce même article déroge à la finalité impérative de l'ordre public et laisse aux deux époux le choix de se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens (acquis pendant le mariage) à travers une convention distincte de l'acte de mariage. Cette disposition constitue une issue pour mettre en œuvre la volonté du couple pour déterminer librement leur façon de gérer leurs biens. Cependant, en cas de discord et de défaut de présence de cette convention, l'évaluation du juge n'accorde guère la répartition des biens à parts égales des biens, mais recourt à la détermination approximative des efforts fournis par chacun et l'impact de ces efforts sur la fructification des acquêts (les biens communs que le couple achète au cours du mariage).

b. Les successions

« La vocation successorale est reconnue aux époux, et ce, dès la conclusion du contrat conjugal. La même vocation est reconnue aussi aux personnes proches du cujus (l'un des conjoints) en fonction de leur degré de parenté et de leur place dans la hiérarchie successorale telle que graduée dans la Moudawanah. Les règles successorales sont, à dire vrai, d'ordre public, immuables » (Naji EL Mekkaoui, 2010).

Si on exclut le legs, qui constitue une transmission volontaire des biens du de cujus à une ou plusieurs personnes données (qui ne doivent pas être héritières) jusqu'à le seuil du 1/3 du patrimoine du défunt, la succession est régie à part entière par les dispositions de la Moudawanah en partant de sa définition, jusqu'à sa remise et son partage en passant par les causes de la successibilité et sa répartition.

Reste à noter le cas du legs obligatoire qui est une disposition d'ordre public ayant sa place dans la Moudawanah de 2004 et dont l'objectif est la protection des intérêts des petits-enfants d'un fils ou d'une fille décédé(e) avant ou en même temps que le de cujus.

Nous notons, en fin de cette partie, que l'atteinte à un des devoirs et obligations, régis par l'ordre public et stipulés par le code de la famille actuel, est sanctionnée par la loi, notamment la loi pénale, à travers une intervention notamment du ministère public et une répression judiciaire.

L'intervention est systématique du Ministère Public dans toute action visant l'application des dispositions du code de la famille⁵, cependant, vu que le champ familial est très délicat et intime, l'immixtion du parquet doit tenir compte, dans toutes ses décisions et démarches, de l'intérêt de la famille et d'éviter de prendre des mesures hâtives qui peuvent détériorer plus la relation ou générer des répercussions regrettables.

II. L'ordre public et le droit de la famille : deux édifices face aux défis de la modernisation

« Ayant toujours eu l'ultime conviction que la loi est la thérapie apportée quand les autres outils et mécanismes sont défaillants, inutiles ou défectueux et de là

⁵ Article 3 de la Moudawanah.



que, à elle seule, elle ne suffit guère pour garantir la stabilité et l'épanouissement des ménages, [nous] n'avons pas cessé de revendiquer des approches globales à même de prendre en charge les multiples défis socioculturels, économiques... et autres que confronte incessamment la famille, si complexe et si fragilisée. » (Naji EL Mekkaoui, La Moudawanah, Le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie, Tome III : De la réforme de la Moudawanah à la Concrétisation de son Âme, 2009).

Une telle citation, claire et dans le vif, résume les difficultés rencontrées actuellement par la Moudawanah pour préserver les fondements de l'institution familiale, en déclin inquiétant (1), ainsi que les contraintes socioculturelles, économiques et les pressions internationales, facteurs d'altération de l'ordre public et de prévalence de la volonté individuelle (2).

1. La Moudawanah : un édifice en quête de la protection d'une institution fragilisée

Plus de quinze ans après son entrée en vigueur, l'actuel code de la famille semble encore être loin de ses objectifs d'une justice équitable et d'une stabilisation de la structure familiale. Cette difficulté a plusieurs origines allant de ce qui est du dispositif institutionnel devant mettre en œuvre ces finalités jusqu'aux amalgames qui se sont tissées au long des siècles entre l'Islam, en tant que système de valeur et source non seulement d'inspiration de la Moudawanah, mais réelle référence de ses dispositions, d'une part et, de l'autre, le substrat socioculturel traditionnel et la réalité socioéconomique consacrant des pratiques discriminatoires, notamment envers les femmes, et des interprétations tordues des textes divins.

Ainsi, à titre d'illustration de ce dysfonctionnement, et malgré les

dispositions de l'article 70 de la Moudawanah relatif au caractère exceptionnel du recours au divorce ainsi que ses effets, le taux de divorce connaît une montée très inquiétante depuis l'entrée en vigueur de l'actuel code de la famille de 2004⁶. Cette situation, sans précédent, peut être expliquée par l'information exagérée et non sage, surtout de la part des profanes, qui a poussé les femmes à se rebeller et les hommes à réagir agressivement de manière à ébranler les foyers et accentuer les demandes en divorce. En outre, d'autres facteurs entrent en jeu pour la dégradation des liens familiaux et la fragilisation de l'ordre public, les protégeant, qui se confrontent à des entraves socioculturelles, économiques, logistiques et organisationnelles.

De ce fait, et en matière organisationnelle et logistique, nous citerons à titre indicatif le nombre de responsabilités attribuées aux juridictions familiales sans pour autant que ces dernières disposent des moyens adéquats (locaux, effectif ...) pour les satisfaire, notamment en ce qui concerne le mécanisme de réconciliation stipulée comme une obligation du juge, un des acteurs clés de mise en œuvre de l'ordre public familial, avant de prononcer le divorce ou bien celui de vérification des processus relatifs à la sauvegarde des intérêts et des droits des enfants (mariage des mineurs, obligation alimentaire ...) ou des épouses (polygamie, contribution aux fructifications ...).

Pour ce qui est du volet socioculturel, il s'agit de la politisation des normes de la famille, que nous analyserons dans le paragraphe suivant, qui tue la stabilité de la structure familiale et l'induit dans des

⁶ Selon le journal lavieeco.com (consulté le 08 avril 2023), les statistiques officielles du ministère de la justice, ce sont 100.000 divorces qui ont été prononcés en 2017 contre 300.000 unions contractées au cours de cette même année, contre 28.232 divorces en 2005, une année après l'entrée en vigueur du code de la famille.



calculs matériels et des concurrences insignifiantes et inutiles. Et à cet égard, la femme marocaine demeure la principale victime de ce phénomène de confrontation socioculturel entre deux idéaux outrés, l'un endogène : le traditionalisme islamique, parfois même fanatique et l'autre exotique : l'islamophobie occidentale, fruit de l'égoïsme et de l'universalisme culturel.

Et enfin, il faut noter que la famille marocaine a aussi subi de profondes mutations dues à la modernisation, au développement économique et à l'urbanisation. Ces mutations ont généré de multiples précarités et pauvretés qui ont affaibli la société et l'ont rendu plutôt vulnérable, laissant le libre chemin à l'invasion culturelle et les tentations irrésistibles mettant en péril notre identité et nos propres spécificités. Cette situation a engendré des dysfonctionnements importants dans la famille en particulier, et dans la société en général, qui l'empêchent de remplir convenablement sa mission et face auxquels l'apport de la loi reste très insuffisant, voire très restreint, en témoigne l'accroissement de la délinquance juvénile, la prostitution ainsi que d'autres formes de la criminalité étrangère à la société marocaine.

2. L'ordre public familial : un édifice face aux facteurs d'altération et d'individualisme

La famille, de nos jours, est soumise à plusieurs types d'exploitations de plus en plus excessives et qui entravent sa stabilité et sa pérennité. Seulement, cette institution n'a pas été uniquement fragilisée dans ses composantes (époux, épouse, enfants et proches parents), mais elle a aussi été touchée dans les principes la régissant et assurant sa protection, à savoir les principes de l'ordre public familial.

En effet, et pour de diverses finalités (idéologiques, politiques, économiques et

autres), on ne cesse de tenter, si ce n'est déjà fait, d'altérer les fondamentaux de l'ordre public familial marocain réputé attaché à son référentiel qui n'est autre que les principes du droit musulman en premier lieu. Cette altération trouve ses origines dans la haine fréquemment exprimée par les antagonistes de l'Islam et ses valeurs et dont la résistance aux tentatives de modification à travers des siècles a persisté, voire triomphé, malgré les différentes formes de pression qui se veulent monopolistes imposant un nouvel ordre désenchaînant la famille marocaine de ses fondamentaux et optant plutôt pour des orientations individualistes que collectives.

A cet égard, nous notons les appels de certains courants qui ne cessent de préconiser une refonte de l'ordre public familial marocain pour l'adapter, voire le remplacer, par « un ordre public international » unifié sous prétexte de mise en avant des intérêts individuels et de protection des droits de l'Homme.

Or, au Maroc, la famille, niche de tout individu, est au cœur de la religion, mais aussi des débats politiques qui, malheureusement, sont très souvent brouillés et escortés de tapage médiatique perturbant et d'idéologies modernistes (séparation entre politique et religion, laïcisation, rejet du religieux de la scène publique et de la littérature ...), désunissent la famille et transforment des normes familiales en liberté individuelle et vie privée et vident la vie commune des valeurs morales et religieuses qui sont indispensables à sa survie.

L'individualisme, le matérialisme, l'égoïsme, l'ébranlement de la généalogie, perturbation du référentiel, relativisme excessif ... ce sont, donc, quelques maux, parmi bien d'autres, symptomatiques et dangereux et c'est toute la société qui en souffre. Ces maux, en amplification permanent, ne sont rien



d'autre que le renoncement aux valeurs et aux fondamentaux de l'ordre public familial.

Conclusion

L'ordre public, dont la fonction est de veiller à la défense d'une société où l'intérêt général prime sur les intérêts particuliers, ne paraît plus être à l'abri de la mondialisation et aux contraintes du temps. De même, notre droit de la famille milite encore pour lutter contre des valeurs ancrées dans nos pratiques socioculturelles axées sur la primauté de l'homme et orienté vers la prise en compte croissante de ses volontés individuelles. Certains y voient un déclin de l'ordre public et de la famille dans ses relations extrapatrimoniales, mais il s'agit plutôt d'une résistance permanente contre les pressions et les influences modernistes et soi-disant libéralisatrices.

L'ordre public continue à véhiculer dans le droit de la famille des valeurs, des principes qui, non forcément expressément énoncés, sont considérés comme essentiels par le législateur : la référence pour les unions conjugales au modèle du mariage, le principe de la coparentalité, le principe de la non-séparation des frères et sœurs, ou encore le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation d'origine en sont des exemples. Sa fonction initiale de prohibition demeure fermement établie. Il continue à interdire aux individus de disposer par convention de leur état familial : la prohibition légale des conventions de procréation ou de gestation pour le compte d'autrui en atteste notamment. Et dans les matières admettant des conventions, tel le droit du divorce et celui de l'autorité parentale, il continue à s'imposer aux individus parce que, par le biais du contrôle judiciaire, il maîtrise le jeu des volontés privées.

A noter enfin, que le Maroc d'aujourd'hui reste toujours ouvert au progrès, « que

[Nous] poursuivons avec sagesse, de manière progressive, mais résolue »⁷, comme en atteste le message du Souverain adressé à la conférence des ministres des pays de l'Isesco chargés de l'enfance, tenue à Rabat le 21 février 2018 : « [Nous nous] sommes également employé à consolider la cohésion de la cellule familiale à travers l'adoption d'un Code de la Famille avancé, consacrant le principe de respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et assurant, en toutes circonstances, la protection de ses droits. A cet égard, [nous] lançons un appel pour que l'application de ce Code soit accompagnée d'une évaluation propre à corriger les insuffisances révélées par la pratique » lançant ainsi des directives de correction des insuffisances dévoilées par la pratique. Ne s'agit-il pas donc d'un appel à une révision de la Moudawanah ?



⁷ Propos de Sa Majesté le Roi Mohammed VI au préambule de la loi 70-03 portant code de la famille.

Bibliographie

Loi n° 70-03 portant « Code de la famille ». (2005, Octobre 6). *Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426*, 667.

Akesbi, N. (2014). La constitution à l'épreuve des faits, la dimension économique de la nouvelle constitution à l'épreuve des faits. Dans O. Bendourou, R. El Mossadeq, & M. Madani, *Akesbi Najib, La Constitution à l'épreuve des faits La dimension économique de la nouvelle constitution à l'épreuve des faits, pla nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique* (p. 273). Casablanca: La croisée des chemins.

Azzouzi, A., & Cabanis, A. (2011). *Le neo-constitutionnalisme marocain à l'épreuve du printemps arabe*. l'Harmattan.

Bendourou, O. (2012). La consécration de la monarchie gouvernante. *l'Année du Maghreb*(VIII).

Bendourou, O. (2014). réflexions sur la Constitution du 29 juillet 2011 et la démocratie. Dans O. Bendourou, R. El Mossadeq, & M. Madani, *la nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique* (p. 131). Casablanca: la Croisée des chemins.

Bendourou, O., El Mossadeq, R., & Madani, M. (2014). La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique. *Actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013*, (p. 180).

Bernard-Maugiron, N., & Dupret, B. (2012). Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord. (Bruylant, Éd.) *Revue internationale de droit comparé*.

Chiu, V. (2014). Le concept de « transition constitutionnelle » dans la pensée de Giuseppe de Vergottini. *Atelier F :Les transitions constitutionnelles*, (p. 5). Lyon.

El Baaj, M. (2009, Octobre). EST-IL POSSIBLE DE DÉFINIR L'ORDRE PUBLIC ? Consulté le Mars 12, 2023, sur <https://www.village-justice.com/articles/possible-definir-ordre-public,6894.html#rycJ0Fjx8QM7HhJ8.99>

française, C. d. (2013). *Rapport d'étude sur l'ordre public, livre 3*.

García Bernabé, L. (2012). Le Maroc et le printemps arabe dans un monde en plein changement. Dans *Un nouveau paysage politique méditerranéen ? le printemps arabe et les relations euro-méditerranéennes* (p. 13). Barcelone: Institut européen de la Méditerranée.

Hart, V. (2003). *Democratic constitution making*. united states institute for peace.

Kettani, Z., & Bouhlal, R. (s.d.). Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit de la famille.

Madani, M. (2014). Constitutionnalisme sans démocratie :la fabrication et la mise en oeuvre de la Constitution marocaine de 2011. Dans O. Bendourou, R. El Mossadeq, & M. Madani, *la*



nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique. Casablanca: la Croisée des Chemins.

Margolin, J.-L. (1992). Développement et démocratie en Asie du Sud-Est. *Politique étrangère*(3), pp. 571-583.

Maus, D. (2000). L'évolution démocratique dans les pays d'Europe centrale orientale et balte et dans l'espace francophone. *Symposium international de Bamako*, (p. 94). Bamako.

Naji EL Mekkaoui, R. (2009). *La Moudawanah, Le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie, Tome III : De la réforme de la Moudawanah à la Concrétisation de son Âme* (éd. 3). Rabat: Bouregreg.

Naji EL Mekkaoui, R. (2010). *La Moudawanah, Le Référentiel et le Conventionnel en Harmonie, Tome I : Le mariage et la filiation* (éd. 4). Rabat: Bouregreg.

Nations Unies. (1948, Décembre 10). Déclaration universelle des droits de l'homme.

Niboyet, F., & Pousson-Petit, J. (2009). L'ordre public matrimonial. *Revue internationale de droit comparé*, 61(1), pp. 233-236.

Pineau, J. (1999). *L'ordre public dans les relations de famille* (Vol. 40). Les Cahiers de droit.

