Il faut dire aussi que pour ces validations judiciaires, les juges peuvent s'enquérir et requérir la volonté de l'épouse, mais ces validations ne sont souvent demandées que plusieurs années après le mariage (en général pour la scolarisation des enfants à qui est demandé un acte de naissance) et il est pratiquement inconcevable pour la femme de demander l'annulation d'un mariage avec une nombreuse progéniture comme tel est souvent le cas.

La polygamie : le droit à la jalousie

La licité ou plutôt la légalité de la polygamie frustre la femme du droit fondamentale à la jalousie.

Tandis que certains courants doctrinaux de la Charia (législation islamique) subordonne le droit de l'époux à la polygamie à certaines conditions, notamment la stérilité de l'épouse ou sa maladie et aussi le consentement de celle-ci, le code de la famille algérien en fait un droit incontrôlé sous la simple réserve de conditions et intentions d'équité qui ne peuvent en pratique être contrôlés qu'a posteriori et non préalablement au mariage. Par ailleurs, il n'est requis de l'époux qu'une formalité préalable consistant en une simple «information» de la ou des premières épouses. Au cas où elle(s) ne consentirai (ent) pas à cette rivalité, elles n'aurai(en)t que la possibilité de demander le divorce.

Il est vrai que la polygamie est parfois une meilleure alternative pour l'épouse que le divorce ou la séparation, le problème est que le texte algérien en fait un droit sans limites.

L'épouse bafouée n'aura qu'à consentir et se soumettre ou partir et abandonnée parfois avec à sa charge une lourde progéniture.

La légalité de la polygamie a fait dire à certains juristes que le droit musulman fait de la fidélité une obligation exclusivement féminine.

Par ailleurs, le choix qu'on donne à l'épouse d'entériner et d'accepter une vie avec une ou d'autres co-épouses n'est parfois que chimérique en raison notamment des conditions économiques et des conséquences matérielles du divorce. En outre, si elle refuse cette cohabitation, l'époux aura l'issue facile dans une rupture du mariage, remède parfois aussi douloureux que le mal.

Le divorce, l'inégalité devant la quête de liberté

Cet épisode ou incident de parcours conjugal est aussi une opportunité où la femme va être confrontée a une inégalité manifeste et expresse.

- A l'instar de la conclusion du mariage, l'époux et l'épouse se retrouveront à l'occasion de sa rupture dans un statut fondamentalement inégal déséquilibré et inéquitable.

- L'époux peut divorcer pour toute raison ou même sans raison, et ce, en exerçant son droit au divorce par volonté unilatérale, euphémisme de la répudiation.

L'épouse, quant à elle, ne peut demander le divorce que dans cinq cas limitativement énumérés :

1)- Défaut de paiement de la pension alimentaire prononcée par jugement à moins que l'épouse eût connu l'indigence de son époux au moment du mariage.

2)- Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage.

3)- Pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois.

4)- Condamnation du mari à une peine infamante.

5)- Absence de plus d'un an sans excuse valable ou sans pension d'entretien.

6)- Préjudice légalement reconnu.

7)- Faute immorale gravement répréhensible établie.

L'analyse de ces motifs laisse apparaître certaines zones d'ombre et certaines ambiguïtés (exemple : quelle est la faute immorale gravement répréhensible) et là une grande marge d'appréciation est laissée au magistrat saisi pour décider si le motif invoqué par l'épouse est acceptable et ouvre droit au divorce. Tel est aussi le cas par exemple de «l'excuse valable» pour une absence qui dépasse une année.

En somme tandis que le mari peut se séparer d'un lien conjugal sans citer de motif à étudier par le juge, le rôle de ce dernier se limitant à un simple enregistrement et à une fixation des réparations conséquentes, l'épouse qui veut se libérer d'un lien conjugal sans motif légal à invoquer ne dispose que d'un moyen : le «khôl» qui consiste en un versement par l'épouse d'une somme d'argent équivalente à la valeur de la dot de parité, rançon à payer en contrepartie de sa libération ; c'est en quelque sorte le «prix de l'affranchissement».

L'époux qui divorce sans torts de l'épouse et sans motif légal ou valable ne sera condamné qu'à lui payer des réparations qui, en pratique, sont nettement inférieures à la dot de parité qu'aurait payée la femme si la situation s'inversait. En plus des inégalités subies lors de la conclusion du mariage durant le mariage et à l'occasion de sa rupture, la femme va connaître d'autres préjudices et d'autres infériorités quant aux conséquences du divorce.

Le droit de garde et ses limites

Le code algérien octroie le droit ou plutôt le devoir de garde des enfants par priorité à la mère, cependant certaines inconséquences de ces textes comportent des restrictions aux prérogatives qui accompagnent en principe ce droit ainsi qu'une limitation des attributions qui sont nécessaires à son exercice.

La garde ne comprend pas la tutelle, c'est-à-dire l'exercice de prérogatives juridiques concernant l'enfant qui demeurent l'apanage du père.

Les prérogatives de la femme titulaire du droit de garde des enfants se limitent à leur entretien (logement, nourriture, soins) tout autre engagement ou prise de décision les concernant reste l'apanage du père.

Le juge peut seulement dans deux cas précis – abandon de famille par le père ou disparition de celui-ci – autoriser la mère à signer certains documents à caractère scolaire ou social. Ainsi, une mère ne peut prendre des engagements et des décisions concernant ses enfants dont elle a la garde qu'avec une autorisation du juge.

Il faut ajouter à cela que cette autorisation ne peut être donnée que pour les décisions relatives à la situation de l'enfant sur le territoire national, en aucun cas la mère n'est habilitée à signer quelque chose concernant les enfants pour leur déplacement en dehors du pays.

En aucun cas aussi elle ne peut emmener ses enfants en voyage en dehors du pays sauf autorisation expresse de leur père ou du juge ou une autre autorité judiciaire.

Le père au cas où il est titulaire du droit de garde ne connaît pas ce genre de restrictions.

Le domicile conjugal ou le droit à l'errance

L'épouse titulaire du droit de garde des enfants ne bénéficie pas automatiquement du domicile conjugal dont l'attribution à l'épouse est subordonnée à des conditions restrictives, notamment la possession de l'époux de plus d'un logement et l'absence pour l'épouse d'un parent capable et disposé à l'héberger. La crise du logement en Algérie fait que ces deux conditions ne se réunissent qu'exceptionnellement, par ailleurs une règle jurisprudentielle ajoute une autre condition d'un nombre minimal de deux enfants à garde.

L'exigence combinée de ces conditions engendre le fait que dans la quasi-totalité des cas, la femme perd le droit au domicile conjugal et même son droit au maintien dans les lieux (en cas de location).

Les enfants subissent souvent avec leur mère le destin des sans logis décent ou des sans-domicile-fixe.

Il faut toutefois signaler qu'un effort d'interprétation, ici et là, a conduit certains tribunaux à obliger le père à s'acquitter des frais de loyer du domicile habité par son ex-épouse et ses enfants mais cette règle n'est pas automatiquement appliquée par tous les tribunaux et ce en l'absence (à notre connaissance) d'un arrêt de principe de la Cour suprême.

La question connaîtra une évolution notable et louable dans la réforme de 2005 (nous y reviendrons).

Le cas des mariages mixtes

Le problème des restrictions des prérogatives des mères qui gardent les enfants se pose avec une particulière acuité pour les couples mixtes au cas où la mère de nationalité non algérienne et résidant à l'étranger voudrait, pour une raison ou pour une autre, se déplacer avec ses enfants dans son pays. Il semble que cela soit impossible sans une autorisation et peu probable du reste par le père.

Il y a quelques années, des citoyennes françaises mariées à des Algériens ont été confrontées à un problème de ce genre et ont observé un sit-in devant l'ambassade de France, afin que celle-ci intervienne auprès des autorités algériennes pour débloquer leurs situations.

Leurs époux refusaient d'autoriser leurs enfants venus en Algérie dans le cadre du droit de visite à retourner en France.

L'intervention des autorités judiciaires algériennes était très difficile à obtenir en raison des règles «impératives d'ordre public» contenues dans le code de la famille.

La crise a eu, on s'en souvient, une solution beaucoup plus diplomatique que juridique.

Doit-on déduire que l'étrangère mariée à un Algérien est obligée de vivre en Algérie pour exercer son droit de garde et vivre avec ses enfants ?

La prééminence du droit du père se manifestera encore quand il s'agira du droit d'éducation.

Le droit d'éducation : La religion du père

Nous utilisons à dessein la formule «droit d'éducation» et non «droit à l'éducation» la première nous semble plus appropriée.

Tout en confiant la garde des enfants à la mère, le code de la famille prescrit à ce que ceux-ci (les enfants) soient élevés dans la religion du père alors que les instruments internationaux parlent de «religion des parents». Droit des parents de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants. (Déclaration universelle art. 26.3). Liberté des parents de faire assurer l'éducation religieuse, morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions (Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, art. 13.3 Pacte des droit civils et politiques, art. 18.4).

Ainsi, la non-musulmane mariée à un musulman algérien sera frustrée dans tous les cas du droit d'éduquer ses enfants selon ses propres convictions.

Telles sont les inégalités saillantes – mais non les seules – subies par les femmes dans le code de la famille dans sa version de 1984 qui a connu sa première réforme après plus de deux décennies.

Nous avons préféré les reproduire telles quelles pour deux raisons : l'histoire et la mémoire. Ce code constitue une des taches les plus noires dans la condition de la femme algérienne. Il ne faut surtout pas oublier aussi que durant plus de deux décennies chaque jour non férié que Dieu a fait, un juge quelque part dans un tribunal de l'Algérie profonde a appliqué ses dispositions scélérates et ses effets pervers.

La réforme de 2005/ombres et lumières

En 2005, la première réforme de ce texte scélérat est venue, on ne peut que s'en réjouir. L'évaluation, pour l'heure, des nouvelles dispositions de ce texte cardinal pour la stabilité des familles ne peut être que précoce et prématurée, ce texte n'a que cinq ans d'application et dans certains cas, ce n'est pas suffisant.

Des faiblesses commencent cependant à apparaître et les lacunes doivent être comblées.

N.-E. L.

(A suivre)

Photo : Samir Sid.

> Curieuse contradiction de la législation algérienne qui considère que la fille est plus précoce que le garçon pour le mariage, mais ne peut jouir des mêmes droits pendant toute sa vie.