



SAI Fatima-Zohra

Maîtresse de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences politiques Université d'Oran

# LE STATUT PERSONNEL PENDANT LA PÉRIODE COLONIALE À TRAVERS LA LÉGISLATION ET LA JURISPRUDENCE

Près d'un demi-siècle après l'indépendance de l'Algérie, le droit de la famille demeure le lieu privilégié de lisibilité et de visibilité de l'articulation complexe de sources tenant tant du sacré que du profane. Cette articulation est consacrée par la loi, acte légiféré par l'État, institution profane qui, néanmoins, s'approprie le sacré comme en témoignent le principe selon lequel l'islam est la religion de l'État et l'article 1er du code civil qui accorde aux principes de la Shari'a islamique la seconde place en tant que source du droit.

Il faut remonter à la période coloniale pour suivre le processus de construction du droit de la famille et comprendre la structuration de cette partie de la sphère juridique.

**A**u fur et à mesure de la progression de la colonisation, le droit français va s'emparer du champ juridique en écartant les droits locaux<sup>1</sup> et en les cantonnant dans le statut personnel<sup>2</sup> appelé à être fragmenté. La délimitation du statut personnel et son maintien sous l'empire des droits locaux semblent répondre au souci de respecter l'engagement pris de ne pas porter atteinte à «la religion mahométane», inscrit dans la Convention de 1830<sup>3</sup>. Le respect des droits locaux n'est pas innocent, il procède de l'instrumentalisation du statut personnel puisque celui-ci va fonctionner pour légitimer l'état de sujétion de l'«indigène musulman», son ex-

clusion de la citoyenneté et, par conséquent, la ségrégation entre deux communautés : les indigènes sujets français, d'une part et les citoyens français, d'autre part. Epargnés au début de la conquête, les droits locaux vont subir les assauts de la loi du colonisateur. «La pénétration du droit français dans le domaine du statut personnel a emprunté deux voies distinctes et complémentaires utilisées de manière séparée ou concomitante : la voie procédurale, formaliste, inaugurée par la loi sur l'état civil, et la voie matérielle ayant consisté à fragmenter le statut personnel et à soumettre certaines de ses matières à la compétence du juge français et à la législation française»<sup>4</sup>.

Le législateur colonial a adopté une stratégie reposant sur la manipulation des droits locaux, en jouant sur les conflits entre le droit musulman et les coutumes et les divergences entre les rites, sur le télescopage des «coutumes berbères» et du droit musulman.

Mais, il fut surpris par une réalité complexe et contrastée, réfractaire à des lois touchant à la famille «lieu de tous les tabous»<sup>5</sup> et tenant lieu de refuge, remettant en cause les idées et préjugés du colonisateur.

La codification du droit musulman, confondu à tort avec la religion dont il s'inspire et investi donc de sacralité, sera plus âpre à réaliser puisqu'elle ne portera que sur certaines matières.

1. Par droits locaux nous désignons le droit coutumier et le droit musulman. L'adjectif local est employé pour différencier le droit émanant du pouvoir colonial, réputé universel, à vocation hégémonique, des droits en vigueur dans la société précoloniale, jugés inférieurs, «barbares», cantonnés dans le «statut personnel» (au sens large). Il faut savoir que l'expression droit musulman n'est pas univoque, car elle est utilisée autant pour séparer le droit musulman des coutumes «berbères» ou «kabyles», recouvrant la distinction Arabes/Kabyles, que pour les englober; elle est également employée pour désigner le droit applicable aux «indigènes musulmans» dans les matières qui ne sont pas régies par la loi française.

2. En fait, seront intégrés dans le champ des droits locaux : le statut personnel au sens restreint (affaires matrimoniales), les successions, le régime des terres non francisées. En dehors des terres francisées ou des immeubles soumis au droit français du fait de la «naturalisation» du propriétaire ou en vertu de l'option de législation et de juridiction, les terres et immeubles appartenant aux «indigènes musulmans» sont régis par le droit musulman ou les «coutumes berbères». Mais le droit procédural va pénétrer ce champ juridique.

3. Les tribunaux ont interprété restrictivement la Convention de 1830, ils ont écarté les Israélites et les ont soumis à la loi française du fait de la suppression des juridictions rabbiniques. La Cour d'Alger leur a reconnu le droit d'être régis par leur loi.

4. Cf. Fatima Zohra Sai, Le statut politique et le statut familial des femmes en Algérie, thèse de doctorat d'État, Droit, Université d'Oran, 2007, p.88.

5. Cf. Nicole Arnaud-Duc, Le droit et les comportements, la genèse du titre V du livre III du code civil : les régimes matrimoniaux, in La famille, la loi, l'État. De la Révolution au code civil, Paris, Imprimerie G. Pompidou, 1989, p.194.

Aussi, le pouvoir colonial a-t-il oscillé entre deux positions : Unifier le droit de la famille en le codifiant<sup>6</sup>, ou maintenir un pluralisme juridique en admettant l'application de divers rites, des *qânouns* et coutumes berbères. A défaut d'abroger totalement les droits locaux, il s'est employé à les soumettre à la suprématie de la loi française tout en nourrissant l'espoir de voir les «indigènes musulmans», devenus tous citoyens français après 1946, renoncer au «statut civil local» pour adopter le «statut de droit commun». C'est pourquoi il va mettre en avant la notion d'ordre public et l'idée d'émancipation de la femme «kabylo» d'abord, «musulmane» ensuite, pour apporter des réformes en légiférant et en rendant la justice.

La francisation et la laïcisation partielles du droit de la famille ont été l'œuvre autant du législateur que des magistrats des juridictions métropolitaines (Cour de cassation) et des juridictions implantées en Algérie après 1830. Le législateur a infléchi les principes du *fiqh* tout en s'abstenant de toucher aux prescriptions jugées sacrées car inscrites dans le Coran. La codification n'a été que partielle puisque diverses matières ont été écartées (successions, adoption etc.) et donc soumises au pouvoir du juge qui sera conduit à s'appuyer sur les coutumes ou sur le *fiqh*. La jurisprudence des juridictions françaises, d'abord incertaine car dépourvue de base législative et ayant un champ d'intervention assez réduit, va occuper une place importante, grandissante et jouer un rôle considérable. Cette évolution découle du fait que ces juridictions sont appelées à contrôler la judicature du *cadi* quand elles

ne la concurrencent pas ou ne s'y substituent pas, mais aussi à trancher des litiges sur la base des droits locaux jugés malléables car non codifiés. Aussi, le législateur comme le juge vont-ils, chacun dans son domaine, selon des techniques propres, de manière conjuguée ou complémentaire, participer à la pénétration des valeurs, des principes, des règles du droit français dans l'ordre juridique de la société colonisée, pervertissant, écartant, chevauchant les valeurs, les principes et les règles des droits locaux. Tout en affirmant le principe selon lequel le juge est tenu de tenir compte des coutumes et usages, le législateur comme le juge va, au contraire, les mettre en cause lorsqu'ils estiment qu'ils contrecarrent la suprématie de la loi française. Tout en affirmant le principe selon lequel «en Algérie seule les coutumes et non les textes des jurisconsultes musulmans ont force de loi»<sup>7</sup>, le législateur comme le juge vont réformer ces coutumes en s'appuyant paradoxalement sur le droit musulman et/ou en recourant au code civil.

### L'ŒUVRE DU LÉGISLATEUR COLONIAL

**LA LOI DU 23 MARS 1882<sup>8</sup> PEUT ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME UN TEXTE PRÉCURSEUR DU PROCESSUS DE CODIFICATION DU DROIT DE LA FAMILLE EN CE QU'IL A INTRODUIT DES RÈGLES PROCÉDURALES, DES TECHNIQUES JURIDIQUES TOUCHANT AU STATUT PERSONNEL. ELLE VISE L'IDENTIFICATION DES «INDIGÈNES MUSULMANS» POUR DES IMPÉRATIFS MILITAIRES, POLITIQUES, ÉCONOMIQUES ETC..., AINSI QUE L'ENCADREMENT DES ÉVÉNEMENTS PONCTUANT LEUR VIE. AINSI OUTRE L'OBLIGATION DE SE DÔTER D'UN PATRONYME, D'UNE CARTE D'IDENTITÉ, ILS SE VOIENT CONTRAINTS DE DÉCLARER LES NAISSANCES, DÉCÈS, MARIAGES ET DIVORCES.**

**CES. LE NON RESPECT DE CES OBLIGATIONS LES EXPOSE À DES SANCTIONS AU TITRE DU CODE PÉNAL FRANÇAIS ET DU CODE DE L'INDIGÉNAT<sup>9</sup>. À L'EXCEPTION DE CETTE LOI ET JUSQU'EN 1902, AUCUN TEXTE N'EST INTERVENU POUR RÉGIR AUX PLANS DE LA FORME ET DU FOND LES MATIÈRES DÉMARRÉES SOUS L'EMPIRE DES DROITS LOCAUX. LA KABYLIE VA CONSTITUER LE PREMIER LABORATOIRE DE LA CODIFICATION PUISQUE LE DÉCRET DU 1<sup>ER</sup> AOÛT 1902 RÉGLERAIT LA TUTELLE SUR LES MINEURS ET LES INCAPABLES DANS CETTE RÉGION. TOUT EN PRÉTENDANT PALLIER À L'ABSENCE DE DISPOSITIONS PRÉCISES, C'EST-À-DIRE EN FAIT À L'IMPRÉCISION, MALLÉABILITÉ ET FLUCTUATION DES COUTUMES, CE TEXTE S'EN REMET POUTRANT AUX «COUTUMES KABYLES» ET AU DROIT MUSULMAN POUR RÉGIR CERTAINES MATIÈRES<sup>10</sup>. FIXANT L'ÂGE DE LA MAJORITÉ À 18 ANS POUR LES DEUX SEXES, IL INTRODUIT UNE RÈGLE DU DROIT FRANÇAIS S'ÉCARTANT AINSI DES COUTUMES ET DU DROIT MUSULMAN. POUR CE QUI EST DE LA TUTELLE, IL OPÈRE UN MIXAGE DE RÈGLES DES DROITS LOCAUX ET DU DROIT FRANÇAIS.**

L'idée de codifier le droit musulman s'est traduite par la création le 6 septembre 1905 d'une commission chargée d'étudier les dispositions du droit applicables aux «indigènes musulmans». Le travail accompli entre 1905 et 1914 a abouti à l'élaboration d'un avant-projet de code du droit musulman algérien appelé Code Morand, comportant 781 articles traitant du statut personnel, des successions, du statut réel immobilier et du régime des preuves. Le texte ne fut jamais promulgué, mais et contrairement à la position de la Chambre de révision musulmane<sup>11</sup>, il a inspiré des juges français voire, dans certains cas, des *cadis*.

6. «Codifier c'est certainement modifier le droit mais c'est aussi limiter par l'abstraction de son énonciation les risques d'interprétations divergentes», pense B. Botiveau. Cf. Loi islamique et droit dans les sociétés arabes. Mutations dans le système juridique du Moyen Orient, Paris, Karthala, 1993, p.19.

7. Cour d'Alger (Ch. de révision musulmane), 06/V/31, 33. 202. Cité par J. Paul Charnay, La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la 1<sup>ière</sup> moitié du XXI<sup>ème</sup> siècle, Paris, PUF, 1964, p.291.

8. Loi du 2 mars 1882 portant état civil des indigènes musulmans, Sirey, lois, 1881-1885, LGDJ, p.346-348.

9. Parmi les contraventions spéciales au titre de l'indigénat figurent : «omission ou retard dans les déclarations prescrites par la loi de 1882 et inobservation des prescriptions de cette loi concernant l'usage du nom patronymique».

10. Cf. F.Z. Sai, op.cit.

11. Cette juridiction ne cesse de rappeler que «le Code Morand non promulgué, demeure un ouvrage de pure doctrine sans force légale, qu'il est interdit de l'appliquer par autorité et en contradiction avec le corpus des règles malékites» Cf. RM, 9/XII/22, 28.47; RM7/III/31, 33.131; Trib. D'Alger (1<sup>ière</sup> ch.) 1932, RA 33.50. L'ouvrage d'Edmond Norès, alors président du tribunal civil d'Alger, paru en 1905 et intitulé «Essai de codification du droit musulman» les a également inspirés.

L'échec du Code Morand n'a pas entamé la détermination du pouvoir colonial de poursuivre le processus de pénétration de la législation française en Kabylie pour abroger ou réformer les coutumes. En 1925, le Gouverneur général Ster a créé une commission chargée d'entreprendre des réformes visant à améliorer la condition de la femme kabyle.

La loi du 2 mai 1930<sup>12</sup> s'attaque à l'âge minimum du mariage et le fixe à 15 ans avec possibilité de dispense accordée pour des « motifs graves ». Elle porte également sur les fiançailles dont la déclaration est obligatoire avant la conclusion du mariage. Elle a introduit des règles de procédure et de fond étrangères aux droits locaux. Mieux encore, elle prévoit des sanctions pénales (amende, emprisonnement) et l'annulation du mariage en cas de conclusion d'une union sans respect de l'âge requis et de la déclaration de fiançailles. Les tribunaux n'hésitent pas à condamner pour viol ou pour violences<sup>13</sup> les maris ayant consommé le mariage avant 15 ans.

Le décret du 19 mai 1931<sup>14</sup> est destiné à améliorer la condition de la femme kabyle en réglementant le divorce et les successions. Il ébranle peu ou prou les coutumes et s'inspire, en partie, du droit musulman. L'article 2 n'abolit pas le pouvoir de répudiation du mari, il se borne à le limiter. En effet, il dénie à l'époux le droit de demander le *lefdi* mais il lui permet d'obtenir une somme n'excédant pas le montant de la dot, ce qui rappelle le *khul'* institution du droit musulman.

Contrairement aux coutumes, il est reconnu à la femme la faculté de demander le divorce dans cinq cas : Sévices, abandon depuis plus de trois ans, insuffisance d'entretien, condamnation à une peine afflictive et infâmante, absence remontant à plus de 2 ans (art.1<sup>ier</sup>). On trouve des cas puisés dans le *fiqh* et des cas tirés du code civil. D'ailleurs ce texte aura un effet rétroactif comme le précise le Tribunal d'Alger<sup>15</sup> qui donne raison à la femme en arguant du fait que « le décret du 19 mai 1931, régissant sur ce point (le divorce) ce que les coutumes kabyles pouvaient avoir de trop rigoureux et consacrant ainsi officiellement l'oeuvre des tribunaux algériens, autorise les femmes kabyles à solliciter le divorce judiciaire pour les motifs qu'il énumère et notamment, pour sévices pratiqués par les maris ».

S'agissant des successions, le décret de 1931 a apporté des limites à l'exhérédation des femmes décidée par l'Assemblée des tribus de Grande Kabylie en 1748 à Djema' Saridj. Il combine règles coutumières plus douces et règles du droit musulman. Ainsi, il reconnaît à certaines parentes du *de cujus* (veuve, fille et petite fille de la lignée mâle) un droit d'usufruit – et non de propriété – sur des parts d'héritage compris entre le sixième et la moitié en fonction de la qualité et du nombre d'héritiers<sup>16</sup>.

En 1930, la loi de 1882 est modifiée par un texte<sup>17</sup> qui s'applique à l'ensemble du territoire y compris la Kabylie. La loi de 1930 étend l'obligation de déclaration à la répudiation définitive.

La carte d'identité devient incontournable puisqu'elle constitue la pièce maîtresse du dossier de déclaration.

Les décrets du 12 août 1936<sup>18</sup> réglementent la tutelle sur les mineurs de statut musulman mais excluent de leur champ d'application les Kabyles et les musulmans des territoires du Sud. La majorité est fixée à 22 ans pour les hommes et les femmes mariées et à 25 ans pour les femmes célibataires.

La tutelle matrimoniale sur les femmes est maintenue. Ceci montre que le législateur colonial ne s'est pas écarté outre mesure des mœurs patriarcales.

La deuxième guerre mondiale a certainement mis entre parenthèses la poursuite du processus de codification du droit de la famille. Il est réactivé au cours de la guerre de libération nationale au moment où les « femmes musulmanes » constituent un enjeu majeur. Un groupe de travail ayant pour mission la réforme du statut personnel est créé par une décision du 27 avril 1957 émanant du Secrétariat d'État à l'Intérieur chargé des Affaires algériennes avec l'accord du ministre résident. S'inscrivant dans une démarche particulariste consistant à séparer la Kabylie du reste du territoire, il élabore deux avant-projets : L'un concernant la « femme musulmane » et l'autre la « femme kabyle ».

Le premier s'inspire du Code Morand, du Code tunisien de statut personnel et du code civil français. Il ne porte que sur la formation du mariage et sa dissolution.

12. Loi du 2 mai 1930 concernant la déclaration des fiançailles et l'âge du mariage des Kabyles (J.O.A., 23 mai 1930).

13. Lorsqu'ils sont saisis par les parents de la mariée qui arguent du fait que le marié n'a pas respecté l'engagement de ne pas consommer le mariage avant la puberté.

14. Décret du 19 mai 1931 relatif à la condition de la femme kabyle (R.E.I, 1931, Cahier 1).

15. Trib. Civil Alger (Ch. des appels musulmans), 16/06/1931, RATM, 1932, tome XLVIII. « Le décret doit recevoir une immédiate application en vertu du principe général admis que les lois qui régissent l'état des personnes doivent s'appliquer rétroactivement, en ce sens qu'elles saisissent l'individu au moment où elles deviennent obligatoires. Le dit décret étant muet sur les effets du divorce, il y a lieu de s'en référer, sur ce point, aux principes généraux du droit musulman et des coutumes kabyles ».

16. La détermination des quoties parts rappelle celle qui est retenue en droit musulman en matière de successions des femmes, mais, celles-ci ont un droit de propriété.

17. Loi du 2 avril 1930 portant modification de la loi du 23 mars 1882 sur l'état civil des indigènes musulmans de l'Algérie (J.O.A. n°16, 18 avril 1930, p. 259-260).

18. Cf. J.O.A., 21 août 1936, R.A., 1937.3.77.

S'agissant du mariage, des règles du droit musulman y sont incorporées en matière de dot, de répudiation, de statut de l'époux (chef de famille), de séparation des biens et de capacité juridique de la femme. En revanche, la polygamie est prohibée et, à l'instar du code tunisien et du code civil, l'avant-projet en fait un délit. L'emprunt au code civil s'est traduit par la reconnaissance de la qualité de chef de famille à l'épouse en cas d'incapacité juridique ou légale du mari, d'absence, d'éloignement; par l'obligation pour l'épouse de contribuer aux charges du ménage en proportion de ses ressources. De même, les dispositions de l'article 144 du code civil ont été reprises puisque l'âge minimum du mariage est fixé à 15 ans pour la femme et à 18 ans pour l'homme.

Pour ce qui est du divorce, le même mixage de règles empruntées à deux systèmes juridiques différents est opéré. Le divorce est judiciaire, il peut être demandé par l'un ou l'autre des deux époux pour des motifs énumérés dans l'article 44 dont certains sont puisés dans le code civil et d'autres dans le fiqh. Ainsi apparaissent les notions civilistes de dommages intérêts et de pension alimentaire attribuée à titre temporaire ou définitif.

Les articles 6 et 64 reconnaissent au juge la faculté d'accorder des dommages intérêts et une pension à la femme victime d'un divorce abusif. L'avant-projet écarte la répudiation unilatérale mais prévoit le divorce par consentement mutuel admis en droit musulman.

La hadâna est règlementée en référence aux règles du fiqh : primauté de la ligne maternelle, cessation de la garde à 12 ans pour le garçon et à 15 ans pour la fille (âge du mariage).

L'allaitement est considéré comme un droit et un devoir de la mère.

L'avant-projet destiné à la «femme kabyle» est différent puisqu'il a pour objet de battre en brèche les coutumes jugées défavorables à celle-ci. Outre la fixation de l'âge minimum du mariage qui est identique à celui retenu par l'autre avant-projet (15/18 ans), il règle les fiançailles en recourant à des dispositions du code civil. En effet, elles font naître des obligations réciproques à l'égard des futurs époux. S'inspirant du droit musulman, il protège la femme contre l'appropriation par les membres de la famille de sa dot et prévoit un régime de succession plus favorable à la femme.

Les deux textes de 1957 ont connu juridiquement le même sort que le Code Morand. En revanche, deux lois sont promulguées le 11 juillet 1957<sup>19</sup>, l'une régissant les tutelles et l'autre concernant l'âge du mariage. La première abroge les décrets de 1936 et apporte des modifications en matière de définition de la notion de minorité, d'organisation et de fonctionnement de la tutelle. Elle fixe la majorité à 21 ans pour les deux sexes. La seconde fixe à 15 ans pour la femme et à 18 ans pour l'homme l'âge minimum du mariage reprenant ainsi les dispositions de l'avant-projet.

Moins de deux années plus tard, une ordonnance suivie de son décret d'application<sup>20</sup> est adoptée pour régler le mariage et sa dissolution.

L'ordonnance ne comporte que 13 articles, elle s'applique sur l'ensemble du territoire algérien et concerne les «personnes dont l'état et la capacité sont régis par l'un des statuts civils locaux». Cependant, elle écarte de son champ d'application «les mariages conclus selon le rite ibadite»<sup>21</sup>. A l'instar des textes précédents, elle tente de concilier les règles coutumières du fiqh avec celles du code civil.

Elle reconduit les dispositions de la loi 57-778 relatives à l'âge minimum du mariage.

Elle opère une distinction entre promesse de mariage et mariage en précisant que la première n'emporte pas obligation de contracter le second.

Le consentement des époux constitue la pierre angulaire du mariage, il doit être «exprimé verbalement, publiquement, et en personne», «explicite, non équivoque», ce qui induit la suppression du tuteur matrimonial pour la femme majeure. En ce qui concerne le mineur (e), le consentement du tuteur accompagne le sien, mais ne saurait s'y substituer.

Le droit de *djebr* est par là même aboli. La dot ne figure pas parmi les conditions de formation du mariage.

Le mariage contracté en violation des dispositions légales est frappé de nullité et les auteurs d'une telle infraction encourent des sanctions pénales.

Le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil<sup>22</sup> ou le cadi, ce qui signifie qu'une union, conclue en la forme coutumière, est illégale.

L'écrit, représenté par l'acte de mariage dressé par l'autorité compétente et transcrit sur le registre de l'état civil, constitue la seule preuve du mariage. L'acte judiciaire n'est retenu qu'en cas d'absence de l'acte de mariage du fait de la perte, la destruction des registres d'état civil ou d'un empêchement de force majeure.

La dissolution du mariage intervient par le décès de l'un des deux époux ou par le divorce, un terme que ni l'ordonnance ni le décret n'emploient. En effet, outre le décès, l'article 11 de l'ordonnance mentionne les autres cas de dissolution du mariage.

19. Loi n°57-777 du 11 juillet 1957 portant réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman (J.O.F., 30 juillet 1957, p.1722); loi n°57-778 du 11 juillet 1957 fixant l'âge du mariage (J.O.F., op. cit.).

20. Ordonnance du 4 février 1959 relative au mariage contracté par les personnes de statut civil local ([...]). Décret du 17 septembre 1959 portant réglementation d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 février 1959 ([...]).

21. Article 10.

22. Les futurs époux peuvent demander d'accomplir cette formalité devant un officier de l'état civil musulman.

L'influence du droit musulman se manifeste à travers les cas de divorce par consentement mutuel et du fait de la volonté unilatérale du mari à l'initiative de l'un ou de l'autre des époux<sup>23</sup>. L'autre cas de dissolution du mariage, «à la demande de l'un ou l'autre des époux», est plutôt emprunté au code civil dans lequel sont puisés certains motifs susceptibles d'être invoqués. Quant aux autres motifs, ils sont tirés du *fiqh*.

L'ordonnance a repris l'idée de versement de dommages intérêts et de pension alimentaire contenue dans l'avant projet de 1957. L'époux ou l'épouse peut demander la dissolution du mariage sur la base des motifs mentionnés. Le juge est habilité à ordonner le versement de dommages intérêts et l'allocation d'une pension au conjoint ayant subi un préjudice du fait de cette dissolution. La *hadâna* est attribuée en fonction de l'intérêt de l'enfant, ce qui écarte implicitement le principe de la prééminence de la lignée maternelle. L'entretien des enfants n'incombe pas uniquement au père puisque la mère est tenue de leur verser une pension en fonction de sa capacité et de ses ressources au cas où elle n'est pas titulaire du droit de garde.

Le divorce étant judiciaire, les textes de 1959 ont précisé les règles procédurales inconnues des droits locaux : comparution personnelle, compétence matérielle et territoriale de la juridiction chargée de trancher le litige, conciliation obligatoire, mesures d'instruction éventuelles etc.

Les textes de 1957 (tutelles et absence) et de 1959 (mariage et dissolution) ont survécu au

régime colonial puisqu'ils ont été reconduits jusqu'en 1975. Cette reconduction a été possible pour au moins deux raisons : d'abord parce qu'ils ne contreviennent pas à la souveraineté, ensuite parce qu'ils n'ont pas réglé des matières épineuses au regard du droit musulman (successions, adoption, régime des *habous*) que la jurisprudence s'était chargée de traiter.

### L'œuvre de la jurisprudence

La jurisprudence des juridictions françaises a comblé le vide législatif en posant des règles qui, au nom de l'ordre public ou de l'amélioration de la condition de la femme, ont écarté ou modifié les coutumes et le *fiqh*. Ce faisant, elle a inspiré le législateur et joué le rôle de principale source du droit pour les matières non régies par la législation.

C'est pourquoi et concernant le droit musulman, tout en se permettant d'interpréter des principes et des règles, en jouant parfois sur les divergences entre rites, elle s'est montrée soucieuse de respecter des prescriptions coraniques.

Il s'agit d'une jurisprudence hétérogène, disparate parfois contradictoire même si la Chambre de révision musulmane et la Cour de cassation<sup>24</sup> se sont employées à l'unifier.

Au niveau inférieur de l'ordonnement juridictionnel, se situe le *cadi* dont les attributions classiques ont été supprimées et qui est, de surcroît, soumis au contrôle des juridictions françaises supérieures<sup>25</sup> et concurrencé par le juge français. Son domaine d'intervention s'est réduit aux affaires relatives au statut person-

nel, aux successions et aux terres non francisées.

Aussi, échappe à sa compétence tout litige ayant trait à un acte du ressort du juge français en vertu de l'option de législation et de juridiction, ou à un acte où est partie un Européen (mariage ou succession mixte).<sup>26</sup> Est frappée de nullité toute décision du *cadi* intervenant dans de tels cas. En revanche, tout acte, émanant du *cadi* et entrant dans son champ de compétence, a une valeur authentique et ne peut être attaqué que par la procédure d'inscription en faux.<sup>27</sup>

La judicature du *cadi* s'est montrée particulièrement respectueuse du rite malékite même si certains magistrats musulmans ont commis des erreurs dues à une formation déficiente tandis que d'autres ont pris en compte le milieu social ou l'évolution d'un droit de plus en plus travaillé par la législation et la jurisprudence des juridictions françaises.<sup>28</sup>

La Chambre de révision musulmane n'a pas hésité à censurer les décisions et actes du *cadi* dans certains cas, ou à les appuyer dans d'autres, étant elle-même inscrite dans deux logiques, celle de la loi française d'une part, et celle du droit musulman, d'autre part.

Ainsi, des décisions paraissant excessives et lésant la femme en matière de tutelle matrimoniale, de réintégration au domicile conjugal, de *hadâna*, de *habous* ont été annulées.

La tutelle matrimoniale connaît des limites dans la mesure où le juge peut s'opposer au refus du tuteur de consentir au mariage de la jeune fille, fusse-t-il le *cadi*<sup>29</sup>.

23. Ce divorce consiste en la décision du mari de rompre le lien conjugal soit de son propre chef, soit à la demande de son épouse de la répudier.

24. La Cour de cassation n'est saisie que dans des cas limités. C. Cass.29/12/1925, RATM, 1926, tome XLII, p. 169-170. «Si le pourvoi en cassation est autorisé en Algérie contre les décisions en matière musulmane, en étant d'ailleurs limité au cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir, il était interdit, d'une manière absolue, pour la Kabylie, région à laquelle appartient le tribunal de Tizi Ouzou». D'autres arrêts de cette juridiction sont intervenus dans le même sens : C. Cass. 26/05/1894, RA, 1894-2-362; C.Cass. 2 mai 1910, RA 1911-2-113.

25. Ses décisions sont susceptibles d'appel devant les tribunaux qui à leur tour peuvent être censurés par la Chambre de révision musulmane.

26. Ces cas relèvent de la compétence du juge français et sont soumis à l'empire de la loi française. Trib. Bône, 15/12/1896, RATM, 1921, tome XXXVI/XXXVII : «Si un indigène musulman naturalisé décède laissant des héritiers indigènes musulmans, la dévolution des biens sera régie par la loi française et, par suite, la part héréditaire des filles du de cujus sera égale à celle des garçons contrairement au droit musulman».

27. Cf. Cour Alger, 21/VI/1869, 1869.2; RM, 7/II/20, 23.247; RM, 30/X/20, 1921.17. Cf. J.P. Charnay, op. cit.

28. Cf. J.P. Charnay, op.cit.

29. C.Cass.18/VII/23, 24.239. Cité par J.P. Charnay, op.cit., p.284.

La Chambre de révision a admis le changement de rite, permettant ainsi à une femme de se marier sans la présence du *wâlî*<sup>30</sup>.

La réintégration au domicile conjugal est jugée infondée<sup>31</sup> notamment, si l'époux a violé des clauses du contrat de mariage stipulant qu'elle résiderait à tel endroit<sup>32</sup>, qu'elle reprendra sa liberté en cas de remariage du mari<sup>33</sup>.

La Chambre de révision a tempéré le recours à la répudiation en estimant que «c'est à tort que les Musulmans considèrent, en général, la répudiation comme un droit dont ils peuvent user selon leur caprice», n'hésitant pas se référer aux dires du Prophète en ces termes «attendu en effet que si Mohamed<sup>qss</sup> l'admet, il ne la recommande pas [...] » C'est pourquoi, l'épouse répudiée a droit au don de consolation<sup>34</sup>.

Depuis l'adoption du décret de 1931 concernant la femme kabyle, les juridictions françaises n'ont pas hésité à mobiliser le droit musulman pour plaider en faveur de l'application rigoureuse de ce texte<sup>35</sup>. Mais, et avant l'intervention de ce texte, elles ont admis les actions en divorce intentées

par des femmes comme en témoigne la décision du tribunal de Tizi-Ouzou<sup>36</sup> qui a jugé «qu'il y a lieu d'accueillir la demande en divorce de la femme kabyle lorsqu'elle est fondée sur des motifs graves» En l'espèce et à l'abandon du mari invoqué par la Cour d'Alger<sup>37</sup>, le tribunal a ajouté «l'abandon prolongé» du mari comme motif légitimant la demande de divorce. Rappelons que ces motifs seront inscrits dans le décret de 1931.

Pour ce qui est de la *hadâna*, la Chambre de révision a tenté de freiner la tendance des cadis à déchoir la *hadîna* de son droit en invoquant diverses causes : remariage<sup>38</sup>, lieu d'habitation, mode d'éducation.

Des juridictions inférieures ont adopté la même position puisque le Tribunal de Bougie a refusé de retirer la garde à la personne qui en était titulaire et rejeté le motif invoqué en s'appuyant sur des versets coraniques et sur le *fiqh*<sup>39</sup>.

La constitution de *habous*<sup>40</sup> a joué tantôt en faveur des femmes en leur accordant une part équitable de la succession, tantôt en leur défaveur comme instrument de leur exhérédation.

C'est pourquoi, les habous feront l'objet de contestations aussi bien de la part des héritiers mâles que de celle des femmes. Contrairement au rite malékite, le rite hanafite permet l'exclusion des filles de la constitution de *habous*.<sup>41</sup> En jouant sur les conflits coutumes/droit musulman, sur les divergences entre rites, la Chambre de révision est souvent intervenue dans un sens favorable à la femme. Les cadis sont enclins autant à entériner l'exclusion de la femme<sup>42</sup> qu'à la rejeter<sup>43</sup>. La chambre de révision sera conduite à leur donner raison<sup>44</sup> dans certains cas, à annuler les décisions des juridictions inférieures qui lui semblent contraires à sa jurisprudence. Des femmes ont obtenu la nullité de *habous* qui les ont exclues de la succession<sup>45</sup>. Dans une affaire, la Chambre de révision a estimé que puisque le habous «est de plus en plus employé en Kabylie pour corriger la barbarie des coutumes qui déshéritent à peu près complètement la femme, une raison d'humanité doit donc pousser les tribunaux français à le considérer comme valable toutes les fois que les modalités ne violent pas d'une façon indiscutable le droit musulman»<sup>46</sup>.

30. Ch. de Révision, 28/11/1925, RATM, 1926, tome XLII, p.244-245. Elle a rappelé que «les docteurs musulmans admettent la possibilité d'un changement de rite, soit pour l'ensemble de la vie d'un individu, soit pour tel ou tel acte déterminé de son existence». Aussi, «lorsqu'une femme s'est mariée sans ouali, un tribunal a le devoir de conclure qu'elle avait entendu, pour cet acte particulier, suivre la doctrine hanafite, qui, plus humaine et plus éclairée que le rite malékite, autorise la femme à donner elle-même son consentement au mariage».

31. RM, 15/XII/24, 28.107; J.P de Bougie, 25/VI/27, 28.63; RM, 6/I/25, 28.197. Cf. Charnay, op.cit, p.284.

32. RM, 23/VII/28, 29.155; RM, 25/VI/29, 31.120. Cf. J.P.Charnay, op. cit., p. 284.

33. RM, 9/IV/27, 30.110. Cf. J.P. Charnay, op. cit., p.285.

34. Ch. de Révision, 10/11/1924, RATM, 1925, tome XVII, p.128-132.

35. Voir la décision du Tribunal d'Alger du 16/06/1931, op.cit.

36. Trib. Tizi Ouzou 26/01/1922, RATM, 1926, tome XLII, p.216-218. «Attendu que, malgré le maintien de la législation coutumière spéciale aux Kabyles et notamment celle analysée ci-dessus, dont il est superflu de souligner le caractère barbare, parce que primitive, le juge français a néanmoins la faculté d'appliquer, dans certains cas, non pas précisément comme l'a dit la loi française, mais bien la loi coranique dont l'application éventuelle aux Kabyles est rationnelle puisqu'ils ont adopté la religion islamique; - Attendu, d'ailleurs que le droit musulman s'applique aux Kabyles, à défaut de la coutume; or celle-ci ne paraît pas avoir autorisé le cas d'abandon de la femme par le mari».

37. Cour Alger, 18/11/1922, RA 1922/1923.2.81.

38. RM, 10/VII/20, 22.87; RM, 16/VI/28, 29.153; RM, 28/I/30, 32.170. Cf. J.P. Charnay, op.cit., p.285.

39. J.P.Bougie 15/05/1925, RATM 1926, p.207-210. La juridiction rappelle que : «en droit musulman, la garde des enfants est confiée en premier lieu aux femmes de la lignée maternelle et, après extinction, aux femmes de la lignée paternelle» Elle se réfère aux prescriptions coraniques sur la claustration (chap. XXXIII, 32 et 33) et sur le voile (chap. XXXIII, 52) pour réfuter l'argument selon lequel la non claustration de la jeune fille légitime le retrait de la garde. En effet, elle estime que la claustration n'est pas une prescription coranique puisque les versets 32 et 33 concernent les épouses du Prophète.

40. La loi du 4 août 1926 a rattaché le habous au statut personnel alors qu'il faisait partie, jusqu'alors, du statut réel. Le habous privé relève de la compétence exclusive du cadi. En droit musulman, il fait partie du droit réel.

41. Cf. J.P Charnay, op.cit., p.95. Selon l'auteur, la plupart des habous se sont constitués selon le rite hanéfite qui autorise le premier constituant à se désigner premier dévolutaire et à exclure les femmes. Le habous ne doit être institué que par décision du cadi constatant la volonté du constituant.

42. RM, 4/II/30, 30.143. Cf. J.P. Charnay, op. cit., p.282.

43. RM, 24/III/23, 27.82. Idem., p.282.

44. RM, 26/VI/29, 31.18. Ibidem., p.282.

45. RM, 27/II/31, 33.106. Dans cette affaire, les deux femmes et les trois filles du de cujus ont obtenu la nullité du habous constitué par celui-ci 33 jours avant son décès à l'initiative de son fils, nullité pour constitution au cours de la dernière maladie. RM, 14/VI/30,32.142. Il s'agit de nullité pour constitution de habous excluant les filles en référence au rite hanéfite.

46. RM, 11/VI/21, 22.187. Cf. J.P. Charnay, op. cit., p.107.

Le droit musulman est également invoqué pour censurer la décision du Tribunal d'Alger qui, en déclarant valable un **habous** sur des biens à venir et «vicié par l'exhérédation des femmes pour rancune nettement exprimée», a violé «les principes de la loi musulmane»<sup>47</sup>.

La Chambre de révision s'appuie donc sur le droit musulman pour la bonne cause sans pour autant négliger les coutumes locales. Elle a accepté la nullité d'un **habous** excluant les femmes pour défaut de mention de but pieux et pour mélange de rites<sup>48</sup>. Elle a débouté une femme ayant attaqué un **habous** pour défaut de mention du rite. Cette juridiction s'est appuyée sur deux arguments : l'un selon lequel le rite se déduit des dispositions du **habous**, l'autre selon lequel la coutume des Beni Khalfoun qui prévoit l'exhérédation des filles doit primer<sup>49</sup>. Parfois et même si la nullité du **habous** s'avère inéluctable car violant le droit musulman, elle s'emploiera à assurer la protection des femmes en utilisant des astuces juridiques<sup>50</sup>.

La Chambre de révision a fait prévaloir les coutumes sur les textes des jurisconsultes musulmans

en confirmant le **habous** constitué par une femme à l'audience foraine de la **mahkama** d'Alger à Boufarik devant deux **adûls**. Elle a jugé que «s'il est vrai que, suivant le pur rite hanéfite, les constitutions de **habous** ne peuvent être faites que par acte de **cadi**, il y a lieu de considérer qu'en Algérie où seules les coutumes et non les textes des jurisconsultes musulmans ont force de loi, il n'y a pas lieu d'obliger les constituants à procéder à une formalité de ce genre».

Elle ajoute : «Attendu que dès avant la conquête, et pour des raisons pratiques, il a été décidé que les constitutions de **habous** peuvent se prouver par tous moyens, même par témoin et présomptions, et qu'une jurisprudence constante a toujours appliqué depuis ces prescriptions libérales [...]»<sup>51</sup>.

En désacralisant le **habous**<sup>52</sup>, la Chambre de révision n'hésite pas à se référer au droit musulman lorsqu'elle affirme que : «attendu que le **habous** constitue une dérogation à la loi successorale du Coran, que par suite, les règles relatives à cette institution doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive»<sup>53</sup>.

En admettant qu'une terre francisée puisse être «**habousée**»<sup>54</sup> et inversement que la francisation d'une terre ne porte pas atteinte à sa constitution en **habous**,<sup>55</sup> elle a laïcisé une institution ayant un caractère autant sacré (constituée pour un but pieux) que séculier (utilisée pour satisfaire des intérêts, pour solutionner des problèmes successoraux).

La Chambre de révision fut attachée au respect des règles du **fikh** en matière de témoignage matrimonial, c'est ainsi qu'elle a censuré la décision qui a admis la preuve d'un mariage sur la base du témoignage d'une seule personne.<sup>56</sup> De même elle a annulé l'acte de donation établi en faveur d'héritiers et l'acte de partage des ascendants<sup>57</sup>.

Elle a réservé le même sort à l'action intentée devant le **cadi** par le père adoptif contre le mari de sa fille au motif que l'adoption n'existe pas en droit musulman<sup>58</sup>. Elle a donné tort au juge en affirmant les droits de la femme sur sa dot.<sup>59</sup>

La Chambre de révision a appuyé les décisions de **cadis** qui mettent en exergue le caractère irrévocable de la répudiation triple pour libérer la femme du lien conjugal<sup>60</sup>.

47. Ch. de révision, 06/04/1925, RATM, 1926, tome XLII, p.185.

48. RM, 28/VI/30, 33.42. Cf. J.P. Charnay, op.cit., p.101. Une autre décision est intervenue dans le même sens RM, 14/VI/30, 32.142. En effet, en 1868 un **habous** est constitué au profit des fils et petits fils du constituant. En 1925, le petit fils meurt et ne laisse que des filles. Un autre petit fils les attaque en délaissement. Elles obtiennent la nullité du **habous** par suite du mélange des rites utilisés dans la constitution du **habous** (malékite et hanéfite, celui-ci permettant l'exclusion des filles).

49. Cour Alger (Ch. de révision), 29/06/1929, RATM 1932, p.21-22. Voir aussi J.P.Charnay, op.cit., p.102.

50. RM, 24/XII/27, 29.49. Idem., p. 108. La Chambre de révision a estimé que, contrairement aux coutumes kabyles, le renvoi de la femme par son mari équivaut à une répudiation, ce qui lui permet de bénéficier du **habous** constitué par son père qui excluait les filles mariées.

51. RM, 6/VI/31, 32.202; RM, 9/XII/22, 28.137; RM, 15/XII/24, 28.106. Cf. J.P. Charnay, op.cit. p.95-96. Un acte de **habous** non signé par le **cadi** est valable.

52. Le **habous** est une institution du droit musulman fondée sur un Hadith D'El Bokhari. Abu Hanifa le définit comme «la déclaration (du propriétaire) par laquelle la propriété d'une chose est retenue en la possession de Dieu de telle sorte que le profit résultant soit donné aux créatures». Le **habous** est inaliénable, imprescriptible, insaisissable, perpétuel. Selon le rite hanéfite, son auteur ne peut le modifier ou le retirer alors que le rite hanéfite le permet si le constituant s'est réservé le droit de le faire.

53. RM, 28/VI/30, 33.42. Cf. J.P. Charnay, op.cit., p. 95.

54. RM, 9/XI/25, 30.82. Idem., p. 95.

55. RM, 12/VII/27, 30.210. Ibidem., p. 95.

56. RM, 20/II/28, 28.202. Ibid., p. 286.

57. RM, 0/VI/28, 29.161. Cf. J.P. Charnay, op. cit., p.286.

58. RM, 12/XI/21, 22.86. Idem., p. 286.

59. Cour Alger (Ch. de révision) 22/07/1929, RATM, 1932, tome XLVIII, p.26-27. «La femme musulmane administre les biens qui constituent sa dot, en jouit et en dispose dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que pour ses autres biens.

Par application de ces principes, le trousseau, dit **djehaz**, et les bijoux, deviennent propriété exclusive de la femme, et le mari ne peut prétendre à aucun des objets mobiliers qui en font partie, bien que ces objets aient été acquis des deniers qu'il a fournis.

Et si le mari s'empare, pendant l'union conjugale de tout ou partie du trousseau de sa femme, celle-ci a le droit de le poursuivre et de le faire condamner, soit à la restitution des objets, soit au paiement de leur valeur. C'est donc à tort qu'un jugement, en condamnant une femme à réintégrer le domicile conjugal, la condamne, en même temps, à rapporter son trousseau en nature ou à en payer la valeur au mari».

60. RM, 29/VI/22, 24.101; RM, 29/XII/28, 30.178; RM, 28/X/35, 37.128. Cf. J.P. Charnay, op.cit. p. 285.

En matière de tutelle sur les incapables et avant l'intervention du décret du 12 août 1936, cette juridiction a jugé que le *cadi* est le seul tuteur légal<sup>61</sup> en faisant prévaloir le droit musulman. Mais, elle a changé de position en accordant au *moqadem* le rôle d'un tuteur dative au détriment de celui de simple mandataire du *cadi*<sup>62</sup>. Elle a reconnu à la mère la faculté d'être désignée *moqadem*<sup>63</sup>. Le décret de 1936 reconnaît au *cadi* le rôle de tuteur, renouant ainsi avec la tradition musulmane qui accorde à celui-ci un pouvoir en la matière. Le Tribunal d'Alger a décidé que «conformément à la loi musulmane, un devoir d'ordre public dont le *cadi* ne saurait ni se démettre, ni répudier la responsabilité ([...]), le *moqadem* commis et choisi par le *cadi* pour exercer effectivement la tutelle à sa place, mais sous sa surveillance, continuant à n'être que le mandataire du *cadi* sans être le représentant légal des mineurs»<sup>64</sup>.

S'agissant des successions, la jurisprudence des juridictions françaises est demeurée fidèle aux prescriptions de la loi islamique.

Toute succession portant sur des immeubles francisés ne relève pas de la compétence du *cadi* et ne nécessite pas l'établissement d'une *fréda*. En revanche, le partage d'une succession musulmane ne peut s'effectuer sans une *fréda* qui doit être dressée contradictoirement par le *cadi*<sup>65</sup>.

La Chambre de révision a censuré les actes de *cadis*<sup>66</sup> et les décisions de tribunaux<sup>67</sup> ayant enfreint cette règle.

S'appuyant sur Ibn Acem selon lequel «toute transaction sur succession est impossible, tant qu'on n'a pas connaissance de la qualité des droits successoraux», cette juridiction a admis la nullité d'une transaction faite par une femme avec son frère sur la succession de leur père<sup>68</sup>.

Répudiant les coutumes et recourant au droit musulman, le Tribunal de Freneda a jugé que les femmes musulmanes ont droit à la dévolution héréditaire des terres *arch* ou *sabga*<sup>69</sup>. La Chambre de révision a rappelé à l'ordre des *cadis* qui ont tenté de s'inspirer de principes et de règles du droit français en recourant à des prescriptions du *fikh*. Elle a donc jugé que la propriété immobilière musulmane peut se prouver sans écrit<sup>70</sup>, que le *fikh* n'admet pas la représentation successorale et qu'on ne peut instituer par acte de *mahkama* ou testament, effectué selon le droit musulman, les petits enfants à la place du fils prédécédé<sup>71</sup>.

Mais, la jurisprudence des juridictions françaises admet qu'«en l'absence de dispositions spéciales du droit musulman ou des coutumes indigènes, le juge musulman doit faire application du droit français pour la solution du litige dont il est saisi»■

61. RM, 28/VI/27, 30.215. Idem, p. 277.

62. RM, 15/XII/28, 29.146; RM, 18/II/32, 34.181. Ibidem.

63. RM, 18/II/32, 35.50. Ibid.

64. Trib. Alger (2<sup>ème</sup> ch.), 22/III/38, 38.176. Ibid., p.277.

65. RM, 23/III/29, 31.118; RM, 16/XI/29, 32.54; RM, 14/VI/30, 32.127; RM, 22/II/32, 33.136. Charnay, p.279.

66. RM, 16/XI/29, 32.54; RM, 27/VI/32, 37.119. Ibid., p.280.

67. Cour Alger (Ch. de révision), 14/06/1930, RATM, 1932, tome XLVIII, p.127-128. «Dans la coutume musulmane, c'est par l'établissement d'une *frédha* que s'administre légalement la preuve des droits successoraux. Cette formalité constitue la mesure préliminaire à toute opération de partage de biens provenant d'une succession, pour déterminer la capacité et les droits de chacun des héritiers. Une *frédha* ne peut être opposée à un prétendant droit à la succession si elle a été établie hors de sa présence» Elle ajoute : «attendu que le jugement du tribunal d'Alger, en rejetant des débats une *frédha* dressée par le *cadi* qui a fixé la quotité des droits de la donation et en attribuant à l'héritier donataire une part qui excéderait cette quotité, a violé les principes de la loi musulmane, qu'il échet de l'annuler».

68. RM, 23/III/29, 31, p.117. Cf. J.P. Charnay, op.cit., p.88. La femme a été déboutée par le *cadi* de Sidi Okba et le tribunal de Batna.

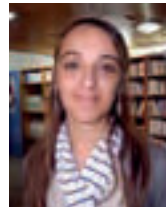
69. Trib. Freneda, 22/02/1924, RATM, 1925, tome XVII, p.171-174 : «Attendu que les indigènes méconnaissent les théories administratives qui ne peuvent briser leurs habitudes et coutumes séculaires, les principes du droit musulman qui font de la femme une successorale dont les droits sont reconnus par toutes les écoles (Verset 12, Sourate IV, Verset 14 Sourate IV). Attendu que c'est à tort qu'on a prétendu que selon la coutume islamique, en matière de terres *sabga*, la femme n'hérite pas».

70. RM, 12/IV/30, 32.112.

71. RM, 23/VII/29, 29.95; RM, 9/III/36, 37.171; RM, 24/XII/26, 29.52.

72. Tb. Tizi Ouzou (Appel musulman) 28/VII/27, 28.29. Le tribunal a refusé de tenir compte du serment d'un incapable en recourant au droit naturel.





MERZELKAD KAHINA

Avocat

## LOI SUCCESSORALE

### ET DROIT DES FEMMES

Les anciennes coutumes arabes avaient pour but unique, dans leur disposition successorale, le maintien des biens dans la famille. Elles attribuaient donc l'héritité aux parents mâles et spécialement ceux qui étaient aptes à porter les armes.

Les filles, les veuves et les mineurs se voyaient exclus de toutes successions.<sup>3</sup>

Avec l'avènement de l'islam, le système successoral de la période antéislamique a subi de profondes modifications.<sup>4</sup>

Ces modifications consistaient dans l'octroi d'une part d'héritage à chaque membre de la famille et plus particulièrement aux femmes en leur donnant un statut d'héritière à part entière jouissant d'un patrimoine personnel et indépendant.

Des règles relatives à la succession ont été posées par la loi coranique et plus spécialement la sourate IV verset 7, 11, 12, 33 et 176 du coran, que nous étudierons plus en détail dans les sous-parties.

Ces règles introduisent les femmes dans le système successoral et apportent aussi une certaine forme d'égalité entre les hommes et les femmes de l'époque.

Cependant la méthode de partage actuelle de la succession se réfère toujours aux éléments socioculturels de détermination des parts de la période antéislamique sans prendre en considération l'évolution et l'émancipation des femmes dans les sociétés arabes et notamment la société algérienne.

Le législateur algérien continue à favoriser la dominance masculine en octroyant à la femme la moitié de la part d'un homme en matière d'héritage. Ce qui représente une discrimination flagrante à l'égard des droits fondamentaux des femmes.

Cette position du législateur révèle une véritable discrimination basée sur la survie de traditions et coutumes patriarcales désuètes. Cette persistance des traditions est aussi apparente dans le système successoral algérien que nous allons aborder. Pour mieux comprendre le système de succession, il est nécessaire de faire une analyse succincte des règles successorales et de démontrer la nécessité juri-

dique et socio-économique d'une égalité en matière d'héritage. Ce que nous allons développer successivement.

#### 1- Présentation et analyse de la loi successorale algérienne

**L'ÉTUDE DE LA LOI SUCCESSORALE TIENT UNE PLACE IMPORTANTE, DANS LE DROIT MUSULMAN, CAR ELLE PREND SA SOURCE DIRECTEMENT DANS LES VERSETS CORANIQUES.**

Le prophète Mohamed disait d'ailleurs «étudiez les faraid<sup>5</sup> et enseignez-les aux gens parce qu'elles représentent la moitié de la science, et c'est la première science qui fut accordée à ma connaissance»<sup>6</sup>.

Ibn Khaldoun<sup>7</sup> dira aussi dans ses prolégomènes que : «Le partage des successions occupe une place à part dans les traités de droit, c'est un noble art, parce qu'il exige une réunion de connaissances

3. SAUTAYRA et CHERBONNEAU, *Droit musulman du statut personnel et des successions*, Paris, Editions Maisonneuve et Gie (tome premier), 1873, 391 pages.

4. BENMELHA (G), *Les successions en droit algérien*, Alger Editions office des publications universitaires (2ème édition), 1984, 145 pages.

5. Les faraid sont la détermination des droits de chaque héritiers dans une succession.

6. BENMELHA (G), *Les succession en droit algérien*, Alger Editions office des publications universitaires (2ème édition), 1984, 145 pages.

7. *Ibn Khaldoun* grand sociologue et penseur magrébin.

dont les unes dérivent de la raison, et les autres de la tradition[...] C'est une science très noble»<sup>8</sup>.

Le législateur algérien puise directement dans le Coran les règles de succession prévues dans le code de la famille, et définit la succession comme étant la transmission à une ou plusieurs personnes vivantes du patrimoine du de cujus.

Cette succession s'ouvre à la mort naturelle réelle ou présumée du de cujus conformément à l'article 128 du code de la famille algérien.

### **Le prétendant à la succession doit posséder 3 qualités majeures qui sont :**

- Être vivant ou tout au moins conçu au moment de l'ouverture de la succession.
- Être uni au de cujus par un lien qui confère la qualité de successible.
- N'être pas atteint d'une incapacité de succéder.

Cependant, ne peut succéder au de cujus toute personne reconnue coupable d'homicide volontaire sur celui-ci, d'un faux témoignage ayant entraîné sa condamnation à mort, de non dénonciation aux autorités compétentes de son meurtre ou de sa préméditation.

Est également exclue de la succession toute personne frappée d'anathème ou d'apostat car le non musulman ne peut en aucun cas hériter d'un musulman.

Ainsi, lorsque ces conditions sont réunies la succession peut être liquidée selon une règle bien précise que nous allons examiner à travers l'étude, en premier lieu, des catégories d'héritiers et, en second lieu, des parts attribuées à chacun.

### **a- Classification des héritiers**

#### **En droit musulman, toute personne qui a des biens les transmet par le fait de son décès.**

Ces héritiers sont désignés par la loi et reçoivent des parts fixées également par la loi. Les dispositions légales qui régissent la dévolution successorale sont d'ordre public. Cela veut dire que la succession laissée par un musulman est obligatoirement réglée par la loi musulmane.

Le code de la famille algérien désigne les personnes qui sont susceptibles d'être successibles.<sup>9</sup>

La classification faite par le législateur algérien est assez compliquée- nous l'avons résumée dans le tableau en annexe-. La classification des héritiers s'appuie sur le sexe du successible, les héritiers extraordinaires et la situation des héritiers qui ne sont pas de religion musulmane.

La classification des héritiers qui s'appuie sur la différence de sexe a pour règle que les garçons ont la portion de deux filles.

Cette règle permet de mettre en évidence la prépondérance des mâles, en rappelant la prescription du texte coranique contenue dans le verset de la sourate IV suivant laquelle Dieu commande, dans le partage des biens, de donner aux garçons la portion de deux filles.

**Les héritiers mâles sont :** Le fils, le petit fils, ou le descendant du fils à tous les degrés, l'aïeul paternel à tous les degrés, les frères germains ou consanguins ou utérins, le neveu, l'oncle paternel, le cousin et le mari.

**Les héritières sont :** La fille, la petite fille, la petite fille du fils, la mère, la veuve, l'aïeule, la sœur germaine, la sœur consanguine, la sœur utérine. Le code de la famille algérien dans son article 68 mentionne aussi une autre catégorie d'héritiers qualifiés de successibles extraordinaires qui sont les cognats.

Cette catégorie d'héritiers sont les parents par la femme qui n'héritent qu'en l'absence des héritiers de la lignée mâle.

Quant aux héritiers qui sont de confession différente, le droit musulman ne leur donne pas la qualité de successible.

L'article 138 du code de la famille va plus loin en excluant de la vocation héréditaire, les personnes frappées d'anathème ou d'apostat. Après cette brève classification des héritiers selon le droit musulman, le législateur a octroyé à chaque héritier une part bien déterminé que nous allons aborder.

### **b- Détermination inégale des parts entre homme et femme**

**LE CODE DE LA FAMILLE FIXE À CHAQUE PERSONNE DES CATÉGORIES D'HÉRITIER CITÉES PLUS HAUT, UNE PART DÉTERMINÉE, CONVENUE EN ANNEXE. CEPE - DANT, CE QUI NOUS A INTERPELLÉ EN EXAMINANT CES QUOTITÉS, C'EST QUE LES FEMMES ONT SOUVENT LA MOITIÉ DE LA PART D'UN HOMME QUELLE QUE SOIT LA CATÉGORIE D'HÉRITIER À LAQUELLE ELLES APPARTIENNENT.**

Le législateur algérien précise dans les articles 144, 145 et 146 qu'il revient au mari d'hériter la moitié ou le quart de ce qu'aurait laissé son épouse, alors que, dans le cas contraire cette dernière n'aura droit qu'au quart ou au huitième. Cette règle de succession est tirée d'un verset coranique qui explique que : «la moitié vous revient de droit sur ce qu'ont laissé vos épouses, si elles n'ont pas d'enfant. Si elles laissent des enfants, vous n'aurez droit qu'au quart, sous réserve que soient exécutés les legs et acquittées les dettes grevant la succession. Aux femmes de leur côté, revient le quart de ce que laissent leurs époux sans enfant.

Si l'époux défunt a des enfants, elles auront droit au huitième seulement, déduction faite des legs et dettes à acquitter».

La soustraction de la moitié de la part d'héritage est aussi présente entre les frères et sœurs.

8. Traduction de slane, II, 23, 24, 139. Homicide volontaire sur la personne du de cujus, toute personne rendue coupable d'une accusation capitale par faux témoignage ayant entraîné la condamnation à mort du de cujus.

9. BENMELHA (G), **Les successions en droit algérien**, Alger Editions office des publications universitaires (2ème édition), 1984, 145 pages.

Le législateur algérien tire cette règle du verset 11 de la sourate An Nissa (les femmes) qui stipule «pour ce qui est de vos enfants, voici ce que Dieu vous prescrit. Le garçon aura la part de deux filles». Cependant, le verset 7 de la même sourate sus-citée stipule que : «Remettez aux hommes une part de ce que leurs parents et leurs proches ont laissée, et aux femmes, une part de ce que leurs parents et leurs proches ont laissée; que cela représente peu ou beaucoup c'est une part déterminée» Ainsi, ce verset démontre que dans une première étape, le coran a assigné une part égale entre les femmes et les hommes en matière d'héritage<sup>10</sup>. Il reconnaît ainsi la règle de l'égalité successorale entre les sexes<sup>11</sup>. Cependant le législateur algérien maintient cette prédominance du mâle par rapport à la femme en matière d'héritage et va plus loin en introduisant les collatéraux mâles quel que soit leur degré de parenté quand les héritiers sont uniquement des filles.

Cette disposition du code de la famille est parfaitement insensée et oblige les parents à avoir recours aux ventes et aux donations afin de préserver le patrimoine dans la cellule familiale. Le législateur devrait abroger cette disposition et prendre exemple sur le législateur tunisien qui a adopté en 1959 une loi qui exclut les collatéraux de la succession au bénéfice exclusif<sup>12</sup> des filles; ce qui témoigne de la volonté de l'Etat tunisien d'oeuvrer pour une égalité successorale.

Le législateur algérien ne partage malheureusement pas cette volonté et justifie toujours cette inégalité et ces anomalies par l'obligation religieuse et culturelle d'appliquer les règles de succession établies par la charia.

Paradoxalement le législateur algérien ne tient plus compte de cette obligation quand il s'agit des pensions de retraite dévolues à la veuve et à ses enfants.

En fait, la pension de retraite du de cujus est exclue du patrimoine et est dévolue exclusivement à la femme et aux enfants.

Cette position du législateur démontre sa capacité à écarter l'application de la loi successorale afin d'assurer une meilleure garantie des droits des héritiers et plus particulièrement les droits des femmes.

En réalité se qui rend plus difficile et pénible la compréhension et l'application de ces règles successorales est le recours systématique à la distinction entre les sexes qui favorise soit la lignée maternelle soit la lignée paternelle et le plus souvent au détriment de la femme dans la détermination du quantum.

Le législateur algérien devrait réduire ces inégalités en s'inspirant des règles universelles des droits de l'homme ou recourir à des techniques juridiques permettant d'opter librement pour des solutions égalitaires s'inspirant des différents rites. Aussi le législateur algérien soucieux de la sensibilité religieuse de ses concitoyens pourrait proposer une loi successorale qui reprend les grandes lignes d'égalité prônées par l'islam à travers la prise en considération et la médiatisation des idées de certains théologiens modernes et progressistes.

Ainsi, en prenant en compte ce qui a précédé, il apparaît que l'inégalité successorale dûment inscrite dans le code de la famille algérien n'est pas si conforme à la réalité doctrinale et coranique.

Des règles générales d'égalité successorales ont été écartées au profit d'une règle successorale inégale liée aux conditions sociales et historiques de l'époque de la révélation de l'islam. C'est pour cela que la nécessité d'une égalité successorale est essentielle d'un point de vue juridique et socio-économique. Ce que nous allons développer :

## 2- Nécessité d'une égalité successorale

**L'ÉGALITÉ SUCCESSORALE CHEZ LES MUSULMANS EST DEVENUE UNE NÉCESSITÉ PAR RAPPORT À LA MUTATION DU CONTEXTE SOCIO-ÉCONOMIQUE, DE LA PLACE DE LA FEMME DANS LA SOCIÉTÉ, ET SA PARTICIPATION ACTIVE DANS LA VIE JURIDIQUE, POLITIQUE ET ÉCONOMIQUE DES ÉTATS MUSULMANS.**

Cette nécessité d'égalité se reflète sur le plan juridique et socio-économique.

### a- Nécessité juridique

**L'INÉGALITÉ SUCCESSORALE EST CONSIDÉRÉE PAR LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE COMME ÉTANT UNE DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES DROITS FONDAMENTAUX DES FEMMES.**

**TOUS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX ONT CONSACRÉ L'ÉLIMINATION DE TOUTE DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES NOTAMMENT EN MATIÈRE DE SUCCESSION.**

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDAW) ne mentionne pas expressément les successions, mais le droit successoral ne peut échapper aux dispositions générales interdisant la discrimination en raison de la religion dans la jouissance des droits, et, notamment du droit à la propriété tel que prévu par l'article 17 de la Déclaration universelle.<sup>13</sup>

10. et 11. **BENNANI (F), AIT ZAI (N) et BENACHOUR (S), «Dalil, pour l'égalité dans la famille au Maghreb» in Collectif 95 Maghreb égalité, Rabat, Edition Collectif 95, 2003, 225 pages.**

12. Cette règle d'égalité n'est pas isolée, puisque dans plusieurs cas, la femme est considérée comme légale de l'homme tel que l'héritage des parents de leur enfant défunt quand ceux-ci laissent une progéniture, de même dans le partage entre frère et sœur de la succession de leur frère ou sœur défunts. D'ailleurs la loi musulmane est allée plus loin dans l'esprit de l'équité en avantageant la femme par rapport à l'homme dans le cas de l'héritage du fils défunt qui ne laisse pas d'enfant elle obtient alors le tiers de la succession, comme il est indiqué dans ce verset : «S'il ne laisse pas d'enfant et que ses père et mère soient seuls héritiers, la mère aura droit au tiers».

13. **LTAIEF (W)., [Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : «Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir»], Revue internationale des sciences sociales 2005/2, N° 184, p. 363-383.www. cairn.info/article.php.**

L'article 5 de la convention pour l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes stipule que : «Les Etats parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes et conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes».

La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, a elle aussi consacré l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et stipule dans son article 18 que : «l'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et les conventions internationales».

De plus, Le Conseil économique et social dans sa résolution 884 du 16 juillet 1962 a recommandé que les gouvernements prennent toutes les mesures en leur pouvoir pour assurer l'égalité des droits successoraux de l'homme et de la femme en proposant que l'héritier et l'héritière de même degré aient des parts égales dans la succession et aient le même rang dans l'ordre successoral et, que la part successorale de la veuve soit égale à celle du veuf.<sup>14</sup>

Les Etats membres aux conventions de protection des droits des femmes ont l'obligation d'inscrire cette égalité entre les hommes et les femmes dans leur droit positif.

L'Algérie, tout comme tant d'autres Etats, a consacré l'égalité entre les hommes et les femmes dans sa constitution.

L'article 29 de la constitution stipule que : «les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale».

L'article 52 de la même constitution précise que : «la propriété privée est garantie, le droit d'héritage est garanti». Cette consécration constitutionnelle met les femmes et les hommes sur un pied d'égalité et reconnaît la femme en tant qu'individu à part entière dotée de droits et de devoirs. Cependant, le code de la famille algérien applique toujours les règles successorales du droit musulman et émet systématiquement des réserves aux traités et conventions qui abordent l'égalité successorale.

La jurisprudence reste constante, et la cour suprême se contente d'appliquer la loi successorale musulmane sans formuler aucune tentative d'interprétation nouvelle allant dans le sens de l'égalité entre homme et femme. Néanmoins, la jurisprudence a garanti à moitié les droits successoraux des femmes en interdisant et en ne reconnaissant pas l'exhérédation des femmes de la succession selon certaines coutumes algériennes.

Dans un arrêt de 1967<sup>15</sup>, la haute cour a annulé une décision qui s'est fondée sur les règles du droit coutumier qui ne reconnaît à la femme Kabyle qu'un droit à l'usufruit sur la succession, ceci parce que la décision attaquée n'a pas fait une correcte application de la charia en matière de succession.<sup>16</sup>

On peut remarquer que l'exclusion de cette règle coutumière n'est pas écartée au profit des règles égalitaires du droit positif algérien mais parce qu'elle n'est pas conforme aux principes inégalitaires de la charia. Ce qui nous renvoie toujours à l'influence persistante de la charia en matière de statut personnel.

De plus les modifications apportées par l'ordonnance 05/02 modifiant et complétant le code de la famille n'ont pas concerné le chapitre des successions.

Ainsi il apparaît que les coutumes et les traditions font fi de toutes les conventions et les traités internationaux et que le législateur algérien n'a pas la volonté juridique d'octroyer à la femme une part égale à celle d'un homme.

L'égalité successorale est une nécessité juridique pour mettre fin à une discrimination basée sur le sexe, mais elle est aussi une nécessité socio-économique car la réalité sociale et la place de la femme dans la famille et dans la société ont changé.

### b- Nécessité socio-économique

Dans les sociétés musulmanes la question de l'égalité successorale reste un sujet très sensible.

Nombre de sociétés et d'Etats comme l'Algérie, refuse le principe de l'égalité en matière d'héritage car cela irait à l'encontre de la religion et du coran qui a certes, prescrit aux femmes la moitié de la part d'un homme, mais il a aussi imposé aux hommes le devoir de subvenir aux besoins de leur femme, consacrant ainsi un état de fait. Et c'est ainsi que les juristes ont justifié la règle voulant que la part d'une femme soit inférieure à celle d'un homme par le fait qu'il doit lui assurer sa subsistance<sup>17</sup>.

Cependant, on constate aujourd'hui que l'homme n'est plus tenu d'assumer seul ce rôle car la femme grâce à son éducation et son instruction subvient plus souvent aux besoins de la famille. Elle participe tout comme les hommes au développement de la société et contribue aussi aux dépenses de la famille qu'elle prend parfois seule en charge.

La raison sur laquelle se basait l'inégalité successorale n'existe plus, ce qui implique selon le principe d'éthique religieux que : «la règle change en fonction de sa cause, selon qu'elle existe ou qu'elle n'existe plus» et «la nécessité rend permis l'interdit».

14. LTAIEF (W)., Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : «Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir», *Revue internationale des sciences sociales* 2005/2, N° 184, p. 363-383. [www.cairn.info/article.php](http://www.cairn.info/article.php).

15. Cour suprême.ch. de droit privé 27 juin 1967. *Revue algérienne. n°4 1968- jurisp, P 1193*.

16. BENMELHA (G), *Les successions en droit algérien*, Alger Editions office des publications universitaires (2ème édition), 1984, 145 pages.

On peut donc dire que la femme est parvenue aujourd'hui à un haut degré de maturité, que la conjoncture sociale a changé, ce qui lui permet d'accéder à la parité totale avec l'homme.<sup>18</sup>

De plus, il a été remarqué, que les familles adoptent de plus en plus différentes stratégies pour contrecarrer la loi actuelle de succession et accorder une part à la fille, égale à celle du garçon.

Les familles ont de plus en plus recours aux donations, aux ventes et aux indemnités pécuniaires afin de palier cette discrimination imposée par le législateur en matière d'héritage. Cette prise de position des familles algériennes traduit le début de l'adoption des valeurs égalitaires et le refus de l'application de la règle successorale du code de la famille.

Selon Tahar HADDA : «s'il est vrai que la religion musulmane avait énoncé, dans de nombreux versets du coran l'existence d'une différence entre les hommes et les femmes dans des cas bien précis, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne rejette point le principe de l'égalité sociale entre deux sexes chaque fois que les conditions s'y prêtent avec l'évolution du temps.

Puisque la loi musulmane vise dans son esprit à atteindre l'égalité et la justice, la doctrine musulmane a choisi d'instaurer ses lois d'une manière progressive, par paliers successifs et acceptables»<sup>19</sup>.

Cet aspect de l'émancipation de la femme nécessite une égalité successorale qui sera à l'image de la société algérienne moderne mais aussi une égalité dans tous les domaines de la vie privée que nous avons déjà abordée. Cette égalité entre les hommes et les femmes nous semble encore loin lorsqu'on compare les dispositions

du code de la famille que nous avons étudiées plus haut avec les normes internationales de protection des droits des femmes.

Malgré l'adhésion de l'Etat algérien aux traités et conventions internationales, il s'arrange toujours pour émettre des réserves systématiques lorsqu'il s'agit du statut de la femme notamment le pacte international relatif aux droits civils et politiques et la convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) .

La convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes voit sa portée réduite par des réserves formulées au nom du code de la famille sur les article 2 paragraphe 2,15 et article 9 paragraphe 4, 16 et 29<sup>20</sup>.

L'article 2 de la convention dégage la politique à entreprendre pour éliminer la discrimination, afin de renforcer le principe d'égalité dans les constitutions nationales, les codes et les autres lois ainsi que d'assurer leur réalisation politique.

On serait tenté de dire que l'article 29 de la constitution algérienne qui consacre l'égalité correspond au vœu de l'article 2 de la convention qui engage les Etats à inscrire dans leur constitution le principe d'égalité des hommes et des femmes.<sup>21</sup>

Cependant, l'idéal d'égalité exprimé par la convention est réduit par la réserve formulée par l'Algérie. Cette réserve précise que : «le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire se déclare disposer à appliquer les dispositions de cet article à condition qu'elles n'aillent pas à l'encontre des dispositions du code de la famille». L'article 9 paragraphe 2 de cette même convention, exige aussi des Etats

d'accorder à la femme des droits égaux à ceux de l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants.». Cet article est suivi d'une réserve de l'Etat algérien qui précise que "le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire émet des réserves à l'égard des dispositions du paragraphe 2 de l'article 9 qui ne sont pas compatibles avec les dispositions du code de la nationalité algérienne et du code de la famille."

Quand à l'article 16 de la convention, il incite les Etats à prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir une totale égalité entre les hommes et les femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux. Cet article n'a pas échappé aux réserves de l'Etat algérien qui a déclaré que : «le gouvernement de la république algérienne démocratique et populaire déclare que les dispositions de l'article 16 relatives à l'égalité de l'homme et de la femme pour toutes les questions découlant du mariage, au cours du mariage et lors de sa dissolution, ne doivent pas aller à l'encontre des dispositions du code de la famille» Ainsi, il apparaît que toutes les réserves formulées par l'Etat algérien sont émises au nom du code de la famille. Ces réserves touchent des dispositions de la convention, qui en constituent l'essence et la vident de tout son sens. Le principe d'égalité se relativise ainsi, quand il s'agit pour la femme d'exercer ses droits dans la famille.

Le représentant du gouvernement, lors de la présentation du premier rapport de l'Algérie devant le comité pour l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes le 01/09/1998, a confirmé cette vision en déclarant

17. BENNANI (F), AIT ZAI (N) et BENACHOUR (S), «Daliil, pour l'égalité dans la famille au Maghreb» in Collectif 95 Maghreb égalité, Rabat, Edition Collectif 95, 2003, 225 pages.

18. TALBI (M), Plaidoyer pour un islam moderne, Tunis, Edition cérés, 1998, 1997 pages.

19. HADDAD (T), *Notre femme, la législation islamique et la société*, Alger, Edition ANEP, 2005, 225 pages.

20. Journal officiel de la république algérienne n° 06 du 24-01-1996.

21. AIT ZAI (N), *[Le code de la famille algérien : expression du droit ou soumission]*, in *Les algérienne citoyenne en devenir*, Institut Méditerranéen, Edition CMMORN 2000 (page 204 pour la version française).

que : «la condition des femmes Algériennes comme dans toutes les sociétés appartenant à la sphère arabo-musulmane se présente de manière dichotomique.

Ainsi, le principe constitutionnel de l'égalité des sexes est scrupuleusement respecté en matière de droit civil et politique, il confère à la femme un statut de citoyenne à part entière, quant aux questions relatives au statut personnel, elles sont régies par le code de la famille en partie inspiré de la charia»<sup>22</sup>.

Cette position radicale de l'Etat algérien est devenue plus nuancée lors de l'examen du deuxième rapport présenté au comité en 2005.

Les représentants de l'Etat algérien ont déclaré que : «Le Gouvernement a reconnu la nécessité d'amender les Codes de la famille et de la nationalité pour les mettre en conformité avec les normes internationales et tenir compte de l'évolution de la société algérienne»<sup>23</sup>.

Le comité a répondu favorablement aux efforts fournis par l'Etat algérien mais note avec préoccupation que «bien que l'égalité devant la loi, sans discrimination, notamment fondée sur le sexe, soit inscrite aux articles 29 et 31 de la constitution, la législation de l'Etat partie ne comporte pas de définition de la discrimination conforme à l'article premier de la convention, ni de dispositions relatives à l'égalité de droit des femmes, contrairement à ce qui est prévu à l'article 2 alinéa a), de la convention»<sup>24</sup>.

Suite à ces recommandations du comité, le législateur algérien a certes, apporté en février 2005 des modifications au code de la famille, mais ses amendements restent futiles face à la persistance de la discrimination à l'égard des femmes et la non abrogation de

certaines textes du code de la famille qui favorisent cette inégalité sexuelle tels que la polygamie, le tutorat et l'inégalité successorale.

Quant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'Algérie l'a ratifié et accompagné de déclarations interprétatives révélatrices de la frilosité de l'Algérie lorsqu'il s'agit de la promotion civile de la femme.<sup>25</sup> De cette manière, l'Algérie a tenu à réserver son adhésion au pacte sus cité en interprétant de manière déclarative plusieurs dispositions du pacte, notamment l'article 23 alinéa 4.

Cet article énonce que : «Les Etats [...] Prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et responsabilités des deux époux au regard du mariage durant et lors de sa dissolution». Ce principe d'égalité n'a pas convaincu l'Etat algérien qui a apporté une autre interprétation à l'alinéa 4 de l'article 23.

Cette interprétation stipule que : «le gouvernement algérien interprète les dispositions du paragraphe 4 de l'article 23 du pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant les droits et les responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution comme ne portant en aucun cas atteinte aux fondements essentiels du système juridique algérien».

Un rapport annuel a été présenté au comité des droits de l'homme par la commission nationale consultative de promotion et de protection des droits de l'homme en 2007. Dans ce troisième rapport, le président de la commission nationale consultative de promotion et protection des droits de l'homme a souligné concernant le code de la famille, «qu'il n'y a aucune contradiction frontale entre la constitu-

tion qui est le texte fondamental et le code de la famille, et qu'il y a lieu de tendre dans le consensus vers une harmonisation plus pertinente de ces deux textes»<sup>26</sup>.

Suite à ce rapport le comité des droits de l'homme a déclaré lors de son examen que : «Tout en notant la volonté de l'Etat partie de réformer ses lois et d'engager une réflexion sur la condition de la femme en Algérie, le Comité constate, avec préoccupation, la persistance de discriminations à l'égard des femmes tant en fait qu'en droit, notamment dans le cadre du mariage, du divorce et de la participation suffisante dans la vie publique. (Art. 3, 23, 25 et 26 du Pacte).

## L'ÉTAT PARTIE DEVRAIT :

### **a) accélérer la mise en conformité des lois régissant la famille et le statut personnel avec les articles 3, 23 et 26 du Pacte,** notamment

en ce qui concerne l'institution du wali et les règles se rapportant au mariage, au divorce, en particulier la non attribution d'un logement à la femme divorcée sans enfants, et aux décisions concernant la garde des enfants.

De plus, l'Etat partie devrait abolir la polygamie, qui porte atteinte à la dignité de la femme et qui est incompatible avec les dispositions du Pacte.

### **b) renforcer ses efforts en vue de sensibiliser la population algérienne aux droits des femmes, promouvoir davantage la participation des femmes à la vie publique, renforcer l'accès des femmes à l'éducation et garantir leur accès aux possibilités d'emploi»<sup>27</sup>.**

Le gouvernement algérien a répondu à ces recommandations et observations du comité des droits de l'homme en rappelant que :

22. Rapport de l'Algérie au comité sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/DZA/1 1er septembre 1998. www.ohchr.org.

23. Compte rendu analytique de la 667e séance, Tenue au Siège, à New York, le mardi 11 janvier 2005, à 10 heures CEDAW/C/SR.667. www.ohchr.org.

24. Observations finales, du comité pour l'élimination de toutes discriminations à l'égard des femmes CEDAW/C/DZA/CC/2 www.ohchr.org.

25. AIT ZAI (N), [Le code de la famille algérien : expression du droit ou soumission], in *Les algérienne citoyenne en devenir*, Institut Méditerranéen, Edition CMMORN 2000 (page 204 pour la version française).

26. Rapport annuel de 2007, état des droits de l'homme en Algérie, commission nationale consultative de promotion et de protection des droits de l'homme, Rouïba, Editions ANEP, 2008, 159 pages [107].

27. Observations finales du Comité des droits de l'homme CCPR/C/DZA/CO/3 - 12 Décembre 2007. www.ohchr.org.

«lors de la ratification du Pacte, il avait formulé les déclarations interprétatives en particulier en ce qui se réfère à la sphère du statut personnel.

Il avait indiqué dans ses réponses écrites et lors de l'examen de son rapport, que les réserves étaient un droit codifié par la Convention de Vienne sur les traités, et que, s'agissant du Pacte, elles ne portaient pas atteinte à l'essence des droits qu'il a édictés.

Le gouvernement algérien souligne que les amendements au code de la famille constituent, de l'avis unanime des observateurs, une avancée remarquable et qu'il s'emploie à leur donner une effectivité sur le terrain en particulier en sanctionnant la violence dont est l'objet la femme et

en encourageant la promotion de la femme dans la vie publique. Il a mis en exergue l'énorme effort en matière d'éducation, de formation et de sensibilisation actuellement mené pour la promotion des droits de la femme en Algérie»<sup>28</sup>.

Cette réponse de l'état algérien témoigne de sa revendication à maintenir son droit d'émettre des réserves et ne répond pas de manière claire aux interrogations et préoccupations du comité, notamment concernant la question de la suppression du tuteur marital et de la polygamie.

L'Etat Algérien, tente de prouver sa bonne volonté et sa bonne foi à travers les nouveaux amendements du code de la famille.

Les modifications de ce code ont certes abrogé certaines discriminations flagrantes telles que le devoir d'obéissance de la femme et ont apporté certaines améliorations qui facilitent la vie des femmes.

Cependant, il n'en demeure pas moins que d'autres inégalités qui touchent à la dignité humaine des femmes subsistent toujours.

L'Etat algérien soutient toujours, le maintien du code de la famille, malgré la réalité sociale, les revendications féminines et les exigences internationales.

Le gouvernement algérien invoque exclusivement l'argument religieux et socio politique pour justifier sa position ■

28. Commentaires du gouvernement algérien sur les Observations finales du Comité des Droits de l'Homme (CCPR/C/DZA/CO/3). [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

**BALSAM**  
رَبِّسَم

RÉSEAU NATIONAL DES CENTRES D'ÉCOUTE  
SUR LES VIOLENCES CONTRE LES FEMMES

CIDDEF

05, rue Ibn HAZM - Sacré Coeur - Alger  
Téli/Fax : (213) (0) 21 74 34 47

RÉSEAU NATIONAL DES CENTRES D'ÉCOUTE  
SUR LES VIOLENCES CONTRE LES FEMMES

LES VIOLENCES CONTRE LES FEMMES  
EN ALGÉRIE  
DEUXIÈMES RESULTATS

Septembre 2010

RÉSERVEZ VOTRE  
EXEMPLAIRE

**SORTIE DU DEUXIÈME RAPPORT DU RÉSEAU NATIONAL ALGÉRIEN BALSAM  
DES CENTRES D'ÉCOUTE SUR LES VIOLENCES CONTRE LES FEMMES**

Fatima Zohra GUECHI

Historienne, Enseignante-chercheuse  
à l'Université Mentouri, Constantine

## LES HABOUS EN ALGÉRIE AU 18 ÈME SIÈCLE, OUTIL DE RÉGULATION SOCIALE OU CHOIX DES DÉVOLUTAIRES ?

Dans cette brève contribution, destinée au lecteurs et lectrices du CIDDEF (Centre d'Information et de Documentation sur les droits de l'Enfant et de la Femme), nous nous attacherons à montrer comment les habous, les waqf, ont servi – et peuvent toujours servir – d'outil de régulation sociale et familiale en matière de gestion et de transmission des patrimoines.

Pour la clarté de la démonstration, nous allons nous référer – à titre indicatif - aux pratiques constantinoises et algéroises du 18e siècle, à un moment où la stabilité politique et la main mise ottomane sur les institutions sont à leur apogée, même si politiquement, les tenants du pouvoir à Alger, se libèrent de la tutelle de la Sublime Porte tout en lui reconnaissant l'allégeance. La caractéristique de cette période pourrait se résumer dans la stabilité socio-politique du pouvoir ottoman en Algérie. Plus de deux siècles après son avènement, l'institution judiciaire a enregistré la dualité des rites dans son quotidien, au moins dans les grandes villes de commandement comme Alger, Constantine, Médéa. Non plus comme rite des occupants et des dirigeants allogènes, le rite hanéfite coexiste bien avec le rite malekite, dominant dans le pays, et tout un chacun a le loisir d'opter pour le rite de son choix, dans les domaines et les secteurs où cette licéité existe.

C'est une période antérieure aux derniers soubresauts politiques et à la confrontation coloniale, ce qui la rend intéressante en matière de pratiques socio-juridiques.

Système global de gestion des biens et de la société, le waqf n'a pas fini de livrer les secrets de son expansion. Immobilisant les biens, en principe, les propriétaires ont souvent eu recours à ses options pour réguler la transmission de leurs biens.

En ce début du 21e siècle, dans un contexte où l'Etat et la société veulent remettre au goût du jour cette institution, malmenée dans ses fondations par les lois coloniales aux 19e et 20e siècles, beaucoup de travaux s'intéressent aux waqf, fondations pieuses aussi bien au Maghreb qu'au Machreq où l'institution était en usage y compris dans les milieux chrétiens sous l'empire ottoman.

Dérivé de la racine arabe «habasa», c'est-à-dire emprisonner et retenir, ou de la racine «waqafa», c'est-à-dire s'arrêter et awqafa «arrêter», le hubus (vulgo : habous) ou le waqf est une pratique juridique ancienne, largement répandue dans le monde islamique, permettant en principe d'immobiliser à jamais le statut d'un bien-fond qui devient de ce fait inviolable, inaliénable et insaisissable.

Selon la destination finale de la fondation, on distingue deux types de habous : le **'ām** (public) qui profite à une institution à caractère religieux ou utilitaire (mosquée, madrasa, fontaine publique, maristan, turba, etc.) et le habous **'ahli**, dit aussi, **khass** (transcription), qui profite généralement à la descendance du fondateur jusqu'à extinction, selon un système de transmission bien déterminé, avant d'atteindre le dévolutaire final qui est prati-

quement toujours une institution publique à caractère religieux ou utilitaire, comme les deux villes saintes de Mecque et Medine», les mosquées, les zawiya; medersas etc... facteur d'immobilisation des patrimoines familiaux, le habous privé ou 'ahli n'est expliqué le plus souvent, que comme un subterfuge juridique, servant à réaliser les objectifs suivants :

- L'exhérédation ou l'exclusion – totale ou partielle – des femmes et



de la descendance des filles au bénéficiaire du patrimoine familial.

- La protection du patrimoine des confiscations opérées volontiers par les pouvoirs publics, mais aussi des dilapidations que provoqueraient des descendants prodigues ou peu prévoyants» (Henia, A. 1999, p.346).

A partir de cette définition proposée par A. Hénia dans son magistral ouvrage sur «Propriété et stratégies sociales à Tunis (16<sup>e</sup> -19<sup>e</sup> siècles)», nous allons revisiter, brièvement l'institution habous, en privilégiant la mise en exergue des pratiques les moins courantes et surtout les moins vulgarisées, dans le choix des dévolutaires du habous ahli, particulièrement celles qui accordent leurs droits aux femmes, voire celles qui les avantagent.

Car à y regarder de plus près, les pratiques des habous étaient plus diversifiées qu'il n'y paraît et cette institution demeure un outil de régulation des transmissions des biens, qui accorde une certaine liberté au propriétaire dans le choix et la hiérarchie des bénéficiaires de l'usufruit de son bien waqf.

Dans un souci de renouvellement historiographique, les actes notariés en général ont permis des approches méthodologiques convergentes et des regards comparatistes.

Ainsi, les travaux de Abdeljelil Temimi, Abdalkrim Rafeq ou André Raymond ont servi de pistes de travail pour nous en Algérie. Plus récemment les travaux collectifs comme :

- «*hasab wa nasab* : parenté, alliance et patrimoine», coordonné par Sophie Ferchiou,

- Celui présenté par Randi Deguilhem qui traite du waqf comme outil de pouvoir sociopolitique.

- Les recherches et travaux collectifs (Abdelhamid Hénia, Samia Bargaoui, [...])

Toutes ces études ont permis un réel échange et une meilleure connaissance de ce que peut offrir l'étude des waqf.

Plusieurs mémoires de magister et thèses de doctorats en Algérie ou sur l'Algérie ont pour objet ou pour source première les actes de waqf.

Les publications et thèses de Nacereddine Saidouni, Isabelle Grangaud, Fatima Z. Guechi, Aicha Ghetas, Khalifa Hammache, Oudenne Boughoufala, Fatiha Loualich, entre autres, mettent en lumière les pratiques sociales en matière de habous, à l'époque ottomane.

Ces travaux mettent à jour notre connaissance, et, palliant au peu de chroniques et d'histoires relatant les faits, le corpus des actes notariés constitue une entrée très riche à l'histoire sociale et politique comme à celle des institutions et des pratiques juridiques.

### Présentation rapide du corpus

**Le fonds des archives de la période ottomane en Algérie comporte une masse impressionnante d'actes notariés dont une bonne part relève des constitutions de waqf.**

**Inégalement répartis dans le temps et dans l'espace, les actes des périodes les plus récentes (18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles), ont pu être préservés en nombre plus grand, c'est pourquoi beaucoup d'études les privilégient de par la disponibilité de la documentation.**

A la différence des centaines d'actes conservés en liasses ou épars dans les fonds des tribunaux (Mahakim al char'ya) aux Archives Nationales d'Algérie.

A Constantine malgré le nombre réduit qui nous en est parvenu, le corpus des actes de waqf a l'avantage de l'homogénéité dans le temps et dans l'espace.

En effet plus de 70 actes ont été établis sur une période de moins de vingt ans. L'ensemble a été constitué durant le règne de Salah Bey (1771-1792) et la moitié ont été établis par le Bey lui-même.

Cela permet de suivre l'évolution et le cheminement de ses actions, la réalisation de ses projets.

Cela permet également de rendre compte des pratiques aussi bien administratives que juridiques de gestion du waqf et par le waqf des choses de la cité, des enjeux du pouvoir politique et de la transmission des patrimoines.<sup>1</sup>

Ces actes ont été présentés et édités en 2009 par l'auteur de ces lignes<sup>1</sup>.

Dans ce contexte, c'est la diversité des voies de répartition de l'usufruit qui retient notre attention. Comment les fondateurs des habous ont-ils choisi leurs dévolutaires, quel type de répartition des biens ont-ils appliqué et dans quelle optique ?

### Contexte :

**Le corpus des actes waqf de Constantine, dont nous disposons, est le fruit d'une décision administrative émanant de Salah Bey.**

**Elle répond à une préoccupation légitime qui est de veiller aux biens fonds des fondations pieuses qui selon toute vraisemblance semblent se déliter voire tomber en ruine et être détournés à d'autres usages qu'à celui auquel ils étaient dévolus.**

Dans un acte fondateur, Salah Bey inscrit les différentes opérations à suivre pour remédier à cet état de fait. Il décide de faire recenser les biens avec ordre de conserver et préserver les biens fonds des waqf par une comptabilité rigoureuse et un contrôle semestriel par les instances concernées.

Cette vaste opération a donné des résultats tangibles : un regain de dotations pieuses et une émulation parmi les notables de la ville. D'autres mesures sont prises pour faire fructifier les biens des mosquées par un réinvestissement des revenus et une désignation précise des institutions chargées de veiller sur ces habous.

Ainsi, en premier lieu, il incite les qadis et les muftis à recenser tous les biens des mosquées et à chercher les mosquées tombées en ruine ou sorties de leur usage pour les faire renaître.

Ensuite il décrète l'enregistrement parallèle des actes de habous sur quatre registres et chacun auprès d'une personnalité/institution :

Le Qadi malekite, le Qadi hanefite, Wakil Bayt al Mal et Cheikh al Badlad. Relevons le souci de l'archive et de la conservation.

Par ces dispositions, chaque mosquée a eu son cahier ou son registre particulier, qui sera retranscrit dans les registres matrices. Les interprètes militaires français dont Féraud en ont vu une centaine jusqu'au milieu du 19<sup>e</sup> siècle.

Malgré cela, ce que nous avons entre les mains semble constituer une partie d'un registre.

Celui qui concerne la grande mosquée construite par les soins de Salah Bey et de la medersa qui lui est attenante.

Mais avant de prendre cette décision de remettre de l'ordre dans la gestion des waqf, Salah Bey a commencé par construire une mosquée, une medersa, une maison et c'était le début d'un grand complexe urbain.

Suivre le cheminement de ces différentes opérations montre clairement comment le projet prend forme par les multiples transactions qui se suivent au gré des circonstances et des objectifs.

Négligente et déficiente, la gestion par le waqf avait besoin d'être réformée. Le Bey institue un suivi régulier et une comptabilité contrôlée semestriellement. Il limite l'usage privatif du reliquat puisqu'il ordonne de le réinvestir pour acquérir de nouveaux biens au profit de la mosquée qui a eu cet excédent de bénéfice. D'un autre côté il constituait beaucoup de habous khayri au profit surtout de sa mosquée et de la medersa attenante alors qu'il s'est beaucoup occupé à acquérir

des biens qu'il a mis en habous à son profit jusqu'à sa mort puis au profit de ses enfants existants et à venir [...]

### Le choix du rite

**L'on sait qu'il est licite pour un musulman de choisir un autre rite que celui auquel il appartient à condition que cela ne soit pas une manière de fuir les obligations en papillonnant entre eux au gré des circonstances.**

Ainsi, non seulement Salah Bey et sa suite étaient hanafites mais les Algériens malékites avaient adopté le rite d'Abi Yusuf pour constituer un waqf. Ce rite qui suivait les préceptes du grand Imam Abi hanifa al-Nu'man facilitait l'opération.

Il suffisait de dire habastu : J'ai constitué un waqf, devant témoins et de répondre aux exigences légales pour que le waqf soit valide.

Cependant, le constituant pouvait se réserver le droit de remanier, de rectifier la liste des dévolutaires, d'en faire entrer ou d'en faire sortir qui il voulait et ce, sa vie durant. Tant qu'il était vivant, il pouvait revoir «son testament habous», à condition d'inscrire cette clause dans l'acte. En revanche, la formule instituant l'inaliénabilité était toujours présente.

Il s'agit de l'expression «ce habous ne peut être modifié, ni rectifié et malheur à ceux qui le feront [...] Dieu sait dans quel revers ils auront [...] »

Un châtement est prévu [...] et aucun musulman, pieux de surcroît, ne veut mériter ce châtement. C'est ce qui permet aux qadis de refuser les tentatives de remises en question de certaines opérations de habous. Cependant ces rectifications existent [...]

A Alger, à Constantine comme à Tunis la majorité des fondations habous ahli de la période ottomane sont constituées selon le rite hanefite, qui autorise le constituant à être le premier dévolutaire de son waqf et à jouir de son usufruit sa vie durant.

### Le choix des dévolutaires

**Le habous ou le waqf permet de détourner les règles de succession en faisant bénéficier de l'usufruit d'un bien des personnes qui n'hériteraient pas ou en éloigner des héritiers, tout en aliénant le bien contre toute transaction de vente ou de partage. Dans la pratique courante, les constituants de habous ou waqf dhurri/privé au profit de la descendance le font selon le rite hanefite et en font bénéficier leurs enfants en priorité. Certes un système de régulation existe mais l'exhérédation des filles et celles des épouses (dont on parle moins) reste visible dans les actes.**

**En contrepartie, privilégier une fille ou un garçon par rapport aux frères et sœurs, quel qu'en soit le contexte, est une pratique peu commune que Salah Bey a mis en pratique et qui reste exceptionnelle. En outre, faire bénéficier les enfants (garçons et filles) de l'usufruit à parts égales est peu vulgarisé, bien que largement attesté dans nos documents du 18<sup>e</sup> siècle.**

La pratique du waqf atteint parfois une proportion qui approche de la moitié des waqfiyya à Alger.

**Le waqf était-il utilisé comme un testament de remplacement ?**

Outil souple, l'acte de habous permet en effet de choisir les dévolutaires, publics ou privés, selon un ordre préférentiel décidé par le constituant.

Quand les dévolutaires étaient les descendants et parents des constituants, ces derniers ont usé de plusieurs cas de figure. Les pratiques étaient aussi diversifiées à Constantine qu'à Alger à l'époque ottomane.

Prenant l'exemple de Salah Bey, le gouverneur du Beylick (province) de l'Est, des notables et hauts fonctionnaires de la ville de Constantine, sous son règne nous relevons quatre modalités de dévolution des waqf de famille. Ces pratiques sont relevées dans Alger à la même époque.

1. Pour suivre les programmes de habous du Bey dans le détail, cf. Grangaud, I. et F. Z. Guechi.

- **Usufruit pour tous les enfants du constituant à égalité des parts puis pour les enfants des garçons [...]** Seulement ou l'exhérédation de la descendance des filles.

Pratiquée dans la succession, elle est consacrée dans les actes habous, par le choix des dévolutaires, les modalités de dévolution qui précisent à chaque génération, à qui reviennent les parts. En, effet, s'il est rare d'exclure les filles – du constituant lui-même – la clause intervient à la seconde génération, en insistant sur les enfants des garçons.

Ainsi, en 1190, Muhammad bin 'Abbas, Sarraj dar al Imâra, Sellier de la maison du Bey, constitue sa maison, sise à Tabia, Constantine intra muros, en waqf, à son bénéficiaire sa vie durant puis au profit de ses enfants existants (Abu al Qacem, Aichouch et Hania) et à venir, garçons et filles à égalité des parts entre eux, puis après eux le habous sera au profit de leurs enfants, les garçons surtout et leurs enfants tant qu'ils se perpétuent au sein de l'islam [...], selon les générations, [...] en cas d'extinction l'usufruit du habous revient aux enfants de son frère Bouzid et son frère Al haj, les garçons sans les filles, puis leur descendance [...] [...] à leur extinction le habous revient à la Grande Mosquée de souq Al Jumu'a [...] selon le rite d'Abi Yussuf [...] (Sijill, 2009, acte N° 19, p. 96).

C'est un cas où l'exclusion des filles et de leur descendance après la première génération est la plus manifeste dans le texte. Cette formulation reste minoritaire.

A Alger, «Il apparaît de l'étude des clauses relatives au partage du bénéficiaire, que la tendance ne va pas à l'encontre des filles. Ainsi, sur la totalité des programmes seuls deux constituants excluent la fille. Par ailleurs, dans de rares cas, le bénéficiaire de la fille est conditionné par sa situation matérielle telle la waqfia de sidi Muhammed ibn Muhammed cheikh El islam et dont la clause stipulait que la fille Fatma ne méritait le bénéficiaire que si elle se trouvait

privée d'époux, dans une situation de besoin et de précarité. Autrement dit le bénéficiaire ne lui est octroyé qu'en vue de lui assurer sa sécurité matérielle. Par ailleurs l'énoncé de l'acte précise que si Fatima venait à en bénéficier, sa lignée serait exclue totalement<sup>(36)</sup>.

Il est à préciser que dans d'autres cas - cependant rares - la fille ne peut accéder au bénéficiaire qu'à la suite de l'extinction de la lignée masculine» (A. Ghetas, 2002, inédit).

- **Usufruit à parts égales entre tous les enfants quelque soit leur sexe, exclusivement et à perpétuité.**



Contrairement à l'exhérédation des filles de leurs parts d'héritages, dans certaines régions du pays et du monde musulman, l'option de la parité entre hommes et femmes, entre les filles et les fils, adoptée par certains constituants de habous privés, n'a pas eu la publicité nécessaire. Dans notre corpus, c'est Radhwan Khuja, Wakil bayt al Mal (responsable et gérant **des biens en déshérence, orphelins et mineurs) qui en donne le meilleur exemple.**

Dès 1189, à la fin du mois de Rajab, il **constitue en habous quatre boutiques sises au Suq al Najarîne, à son bénéficiaire sa vie durant, puis au bénéficiaire de ses enfants si Muhammad et sa sœur Aicha et au bénéficiaire d'enfants à venir, garçons et filles à parts égales, puis au profit de leur descendance [...] en cas d'extinction de la lignée le habous revient à la grande Mosquée de souq al Jumu'a [...]**

**Il est devenu, ainsi, le premier dévolutaire/bénéficiaire et s'est engagé à octroyer quatre Ryals de grande facture, chaque année au profit de la dite mosquée [...]**

A signaler, pas de condition de faire entrer ou sortir des bénéficiaires des habous comme le fait

Salah Bey. Deux ans plus tard, Radhwan Khuja récidive, dans les mêmes termes. (Acte N°16, p. 93, sijill 2009) :

**En cette fin de Rabi'i II. De l'année 1191, il constitue en habous un moulin sis au Hamma, en dehors de Constantine, à son bénéficiaire puis à celui de ses deux enfants Muhammad et Aicha et ceux à venir [...] à parts égales entre eux, ainsi qu'au bénéficiaire de leurs enfants et des enfants de leurs enfants tant qu'ils se perpétuent, garçon et fille à parts égales [...]**

Dans cet acte, Radhwan Khuja innove dans le sens où il stipule clairement la règle de parité parmi la descendance, alors que la pratique laisse la question ambiguë ou la tranche en faveur des garçons dans les générations suivantes, quand les filles ne sont pas exclues expressément.

Une question peut venir à l'esprit, à savoir si les femmes avaient un comportement différent et privilégiaient éventuellement les filles en matière de succession à partir du habous.

Nous disposons de peu de cas pour en tirer des conclusions générales. A prendre en considération les pratiques algéroises et constantinoises, les femmes ne se distinguent pas spécifiquement par une solidarité féminine, mais le choix de la parité dans la dévolution de l'usufruit n'est pas méconnu.

Ainsi, au milieu de **Jumada I. de l'année 1206, Radhia bint feu Qaced Ali Chawuch al-Injishayri constitue en habous une maison à Bab al Jabia [...] à son bénéficiaire sa vie durant puis au bénéficiaire d'enfants à venir, garçons et filles à parts égales [...]** En cas d'extinction de la lignée le habous revient pour moitié aux Haramayn (Mecque et Médine) et pour l'autre moitié à la mosquée Sidi al Kattâni [...]

Ainsi, à Constantine, à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, comme à Alger, la tendance à opter pour la parité des parts entre filles et garçons est une pratique courante et significative.

Elle n'est pas minoritaire, ni indicative seulement. Ces pratiques sont identiques à Alger, avec une plus grande diversité et en plus grand nombre, ce qui autorise une approche quantitative.

Dans Alger ottoman, le choix de l'égalité des parts d'usufruit parmi les dévolutaires de la descendance était proportionnellement importante (près de la moitié des cas) et donc très significative des mentalités dominantes. En effet, sur un échantillon de 109 waqfiya / actes de habous ahli, couvrant le 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> Aïcha Ghetta relèvent que près de la moitié des cas (57 exactement) les constituants ont opté pour que les garçons et les filles (enfants) bénéficient à égalité de l'usufruit du waqf institué. Ces actes recouvrent la période des 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles (A. Ghetta, 2002, inédit). La pratique est bien ancrée.

Il est par ailleurs intéressant pour notre propos de relever que les mêmes personnes, ont, par choix et stratégie personnelle, opté pour les divers modes de dévolution, parallèlement ou successivement, c'est - à- dire, choisissant l'une ou l'autre des modalités selon le contexte. Ce qui plaide pour un usage flexible et non obéissant à une idéologie fixe.

Ainsi, Salah Bey a fait usage de l'ensemble des modalités possibles, dans des combinaisons multiples et complexes. Nous importe ici, la diversité des options adoptées, indépendamment de la stratégie du gouverneur, savamment analysée par Isabelle Grangaud dans la ville imprenable (2002).

En premier lieu, à la **fin du mois de Safar 1189hg**, Salah Bey constitue en waqf un certain nombre de biens (**dont sa maison, un jardinet, des boutiques, un hamam, deux 'ulluw (maisons à étages), un chemin privé et des écuries**), à son profit **sa vie durant, puis au profit de ses enfants à venir, garçons et filles à parts égales puis au profit de leur descendance tant qu'ils se perpétuent au sein de l'Islam.**

**- En cas d'extinction de la lignée, l'usufruit revient à son parent Muhammad Khoja puis à la descendance de ce dernier, en cas d'extinction [...] L'usufruit revient à la Grande Mosquée de Suq al Jumu'a [...] Cependant, le constituant émet la condition de faire entrer et sortir qui il veut du bénéfice de ce habous. De plus, le constituant a levé la main du propriétaire pour gérer ces biens en tant que waqf [...]**

Ainsi, dans son premier acte de habous privé, Salah Bey institue la parité parmi ses enfants, bien avant leur naissance, dans le bénéfice de l'usufruit de ses biens après sa mort.

Dans un acte (Sijill, 2009, p. 45-46), en date du début du mois de Dhi al Q'ida 1193, Salah Bey constitue en waqf des lopins de terre dans la banlieue de Constantine, à son profit sa vie durant puis au bénéfice de son fils [...] Sayyid Muhammad et des enfants à venir, garçons et filles (à parts égales [...]), **plutôt l'usufruit** sera partagé entre eux selon la règle char'ique [...] au garçon la part de deux filles puis entre leurs enfants et les enfants de leurs enfants [...] les fils n'entrent pas dans la succession en présence de leurs pères [...]

À l'extinction de la lignée le habous revient à la Mosquée et à la Medersa [...].

Cependant, «le constituant émet la condition de faire entrer et sortir qui il veut du bénéfice de ce habous».

Remarque importante, cet acte contient deux lignes barrées mais restées lisibles. Elles stipulent l'égalité des parts entre les enfants dévolutaires.

Une rectification est faite en cours de rédaction, on barre et on continue, et l'erreur est signalée en fin de texte, comme le veut la règle d'établissement des actes : «Deux lignes du texte sont barrées» [...] Avant la signature des témoins sur l'acte. Pour bien prouver, que l'opération de barrer et rectifier a bien eu lieu au moment de l'établissement de l'acte et non pas après.

Cette erreur dans la transcription, est-elle erreur d'application du scribe ou hésitation du constituant qui aurait changé d'avis au dernier moment ?

**Pourquoi, Salah Bey hésite t-il à inscrire la parité, alors qu'il n'a pour le moment qu'un enfant, Muhammad ?**

**La nature des biens habousés y est-elle pour quelque chose ?**

La question est plus subtile pour lui qui dispose de beaucoup de biens de toute nature.

Au même moment, au début du mois, Q'ida 1193, (acte N°5, p. 47) Salah Bey constitue un autre habous (deux boutiques [...]) à **son propre bénéfice et à celui de son fils** Muhammad et au bénéfice des enfants à venir, **garçons et filles à parts égales** entre eux, puis au bénéfice de leur descendance [...]

**En 1197, dans un acte (N°10, p. 54), daté de la fin du mois de Hijja Al Haram, constitue en habous des terres à son bénéfice d'abord, puis au bénéfice de son fils Muhammad spécifiquement, puis au bénéfice de ses enfants [...] selon la règle char'ique [...]**

Là encore, il y a hésitation, erreur et rectification dans la rédaction de l'acte [...] En fait il faut lire, en cas de décès de Muhammad sans laisser d'héritiers, ses frères et sœurs bénéficient du habous, ensuite ce sera à leurs descendants avant d'atterrir enfin à la mosquée et la médersa [...]

**Que doit-on retenir ?**

**Qu'au même moment, Salah Bey fait des constitutions de habous sur deux modalités différentes, comme options personnelles, mais toutes deux valides puisque autorisées et certifiées par les autorités légales.**

Ce qui signifie la diversité des choix et l'option multiple, y compris pour la même personne, en l'occurrence le Bey en exercice.

Faut-il y voir un cas d'école. Pourquoi pas ?

### La place des femmes épouses

Si la place des filles est parfois controversée dans l'ordre de la dévolution, elle est toujours présente, quitte à spécifier les conditions de son bénéfice ou de son exclusion. En revanche, les femmes épouses ne figurent pas parmi les dévolutaires signalées dans les actes des habous de Constantine de cette époque; contrairement à Alger, où des femmes de dignitaires ont bénéficié des largesses de leurs maris dans les habous même si c'était en général, à titre viager.

Une clause précise, qu'en cas de décès sa part revient aux autres dévolutaires. Certains actes lui préconisent une part déterminée dans le bien, une pièce dans une maison pour l'abriter. Elle peut être premier ou dernier dévolutaire selon les clauses, garantie contre les imprévus et les aléas de la vie, comme la mort prématurée de tous ses fils. Parfois, dans un partage, les immeubles reviennent aux enfants et les biens meubles à l'épouse. (F. LOUALICH, 2008, p. 171). Ainsi des exceptions existent et une gestion au cas par cas, avec un usage de tous les ressorts qu'offre cette institution aux multiples facettes est possible.

### L'affaire d'Amina ou du refus de la révocation du habous.

Salah Bey a tenté de revenir sur un waqf dont l'usufruit était destiné à sa fille Amina pour en faire bénéficier son frère Muhammad ou plutôt son demi frère, du côté paternel bien sûr.

L'affaire arriva devant la justice et par «avocats» interposés, le père et la fille - en l'occurrence le Bey en exercice et sa fille s'opposaient à propos d'un habous. Amina est représentée par Wakil bayt al Mal qui s'occupe de biens

en déshérence et des biens des mineurs, quant au Bey, il a choisi son katib si Muhammad Bin kujk Ali comme représentant ou défenseur par procuration.

En réalité, Salah Bey avait doté sa fille de plusieurs biens et les a constitués en habous à son seul bénéfice. Il a fait de même pour son fils Muhammad.

Voulant conforter l'institution habous et par la même occasion confirmer la propriété des biens d'Amina, sa fille, le Bey a eu recours à la procédure du jugement comme preuve.

Dans ce premier cas, l'affaire passe devant le majlis et le jugement du Qadi devient une pièce à conviction aux mains d'Amina lui confirmant la jouissance des usufruits des biens en question. C'est une confirmation par la négation de la révocation souhaitée devant le qadi. Et en prime, la confirmation de l'inaliénabilité des habous et le renforcement de l'institution.

Cette hypothèse est attestée par la simultanéité des opérations d'achat, de constitution en habous et de la décision de Salah Bey de revenir sur ce habous. La tentative de révocation du habous a eu lieu un mois après la constitution [...] (Sijill, 2009, p.69-72).

A plusieurs reprises, les dévolutaires des habous privés ont introduit des tentatives d'aliénation pure et simple auprès des tribunaux ou auprès des jurisconsultes pour avoir une fatwa en leur faveur.

Malgré les différences de contexte, les demandeurs étaient très souvent déboutés. Les Nawazil de Constantine de l'époque, le sijill Salah Bey et le dossier des waqfiyya de Amina sa fille et de son fils en donnent un bon exemple (Guechi, 1995). Des situations similaires se rencontraient à Alger et ailleurs.

Flexible, l'institution waqf a retenu des gardes fous solides pour assurer sa pérennité comme outil de régulation sociale et familiale.

En conclusion, à partir des pratiques constantinoises et algéroises, représentées surtout par les notables et les hauts fonctionnaires, nous avons relevé la multiplicité des choix qu'offre l'institution habous en matière de modalités de dévolution de l'usufruit.

Ce qu'il faut retenir en dernière instance, c'est la flexibilité du système du habous et la pluralité des options dont disposent les constituants, sans oublier la faculté d'introduire des conditions pour gérer son programme de waqf, sa vie durant, surtout selon le rite d'Abu Hanifa.

L'étude et l'analyse des programmes de waqf institués dans l'Algérie ottomane traduisent la flexibilité et «l'habilité» d'une institution réputée «rigide» et «encombrante», qui paralyse l'économie en immobilisant le bien. Plusieurs ressorts de gestion sont attestés par les chercheurs; ce qui explique en partie l'engouement pour ce système de habous qui perdure à travers les siècles.

La licéité de constituer des waqfiyya selon le rite de son choix a permis d'opter pour le rite hanéfite, le plus libéral à l'égard des constituants qui peuvent être les premiers bénéficiaires de l'usufruit de leur propre bien leur vie durant, en tant que dévolutaires. Ce qui est un atout majeur, sinon le plus intéressant.

En second lieu, les constituants peuvent inscrire des conditions de gestion du habous, voire même prévoir son retour dans le marché, c'est à dire aliéner le bien, le remettre en circulation par achat, vente ou succession.

Cette condition, difficilement admise permet en cas de coup dur de vendre un bien habous et sortir de la crise ou de l'endettement.

Les conditions du contrôle de la gestion assurent aux constituants une maîtrise sur le devenir du bien et sur son rendement par la voie du nadhir al waqf, son «gérant».

Mais la plus grande libéralité accordée par l'institution waqf

dans l'absolu, est certainement la faculté de choisir les dévolutaires, parmi les institutions publiques à but et objectif pieux, mais aussi et surtout pouvoir ne pas respecter les règles de succession dans le choix des bénéficiaires parmi la descendance. «Conserver le bénéfice de son bien, sa vie durant, tout en ayant élaboré un programme pour sa circulation dans le futur, voilà qui pouvait (et peut) rassurer en cas d'imprévus concernant les dévolutaires».

Le constituant avait la faculté d'opter pour une école juridique différente en passant à un autre bien; de même qu'il pouvait adopter des clauses de dévolution différentes selon les biens. Il pouvait réviser les actes par l'insertion de dispositions, de conditions ou de procédures optionnelles pour répondre à de nouvelles situations.

Il suffisait de prévoir à l'avance ce genre de dispositions dans les actes de constitutions des biens an habous». (F. Loualich, 2008, p.165).

Dans ce contexte, l'institution waqf ouvre un espace de négociation entre le constituant et ses dévolutaires, présents ou à venir.

En matière juridique, ce précédent pourrait être utilisé à bon escient pour assurer équilibre et équité entre les enfants héritiers et pour éviter aux parents qui n'ont que des filles pour toute descendance.

La loi a trouvé une solution pour les petits enfants qui, orphelins de père ne pouvaient hériter sa part dans la succession du grand père. Cette opération appelée «tanzil» permet de sauvegarder les droits de ces enfants touchés par une double perte, celle du père et celle de sa part d'héritage (s'il a de quoi hériter).

En travaillant dans le sens de plus d'équité à l'égard des filles et des femmes - à qui la société demande de plus en plus de contribution en temps, en argent, en implication dans la gestion de la maisonnée, - la mise en exergue de ce genre de pratiques séculaires et leur publicité suffiraient à limiter l'angoisse des parents (hommes et femmes)

à l'égard de leur descendance surtout quand elle est exclusivement féminine.

Trouver des solutions légales, admises socialement éviteraient aux citoyens le recours aux pratiques illégales ou à la limite de l'illégalité par des subterfuges et des détournements répréhensibles.

Connu pour être un outil d'inaliénation d'un bien, par les subterfuges juridiques et la diversité des écoles, le waqf s'est avéré outil flexible pour assurer la transmission des biens et leur conservation dans la famille.

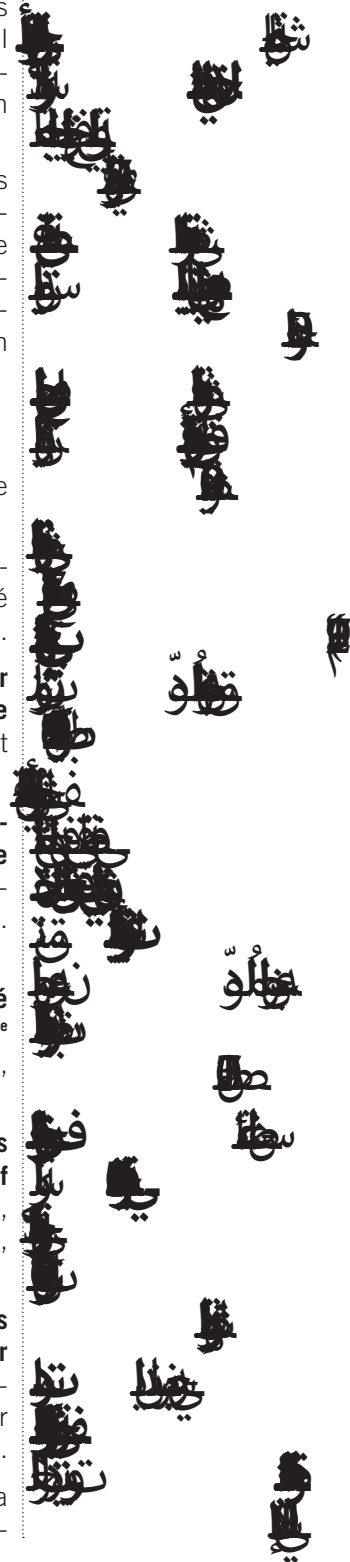
Nous proposons ces arguments historiques à l'attention des juristes et des politiques, en tant que précédents juridiques, pour enrichir le débat actuel et y puiser matière à amendements des lois en la matière.

### BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- Archives Nationales d'Algérie, Le fonds des Mahakim Char'iya.
- Archives de la Wilaya de Constantine – Sijill Salah Bey manuscrit, édité en 2009. Voir ci-dessous, en arabe.
- Loualich Fatiha, **La famille à Alger (17<sup>e</sup> -18<sup>e</sup> siècles) Parenté, alliance et patrimoine**. Thèse de Doctorat de l'EHESS, 2008, inédite.
- Grangaud, Isabelle, **La ville imparable, une histoire sociale de Constantine au 18<sup>e</sup> siècle**, EHESS-Paris, 2002; Media-Plus, 2004. 368p.
- HENIA, Abdelhamid, **Propriété et stratégies sociales à Tunis (16<sup>e</sup> -19<sup>e</sup> siècles)**, Université de Tunis I, 1999, 496p.
- Saidouni, Nacereddine, **Etudes Historiques sur la propriété, le waqf et la fiscalité** (époque moderne), Dar-AL-GHARB AL-ISLAMI, Liban, 2001 (en arabe).
- Deguilhem, Randi, **Le Waqf dans l'espace islamique, outil de pouvoir socio-politique**, organisé et présenté par R. - Deguilhem, préface par A. Raymond; Damas, IFD. 1995.
- Ghetas, Aicha, «Réflexions sur la pratique du habous dans la société

algéroise 17-18<sup>e</sup> siècles». Texte inédit présente au Colloque d'Aix en Provence, 2002.

- Revue des Etudes Historiques, université d'Alger, N° spécial travaux du colloque sur le Waqf. [...] Alger 2001.
- Ferchiou Sophie «**hasab wa nasab : Parenté, alliance et patrimoine**», coordonné par Ferchiou Sophie Paris, CNRS, 1992.



## LES ÉVOLUTIONS SOCIALES

### ET LA QUESTION DE L'HÉRITAGE

La situation de la femme algérienne évolue au plan social et économique, ce qui rend de plus en plus problématique l'inégalité dans l'héritage.

En effet la société change : la famille nucléaire (parents/enfants) s'impose, le célibat définitif des femmes devient une réalité forte, les femmes occupent une place marquée sur le marché de l'emploi. Ces changements bouleversent les rôles économiques et sociaux qui prévalaient. D'une part ils posent les femmes en position de partenaire par rapport aux hommes, d'autre part ils renforcent les liens de filiation directe au détriment des liens de type tribal où les frères par exemple occupaient une place importante.

Certaines législations telle celle de la sécurité sociale ont déjà pris acte de ces évolutions et consacrent les droits de la lignée directe tant en matière de couverture sociale au titre d'ayant droit d'un travailleur que pour la réversion du revenu de travail au décès du travailleur.

Enfin des études ont montré que ces évolutions sociales ont suscité dans la population un désir de voir évoluer la législation en matière d'héritage vers davantage d'égalité.

#### 1. LA FAMILLE ÉLARGIE DISPARAÎT

D'abord, la cellule de base de la société autrefois constituée par la famille élargie tend aujourd'hui, pour de nombreuses raisons, à la fois sociales, économiques et culturelles à s'identifier à la famille dans le sens restrictif du ter-

me, c'est-à-dire constituée par le couple parental et les enfants non mariés, auxquels s'ajoutent plus rarement un ascendant.

Ainsi, lors des recensements successifs, le nombre de ménages, unité statistique définie comme «les personnes vivant

sous le même toit et prenant en commun les principaux repas» coïncide de plus en plus avec le nombre de familles, au sens restrictif du terme défini ci-dessus.

Ceci indique la disparition progressive de la grande famille traditionnelle.



Répartition des ménages ordinaires et collectifs selon la wilaya de résidence, la dispersion et la taille moyenne des ménages

Wilayas	Effectif MOC				Taille moyenne des Ménages			
	Total	ACL	AS	ZE	Total	ACL	AS	ZE
Adrar	68907	34207	30052	4648	5.8	5.9	5.6	6.3
Chlef	154289	83719	39894	30676	6.5	6.2	6.7	7.0
Laghouat	67073	55294	3282	8497	6.8	6.7	6.8	7.3
Oum El Bouaghi	111594	85513	7011	19070	5.6	5.5	5.8	5.9
Batna	188654	133433	23941	31280	5.9	5.8	6.2	6.5
Bejaia	156253	99442	39476	17335	5.8	5.6	6.1	6.5
Biskra	114666	91618	8831	14217	6.3	6.1	6.8	6.9
Bechar	42616	38204	3515	897	6.3	6.2	8.0	6.4
Blida	178013	129496	34149	14368	5.6	5.6	5.9	5.8
Bouira	113171	63129	20826	29216	6.1	5.9	6.4	6.5

Tamanrasset	31020	24103	3682	3235	5.7	5.7	5.9	5.6
Tébessa	109934	88067	4450	17417	5.9	5.9	5.8	6.2
Tlemcen	182096	130946	38737	12413	5.2	5.1	5.4	5.5
Tiaret	135121	103694	9521	21906	6.3	6.2	6.4	6.8
Tizi Ouzou	197487	105660	75995	15832	5.7	5.5	5.9	6.1
Alger	571250	519902	40064	11284	5.2	5.2	5.3	5.4
Djelfa	144904	112517	6196	26191	7.5	7.3	7.9	8.3
Jijel	98566	62306	21135	15125	6.5	6.3	6.7	6.8
Sétif	244820	145403	41563	57854	6.1	5.9	6.2	6.5
Saida	56024	42788	6505	6731	5.9	5.8	6.2	6.2
Skikda	152012	94565	29864	27583	5.9	5.7	6.0	6.4
Sidi Bel Abbes	109315	94363	9493	5459	5.5	5.5	5.8	5.8
Annaba	124812	92309	29064	3439	4.9	4.8	5.2	5.0
Guelma	94123	71971	10210	11942	5.1	5.1	5.2	5.5
Constantine	175545	135032	33334	7179	5.3	5.3	5.4	5.9
Médéa	130798	85871	8727	36200	6.3	6.0	6.5	6.7
Mostaganem	119096	60140	15505	43451	6.2	5.6	6.3	6.9
M'sila	147728	100984	18183	28561	6.7	6.6	6.9	7.0
Mascara	138175	91729	23607	22839	5.7	5.6	5.9	5.8
Ouargla	85728	72867	10525	2336	6.5	6.5	6.6	6.9
Oran	277520	224559	47785	5176	5.2	5.2	5.4	5.5
El Bayadh	37241	31561	1740	3940	6.1	6.1	5.9	6.4
Illizi	9895	6311	2869	715	5.3	5.2	5.4	5.9
Bordj Bou Arreridj	101891	70320	19337	12234	6.2	6.0	6.5	6.5
Boumerdes	142050	83175	41900	16975	5.6	5.5	5.8	6.0
El Tarf	78224	45209	23084	9931	5.2	5.1	5.3	5.6
Tindouf	8541	8327	136	78	5.8	5.8	4.9	4.6
Tissemsilt	44759	30296	3221	11242	6.6	6.4	7.0	7.0
El Oued	92415	70904	17828	3683	7.0	7.0	7.0	7.4
Khenchela	68372	51152	2927	14293	5.7	5.6	5.6	5.7
Souk Ahras	81838	58444	4234	19160	5.4	5.3	5.5	5.6
Tipaza	108979	65717	20335	22927	5.4	5.2	5.6	5.8
Mila	125724	74424	26163	25137	6.1	5.9	6.3	6.5
Ain Defla	122243	75336	25870	21037	6.3	6.0	6.6	6.9
Naama	30936	25917	1221	3798	6.2	6.2	5.3	6.9
Ain Temouchent	70011	57523	5886	6602	5.3	5.2	5.6	5.9
Ghardaïa	55686	54359	712	615	6.5	6.5	5.9	6.1
Relizane	115044	71210	15640	28194	6.3	6.1	6.4	6.9
<b>Total</b>	<b>5815158</b>	<b>4154015</b>	<b>908225</b>	<b>752918</b>	<b>5.9</b>	<b>5.7</b>	<b>6.0</b>	<b>6.5</b>

Or, dans cette famille restreinte, la mère de famille participe directement ou indirectement à la constitution du patrimoine familial. De même les enfants non mariés qui vivent avec leurs parents, dès lors qu'ils travaillent, contribuent, garçons et filles à ce patrimoine.

Par contre, les frères du chef de famille ne participent plus du tout à la constitution du patrimoine de ce dernier.



### 2. LE CÉLIBAT DÉFINITIF DES FEMMES PROGRESSE

Le célibat définitif des femmes est de plus en plus présent. Presque inexistant il y a quarante ans, leur nombre est significatif aujourd'hui. L'enquête MICS 3 Algérie de 2006 indique par exemple que 10,4% des femmes de 40 à 44 ans sont célibataires. Le célibat toucherait l'ensemble de la population algérienne quel que soit la strate ou la région de résidence. Chez les femmes, la proportion de célibat augmente nettement avec le niveau d'instruction, il double selon que la femme a un niveau primaire ou supérieur.



Répartition de la population résidente des ménages ordinaires et collectifs  
**Âgée de 15 ans et plus selon la situation matrimoniale**

Wilayas	Etat Matrimonial					Total
	Célibataire	Mariée	Divorcée	Veuve	N.D	
Adrar	57743	57700	3294	10102	7	128847
Chlef	159477	171980	5918	21583	119	359076
Laghouat	61300	75648	2870	8668	112	148598
Oum El Bouaghi	90141	113101	3334	13940	59	220574
Batna	168547	192744	7027	25547	71	393936
Bejaia	150914	165193	3006	26813	152	346079
Biskra	100793	120058	4592	15944	63	241450
Bechar	39193	46172	3174	6992	0	95532
Blida	139987	186417	5798	24031	147	356380
Bouira	112251	122525	2818	16639	84	254317
Tamanrasset	22211	25215	2392	3506	75	53399
Tébessa	101303	109562	2899	16288	46	230098
Tlemcen	123774	183645	8523	29879	2	345823
Tiaret	119237	148348	7663	20435	5	295687
Tizi Ouzou	202055	196629	7265	42622	200	448772
Alger	437237	570153	27173	83721	418	1118702
Djelfa	139934	170714	6493	20135	177	337453
Jijel	115894	99891	1648	14987	25	232445
Sétif	213504	272493	7440	32781	70	526288
Saida	47958	58921	3653	8726	3	119262
Skikda	154439	152687	3018	19734	36	329913
Sidi Bel Abbes	86746	109926	7750	18379	22	222823
Annaba	95325	116059	5273	17554	40	234251
Guelma	74588	90873	2478	12481	22	180442
Constantine	145693	171922	6260	26136	43	350054
Médéa	129933	141623	3053	17074	87	291771
Mostaganem	111598	128751	6269	19174	16	265808
M'sila	139141	166937	5984	18542	46	330648
Mascara	104417	142746	7120	22001	44	276327
Ouargla	76120	89711	3471	10809	142	180252
Oran	200001	269838	21654	44375	96	535964
El Bayadh	29385	39763	2028	5540	12	76729
Illizi	5445	8100	449	723	13	14730
Bordj Bou Arreridj	85812	115774	3672	13563	27	218848

Boumerdes	121261	144776	3563	18655	101	288357
El Tarf	67567	74682	2208	9923	16	154397
Tindouf	6288	7984	714	983	0	15969
Tissemsilt	48335	48006	1690	6760	4	104795
El Oued	82323	103283	3964	12422	188	202181
Khenchela	58567	66505	1650	8446	23	135191
Souk Ahras	68708	79013	2608	11802	34	162164
Tipaza	88040	108107	3640	14139	73	213999
Mila	122397	133674	2158	16310	27	274566
Ain Defla	120880	129521	3396	15823	101	269721
Naama	25798	34021	1579	4129	9	65536
Ain Temouchent	50587	70705	4127	11535	17	136971
Ghardaïa	40777	66286	3263	7453	72	117851
Relizane	111001	125851	5747	17989	25	260614
<b>Total</b>	<b>5054625</b>	<b>6024233</b>	<b>235768</b>	<b>845792</b>	<b>3170</b>	<b>12163588</b>

*La plupart des femmes célibataires vivent encore, pour des raisons sociales et parfois également économiques, au foyer de leurs parents. Or, au décès de leur père elles se retrouvent privées du toit paternel, sans pouvoir toujours trouver refuge auprès de leurs frères, si elles en ont, et encore moins de leurs cousins.*

*De fait, il n'existe aucune obligation légale pour les frères d'assurer la subsistance de leur sœur célibataire, veuve ou divorcée.*

### 3. UN MILLION ET DEMI DE FEMMES TRAVAILLENT

*Le nombre de femmes qui travaillent augmente régulièrement. Ainsi à fin 2009, l'Office National des statistiques dénombre 1.447.000 femmes qui travaillent. De plus 320.000 femmes sont à la même période à la recherche d'un emploi (soit un taux de chômage féminin de 18,2% supérieur au taux de chômage masculin). Ces sont là des signes de la volonté affirmée des jeunes femmes de travailler quelles que soient les difficultés rencontrées.*

En travaillant, ces jeunes filles et ces femmes contribuent directement aux dépenses du ménage au sein de leur famille, paternelle ou conjugale selon le cas, et à la constitution du patrimoine de leur famille.

### 4. UNE LÉGISLATION EN ACCORD AVEC LA SOCIÉTÉ ACTUELLE : LES LOIS DE SÉCURITÉ SOCIALE

Les lois de sécurité sociale prennent en compte la cellule familiale «moderne». Ainsi la loi n° 83-11 du 2 juillet 1983 relative aux assurances sociales établit dans son article 67, la liste des ayants droit d'un travailleur appelé à bénéficier en plus du travailleur lui-même de la couverture sociale.

#### FIGURENT PARMI LES AYANTS DROIT :

- Le conjoint qui n'exerce pas d'activité rémunérée.
  - Les enfants à charge, âgés de moins de 18 ans (ou de 21 ans s'ils poursuivent des études).
  - Les enfants infirmes incapables d'exercer une activité quelconque.
  - Les ascendants du travailleur ou de son conjoint dépourvus de ressources.
  - Les filles non mariées, qui ne travaillent pas, quel que soit leur âge.
- Il est à signaler que les enfants adoptés dans le cadre de la kafala bénéficient des mêmes droits que les enfants naturels.

Le souci de maintenir un revenu à ceux que le travail du décédé faisait vivre est également pris en compte par les lois algériennes de sécurité sociale : ainsi, à la mort

d'un travailleur, la pension de réversion est partagée entre les différents membres qui vivaient sur le revenu du travail de la personne occupée sans discrimination selon leur sexe.

**Les ayants droit d'un décédé sont :** le conjoint, les enfants à charge tels que définis ci-dessus et les ascendants à charge. Le conjoint, s'il n'y a ni enfant à charge, ni ascendant à charge, reçoit 75% de la pension du de cujus; s'il y a d'autres ayants droit la pension du conjoint s'élève à 50% de la pension du de cujus.

Les autres ayants droit se partagent en règle générale à part égale 40% de la pension du de cujus.

En outre et pour subvenir aux premiers besoins de la famille, une allocation décès égale à 12 fois le montant du dernier salaire est versée aux ayants droit et répartie entre eux à parts égales.

Ainsi, les dispositions des lois de sécurité sociale consacrent de facto la famille nucléaire; elles ne font pas de discrimination selon le sexe, si ce n'est une discrimination positive en faveur des filles célibataires ne travaillant pas. En cas de décès elles font la part belle au conjoint pour la pension de réversion; enfin elles donnent les mêmes droits aux enfants recueillis qu'aux enfants naturels.

### 5. OUI POUR L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'HÉRITAGE ?

Une enquête menée en 2009 par le CIDDEF auprès d'une population adulte et d'une population adolescente fournit des résultats surprenants. En effet à la question suivante : **Proposer un partage égalitaire de l'héritage entre**

**hommes et femmes : une «bonne chose» ou une «mauvaise chose» les résultats étaient les suivants :**

- Au niveau global, la part des personnes favorables à ce partage égalitaire est de 6 adolescents sur 10 et près de 5 adultes sur 10.
- Les femmes et surtout les jeunes filles se démarquent tout particulièrement en faveur de

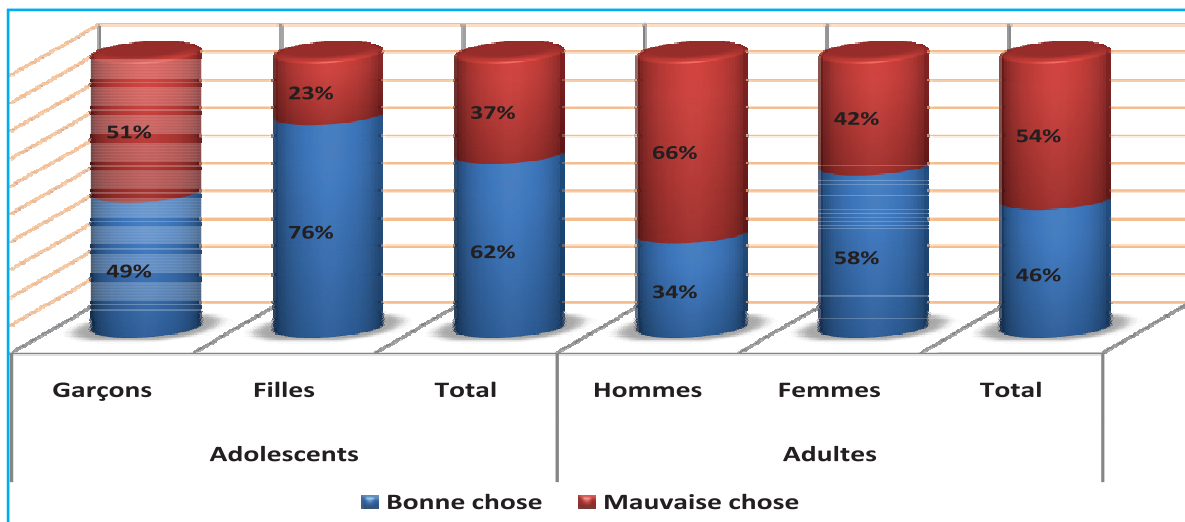
l'égalité puisque plus de ¾ des adolescentes et 58% des adultes femmes trouvent que le partage égalitaire est une «bonne chose».

- Par contre 49% seulement des adolescents masculins et 34% seulement des adultes hommes se disent favorable à un partage égalitaire de l'héritage.

### Proposer un partage égalitaire de l'héritage entre hommes et femmes : une «bonne chose» ou une «mauvaise chose» ?

	POPULATION ADOLESCENTE			POPULATION ADULTE		
	Garçons	Filles	Total	Hommes	Femmes	Total
<b>Bonne chose</b>	33%	51%	42%	20%	33%	27%
<b>Bonne chose, mais pas autorisé par la religion</b>	16%	25%	21%	14%	25%	19%
<b>Bonne chose</b>	<b>49%</b>	<b>76%</b>	<b>63%</b>	<b>34%</b>	<b>58%</b>	<b>46%</b>
<b>Mauvaise chose</b>	34%	10%	22%	25%	11%	18%
<b>Mauvaise chose, car interdit par la religion</b>	18%	13%	15%	41%	31%	36%
<b>Mauvaise chose</b>	<b>52%</b>	<b>23%</b>	<b>37%</b>	<b>66%</b>	<b>42%</b>	<b>54%</b>
<b>Total</b>	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Graphique N°1 : Droit au partage égalitaire de l'héritage entre hommes et femmes



On voit qu'une partie des personnes favorables à l'égalité observent cependant que cette égalité n'est pas autorisée par la religion (un quart des femmes et des jeunes filles restreignent de cette façon leur réponse). Pourtant et malgré cette règle religieuse considérée comme incontournable la préférence pour l'égalité s'exprime.

D'autres personnes expriment par leurs actions ce même souci de partager équitablement leur héritage entre leurs enfants. Le problème se pose avec une acuité particulière dans les familles où tous les enfants sont de sexe féminin.

Pour ce faire différentes solutions sont adoptées :

- Faire des donations.
- Convertir son capital en actions réparties également entre les enfants.

Ainsi en dépit du regain actuel de dogmatisme religieux la société se montre sensible au problème d'inégalité dans l'héritage et tente d'y remédier ou souhaite pouvoir le faire■



Mohamed SIAGH, Alger, 8 oct. 2010  
Sociologue

## LA FAMILLE ALGÉRIENNE

### ET LE PROCESSUS DE MODERNITÉ

#### INTRODUCTION :

Étudier les changements sociaux impose inévitablement l'étude de la famille en tant que groupe constitutif de toute organisation sociale. En effet, ce groupe dont les éléments sont biologiques, psychologiques et culturels a ses particularités : sa formation, sa structure, ses dimensions, ses conditions de vie et ses besoins ainsi que ses fonctions qui varient dans le temps et dans l'espace en relation avec les systèmes sociaux et les formes de civilisation.

Dans le passé, plus particulièrement en régime d'économie rurale, la famille élargie assurait l'ensemble des fonctions physiques ainsi que celle de formation et de socialisation. Désormais, la famille a perdu beaucoup de terrain : la fonction économique au sens large s'est muée en fonction de production et de consommation car même en zone rurale, les produits bruts ne sont plus transformés à la maison. L'industrie prend de plus en plus en charge cette activité. Seule la fonction reproduction reste du seul monopole de la famille même si certaines naissances se font en dehors d'elle.

Pour ce qui est de l'Algérie, les grands bouleversements ont commencé avec :

- L'occupation française (affrontements violents entre deux types de civilisation : L'une en phase d'expansion et l'autre depuis longtemps repliée sur elle-même « ruminant » un passé prestigieux);
- La colonisation de peuplement qui va engendrer une spoliation des terres et l'assujettissement de tout un peuple à un conquérant dont l'appétit était sans mesure;
- Une longue guerre de libération qui va engendrer le déplacement forcé de deux millions de personnes (le quart de la population) qui ont été parquées près des postes militaires et dont les territoires ont été déclarés

zones interdites, les privant ainsi de toute possibilité de continuer à exploiter leurs terres, sources principales de revenus;

- L'indépendance va accentuer le processus : L'exode rural, l'attraction des grandes agglomérations sont des phénomènes démographiques qui ont abouti à l'abandon de la résidence coutumière et ont provoqué des phénomènes de néo-localité : Le lieu de résidence des époux est différent de celui de leur origine respective.

A ce phénomène connu par toutes les sociétés s'ajoute l'absence de volonté de mettre en place une politique de maîtrise de la croissance démographique.

Malgré l'occupation des habitations abandonnées lors

du départ précipité des colons, le déficit en logement n'a cessé de croître. Les grandes villes sont ceinturées par des bidonvilles de plus en plus grands.

De temps à autre, des décisions sont prises par les pouvoirs publics pour éradiquer ces habitats précaires et déplacer avec force les occupants mais quelques temps après, on assiste au retour rapide des déplacés.

Le ralentissement, voire le blocage du processus de modernisation peut être expliqué par des facteurs matériels (les conditions engendrées par la croissance démographique et des facteurs socioculturels (l'école et son incapacité à soutenir une socialisation moderne).

### DÉMOGRAPHIE ET CONDITIONS DE VIE

La démographie galopante va voir la population se multiplier par environ 2,5 entre 1962 et 1994, elle passe de 8.300.000 à 21.433.400 d'habitants, et 16 ans après en 2010, l'Algérie a compté 35.600.000 habitants, sa population a donc quadruplé en moins de cinquante ans. Il convient de méditer cette progression vertigineuse : Quelle société, même très développée, peut faire face à un accroissement aussi important.

Les citoyens et citoyennes d'aujourd'hui n'ont pas besoin seulement d'une assiette de couscous : ils veulent un poste de travail pour subvenir à des besoins qualitatifs et quantitatifs croissants, un logement pour avoir une vie décente et des places pour leurs enfants dans des établissements scolaires et universitaires de qualité.

Malheureusement, la réalité sociale s'illustre par des difficultés que vivent les familles algériennes.

En effet, ni l'école et encore moins l'habitat ne peut faire face à cette évolution rapide du nombre d'habitants.

Toutes les aspirations légitimes se transforment en frustrations d'autant plus que depuis une trentaine d'années, les paraboles donnent à voir d'autres manières de vivre, d'habiter et de consommer.

Les tableaux suivants montrent bien les conditions de vie des familles, près d'un demi siècle après l'indépendance.

#### TAUX D'OCCUPATION PAR LOGEMENT (TOL) : NORME 5

1962	1966	1977	1982	1987	1993	1994	2008
5,6	6,1	7,7	7,94	7,61	7,76	7,72	6,4

#### TAUX D'OCCUPATION PAR PIECE (TOP)

1966	1977	1987	1992	2008
2	2,49	2,69	2,86	2,2

#### TAILLE MOYENNE DES MENAGES

1966	1977	1987	1992	2008
5,91 (base 100)	6,65	7,10	7,12	5,9

#### NOMBRE DE LOGEMENTS POUR 1000 HABITANTS

	1962	1966	1977	1987	1994	2008
Logements pour 1000 habitants	182	164	128,4	128,3	129	157

Sources : document CNES 1996 et RGP 2008

Malgré la volonté des candidats au logement, les capacités de l'offre restent très en deçà de la demande et cette situation influe négativement sur les conditions de

vie des familles et sur la solidité et la qualité des relations familiales et matrimoniales. En effet, comment fonder une famille lorsque le minimum requis n'existe pas.

C'est ainsi que nous assistons à des mariages «éphémères» et à l'augmentation des divorces selon les statistiques fournies par l'administration de la justice.

## NOMBRE DE DIVORCES PAR TYPE DE DEMANDE ENTRE 2007 à 2009

TYPE DE DEMANDE	2007		2008		2009	
	Nombre	Taux	Nombre	Taux	Nombre	Taux
<b>A L'AMIABLE</b>	11.203	32,83	14.072	35,73	12.900	31,05
<b>EPOUX</b>	17.733	51,97	18.794	47,72	20.134	48,45
<b>ÉPOUSE</b>	2.721	7,97	3.320	8,43	4.050	9,75
<b>KHOLÉA</b>	2.466	7,23	3.197	8,12	4.465	10,75
<b>TOTAL</b>	<b>34.123</b>	<b>100%</b>	<b>39.383</b>	<b>100%</b>	<b>41.549</b>	<b>100%</b>

Source : El Watan 9 mai 2010

L'analyse du tableau montre que les époux restent dominants dans la demande du divorce, près de 50% en 2009. Le divorce par Khol<sup>^</sup> augmente sensiblement. Il signifie que les épouses sont de plus en plus prêtes à acheter leur liberté parce que d'une part, elles ont les moyens et d'autre part, elles aspirent à un mieux vivre que la vie conjugale est loin de leur apporter. Mais il n'en demeure pas moins que ce type de divorce est le reflet flagrant d'une inégalité des sexes devant la loi : C'est en quelque sorte une double peine.

### ÉCOLE ET SOCIALIZATION D'UN AUTRE ÂGE

L'Algérie avait à l'indépendance beaucoup de pédagogues de valeur qui pouvaient mettre en place une école à la mesure des aspirations d'un peuple qui venait de connaître une guerre absolument destructrice aux plans matériel et moral. Malheureusement, le problème de l'enseignement a été posé en terme de pouvoir et non de pédagogie et la question de la langue a été vite réglée en escamotant la réalité com-

plexe concernant ce délicat problème. Les atouts ont ainsi été perdus.

Ceux qui pouvaient contribuer à l'amélioration de la prise en charge pédagogique se sont retirés pour laisser place à des "bricoleurs" de la pédagogie d'autant plus que tout se déroule sur fond de transfert de complexe d'infériorité entre ceux qui ne comprenaient pas la langue française vers ceux qui ne comprendront pas la langue arabe.

L'arabisation rapide et volontariste, décision politique et antipédagogique, va être réalisée grâce à un appel massif aux enseignants moyens orientaux sans évaluer leurs connaissances et encore moins leurs compétences pédagogiques, et à un recrutement d'enseignants algériens dont on exigeait seulement la "connaissance" de la langue arabe.

La massification rapide des enseignants ne permet pas de toute façon de faire un recrutement adéquat puisque dans tout projet pédagogique de grande envergure, la quantité et la qualité ne font pas bon ménage.

### Certes les taux de scolarisation ne cessent d'augmenter, mais quelle importance accorder à un pourcentage ?

Il faudra nécessairement affiner la recherche dans ce domaine et voir dans quelle mesure cet accroissement notable n'est que l'arbre qui cache la forêt.

En effet, quelles connaissances détient un enfant qui finit aujourd'hui le cycle fondamental sans pouvoir aller au lycée et quel savoir possède un adolescent qui termine ses études secondaires sans avoir décroché le baccalauréat ou encore avec quel bagage culturel et scientifique le jeune bachelier fait-il son entrée à l'université ?

Bien évidemment, loin de nous l'idée de mettre en cause les capacités intellectuelles des élèves qui ne sont en réalité que les véritables victimes d'un système d'enseignement en complète inadéquation avec ce qui se fait aujourd'hui dans les sociétés avancées avec lesquelles l'Algérie veut rivaliser.

En effet, l'école devient de plus en plus une usine à produire des inadaptés car au lieu de contribuer à l'intégration et à la cohésion sociales, elle favorise plutôt la désintégration en prenant l'élève en otage pour en faire un ennemi de ses parents qui lui sont présentés comme des personnes ne parlant pas la "bonne langue" et n'ayant pas les "comportements adéquats" : Beaucoup d'enseignants transforment leurs cours en séances de critique et de dénonciation des comportements parentaux, créant un malaise profond chez l'élève qui ne sait plus qui a raison : le maître ou les parents. Mais parfois l'élève s'évertue à faire appliquer les "consignes" apprises sur les membres les plus faibles de la famille : Sa mère et ses sœurs.

Il devient urgent d'apporter des changements au sein de l'école. Il faut la débarrasser d'abord de l'excès de politique et de l'excès de religion.

On ne forme pas un citoyen en l'assommant de devoirs dont il ne voit pas la réalisation effective autour de lui et on n'inculque pas la religion à coups d'interdits, de récits d'épouvante et de châtiments savamment détaillés qui l'attendent dans l'au-delà.

Les experts en pédagogie, en sociologie et sciences s'accordent à dire

qu'aujourd'hui, aucune école ne peut donner les connaissances nécessaires à vie entière.

La culture moderne se définit par deux éléments de base : un système de connaissances fondamentales et la faculté d'en acquérir toujours de nouvelles.

C'est à ces tâches que doit s'atteler l'école qui doit être le lieu où on apprend à apprendre, à devenir, au bout d'un certain temps, autonome dans la recherche du savoir et des connaissances nécessaires à la vie au sens plein du terme.

Pour permettre à l'appareil de production de fonctionner et de répondre efficacement aux multiples besoins sociaux, pour développer davantage les idées de progrès, de démocratie, de droits à la fois de l'homme et surtout de la femme et de l'enfant, nous avons grandement besoin de mettre en place un système d'enseignement plus performant car la première bataille à gagner et le premier défi à relever c'est la production d'intelligences capables de résoudre les problèmes complexes qui se posent à notre société en ce troisième millénaire.

En conclusion, on peut se demander comment progresser vers la modernité quand les conditions matérielles diverses ne permettent pas d'obtenir un espace à soi, comment changer

d'attitude et de comportement vis-à-vis de l'enfant et surtout de la femme lorsque l'environnement culturel favorise surtout le retour à des modes de vie en complète contradiction avec les réalités du monde d'aujourd'hui. Mais malgré ses diverses insuffisances, le système a produit beaucoup de cadres et les filles surclassent les garçons dans les différents paliers : du primaire au supérieur. Les femmes ont conquis de nombreux secteurs professionnels : la médecine, l'éducation et la justice, même si dans ce dernier cas on continue à ne pas reconnaître le témoignage d'une femme !

La société avance malgré différents types de blocages. Il faut lutter pour que la législation suive et accompagne ces changements afin de réduire les problèmes sociaux dans lesquels se débattent les femmes et les hommes et diminuer les dommages collatéraux subis par les enfants. Notre action consiste aujourd'hui à demander avec force que tout ce qui régit le droit de la femme et de l'enfant soit conforme à l'article de la constitution qui consacre l'égalité entre l'homme et la femme ou exiger à ce que le pouvoir ait le courage d'abroger cet article ■

AKROUNE YACOUT

Professeur à la Faculté de droit d'Alger

## UNE DÉCISION DE JUSTICE, MIROIR DES CHANGEMENTS SOCIAUX


L'arrêt de la Cour Suprême du 21-11-2000

En date du 21 novembre 2000, il y a maintenant près de 10 ans, la Cour Suprême rendait une décision qui peut paraître, à priori, anodine, mais qui, en réalité, mérite l'attention, comme témoignage de l'évolution de notre société.

Son intérêt n'est, en effet, ni d'ordre purement juridique ni d'ordre scientifique puisque la solution retenue par la haute juridiction est une stricte application de la loi qui est au demeurant, d'une grande banalité.

C'est plutôt l'objet et la qualité des parties au litige ainsi que la démarche méthodologique des juges de fond qui interpellent et requièrent l'attention. Ils méritent d'être médités, tant les premiers sont inhabituels et la deuxième inquiétante et suspecte. Cette décision, en effet, traduit et manifeste, à la fois, les bouleversements profonds que connaît la société algérienne.

D'aucun, en étant attentif à son évolution, a eu l'occasion d'observer l'apparition puis le renforcement de nouvelles pratiques, de nouveaux comportements, souvent étrangers aux valeurs culturelles de l'Algérie.

insi, à titre de simple exemple, l'éclatement de la famille traditionnelle est une chose entendue, largement tolérée, voire même saluée comme la manifestation d'une évolution positive; celle du passage vers la modernité dans laquelle l'individu émerge, existe, en dehors de son groupe familial ou tribal. Mais les choses semblent s'accélérer dans un environnement chaotique et sans repère où l'individualisme apparaît non pas négateur des archaïsmes socioculturels auxquels il substituerait des valeurs porteuses de changement positif, mais se révèle plutôt négatif. L'arrêt, objet de cette réflexion, stigmatise cette évolution pathologique et révèle des métamorphoses rapides voire de véritables ruptures par rapport au modèle préexistant.

Il s'agit d'un litige qui oppose une mère âgée à ses enfants, à propos du devoir d'entretien de ces derniers à son égard.

Pour les obliger à exécuter leur obligation, Madame (ch. a.), la mère en question, est contrainte à les ester en justice et à déposer une requête devant le tribunal de Sétif, le 1<sup>er</sup> juin 1998.

Celui-ci accueille favorablement sa demande et condamne les débiteurs des aliments à lui verser, solidairement, une somme d'argent de 4.500 DA.

Les défendeurs interjettent appel de cette décision qui sera infirmée.

Après cassation l'affaire est renvoyée devant les juges de fond qui statuent, à nouveau, en faveur de la mère. Mais, l'histoire judiciaire de ce différend ne s'achève pas

pour autant puisque le jugement rendu le 12 septembre 1998, sera, à nouveau, attaqué en appel et infirmé par la Cour de Sétif, par un arrêt prononcé le 29 mars 2000, au motif que les trois pensions que perçoit la mère suffisent à subvenir à ses besoins. Cette «aisance» la déchoirait, par voie de conséquence, du droit à l'entretien que la loi lui reconnaît sur ses enfants.

Mais la mère, tenace, ne s'avoua pas vaincue, insiste et veut aller jusqu'au bout de sa démarche et épuiser toutes les voies de droit qui pourraient la rétablir dans ce qui lui est dû. Elle introduit à cet effet, un deuxième pourvoi en cassation, le 3 juin 2000, et obtient gain de cause puisque la Cour Suprême annule l'arrêt attaqué.

Deux faits de ce procès, somme toute banals, traduisent l'évolution des mentalités (I) et l'argu-



mentaire des juges d'appel révèle une certaine perception des rapports qu'entretient la charia avec le droit positif, en l'occurrence le code de la famille (II).

### I- Des faits révélateurs d'une nouvelle mentalité :

**1-1- Le premier fait est relatif à l'attitude des enfants qui refusent de s'acquitter de leurs obligations à l'égard de leur mère. Or cette obligation, consacrée dans pratiquement toutes les législations, outre qu'elle est imposée par le droit positif (article 77 du code de la famille), est fortement ancrée dans notre culture : en effet, l'éducation religieuse dispensée dans nos écoles, qui structure les mentalités dans la religion musulmane, inculque aux enfants le statut sacré des parents.**

Le Coran, largement professé dans les établissements d'enseignement, recommande d'avoir un comportement irréprochable à leur égard.



Et il sublime la mère par un symbole extrêmement fort en situant le paradis aux pieds de celle-ci : dit un verset du Coran.



On reste surpris que ce «conditionnement» n'ait pas pris et que des comportements de la nature de celui sur lequel porte le litige dans l'arrêt puissent être portés devant la justice. Cette démarche est étrangère aux traditions algériennes. Il s'agit là d'un fait révélateur d'un changement regrettable mais certain.

Certes, l'abandon de parents grabataires dans les hospices existe et tend même à se développer mais il se fait dans la clandestinité, lâchement.

Dans notre cas, les enfants assument publiquement, bien que malgré eux, leur manquement. Ils font même perdurer la procédure en multipliant les voies de recours comme on le verra plus

loin, puisqu'il y eut, pas moins de deux pourvois en cassation.

### 1-2- LE DEUXIÈME FAIT EST RELATIF À L'ATTITUDE DE LA VICTIME DE CE COMPORTEMENT, EN L'OCURRENCE LA MÈRE.

Traditionnellement, les parents subissent dans le silence l'abandon, voire la maltraitance et refusent de dénoncer leurs enfants défailants.

Or, dans ce cas, c'est la mère qui prend l'initiative de la procédure judiciaire contre ses enfants.

Si ce fait traduit une déchirure affective, il manifeste, également une rupture majeure, une rupture à deux niveaux par rapport au modèle culturel algérien :

**1-2-1- Une femme, de surcroît une mère, porte au prétoire, donc sur la place publique un différend familial qui se doit d'être étouffé dans l'intimité, à défaut d'être réglé. Ne dit-on pas que le linge sale se lave en famille ?**

Or, notre demanderesse assume publiquement un échec familial, au risque d'être traitée de mère «légère» et de subir l'opprobre social. Elle s'avère psychologiquement affranchie, libérée du poids des «qu'en dira t'on». Elle refuse le statut de victime éploquée et adopte une démarche citoyenne et moderne en recourant aux institutions étatiques, seules garantes de ses droits.

Le conseil de famille, lieu de pression familiale où se règlent les conflits, apparaît comme une institution archaïque, désuète et inefficace.

Cela mérite d'être noté, même s'il ne faut pas en exagérer la signification et la portée sociologique. Il s'agit de prémisses à des mutations profondes.

**1-2-2- Le lieu où s'affrontent les protagonistes, le prétoire, est l'autre élément qui nous suggère quelques observations, en rapport avec l'évolution des mentalités.**

Rappelons que l'initiative de porter le différend devant le juge est le fait de la mère. Cet acte est en soi, sans signification particulière si l'on oublie que les tribunaux constituent un espace public à forte charge symbolique négative. Les femmes y sont, dans la culture traditionnelle, interdites de séjour, du moins en tant que plaideur. Certes, elles y sont déjà entrées, mais par la grande porte, en tant que magistrats ou avocates (elles tendent même à être majoritaires dans ces deux professions). Mais il s'agit là d'une promotion sociale.

Elles y sont, également, souvent entrées, dans le statut de défenderesses, victimes des conflits familiaux. Voilà qu'elles y pénètrent, de plus en plus, en tant que demanderesses et dans le cas rapporté, contre ses propres enfants.

On mesure le chemin franchi par rapport à l'attitude décrite plus haut, de la mère placée dans une institution qui refuse de rompre le silence et de «trahir» ses enfants. Il faut, peut être, conscientiser les ruptures pour en mesurer l'impact sur le statut des femmes.

L'autre intérêt de cet arrêt réside dans la démarche des juges d'appel dans leur recherche d'un fondement juridique à leur décision : doivent-ils appliquer la charia ou le code de la famille ? Dans quel ordre ?

### II- Les rapports de la charia et du droit positif :

**Les juges d'appel se fondent, pour motiver leur décision, d'abord sur le Coran dont ils citent de larges extraits, avant d'invoquer la disposition légale applicable.**

**Il n'y est référé au code de la famille, qu'en deuxième position, presque à titre subsidiaire et simplement pour conforter et renforcer la solution de la charia.**

Le résultat aurait été pourtant identique, s'il avait été fait application de l'article 77 du code de la famille qui est une transcription de la norme religieuse qui impose aux descendants de prendre en charge leurs ascendants.

Cette manière de procéder pose la question du caractère obligatoire des règles du droit positif de la famille et de leur rapport à la charia.

Le statut personnel semble en effet constituer un îlot de résistance à l'effectivité du droit positif même lorsque celui-ci se présente comme une simple codification de la charia. Il est pourtant clairement affirmé dans l'article 222 du code de la famille, qu'il ne sera fait appel aux règles de droit musulman qu'en l'absence d'une disposition dans le code.

Le législateur n'évince donc pas totalement la charia mais lui accorde le statut de source subsidiaire conformément, d'ailleurs, aux dispositions de l'article premier du code civil.

La résistance vient donc plutôt comme le montre clairement notre cas, des acteurs chargés de l'application de la loi. Le droit positif n'est mis en œuvre et appliqué que s'il s'avère conforme à la perception qu'ils ont des prescriptions de la méta norme (le concept est emprunté à Habermas), la norme divine, à l'aune de laquelle doit être jugé toute vertu humaine.

Celle-ci a pour fonction la guidance morale et doit donc servir de référence à la conduite humaine.

Par voie de conséquence, elle constitue pour le juge le référentiel juridique de base qui a préséance sur toute autre règle. Les deux règles, celles du droit de l'Etat et celles du droit de Dieu sont ainsi placées dans un rapport hiérarchi-

que qui commande d'accorder la primauté, en cas de divergence, à la loi divine. C'est la logique dans laquelle fonctionne une partie de la magistrature algérienne.

On mesure ainsi la précarité du droit positif, produit de la souveraineté de l'Etat dans le domaine du statut personnel. Deux légalités s'y affrontent : la légalité institutionnelle dont l'artisan est l'Etat et une légalité abstraite dérivée des commandements de Dieu et dont l'interprétation est confiée aux hommes.

Ceci peut constituer une cause d'imprévisibilité de la jurisprudence et un facteur d'instabilité du statut de la femme ■

PLAIDOYER **CIDDEF**<sup>ti</sup>



PLAIDOYER POUR UNE  
**ÉGALITÉ DE STATUT SUCCESSORAL  
ENTRE HOMME ET FEMME  
EN ALGÉRIE**

AVEC LE SOUTIEN DE



Novembre 2010

**POUR  
UNE  
ÉGALITÉ  
DE  
STATUT  
SUCCESSORAL  
ENTRE  
HOMME  
ET  
FEMME**

RÉSERVEZ VOTRE  
EXEMPLAIRE

## POUR UNE ÉGALITÉ DE STATUT SUCCESSORAL ENTRE HOMME ET FEMME

**EN 2008** LORS DE LA PRÉSENTATION DU RAPPORT DE L'ALGÉRIE SUR L'ÉTAT DES DROITS DE L'HOMME AUPRÈS DE L'UPR (GENÈVE), DES RECOMMANDATIONS ONT ÉTÉ FAITES À NOTRE ÉTAT POUR LEVER LES DISCRIMINATIONS À L'ÉGARD DES FEMMES, ENTRE AUTRES, ET PARMİ ELLES, INTRODUIRE L'ÉGALITÉ HOMME FEMME DANS LES SUCCESSIONS.

LE REPRÉSENTANT DE L'ÉTAT ALGÉRIEN A, LORS DE SA CONCLUSION, ACCEPTÉ TOUTES LES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LES DROITS DES FEMMES SAUF CELLE AYANT TRAIT À L'HÉRITAGE.

### CE DERNIER A DÉCLARÉ

*«L'Etat algérien accepte toutes les recommandations sauf celle qui se rapporte à l'héritage car elle est contraire à la souveraineté du peuple»*

### ÉTAT DES LIEUX

#### LE DROIT POSITIF ALGÉRIEN EN MATIÈRE DE STATUT SUCCESSORAL

Le droit successoral algérien est fixé dans la loi n° 84-11 du 9 juin 1984, modifiée, portant Code de la famille, articles 126 à 220.

#### DÉTERMINATION DES HÉRITIERS ET LES RÈGLES DE PARTAGE

Le livre troisième (art.126 à 183) de cette loi identifie les héritiers et détermine leur part.

➤ **Les héritiers réservataires «fard», c'est-à-dire ceux dont la part successorale est légalement déterminée sont (art. 141 et 142) :**

■ Pour le sexe masculin : le père, l'ascendant, paternel, quel que soit son degré, le mari, le frère utérin, le frère germain, selon la thèse Omarienne.

■ Pour le sexe féminin, la fille, la descendante du fils, quel que soit son degré, la mère, l'épouse, l'ascendante paternelle et maternelle, quel que soit son degré, la sœur germaine, la sœur consanguine et la sœur utérine.

➤ **Les héritiers universels «aceb». L'aceb est celui qui reçoit la totalité de l'héritage s'il est seul ou ce qui en reste après le prélèvement des parts des héritiers réservataires.**

Les règles de partage sont ensuite fixées, en fonction des héritiers existants.

Il convient d'ajouter que les dispositions de la loi des successions sont impératives et ont un caractère d'ordre public : On ne peut écarter de sa succession ceux que la loi y appelle.

Cependant certaines dispositions permettent à une personne de disposer de ses biens en faveur des personnes de son choix.

#### DISPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES AUX RÈGLES DE L'HÉRITAGE

La loi portant code de la famille, dans son livre 4 (art.184-220), prévoit trois procédés de transmission des biens, pouvant déroger à l'ordre successoral fixé, à condition d'être mise en œuvre de son vivant.

**Le testament** permet de léguer un tiers de ses biens aux personnes choisies.

L'excédent du tiers du patrimoine du disposant ne s'exécute que si les héritiers y consentent. Le testament est valable entre personnes de confession différentes.

**La donation** est le transfert à autrui de la propriété d'un bien à titre gratuit.

La donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur.

Le donateur peut donc disposer de l'intégralité de ses biens, sans tenir compte de ses héritiers. Le «*waqf*», ou *habous* constitue le gel de propriété d'un bien au profit de toute personne à perpétuité et sa donation.

Ces dispositions assouplissent de fait les règles successorales édictées dans le livre 3 du code.

### LES INÉGALITÉS DANS L'HÉRITAGE

Il résulte des dispositions de la loi la consécration de graves inégalités en matière d'héritage.

#### ➤ Inégalité entre les enfants.

- Le fils a une part double de celle de la fille.

#### ➤ Inégalité entre les conjoints.

- Selon le sexe du conjoint survivant :

On ne peut établir un testament au profit d'un héritier. Les parents qui voudraient établir l'égalité entre tous leurs enfants, garçons et filles, ne peuvent utiliser un testament de type compensatoire au profit des filles qui font partie des héritiers à part fixe incompressible.

Si le conjoint survivant est le mari, ce dernier hérite de la moitié de ce que l'épouse a laissé en l'absence d'enfant, en présence d'un enfant il hérite du quart.

Si le conjoint survivant est la femme, sans enfant, elle hérite du quart de ce que le défunt a laissé, avec un enfant, elle hérite du huitième.

#### ■ Selon la religion du conjoint survivant :

Les conjoints non musulmans n'héritent pas de leur époux musulman alors que l'inverse est admis.

#### ➤ Inégalité entre les enfants d'un fils ou d'une fille prédécédé.

Si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers prennent lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du dé cujus.

La part revenant aux petits fils et petites filles du dé cujus équivaut à celle qui aurait échue à leur auteur s'il était resté en vie sans qu'elle dépasse toutefois le tiers de la succession.

L'héritier male reçoit une succession double de celle de l'héritière. Par contre les enfants de la fille prédécédée ne reçoivent rien de la succession de leur grand-père.

Ainsi, ce qui vaut pour les descendants d'un fils prédécédé ne vaut pas pour les petits enfants de la fille prédécédée : le legs obligatoire institué, en dérogation du droit musulman, pour les petits enfants par les fils n'a pas été élargi aux petits enfants par les filles.

#### ➤ Inégalité entre les enfants légitimes et les autres.

- Un enfant pris en kafala n'hérite pas.
- Un enfant né hors mariage, même reconnu par son père n'hérite pas de celui-ci.

#### ➤ Inégalité fondée sur des situations religieuses.

- Les anathèmes et les apostats n'héritent pas.

### ARGUMENTAIRE CONTRE LES INÉGALITÉS

#### CES INÉGALITÉS SONT ANTICONSTITUTIONNELLES

Les inégalités relevées dans le code de la famille sont contraires aux valeurs et principes d'égalité et de non discrimination affirmés par la constitution algérienne en ses articles 29 et 31.

**«Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour causes de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale».**

**«Les institutions ont pour finalité d'assurer l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens et citoyennes en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine».**

## SUPÉRIORITÉ DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE SUR LA LOI ORDINAIRE

Pour refuser les recommandations de Genève sur l'abrogation des discriminations qui se rapportent à l'héritage, le représentant de l'Etat algérien l'a déclaré «contraire à la souveraineté du peuple».

### **Mais qu'est-ce que la souveraineté du peuple ?**

N'est-elle pas celle qui s'est exprimée lors des différents référendums concernant la constitution algérienne, particulièrement ceux de 1996 et 2008 ?

La constitution se présente comme le résultat d'un effort voulu pour poser, une fois pour toutes, un corps de principes cohérents pour construire une société, un projet politique. La constitution est la norme suprême du système juridique algérien; elle est donc au sommet de la hiérarchie des normes sur le plan interne, au dessus des lois et des règlements.

Par ailleurs la supériorité de la constitution tient au fait que celle-ci est rigide, c'est-à-dire qu'on ne peut pas l'abroger ou la modifier comme la législation ordinaire.

Cela doit être fait selon les formes plus solennelles et généralement plus compliquées.

La rigidité fait de la loi constitutionnelle une classe supérieure parmi les actes législatifs. Au degré supérieur apparaissent les lois constitutionnelles, au degré inférieur, les lois ordinaires.

L'élément formel contenu dans la loi constitutionnelle rigide, juridiquement supérieure aux lois ordinaires réagit sur le contenu de la constitution. On inclut dans la loi constitutionnelle toutes les dispositions qu'on veut mettre à l'abri des atteintes du législateur ordinaire.

Le juge constitutionnel assure cette suprématie à travers le contrôle de constitutionnalité.

Le conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité des traités, lois, et règlements, soit par un avis si ceux ci ne sont pas rendus exécutoires, soit par une décision dans le cas contraire. (art 165 constitution). Etant le fondement de l'ordre juridique, la constitution est la norme de référence à laquelle les autres normes doivent se conformer.

La constitution contient des règles présidant à l'organisation et aux rapports des pouvoirs publics, des proclamations de principes supérieurs dictant leur conduite aux législateurs.

Ces principes notamment l'égalité entre les sexes, la non discrimination sont de véritables règles juridiques.

Elles le sont d'autant plus qu'elles apparaissent du fait de leur incorporation dans la constitution rigide comme des lois supérieures dont l'inobservation auraient pour effet de frapper de nullité les lois qui les violeraient.

Le code de la famille en n'incorporant pas les principes d'égalité et de non discrimination, dans son contenu concernant les rapports entre époux et frères et sœur, viole le principe de la hiérarchie des normes proclamé par la constitution algérienne. Par ailleurs élever le code de la famille au rang de la constitution lors de la ratification des conventions pour exprimer des déclarations interprétatives ou réserves réduit la portée de la constitution dans l'ordre juridique interne et international. Elle réduit même l'applicabilité de la règle de la supériorité du traité sur la loi.

Le code de la famille pris sous forme législative se voit ainsi conférer un rôle fondamental au même titre que la constitution diminuant la portée des principes d'égalité et de non discrimination.

Il faut redonner force à la constitution rigide qui de par son élément formel comme nous l'avons écrit précédemment, contenu dans la loi constitutionnelle rigide, juridiquement supérieure aux lois réagit sur le contenu de la constitution. La loi constitutionnelle rigide arrive à revêtir une autorité juridique formelle plus grande que celle de la loi ordinaire.

Le code de la famille est une loi ordinaire de degré inférieur à la loi constitutionnelle. Son contenu doit donc s'y conformer.

**LES PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET DE NON DISCRIMINATION INSCRITS DANS LA CONSTITUTION SONT DES PRINCIPES ET DES VALEURS AUXQUELLES DOIVENT SE SOUMETTRE L'ENSEMBLE DES DISPOSITIONS DE LOI Y COMPRIS CELLES DU CODE DE LA FAMILLE.**

## SUPÉRIORITÉ DES CONVENTIONS INTERNATIONALES RATIFIÉES PAR L'ALGÉRIE SUR LES LOIS ET LEUR INVOLABILITÉ DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

La constitution affirme la supériorité des conventions internationales ratifiées sur les lois. Selon l'article 132 de la constitution de 1996, «les traités ratifiés par le Président de la République, dans les conditions prévues par la constitution sont supérieurs à la loi».

Dans la décision n°1-D-LCC du 20 Août 1989 relative au code électoral, le conseil constitutionnel a estimé «qu'après sa ratification et dès sa publication, toute convention s'intègre dans le droit national et en application de l'article 123 de la constitution de 1989, acquiert une autorité supérieure à celle des lois, autorisant tout citoyen algérien de s'en prévaloir devant les juridictions».

Le conseil ajoute dans la même décision que «tel est le cas notamment des pactes des Nations Unies de 1966 approuvés par la loi 89-08 du 25 Avril 1989 et auxquels l'Algérie a adhéré par décret présidentiel n°89-67 du 16 Mai 1989, ainsi que de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ratifiée par décret n°87-37 du 03 février 1987.

L'Algérie a ratifié avec réserves en 1996 et a publié au journal officiel la convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

La convention relative aux droits politiques des femmes a été ratifiée en 2005. En 2009 la réserve sur l'article 09 de la convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination (CEDAW) relative à la nationalité de la femme a été levée.

Désormais au nom de l'égalité, les algériennes transmettent leur nationalité à leurs enfants au même titre que l'algérien.

**Aux termes de la constitution algérienne actuellement en vigueur et de la jurisprudence du conseil constitutionnel, les rapports entre le droit international conventionnel et les lois algériennes sont régis par les principes suivants :**

**- Incorporation dans le droit national des conventions ratifiées par l'Algérie dès leur publication.**

**- Supériorité de ces traités par rapport aux lois.**

## ISLAM RELIGION DE L'ÉTAT

Lorsque le législateur a énoncé dans la constitution en son article 2 une telle règle, celui-ci n'a pas pensé à faire la distinction entre la Oumma (communauté de croyants) et la citoyenneté qui est une appartenance géographique et politique à un État. Il a voulu entretenir sciemment une confusion et une incompatibilité fondamentale entre une communauté de croyant et une société de citoyens comme le disent certains penseurs dont le juriste Yadh Ben Achour<sup>1</sup>. On peut dire dès lors que la constitution qui organise les pouvoirs publics et reconnaît à chaque Algérien la qualité de citoyen doté de droits individuels fait de l'article 2 une proclamation d'adhésion aux principes moraux édictés par l'Islam. Cette disposition n'a eu d'effet juridique que sur l'élaboration du Code de la famille, et appliquée lorsqu'il s'agit de la religion du Président de la République. Pour le reste, l'Algérie a compté de hauts cadres de l'Etat et un ministre chrétien.

1. Politique, Religion et droit dans le monde arabe, Tunis, Cérés/Cerp. 1992.

Le Droit musulman n'est pas la source des autres Codes (code de la nationalité, code civil, code du travail [...])

## HÉRITAGE : DOGME OU DROIT POSITIF

Les règles de droit algérien en matière d'héritage se réfèrent aux préceptes coraniques et au droit musulman. La loi portant Code de la famille est la seule loi algérienne à se recommander explicitement de la sharia et à se référer aux préceptes d'Omar pour qualifier les héritiers.

### Les bases shariïques en matière d'héritage

Les règles successorales concernant les femmes fixées dans le Coran sont fixées pour l'essentiel dans la sourate IV "El Nissa". Dieu Clément a dit «appartient aux hommes une part de ce qu'ils se seront acquis et aux femmes pareillement» sourate el Nissa, et il est précisé (4, 11) «Voici ce que Dieu vous enjoint au sujet de vos enfants : au fils, une part équivalente à celle de deux filles». Ces règles représentent un progrès considérable à l'époque de sa révélation, où les femmes n'avaient pas de personnalité juridique et n'héritaient pas.

⊗ L'arrivée du prophète a permis et a admis à *succéder certaines femmes et certains parents par les femmes : fille, sœur germaine, sœur consanguine, mère, frère utérin.*

Ces règles ont été retenues et développées en droit musulman. La Sharia, construction juridique des savants musulmans a été réalisée pendant essentiellement le second et troisième siècle.

⊗ Le système successoral musulman, est probablement issu de la rencontre des coutumes généralement en vigueur dans l'Arabie préislamique, et notamment à Médine, avec les usages spéciaux qui avaient survécu ou s'étaient introduit dans la ville de la Mecque.

⊗ A l'époque préislamique, la famille proprement dite (âïla) ne comprend que les mâles. La femme n'a pour ainsi dire, pas de personnalité juridique; elle est plus ou moins un élément du patrimoine de sa famille. Une fois mariée, elle ne compte pas davantage dans la famille du mari et au décès de celui-ci elle passe aux héritiers du mari avec les autres biens de la succession.

Tabari, dans son commentaire du Coran, dit : «Au temps de la Djahilia, lorsque un homme mourrait, laissant une veuve, si l'héritier du défunt, père, ou frère, couvrait la veuve de son manteau, il acquérait sur elle tous les droits du défunt; il pouvait, notamment, la prendre pour épouse sans payer la dot ou mahr, celle versée par le dé cujus étant suffisante; ou la donner en mariage moyennant un mahr qu'on lui offrait».

On estimait que la femme ne pouvait avoir une vocation héréditaire, celle-ci n'exis-

tant qu'au profit des mâles, parents par les mâles. Le dicton énonce :

**«Quiconque n'est pas en état de monter à cheval et de se servir d'une épée ne doit rien recevoir en héritage».**

⊗ *Le droit musulman a consacré les usages admis dans la ville de la Mecque, survivances d'usages antérieurs (régime du matriarcat, reconnaissance d'une parenté par les femmes) ou empruntés aux législations des pays voisins plus civilisés dit-on, admettant une double parenté.*

*Cela ne s'est pas fait sans difficulté. Du temps du prophète, les ançars, d'origine médinoise ont combattu énergiquement ces dispositions alors que ses compagnons d'origine mecquoise ont admis favorablement l'élévation de la femme au rang d'héritière.*

### Modalités d'application des règles du droit musulman en Algérie

Les spécialistes du droit musulman soulignent que l'emprise du droit musulman a toujours été plus forte concernant le statut personnel que dans les autres aspects (droit pénal, fiscalité, droit constitutionnel). Pourtant, même dans ce domaine, la pratique réelle du droit s'est parfois écartée de la lettre des préceptes coraniques. Dans la plupart des pays musulman s'observe un équilibre entre la pratique et les préceptes du droit religieux.

Par exemple en Algérie le droit coutumier kabyle qui exhérait les femmes est resté en vigueur jusqu'à récemment. La loi sacrée reste un idéal religieux même sans être appliquée intégralement en pratique. Les Oulema formulèrent la théorie selon laquelle la nécessité (daroura) dispensait les musulmans d'observer strictement les règles du droit. Par exemple en Algérie la pratique du habous était parfaitement reconstruite de sorte que, en 1850 certains chercheurs ont pu montrer que les biens habous (actuellement waqfs), représentaient, une part importante des superficies cultivées.

### Modifications apportées par la colonisation : Rigidification des règles.

⊗ La constitution d'un droit musulman algérien (qui servira de modèle à l'ensemble des droits musulmans modernes, par delà l'Algérie), sous couvert de préserver une stricte application de la sharia a consisté en une transformation radicale de la nature du droit en imposant le principe d'un droit positif, un droit-code.

Ce faisant, son application a perdu les mécanismes de la pensée juridique (raffinée) qui prévalait jusque là, qui par-delà la règle autorisait des adaptations aux contextes sociaux sans que la dimension canonique du droit en soit affectée.

On peut se demander si le changement de cadre juridique, instauré par la colonisation, bien que formellement conforme au droit islamique n'aboutit pas à une torsion importante de ce dernier. A propos de l'héritage en particulier, l'application de sa répartition «sharaïque» concernait une part très limitée des fortunes, les dettes, les dons, les habous et les legs notamment constituant autant de moyens de transmettre différemment, ce qui permettait de procéder à des réajustements que la seule application de la répartition sharaïque interdisait. Et ce sans qu'il y ait une hiérarchie (réglementaire ou morale) dans ces façons de procéder.

➔ Le code algérien de la famille a reconstruit les rigidités introduites durant la période coloniale en les aggravant parfois (adoption d'une seule école de droit musulman).

### Pistes de changement

La pratique du droit musulman a montré une meilleure tolérance pour les règles contraires aux droits des femmes (exhéritation en droit coutumier) que pour celles allant dans le sens de l'égalité.

Or, la notion d'égalité entre homme et femme est très forte dans le Coran qui insiste, en rupture avec les conditions prévalentes à sa révélation, sur l'égalité entre les hommes et les femmes:

➔ Le concept originel du dual (*zouaj*) qui n'est ni le singulier ni le pluriel est à la base même de la langue arabe. Tout comme les parties du corps qui existent en double, l'homme et la femme vont naturellement en paire.

➔ Il existe une corrélation entre ce concept et celui d'égalité parce qu'ils forment une paire. L'égalité est au fondement même de la relation homme-femme. Il ne peut y avoir une supériorité de l'un sur l'autre.

➔ Le concept de qawwama (4 :34) qui définit l'obligation de l'homme en matière de logement, nourriture et d'entretien vis-à-vis des femmes de sa famille est de l'ordre de la compétence et non du pouvoir puisqu'il exprime une obligation de subsistance, de solidarité et de protection.

### Le changement en matière de droit islamique est possible.

Comme on l'a vu plus haut, certaines dispositions coraniques ont été très tôt écartées. Ainsi, la peine pour vol a été suspendue par Omar et n'a plus été retenue dans les législations des pays musulmans; d'autres dispositions ont également été abandonnées soit par Omar (versement de l'aumône pour acheter la neutralité bienveillante des tribus qui refusaient de se convertir) soit par ses successeurs (instauration de waqfs privés en dérogation aux dispositions sur l'héritage).



Selon un chercheur tunisien<sup>2</sup> le problème de l'héritage n'est pas totalement insoluble, il est possible de dégager un consensus pour trouver une solution juridique conforme à l'Islam.

### Il existe trois principes en Islam pour faire évoluer le droit et l'adapter à la réalité :

- **La maslaha**, c'est-à-dire l'utilité publique, un concept qui date du II<sup>e</sup> siècle de l'hégire;
- **La Dharoura**, la nécessité, c'est un principe fort puisqu'il est dit que la «nécessité rend permis l'interdit»;
- **Les maquassid**, les finalités de la loi.

Ces trois instruments permettent de faire évoluer la loi en matière d'héritage, mais dit l'auteur, il faut que la société y soit préparée.

## LE SOUHAIT D'UNE ÉGALITÉ DANS L'HÉRITAGE

### LA SOCIÉTÉ ÉVOLUE ET CES ÉVOLUTIONS SUSCITENT UN PLUS FORT DÉSIR D'ÉGALITÉ

La situation de la femme algérienne évolue au plan social et économique, ce qui rend de plus en plus problématique l'inégalité dans l'héritage.

En effet la société change : la famille nucléaire (parents/enfants) s'impose, le célibat définitif des femmes devient une réalité forte, les femmes occupent une place marquée sur le marché de l'emploi.

Ces changements bouleversent les rôles économiques et sociaux qui prévalaient.

D'une part ils posent les femmes en position de partenaire par rapport aux hommes, d'autre part ils renforcent les liens de filiation directe au détriment des liens de type tribal où les frères par exemple occupaient une place importante. D'ailleurs, on le verra, certaines législations telle celle de la sécurité sociale ont déjà pris acte de ces évolutions et consacrent les droits de la lignée directe tant en matière de couverture sociale au titre d'ayant droit d'un travailleur que pour la réversion du revenu de travail au décès du travailleur.

D'abord, la cellule de base de la société autrefois constituée par la famille élargie tend aujourd'hui, pour de nombreuses raisons, à la fois sociales, économiques et culturelles à s'identifier à la famille dans le sens restrictif du terme, c'est-à-dire constituée par le couple parental et les enfants non mariés, auxquels s'ajoutent plus rarement un ascendant. Ainsi, lors des recensements successifs, le nombre de ménages, unité statistique définie comme «les personnes vivant sous le même toit et prenant en commun les principaux repas», coïncide de plus en plus avec le nombre de familles, au sens restrictif du terme défini ci-dessus. Ceci indique la disparition progressive de la grande famille traditionnelle.

Or, dans cette famille restreinte, la mère de famille participe directement ou indirectement à la constitution du patrimoine familial. De même les enfants non mariés qui vivent avec leurs parents, dès lors qu'ils travaillent, contribuent, garçons et filles à ce patrimoine.

Par contre, les frères du chef de famille ne participent plus du tout à la constitution du patrimoine de ce dernier. Le célibat définitif des femmes est de plus en plus présent. Presque inexistant il y a quarante ans, leur nombre est significatif aujourd'hui. L'enquête MICS3 Algérie de 2006 indique par exemple que 10,4% des femmes de 40 à 44 ans sont célibataires. Le célibat toucherait l'ensemble de la population algérienne quel que soit la strate ou la région de résidence. Chez les femmes, la proportion de célibat augmente nettement avec le niveau d'instruction, il double selon que la femme a un niveau primaire ou supérieur. La plupart des femmes célibataires vivent encore, pour des raisons sociales et parfois également économiques, au foyer de leurs parents. Or, au décès de leur père elles se retrouvent privées du toit paternel, sans pouvoir toujours trouver refuge auprès de leurs frères, si elles en ont, et encore moins de leurs cousins. De fait, il n'existe aucune obligation légale pour les frères d'assurer la subsistance de leur sœur célibataire, veuve ou divorcée.

2. Mohamed Talbi, Plaidoyer pour un islam moderne, Edition Le fenec, casablanca, 1996.

Le nombre de femmes qui travaillent augmente régulièrement. Ainsi à fin 2009, l'Office National des statistiques dénombre 1.447.000 femmes qui travaillent.

De plus 320.000 femmes sont à la même période à la recherche d'un emploi (soit un taux de chômage féminin de 18,2% supérieur au taux de chômage masculin). Ce sont là des signes de la volonté affirmée des jeunes femmes de travailler quelles que soient les difficultés rencontrées. En travaillant, ces jeunes filles et ces femmes contribuent directement aux dépenses du ménage au sein de leur famille, paternelle ou conjugale selon le cas, et à la constitution du patrimoine de leur famille. Cette cellule familiale «moderne», certaines législations nationales l'ont déjà prise en compte. C'est le cas des lois de sécurité sociale. Ainsi la loi n° 83-11 du 2 juillet 1983 relative aux assurances sociales établit dans son article 67, la liste des ayants droit d'un travailleur appelé à bénéficier en plus du travailleur lui-même à la couverture sociale. **Figurent parmi les ayants droit :**

- **Le conjoint qui n'exerce pas d'activité rémunérée.**
- **Les enfants à charge, âgés de moins de 18 ans (ou de 21 ans s'ils poursuivent des études).**
- **Les enfants infirmes incapables d'exercer une activité quelconque.**

- **Les ascendants du travailleur ou de son conjoint dépourvus de ressources.**

- **Les filles non mariées, qui ne travaillent pas, quel que soit leur âge.**

Il est à signaler que les enfants adoptés dans le cadre de la kafala bénéficient des mêmes droits que les enfants naturels. Le souci de maintenir un revenu à ceux que le travail du décédé faisait vivre est également pris en compte par les lois algériennes de sécurité sociale : Ainsi, à la mort d'un travailleur, la pension de réversion est partagée entre les différents membres qui vivaient sur le revenu du travail de la personne occupée **sans discrimination selon leur sexe.**

*Les ayants droit d'un décédé sont : Le conjoint, les enfants à charge tels que définis ci-dessus et les ascendants à charge. Le conjoint, s'il n'y a ni enfant à charge, ni ascendant à charge, reçoit 75% de la pension du de cujus; s'il y a d'autres ayants droit la pension du conjoint s'élève à 50% de la pension du de cujus. Les autres ayants droit se partagent en règle générale à part égale 40% de la pension du de cujus.*

*En outre et pour subvenir aux premiers besoins de la famille, une allocation décès égale à 12 fois le montant du dernier salaire est versée aux ayants droit et répartie entre eux à part égale.*

*Ainsi les dispositions des lois de sécurité sociale consacrent de facto la famille nucléaire; elles ne font pas de discrimination selon le sexe, si ce n'est une discrimination positive en faveur des filles célibataires ne travaillant pas; en cas de décès elles font la part belle au conjoint pour la pension de réversion; enfin elles donnent les mêmes droits aux enfants recueillis qu'aux enfants naturels.*

### LE SOUHAIT D'UNE ÉGALITÉ DANS L'HÉRITAGE S'EXPRIME DANS LA SOCIÉTÉ.

Des études ont montré que ces évolutions sociales ont suscité dans la population un désir de voir évoluer la législation en matière d'héritage vers davantage d'égalité.

Ainsi, une enquête menée en 2008 auprès d'une population adulte et d'une population adolescente fournit des résultats surprenants.

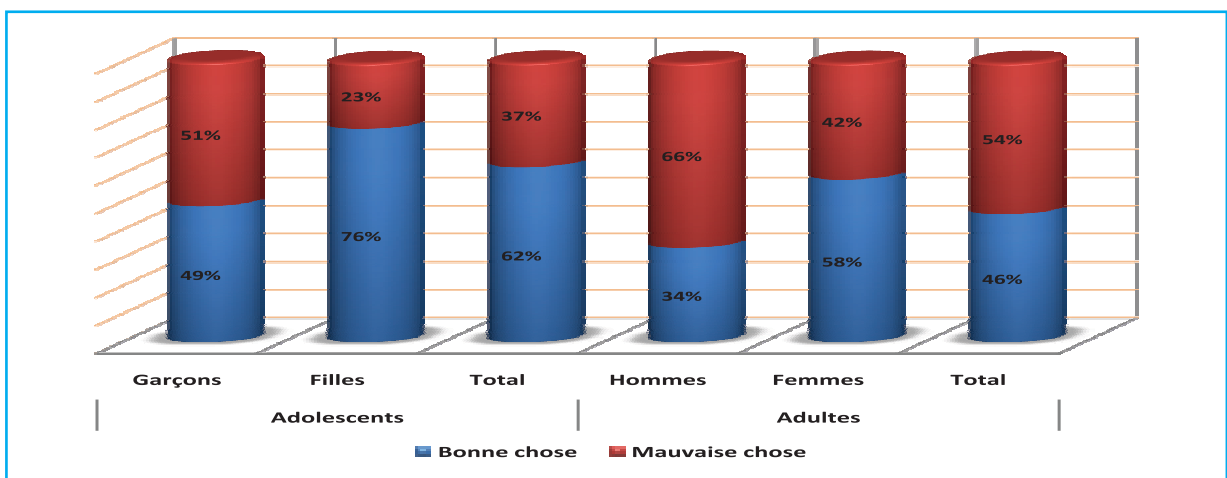
**6 adolescents sur 10  
et près de  
5 adultes sur 10  
FAVORABLES À CE  
PARTAGE ÉGALITAIRE  
DE L'HÉRITAGE**

**Mais ce sont les individus de sexe féminin et particulièrement les filles adolescentes qui concentrent le plus d'avis favorables [...]**

L'ENQUÊTE POSAIT LA QUESTION : **PROPOSER UN PARTAGE ÉGALITAIRE DE L'HÉRITAGE ENTRE HOMMES ET FEMMES : UNE «BONNE CHOSE» OU UNE «MAUVAISE CHOSE» ?** Les résultats étaient suivants :

	POPULATION ADOLESCENTE			POPULATION ADULTE		
	Garçons	Filles	Total	Hommes	Femmes	Total
Bonne chose	33%	51%	42%	20%	33%	27%
Bonne chose, mais pas autorisé par la religion	16%	25%	21%	14%	25%	19%
<b>Sous total /Bonne chose</b>	<b>49%</b>	<b>76%</b>	<b>63%</b>	<b>34%</b>	<b>58%</b>	<b>46%</b>
Mauvaise chose	34%	10%	22%	25%	11%	18%
Mauvaise chose, car interdit par la religion	18%	13%	15%	41%	31%	36%
<b>Sous total /Mauvaise chose</b>	<b>52%</b>	<b>23%</b>	<b>37%</b>	<b>66%</b>	<b>42%</b>	<b>54%</b>
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

## DROIT AU PARTAGE ÉGALITAIRE DE L'HÉRITAGE ENTRE HOMMES ET FEMMES



Les individus de sexe féminin se démarquent nettement, en affirmant pour plus de la moitié (58% des femmes et pas moins de 76% des adolescentes) leur adhésion à cette proposition de partager de façon égale l'héritage familial. Du côté du sexe masculin, cette adhésion baisse à 38% chez les hommes et à 50% chez les garçons adolescents.

Les proportions ci-dessus incluent dans la part des opinions considérées favorables, celles des personnes qui expriment leur accord en se sentant obligées de préciser que ce partage égal n'est pourtant pas permis par la religion.

Car considérer le partage égal de l'héritage comme «une bonne chose», même avec une certaine frilosité traduit, de notre point de vue, plus une attitude positive que négative par rapport à l'idée d'une égalité dans le partage de l'héritage.

On ne peut qu'être surpris, conclut l'étude, par la part des personnes disposées à épouser l'idée d'un partage égalitaire, soit près de la moitié des adultes, et près des deux tiers des adolescents. Cette proportion relativement élevée est plus le fait des femmes/ filles que des hommes. Elle illustre magistralement, comment la sauvegarde des intérêts, et de l'autre la recherche

d'une sécurité matérielle par l'accès au patrimoine (pour les femmes), peuvent faire passer au second plan des considérations religieuses.

De fait, d'autres personnes expriment par leurs actions ce même souci de partager équitablement leur héritage entre leurs enfants. (Le problème se pose avec une acuité particulière dans les familles où tous les enfants sont de sexe féminin).

Les familles mettent en œuvre pour ce faire différentes solutions de leur vivant : Donation, transfert de propriété; partage équitable du capital. Les cabinets notariaux attestent d'une fréquence importante de ce type d'acte

## INTERVIEW ACCORDÉ AU CIDDEF PAR MADAME AKROUNE

À L'OCCASION DE LA CRÉATION DE LA COMMISSION FEMME ARABE POUR LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

**Nous avons appris la création récente de la commission femme arabe pour le droit international humanitaire, pourriez vous, Madame AKROUNE, nous la présenter brièvement ?**

L'Organisation de la Femme Arabe (OFA), rattachée à la Ligue des Etats arabes, a proposé, lors de son deuxième congrès qui s'est tenu à Abou Dhabi, du 11 au 13 novembre 2008, sous la présidence de Madame Ben Ali Leïla, épouse du Président tunisien, la mise en place d'une commission dont la mission principale est la promotion du droit international humanitaire.

Le Conseil Supérieur de l'OFA, dans lequel siègent les premières Dames des Etats membres, ambitionne, en effet, de placer cette organisation à l'avant-garde de la défense et de la diffusion de cette importante branche du droit international, tant au plan national que régional et mondial.

Cette commission, qui a été installée le 21 février 2010 à Tunis, date de célébration de la journée de la femme arabe, a un rôle consultatif auprès de l'OFA et intervient dans le cadre des principes et domaine de compétence de cette organisation. Plus précisément elle est chargée de proposer des programmes de sensibilisation et de diffusion de la culture du droit international humanitaire ainsi que des cycles de formation au profit des instances gouvernementales et des associations qui ont une relation avec le domaine d'action de la commission (CICR, Croissant Rouge, commission nationale pour le droit international humanitaire, notamment mais, non exclusivement).

Elle se compose de 7 membres désignés selon l'ordre alphabétique des pays membres de l'OFA, pour un mandat de deux ans. Les premiers Etats membres sont : l'Algérie, le Bahreïn, les Emirats Arabes Unis, la Jordanie, le Soudan, la Syrie et la Tunisie.

Le remplacement de deux membres de la commission s'effectue tous les deux ans.

La commission est, actuellement, présidée par la représentante de l'Etat tunisien, madame Mounia Ammar, ancienne magistrate à la Cour de cassation et actuellement chargée de mission au cabinet du Ministère de la justice et des droits de l'homme.

La désignation de la présidente s'est effectuée lors de la réunion d'installation de la dite commission, soit le 21 février de l'année en cours.

Elle se réunit au moins une fois par an, sur demande de sa présidente, en coordination avec l'administration générale de l'OFA. Des réunions extraordinaires peuvent être provoquées par la Directrice Générale de l'Organisation.

**A quel(s) besoin(s) vient répondre la mise en place de cette commission ?**

La création de cette commission était devenue une nécessité et répond à un besoin réel car on observe que la région arabe est souvent le théâtre de conflits internes (Soudan, Somalie, Yémen....) ou internationaux (Palestine, Irak, Sahara occidental, Syrie, Liban ...).

Ce qui est en outre dramatique, c'est la persistance et la longueur de ces conflits. La femme, en tant que première victime de cette situation, se trouve de ce fait projetée au coeur des zones de violence, dans une situation de vulnérabilité absolue, tant sur le plan psychologique que matériel et social. Elle est sous la menace de manière permanente et subit viol et autres sévices de toute nature.

Elle doit de ce fait bénéficier d'une protection à la mesure des responsabilités qu'elle est amenée, malgré elle, à assumer pour palier l'absence des hommes partis au combat. Le Droit International Humanitaire pour la promotion et la diffusion duquel cette commission a été créée, doit donc être mis en oeuvre et mobilisé pour la protection de la femme arabe. Mais elle-même doit en être informée pour mieux se défendre et défendre ses enfants et les personnes âgées restés à sa charge. Cela passe par la vulgarisation des règles mises en place par les conventions de Genève.

**Pourriez vous, Madame Akroune, préciser à nos lecteurs les actions que la commission entend mettre en oeuvre pour concrétiser les objectifs pour la réalisation desquels elle a été créée ?**

La commission femme arabe pour le droit international humanitaire a arrêté, lors de sa première réunion, un plan d'action pour la période 2010-2012 organisé autour des 2 axes suivants: Le premier axe consiste dans la diffusion et la promotion de la culture du droit international humanitaire, à travers les actions suivantes :

- Organisation d'une journée d'information et de sensibilisation aux difficultés vécues par la femme arabe, en période de guerre; le cas de la femme palestinienne serait un exemple à méditer et à discuter.

- Recours à un bibliobus "droit international humanitaire" pour sensibiliser la société civile mais surtout les femmes aux effets de la guerre sur la santé, l'instruction et la pauvreté des populations vivant dans les régions où sévissent la guerre et les conflits.

La création d'un espace numérique, dédié à la protection de la femme dans le droit international humanitaire, hébergé sur le site web de l'organisation de la femme arabe, à travers lequel seront publiées et diffusées les contributions des membres de la commission ayant une relation avec le droit international humanitaire et la femme.

La création d'un prix pour récompenser les auteurs d'études, de recherches et d'initiatives dans le domaine de la protection de la femme et de l'enfant lors des conflits armés.

Le second axe consiste dans la mise en place et la réalisation d'un programme de formation en droit international humanitaire au bénéfice des membres des commissions nationales de droit international humanitaire, du croissant et de la croix rouges, des journalistes.

Nous entendons mettre en oeuvre ce programme à travers les actions suivantes :

- Organisation de conférences sur les mécanismes de protection de la femme dans le droit international humanitaire.

- Organisation d'une journée d'études ayant pour objet la vulgarisation du droit international humanitaire et ses relations avec le droit international des droits de l'homme, au profit des journalistes.

- Organisation de deux tables rondes avec la délégation aux affaires des réfugiés en Tunisie et avec la commission internationale de la croix rouge, portant sur les derniers développements dans le domaine. Nous devons définir à cette occasion les opportunités de coopération avec ces deux organismes.

**Comment pensez vous mettre en oeuvre ce plan d'action au niveau national et pourriez vous nous dresser un premier bilan, le cas échéant ?**

Nous avons pour l'instant identifié les actions suivantes à réaliser, durant l'année 2010, dans le cadre du premier axe du plan d'action; certaines ont déjà été effectuées :

#### **Actions de formation :**

Dans ce cadre, il y a eu introduction du module «droit international humanitaire» dans le programme du magistère droit international et relations internationales» qui fonctionne à la faculté de droit d'Alger.

Il s'agit, par cet enseignement, de sensibiliser les étudiants à la précarité dans laquelle se trouve la femme en période de guerre et de les préparer à être des relais dans la diffusion des règles et principes du droit international humanitaire.

De même le DIH fera désormais l'objet d'un enseignement à l'Institut diplomatique des relations internationales rattaché au Ministère des affaires étrangères, en charge de la formation des jeunes diplomates algériens.

L'organisation d'une conférence sur «les mécanismes de protection de la femme par le droit international humanitaire» est également proposée aux responsables de cet institut qui ont donné leur accord de principe. Elle s'adressera aux fonctionnaires du ministère qui jouent un rôle fondamental dans ce domaine.

Par ailleurs, nous avons participé de manière active à la journée parlementaire ayant pour objet le «rôle des parlementaires dans l'introduction du droit international humanitaire dans la législation nationale», organisée par l'Assemblée Nationale, en collaboration avec le CICR.

Cette question est, en effet, fondamentale car les difficultés de toute sorte auxquelles font face la femme et toutes les personnes vulnérables en période de guerre, résultent non d'un vide juridique mais du non respect des règles issues des conventions de Genève ainsi que de leurs protocoles additionnels, et de l'hésitation des Etats à les introduire dans le droit interne.

Nous envisageons l'organisation d'une conférence portant sur la protection de la femme dans le droit international humanitaire en direction des étudiants en journalisme à l'école de journalisme d'Alger. La date sera fixée à la rentrée universitaire prochaine.

Pour occuper le terrain nous avons décidé de participer à toutes les manifestations politiques ou scientifiques ayant une relation directe ou indirecte avec la question du DIH et des droits de l'homme. C'est dans ce cadre que je présenterai une communication au colloque sur le DIH, programmé pour le mois d'octobre, par la faculté de droit d'Alger. Mon intervention portera sur la présentation de la commission "femme arabe et droit international humanitaire" qu'il s'agit de faire connaître pour mieux l'intégrer dans les mécanismes déjà fonctionnels.

Enfin nous prévoyons d'organiser une journée d'étude portant sur les relations entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, en collaboration avec la Commission nationale consultative de promotion et de protection des droits de l'Homme.

Pour cette dernière action, il s'agit d'un simple projet qu'il faut d'abord discuter avec les responsables de cette institution ■