

DROIT ET RESPECT DE LA VIE PRIVEE DE LA PERSONNE

Louisa HANIFI♦

Le choix de la question envisagée ici, nous paraît opportun et important notamment depuis la décision du tribunal de Lille, rendue en Avril 2007 qui a prononcé l'annulation d'un mariage pour cause de non virginité de l'épouse¹.

Les critiques suscitées par cette décision sont confortées par des arguments pertinents. L'ingérence du Juge dans la vie privée, voire intime de l'épouse a été perçue par des commentateurs autorisés, attentatoire à la dignité de la personne humaine, aux principes fondamentaux de la démocratie, à ceux de la laïcité, ainsi qu'aux droits de l'homme prônant entre autres l'égalité et la liberté personnelle.

A ces réactions émanant de milieux divers (politique, médiatique, juridique ...), vient s'ajouter celle des représentants de culte musulman. Rien d'étonnant, pourra-t-on dire dès l'instant où les époux, parties au litige, étaient de confession musulmane. L'époux a en effet, déclaré appartenir « à une communauté où la tradition veut que l'épouse doit rester vierge jusqu'au mariage ».

En vérité, et sans doute par souci de prudence, le référent religieux n'apparaît pas expressément comme ayant déterminé la décision du Juge. Cependant, tout laisse supposer qu'il a fortement influé sur cette dernière, malgré l'affirmation que l'annulation du

♦ Maître de conférences Université d'Alger

¹ Cour d'Appel de Douai a, par arrêt du 17 novembre 2008, infirmé ce jugement.

Droit et respect de la vie privée de la personne

mariage a été prononcée en raison du « mensonge » de l'épouse, non de sa vie sentimentale passée.

L'ensemble de ces réactions, rappelées brièvement en introduction de la présente étude, justifie l'intérêt pour la question et nous convie à une analyse de notre propre jurisprudence. Notre recherche s'est exercée principalement sur les décisions de la Cour Suprême ; elles révèlent de manière perceptible l'influence des traditions, des croyances religieuses ou du moins culturelles.

De fait, la corrélation entre le droit et la morale, voire également la religion semble bien établie. Ce qui n'est pas le cas en France car les frontières entre ces entités sont bien posées en raison de la laïcisation du droit.

Nous ne prétendons pas aborder ici la question du respect de la vie intime de la personne dans une aussi vaste dimension, mais simplement contribuer au débat sur cette délicate réalité. La limite que nous nous imposons ainsi, nous permet de nous centrer sur la recherche d'éléments de réponse à nos interrogations à savoir : comment la question de virginité qui relève essentiellement de l'ordre de l'intime est-elle appréhendée en pays musulman à l'exemple du nôtre ? Quelle solution le Juge adopte-t-il sachant qu'il est confronté à cette question.

Parmi les décisions rendues en ce domaine, on révèle un arrêt du 12 décembre 2007¹, où la Cour Suprême se prononce sur la recevabilité de l'action engagée par l'époux. Ce dernier conteste sur le fond la validité du mariage coutumier conclu avec l'épouse ; il serait amputé d'une condition essentielle à savoir la virginité de celle-ci.

¹ Cour Suprême, dossier n° 408988, inédit.

Louisa HANIFI

L'époux précise avoir manifesté de façon explicite son attachement à cette qualité.

Les Juges du droit, confirmant la décision des Juges du fond, déclarent :

- *Attendu que courant du mois d'août 2004, le demandeur a conclu mariage en la forme traditionnelle avec la défenderesse ; que la nuit de noces il découvre celle-ci sans virginité.*
- *Attendu que l'époux fait grief à l'arrêt rendu par la Cour de Sétif le 13 avril 2005 de l'avoir débouté de sa demande en nullité du contrat.*
- *Mais attendu que, contrairement à ce que prétend le demandeur au pourvoi, ni la loi, ni la doctrine ne considèrent la virginité comme une condition ou un des éléments du contrat de mariage ».*

L'idée première qui anime cette décision est de faire échec à l'action en nullité visant à anéantir l'union contractée entre les époux. De la sorte, l'action en nullité tendant juridiquement à sanctionner la violation des conditions de formation du contrat ne peut aboutir. Les Juges ont constaté qu'il ne manque au contrat de mariage intervenu entre les parties au litige, aucun de ses éléments. Le contrat est donc valable, et produit son plein et entier effet ; les parties en sont légalement liées.

En conséquence, l'époux ne peut agir comme si le mariage n'avait jamais existé, et l'argument tiré de la condition de virginité exigée lors de la conclusion du contrat est irrecevable ; il n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi. Le Juge n'a d'ailleurs

Droit et respect de la vie privée de la personne

même pas eu à examiner le bien fondé de cet argument dès l'instant où le mariage a requis les conditions légales prévues pour sa formation à savoir le consentement, la dot, les témoins et la présence du tuteur.

La seule solution envisageable pour l'époux serait en définitive le divorce comme le lui permet l'article 48 du code de la famille aux termes duquel « le divorce intervient par la volonté de l'époux ».

Cette restriction de principe opposée à l'époux s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel constant. Ainsi, on a pu constater dans une autre affaire¹ que la Cour Suprême rejette comme irrecevable l'action en résolution du contrat de mariage engagée par l'époux. Ce dernier conteste le fait que les Juges du fond aient, contrairement à sa volonté, prononcé le divorce permettant ainsi à l'épouse de bénéficier des droits attachés à cette qualité notamment la nafaka (pension alimentaire), la moutaa (don de consolation).

Statuant sur ce pouvoir, la Cour Suprême souligne :

- *Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué que l'époux a demandé la résolution du contrat de mariage, non le divorce. Le motif invoqué étant la non consommation du mariage pour défaut de virginité de l'épouse.*
- *Attendu que l'époux reproche aux juges du fond de n'avoir pas pris en considération cet élément, violant ainsi les principes de la charia notamment celui qui considère la consommation comme une condition essentielle du mariage ; que ce principe est retenu par l'école malékite.*

¹ Cour Suprême, 25 juin 1984, dossier n° 33715, Revue de la Cour Suprême 1989 n°4.

- *Mais attendu que la règle retenue légalement et dont il est fait application en jurisprudence est celle qui consiste à ne retenir la résolution que lorsque le mariage est conclu avec une 5^{ème} épouse, ou une sœur de lait ... ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce.*
- *Et attendu que selon la doctrine musulmane, la perte de virginité de l'épouse avant le mariage, n'a pas d'incidence sur les droits de celle-ci, sauf dans l'hypothèse où la condition de virginité est exigée au moment de la khitba (fiançailles) ou lors de la conclusion du contrat de mariage.*
- *Et attendu que la décision des Juges du fond est conforme à la Charia lorsqu'elle a relevé que la consommation est établie dès l'instant où l'époux s'est retiré dans l'intimité avec son épouse ». En conséquence de ces considérations, la Cour Suprême rejette le pourvoi formulé par l'époux.*

Cette décision est importante quant au choix de l'époux à obtenir non pas le divorce mais la résolution du contrat de mariage c'est-à-dire l'anéantissement rétroactif du contrat en raison d'une inexécution de celui-ci. Mais le Juge se montre peu enclin à cette procédure ; le divorce étant la seule voie qualifiée pour cette fin. Au surplus, le Juge rappelle la règle de droit musulman consistant à présumer la consommation du mariage à partir d'une simple « entrevue privée » entre les époux. Ce qu'elle considère être le cas en l'espèce, dès l'instant où les époux se sont retirés dans l'intimité. Cette conception traditionnelle de la consommation du mariage, adoptée par l'école malékite, apparaît de façon constante à travers la jurisprudence. En même temps, elle confirme l'importance qu'attache le droit musulman à la consommation du mariage plutôt qu'à sa conclusion.

En marge de cette décision, la Cour Suprême nous offre également l'occasion de préciser sa position à travers une autre affaire¹, où l'époux fait état de l'absence de virginité de l'épouse et la dissimulation par celle-ci d'un prétendu accouchement.

L'époux fait valoir à l'appui de son pourvoi en cassation une altération du consentement donné en vue du mariage avec la défenderesse au pourvoi. Il affirme clairement que s'il avait été informé de la situation, il n'aurait pas consenti à envisager une union avec elle. Selon lui, l'épouse a agi de mauvaise foi dès l'instant où elle n'a pas révélé avoir eu dans son passé, des relations amoureuses avec une tierce personne dont elle a été enceinte.

De cette constatation, les Juges retiennent qu'il y a eu dol de la part de l'épouse. Selon les termes de l'arrêt.

- *« Attendu que l'époux fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir, en prononçant le divorce à sa demande, accordé à l'épouse une réparation ainsi qu'une pension durant la période de retraite légale.*
- *Et attendu que ce moyen du pourvoi est fondé dès l'instant où il résulte des constatations opérées que la défenderesse au pourvoi a commis un dol. Qu'il y a lieu de mettre les torts à sa charge.*
- *Attendu qu'en retenant le droit à une réparation et à la pension alimentaire au profit de l'épouse, les Juges du fond exposent leur décision à la cassation ».*

¹ Cour Suprême, 20 avril 1999, dossier n° 221496, inédit.

Louisa HANIFI

En présence d'une telle motivation, aucun doute ne subsiste dans l'esprit des Juges sur le comportement dolosif de l'épouse. L'accent est mis sur la gravité de la « tromperie » de celle-ci sur sa vie sentimentale passée, ayant induit l'époux en erreur. Ce dernier précise qu'il ne se serait pas engagé dans les liens du mariage s'il avait eu connaissance de la situation en cause.

De la sorte, le Juge n'avait pas, en l'espèce, à effectuer une sorte d'intrusion dans la sphère psychologique de l'époux pour apprécier l'effet déterminant du silence de l'épouse sur le consentement donné par lui ; les déclarations de ce dernier suffisent à le convaincre.

Cette argumentation juridique visant à démontrer qu'il y a eu dol, laisser penser qu'un tel fait aboutirait à une annulation du contrat ; c'est le seul moyen prévu en droit pour sanctionner un vice du consentement. C'est ce à quoi nous conduit une approche civiliste du droit. Mais le droit familial semble déroger au droit commun ; le code de la famille est un texte d'exception et une disposition particulière est prévue en cette matière. En effet, aux termes de l'article 33 alinéa 1^{er} « Le mariage est déclaré nul si le consentement est vicié ».

A première lecture, cette disposition paraît incomplète ; elle ne précise pas les vices dont il s'agit. La question est donc posée de savoir si « un mensonge », un « silence » de l'épouse sur ses liaisons amoureuses passées, ou une « erreur » de l'époux croyant épouser une femme vierge sont de nature à justifier une annulation du contrat de mariage ? Ou si dans le cas contraire, la voie de l'annulation est fermée comme irrecevable ?

En réalité, l'article 222 du code de la famille nous invite à revenir au droit musulman (source subsidiaire) pour trouver les

Droit et respect de la vie privée de la personne

précisions nécessaires. Et la doctrine musulmane fait référence à l'erreur en considérant que l'erreur sur les qualités morales de la personne n'est prise en considération que lorsqu'elles ont été stipulées dans le contrat de mariage. La jurisprudence semble aller dans ce sens ; les décisions examinées admettent que la virginité fasse l'objet d'une clause si les époux ou du moins l'époux la considère essentielle.

Toutefois, on observe que notre jurisprudence ne retient pas l'annulation du mariage ; l'existence d'une telle clause a simplement pour effet d'anéantir le caractère abusif du divorce réclamé par l'époux.

Une telle position résulte du fait que le mariage n'est pas qu'un contrat ; c'est également une institution. C'est même une institution fondamentale sur laquelle repose la famille considérée comme la cellule de base de la société.

Ce caractère éminemment sacré du mariage musulman explique la vigilance du Juge dans la protection de celui-ci. Cela justifie qu'il ne puisse être menacé d'annulation pour des faits pourtant qualifiés d'erreur ou de dol par le Juge lui-même donc de vices du consentement. Ce dernier privilégie le divorce sur tout autre moyen visant à anéantir le mariage. On notera d'ailleurs qu'en l'espèce, et comme bien souvent d'ailleurs, la voie de l'annulation n'est pas celle empruntée par l'époux. Celui-ci engage une action en divorce en demandant à ce qu'il soit prononcé aux torts de l'épouse ; les Juges du droit y répondent favorablement. Ils estiment que, compte tenu des faits, l'épouse ne peut prétendre à une réparation, ni même à une pension durant la période de retraite légale. Cette décision inverse celle des Juges du fond loin de vouloir sanctionner l'épouse en la privant de ses droits. C'est dire combien la décision des Juges du droit résulte d'un examen pour le moins subjectif de la situation considérée.

Louisa HANIFI

La question soulevée ci-dessus à propos de l'annulation pour vice de consentement permet un détour intéressant sur une autre affaire jugée par la Cour Suprême le 21 août 1999¹ relatant qu'une jeune fille a perdu sa virginité par suite d'un viol ; l'auteur de cet acte a été contraint de l'épouser. Il résultait de cette affaire que l'époux a consenti au mariage sous l'effet d'une contrainte ; non d'une libre volonté ; la crainte d'être poursuivi pénalement par la famille de la jeune fille a été déterminante du consentement donné. Et, compte tenu de l'importance accordée par la société à l'honneur familial, l'époux ne peut faire valoir devant le Juge une quelconque faiblesse psychologique dans laquelle il se trouvait lors de la conclusion du contrat de mariage, afin d'obtenir son annulation. Pour reprendre la formule de certains « les mœurs dominent les lois » ; les circonstances de cette affaire rendent donc la contrainte légitime. C'est toute la spécificité du contrat de mariage dont le consentement des parties est apprécié selon une conception propre au droit familial.

En toutes circonstances, la vie sentimentale passée de l'épouse ne constitue pas un motif permettant d'invalider le mariage. A priori, il ne peut être dissous que par la voie ordinaire du divorce. Cette démarche est confirmée dans d'autres espèces. Ainsi, un arrêt de la Cour Suprême rendu en date du 17 mars 1992² affirme :

- *« Attendu que la prétention de l'époux de l'absence de virginité de l'épouse n'affecte pas la validité du mariage, dès l'instant où il reconnaît le mariage traditionnel qui le lie à celle-ci, de même qu'il y a eu cohabitation durant 7 jours.*

- *Et attendu qu'en procédant comme ils l'ont fait, les Juges du fond n'ont pas violé les articles 106 et 107 du code civil dès*

¹ Cour Suprême, dossier n° 227110, inédit.

² Cour Suprême, dossier n° 79233, inédit.

lors qu'ils ont observé que le mariage est établi conformément à la Charia et en application de l'article 9 du code de la famille.

- *Et attendu que l'action de l'époux ne peut être menée que sur la base du divorce ou en réparation s'il établit avoir subi un préjudice résultant de la situation évoquée ».*

En l'espèce l'époux soulève, parmi les moyens de pourvoi, une clause insérée dans le contrat de mariage (devant témoins) stipulant clairement la condition de virginité, que les Juges du fond n'auraient pas pris en considération. Il invoque de ce fait une violation des principes fondamentaux en matière de contrat, notamment ceux relatifs à « la loi des parties » et « la force obligatoire du contrat » consacrés par les articles 106 et 107 du code civil. Un moyen qui n'a pas, du reste, emporté l'adhésion des Juges du droit. Se retranchant derrière l'appréciation souveraine des Juges du fond, la juridiction Suprême considère que les principes fondamentaux en matière de contrat invoqués par le demandeur au pourvoi ne sont pas remis en cause. Elle estime simplement que l'époux n'est pas fondé à évoquer de tels principes dès l'instant où la relation avec l'épouse est établie légalement ; de l'aveu même des époux, la cohabitation a eu lieu.

C'est précisément cet élément de cohabitation qui constitue l'argument principal qui anéantit l'effet de la condition de virginité stipulée dans le contrat.

Par ailleurs, la Cour Suprême s'abstient de toute référence à l'anéantissement du contrat de mariage en précisant d'emblée que la seule solution envisageable juridiquement est le divorce ; un droit qui est consacré formellement par l'article 48 du code de la famille. De même que les Juges du droit indiquent que l'époux peut envisager une autre possibilité, celle de demander une réparation s'il administre la preuve d'un préjudice qu'il aurait subi.

En présence d'un tel arrêt, on ne peut que s'arrêter sur cette possibilité offerte à l'époux de demander réparation pour préjudice subi. Cela sous-entend-il que la perte de virginité serait une « faute » au point d'engager la responsabilité personnelle de l'épouse et l'obliger à réparer le préjudice subi par l'époux ? La motivation du Juge permet d'y répondre par l'affirmative. En acceptant le droit à une réparation au profit d'un époux dit « blessé » d'avoir découvert que son épouse n'avait pas, comme il s'y attendait, préservé sa virginité, il admet implicitement que la non virginité constitue une « faute » dont il résulte des conséquences juridiques. C'est donc par simple interprétation des conceptions morales inspirant la société et à laquelle le Juge lui-même appartient qu'une telle « faute » est admise en l'espèce. L'atteinte à la dignité de l'époux ainsi qu'à son honneur sont appréciés eu égard à la sociologie c'est-à-dire à la situation réelle au sein de la société. Il n'est pas également exclu que le Juge puisse déduire cette faute d'un manquement à l'obligation de sincérité voire de confiance devant présider aux rapports entre époux.

Quoi qu'il en soit, ce droit à une réparation n'est pas retenu de façon suivie, même si certains magistrats mettent l'accent sur le préjudice subi par un époux affirmant être atteint dans son honneur. En témoigne cette décision de la Cour Suprême¹ du 15 mai 1992 reprochant aux Juges du fond de s'être bornés à affirmer que : *« L'époux n'a pas exigé expressément la condition de virginité dans le contrat de mariage ; il ne lui est pas permis de justifier le divorce en invoquant une faute de l'épouse qu'il a découvert sans virginité la nuit de noces »*. La Cour Suprême estime que :

- ***« La motivation des Juges du fond n'est pas acceptable ; il s'agit d'une question qui touche à l'honneur et à la dignité »***

¹ Cour Suprême, dossier n° 82394, inédit.

de l'époux, lesquels doivent être préservés. Les Juges du fond n'ont pas à suivre, en ce domaine, les lois occidentales. Si l'époux rapporte une preuve irréfutable que son épouse a perdu sa virginité antérieurement au mariage, cela suffit à justifier le divorce même s'il n'a pas exigé la condition de virginité dans le contrat de mariage ».

Cette décision confirme le divorce par la volonté unilatérale de l'époux, dont elle considère qu'il n'est pas tenu d'apporter une preuve supplémentaire à celle qui consiste tout simplement à établir l'absence de virginité ; ce qu'elle estime être fait. Par ailleurs, les arguments mis en avant par ces derniers, à savoir « l'honneur » « la dignité » prouvent l'influence des considérations morales, culturelles dans la décision rendue. Et les magistrats conservateurs n'envisagent pas la morale et le droit comme des domaines autonomes ; l'intime et le droit sont liés. C'est donc tout le poids des traditions sociales que les Juges entendent défendre du moins dans le cas présent, et la virginité apparaît à leurs yeux comme une valeur clé.

Néanmoins, cette décision reste, au plan du droit, en marge de celles adoptées majoritairement par les Juges lesquels renvoient la question à la libre volonté des époux. En effet, on observe dans une autre espèce (Cour Suprême du 11 février 2009, dossier n° 480264, revue de la Cour Suprême 2009, n° 1, p. 283) que la Cour Suprême refuse de s'engager sur le terrain de la preuve de la virginité de l'épouse. Elle s'attache uniquement à rappeler que si elle n'est pas exigée expressément dans le contrat de mariage elle ne peut être invoquée par l'époux. En conséquence, elle casse la décision des Juges du fond qui ont mis les torts à la charge de l'épouse dont ils considèrent que l'absence de virginité est établie. Cette preuve reposait essentiellement sur la déclaration de l'époux. Les Juges du fond ont rejeté la preuve matérielle (un certificat médical) rapportée par l'épouse qui dément les allégations de l'époux. Faisant abstraction

de la motivation des Juges du fond, la Cour Suprême qualifie le divorce d'abusif et accorde une réparation à l'épouse pour le préjudice subi.

On notera d'ailleurs, que lorsqu'une clause est prévue, celle-ci n'a aucune incidence sur le divorce en lui-même qui demeure en toutes circonstances, un droit incontestable de l'époux. Tout au moins, elle permettra à ce dernier d'anéantir le caractère abusif du divorce, et de s'exonérer de toute responsabilité. De la sorte, l'époux sera libéré de l'obligation de verser une réparation que l'épouse pourrait demander au titre de l'article 52 du code de la famille et aux termes duquel « si le Juge constate que le mari a abusé de sa faculté de divorce, il peut prononcer une réparation à l'épouse pour le préjudice subi ».

Encore faut-il qu'une telle clause soit établie, ce qui n'est pas toujours le cas comme en témoigne une décision rendue par la Cour Suprême le 21 novembre 2009¹. Celle-ci confirme le caractère abusif du divorce prononcé sur la base de la volonté unilatérale de l'époux car il n'a pu prouver l'existence d'une clause relative à la virginité de l'épouse. Elle affirme en l'espèce.

- *« Attendu que le demandeur au pourvoi prétend avoir exigé, lors du mariage, que son épouse soit vierge ; ce qui n'était pas le cas comme il a pu le constater la nuit de noces.*

- *Et attendu que l'époux n'a pu prouver ses allégations en établissant l'existence d'une clause conformément à l'article 19 du code de la famille aux termes duquel : « Les deux conjoints peuvent stipuler dans le contrat de mariage ou dans un contrat authentique ultérieur, toute clause qu'ils jugent*

¹ Cour Suprême, dossier n° 528535, inédit.

utile ... à moins que les conditions ne soient contraires aux dispositions de la présente loi ».

- *Et attendu que les Juges du fond ont, a bon droit, mis à la charge de l'époux l'obligation de verser à son épouse la somme de 60.000 DA à titre de réparation pour divorce abusif, ainsi qu'une pension alimentaire ».*

La Cour Suprême a également admis dans une autre espèce¹ qu'il est inacceptable d'évoquer une prétendue absence de virginité de l'épouse, tant qu'aucune preuve n'est rapportée que l'époux a exigé pareille condition. Elle affirme en l'espèce :

- *« Attendu qu'à l'appui de son pourvoi, l'époux prétend avoir été victime d'un dol du fait que son épouse lui a dissimulé les liaisons amoureuses qu'elle aurait eues dans son passé. Qu'il aurait consenti au mariage uniquement parce qu'il était persuadé de sa chasteté. Que cette qualité était déterminante de son consentement au mariage, et que son défaut justifie en divorce.*
- *Mais attendu que ces allégations ne sont pas fondées. La virginité de l'épouse ne peut être invoquée que dans l'hypothèse où elle est exigée expressément et clairement dans le contrat de mariage ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce.*
- *Attendu qu'en qualifiant le divorce d'abusif et en mettant à la charge de l'époux l'obligation de verser une réparation à l'épouse, les Juges du fond ont fait une bonne application de la loi ».*

¹ Cour Suprême, 21 février 2001, dossier n° 255401, inédit.

Dans cette affaire, la question à laquelle les Juges ont eu à faire ne concerne pas le fondement juridique de l'action engagée par l'époux ; celui-ci a demandé le divorce, non l'annulation du mariage. Ils sont appelés, en revanche, à rechercher s'il y a abus de la part de l'époux conformément à l'article 52 du code de la famille. En l'espèce, l'abus est établi dès l'instant où l'époux n'a pu administrer la preuve d'une clause stipulant la condition de virginité. C'est la seule préoccupation des Juges. Ces derniers ne s'avancent donc pas sur le terrain de l'appréciation des faits pour conclure qu'il y a vice de consentement. Leur raisonnement se situe à un autre niveau ; celui qui consiste à constater seulement si les époux se sont engagés clairement et expressément à retenir la condition de virginité dans le contrat de mariage ; l'absence d'une telle stipulation aboutit à qualifier le divorce d'abusif.

La même motivation est reproduite dans de nombreuses autres affaires. Ainsi, une décision de la Cour Suprême¹ du 27 octobre 1992 a confirmé la décision des Juges du fond ayant prononcé le divorce par la volonté unilatérale de l'époux conformément à l'article 48 du code de la famille, en le qualifiant d'abusif. La Cour Suprême a considéré « *sans fondement les allégations de l'époux selon lesquelles la femme n'était pas vierge* ». Elle rejette le pourvoi en cassation de l'époux qui qualifie de « *faute* » un tel fait commis par l'épouse puisqu'il a cru faussement qu'elle était vierge. Mais la Cour Suprême maintient sa position, en reprenant à chaque occasion la formule selon laquelle :

- « *Si la condition de virginité n'est pas stipulée expressément et clairement dans le contrat de mariage, elle ne peut être*

¹ Cour Suprême, 23 mai 2000, dossier n° 243417, Revue de la Cour Suprême 2002, n° 1.

Droit et respect de la vie privée de la personne

invoquée par l'époux pour justifier le divorce ; la responsabilité du divorce lui incombe ».

En lien avec les précédentes affaires, la Cour Suprême n'a pas hésité, face à des situations identiques, à casser la décision¹ des Juges du fond lorsqu'ils ont endossé les torts à l'épouse en se fondant sur le fait que celle-ci a refusé de consulter un médecin pour démontrer le contraire de ce qui a été affirmé par l'époux. Les Juges du droit rappellent, comme ils l'ont fait précédemment que :

- ***« Le mari n'a pas exigé la condition de virginité dans le contrat de mariage ; les Juges du fond ne peuvent incomber la responsabilité du divorce à l'épouse, ni même la priver d'une réparation.***

Voilà comment la Cour Suprême, institution placée au sommet de la hiérarchie judiciaire, a fixé sa jurisprudence.

Cette jurisprudence a permis, à travers les décisions examinées ici, de rendre compte d'une réalité sociale qui perdure à propos de la virginité de la femme. Et, compte tenu du contexte socio culturel assez rigoriste, on craignait de la part des juges une forte soumission aux considérations culturelles, morales, d'une société musulmane à l'exemple de la nôtre. Or, la majorité d'entre eux, nous surprend par leur pondération, disons même leur liberté de jugement en renvoyant la question à la seule volonté des époux. Cette vérité judiciaire sur une matière aussi emblématique mérite d'être soulignée.

De la sorte, en soumettant la question de la virginité au jeu des volontés individuelles, le Juge donne toute son importance au principe de l'autonomie de la volonté. Cela aboutit à admettre que la virginité

¹ Cour Suprême, dossier n° 37146, inédit.

Louisa HANIFI

ne peut trouver sa source que dans la volonté des époux qui se sont engagés. Partant de là, la Cour Suprême limite son rôle à contrôler que cette volonté lorsqu'elle s'est clairement exprimée à travers les clauses du contrat de mariage, soit rigoureusement respectée par les Juges du fond.

Par ailleurs, la place importante réservée à ces clauses montre que la virginité n'est pas d'ordre public. La Cour Suprême laisse entendre que cette matière relève essentiellement du domaine de l'intime, c'est-à-dire de l'ordre du privé. Ceci est conforme à la conception du mariage musulman et encore davantage du mariage coutumier lequel reste imprégné de l'idée que la matière du mariage est avant tout une affaire de familles et relève donc de la sphère privée davantage que du droit public. C'est ce caractère éminemment privé qui justifie que le mariage puisse être célébré au sein même de la famille et en présence de simples témoins. Aujourd'hui encore, il suffit de le transcrire auprès des services de l'état civil, à titre de preuve seulement, non de validité.

On ne peut conclure cette étude sans rappeler que cette pratique des clauses reste toutefois critiquable ; elle heurte les principes prônés par la loi fondamentale entre autres l'égalité et de respect de la dignité de la personne humaine.