

**Centre de droit de la famille - Université Jean Moulin Lyon 3
Ministère de la Justice - Mission de recherche « Droit et Justice »
Convention de recherche n° 97.08.26.05.18**

L'ETRANGER EN FRANCE, FACE ET AU REGARD DU DROIT

RAPPORT

**sous la direction de Hugues Fulchiron
Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3**

par

Christine Bidaud-Garon, DEA de droit de la famille, Chargée d'enseignement à l'Université Jean Monnet - Saint-Etienne ; **Etienne Cornut**, DEA de droit de la famille, Chargé d'enseignement à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 ; **Alain Devers**, DEA de droit de la famille, Chargé d'enseignement à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 ; **Xavier Pesenti**, ATER à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 ; **Jean-Bernard Philippe**, ATER à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 ; **Cédric Rajon**, DEA de droit de la famille ; **Anne Richez-Pons**, ATER à l'Université Jean Moulin - Lyon 3 ; **Marion Simonet**, ATER à l'Université Lumière - Lyon 2 ; **Fabrice Toulieux**, ATER à l'Université Jean Moulin - Lyon 3.

- Avril 1999 -

REMERCIEMENTS

L'équipe de recherche remercie l'ensemble des personnes qui ont contribué à la réalisation de ce rapport.

Les magistrats du tribunal de grande instance de Lyon,
Madame DEVALETTE, président de la 1^{re} chambre civile
Monsieur ESCH, procureur de la République
Madame LACROIX, juge aux affaires familiales, président de la chambre de la famille
Monsieur PENAUD, juge des enfants, président du tribunal pour enfants

Les magistrats du tribunal d'instance de Lyon,
Monsieur BLANCHARD, juge des tutelles au tribunal d'instance de Lyon
Monsieur FLORENTIN, juge des tutelles au tribunal d'instance de Lyon
Monsieur MORIN, juge des tutelles au tribunal d'instance de Lyon

Madame BEAUFRÈRE, greffier à la 1^{re} chambre civile
Madame BOURNE, greffier en chef du tribunal pour enfants
Madame DURAU, greffier en chef de la chambre de la famille

Maître BÉRANGER, avocat au barreau de Bourg-en-Bresse
Maître DECHERF, avocat au barreau de Grenoble
Maître DERKAOUI, avocat au barreau de Lyon
Maître FARID, avocat au barreau de Lyon
Maître FRÉRY, avocat au barreau de Lyon
Maître MORIN, avocat au barreau de Lyon

Maître BAZAILLE, notaire à Givors
Maître BONNAMOUR, notaire à Givors
Maître WATTEAU, notaire à Givors

Monsieur DEBIEB, Vice-consul d'Algérie à Lyon
Monsieur HAMIDI, responsable du service social du consulat du Maroc à Lyon
Monsieur ZINZI, Consul de Tunisie à Lyon

Monsieur KABTANE, président de la Mosquée de Lyon

Monsieur ASSEMAT, Commandant du service étranger à l'Hôtel de police de Lyon
Monsieur MOURET, Commandant du service protection des mineurs de Lyon

Madame CHORON, directrice de la Maison de la justice et du droit de Bron

Monsieur VERNAY, président de l'association Colin-Maillard
Monsieur DÉCORET, fondateur de l'Association Divorce et médiation
Monsieur RAY, président de l'association Entreprise école solidaire

Les membres de l'équipe remercient également les responsables éducatifs des établissements scolaires suivants :
École maternelle Berthelot de Villeurbanne
École maternelle Léo Lagrange de Villeurbanne
Collège Lamartine de Villeurbanne
Collège Jean Vilar de Villeurbanne
Lycée d'enseignement professionnel Marie Curie de Villeurbanne
Lycée d'enseignement professionnel Frédéric Fays de Villeurbanne
Lycée d'enseignement professionnel Flesselles de Lyon

SOMMAIRE ANALYTIQUE

INTRODUCTION	3
PREMIÈRE PARTIE - LES MANIFESTATIONS DE LA VIE FAMILIALE DES MAGHREBINS ET DES PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE	12
Chapitre I - Le contentieux de l'état civil	14
Chapitre II - Le mariage des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine	35
Chapitre III - L'annulation du mariage	60
Chapitre IV - L'autorité parentale	75
Chapitre V - Le divorce en France : situation des couples mixtes, étrangers ou d'origine étrangère	91
Chapitre VI - L'exequatur	155
Chapitre VII - À propos du décès des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine	168
DEUXIÈME PARTIE - L'INTERACTION DES SYSTÈMES JURIDIQUES	179
Chapitre préliminaire - La famille maghrébine, <i>aspects sociologiques et anthropologiques</i>	180
Chapitre I - Les familles maghrébines et d'origine maghrébine, les institutions judiciaires et le droit	187
Chapitre II - Réflexions sur l'instrumentalisation du droit	196
Chapitre III - Bilan et perspectives. L'adaptation du droit français aux particularismes des populations d'origine maghrébine, <i>entre mythe moniste et défi du pluralisme</i>	213

INTRODUCTION

INTRODUCTION

Jean-Bernard PHILIPPE
Marion SIMONET

1. Rappel de la problématique

1. D'importantes communautés étrangères ou d'origine étrangère vivent en France depuis plusieurs générations. S'il existe de nombreuses études sur les questions liées au pluriculturalisme et aux difficultés d'intégration de la « seconde génération », les rapports que ces communautés entretiennent avec le droit sont très mal connus. Tel est surtout le cas de la vie familiale, qui est une des composantes de la vie privée, même si l'autorité publique intervient de manière effective dans les relations familiales. Il est donc difficile de connaître véritablement la nature des relations qui s'y nouent, et les règles qui les gouvernent. Ce qui est certain, c'est que la famille est un lieu de convergence d'un nombre important de normes dont la plupart ont une dimension symbolique.

2. Conformément aux orientations retenues par le groupe de travail « L'étranger en France, face et au regard du droit », la recherche proposée porte précisément sur les questions liées au statut familial. À ce titre, les populations étrangères sont soumises à l'influence récurrente et souvent antagoniste de règles juridiques, morales et religieuses qui appartiennent à différentes cultures dont l'une seulement est française ou occidentale.

3. La question de « l'étranger en France, face et au regard du droit » s'articule autour de trois problématiques générales : l'attitude des praticiens du droit face à un litige ou à une requête dont l'une des parties est étrangère ou d'origine étrangère, l'attitude de l'étranger face à la règle de droit française et aux institutions qui la mettent en oeuvre et, enfin, l'acculturation juridique. Selon une définition communément admise¹, ce terme désigne l'ensemble des phénomènes qui résultent du contact entre des individus appartenant à des cultures différentes. Ces phénomènes d'acculturation résident donc dans les « changements qui se produisent dans les patrons culturels originaux de l'un ou des deux groupes »². Pour mettre en évidence le degré d'acculturation des populations d'origine étrangère, ont été étudiés les comportements juridiques des populations étrangères ou d'origine étrangère et les réactions réciproques entre ces comportements, révélateurs de ce qui, pour les intéressés, apparaît comme licite ou juridiquement obligatoire, et les règles de droit françaises. Cette étude vise à fournir des éléments de connaissance sur la vie juridique des populations étrangères, sur l'intensité et les limites de leur acculturation juridique dans la société d'accueil. Par là même, les membres de l'équipe de recherche ont tenté d'apprécier à la fois les éléments d'intégration et les points de conflits effectifs ou latents dans un domaine où les particularismes culturels sont prégnants. Par un effet de miroir, la recherche devrait également permettre de mieux connaître l'image que se

¹ Définition donnée par REDFIELD, LINTON et HERSKOVITS en 1936, reprise par R. BASTIDE, *Anthropologie appliquée*, Payot, 1971, pp. 44-45. Ouvrage cité par N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, P.U.F., Collection Droit fondamental, 1988, p. 346.

² *ibid.*

fait la société d'accueil des communautés d'origine étrangère, tant il est vrai que l'intégration est à bien des égards un phénomène d'interaction.

4. Devant l'ampleur de la recherche et par souci de rigueur, le Centre de droit de la famille a concentré son étude sur les populations maghrébines ou d'origine maghrébine résidant dans la région lyonnaise. Certes, il s'agit là d'un ensemble de communautés très diverses. Mais leur appartenance à la communauté musulmane constitue un facteur d'unité tout en permettant, si des différences de comportement apparaissent, de mieux distinguer ce qui relève de la religion et des pratiques sociales traditionnelles. Par ailleurs, en raison de la formation des membres de l'équipe de recherche, le phénomène d'acculturation a été envisagé sous l'angle juridique. Afin de saisir les éventuels points de conflits entre les différents systèmes juridiques en présence et dans le but de mieux cibler l'acculturation juridique, une étude préalable du droit musulman et des législations des États du Maghreb s'est avérée nécessaire. C'est pourquoi, les règles relatives à la formation et aux effets du mariage, au divorce et à la répudiation, à la filiation et à l'autorité parentale ont été étudiées et mises en perspective avec les règles du droit français.

2. Aspects méthodologiques

5. Une fois ces données acquises, il a été procédé à deux types de travaux: une analyse des dossiers de différentes juridictions lyonnaises et des entretiens avec des professionnels de la région.

a) *L'analyse des dossiers*

6. Dans la mesure où l'étude porte sur la vie familiale des populations étrangères et d'origine étrangère, s'est d'abord posé le problème de la définition de l'étranger et du Maghrébin, puis celui du choix des juridictions.

7. Définitions - En droit, la notion d'étranger passe par celle de nationalité. Est étranger celui qui n'a pas la nationalité française. Cette définition juridique n'a pas été retenue. D'une part, elle n'est pas apparue pertinente au regard du thème de l'enquête. En effet, elle ne permet pas de prendre en considération les Français d'origine maghrébine et les double-nationaux alors que la question de leur acculturation juridique se pose avec une acuité particulière. D'autre part, la nationalité des parties est souvent absente des dossiers étudiés. C'est pourquoi, a été retenue une définition plus large tendant à intégrer des facteurs socioculturels. La sélection des dossiers s'est faite selon les critères de la nationalité lorsqu'elle apparaissait, du pays de naissance et du nom patronymique. Dès lors qu'un de ces critères au moins présentait un élément d'extranéité, les dossiers ont été sélectionnés, même s'il est vrai que ce choix n'est pas d'une rigueur scientifique absolue. Cette absence de rigueur résulte nécessairement de la problématique de l'enquête posée en termes sociologiques et anthropologiques alors que, dans les contentieux étudiés, les données sont énoncées en termes juridiques. En pratique, ces dossiers ont été le plus souvent sélectionnés selon un faisceau d'indices résultant du lieu de naissance et du nom patronymique.

8. De cette définition de l'étranger découle nécessairement une définition du couple étranger et du couple mixte différente de celle énoncée en termes strictement juridiques. Encore une fois, la nationalité des intéressés importe moins que leur origine culturelle. C'est pourquoi, dans la suite du rapport, « couple étranger » désigne celui dont les deux membres sont étrangers ou d'origine étrangère alors que « couple mixte » désigne celui dont l'un des membres seulement est étranger ou d'origine maghrébine

9. Se pose également le problème de la définition du Maghrébin. Le Maghreb se situe au nord-ouest de l'Afrique compris entre la Méditerranée et le Sahara, l'océan Atlantique et le désert de

Libye. Font donc partie du Maghreb, la Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie et la Libye¹. Dans la mesure où la population maghrébine ou d'origine maghrébine de la région lyonnaise a essentiellement ses racines en Algérie, au Maroc ou en Tunisie, seuls les dossiers relatifs à des personnes originaires de ces trois pays ont été retenus. De même, le terme de Maghrébin, dans la suite du rapport, ne désignera que ces seules populations. Il est donc vrai que, les très rares dossiers sélectionnés sur le seul critère du nom patronymique, peuvent être sujets à caution dans la mesure où ils peuvent concerner des libyens ou des mauritaniens. Le risque d'erreur est cependant infime puisque, on l'a dit, la quasi-totalité des Maghrébins résidant dans la région lyonnaise n'est pas originaire de ces deux pays.

10. Choix des juridictions - Pour tenter d'apprécier le degré d'acculturation juridique des populations maghrébines ou d'origine maghrébine, le Centre de droit de la famille a limité la recherche à la vie familiale des intéressés. C'est pourquoi, ont été privilégiés les dossiers des juridictions qui connaissent uniquement des problèmes de droit de la famille. Mais la recherche s'est également étendue aux dossiers des juridictions saisies de problèmes de droit des personnes.

11. Il s'agissait ici de mettre en évidence les comportements des familles maghrébines face au droit et à l'institution judiciaire, en matière de divorce notamment, qu'il s'agisse d'un divorce prononcé en France ou à l'étranger, mais aussi dans les contentieux de l'annulation du mariage et de l'état civil.

12. Les jugements rendus par les huit cabinets des juges aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Lyon pendant les six premiers mois de l'année 1996 ont constitué la première source d'information. Plus précisément, 234 dossiers de divorce et 24 dossiers de séparation de corps ont été retenus en fonction des critères établis précédemment. En la matière, la grille d'analyse a tenu compte d'éléments tels que les causes de divorce, l'âge des conjoints, la durée du mariage, les catégories socioprofessionnelles, le lieu de résidence, le nombre d'enfants. Ont également été traités le contentieux lié à l'autorité parentale, celui relatif à la contribution aux charges du mariage ainsi que les demandes de changement de prénom, notamment dans les hypothèses où la demande tendait à une francisation du prénom.

13. Le contentieux de l'annulation du mariage a été étudié à partir des jugements rendus par la première chambre civile du tribunal de grande instance de Lyon. En raison du nombre restreint de dossiers, l'étude porte sur deux années de référence, 1996 et 1997. Pour ces deux années, 54 dossiers ont été répertoriés. Pour certains d'entre eux, la demande en annulation émanait de l'un des conjoints. Mais dans plus de la moitié des cas, la demande en nullité émanait du ministère public et se fondait notamment sur la bigamie, le défaut de consentement ou l'incompétence de l'autorité célébrante.

14. Les jugements d'exequatur rendus par le tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997 ont permis d'étudier neuf cas d'un divorce prononcé dans le pays d'origine dont l'exequatur est ensuite demandé en France.

15. Enfin, l'étude du contentieux de l'état civil devant le tribunal de grande instance de Lyon pour les années 1996 et 1997 a permis de retenir 42 dossiers. Pour l'essentiel, il s'agissait de rectifications de l'acte de naissance d'enfants nés de parents étrangers.

16. La recherche s'est également orientée vers les dossiers du juge des enfants. Compte tenu du nombre important de dossiers, il a fallu faire un choix qui s'est révélé délicat dans la mesure

¹ Le petit Robert des noms propres, 1996, p. 1281.

où les dossiers des juges des enfants de Lyon ne sont pas classés par date de saisine du juge mais, par ordre alphabétique, en fonction du nom patronymique de l'enfant qui fait l'objet d'une mesure. Ont été étudiés l'ensemble des dossiers ouverts depuis 1985 pour des mineurs dont le nom patronymique commence par la lettre B. Toute tentative d'étude statistique a été écartée. La lecture des dossiers s'est focalisée sur les ordonnances du juge des enfants mais également sur les rapports des enquêteurs sociaux.

b) Entretiens

17. En corrélation avec l'étude sur dossier, ont été effectués des entretiens auprès de personnes qui servent de « médiateurs » entre le droit français et les étrangers vivant en France, parce qu'elles permettent l'accès au droit, ou parce qu'elles interviennent au nom de la loi.

18. Ainsi ont été réalisés des entretiens auprès de certains magistrats des juridictions lyonnaises. Ils avaient notamment pour but de comprendre comment l'institution judiciaire traitait les situations et les conflits impliquant une personne d'origine maghrébine, et de quelle manière en retour, les populations d'origine maghrébine appréhendaient l'institution judiciaire. À cet égard, des questions strictement juridiques ont été abordées, en particulier, le problème de la détermination de la loi applicable ainsi que les difficultés d'application de la loi étrangère. Les magistrats ont également été interrogés sur la manière dont ils percevaient la vie familiale des intéressés, ainsi que la réaction de ces derniers face au droit et au juge français. Par exemple, ont-ils eu à connaître, lors des débats, des manifestations de la culture d'origine telle que l'existence d'une dot lors du mariage? Ces questions ont été posées aux magistrats de la première chambre civile, de la chambre de la famille et du tribunal pour enfants du tribunal de grande instance de Lyon, et aux juges des tutelles du tribunal d'instance de Lyon. Un représentant du ministère public a également été rencontré.

19. Des entretiens avec des avocats de Lyon, de Bourg-en-Bresse et de Grenoble ont également permis d'identifier les problèmes strictement juridiques qu'ils rencontrent : proposent-ils à leur client une séparation de corps en sachant que cette mesure ne trouve pas son pendant dans les législations du Maroc, de l'Algérie ou de la Tunisie? Soulèvent-ils parfois l'incompétence de la loi française au profit de la loi étrangère ? Opposent-ils, au contraire, la contrariété du droit étranger avec l'ordre public français pour évincer la loi étrangère normalement compétente ? Outre ces questions d'ordre juridique, les avocats rencontrés ont également été interrogés sur le particularisme de la population maghrébine qui fait appel à leur conseil ou à leur assistance : quelle est leur réaction au regard du droit en général, et du droit français en particulier ? Ont-ils constaté d'éventuelles survivances de la culture du pays d'origine dans l'organisation de la famille ?

20. Afin d'aborder les problèmes spécifiques liés au régime matrimonial des époux ou au droit successoral, des entretiens ont été réalisés auprès de trois notaires de Givors. Il s'agissait ici de mettre en évidence les difficultés juridiques liées à l'origine étrangère des intéressés. À cet égard, il a été question de la loi applicable et de l'éventuelle mise en oeuvre de la loi étrangère, ainsi que de l'adoption. Mais, il a particulièrement été question du statut matrimonial des populations étudiées, eu égard, par exemple, au régime matrimonial majoritairement adopté ou au règlement d'une succession.

21. Les maisons de justice et du droit de Lyon, de Villeurbanne et de Bron ont été contactées en raison de la proximité qu'elles entretiennent avec la population. Seule celle de Bron a bien voulu recevoir des membres de l'équipe de recherche. Les autres estimaient « qu'elles n'avaient rien à apporter sur le sujet » ou que « tout avait déjà été dit ».

22. Les consulats d'Algérie, du Maroc et de Tunisie ont également été contactés, en raison du rôle qu'ils jouent auprès des ressortissants de leur pays, notamment en matière de mariage. Le consulat d'Algérie a répondu au questionnaire par écrit tandis que des membres de l'équipe de recherche ont été reçus par les deux autres.

Un représentant de la communauté musulmane a également été entendu afin de connaître la doctrine officielle de la mosquée de Lyon et les éventuelles difficultés suscitées par la rencontre du droit français et des principes religieux musulmans.

Ont également été rencontrés les services de polices en relation habituelle avec les populations étrangères et ceux qui, en raison de leur fonction, sont amenés à s'immiscer dans la vie familiale (brigade des mineurs).

23. Enfin, des entretiens ont été effectués auprès de personnes plus éloignées des préoccupations strictement juridiques, mais qui, à des titres divers, pouvaient apporter des éléments de réponses aux questions posées par la recherche. Ainsi ont été rencontrés des responsables d'établissements scolaires de Lyon et Villeurbanne (maternelles, collèges, lycées d'enseignement général et professionnel) ainsi que des représentants de diverses associations qui ont un lien avec les populations étrangères ou d'origine étrangère en raison de leur rôle d'intégration, d'accueil ou de conseil de ces populations.

c) Réserves

24. D'une manière générale, la méthodologie et la formation des membres de l'équipe de recherche de l'enquête n'ont pas permis d'observer directement la vie familiale des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine. Aucun travail de nature sociologique n'a été effectué. La vie familiale de ces populations n'a été observée qu'à travers les dossiers de différentes juridictions et des entretiens. C'est donc à travers ce filtre qu'ont été faites, parfois et avec la plus grande réserve, quelques remarques qualifiées de sociologiques.

25. Dans la plupart des cas, les données ont été recueillies dans le cadre de situations conflictuelles ou marginales. C'est pourquoi, les enseignements tirés de tels constats doivent être pris avec la plus grande prudence. Il est impossible de déterminer s'ils sont représentatifs du comportement des membres des familles maghrébines résidant dans la région lyonnaise et, à une plus grande échelle, en France. Ainsi, l'étude des effets personnels du mariage à partir des dossiers de divorce peut-elle être généralisée afin d'en tirer des conclusions relatives aux rapports qu'entretiennent les époux dans les familles maghrébines ? De même, les données recueillies dans les dossiers des juges des enfants, et notamment les enquêtes sociales, permettent-elles d'en déduire un modèle parental et familial ? Autant de questions auxquelles il est impossible de répondre avec certitude et pour lesquelles il est difficile de savoir si le degré d'acculturation a une influence sur l'émergence du litige.

26. Quand bien même ces dossiers seraient représentatifs du modèle familial des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine, encore faudrait-il pouvoir comparer ces données avec celles qui résulteraient d'une étude faite sur l'ensemble de la population résidant dans le ressort du tribunal de grande instance de Lyon ou, tout au moins, en France. Une telle comparaison aurait nécessité des statistiques fiables et précises. Or les chiffres composant les deux termes de la comparaison ne répondent pas à ces exigences. D'une part, les données recueillies à l'occasion de cette enquête n'ont pas les qualités requises pour une étude statistique. En effet, l'échantillon s'est révélé parfois trop restreint. Tel a été le cas de l'étude des dossiers d'exequatur: seulement neuf dossiers en deux années ont été répertoriés. De même, les dossiers ne fournissaient pas toujours les éléments nécessaires à une comparaison méthodique. Ainsi la nationalité de 35,9 % des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine n'est pas indiquée dans les dossiers de

divorce et ceux-ci ne révèlent pas le lieu de naissance de l'intéressé dans 15,2 % des cas. D'autre part, le tribunal de grande instance de Lyon ne dispose pas de statistiques suffisamment affinées pour permettre une comparaison. Par exemple, les données de la chambre de la famille du tribunal de grande instance de Lyon ne distinguent pas entre les jugements de divorce et les jugements de séparation de corps, alors que cette distinction aurait pu permettre de tirer des conclusions relatives au degré d'acculturation des Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine. Les mêmes difficultés ont été rencontrées avec les données de l'annuaire statistique de la justice.

27. Par ailleurs, s'il existe des données statistiques relatives à la population étudiée résidant dans le ressort du tribunal de grande instance de Lyon, aucune information relative au nombre de mariages célébrés devant les officiers de l'état civil du ressort du tribunal de grande instance de Lyon n'a pu être obtenue. Le nombre de mariages célébrés dont l'un des époux est Maghrébin ou d'origine maghrébine aurait pu permettre un certain nombre de constats. D'une part, ce nombre aurait pu être comparé avec celui des mariages célébrés devant les autorités consulaires. D'autre part, cette information aurait pu permettre d'établir le rapport entre le nombre de mariages et le nombre de divorces pour les couples étrangers, les couples mixtes et les couples français. L'établissement de telles données s'est révélé matériellement irréalisable. Il a donc été impossible de déterminer, par exemple, si les populations maghrébines divorçaient dans des proportions différentes de celles de la population française. En outre, une telle comparaison n'aurait pas permis de déterminer l'influence de l'acculturation sur d'éventuelles différences car une étude strictement sociologique n'a pas été réalisée.

28. En dépit de ces réserves, les chiffres obtenus lors de l'étude des dossiers des différentes juridictions permettent de constater un certain nombre de tendances que les entretiens ont permis tantôt de confirmer, tantôt de nuancer. Ainsi, au cours des six premiers mois de l'année 1996, on a pu constater que 68% des couples étudiés ont recours au divorce pour faute. Les entretiens avec les magistrats, en particulier, ont permis de confirmer la place prépondérante de ce type de divorce et d'émettre des hypothèses d'explication. De même les dossiers des juges des enfants ont souvent révélé qu'à l'origine de la mesure de placement, se trouvait un choc culturel, c'est-à-dire une acculturation différenciée entre les membres de la famille. Différents entretiens ont permis de confirmer ce constat, mais aussi d'apporter des précisions quant à la nature du conflit familial.

29. En conclusion, les chiffres qui apparaissent dans ce rapport n'ont aucune prétention statistique. Ils constituent simplement un indice relatif de l'acculturation juridique, cet indice pouvant être confirmé par d'autres données. Toute volonté de généralisation est donc à bannir.

30. La même prudence est à observer pour les entretiens, et ce pour deux raisons majeures. Tout d'abord, le caractère politique, voire polémique du sujet a constitué un premier obstacle. Ainsi, le refus d'une des maisons du droit de participer à l'entretien était manifestement lié à des craintes quant à l'objet même de l'enquête. Par ailleurs, nombreux sont les interlocuteurs qui se sont montrés très prudents dans leurs réponses. Tel a notamment été le cas des entretiens avec les autorités consulaires. En outre, la seconde raison qui invite à la prudence quant aux entretiens tient souvent à la difficulté de faire la part entre le constat objectif et l'interprétation subjective de l'interlocuteur, liée à ses propres représentations de la famille maghrébine. Ainsi, il ressort d'entretiens avec les juges des tutelles que le frère aîné est plus souvent choisi que la mère lorsqu'une mesure de protection est prise à l'égard du père. Un juge a clairement indiqué vouloir de la sorte respecter ce qu'il considérait comme le modèle traditionnel de la famille maghrébine. Il est pourtant difficile de savoir si l'organisation familiale répondait à ce modèle et s'il s'agissait toujours d'une véritable attente de la famille concernée. De la même façon, un juge aux affaires familiales a indiqué que le « sens de l'honneur », caractéristique, selon ce juge, de la famille

maghrébine, gouvernait encore les relations entre époux. En cas de conflit, selon lui, une décision s'avérait parfois inutile, les époux s'engageant sur l'honneur à respecter les promesses prises devant lui. Ce juge n'hésitait pas à affirmer que ces engagements étaient beaucoup plus respectés par les époux maghrébins que par les nationaux. On peut s'interroger sur les moyens dont disposent les juges pour vérifier la réalité de l'engagement. Une telle affirmation semble empreinte « d'a priori » sur la famille maghrébine. Enfin, lors d'entretiens avec des notaires de Givors, on a pu observer à quel point les représentations de chacun des interlocuteurs pouvaient interférer dans leurs discours. Pour l'un, il n'existe aucune différence sensible entre le comportement des populations maghrébines et le reste de la population. Pour l'autre, il faut distinguer entre les premières générations, pour lesquelles la culture du pays d'origine reste prépondérante, et les générations actuelles, caractérisées par leur bonne intégration. Pour le dernier, la vie familiale des populations maghrébines est largement influencée par les coutumes du pays d'origine.

31. Même si, comme on l'a vu, il est difficile, à partir des entretiens, de tirer des enseignements sur le degré d'acculturation des populations maghrébines, ces éléments permettent de mettre en évidence la réaction des acteurs juridiques français face à ces populations. Il est pour autant impossible de mesurer les effets de ces représentations sur l'acculturation elle-même. Il fait pourtant peu de doute que ces représentations, qui tendent à enfermer une population donnée dans un schéma traditionnel issu du pays d'origine, risquent de constituer en elles-mêmes un frein à leur intégration.

32. En dépit de ces réserves méthodologiques, la recherche effectuée par le Centre de droit de la famille a donc permis de répondre de façon satisfaisante à deux des trois problématiques posées par le thème de l'enquête. Des réponses ont pu être apportées aux interrogations relatives à l'acculturation juridique, en particulier à la manière dont souvent, d'ailleurs sans surprise, resurgissent des éléments de la culture d'origine. Il en est de même pour les questions relatives à l'attitude des professionnels du droit confrontés à un litige ou une requête dont l'un des justiciables est d'origine maghrébine. En revanche la réaction de ces populations face à l'institution judiciaire et à la règle juridique française n'a pu être saisie que de manière très fuyante à travers le sentiment exprimé par divers praticiens du droit. En raison de la formation des membres de l'équipe de recherche, ces populations n'ont jamais été interrogées directement.

33. Pour autant, l'enquête a permis de saisir les manifestations juridiques de la vie familiale des populations maghrébines ou d'origine maghrébine dans l'agglomération lyonnaise (1^{ère} partie) et de mettre en évidence les questions suscitées par la rencontre des systèmes juridiques (2^{ème} partie). À la fin de cette partie, sans prétendre tirer de véritables conclusions de ces développements en raison des difficultés d'une telle entreprise, les propos relatifs à l'adaptation du droit français aux particularismes des populations d'origine maghrébine présentent des éléments de réflexion tendant à dresser un bilan et à envisager quelques perspectives.

PREMIÈRE PARTIE

LES MANIFESTATIONS JURIDIQUES DE LA VIE FAMILIALE DES MAGHRÉBINS ET DES PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE

Cette partie relative aux manifestations juridiques de la vie familiale des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine a pour vocation de décrire les résultats et les constats, fruits de la recherche. À travers différents contentieux, cette étude permet d'analyser l'attitude des familles maghrébines face et au regard du droit. Ces différents comportements ont été étudiés et sont appréciés selon les événements qui peuvent jalonner leur vie sur le territoire français: le contentieux de l'état civil (chapitre I), la formation et les effets du mariage des Maghrébins (chapitre II) ainsi que son annulation (chapitre III), l'exercice de l'autorité parentale (chapitre IV), les contentieux du divorce et de séparation de corps (chapitre V), la procédure d'exequatur (chapitre VI) et les effets juridiques du décès d'un Maghrébin (chapitre VII).

- CHAPITRE I -

LE CONTENTIEUX DE L'ÉTAT CIVIL

LE CONTENTIEUX DE L'ÉTAT CIVIL

Christine BIDAUD-GARON
Fabrice TOULIEUX

34. L'étude des recours relatifs à la rectification de l'état civil des populations maghrébines ou d'origine maghrébine porte sur deux années de référence, 1996 et 1997. L'ensemble des dossiers de la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon a été répertorié. Au cours de ces deux années, 42 dossiers ont été recensés soit respectivement 26 et 16 procédures¹. La plupart des jugements concernent une rectification de l'acte de naissance d'enfants nés de parents étrangers, soit 31 dossiers. Six dossiers sont relatifs à des demandes en légitimation. Trois requêtes ont donné lieu à des jugements supplétifs ou déclaratifs de naissance. Enfin, 2 dossiers intéressent respectivement une procédure en rectification d'un acte de décès² et un rétablissement de la présomption de paternité.

Tableau 1
Aperçu du contentieux de l'état civil

Nature de l'action	1996	1997	Total
Rectification d'un acte de naissance	22	9	31
Rectification d'un acte de décès	1	-	1
Jugement déclaratif de naissance	-	1	1
Jugement supplétif de naissance	2	-	2
Légitimation <i>post nuptias</i>	1	5	6
Rétablissement de la présomption de paternité	-	1	1
Total	26	16	42

35. L'examen de ces dossiers révèle notamment la méconnaissance des étrangers, ou du moins de leurs conseils, des règles relatives à la filiation. Aucun élément pertinent ne permet d'apprécier s'ils sont victimes d'une ignorance réelle du droit français ou s'ils l'écartent volontairement. L'application de la loi étrangère n'est jamais retenue alors que les dossiers relatifs aux procédures en légitimation concernent des situations pour lesquelles les magistrats auraient dû avoir recours aux normes étrangères en matière de filiation par application des règles du droit international privé. L'analyse des procédures de légitimation met en exergue l'ignorance des règles françaises par les étrangers et les difficultés liées à l'application de la loi personnelle des populations d'origine maghrébine. La méconnaissance des règles par certaines autorités françaises fait écho à l'ignorance des étrangers.

L'analyse du contentieux de l'état civil fournit des éléments d'appréciation du degré d'acculturation des populations maghrébines. L'arrivée récente en France et l'attachement aux traditions d'une partie des familles maghrébines ne sont pas exclusifs de la connaissance du droit français, mais ils peuvent être révélateurs de son incompréhension, voire de son ignorance. Dans

¹ Cf. *infra* : tableau 5. Aperçu sur les relations familiales lors du contentieux de l'état civil.

² Dossier dans lequel la requérante déclare que les époux ont adopté un enfant en août 1988 à Oran en Algérie.

ces conditions, l'intervention des autorités judiciaires françaises n'est pas toujours aisée. Cependant, les difficultés auxquelles sont confrontés les magistrats n'expliquent pas toujours des pratiques parfois surprenantes. Si l'étude des procédures de légitimation *post nuptias* appelle des observations critiques (I), tel n'est pas le cas de l'établissement ou de la rectification des actes de l'état civil d'un étranger par l'autorité judiciaire (II). Le choix du prénom des enfants, enregistré par l'officier de l'état civil ou révélé lors d'une demande de changement de prénom, donne également des renseignements intéressants sur le degré d'intégration des familles maghrébines (III).

I. LA PROCÉDURE DE LÉGITIMATION *POST NUPTIAS*

36. Alors que les mécanismes de légitimation et de reconnaissance ne semblent pas *a priori* être des facteurs de difficultés (A), la pratique démontre que la procédure de légitimation *post nuptias* n'est pas toujours utilisée à bon escient (B).

A. Le cadre juridique de la constatation de la filiation

37. La loi du 3 janvier 1972 a rompu avec la jurisprudence antérieure. Celle-ci distinguait entre la filiation légitime qui était régie par la loi des effets du mariage et la filiation naturelle qui était gouvernée par la loi nationale de l'enfant. Les rédacteurs des articles 311-14 à 311-18 du Code civil n'ont pas repris cette distinction. L'article 311-14 détermine un rattachement principal et un rattachement subsidiaire. L'article 311-14 pose une règle générale : la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant régit la filiation de ce dernier. Le législateur a envisagé l'hypothèse dans laquelle la mère ne serait pas connue et a introduit un rattachement subsidiaire en désignant la loi nationale de l'enfant. La loi désignée va notamment permettre de déterminer l'objet et la charge de la preuve pour établir la filiation, les modalités de la présomption *pater is est*, les conditions de recevabilité des actions en contestation d'état.

38. L'ordre public peut constituer une limite à l'application de la loi normalement compétente. C'est le cas lorsque la loi étrangère ne prévoit pas la possibilité d'établir la filiation naturelle. Dans un arrêt du 10 février 1993, la Cour de cassation a considéré que la loi nationale étrangère prohibant l'établissement de la filiation naturelle n'est pas contraire à l'ordre public sauf lorsque cette loi a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation¹. Aucune de ces hypothèses n'a été rencontrée dans le cadre de l'étude des dossiers de la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon. Trois dossiers concernent des procédures relatives à l'établissement d'une filiation naturelle alors que les enfants figuraient sur leur acte de naissance en qualité d'enfants légitimes.

Ces trois cas visent des hypothèses où les parents de l'enfant ne sont plus liés par le mariage lors de la conception. Dans le premier dossier, Nareme et Rania, nés respectivement les 19 mai 1986 et 31 octobre 1988, apparaissent sur les actes de naissance dressés par l'officier de l'état civil de la mairie du 2^e arrondissement de Lyon comme fils et fille légitimes de Ouahid G., né le 8 août 1953 à Sig en Algérie, et de Sadia B., son épouse née à Sig le 15 juillet 1958. Or, les intéressés présentent une copie d'un jugement de divorce du 23 mai 1979 de la chambre de la famille du tribunal de grande instance de Lyon. Par jugement du 12 janvier 1996, la chambre du conseil de Lyon a accueilli la demande en régularisation des actes de naissance des enfants. Les actes de

¹ Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993, Bull. civ. I, n° 64, p. 42 ; Rev. crit. dr. int. pr. 1993, pp. 620-632, note J. FOYER ; Clunet 1994, p. 124, note I. BARRIÈRE-BROUSSE ; D. 1994, p. 66, obs. J. MASSIP et Somm. comm. p. 32, obs. E. KERCKHOVE ; Rép. Def. 1993, art. 35611, obs. J. MASSIP, pp. 994-998 ; J.C.P. 1993, I, 3688, obs. H. FULCHIRON, pp. 303-304.

l'état civil ont été modifiés par la suppression de la mention « son épouse » figurant après l'indication de l'identité de la mère. Le deuxième dossier traite une hypothèse identique : le mariage de ce couple mixte était dissous depuis vingt mois lors de la naissance des enfants. Le troisième dossier concerne deux époux nés en Algérie qui avaient donné naissance à une fille le 20 avril 1991 alors qu'ils étaient séparés de corps depuis le 11 octobre 1990.

39. À côté de ces règles générales sont énoncées des règles de conflit spéciales qui visent à faciliter l'établissement de la filiation à la suite d'une démarche volontaire d'un ou des parents. Celles-ci sont visées aux articles 311-16 et 311-17 du Code civil qui distinguent deux hypothèses : la légitimation et la reconnaissance. En toute hypothèse, les populations d'origine maghrébine sont traitées comme les nationaux. Les règles édictées par le Code civil établissent une égalité de traitement entre les étrangers et les nationaux : les mêmes obligations leur incombent et les mêmes possibilités leur sont offertes. Lorsque les Français disposent d'une option, les étrangers peuvent légitimement en réclamer le bénéfice. L'article 335 du Code civil dispose que la « reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique ». Ainsi, un notaire n'a pas à tenir compte de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance d'un enfant naturel, quand bien même la loi personnelle de cet individu ne connaîtrait pas ce type de filiation et/ou d'acte. Toutefois, la portée de cette reconnaissance est relative. Sur le territoire français elle produit tous les effets qui lui sont reconnus par la loi, en revanche dans le pays d'origine elle ne peut être efficace que si cet État connaît cette institution. Par exemple, un père algérien peut reconnaître son enfant né hors mariage auprès d'un notaire. La validité de la reconnaissance demeure limitée au territoire français car le droit algérien n'admet pas l'établissement de la filiation naturelle. Le statut de l'enfant de père maghrébin reste ambigu.

40. L'article 330 du Code civil envisage deux procédures de légitimation¹ : l'une par mariage des parents², l'autre par autorité de justice³. La notion de légitimation par mariage des parents concerne deux mécanismes distincts : le « mariage légitimant de plein droit » et le « mariage légitimant par décision judiciaire »⁴. Dans le premier cas, la filiation de l'enfant doit être établie à l'égard des deux parents et l'union des parents doit être postérieure à l'établissement de la filiation de l'enfant. La légitimation est automatique : aucune manifestation de volonté n'est exigée⁵.

La légitimation *post nuptias*⁶ repose également sur le mariage et l'établissement de la filiation, mais la chronologie des événements est différente : elle suppose le mariage des parents de l'enfant et postérieurement la constatation de la filiation. Les requérants doivent prouver que, dès la naissance de l'enfant, ils le traitaient comme leur enfant et qu'ils se comportaient comme ses père et mère. Cette hypothèse concerne le cas des parents naturels qui n'auraient pas reconnu leur enfant avant leur mariage, en raison notamment de leur ignorance que la légitimation est

¹ Sur l'ensemble de la question, cf. notamment J. HAUSER et D. HUET-WELLER, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *La famille, Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e édition, 1993, pp. 605-630, n^o 842 à 877.

² Articles 331 à 332-1 du Code civil.

³ Articles 333 à 333-6 du Code civil.

⁴ Ces expressions sont empruntées à F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, Coll. Droit privé, 6^e édition, 1996, pp. 738-740, n^o 872 à 874.

⁵ Article 331 du Code civil : « Tous les enfants nés hors mariage, fussent-ils décédés, sont légitimés de plein droit par le mariage subséquent de leur père et mère. Si leur filiation n'était pas déjà établie, les enfants font l'objet d'une reconnaissance au moment de la célébration du mariage. En ce cas, l'officier de l'état civil qui procède à la célébration constate la reconnaissance et la légitimation dans un acte séparé ».

⁶ Article 331-1 du Code civil : « Quand la filiation d'un enfant naturel n'a été établie à l'égard de ses père et mère ou de l'un d'eux que postérieurement à leur mariage, la légitimation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement. Ce jugement doit constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun ».

subordonnée à une reconnaissance formaliste¹. Afin d'éviter des tentatives de fraude, notamment des déclarations de complaisance, une vérification judiciaire est prévue. Dans le cadre de l'enquête, six requêtes à fin de légitimation *post nuptias* ont été répertoriées.

41. Dans l'un des dossiers, la suspicion d'une reconnaissance mensongère a été soulevée puis écartée. Le comportement du parent auteur de la reconnaissance était dénué d'intention blâmable. L'intéressé souhaitait que les enfants du couple, y compris les deux filles nées d'une relation antérieure de son épouse, puissent être incorporées au sein d'une fratrie unie. Le bénéfice d'un nom commun, conséquence de la légitimation *post nuptias*, était l'un des effets recherchés en tant que symbole de cette unité familiale². Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance était mensongère.

42. La légitimation par mariage subséquent³ n'est possible que si elle est prévue par la loi régissant les effets du mariage, par la loi personnelle de l'un des époux ou par la loi personnelle de l'enfant⁴. En cas de contrariété entre les lois nationales des époux, l'une envisageant cette faculté, l'autre la prohibant, la légitimation est possible. Certains auteurs prônent l'extension de la solution donnée par l'article 311-16 alinéa 1^{er} du Code civil à la légitimation *post nuptias*⁵ alors que la jurisprudence et une partie de la doctrine sont plus nuancées⁶. Aucun dossier relatif à la détermination de la loi applicable à la légitimation n'a été répertorié lors de l'étude des dossiers du tribunal de grande instance de Lyon. De plus, aucun jugement de légitimation ne précise le critère de rattachement retenu. Il semble que les magistrats ont appliqué le droit français en tant que loi du for⁷. La mise en oeuvre des procédures de légitimation relatives aux populations d'origine étrangère semble révéler parfois une méconnaissance du droit français, notamment des règles se rapportant à la permanence de l'état des personnes.

B. Des pratiques de légitimation *post nuptias* divergentes

43. Si les trois premiers dossiers ne présentent pas de difficultés particulières même si l'un d'entre eux requiert plus d'attention (1), il en va différemment pour trois autres cas retenus (2). L'étude de ces dossiers permet de mettre en évidence la méconnaissance de la règle de conflit en matière de filiation et l'ignorance du principe de la permanence de l'état des personnes.

1. Une procédure de légitimation *post nuptias* classique

44. Dans une première affaire, les deux époux sont nés en Algérie, le mari le 1^{er} janvier 1938 et son épouse le 14 novembre 1953. Ils ont tous les deux la nationalité algérienne. Le 20 novembre 1980, le tribunal de grande instance de Lyon a rendu une ordonnance de résidence séparée. Le divorce sur demande conjointe a été prononcé le 3 avril 1981. Au cours de la procédure de divorce, les époux se sont rapprochés. De ces nouvelles relations est né Morad le 30 septembre 1981. L'enfant a été inscrit sur les registres de l'état civil de la mairie du 4^e arrondissement de Lyon, comme né de sexe masculin et issu de monsieur M.B. et de madame H.A. Le 6 août 1989, les requérants ont contracté un nouveau mariage par-devant l'officier de

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, P.U.F., Coll. Thémis, 18^e édition, 1997, p. 466, n° 345.

² Cf. *infra*, n° 45.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, op. cit., p. 466, n° 344. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *La famille, Fondation et vie de la famille*, op. cit., pp. 606-607, n° 843 à 845.

⁴ Article 311-16 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁵ Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, Coll. droit privé, 5^e édition, 1996, p. 384, n° 384-1 ; P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 6^e édition, 1998, p. 391, n° 610.

⁶ Voir notamment les références doctrinales et jurisprudentielles citées par Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, op. cit., p. 384, n° 344-1, note 4.

⁷ Sur le comportement pragmatique des magistrats cf. *infra*, n° 565-570.

l'état civil de la mairie de Boumakra en Algérie. Les deux époux ont reconnu leur enfant le 15 janvier 1996 à la mairie du 9^e arrondissement de Lyon. Conformément aux dispositions des articles 329 et 331-1 du Code civil, les époux ont entendu légitimer leur enfant, la reconnaissance étant postérieure à leur second mariage. Le 28 mars 1997, la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon a jugé que le mariage des requérants et les reconnaissances par chacun d'eux de l'enfant ont emporté légitimation de l'enfant, après avoir constaté la possession d'état d'enfant commun des époux.

Un deuxième dossier concerne un couple dont le mari et la femme sont nés respectivement en France le 10 septembre 1949 et en Algérie le 10 juillet 1962. Ils se sont mariés le 6 décembre 1986 devant l'officier de l'état civil de la mairie de Meyzieu. Antérieurement à cette célébration était née Melinda le 16 mai 1984 à Lyon. L'enfant a été reconnue par son père le 22 février 1984. Sa mère l'a reconnue le 23 janvier 1987. Conformément aux dispositions des articles 329 et 331-1 du Code civil, les époux ont souhaité légitimer leur enfant, la reconnaissance faite par la mère étant postérieure au mariage. Le 24 octobre 1997, la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon a jugé que le mariage des requérants et les reconnaissances par chacun d'eux de l'enfant ont emporté légitimation de l'enfant, après avoir constaté la possession d'état d'enfant commun des époux.

45. Dans une autre affaire, les magistrats lyonnais ont été confrontés à une situation d'instrumentalisation du droit¹. Les déclarations frauduleuses des étrangers à l'officier de l'état civil français peuvent avoir pour but de leur faire acquérir des droits que leur situation réelle ne leur permet pas d'obtenir. Il faut distinguer les différents actes de l'état civil pour mesurer les difficultés susceptibles d'être rencontrées.

Les actes de décès ne peuvent permettre l'acquisition d'aucun droit en matière de nationalité ou de séjour sur le territoire français ; leur seul intérêt résiderait en matière successorale. Dans le cadre de l'étude des dossiers du tribunal de grande instance de Lyon, aucun litige relatif à des déclarations frauduleuses n'a été répertorié.

En ce qui concerne les actes de naissance le problème est beaucoup plus important. Les déclarations tardives de naissance permettent de créer des filiations fictives dont les effets sur la nationalité ne sont pas neutres. S'agissant des reconnaissances mensongères d'un enfant naturel, elles consistent le plus souvent pour un homme à se déclarer le père d'un enfant qui n'est pas biologiquement le sien. Une telle reconnaissance peut avoir pour finalité de faciliter la régularisation du séjour de l'étranger. D'autres raisons peuvent motiver une reconnaissance de complaisance. L'un des dossiers révèle que l'intérêt de la famille peut justifier ce comportement.

Les acteurs de cette reconnaissance mensongère sont deux étrangers dont le mari, de nationalité marocaine, est né le 3 juin 1961 au Maroc alors que son épouse, de nationalité algérienne, est née le 17 novembre 1957 en Algérie. Ils se sont mariés à la mairie du 8^e arrondissement de Lyon le 18 mars 1989. Antérieurement à leur mariage, ils avaient eu un premier enfant né le 2 septembre 1980. Sa mère et son père reconnaissent la jeune Soraya respectivement le 16 septembre 1980 et le 31 août 1995. Conformément aux dispositions des articles 329 et 331-1 du Code civil, les époux souhaitaient légitimer leur enfant, la reconnaissance faite par le père étant postérieure au mariage, afin de rétablir la jeune fille dans sa véritable filiation et de préserver les liens affectifs entre l'intéressée, ses parents et ses trois petites sœurs. Par jugement du 14 juin 1996, la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon rejette la demande en légitimation présentée par les époux B. aux motifs que Soraya et Anissa, nées respectivement le 2 septembre 1980 et le 17 avril 1988, n'étaient pas les enfants biologiques de monsieur B. Des procès-verbaux, il ressort

¹ Cf. *infra*, n° 534 et s.

que Soraya avait fait l'objet d'une reconnaissance mensongère de la part de monsieur B., et qu'en conséquence la légitimation *post nuptias* devait être écartée. Les requérants interjetèrent appel de ce jugement. Mais par un courrier du 5 septembre 1996 leur avocat informa le greffier du désistement de ses clients, ces derniers ayant pris conscience que seule une procédure d'adoption pouvait être engagée pour Soraya. Quant à Anissa, une difficulté demeurait car elle avait été reconnue par son père biologique. Lors de son audition par les services de police, monsieur B. avait affirmé qu'il ne s'agissait pas d'une reconnaissance de complaisance, son épouse précisant alors leur volonté d'affirmer les liens affectifs et notamment de préserver l'union familiale en attribuant aux quatre jeunes filles un nom patronymique commun.

2. Une procédure de légitimation *post nuptias* dénaturée

46. La légitimation suppose que l'enfant est issu des relations hors mariage de ses parents. Le mariage postérieur de ses auteurs peut permettre sa légitimation dans les conditions précédemment exposées¹. Le mécanisme de la légitimation n'a pas vocation à s'appliquer aux enfants nés de parents légitimes, c'est-à-dire les père et mère unis par les liens du mariage au moment de la naissance ou de la conception. La méconnaissance de ce principe, qui découle de la combinaison des articles 312 et 314 du Code civil, est constatée dans trois dossiers.

47. Dans une première affaire, les deux époux sont nés en Algérie, le mari le 27 novembre 1960 et son épouse le 11 novembre 1967. Cette dernière, d'origine étrangère, est française alors que son mari a exclusivement la nationalité algérienne. Ils ont célébré un mariage musulman le 30 avril 1990 en Algérie. Ce mariage a été déclaré authentique par jugement de la chambre civile du tribunal de Bir Mradraïs de la Cour de Justice d'Alger et inscrit à la mairie de Labiar. De cette union est notamment née Sonya le 30 octobre 1990 en Algérie. L'enfant a été reconnue par sa mère le 30 novembre 1991 au consulat général de France à Alger et a pris le nom de cette dernière. Son père l'a reconnue le 5 mai 1995 à la mairie de Feyzin (Rhône). Conformément aux dispositions de l'article 331-1 du Code civil, les époux ont souhaité légitimer leur enfant, la reconnaissance faite par le père étant postérieure au mariage. Le 27 juin 1997, la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon a jugé que le mariage des requérants et les reconnaissances par chacun d'eux de l'enfant ont emporté légitimation de l'enfant, après avoir constaté la possession d'état d'enfant commun des époux.

La difficulté de ce dossier résulte notamment du fait que l'un des époux est français. Or, le mariage d'un Français sur un territoire étranger doit être retranscrit au service central de l'état civil à Nantes. L'ignorance de la date du mariage par les autorités françaises et les reconnaissances successives de la mère et du père semblent avoir provoqué des confusions qui ont conduit à la procédure de légitimation. Le principe de la permanence de l'état des personnes a été méconnu. Seule la transcription du mariage célébré à l'étranger s'imposait et aurait permis de résoudre cette situation incohérente. Le mariage contracté dans un pays étranger entre un Français et un étranger est valable si l'union est célébrée, en présence de l'époux français², dans les formes usitées dans le pays après qu'il a été procédé à la publication du mariage conformément aux articles 63³ et 166⁴ du Code civil⁵. En l'espèce, les pièces produites au dossier ne permettaient pas de douter de la validité du mariage célébré en Algérie entre une Française et un Algérien. Le mariage ayant été valablement célébré, l'acte de mariage aurait dû

¹ Cf. *supra*, n° 40.

² Article 146-1 du Code civil : « Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger requiert sa présence ».

³ Article 63 alinéa 1^{er} du Code civil : « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré ».

⁴ Article 166 du Code civil : « La publication ordonnée à l'article 63 sera faite à la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile, sa résidence ».

⁵ Article 170 du Code civil.

faire foi¹. La présomption *pater is est* aurait dû être appliquée. Tant que l'autorité qui a établi l'acte a été investie du pouvoir de le faire par la loi locale, le juge français ne peut pas contester sa légitimité, sauf en cas de fraude. L'autorité étrangère compétente ne correspond pas toujours au modèle français². Dans l'affaire ci-dessus rapportée, une copie d'un jugement authentifiant le mariage musulman a été présentée par les requérants. *A priori*, l'officier de l'état civil n'a pas cru devoir se contenter de ce document pour retranscrire le mariage des intéressés. Par ailleurs, la jurisprudence admet, en application de l'article 170 du Code civil, que les Français peuvent valablement se marier à l'étranger suivant le mode religieux dès lors qu'il constitue une forme usitée dans le pays³. La qualité d'officier de l'état civil doit être appréciée non pas au regard de la loi française, mais au regard de la loi locale. Cet aspect est une grande source de difficultés pour les magistrats puisqu'ils ne connaissent que très rarement le contenu de la loi étrangère, tout particulièrement dans le domaine de l'état civil. C'est pourquoi les solutions peuvent diverger et conduire à des situations juridiquement critiquables.

48. Deux autres dossiers appellent des commentaires relatifs à la permanence de l'état des personnes. Le premier intéresse deux époux nés en Algérie, le mari le 2 octobre 1969 et son épouse le 25 juin 1970. Ils ont tous les deux la nationalité algérienne. L'époux réside en Algérie alors que sa femme vit en France. Ils se sont mariés devant le *Cadi* de Cheraga en Algérie le 1^{er} avril 1994. Ce mariage a été transcrit le 21 novembre 1995 à la suite du jugement du 20 novembre 1995 du tribunal de Cheraga. De cette union est née Khahina le 18 juillet 1995. L'enfant a été reconnue par sa mère le 25 juillet 1995, puis par son père le 5 septembre 1997. L'enfant étant né avant la transcription du mariage, il n'a pas été inscrit sur les actes de l'état civil comme étant leur enfant légitime. Conformément aux dispositions de l'article 331-1 du Code civil, les époux souhaitent légitimer leur enfant et subséquemment obtenir la modification de son patronyme pour porter le nom de son père légitime. Le 14 novembre 1997, la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon a jugé que le mariage des requérants et les reconnaissances par chacun d'eux de l'enfant ont emporté légitimation de l'enfant, après avoir constaté la possession d'état d'enfant commun des époux.

Dans un autre dossier, des faits semblables concernent un couple mixte dont le mari est né en Algérie le 25 janvier 1959 et son épouse, française d'origine étrangère, est née en France le 29 mars 1962. Ils se sont mariés le 16 octobre 1985 en Algérie. De cette union sont nés quatre enfants : les deux premiers sont nés en Algérie en 1987 et 1988, puis un garçon et une fille sont nés à Lyon en 1993 et 1994. Ces deux enfants ont été reconnus par leur mère peu après leur naissance. Dès leur arrivée sur le territoire français, les époux ont entamé des démarches afin d'obtenir la transcription de leur mariage en France. Cette transcription est intervenue en novembre 1995. Sur le livret de famille délivré par les autorités françaises, seuls les deux premiers enfants sont mentionnés. Les époux prétendent que les services compétents leur auraient précisé que leurs deux enfants nés en France n'avaient pas la qualité d'enfant légitime dans la mesure où ils sont nés antérieurement à la transcription de leur mariage en France. Le père n'avait jamais reconnu ses enfants, considérant qu'ils bénéficiaient de la présomption de paternité prévue par l'article 312 du Code civil aux termes duquel « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». En effet, la mère étant française, conformément aux dispositions de l'article 311-4 du Code civil, la filiation des deux enfants devait être déterminée selon la loi française. Le père ne les a reconnus qu'en février 1997, dans le cadre de la procédure en légitimation. Conformément aux dispositions de l'article 331-1 du Code civil, les époux

¹ Article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ».

² Ainsi, une expédition authentifiée par la signature du patriarche œcuménique d'un acte religieux de mariage fait foi dès lors que la forme locale l'autorise. Cass. civ. 1^{re}, 12 février 1963, *D.* 1963, p. 325 note HOLLEAUX.

³ Cass. Req., 16 juin 1829, note COTTY DE BÉCOURT. Cité par R. de QUENAUDON, J.-Cl. Droit international privé, fasc. 544.

entendent légitimer leur enfant, la reconnaissance du père étant postérieure à la transcription de leur mariage. Le 13 juin 1997, la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon a jugé que le mariage des requérants et les reconnaissances par chacun d'eux de l'enfant ont emporté légitimation de l'enfant, après avoir constaté la possession d'état d'enfant commun des époux.

49. Ces trois décisions de la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon sont surprenantes car la preuve du mariage antérieur à la conception des enfants est rapportée. Les parents sont unis par les liens du mariage à la naissance de leurs enfants. Ces derniers devraient être considérés comme des enfants légitimes car ils sont nés de parents valablement mariés. C'est pourquoi le recours à la procédure de légitimation peut paraître inopportun et crée des situations juridiques incohérentes.

Toutefois, dans l'un des dossiers, la mère a la nationalité algérienne. La filiation aurait dû être déterminée selon les dispositions légales algériennes sous réserve de leur compatibilité à l'ordre public français. En droit algérien, la filiation de l'enfant né dans le mariage est établie de plein droit à l'égard des deux parents. La présomption de paternité *al-walad lil-firash*, c'est-à-dire l'enfant appartient au lit¹, produit les mêmes effets que la présomption *pater is est*. Dans les trois dossiers, la présomption de paternité prévue par l'article 312 du Code civil et retenue en droit algérien est restée ignorée par les magistrats et les avocats des requérants. La reconnaissance des parents ou de l'un d'eux lors de la procédure de légitimation semble être inutile : les enfants sont nés de parents mariés, par conséquent les magistrats auraient dû leur reconnaître la qualité d'enfants légitimes. Une simple procédure en rectification des actes de naissance aurait permis de corriger l'erreur.

50. Le principe de la permanence de l'état des personnes ne doit pas pouvoir être remis en cause par le simple franchissement des frontières. Il paraît peu concevable qu'un étranger résidant en France ne conserve pas le même statut que dans son pays d'origine, sous réserve du respect de l'ordre public. Tel n'est pas le cas dans les situations ci-dessus exposées. Il semble difficilement justifiable qu'une personne soit considérée comme mariée dans un pays et retrouve un statut de célibataire de l'autre côté de la Méditerranée. Les actes de l'état civil, quel que soit le pays dans lequel ils ont été établis, doivent permettre à tout individu d'établir son état. Le défaut de transcription du mariage au service central de l'état civil à Nantes ne peut pas priver les époux de leur qualité. Les enfants nés de parents valablement mariés doivent être considérés comme des enfants légitimes.

Les actes étrangers de l'état civil devraient permettre l'établissement d'une situation certaine et conforme au statut personnel de l'intéressé, ouvrant accès à d'autres droits tels le droit au mariage, le droit de divorcer ou encore d'établir une filiation conforme à la réalité. C'est en effet un droit pour les étrangers de voir leur état civil mis à jour par les officiers du pays dans lequel ils résident. Il ne s'agit pas ici de la rectification d'un acte étranger. La présente hypothèse ne recouvre que les cas dans lesquels un événement survenu en France intéresse l'état civil. Le livret de famille devrait devenir une sorte de « casier familial portatif »².

¹ Cf. l'article 40 du Code de la famille algérien. F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995, pp. 85-86.

² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les personnes*, P.U.F, Coll. Thémis, 20^e édition, 1996, p. 117, n° 73.

II. LES ACTES ÉTRANGERS DE L'ÉTAT CIVIL

51. Les actes de l'état civil établis à l'étranger peuvent être appelés à subir des modifications au cours de la vie de leurs titulaires. Une fois installés sur le territoire français, les étrangers souhaitant faire établir ou modifier leur acte peuvent se heurter à des difficultés pratiques tenant à l'autorité compétente pour dresser un nouvel acte (A). À l'appui de leur demande, les intéressés doivent présenter différents documents établis par les autorités consulaires : ces pièces constituent alors pour les magistrats français un faisceau d'indices (B).

A. La modification des actes de l'état civil

52. L'établissement des actes de l'état civil peut être confronté aux aléas du temps. Ils peuvent subir des rectifications (1) ou des reconstitutions (2).

1. La rectification de l'état civil

53. Les actes de l'état civil sont dressés par le service public de l'état civil. Ils dépendent de la seule législation de l'État dans lequel ce service fonctionne. Deux hypothèses doivent être distinguées. Lorsque la rectification ou l'annulation d'un acte de l'état civil a lieu à l'initiative de l'autorité étrangère qui a dressé l'acte, il appartient naturellement à la loi locale de déterminer les conditions et les modalités de la procédure. Lorsque la rectification ou l'annulation est souhaitée par une juridiction française ou demandée par un étranger à un tribunal français, la situation est plus complexe. Les règles de droit international privé désignent la juridiction locale comme seule compétente pour procéder à la modification d'un acte de l'état civil établi par un officier de ce pays¹. Cette solution s'impose au regard du principe de souveraineté des États sur leur territoire et vis-à-vis de leurs nationaux résidant à l'étranger. Il semble difficile qu'un État ne soit pas accusé de violation de ce principe s'il permet à ses juridictions internes d'adresser des injonctions à des services publics étrangers. En effet, la conséquence première d'une décision d'annulation ou de rectification d'un acte de l'état civil est l'ordre donné au détenteur du registre de mettre celui-ci en conformité avec le jugement. Les juridictions françaises ne peuvent donner semblable injonction aux officiers étrangers sans violer la souveraineté de l'État étranger. C'est pourquoi la plupart des tribunaux français se déclarent incompétents pour prononcer un changement d'état civil dressé par les services compétents d'un Etat étranger. Une procédure engagée devant la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon illustre cette règle.

La requête fut introduite par monsieur Habib B., né le 14 juin 1957 à Mazagran (Algérie). Après trois ans de mariage, Yamina B., son épouse, engagea une procédure de divorce. Par une ordonnance de non-conciliation du 13 avril 1992, le juge autorisa notamment les époux à résider séparément. Le divorce fut prononcé le 31 mars 1994. Quelques temps après, monsieur B. apprit fortuitement que son ex-femme avait eu un enfant qu'elle avait déclaré comme étant légitime. La mère s'était rendue en Algérie pour accoucher et elle avait déclaré l'enfant aux autorités compétentes de ce pays. L'acte de naissance de l'enfant mentionne : « le 22 juillet 1993 est née à Mostaganem Dalila B., de sexe féminin fille de Habib B. et de Yamina B., son épouse ». Or, la petite fille était née plus de quinze mois après l'ordonnance de non-conciliation, c'est-à-dire plus de trois cents jours après la décision fixant les résidences séparées des époux.

Dans cette affaire, on ne peut que supposer que la mère était de nationalité française car cet élément n'est pas précisé dans les pièces du dossier ni dans le jugement. On peut envisager que la mère a acquis la nationalité française depuis son entrée sur le territoire français. Cette

¹ Cass. Req., 20 février 1901, *Gaz. Pal.* 1901, 1, p. 380 ; S. 1902, 1, note AUDINET p. 281; *Clunet* 1901, p. 571. Paris, 18 mai 1994 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1995, note G. DROZ, pp. 563-567.

interprétation n'est que le reflet de la décision des juges. Dans le cas contraire la solution adoptée par les magistrats serait surprenante. Du moins, elle indiquerait que les magistrats ont écarté les dispositions nationales de la mère au profit de la loi française.

L'article 313 du Code civil dispose « qu'en cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. La présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l'enfant, à l'égard des époux, a la possession d'état d'enfant légitime ». C'est pourquoi le requérant pensait être bien fondé à demander la rectification de l'acte de naissance et que soit supprimée la mention « fille de Habib B. ». Le tribunal se déclara incompétent au motif que les tribunaux français n'ont pas compétence pour ordonner la rectification d'un acte de l'état civil étranger.

54. En effet, seule l'autorité de l'État ayant délivré l'acte est compétente pour procéder à un éventuel changement. Les actions mettant en cause le fonctionnement d'un service public sont de la compétence exclusive de l'État qui a organisé ce service. La jurisprudence, telle qu'elle ressort de l'hypothèse ci-dessus commentée, présente des lacunes. En cas d'action alimentaire, l'intéressé contestera sans doute sa paternité ; le juge saisi devra s'interroger sur la réalité de la filiation et risque alors de se poser à nouveau la question l'authenticité de l'acte dressé à l'étranger. Pour pallier cette carence, des tempéraments au principe de l'incompétence des juridictions internes ont été introduits. Il faut notamment distinguer les cas où la juridiction française est saisie d'une demande de modification d'un acte étranger à titre principal de ceux où la rectification n'est que la conséquence d'un changement d'état de l'intéressé, ou encore quand la question se pose à titre incident. Dans ce dernier cas, les juridictions françaises sont également frappées par une incompétence de principe. Cependant, la Cour de cassation admet des modifications dès lors que l'issue du litige en dépend, sous réserve de stipulations conventionnelles contraires entre la France et l'État ayant établi l'acte contesté¹. Cette doctrine permet de remédier aux lacunes consécutives à l'application du principe de l'incompétence des tribunaux internes. C'est pourquoi il est nécessaire de distinguer les modifications intervenant à titre principal de celles survenant à titre subsidiaire. Dans cette dernière hypothèse, le jugement peut ne pas être exécutoire dans le pays d'origine.

Lorsque le tribunal français saisi se déclare incompétent, il peut, ou bien surseoir à statuer et renvoyer la question devant la juridiction étrangère compétente, ou bien simplement renvoyer les personnes introduisant une requête en rectification ou en annulation d'un acte étranger devant une juridiction de l'État qui l'a dressé. Dans l'espèce précédemment rapportée, les magistrats lyonnais ont renvoyé le requérant « à mieux se pourvoir ».

2. La constitution et la reconstitution de l'état civil d'un étranger

55. La constitution et la reconstitution de l'état civil d'un étranger peuvent résulter de plusieurs situations subséquentes à l'impossibilité de produire un acte étranger de l'état civil. Toutefois, ces deux situations doivent être distinguées. Dans la première hypothèse, l'acte n'a jamais été dressé dans le pays d'origine de l'individu. On ne peut pas parler de reconstitution de l'acte car celui-ci n'a jamais existé. La constitution de l'acte suppose que soit rapportée la preuve des faits constitutifs de l'état de la personne, que ces faits aient eu lieu à l'étranger ou en France. La compétence des autorités étrangères n'est pas exclusive : la reconnaissance de la compétence des juridictions françaises se justifie car elle ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État étranger. C'est pourquoi les juridictions françaises se déclarent compétentes pour reconstituer l'état civil des étrangers qui en seraient dépourvus. Ainsi, certains étrangers résidant en France, pour

¹ Cf. notamment Cass. Soc., 9 juin 1994, Bull. V, n° 195, p. 133.

lesquels aucun acte de l'état civil n'a été dressé dans leur pays d'origine, peuvent obtenir un jugement supplétif de l'état civil dont le dispositif peut être retranscrit sur le registre central de l'état civil à Nantes. Dans la seconde hypothèse, l'acte a été perdu ou détruit. Il s'agit de reconstituer un acte qui a existé. Les principes présentés en matière de modification de l'état civil¹ demeurent applicables lorsqu'il est question de reconstitution de l'état civil. En principe, l'autorité locale a une compétence exclusive pour pallier l'absence de l'état civil de l'un de ses nationaux.

56. Dans le cadre de l'étude des dossiers des années 1996 et 1997 de la chambre du conseil du tribunal de grande instance de Lyon, trois procédures ont été répertoriées. L'une concerne un jugement déclaratif de naissance, les deux autres sont des jugements supplétifs de naissance. Ces procédures restent donc exceptionnelles, mais elles concernent des hypothèses traditionnelles.

Le jugement déclaratif de naissance a été rendu à propos d'une jeune fille née le 26 juin 1997 à Sainte-Colombe (Rhône). L'intéressée était dépourvue d'acte de naissance, ses parents n'ayant pas effectué la déclaration de naissance dans les délais fixés par l'article 55 alinéa 1^{er} du Code civil. Après examen du certificat de naissance délivré par la clinique de Sainte-Colombe et l'extrait des registres de mariage de la commune de Mezaourou en Algérie, les magistrats ont jugé que la jeune fille était née de Zouaoui N. né le 15 juin 1965 à Mezaourou et de Amaria B., son épouse née le 3 janvier 1969 à Moula Slissen en Algérie. On peut s'interroger sur le comportement des parents : est-ce une simple négligence ou est-ce une ignorance du droit français ? Aucune réponse certaine ne s'impose, même si le procureur de la République a invité le tribunal à condamner les époux aux dépens « en raison de leur négligence ». Le tribunal suivit les réquisitions du ministère public puisque les dépens furent laissés à la charge des époux.

Sur le fondement de l'article 46 du Code civil, deux requêtes en jugement supplétif de naissance ont été introduites. L'une a été présentée par monsieur Chaloum D., né le 4 décembre 1930 à Oujda au Maroc. L'autre concerne un jeune homme né à Casablanca en 1975. Tous deux étaient dans l'impossibilité de se procurer un acte de naissance. Après examen des différentes pièces tendant à déterminer le lieu et la date de naissance des intéressés, le tribunal a accueilli leur demande. Dans les deux cas, les requérants prétendaient que leur acte de naissance n'avait pu être retrouvé. Dans aucun des deux dossiers il n'a été précisé la cause de l'impossibilité de présenter un acte de naissance. On peut supposer que l'acte n'a jamais été établi ou qu'il a été détruit. La frontière entre la constitution et la reconstitution des actes de l'état civil apparaît ténue. La compétence du tribunal de grande instance de Lyon pourrait se justifier, quelle que soit la situation, par les exigences de l'ordre public : toute personne doit être pourvue d'un état civil.

B. Les modalités de l'efficacité

57. Elles tiennent à la force probante reconnue aux actes de l'état civil (1), aux procédures de vérification des actes étrangers (2) et aux modalités de preuve des faits intéressant l'état civil (3).

1. La force probante des actes de l'état civil

58. Il convient de déterminer successivement la force probante des actes étrangers de l'état civil et des actes français de l'état civil relatifs à des étrangers.

¹ Cf. supra, n° 53 et 54.

a. La force probante des actes étrangers de l'état civil

59. Le droit français fixe les conditions dans lesquelles les actes dressés à l'étranger peuvent être reconnus en France. En principe, les naissances et les décès qui se produisent en France ou les mariages célébrés sur le territoire français doivent être constatés par un officier de l'état civil français. Quant au mariage d'étrangers en France, deux hypothèses doivent être distinguées. Si les futurs époux ont la même nationalité, le mariage peut être célébré devant les autorités consulaires qui dresseront un acte de l'état civil, sans qu'il soit procédé à une transcription sur les registres français. Cette hypothèse reste limitée même si le nombre de célébrations de mariages consulaires varie en fonction de la nationalité des étrangers : les autorités consulaires marocaines célèbrent assez fréquemment des mariages entre leurs ressortissants alors que les mariages consulaires algériens et tunisiens sont rares¹. Si les futurs époux n'ont pas la même nationalité le mariage doit être contracté par-devant l'officier de l'état civil français. À cette occasion, notamment, les autorités consulaires marocaines délivrent un certificat de coutume. Ce document permet de faciliter les démarches administratives des populations étrangères auprès des institutions françaises et il constitue un moyen de prouver que leur statut personnel est conforme aux exigences de la loi française.

b. La force probante des actes français de l'état civil relatifs à des étrangers

60. Se pose également le problème de la valeur des actes français relatifs aux étrangers qui résident en France. En principe, les actes français de l'état civil relatifs aux étrangers possèdent la même valeur que ceux dressés pour les Français. En vertu des articles 1317 et 1319 du Code civil, ce sont des actes authentiques qui font foi jusqu'à inscription de faux. Ce principe posé par l'article 13 du décret du 3 août 1962² nécessite cependant quelques précisions. Des distinctions doivent être opérées entre les différentes énonciations que comportent les actes de l'état civil. Il convient tout d'abord de mettre à part la force probante des déclarations relatives à la filiation. Ces dernières sont soumises à des règles particulières prévues par les articles 311 et suivants du Code civil. En ce qui concerne les autres mentions contenues dans les actes de l'état civil, la doctrine et la jurisprudence se sont accordées pour différencier les énonciations où l'officier public rapporte des faits qu'il a pu constater personnellement dans l'exercice de ses fonctions, de celles où l'officier ne fait que consigner les dires des déclarants. Les premières font foi jusqu'à inscription de faux alors que les secondes ne font foi que jusqu'à la preuve du contraire. Les actes relatifs aux étrangers bénéficient de la même force probante et des mêmes présomptions car ce sont des actes français.

2. Les procédures de vérification des actes étrangers de l'état civil

61. Les dispositions nos 561 et 562 de l'Instruction générale de l'état civil rappellent que la jurisprudence prononce la nullité absolue des mariages célébrés à l'ambassade ou au consulat d'un pays étranger lorsque l'un des futurs époux est français. Les actes de l'état civil dressés à l'étranger peuvent être transcrits en France au service central de l'état civil à Nantes lorsque les intéressés ont acquis la nationalité française. Les mariages célébrés entre étrangers à l'étranger sont valables si la forme locale du mariage est respectée. Il en est de même lorsque l'un des futurs époux est français. L'acte de l'état civil présenté par les intéressés fait la preuve de ce mariage sous réserve des dispositions de l'article 34 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945

¹ Cf. *infra*, n° 119.

² Décret n° 62-921 du 3 août 1962, modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil. Sous l'article 54 du Code civil.

relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France¹. Il est possible de demander le contrôle de cet acte par les autorités consulaires du pays dans lequel a eu lieu la célébration du mariage.

L'article 47 du Code civil reconnaît de plein droit la force probante des actes de l'état civil dressés à l'étranger. Les actes étrangers de l'état civil ont une force probante attachée aux seules constatations matérielles connues dans l'acte. Toutefois, l'acte en lui-même ne suffit pas toujours pour produire des effets. Il faut parfois l'accompagner de certains procédés la légalisation et/ou la traduction. Toutefois, malgré ces procédures de vérification, il arrive que l'administration subordonne la reconnaissance des actes étrangers de l'état civil à des exigences supplémentaires qui peuvent paraître inutiles.

a. La légalisation et la traduction

62. La légalisation est un procédé destiné à vérifier l'authenticité des signatures apposées sur l'acte étranger présenté en demandant qu'elles soient certifiées soit par l'autorité consulaire étrangère installée sur le territoire français, soit par les services consulaires français du pays d'origine. Cette procédure, bien qu'obligatoire, n'apparaît dans aucun dossier alors que dans les trois procédures relatives à des jugements déclaratif ou supplétif de naissance, des actes étrangers ont été produits à l'appui des requêtes. Il en est de même lors de l'étude des requêtes tendant à la rectification d'un acte de l'état civil ou d'une procédure en légitimation *post nuptias*. Il est vrai que de nombreuses conventions multilatérales² ou bilatérales dispensent les États parties de respecter la procédure de légalisation. Ainsi, peut être mentionné le Protocole judiciaire du 28 août 1962 entre l'Algérie et la France. La procédure de légalisation est inutile dès lors que l'acte présenté comporte le sceau et la signature de l'autorité ayant qualité pour délivrer l'acte dans le pays d'origine³. La Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972, relative à la délivrance des actes de l'état civil et à la dispense de légalisation de signature sur les actes publics, prévoit une dérogation analogue⁴. Une convention bilatérale a également été conclue entre la France et le Maroc le 1^{er} juin 1978⁵.

63. La traduction des actes étrangers de l'état civil présentés à une autorité ou une juridiction françaises est obligatoire. Les autorités françaises doivent exiger une traduction, même si la langue de rédaction de l'acte leur est connue. Il est fait appel à un traducteur assermenté. L'étude des dossiers démontre que les requérants produisent fréquemment des traductions des actes étrangers de l'état civil. Ainsi, les extraits des registres de mariages délivrés par les mairies ou les notaires étrangers, les actes de mariage ou les jugements de validation des tribunaux étrangers sont présentés avec une traduction certifiée conforme.

La traduction de l'acte doit également être légalisée. Si la traduction a été réalisée avant la légalisation de l'acte, celui-ci et sa traduction sont légalisés concomitamment et font foi en France des énonciations qui y sont contenues. Si l'acte étranger a été légalisé sans avoir fait l'objet d'une traduction, il doit être procédé à la légalisation de la traduction, sauf si la traduction

¹ L'article 34 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (réécriture de la loi du 24 août 1993) dispose que « par dérogation aux dispositions de l'article 47 du Code civil, les autorités chargées de l'application de la présente ordonnance peuvent demander aux agents diplomatiques ou consulaires français la légalisation ou la vérification de tout acte d'état civil étranger en cas de doute sur l'authenticité de ce document ». La loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile (J.O. du 12 mai 1998, p. 7087) n'a pas modifié cette disposition.

² Cf. notamment la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 qui remplace la procédure de légalisation par la formalité de l'apostille.

³ Article 36 du Protocole judiciaire. J.O. du 30 août 1962.

⁴ J.O. du 20 juillet 1973.

⁵ J.O. du 1^{er} octobre 1978, p. 781.

est revêtue de la signature et du sceau du traducteur. La combinaison de ces deux formalités occasionne des retards et peut paraître excessive.

b. Le caractère excessif des vérifications administratives

64. Les autorités préfectorales persistent à demander *l'exequatur* des jugements relatifs à l'état des personnes. Or, depuis les arrêts *Bulkley*¹ et *De Wrède*² les jugements en matière d'état et de capacité des personnes bénéficient d'une efficacité de plein droit sans *exequatur*. Le refus de l'Administration de reconnaître de plein droit les jugements relatifs à l'état des personnes n'est pas justifié et est contraire au droit positif français. Pourtant, les magistrats lyonnais ne cessent de rappeler que les jugements relatifs à l'état des personnes ne nécessitent pas *l'exequatur*.

Par ailleurs, l'un des avocats rencontrés a précisé que les services préfectoraux demandaient également l'*exequatur* des actes étrangers de l'état civil. À défaut, la Préfecture refuse de modifier les mentions sur les pièces des intéressés, notamment sur leur titre de séjour. Cette procédure paraît inutile et excessive. D'une part, les actes de l'état civil constituent principalement un mode de preuve. Ils ne peuvent pas fonder une mesure d'exécution. D'autre part, la procédure de *l'exequatur* concerne des jugements. De quelle manière pourrait-elle être transposée aux actes de l'état civil ? L'attitude des autorités préfectorales risque de conduire certains étrangers à saisir les juridictions administratives pour voie de fait.

3. La preuve des actes étrangers et des faits intéressant l'état civil

65. Cette question s'inscrit dans la détermination de la loi applicable chaque fois que la reconstitution de l'état civil d'un étranger est réalisée par une autorité française. L'article 46 du Code civil dispose que « lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins ». Ce texte, d'application nationale et limitée à certaines hypothèses, a connu une interprétation extensive des tribunaux français. Il est utilisé dans tous les cas où un acte ne peut être produit alors que sa vocation première se limitait à l'inexistence ou la disparition des registres de l'état civil. Il est également invoqué pour tous les types d'actes de l'état civil, y compris les reconnaissances d'enfant naturel alors que l'article 46 ne le précise pas. Par ailleurs, cette disposition connaît aujourd'hui une application internationale. Si l'événement intéressant l'état civil n'a pas été enregistré ou si le registre a été détruit, cette situation est qualifiée de simple fait matériel. Selon les principes du droit international privé, la preuve d'un fait doit être rapportée conformément à la *lex fori*. Ainsi, la loi applicable à la reconstitution de l'état civil d'un étranger devant une autorité française est la loi française bien que l'état civil appartienne au domaine du statut personnel. Or, la loi applicable en matière de statut personnel est, en principe, la loi nationale de l'intéressé. Quant aux modes de preuve admis, les juridictions françaises ont adopté une solution souple. La preuve d'un acte étranger et des faits intéressant l'état civil peut être rapportée par tous moyens. Ont été distingués les moyens de preuve relatifs à la naissance, au mariage et au relâchement ou à la rupture de l'union conjugale.

¹ Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley c. Defresne*, S. 1860, 1, p. 210 ; D.P. 1860, 1, p. 57 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 3^e édition, 1998, n° 4, p. 26.

² Cass. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède c. dame Maldaner*, S. 1901, 1, p. 185 ; Clunet 1900, p. 613 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 10, p. 70.

Tableau 2
Les moyens de preuve de la naissance

Moyens de preuve présentés	Nombre	%
Actes de naissance établis par l'officier de l'état civil français	35	81,5
Courriers des services de l'aide à l'enfance et à la famille	2	4,7
Courrier des divisions préfectorales étrangères	1	2,3
Transcription de l'acte de naissance au consulat général de France	1	2,3
Certificat de nationalité du tribunal d'instance de Lyon	1	2,3
Certificat de nationalité du juge de Paix du Maroc	1	2,3
Etat signalétique des services délivré par les autorités militaires françaises	1	2,3
Carte nationale d'identité	1	2,3

Tableau 3
Les moyens de preuve du mariage

Moyens de preuve présentés	Nombre	%
Transcriptions de l'acte de mariage au service central de l'état civil	3	11,5
Extraits des registres de mariage délivrés par les mairies françaises	7	26,9
Extraits des registres de mariage délivrés par les mairies étrangères	6	23,1
Extraits des registres de mariage établis par des notaires étrangers	2	7,7
Attestations de mariage établies par les services consulaires étrangers	2	7,7
Jugements étrangers de validation de mariage coutumier	5	19,3
Transcription de l'acte de mariage au consulat général de France	1	3,8

Tableau 4
Les moyens de preuve du relâchement ou de la rupture du mariage

Moyens de preuve présentés	Nombre	%
Jugements de divorce du T.G.I. de Lyon	5	71,4
Jugements de séparation de corps du T.G.I. de Lyon	2	28,6

L'étude des dossiers nous a permis de déterminer l'origine des pièces délivrées par les autorités étrangères. Ces documents proviennent généralement des services consulaires, des autorités judiciaires ou des officiers de l'état civil des communes des pays étudiés, c'est-à-dire l'Algérie, le Maroc et la Tunisie. Il est fréquent que ces pièces soient assorties de la mention « valable uniquement pour l'étranger ». On peut s'interroger sur l'opportunité de cette annotation. En effet, elle implique que l'acte ne serait pas valable sur le territoire de l'État dont l'une des autorités compétentes a établi ledit acte. Pourtant, les magistrats ne doutent pas de l'authenticité de ces actes, même s'ils reconnaissent qu'une telle mention laisse perplexe. La fiabilité des documents retranscrits est en principe assurée du fait de l'intervention des consulats. Toutefois, se pose un problème spécifique concernant les ressortissants algériens. En raison des troubles actuels, des documents ont été détruits. Les intéressés doivent alors produire des attestations délivrées par les autorités consulaires.

66. Les difficultés à présenter des justificatifs de l'état posent des problèmes particuliers lors des procédures d'adoption. Les attestations constituent l'un des éléments d'appréciation de l'âge des mineurs. Ces renseignements peuvent être corroborés par des analyses médicales auxquelles il est procédé dans le cadre d'une expertise, afin de déterminer l'âge de l'intéressé à partir de l'examen clinique des os et de la dentition. Quelles que soient les conclusions des experts et les informations contenues dans les pièces délivrées par les autorités consulaires, il semble que certains magistrats tiennent compte d'un critère subjectif. L'un des magistrats entendus a affirmé

que l'élément prépondérant demeure l'intérêt de l'enfant : il est le critère d'appréciation des preuves. En cas d'incertitude, la date de naissance de l'enfant est fixée de telle sorte que les conditions de l'adoption, notamment celles relatives à l'âge de l'adopté ou à la différence d'âge entre les adoptants et l'adopté, soient respectées. Les autres indices, dont les attestations, ne sont que des éléments complémentaires qui permettent au magistrat de motiver sa décision.

67. La question de la preuve des faits intéressant l'état civil se pose dans tous les dossiers relatifs à une rectification de l'état civil. Elle vise notamment l'hypothèse de l'étranger qui est dépourvu d'acte de naissance. Pour obtenir un jugement supplétif en France, il doit apporter la preuve de différents faits : lieu et date de naissance, l'identité de ses parents. La preuve de ces faits doit également être produite en cas de contestation de l'état : prouver que ce qui est indiqué dans l'acte de l'état civil ne reflète pas la réalité. Il est possible d'établir une liste représentative, même si elle n'est sans doute pas exhaustive, des pièces habituellement présentées par les requérants. Ces différents documents sont corroborés par l'audition des requérants et des membres de leur famille.

La majorité des pièces délivrées par les pays d'origine des requérants sont les suivantes :

- les actes de mariage des tribunaux de première instance du Maroc et de Tunisie. Dans ces hypothèses les requérants présentent une traduction certifiée conforme par les autorités étrangères,

- les extraits des registres des actes de mariage des mairies d'Algérie, du Maroc et de Tunisie. Par exemple, dans l'un des dossiers il est fait référence à la transcription sur les registres communaux d'un mariage célébré par un *Cadi*. Cette transcription fait suite à un jugement de validation du tribunal de Cheraga,

- une copie d'un jugement de validation de mariage coutumier du tribunal d'Oran, qui authentifie l'union. D'autres documents ayant la même valeur ont été relevés. Ainsi, un jugement d'authentification du 6^e tribunal musulman de Damas a été présenté par un couple unissant un Algérien et une Syrienne,

- des attestations de mariage établies par le consul général du Maroc à Lyon. Dans l'un des dossiers, l'acte officiel du mariage célébré au consulat du Maroc le 10 janvier 1980 ne fut dressé que le 28 juin 1984,

- une copie de la transcription de l'acte de mariage sur les registres de la commune de Sétif par ordonnance du tribunal de ladite ville,

- une copie d'un extrait du registre de mariage devant notaire,

- une copie du livret de famille,

- un certificat de nationalité du juge de paix d'Oujda au Maroc.

Les autres pièces ont été délivrées par les autorités françaises :

- les transcriptions des mariages au service central de l'état civil à Nantes. Il arrive que la transcription intervienne longtemps après le mariage. Dans un dossier, le mariage célébré au Maroc en 1986 n'a été retranscrit qu'au cours de l'année 1997. Aucun élément n'a permis de déterminer les causes de ce retard ; il n'a pas été possible d'établir si cette lenteur était imputable au service central de l'état civil ou à la négligence des intéressés. Mais, dans la plupart des dossiers, les mariages sont transcrits dans l'année de leur célébration,

- les transcriptions des mariages célébrés entre un français et un étranger au consulat général de France,

- un certificat de vie maritale de la mairie de Villeurbanne alors que les époux ont présenté un extrait du registre des actes de mariage de la mairie de Ouled-Addi où fut célébrée leur union. On peut s'interroger sur l'intérêt du certificat de vie maritale car, dans cette hypothèse, il semble privé de toute valeur.

68. En ce qui concerne les jugements supplétifs de naissance, les requérants présentent des pièces complémentaires. Certains de ces documents proviennent des États étrangers :

- des courriers de l'orphelinat d'Aïn Chock à Casablanca, qui établissent l'existence dans les archives de l'établissement d'un dossier concernant le requérant,

- des correspondances de la Division préfectorale du Maroc expliquant qu'en l'absence de références de l'acte de naissance du requérant, un extrait d'acte de naissance ne peut être délivré.

D'autres pièces sont délivrées par les autorités françaises. Sont ainsi admis comme moyen de preuve :

- les certificats de nationalité du juge du tribunal d'instance de Lyon,

- un état signalétique des services délivré par les autorités militaires,

- des courriers du service central de l'état civil à Nantes mentionnant que l'acte de naissance des requérants n'a pas pu être trouvé,

- des lettres du service de l'aide à l'enfance et à la famille adressées au Consul général du Maroc à Lyon dans lesquelles est précisée la situation particulière du requérant né au Maroc de parents inconnus.

Dans l'une des procédures relatives à un jugement supplétif de naissance, le requérant a produit sa carte nationale d'identité délivrée par la Préfecture du Rhône. Or, la délivrance de cette pièce d'identité semble devoir être subordonnée à la connaissance du lieu et de la date de naissance. La délivrance de la carte nationale d'identité aurait dû être postérieure au jugement supplétif de naissance. Les services préfectoraux paraissent avoir délivré une pièce d'identité sans avoir pris connaissance d'une fiche individuelle de l'état civil ou d'un acte de naissance, à moins que de tels actes aient été établis par un officier au vu des pièces produites. Dans ce cas il aurait outrepassé ses prérogatives car il se serait ainsi substitué à l'autorité judiciaire.

III. LE CHOIX DU PRÉNOM DES ENFANTS

69. Le choix du prénom des enfants par des parents maghrébins ou d'origine maghrébine permet d'apprécier leur degré d'acculturation. L'étude du contentieux de l'état civil a permis de connaître le(s) prénom(s) des enfants. Les dossiers concernent 52 enfants pour lesquels une procédure en rectification de leur état civil ou de légitimation a été introduite devant le tribunal de grande instance de Lyon. Ils intéressent 38 couples dont 36 sont composés de parents étrangers (de nationalité algérienne, marocaine ou tunisienne) ou d'origine étrangère. Dans les 2 autres dossiers, les requêtes ont été présentées par des couples mixtes.

Par le choix des prénoms de leur(s) enfant(s), les 36 couples étrangers marquent leur attachement à leur culture. Quel que soit le lieu de naissance des enfants, dans le pays d'origine de l'un des conjoints ou sur le territoire français, ils portent tous un prénom étranger. Par rapport aux couples étrangers ou d'origine maghrébine, les deux couples mixtes ont adopté un comportement plus singulier.

Dans le premier dossier, de l'union célébrée en 1996 au Maroc entre une Française et un Marocain est née une fille prénommée Coralie Fatima. Dans le second cas, des relations entre un Français et une Marocaine, mariés en France en 1993, est issue une fille prénommée Mélinda Inès. Le choix de prénoms correspondant aux origines respectives des deux époux pourrait refléter l'appartenance et l'attachement aux deux cultures dont les enfants, fruits de la mixité, deviendraient l'emblème.

70. L'attitude de ces deux couples n'est pas particulière. D'une manière générale, il est fréquent que les couples mixtes manifestent leur intégration en donnant à leur(s) enfant(s) un

prénom français. L'étude des dossiers de divorce confirme cette tendance¹. Il apparaît que la majorité des couples étrangers ou d'origine étrangère choisissent un prénom étranger (56,2%) alors que les couples mixtes ont plutôt tendance à choisir des prénoms français (52,8%). Rares sont les familles qui ont à la fois retenu des prénoms français et étrangers : seulement 3,6% des couples, quelle que soit leur composition, ont choisi des prénoms d'origine différente pour des enfants d'une même fratrie.

71. En marge du contentieux de l'état civil ont été analysées les demandes de changement de prénoms. Cette étude permet également de mesurer le degré d'acculturation des familles maghrébines ou d'origine maghrébine. Pour certaines familles, la demande de changement de prénom est révélatrice de leur volonté de s'intégrer. La francisation du prénom apparaît comme un facteur d'intégration. Pour d'autres, la procédure de changement de prénom est un moyen d'affirmer leur attachement à leur culture. C'est pourquoi deux catégories de demandes ont été distinguées : 7 dossiers de francisation et 3 dossiers "d'islamisation" ont été retenus.

Quant aux premiers, différents motifs sont présentés par les requérants. La volonté d'intégration est la première raison invoquée. En outre, il est fait mention des difficultés rencontrées par les demandeurs dans le cadre de leurs activités scolaires, notamment à l'occasion de leur participation à des concours, et dans leur vie professionnelle ou sociale. Dans toutes ces hypothèses, les magistrats autorisent le changement de prénoms.

Quant aux seconds, les convictions religieuses sont présentées au fondement des requêtes. Les magistrats ont autorisé le changement de prénom dans 2 dossiers. Une seule demande a été rejetée au motif que les membres de la famille venaient d'acquérir la nationalité française et que le prénom David était un facteur d'intégration supplémentaire car il s'agissait d'un prénom répandu en France. Le juge n'a pas tenu compte de l'argument présenté par le requérant qui invoquait l'origine juive du prénom.

72. L'examen du choix des prénoms démontre sans doute les hésitations des familles maghrébines. Elles semblent partagées entre deux volontés : maintenir des liens avec leur culture d'origine et réussir leur intégration. Si quelques familles concilient ces deux aspects, la plupart d'entre elles opèrent, s'agissant du prénom, un choix entre l'une ou l'autre de ces deux conceptions. Pour autant il ne faut pas conclure que les familles qui optent pour un prénom français rejettent leur culture et, inversement, que celles qui choisissent un prénom musulman renoncent à leur intégration.

CONCLUSION

73. L'étude du contentieux de l'état civil et du choix des prénoms est un élément d'appréciation du degré d'acculturation des populations algérienne, marocaine et tunisienne. Elle témoigne de la volonté des populations maghrébines de s'intégrer. L'intégration des couples mixtes semble plus importante mais ce constat ne doit pas masquer le désir d'une partie des parents étrangers de réussir également leur intégration. Les démarches entreprises dans le cadre des procédures en rectification des actes de l'état civil de leur(s) enfant(s) ou de légitimation illustrent cette volonté.

74. L'ignorance de certaines règles, notamment celles relatives à l'établissement de la filiation, constitue un obstacle à leur dessein c'est pourquoi les populations étrangères ou d'origine étrangère devraient bénéficier de l'assistance des praticiens du droit et de l'administration. Cependant, les autorités judiciaires et les services administratifs privilégient parfois des solutions qui paraissent peu appropriées à la situation des populations étrangères. Sans doute

¹ Cf. *infra*, n° 405.

l'incompréhension et la méconnaissance du droit français par certains étrangers expliquent-elles les difficultés des institutions françaises à répondre aux attentes des populations étrangères. Parfois, une simplification de certaines procédures ou exigences pourrait faciliter le dialogue entre les populations étrangères ou d'origine étrangère et les services de l'État

Tableau 5

Aperçu sur les relations familiales lors du contentieux de l'état civil

Jugements	Parents : lieu de naissance		Parents : date de naissance		Situation des parents			Naissance des enfants	
	Femme	Homme	Fem.	Hom.	État	Lieu	Date	Lieu(x)	Date(s)
12.01.96 (1)	Algérie	Algérie	1958	1953	Divorcés	France	1979	France	86/88
26.01.96 (2)	France	Tunisie	1969	1965	Mariés	France	1994	France	1995
26.01.96 (3)	Tunisie	Tunisie	1954	1949	Mariés	Tunisie	1973	France	1995
26.01.96 (4)	Maroc	Maroc	1956	1942	Mariés	Consulat	1980	France	81/86/87
26.01.96 (5)	Algérie	Tunisie	1972	1964	Mariés	France	1992	France	1993
23.02.96 (6)	Algérie	Algérie	1961	1950	Divorcés	France	1995	France	1991
23.02.96 (7)	nsp	nsp	nsp	nsp	Mariés	nsp	1986	France	1995
12.04.96 (8)	Algérie	France	1963	1962	Divorcés	France	1993	France	1994
12.04.96 (9)	Algérie	Algérie	nsp	1957	Divorcés	France	1994	Algérie	1993
12.04.96 (10)	Maroc	Maroc	nsp	nsp	Mariés	Consulat	1980	France	1982
10.05.96 (13)	Algérie	Algérie	1947	1947	Mariés	Algérie	1979	France	82/89/92
24.05.96 (14)	Algérie	Algérie	nsp	nsp	Mariés	Algérie *	1978	France	1979
24.05.96 (15)	France	Tunisie	1973	1964	Mariés	nsp	1991	France	1994
14.06.96 (16)	Algérie	Maroc	1957	1961	Mariés	France	1989	France	1980
14.06.96 (17)	France	Maroc	1966	1966	Mariés	France S.D.C.	1990 1992	France	1991
14.06.96 (18)	Syrie	Algérie	1944	1951	Mariés	Syrie	1984	nsp	1985
28.06.96 (19)	Algérie	Algérie	1957	1962	Mariés	Algérie	1994	France	1994
27.09.96 (20)	Algérie	France	1976	1970	Mariés	France	1995	France	1995
27.09.96 (21)	Tunisie	Tunisie	1969	1967	Mariés	Tunisie	1990	France	94/95
25.10.96 (22)	Algérie	Algérie	1950	1928	Mariés	Algérie	1977	France	78/80/83
25.10.96 (23)	France	Algérie	1971	1960	Mariés	Algérie	1994	France	1995
25.10.96 (24)	France	France	1961	1963	Mariés	nsp	nsp	France	1996
22.11.96 (25)	France	Algérie	1970	1968	Mariés	France	1993	France	1994
28.03.97 (1)	France	Maroc	1968	nsp	Mariés	Maroc	1993	France	1994
28.03.97 (2)	Algérie	Algérie	1953	1938	Divorcés Mariés	France Algérie	1981 1989	France	1981
06.06.97 (3)	France	Algérie	1962	1959	Mariés	Algérie	1985	Algérie France	87/88 93/94
27.06.97 (4)	Algérie	Algérie	1967	1960	Mariés	Algérie	1990	France	1990
24.10.97 (5)	Maroc	Maroc	nsp	nsp	Mariés	Maroc	1994	France	1997
24.10.97 (6)	Algérie	France	1962	1949	Mariés	France	1986	France	1984
14.11.97 (7)	Algérie	All.	1962	1955	Mariés	nsp	1989	France	90/93/95
14.11.97 (8/9)	Algérie	Algérie	1970	1969	Mariés	Algérie	1994	France	1995
14.11.97 (10)	France	Maroc	1977	1970	Mariés	Maroc	1996	France	1996
14.11.97 (11)	Tunisie	Tunisie	1960	1951	Mariés	Tunisie	1986	France	88/89
14.11.97 (12)	Maroc	France	1961	1961	Mariés	France	1993	France	1997
28.11.97 (13)	Algérie	Algérie	1959	1949	Mariés	Algérie S.D.C.	1978 1994	France	7 enfants
12.12.97 (14/15)	Algérie	Algérie	nsp	nsp	Mariés	Algérie	1993	France	94/95

* Référence expresse à un mariage coutumier.

France : les intéressés sont nés en France ou à l'étranger de parents étrangers.

Époux mariés à l'étranger ou au consulat à Lyon.

Ne figurent pas quatre dossiers : trois concernent des jugements déclaratifs ou supplétifs de naissance, le quatrième est relatif à une procédure en rectification d'une mention d'un acte de décès.

- CHAPITRE II -

LE MARIAGE DES MAGHRÉBINS OU DES PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE

LE MARIAGE DES MAGHREBINS OU DES PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE

Jean-Bernard PHILIPPE

INTRODUCTION

75. Position du problème - Dans de nombreuses législations, le mariage est l'acte fondateur de la vie familiale. Il l'est d'autant plus pour les Maghrébins que le droit musulman classique comme les législations modernes des pays du Maghreb ne reconnaissent pas de famille hors de cette institution.

L'enquête a pour objet de saisir autant que possible différentes manifestations de l'acculturation juridique des Maghrébins et des personnes d'origine maghrébine en France. Autrement dit, il s'agit d'étudier et de tenter de saisir les parts respectives du droit français et du droit des pays d'origine qui gouvernent la vie familiale des Maghrébins en France.

Cette étude vise à établir plus précisément les incidences de ces deux cultures juridiques sur la formation et les effets du mariage des Maghrébins en France.

76. Réserves méthodologiques - Le matériel choisi (dossiers du tribunal de grande instance et entretien avec des magistrats, avocats, notaires et membres d'associations) comme la formation juridique de ceux qui ont effectué la recherche a interdit toute étude sociologique au sens strict. La célébration du mariage comme la vie familiale n'ont jamais été observées directement.

La formation du mariage a été principalement étudiée à partir des dossiers de divorces rendus par le tribunal de grande instance de Lyon pendant les six premiers mois de l'année 1996. Aussi l'image du mariage des Maghrébins ou de personnes d'origine maghrébine en France est-elle plutôt celle du mariage de ceux qui divorcent en France. De même, l'étude des effets du mariage qui vise à établir la nature des relations tant personnelles que patrimoniales entre les époux ne résulte que de constats faits à l'occasion de situations conflictuelles (saisine du juge aux affaires familiales ou du juge des enfants).

77. Il est donc aisé d'objecter que les constats et les conclusions qui en découlent sont ambiguës dès lors qu'ils ne révèlent rien sur les relations familiales des Maghrébins en l'absence de conflit. Au regard du thème de l'enquête, il est envisageable de conclure que le conflit résulte d'une faible acculturation alors que les familles paisibles ont bien intégré la culture juridique française et que leur vie familiale est en conformité avec le milieu au sein duquel elle s'accomplit. Le problème est que la conclusion inverse peut être envisagée : les familles maghrébines ou d'origine maghrébine présenteraient une acculturation juridique faible car elles résoudraient leurs conflits sans recourir aux normes françaises et aux institutions que les mettent en oeuvre. Rien ne permet de s'affranchir définitivement de l'une ou de l'autre de ces interprétations. Il convient donc de prendre avec réserve les différents constats qui vont suivre,

sans pour autant leur refuser toute valeur. Il faut surtout se garder de toute volonté de généralisation.

78. Point de vue - Étudier l'acculturation juridique des Maghrébins en France, c'est se situer au point de rencontre entre deux systèmes normatifs qui, lorsqu'ils traitent du mariage, affirment de manière exacerbée les symboles à la fois piliers et garants d'une civilisation, souvent jalouse de ses fondements. Le choix du point de vue est donc particulièrement délicat, même si l'alternative est simple. Il convient d'étudier le mariage à travers les règles d'un des deux systèmes et de mettre en exergue les points de rencontre et de conflit avec l'autre.

Le point de vue adopté est celui des règles musulmanes et des pays du Maghreb. En raison de ce point de vue, il résulte peut-être de la lecture l'impression d'une faible acculturation juridique. En effet, la place faite au droit musulman classique et aux législations modernes des États du Maghreb est relativement importante. Cette impression est largement remise en cause par les conclusions qui résultent de cette étude.

En dépit de ces réserves, entrer dans le vif du sujet permet d'apporter des éléments de réponse à l'acculturation des Maghrébins en France.

79. Définitions - En droit musulman, le mariage est un acte purement civil. Ce n'est pas un sacrement¹. Il s'agit d'un acte consensuel qui « institue entre un homme et une femme un statut juridique de nature morale et religieuse, influencé par des intérêts sociaux »².

Les législations marocaine et algérienne définissent également le mariage. Selon l'article 1 de la *Moudawana*, « le mariage est un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie conjugale commune et durable. Il a pour but la vie dans la fidélité, la pureté et le désir de procréation par la fondation, sur des bases stables et sous la direction du mari, d'un foyer permettant aux époux de faire face à leurs obligations réciproques dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel ». De même, l'article 4 du Code de la famille algérien définit le mariage comme « un contrat passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a entre autres buts de fonder une famille basée sur l'affection, la mansuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille ».

80. En droit français, le Code civil s'est gardé de donner une définition légale du mariage. On considère communément que le mariage est « l'union stable de l'homme et de la femme résultant d'une déclaration reçue en la forme solennelle en vue de la création d'une famille ». Il désigne également « l'acte juridique créateur de l'union »³. Au-delà de cette définition, le mariage est en droit français un échange de consentement en vue d'une union soutenue par des valeurs essentielles telles que la fidélité, le secours, l'assistance, la communauté de vie, l'obligation parentale⁴.

81. Quelle que soit leur origine, ces définitions laissent apparaître l'ambiguïté du mariage. Il est à la fois l'acte qui donne naissance à un état et cet état lui-même. Cette polysémie se retrouve dans les développements suivants qui abordent successivement la formation du mariage (I) puis ses effets (II).

¹ K. MEZIOU, *Jurisclasseur, Législation comparée, Tunisie*, 1988, p. 6, n° 13.

² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 2^e édition, 1987, p. 264, n° 308.

³ Dictionnaire des termes juridiques, Dalloz, 1998, 11^e édition, p. 292.

⁴ G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Domat Montchrestien, 5^e édition, 1996, pp. 223-224, n° 155.

I. LA FORMATION DU MARIAGE DES MAGHRÉBINS OU PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE

82. Comme pour tout mariage, la formation du mariage des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant en France doit répondre à un certain nombre de conditions, qu'elles soient de fond (A) ou de forme (B).

A. Les conditions de fond

83. En droit, il convient de distinguer entre les Maghrébins étrangers et les personnes maghrébines ayant la nationalité française. En vertu de la règle française de conflit de lois, les conditions de fond de la formation du mariage sont régies pour les premiers par leur loi nationale, pour les secondes par la loi française.

Lorsque l'on s'interroge sur l'acculturation juridique, en adoptant un point de vue plus sociologique ou anthropologique, la nationalité des Maghrébins en France perd de son importante car elle ne permet pas d'y répondre. Comme l'a relevé Jean Déprez¹, le droit international privé français et, en particulier, l'ordre public, ne permettent pas de recevoir ou au contraire de rejeter, selon les politiques juridiques en la matière, le statut musulman en France. Prévues par le droit musulman classique et les législations contemporaines des états du Maghreb, certaines conditions de fond de formation du mariage sont inconnues du droit français et parfois incompatibles avec la conception française du mariage. A juste titre, Jean Déprez insiste sur le caractère inefficace du droit pour évincer des pratiques sociales que le système juridique juge en opposition avec ses principes dès lors qu'un juge n'est pas saisi d'un litige. Autrement dit, bien qu'une personne maghrébine ait la nationalité française, il se peut que son mariage soit encore régi par les usages du pays d'origine. De même, le mariage d'un musulman étranger n'implique pas forcément une réaction du droit français lorsqu'il se marie en application de conditions de fond jugées incompatibles avec l'ordre public matrimonial français. La volonté de respecter les exigences religieuses et le souci réaliste de voir le mariage reconnu dans le pays d'origine impliquent que le mariage d'un Maghrébin ou d'une personne d'origine maghrébine résidant en France réponde à d'autres exigences que celle du droit français. L'objet de ces développements est de rechercher si les pratiques sociales en matière de mariage sont fondées plutôt sur la culture juridique du pays d'origine ou plutôt sur celle de la France. A ce titre, la capacité matrimoniale, le consentement, la dot et différents empêchements constituent les points de rencontre entre les deux cultures juridiques.

1. La capacité matrimoniale

84. En droit musulman, toute personne pubère peut donner son consentement au mariage. Quant à l'impubère, il peut être marié par le titulaire du droit de contrainte matrimoniale (*djabr* ou *djebr*) sans tenir compte d'une quelconque opposition de l'intéressé². Absente du Coran, cette règle d'origine préislamique avait pour but de lutter contre les mauvaises moeurs et d'assurer un foyer à l'impubère.

Afin de lutter contre une démographie galopante et pour permettre à la fille de donner son consentement au mariage dans de meilleures conditions³, les législations modernes ont fixé un âge minimum pour le mariage dans le but d'empêcher les mariages précoces.

¹ J. DÉPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France - Aspects de droit international privé », in *Famille - Islam Europe, le droit confronté au changement*, ss. dir. M.-C. FOBLETS, L'harmattan, 1994, pp. 57-124.

² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 285-286, n° 337.

³ F. SAHERANE, *Jurisclasseur, Législation comparée, Maroc*, 1993, p. 12, n° 104-105.

	Homme	Femme	Majorité
Article 8 de la Moudawana	18 ans	15 ans	20 ans
Article 7 du Code de la famille algérien	21 ans	18 ans	19 ans
Article 5 alinéa 2 du Code du statut personnel tunisien	20 ans	17 ans	20 ans

85. Des dispenses sont prévues par les trois législations. Elles ne concernent que l'homme pour le droit marocain. Elles sont accordées par le juge « si de graves difficultés sont à craindre »¹, « pour une raison d'intérêt ou dans un cas de nécessité »² ou « pour des motifs graves et dans l'intérêt bien compris des futurs époux »³. Compte tenu de la position du droit musulman, la dispense est généralement largement reconnue pour des raisons tenant à la situation sociale des futurs époux ou à la grossesse de la future épouse⁴. En droit tunisien, l'intérêt bien compris des futurs époux se résume, la plupart du temps, à celui de l'homme. La dispense constitue un moyen de mettre fin à des poursuites pénales sur le fondement de l'article 227 bis du Code pénal tunisien qui punit de cinq années d'emprisonnement celui qui a eu des relations sexuelles avec une mineure de plus de treize ans. Le mariage du coupable avec la victime arrête les poursuites ou les effets de la condamnation⁵.

Toujours est-il que certains considèrent qu'en pratique, dans les pays du Maghreb, les limites d'âge sont loin d'être respectées pour le mariage des filles en raison d'un état civil défectueux et du poids des traditions⁶. Pourtant, des études récentes font état d'un âge moyen du mariage relativement élevé, même dans les zones rurales⁷.

Qu'en est-il de ces règles et de ces pratiques en France ? S'agissant du droit, l'article 144 du Code civil dispose que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage », même si des dispenses peuvent être accordées par le procureur de la République pour motifs graves. S'agissant d'une règle de fond, cette condition de formation du mariage est régie par la loi nationale de l'intéressé.

86. Sur l'ensemble des dossiers de divorce (256), six laissent apparaître des mariages relativement précoce car au moins l'un des conjoints a moins de dix-huit ans lors du mariage. L'un des dossiers concerne en particulier une femme qui s'est mariée à l'âge de quatorze ans. En outre, lorsqu'on s'intéresse à la date de ces mariages, on relève qu'ils sont tous sensiblement anciens. Hormis le cas d'un mariage en 1980 d'un homme de 18 ans et d'une femme de 17 ans, les autres dossiers font état de mariages célébrés entre 1959 et 1974. Pour les mariages les plus récemment célébrés, il n'apparaît pas de mariage que l'on pourrait qualifier de précoce. Ceux-ci semblent donc inexistant actuellement en France et peu nombreux dans les pays d'origine. Sur ce point, les Maghrébins ou les personnes d'origine maghrébine témoignent donc d'une parfaite acculturation. Elle n'est d'ailleurs pas juridique puisque la moyenne d'âge des époux lors du mariage est sensiblement plus élevée que les minimums fixés par la loi. Il s'agit plutôt d'une acculturation résultant des conditions sociales et économiques : durée des études, avenir professionnel incertain, précarité matérielle.

87. Par ailleurs, les législations algérienne et tunisienne prévoient des conditions d'âge sensiblement plus élevées que celle édictées par le droit français. Or, il semble que l'ordre public matrimonial français ne s'oppose pas à ce que ces conditions d'âge plus élevées soient appliquées en France⁸. Sont-elles réellement respectées, notamment lorsque le mariage est célébré par un

¹ Article 8 de la *Moudawana*.

² Article 7 alinéa 2 du Code de la famille algérien.

³ Article 5 du Code du statut personnel tunisien.

⁴ M. C. SALAH-BEY, *Jurisclasseur, Législation comparée, Algérie*, 1993, p. 5, n° 11.

⁵ K. MEZIOU, *Jurisclasseur, op. cit.*, p. 7, n° 19.

⁶ F. SAHERANE, *Jurisclasseur, op. cit.*, p. 12, n° 104.

⁷ Cf *infra*, n° 497.

⁸ Il s'y opposerait si elles étaient vraiment trop élevées.

officier de l'état civil français ? L'enquête n'a pas permis de répondre à cette interrogation. Quoi qu'il en soit, l'absence de respect de ces conditions d'âge n'emporte pas de conséquences graves sur la validité du mariage. D'une part, on l'a dit, l'ordre public français ne semble pas atteint. D'autre part, la sanction de ces conditions d'âge n'est pas assurée avec vigueur dans les pays d'origine.

2. *Le consentement*

88. En droit musulman, existe le droit de contrainte matrimoniale (*djabr*), c'est-à-dire le droit accordé au tuteur (*wali*) de choisir le conjoint de son pupille. Les justifications de ce droit sont multiples. Il permet d'abord « d'assurer à l'enfant, avant même sa puberté, le bénéfice d'une union qui peut être avantageuse ». Il permet ensuite « d'attacher l'enfant à sa future famille, en lui créant, dès son enfance un foyer, une affection ». Enfin, il permet surtout « la multiplication des naissances, en mettant les enfants en état de procréer dès l'instant qu'elles sont pubères (...) considération d'importance dans les sociétés guerrières et nomades où la mortalité est grande »¹. Ce droit est d'ailleurs envisagé, par les juristes musulmans, comme une puissance de protection devant s'exercer dans l'intérêt de l'enfant².

Dans les législations actuelles, le droit de contrainte matrimoniale ainsi défini n'existe plus³. En 1993, l'article 12-4° de la *Moudawana* qui prévoyait ce droit de contrainte lorsque « la fille risquait de mal se conduire » a été abrogé.

En droit algérien, demeure un droit d'opposition prévu à l'article 12 du Code de la famille qui dispose que le père peut s'opposer au mariage de sa fille *birk*, c'est-à-dire vierge, s'il estime qu'il y va de son intérêt et « en raison de son ignorance des hommes »⁴.

Pour le reste, l'institution du *wali* demeure en droit marocain⁵ et algérien⁶ mais sa fonction est différente. S'il ne dispose plus d'un droit de contrainte matrimoniale, il est titulaire d'un pouvoir de représentation de sa fille pour l'expression de son consentement au mariage et doit consentir également au mariage. Chacun des futurs conjoints doit donner son consentement au mariage. En principe, l'homme le fait personnellement, la femme est représentée par son *wali*.

En Tunisie, l'article 3 du Code du statut personnel énonce que le mariage n'est formé que par le consentement des époux. L'institution du *wali*, comme représentant de la femme, a disparu des textes.

89. Quels que soient les pouvoirs que l'on veut bien lui reconnaître (droit de choisir le conjoint de son pupille, droit de consentir au mariage, droit d'opposition ou droit de représentation), le *wali* est une institution qui heurte fondamentalement la conception française du mariage. L'ordre public matrimonial français ne tolère pas une telle atteinte à la liberté matrimoniale, à l'égalité

¹ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 287, n° 339.

² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 287, n° 340.

³ Cf. article 13 du Code de la famille algérien qui abroge expressément le droit de contrainte matrimoniale : « Il est interdit au *wali* (tuteur matrimonial) qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage la personne placée sous sa tutelle de même qu'il ne peut la marier sans son consentement ».

⁴ M. C. SALAH-BEY, *Jurisclasseur, Législation comparée, Algérie*, 1993, p. 5, n° 12.

⁵ Article 5-1° de la *Moudawana* : « Le mariage ne peut être conclu qu'avec le consentement et l'accord de l'épouse ainsi que par l'apposition de la signature de cette dernière sur l'extrait de l'acte de mariage dressé par deux adouls ; en aucun cas le *wali* ne dispose de pouvoir de contrainte, sous réserve des dispositions des articles 12 et 13 ci-dessous ».

Article 12-1° et 12-2° de la *Moudawana* : « La tutelle matrimoniale (*wilaya*) est un droit de la femme et le *wali* ne peut la donner en mariage que si elle lui donne pouvoir à cette fin. La femme donne délégation à son *wali* pour conclure en son nom ».

⁶ Article 10 du Code de la famille algérien : « Le consentement découle de la demande de l'une des deux parties et de l'acceptation de l'autre exprimée en tout terme signifiant le mariage légal ».

Article 11 du Code de la famille algérien : « La conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial ».

des sexes, et à la dimension individuelle du mariage. L'institution du *wali* ne peut s'appliquer pour les mariages célébrés en France. Mais la protection offerte par le droit français est limitée car il s'agit avant tout de pratiques sociales ou de comportements contre lesquels le droit international privé ne peut rien. Si l'ordre public peut évincer la loi étrangère, il n'a pas la possibilité d'écartier ces pratiques¹.

90. L'étude des dossiers du juge des enfants et les différents entretiens ont permis d'aborder la question des mariages forcés. Parfois, dans les dossiers, les enquêtes des travailleurs sociaux et les entretiens avec les juges montrent que les jeunes filles craignent que leur père ne les renvoie dans leur pays d'origine afin de les marier. Il est difficile de savoir si la menace est réelle, si elle est proférée par les parents pour obtenir l'obéissance des filles ou enfin s'il ne s'agit que d'un pur fantasme de la jeune fille en difficulté. Interrogé à ce sujet, le procureur de la République affirme qu'il dispose d'un moyen efficace pour lutter contre l'éloignement des jeunes filles, en effectuant un placement immédiat de celle-ci dans un centre d'accueil ou d'observation². Il n'a pas indiqué avoir eu recours à cette procédure.

Le responsable d'une des maisons du droit rencontré a eu connaissance d'un « mariage arrangé ». Il s'agissait d'un jeune homme vivant en France pour ses études. Il est retourné dans son pays pour se marier avec une jeune fille de dix-sept ans. Il l'a fait venir en France. Selon le responsable de cette maison du droit, elle a « découvert la vie française », ce qui a provoqué la déchirure du couple.

De même, les entretiens avec les directeurs de collèges et lycées font état de quatre jeunes filles ayant arrêté leur scolarité en cours d'année. Selon les responsables éducatifs, il existe une forte probabilité pour que ces jeunes filles soient retournées dans leur pays d'origine afin d'être mariées.

Enfin, un juge des enfants a également été interrogé au sujet des risques de déplacement. Selon lui, ces risques demeurent un fantasme même s'il est conscient que les jeunes filles sont exposées. Toutefois, il n'a pas eu à connaître de déplacement forcé. Il considère même que ces jeunes filles qui retournent dans leur pays d'origine pendant des vacances acceptent implicitement leur avenir familial lorsqu'elles connaissent les projets de mariage. En cas de refus réel, elles ont toujours la possibilité de s'opposer en refusant de quitter le territoire français. Il ne semble pas que la solution soit aussi simple, surtout dans une famille musulmane traditionnelle.

91. Il ressort pourtant de ces dossiers et entretiens que la Justice connaît rarement des cas réels de « mariage forcé ». Est-ce parce que cette pratique n'existe plus au sein des familles maghrébines ou d'origine maghrébine vivant en France ? Est-ce parce que les jeunes filles se soumettent à l'autorité du père ? Les dossiers de divorce et les dossiers d'annulation du mariage n'ont pas laissé apparaître l'hypothèse d'une dissolution d'un mariage célébré contre la volonté de l'épouse. Faut-il en conclure que cette pratique n'existe pas en France ? Le responsable du service social du Consulat du Maroc à Lyon a indiqué « qu'un mariage auquel le père, ou l'ensemble de la famille, ne consentiraient pas n'est pas un véritable mariage ». Lors des mariages au Consulat, la famille est toujours présente et le père consent au mariage pour sa fille et pour lui-même.

92. Quant à l'objet du consentement, à savoir l'intention matrimoniale, c'est une condition commune aux législations française et maghrébine. Les problèmes liés à cette question sont développés intégralement dans la partie relative à l'annulation du mariage.

¹ Cf. *supra*, n° 83.

² Article 375-5 alinéa 2 du Code civil.

3. La dot

93. En droit musulman, le statut de la dot diffère selon les écoles. Alors que, pour la plupart des doctrines, la dot est rattachée aux effets du mariage, le rite malékite la considère comme une condition essentielle de validité du mariage.

D'origine préislamique, elle était versée aux parents de l'épouse. Soucieux de protéger les femmes, le Coran précise qu'elle appartient à la femme. Cette condition de validité du mariage est justifiée traditionnellement de deux manières. D'une part, elle permet de prémunir la femme en cas de veuvage ou de répudiation. D'autre part, elle permet de s'assurer de l'engagement profond et sérieux de l'époux¹. La dot doit principalement présenter trois caractères. Elle doit être déterminée. Elle doit être sérieuse, c'est-à-dire non dérisoire avec un minimum fixé à un quart de dinar et sans maximum fixé par le Coran. Elle doit être en rapport avec la condition sociale de la femme et la situation pécuniaire de l'homme. La règle est que la dot soit au moins équivalente à celle des femmes de sa famille et de sa condition. Enfin, elle doit être réelle : c'est-à-dire non fictive. Cette condition vise les mariages par compensation (*shighâr*) qui sont nuls car ils reviennent à un simple échange des femmes².

94. Les législations des États du Maghreb reprennent la dot comme condition de validité du mariage³. Elle est constituée de tous présents offerts à l'épouse : somme d'argent, bijoux ou biens meubles ou immeubles⁴. Ces biens sont la propriété de la femme sans que le *wali* ne puisse percevoir quoi que ce soit⁵. L'épouse peut refuser la consommation du mariage tant que la dot ne lui pas été versée.

95. Cette exigence du versement d'une somme d'argent ou de biens est inconnue du droit français. Mieux, l'article 204 du Code civil refuse à l'enfant toute « action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ». En outre, cette exigence va à l'encontre du principe de la liberté matrimoniale qui se trouve contrarié par des considérations pécuniaires. L'ordre public français s'oppose donc à ce que la dot soit une condition de validité du mariage célébré sur son sol. Il n'évince pas pour autant les pratiques sociales.

96. Les dossiers d'annulation du mariage n'ont jamais fait apparaître l'ouverture d'une procédure d'annulation pour défaut de dot. De même, l'absence de son versement n'a jamais constitué un grief invoqué par l'un des époux dans une procédure de divorce. Cependant, un magistrat du tribunal de grande instance a indiqué que, lors des procédures d'annulation du mariage, la question de la dot et de son remboursement apparaissait parfois au cours des débats. Ces demandes de restitution de la dot se heurtent toujours au problème de la preuve de son versement ou de son montant. Les magistrats ne souhaitent pas d'ailleurs en entendre parler. Le tribunal écarte systématiquement ce problème en énonçant « qu'il n'existe pas de préjudice distinct de celui réparé par le prononcé de la nullité du mariage ». Si l'institution judiciaire ne connaît pas ou ne veut pas connaître de la dot, il semble que cette pratique demeure vivace. En

¹ M. C. SALAH-BEY, *Jurisclasseur*, *op. cit.*, p. 6, n° 14.

Article 16 de la *Moudawana* : « Le *sadaq* consiste en tout bien donné par le mari et impliquant de sa part le ferme désir de contracter mariage en vue de créer un foyer et de vivre dans les liens d'une affection mutuelle ».

² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.*, pp. 292-298.

³ Articles 16 à 24 de la *Moudawana*, articles 14 et ss. du Code de la famille algérien, article 3 alinéa 2 du Code du statut personnel tunisien.

⁴ Article 16 de la *Moudawana* : « Le *sadaq* consiste en tout bien donné par le mari... ».

⁵ Article 17-2^e de la *Moudawana* : « Le *sadaq* est la propriété exclusive de la femme ; elle en a la libre disposition et l'époux n'est pas fondé à exiger un apport quelconque de meubles, literie, effets vestimentaires, en contrepartie du *sadaq* convenu ».

Article 19 de la *Moudawana* : « Il est interdit au *wali*, qu'il soit ou non le père de la future épouse, de percevoir, pour son profit personnel, quoi que ce soit du prétendant, en contrepartie du mariage qu'il aura conclu avec lui et pour le compte de sa fille ou de sa pupille ».

Article 14 du Code de la famille algérien : « Cette dot lui revient en toute propriété et elle en dispose librement ».

témoignent les propos du responsable du service social du Consulat du Maroc à Lyon selon lequel « la dot est condition de validité du mariage. Peu importe son montant, un franc ou un million, s'il n'y a pas de dot, ce n'est pas un véritable mariage ». La même idée a été énoncée lors de l'entretien avec un responsable de la mosquée de Lyon.

4. L 'absence d'empêchements

97. Le droit musulman classique et les législations des États du Maghreb dressent une liste d'un certain nombre d'empêchements. Sans songer à en dresser un tableau exhaustif, on s'arrêtera sur quelques-uns des plus caractéristiques et des plus problématiques pour le droit français, qu'il s'agisse des empêchements permanents ou des empêchements temporaires.

a) Les empêchements permanents

98. Le droit musulman classique prévoit une première série d'empêchements résultant de l'existence de liens familiaux entre les époux. Ils sont repris par les différentes législations maghrébines¹. Ainsi, de la parenté, qui, en ligne directe, prohibe le mariage à l'infini ; et qui, en ligne collatérale, prohibe le mariage entre frères et soeurs, entre nièce et oncle ou grand-oncle, entre neveu et tante ou grande tante. L'allaitement constitue également un empêchement au mariage. Il fait naître entre le nourrisson et la nourrice ainsi que son mari un véritable lien de parenté. En dépit de divergences quant à l'époque et au nombre de prises, la parenté ainsi créée engendre les mêmes empêchements que la parenté par le sang. Enfin, une prohibition résulte de l'alliance en ligne directe. Le mariage est interdit entre le mari et la mère ou la fille de sa femme. Quant à la femme, elle ne peut épouser le fils ou le père de son mari à la suite de la dissolution du mariage.

99. En revanche, le mariage entre cousins germains n'est pas prohibé. Et il semble que des mariages consanguins soient encore conclus de manière fréquente, en tout cas dans les pays d'origine². Cette endogamie a pu être constatée lors de l'étude de certains dossiers du juge des enfants. Elle n'a pas pu être quantifiée de manière rigoureuse donc satisfaisante.

b) Les empêchements temporaires

100. La religion du futur époux constitue le premier empêchement temporaire. On le retrouve en droit musulman classique mais également dans le droit positif des pays du Maghreb³. Ainsi, l'homme ne peut pas épouser une païenne. Il ne peut prendre pour femme qu'une musulmane, une juive ou une chrétienne. Quant à la femme, elle ne peut épouser qu'un musulman. Seul le mari transmettant la religion musulmane, cette interdiction permet d'assurer un contingent de croyants sans cesse renouvelé.

101. Bien entendu, cet empêchement heurte de plein fouet l'ordre public matrimonial français dans la mesure où il est contraire d'une part à la liberté matrimoniale, d'autre part, à l'égalité des sexes puisque l'empêchement créé est plus important pour la femme que pour l'homme. Mais, là encore, il s'agit essentiellement de pratiques sociales qui échappent facilement à l'emprise du droit. En outre, il apparaît difficile à la femme de passer outre si elle désire voir son mariage reconnu dans son pays d'origine.

¹ Articles 25, 26 et 28 de la *Moudawana*, articles 15,16 et 17 du Code du statut personnel tunisien.

² Sur l'endogamie et ses raisons d'être, cf. *infra*, n° 494.

³ Article 29-5^o de la *Moudawana*.

Article 31 du Code de la famille algérien : « La musulmane ne peut épouser un non musulman ».

Cette interdiction n'a pas été reprise dans le Code du statut personnel tunisien. Mais la Cour de cassation de Tunisie a déclaré nul le mariage d'une musulmane avec un non musulman. Cf. K. MEZIOU, *Jurisclasseur*, op. cit., p. 9, n° 32.

102. L'analyse des dossiers de divorce montre que cette règle est encore largement respectée. En effet, trois quarts des couples divorçant étaient des couples composés de deux Maghrébins ou de deux personnes d'origine maghrébine. D'ailleurs, dans la plupart des cas, il s'agit de mariages entre nationaux ou personnes d'origine nationale identique. S'agissant des couples mixtes, sur les soixante cinq dossiers de divorce étudiés, trente quatre concernaient des divorces entre une femme maghrébine ou d'origine maghrébine et un homme français. La moitié des couples mixtes présente donc une épouse qui n'a pas respecté la règle lui imposant le choix d'un coreligionnaire. Elles représentent près de quatorze pour cent des femmes maghrébines ou d'origine maghrébine ayant divorcé devant le juge aux affaires familiales de Lyon au cours des six premiers mois de 1996. Certes, elles ont pu obtenir du futur époux sa conversion à l'Islam, conversion qui ne demande pas de formalités lourdes. Les dossiers de divorce restent bien sûr muets sur ce point. Mais si elle passe outre cette interdiction, la femme brave un interdit essentiel du monde musulman. Cela signifie certainement qu'elle ne désire pas retourner vivre dans son pays d'origine, qu'elle en rejette les normes. Son acculturation est donc importante.

103. Le droit musulman classique établit que la téragamie est un empêchement temporaire au mariage. L'époux se voit accorder la possibilité d'épouser jusqu'à quatre épouses. Il ne peut donc en épouser une cinquième avant d'en avoir répudié une. *A contrario*, la polygamie est reconnue en droit musulman classique¹. Cette reconnaissance est justifiée de différentes façons. A l'origine, la polygamie fut maintenue afin de dissoudre les anciennes sociétés tribales en vue de faciliter la création d'une communauté de croyants. La polygamie est également envisagée comme un remède à la stérilité. Enfin, elle constituerait un moyen de restreindre le concubinage et de lutter contre l'adultére. Telles sont, en tous cas, les justifications classiques de la polygamie qu'il est évidemment possible de discuter sans que cette discussion n'ait lieu d'être dans de ces développements.

104. Dans les législations modernes, la polygamie est autorisée au Maroc et en Algérie où elle est considérée comme un élément de l'identité culturelle. Jugée comme pouvant nuire à l'épouse, elle a été soumise à conditions. Au Maroc, la polygamie est interdite s'il y a un risque d'injustice, mais comme il n'existe qu'un contrôle *a posteriori* de ce risque d'injustice. Le mari est, bien souvent, juge et partie. De plus la femme peut s'y opposer : soit avant le mariage, par l'intégration dans le contrat de mariage d'une clause de monogamie, ce qui est très rare en pratique ; soit pendant le mariage, en saisissant le juge pour obtenir une compensation du préjudice subi en raison de la nouvelle épouse. En Algérie, la polygamie n'est possible qu'en cas de motif justifié. Une circulaire de 1984 évoque la stérilité de la femme ou une maladie grave. Le mari doit également avoir les moyens de traiter toutes ses épouses avec équité. Enfin, il doit informer ses anciennes épouses de tout nouveau mariage. En Tunisie, la règle est la monogamie. La contravention à cette règle est un délit puni d'une peine d'un an d'emprisonnement.

105. Les statistiques montrent une très forte réduction du nombre d'unions polygames. Ainsi en Algérie, en 1911, la part de tels mariages était de 64 %, en 1948, de 30 %, en 1970, de 13 %. Actuellement, le chiffre de 3 % est avancé par certains². D'autres statistiques parlent de 1,5 % de mariages polygames en Algérie et de 5,1 % au Maroc en 1986 et 1987³. Quelles que puissent être les divergences quant au nombre réel de ces unions dans les pays maghrébins, chacun s'accorde à reconnaître comme de plus en plus marginales ces unions. Il apparaît très clairement qu'il en est de même en France.

¹ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 279, n° 325.

² S. NOUREDINE, *La femme et la loi en Algérie*, coll. « Femmes Maghreb Horizon 2000 », édition Bouchène, Alger, 1991, p. 77, note n° 20.

³ Cf. *infra*, n° 488 et ss.

106. Il est inutile de revenir sur la réaction du droit international privé français face aux unions polygames qui heurtent le principe monogamique du mariage en France¹. Il convient simplement de déterminer si de telles pratiques ont lieu en France, ce qui révélerait sans aucun doute une faible acculturation juridique. Sur les cinquante-quatre dossiers de nullité du mariage dont a été saisie la 1^{re} chambre du tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997, huit sont relatifs à la bigamie. En lui-même, ce chiffre est faible et son importance quantitative est encore largement atténuée par l'analyse des situations qu'il recouvre. En effet, il apparaît très rarement de véritables unions polygames vécues effectivement. Le procureur de la République a insisté sur le fait que la plupart des dossiers d'annulation du mariage concernaient des « bigamies éteintes ». L'action est souvent engagée après le décès de l'un des époux ou après un divorce. La bigamie n'a été que temporaire et n'a pas été volontairement recherchée. L'action est alors justifiée par « le souci de régulariser la situation d'éventuels enfants ».

107. Par ailleurs, trois dossiers de divorce (soit 1,17 %) sont révélateurs de cas de bigamie. Là encore, il ne s'agit pas de bigamie effective. L'époux s'est remarié mais ne vit plus avec la première épouse. Dans un cas, il s'est remarié dans le pays d'origine. Dans les deux autres, il vit en France avec sa seconde épouse.

108. Enfin, le procureur de la République a également précisé que s'agissant des Maghrébins, la polygamie se rencontre essentiellement dans les premières générations de migrants. Les populations accueillies à partir des années soixante mais également les étrangers nés en France de parents étrangers se conforment à la règle française. En ce sens, la connaissance du droit français semble acquise. Si, sur le principe de la quasi-inexistence des unions polygames entre Maghrébins et personnes d'origine maghrébine résidant en France, les propos du procureur sont justes, la conclusion qu'il convient d'en tirer n'est peut-être pas la conformité aux règles françaises. Il pourrait s'agir plutôt, pour les populations maghrébines d'une institution désuète, ne répondant plus aux exigences de la vie moderne (pression aussi bien sociale qu'économique) que ce soit en France ou dans leur pays d'origine.

109. Le droit musulman classique repris par les législations modernes prévoit un certain nombre d'autres empêchements temporaires. Certains ne posent pas de problème particulier par rapport à la conception française du mariage. Ainsi en est-il de l'*idda* qui « est une retraite de continence imposée à la femme après dissolution du mariage »² et destinée à éviter les confusions de parts. D'autres pourraient poser des problèmes de compatibilité avec la conception française du mariage. La répudiation irrévocabile parfaite qui interdit à l'époux de se marier avec l'épouse qu'il a révoquée avant d'avoir contracté un autre mariage est en contradiction avec la liberté matrimoniale. De même, la maladie mortelle comme l'état d'*irham* vont à l'encontre de la conception française du mariage.

110. En conclusion, au regard de l'acculturation juridique, il semble que la culture juridique du pays d'origine influence de manière importante la célébration des mariages des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant en France. Si les mariages précoces et la polygamie paraissent ne pas avoir cours sur le territoire français, la pratique de la dot, le consentement du père et plus généralement de l'ensemble de la famille quant au choix du conjoint par la femme, et le choix d'un coreligionnaire semblent constituer actuellement des pratiques récurrentes lors de la célébration des mariages des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant en France. L'examen des conditions de forme du mariage permet d'approfondir ces premières conclusions.

¹ Cf. pour une synthèse de la question, Jean DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1988, IV, tome 221, pp. 162-167.

² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 280, n° 328.

B. Les conditions de forme

111. En droit musulman classique, les formes requises pour la célébration du mariage sont réduites au minimum. Il faut un échange des consentements : cet échange est donné verbalement, sans formule sacramentelle pourvu qu'il soit explicite. Il peut être donné par mandataire. Cette représentation est obligatoire pour la femme dans le rite malékite¹. De plus, la présence de deux témoins pubères, libres, sains d'esprit, musulmans et de sexe masculin est requise².

112. Les législations modernes imposent ces exigences en renforçant les formalités pour des raisons de preuve. L'échange des consentements et la présence de deux témoins sont repris par les législations des trois États du Maghreb³. Enfin, il est prévu qu'un acte de mariage doit être dressé en la forme authentique. Mais le statut de cet acte diffère selon les États. Bien entendu, il apparaît dans chacun des États comme le moyen de preuve privilégié du mariage. Est-il pour autant requis *ad validitatem* ? En Tunisie, l'acte de mariage est une condition de validité du mariage⁴. Au Maroc comme en Algérie, la position du législateur oscille entre modernité et tradition dans la mesure où l'acte authentique semble être une condition de validité du mariage mais, dans le même temps, la loi reconnaît la possibilité d'une reconnaissance judiciaire du mariage lorsque les formes légales n'ont pas été respectées⁵. Dans ces deux pays, le mariage, conclu hors la présence d'une autorité susceptible de dresser un acte de mariage, demeure valide ou « est rendu valide » par une décision du juge. Ainsi, au Maroc et en Algérie, la rédaction d'un acte de mariage demeure une formalité requise *ad probacionem*.

113. De telles unions privées ou coutumières sont complètement étrangères à la conception française du mariage. L'échange des consentements devant l'officier de l'état civil est un principe incontournable. Il arrive que la célébration de mariages coutumiers entre étrangers sur le territoire français ou dans le pays d'origine apparaisse à l'occasion de procédures relatives à la filiation des enfants issus de cette union. Une telle célébration témoigne d'un très fort attachement aux règles du droit musulman et l'ignorance ou le rejet des institutions françaises. L'étude des décisions relatives à la filiation rendues par la 1^{re} chambre du tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997 n'a pas révélé l'existence de telles unions ayant eu lieu sur le territoire français ou dans le pays d'origine et ayant donné naissance à un conflit relatif à la filiation des enfants issus de cette union.

114. L'entretien avec le président de la mosquée de Lyon a permis certes de relever que des mariages coutumiers étaient célébrés à Lyon. Mais, leur statut ne semble guère différer de la célébration française du mariage qui, elle aussi, s'accompagne souvent d'une cérémonie religieuse. L'interlocuteur a d'ailleurs indiqué que les mariages célébrés par des imams à la mosquée de Lyon ne se faisaient qu'après le passage des intéressés devant les autorités

¹ Cf. *infra*, n° 84 et ss.

² L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 302, n° 361.

³ Article 4 de la *Moudawana* : « Le mariage est valablement conclu par l'échange de consentement des parties... ».

Article 9 du Code de la famille algérien : « Le mariage est contracté par le consentement des futurs conjoints, la présence du tuteur matrimonial et de deux témoins... ».

Article 3 du Code du statut personnel tunisien : « Le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux. La présence de deux témoins honorables... sont [est] en outre, requise[s] pour la validité du mariage ».

⁴ Article 4 alinéa du Code du statut personnel tunisien : « La preuve du mariage ne peut être rapportée que par un acte authentique dans des conditions fixées par une loi ultérieure ».

⁵ Article 5-2° et 5-4° de le *Moudawana* : « La validité de l'acte de mariage est subordonnée à la présence simultanée de deux adouls (...) À titre exceptionnel, le juge peut connaître de toute action en reconnaissance de mariage et admettre à cet effet tous moyens de preuve légaux ».

Article 18 et 22 du Code de la famille algérien : « L'acte de mariage est conclu devant un notaire ou un fonctionnaire légalement habilité, sous réserve des dispositions de l'article 9 de la présente loi ». « Le mariage est prouvé par la délivrance d'un extrait du registre de l'état civil. A défaut d'inscription, il est rendu valide par jugement si toutefois, les éléments constitutifs du mariage sont réunis... ».

compétentes selon la loi française, à savoir l'officier de l'état civil ou le consulat du pays d'origine. Il a simplement précisé, qu'en raison de l'absence de hiérarchie au sein de la religion musulmane, un individu peut se déclarer imam et célébrer des mariages de type coutumier sans que ceux-ci ne soient portés à la connaissance de l'autorité publique. Toujours est-il que de telles célébrations n'ont pas donné lieu par la suite à des litiges devant le tribunal de grande instance de Lyon.

115. Au-delà de cette recherche vaine de mariages traditionnels, l'étude des conditions de forme du mariage des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France peut révéler des éléments relatifs à leur acculturation juridique lorsqu'on s'intéresse au lieu de célébration du mariage, aux modalités de l'échange des consentements. Enfin, le problème anecdotique de la vérification de l'identité des époux sera abordé.

1. Le lieu de célébration du mariage

116. En droit international privé français, la loi du lieu de célébration du mariage est en principe compétente pour régler les conditions de forme. De ce principe, découlent la validité des mariages contractés en France par des étrangers devant l'officier de l'état civil français¹ et la nullité des unions privées ou purement religieuses selon les rites prévus par la loi étrangère.

La règle *locus regit actum* connaît cependant une exception. La loi nationale des futurs époux est compétente pour régir les conditions de forme du mariage. Les agents diplomatiques sont autorisés à procéder aux mariages de leurs nationaux dans la forme nationale. Le Maroc l'exige de ses nationaux² même si le responsable du service social du Consulat du Maroc à Lyon préfère parler de « confirmation » du mariage célébré par l'officier de l'état civil français. L'Algérie et la Tunisie reconnaissent les mariages célébrés par l'officier de l'état civil français car il s'agit d'un officier de l'état civil.

Enfin, dès lors qu'une personne est française d'origine étrangère ou binationale, l'exception à la règle *locus regit actum* ne joue pas. Cette personne a l'obligation de contracter mariage devant l'officier de l'état civil français.

117. Sur ce point, l'étude de l'acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France repose sur l'hypothèse suivante. Si le nombre de mariages célébrés devant l'officier de l'état civil français est élevé, c'est que les couples considèrent qu'il s'agit de l'autorité naturelle devant laquelle leur union doit être célébrée ou, au contraire, qu'ils y sont contraints s'ils désirent voir leur union reconnue en France. Dans un cas, leur acculturation juridique est forte ; dans l'autre, elle est inexistante car contrainte. À l'inverse, si le nombre de mariages célébrés dans les consulats ou dans le pays d'origine est important, l'acculturation juridique des couples de Maghrébins ou d'origine maghrébine est faible.

118. Pour évaluer la portée de ces hypothèses au regard de l'acculturation juridique et des résultats de la recherche, il convient de distinguer le mariage des étrangers de celui dont l'un des membres au moins a la nationalité française³.

119. Pour les premiers mariages, le couple a le choix entre trois autorités : l'officier de l'état civil français, le consulat du pays d'origine en France ou les autorités du pays d'origine. Même si le lieu du mariage n'est pas toujours connu (15,6 % des dossiers), il apparaît que la majorité

¹ Article 165 du Code civil : « Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil... ».

² Article 6 alinéa 2 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.

³ L'absence de la nationalité des époux dans de nombreux dossiers de divorce ainsi que le choix d'un critère sociologique (détermination de l'origine étrangère en fonction du nom patronymique) plutôt que juridique (c'est-à-dire en fonction de la nationalité) pour distinguer les couples d'étrangers des couples mixtes limitent considérablement les réponses que l'on peut apporter aux hypothèses émises.

(51,6 %) des étrangers ou des individus d'origine étrangère qui vivent en France se sont mariés devant l'officier de l'état civil français. On relève tout de même que 26,6 % des couples qui divorcent devant le tribunal de grande instance de Lyon dans les six premiers mois de 1996 se sont mariés dans leur pays d'origine. Ceci ne signifie pas pour autant qu'un quart des Maghrébins résidant en France retournent dans leur pays d'origine pour se marier. En effet, le contenu des dossiers de divorce n'a pas permis de déterminer le lieu de résidence des époux à la date de leur mariage. Il est donc impossible de préciser quelle est la part respective de ceux qui se sont mariés dans leur pays d'origine avant de résider en France et de ceux qui résidant en France sont allés dans leur pays d'origine pour se marier. Seuls ces derniers font preuve d'une acculturation juridique réduite. Enfin, la part des couples maghrébins résidant en France qui se tourne vers les autorités consulaires est faible (6,2 %).

Tableau 6

Nombre de mariages et de validations¹ de mariage prononcés au consulat du Maroc à Lyon

	1995	1996	1997
Mariages	41	26	61
Validations de mariage	126	111	138
Total	167	137	199

Tableau 7

Mariages célébrés au consulat d'Algérie à Lyon

	1995	1996	1997
Mariages	2	1	0

Tableau 8

Mariages célébrés au consulat de Tunisie à Lyon

	1996	1997
Mariages	7	6

Il s'agit certainement des couples qui font preuve du plus faible degré d'acculturation juridique puisque pour ceux-ci, le lieu de résidence au moment du mariage est la France, même si le passage devant le Consul est obligatoire pour les Marocains s'ils désirent voir leur mariage reconnu dans leur pays d'origine.

120. Pour les mariages mixtes (au sens juridique), les intéressés peuvent se marier soit devant l'officier de l'état civil français soit devant les autorités du pays d'origine du conjoint étranger, ou dans tout autre État, à l'exclusion, en France, des autorités consulaires du pays dont l'un des époux au moins à la nationalité, alors que l'un d'entre eux a la nationalité française. Bien que dans 31,2 % des cas le lieu du mariage soit inconnu, on peut relever que tous ces mariages sont célébrés devant l'officier de l'état civil français à l'exception d'un seul.

L'étude des dossiers de nullité du mariage fait cependant apparaître un certain nombre de cas où un Maghrébin d'origine ayant acquis la nationalité française s'est marié devant les autorités

¹ Selon un adoul du consulat du Maroc à Lyon, « un acte de validation de mariage est un acte de mariage qui se fait sur la base d'un mariage déjà célébré à la mairie en France. Il s'agit de le rendre légal vis-à-vis de la loi marocaine ». Cet adoul a indiqué qu'en réalité un second mariage était célébré au consulat selon les prescriptions de la loi marocaine.

consulaires de son pays d'origine alors même qu'une telle célébration n'est pas possible sur le sol français. En deux années, le tribunal de grande instance de Lyon a été saisi de onze mariages célébrés dans un consulat alors que l'un des époux avait la nationalité française et annulé dix de ces mariages¹. Dans chacune de ces affaires, le procureur de la République a engagé la procédure. Si leur nombre est relativement faible, ces cas sont symptomatiques d'une acculturation juridique très faible puisque des Français d'origine maghrébine se tournent naturellement vers les autorités de leur pays d'origine pour se marier. Il est vrai que bien souvent les intéressés ignoraient que l'un des conjoints avait la nationalité française et que leur souhait est de voir rapidement aboutir la procédure d'annulation pour pouvoir se remarier selon les formes légales. Jamais les dossiers ne laissent apparaître un sentiment de rejet de l'intervention de l'autorité française. Les entretiens avec le procureur de la République ou les magistrats du tribunal de grande instance de Lyon confirment l'absence de vives contestations des intéressés face à ces procédures.

121. En conclusion, il apparaît que la proportion des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine qui se marient devant l'officier de l'état civil français est importante (55,5 % des couples qui ont divorcé devant le tribunal de grande instance de Lyon dans les six premiers mois de 1996) et que ceux qui, bien que résidant en France lors de leur mariage, se tournent vers les autorités consulaires de leur pays d'origine est réduite. Rien, dans les dossiers, ne permet de déterminer si ces couples considèrent que l'officier de l'état civil français est l'autorité naturelle et légitime devant laquelle leur union doit être scellée ou s'ils s'y présentent forcés par l'idée qu'il s'agit de la seule possibilité de voir leur mariage reconnu en France. Par ailleurs, le passage devant l'officier de l'état civil français n'empêche en rien l'union de présenter toutes les caractéristiques d'un mariage musulman classique.

2. La présence des époux

122. Les législations des pays du Maghreb permettent le mariage par procuration². Cette pratique est contraire à l'ordre public matrimonial français et à la dimension individuelle du mariage. Dès lors, la célébration d'un tel mariage devant l'officier de l'état civil français est impossible.

123. La possibilité du mariage par procuration est en contradiction avec l'article 146-1 du Code civil. La célébration de tels mariages n'implique que très rarement la saisine des juridictions françaises. Des dossiers d'annulation du mariage dont a été saisi le tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997, ressortent quatre affaires relatives à la célébration d'un mariage à l'étranger sans que l'un des époux ait comparu personnellement. Apparaît, par exemple, le cas d'un mariage d'un Français avec une cousine algérienne en Algérie. L'intéressé avait donné procuration à son père pour effectuer les démarches. Il s'est associé à la procédure d'annulation engagée par le procureur de la République car il ne désirait pas ce mariage. La pratique du mariage par procuration pose ainsi le problème de la réalité du consentement et renvoie de la sorte sinon au mariage forcé au moins à la forte dimension familiale du mariage³.

¹ Cf. *infra*, n° 179.

² F. SAHERANE, *Jurisclasseur, op. cit.*, p. 11, n° 96 : « Contrairement à ce qu'il apparaît à la lecture de l'article 4, la présence des époux n'est pas exigée lors de l'échange de consentement. Les parties peuvent être représentées par un mandataire légal (tuteur) ou conventionnel ». Article 10-1° de la *Moudawana* : « Le *wali* agissant pour sa pupille et le futur époux peuvent donner mandat en vue de la conclusion du mariage ».

Article 11 du Code de la famille algérien : « La conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père, soit l'un de ses proches parents ».

Article 9 du Code du statut personnel tunisien : « L'homme et la femme peuvent conclure mariage par eux-mêmes ou par mandataire ».

³ Cf. *supra*, n° 89-92.

3. L'identité des époux

124. L'officier de l'état civil français doit bien entendu vérifier l'identité des époux qui contractent mariage par devant lui. Or, le procureur de la République a fait part d'un mariage ayant posé des difficultés quant à cette condition. En effet, la future épouse était voilée et l'époux refusait que celle-ci ôte son voile en public. L'officier de l'état civil a refusé de célébrer le mariage et en a informé le procureur de la République. Une solution de compromis a été adoptée. La future épouse a enlevé son voile dans une pièce attenante à la salle de célébration du mariage en présence de l'époux et de l'officier de l'état civil.

II. LES EFFETS DU MARIAGE DES MAGHRÉBINS OU PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE

125. L'étude des effets du mariage permet de relever quels sont les rapports entre époux maghrébins ou d'origine maghrébine vivant en France. Ces rapports s'articulent autour de la distinction juridique classique entre les effets patrimoniaux et les effets personnels du mariage. Fondée sur cette distinction, l'étude vise à établir si ces rapports reposent sur une conception traditionnelle et patriarcale de la famille ou si, au contraire, émerge une égalité entre époux, au sein de la famille maghrébine ou d'origine maghrébine résidant en France.

A. Les effets patrimoniaux du mariage

126. Par rapport à l'époque préislamique, la condition de la femme a été améliorée. Le mari conserve un rôle prédominant au sein de la famille. Le modèle familial est toujours patriarcal. Mais, en droit musulman classique, la femme mariée a la personnalité juridique et une capacité propre. En principe, elle peut gérer son patrimoine personnel sans l'autorisation de son mari, et dispose à son gré des revenus dont elle bénéficie. Se pose tout de même la question de l'effectivité de ce principe par rapport au devoir d'obéissance à son mari. Ce principe est d'autant plus fort que chacun des époux conserve son patrimoine propre. Le régime matrimonial est celui de la stricte séparation de biens (3). Le premier effet patrimonial du mariage lié à sa consommation est l'exigibilité de la dot (1). Le mariage emporte également une obligation d'entretien à la charge du mari appelée *nafaka* (2). Ces trois éléments caractéristiques des effets patrimoniaux du mariage se retrouvent dans les législations modernes des États du Maghreb.

1. L'exigibilité de la dot

127. La dot devient exigible dès la conclusion du mariage pour moitié sauf si un terme a été prévu dans le contrat de mariage. Après la consommation du mariage, elle est exigible en sa totalité. Elle l'est également avant la consommation si le mari décède prématurément¹. Les juridictions lyonnaises n'ont pas été saisies d'un litige relatif au paiement de la dot, sur la période étudiée. La question de la dot apparaît parfois lors du débat judiciaire dans le contentieux de l'annulation du mariage. Les magistrats l'écartent toujours. En revanche, la symbolique de la dot

¹ Article 20-2° et 3° de la *Moudawana* : « Le paiement du *sadaq* en totalité ou en partie est dû au moment où la consommation va avoir lieu. Le décès du mari ou la consommation du mariage confèrent à l'épouse le droit à la totalité du *sadaq* ». Article 21 alinéa 4 de la *Moudawana* : « Lorsqu'il y a eu consommation du mariage, le *sadaq* est dû intégralement dans tous les cas ».

Article 16 du Code de la famille algérien : « La consommation du mariage ou le décès du conjoint ouvrent droit à l'épouse à l'intégralité de sa dot ».

Article 13 du Code du statut personnel tunisien : « Le mari ne peut, s'il n'a pas acquitté la dot, contraindre la femme à la consommation du mariage. Après la consommation du mariage, la femme, créancière de sa dot, ne peut qu'en réclamer le paiement. Le défaut de paiement par le mari ne constitue pas une cause de divorce ».

surgit lors de ces procédures. En effet, la dot est intimement liée à la consommation du mariage. Elle apparaît comme une sorte de prix de la virginité de l'épouse. Un des magistrats a indiqué que ces procédures d'annulation constituaient souvent pour l'épouse un moyen de racheter sa virginité, sur un plan juridique, tout au moins.

2. *L'obligation d'entretien : la nafaka*

128. En droit musulman classique, l'entretien de la femme est une obligation du mari appelée *nafaka*. Cette obligation est due quelle que soit la fortune de sa femme et il ne peut l'obliger à assurer sa subsistance. Selon le rite maléite, cette obligation ne débute qu'à la consommation du mariage et cesse de peser sur le mari dès que le mariage est dissous. L'entretien porte sur la nourriture, le logement, les vêtements et les accessoires¹.

129. Les législations des États du Maghreb reprennent intégralement les dispositions coraniques s'agissant de l'obligation d'entretien du mari². Positivement, cette obligation qui pèse sur le mari constitue, en quelque sorte, la contrepartie de la place prépondérante qu'il occupe au sein de la famille. Elle légitime l'ensemble des pouvoirs dont il dispose seul. Négativement, « elle infantilise la femme en la plaçant sous protection économique et donc sous la dépendance du mari (...) Elle met en cause la société moderne par le problème de l'accès de la femme au marché du travail (...) Toute recherche d'une vie professionnelle apparaît alors comme une démission et un affaiblissement du pouvoir du mari »³.

130. En droit international privé français, l'obligation de secours est soumise à la loi qui régit les effets du mariage, même si le régime primaire peut être considéré comme une loi de police⁴. Il en résulte que cette obligation est régie par la loi nationale des époux lorsqu'ils sont de même nationalité et par la loi du domicile lorsqu'ils sont de nationalités différentes. La différence majeure avec le droit français repose sur le fait que cette obligation alimentaire entre époux est réciproque⁵.

131. Ce devoir d'entretien est sanctionné par les législations des États du Maghreb de deux façons. L'épouse peut soit demander en justice l'exécution de cette obligation, soit demander le divorce. Des éléments ont pu être trouvés aussi bien dans les dossiers relatifs aux contributions aux charges du mariage que dans les dossiers de divorce. Les dossiers du juge des enfants ont également permis de relever quelques données.

a) *Les dossiers de contribution aux charges du mariage*

132. La contribution aux charges du mariage est de la compétence du juge aux affaires familiales. L'étude des dossiers des six premiers mois de l'année 1996 a permis de relever 11 dossiers relatifs à ce type de litige au sein de couples dont l'un des membres au moins est

¹ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 326, n° 389.

² Article 35 de la *Moudawana* : « Les droits de l'épouse à l'égard de son époux sont : 1° l'entretien prévu par la loi, tels que la nourriture, l'habillement, les soins médicaux et le logement ».

Article 37-1 ° du Code de la famille algérien : « Le mari est tenu de subvenir à l'entretien de l'épouse dans la mesure de ses disponibilités sauf lorsqu'il est établi qu'elle a abandonné le domicile conjugal ».

Article 23 alinéa 2 du Code du statut personnel : « Il [le mari] doit faire face aux charges du mariage et pourvoir aux besoins de la femme et de leurs enfants dans la mesure de ses facultés et selon l'état de la femme. La femme contribue aux charges du mariage si elle a des biens ».

³ Saadi NOUREDINE, *La femme et la loi en Algérie*, op. cit., pp. 57-58.

⁴ Cass. civ. 28 janvier 1958, *Chemouni*, D. 1958, p. 824 note LENOAN ; J.C.P. 1958, éd. G., II, 10488, note LOUIS-LUCAS.

⁵ Article 214 du Code civil : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ».

Maghrébin ou d'origine maghrébine. Mais il est né en France à une date telle qu'il a certainement dû acquérir la nationalité française automatiquement à sa majorité. Le seul élément d'étranéité retenu est donc le nom patronymique.

Tableau 9

	Nombre
Couples de Maghrébins	6
Couples mixtes	5

En dépit du nombre restreint de dossiers, il est possible de dresser un tableau de ces litiges afin de relever éventuellement quelques données relatives à l'acculturation juridique de ces populations en France.

133. S'agissant tout d'abord des parties, l'épouse est toujours demanderesse à l'instance. Par conséquent, l'époux est toujours défendeur. Dans neuf hypothèses, il comparaît en personne ou représenté par un avocat. Dans deux hypothèses, il est non comparant. Le montant de la demande de l'épouse s'échelonne de 1 000 francs à 12 000 francs par mois ; ce qui fait en moyenne 4 042 francs par mois.

Quant aux arguments, l'épouse invoque souvent le départ du mari du domicile conjugal. Dans une seule affaire, les époux ne sont pas séparés de fait. Lorsque la date de départ du mari est connue (deux cas), cette date varie d'un à deux ans avant l'introduction de l'instance. Dans un cas, une procédure de divorce a été introduite dans le passé par l'épouse. Celle-ci n'avait pas abouti faute de preuve des griefs présentés à l'encontre du mari. Elle invoque également l'inexistence ou la faiblesse de ses revenus qui ne lui permettent pas de faire face aux frais d'entretien et d'éducation des enfants. Dans une seule affaire, le couple n'a pas d'enfant.

Lorsqu'il fait valoir des arguments (seulement cinq dossiers), l'époux invoque la faiblesse de ses revenus ou l'attitude de son épouse : caractère dépensier, mauvaise gestion du patrimoine familial, vol de l'argent du mari. Dans deux hypothèses, le mari propose une contribution aux charges du mariage d'un montant inférieur à celui demandé par l'épouse. Dans deux hypothèses également, l'époux a introduit par ailleurs une procédure de divorce pour faute.

134. Enfin, la solution du litige présente les caractéristiques suivantes. En dehors du cas où l'épouse s'est volontairement désistée, le tribunal a rendu un jugement. Dans la presque totalité des cas, il accueille la demande de l'épouse et condamne l'époux à contribuer aux charges du mariage pour un montant allant de 500 à 4300 francs par mois. Dans un jugement, le tribunal prévoit qu'outre le paiement d'une somme mensuelle, l'époux devra s'acquitter des impôts de la famille et des soins médicaux de toute la famille. Dans trois cas, il ne fait qu'entériner un accord survenu entre les parties au cours de l'instance. Dans les autres hypothèses, il reprend les arguments de l'épouse et compare les ressources personnelles de chacun des époux. Dans une hypothèse, il rejette la demande après avoir constaté que les revenus de l'épouse étaient supérieurs à ceux du mari.

Le contentieux des contributions aux charges du mariage ne semble donc pas présenter de spécificité propre lorsqu'il oppose des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine.

b) Les dossiers de divorce

135. S'agissant des dossiers de divorce, il apparaît que l'épouse demande souvent le divorce en invoquant le défaut d'entretien (dix-neuf cas). On peut également y rattacher dans une certaine mesure l'abandon du domicile conjugal qui s'accompagne souvent d'un défaut d'entretien. A

l'inverse, lorsque l'époux est demandeur à l'instance en divorce pour faute, il n'invoque jamais le défaut d'entretien.

c) *Les dossiers du juge des enfants*

136. Enfin, les dossiers du juge des enfants ainsi que l'entretien avec un de ces juges ont permis de mettre en évidence qu'une mesure d'assistance éducative s'avère parfois nécessaire parce que le père n'a plus d'autorité dans la famille. Ce défaut d'autorité résulte du fait que, le père ne travaillant pas, il n'assure plus son obligation d'entretien. Ainsi, lorsque cette obligation n'est pas remplie, les autres membres de la famille lui refusent toute légitimité pour exercer les autres prérogatives du chef de famille.

137. Au regard de l'acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France, quelques constats peuvent être faits.

138. D'un point de vue juridique, l'ensemble de ces litiges a été résolu selon la loi française alors même qu'elle n'était pas toujours compétente. Ainsi, s'agissant des dossiers de contribution aux charges du mariage, certains concernaient des couples maghrébins. Selon le droit international privé français, il aurait fallu appliquer la loi nationale des époux dans cinq cas.

139. Dans tous les litiges de contribution aux charges du mariage, le demandeur est l'épouse. De même, dans les dossiers de divorce pour faute, le défaut d'entretien est presque exclusivement invoqué par l'épouse. Faut-il y voir une résurgence de la culture juridique du pays d'origine selon laquelle l'obligation d'entretien ne pèse que sur le mari ? Il est certain que, s'agissant des couples de nationaux, la situation est pratiquement la même puisque, bien souvent, le mari a des revenus supérieurs à ceux de l'épouse. S'agissant de l'évaluation du montant de la contribution, elle ne pose pas de problème particulier car les deux systèmes juridiques se rencontrent sur ce point. Le droit français prévoit que chacun y contribue à proportion de ses facultés respectives alors que le droit des pays du Maghreb précise que le montant de la pension d'entretien est fixé en tenant compte de la « situation respective des époux et des conditions de vie ». Autant dire que l'étude de ces dossiers n'a pas permis de relever de spécificité caractéristique.

3. *Le régime matrimonial*

140. En droit musulman classique¹ comme dans les législations modernes, il n'y a pas de disposition particulière relative au régime matrimonial. Les biens des époux sont soumis à une stricte séparation², même si les époux peuvent prévoir, lors du mariage, un régime communautaire³. Ceci s'explique essentiellement par la conception patriarcale de la famille et les problèmes inextricables qui résulteraient d'un régime de communauté dans le cadre de la polygamie⁴. La question de la loi applicable au régime matrimonial se pose souvent lorsqu'il

¹ L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 317, n° 378.

² Article 35-4^e de la *Moudawana* : « Les droits de l'épouse à l'égard de son mari sont : ... l'entièvre liberté d'administrer et de disposer de ses biens sans aucun contrôle du mari, ce dernier n'ayant aucun pourvoir sur les biens de son épouse ».

Article 38 du Code de la famille algérien : « L'épouse a le droit de : ... disposer de ses biens en toute liberté ».

Article 24 du Code du statut personnel tunisien : « Le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de sa femme ».

³ Article 11 du Code du statut personnel tunisien : « Peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes et aux biens ». « Ce régime n'est pas du tout appliqué en Tunisie, car il est ignoré des Tunisiens ». Cf. A. C. CHAMARI, *La femme et la loi en Tunisie*, éditions Bouchène, coll. « Femmes Maghreb Horizon 2000 », 1991, p. 51.

⁴ A. C. CHAMARI, *La femme et la loi en Tunisie*, op. cit., p. 50.

convient de le liquider, que ce soit lors du divorce ou lors du décès de l'un des époux. Pendant la vie du couple, la gestion des biens des époux est beaucoup plus fuyante.

141. Afin d'étudier l'acculturation des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France, a été émise l'hypothèse selon laquelle ces couples, pour retrouver le régime de la séparation de biens, auraient pris des dispositions en ce sens. Les entretiens avec les notaires ont permis de constater que tel n'est pas le cas. Les époux d'origine maghrébine ne se présentent pas devant le notaire pour adopter le régime de la séparation de biens. De même, l'étude des dossiers de la 1^{re} chambre civile du tribunal de grande instance n'a pas permis d'établir qu'ils changeaient de régime matrimonial. De plus, il a été relevé sur ce point que derrière le terme de contrat de mariage, les personnes d'origine maghrébine ne visent pas la même institution. Pour celles-ci, le contrat de mariage est en vérité l'acte de mariage qui sert à prouver le mariage et qui contient les éléments que l'on retrouve dans l'acte de mariage français dressé par l'officier de l'état civil ainsi que la mention de la dot. Aussi, dans l'esprit des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine, il n'est pas utile de faire un contrat qui organise les relations patrimoniales des époux. En outre, il semble, selon un des notaires rencontrés, que la gestion quotidienne du patrimoine familial se fasse selon le régime de la séparation de biens. Lorsque notamment le mariage a été célébré dans les pays d'origine, les intéressés considèrent que leur vie familiale est régie par les règles de ce pays. Il apparaît donc que les pratiques du pays d'origine relative à la gestion du patrimoine familial demeurent vivaces sur le territoire français.

142. En outre, il est certain que la pleine capacité de la femme mariée est essentiellement théorique. Ce principe est en contradiction avec le devoir d'obéissance que l'épouse doit à son mari. La capacité de la femme mariée « reste pour le moins relative »¹. Bien souvent, l'épouse est totalement dépendante de son époux sur le plan patrimonial, car elle ne peut exercer une activité qu'avec le consentement de son époux. Cette absence d'autonomie financière de l'épouse a été relevée dans trois dossiers du juge des enfants. Elle constitue une source de litige entre les époux ou au moins une souffrance pour l'épouse. De même, un des notaires a indiqué que, bien souvent, les Maghrébins ou les personnes d'origine maghrébine achetaient un immeuble pour le logement de la famille avec un apport personnel relativement important par rapport aux nationaux. Dans de nombreux cas, le mari achète seul le bien immobilier. Parfois, il l'achète en indivision avec ses filles et non pas avec son épouse².

143. En conclusion, les rapports patrimoniaux des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France semblent influencés par les pratiques et la culture juridiques des pays d'origine. Malheureusement, déterminer dans quelle proportion cette influence s'exerce est impossible. Il vrai que les magistrats n'ont pas eu à traiter de problèmes propres au droit musulman, tel que le paiement de la dot. Mais, l'importance du rôle du mari qui doit assurer l'entretien de la femme et de la famille apparaît de manière fuyante au sein des dossiers du tribunal de grande instance de Lyon, et de manière beaucoup plus prononcée lors des entretiens avec les magistrats, avocats et notaires. Cette prédominance du mari est établie de manière encore plus fugace en ce qui concerne les effets personnels du mariage.

B. Les effets personnels du mariage

144. L'objet de cette partie est d'étudier le statut respectif des époux au sein de la famille, les relations qu'entretiennent l'homme et la femme dans les familles maghrébines ou d'origine

¹ F. SAHERANE, *Jurisclasseur*, *op. cit.*, p. 18, n° 180.

² Il semble que l'accès à la propriété immobilière soit également fermé à l'épouse dans le pays d'origine. Cf. A. C. CHAMARI, *La femme et la loi en Tunisie*, *op. cit.*, p. 51 : « La prééminence du mari, fortement intérieurisée par les femmes, entraîne des acquisitions immobilières presque systématiquement au nom du mari ».

maghrébine en France. La principale pierre d'achoppement entre les deux législations résulte, à nouveau, des conceptions différentes de la famille. Le droit français pose le principe de l'égalité des époux alors que le droit musulman de la famille est fondé sur une conception patriarcale, caractérisée par une certaine complémentarité entre époux¹. Cette conception se retrouve dans l'ensemble des législations modernes².

145. En droit musulman classique, des obligations reposent aussi bien sur l'homme que sur la femme. L'homme est d'abord tenu de cohabiter avec son épouse. Il doit également consommer le mariage et s'acquitter tout au long du mariage du devoir conjugal. Il lui faut, par ailleurs, procéder à partage égal des nuits s'il a plusieurs épouses. En outre, il doit s'abstenir de tous sévices excessifs. Enfin, il doit laisser sa femme rendre visite à sa mère, son père et ses parents au degré prohibé, ce qui signifie *a contrario* qu'il peut contrôler les autres sorties de sa femme. Cette dernière doit obéissance à son mari, doit habiter au domicile conjugal qu'elle ne peut choisir. Le devoir de fidélité l'oblige seule³.

146. À peu de choses près, les législations modernes reprennent ces différents devoirs et obligations des époux, mais de manière implicite seulement. Les textes relatifs aux effets personnels du mariage ou aux relations entre époux sont très courts. Ainsi, s'agissant de l'obligation de cohabitation, elle n'est reprise expressément que par la *Moudawana*⁴. Le Code de la famille algérien évoque l'obligation pour les deux époux de sauvegarder « les devoirs de la vie commune ». Le Code du statut personnel tunisien est muet sur le sujet. De même, ce Code ne reprend pas l'obligation de partage des nuits pesant sur le mari dès lors que la polygamie est interdite et l'obligation de fidélité est réciproque. En revanche les deux autres Codes reprennent l'obligation de partage des nuits entre les différentes épouses⁵. Les Codes établissent également l'obligation pour le mari de laisser son épouse entretenir des relations avec sa famille⁶.

147. S'agissant des obligations de la femme, les Codes sont également peu diserts. Les Codes marocain et algérien reprennent l'obligation de fidélité, d'obéissance au mari et de respect à l'égard de la famille de l'époux. Le Code du statut personnel tunisien est beaucoup plus vague puisque l'article 24 alinéas 3 et 4 dispose que « la femme doit respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille et, dans cette mesure, lui doit obéissance. La femme doit remplir ses devoirs conjugaux, conformément aux usages et à la coutume ». Les Codes ne s'étendent pas longuement sur les obligations réciproques et respectives des époux car bien souvent le législateur a considéré que ces obligations coulaient de source ou parce qu'il renvoie au droit musulman classique. Ainsi en est-il du droit de correction qui a été consacré par la jurisprudence

¹ H. FULCHIRON, *Femmes et migrations : établir le droit fondamental à l'égalité dans le cadre de la diversité culturelle*, Séminaire international, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, pp. 6-7.

² Article 36-2^o de la *Moudawana* : « Les droits du mari à l'égard de sa femme sont... l'obéissance conformément aux convenances ».

Article 39-1^o du Code de la famille algérien : « L'épouse est tenue d'obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille ».

Article 23 alinéa 3 du Code du statut personnel tunisien : « La femme doit respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille et, dans cette mesure, lui doit obéissance ».

³ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, pp. 51-59.

⁴ Article 34-1^o de la *Moudawana* : « Les droits et devoirs réciproques entre époux sont : la cohabitation (...) ».

⁵ Article 35-2^o de la *Moudawana* : « Les droits de l'épouse à l'égard de son mari sont (...) l'égalité de traitement avec les autres épouses en cas de polygamie ».

Article 37-2^o du Code de la famille algérien : « Le mari est tenu d'agir en toute équité envers ses épouses s'il en a plus d'une ».

⁶ Article 35-3^o de la *Moudawana* : « Les droits de l'épouse à l'égard de son mari sont (...) l'autorisation de rendre visite à ses parents et de les recevoir dans la limite des convenances ».

Article 38-1^o du Code de la famille algérien : « L'épouse a le droit de visiter ses parents prohibés et de les recevoir conformément aux usages et aux coutumes ».

marocaine¹. En revanche, ce droit n'est pas reconnu par la jurisprudence tunisienne. Il reste que, dans les textes, la conception patriarcale de la famille marque profondément les relations entre époux dans la famille maghrébine ou d'origine maghrébine. Il convient de rechercher quelles sont les pratiques familiales de ces populations résidant en France.

148. Pour ce faire, le choix d'une étude strictement juridique de l'acculturation juridique des Maghrébins ou populations d'origine maghrébine en France marque rapidement ses limites. En effet, en s'interdisant tous constats directs, les rapports personnels des époux n'ont pu être observés qu'incidemment lors de l'étude des dossiers de divorce, des dossiers du juge des enfants et lors des entretiens avec différentes personnes du monde juridique au sens large.

1. Les effets personnels du mariage dans les dossiers de divorce

149. Le juge aux affaires familiales est saisi d'un divorce soit par les deux époux qui désirent se séparer par consentement mutuel, soit par l'un des époux qui présente à l'encontre de son conjoint un certain nombre de griefs qui pour être retenus par le juge doivent constituer une faute, c'est-à-dire une violation d'un devoir ou d'une obligation du mariage.

150. S'agissant du divorce par consentement mutuel, ils semblent relativement peu nombreux par rapport aux divorces des nationaux². On aurait pu imaginer que le devoir d'obéissance de l'épouse aille jusqu'à obéir sur le principe et la nature du divorce imposé par son conjoint. Bien entendu, les magistrats sont vigilants quant à la réalité du consentement. Ils n'ont jamais indiqué avoir été saisis d'un divorce par consentement mutuel pris à l'initiative du seul mari et auquel l'épouse se serait soumise.

151. Les divorces pour faute apportent peu d'éléments relatifs à la nature des rapports qu'entretiennent les époux maghrébins ou d'origine maghrébine au sein de la famille³. L'analyse de l'ensemble des données recueillies est réalisée dans la partie relative au divorce. Seules les fautes invoquées vont être brièvement reprises afin de mettre en valeur les rapports entre époux au sein des familles maghrébines⁴. Deux types de violation des obligations du mariage par l'homme sont essentiellement invoqués par la femme. Les violences constituent de loin le principal grief invoqué par les femmes puisqu'il représente 34,6% des fautes justifiant le prononcé d'un divorce pour faute. L'abandon du domicile conjugal constitue la deuxième faute la plus souvent retenue par le juge. Il représente 21,5% des causes de divorce pour faute. Les autres fautes sont plus marginales et se répartissent entre l'adultère, l'alcoolisme, l'attitude injurieuse ou humiliante, l'enlèvement d'enfant.

152. Il n'est pratiquement pas possible d'en tirer quelque enseignement que ce soit. Seule la part prépondérante des divorces pour violences du mari peut éventuellement faire l'objet d'un commentaire des plus réservé. Le droit musulman classique parfois consacré par les tribunaux des États d'origine reconnaît un droit de correction au mari. Ce droit doit être exercé sans excès. Il constitue en quelque sorte un moyen d'assurer le respect par l'épouse de son obligation d'obéissance et assoit la place prépondérante de l'époux au sein de la famille. Son exercice semble avoir cours entre époux qui résident en France. Il semble également que ce soit un des droits du mari reconnu par la culture juridique du pays d'origine qui soit le moins bien accepté par les femmes maghrébines en France. Un tel droit est bien en totale contradiction avec la conception française des rapports entre époux. Les femmes ont bien intégré ce principe

¹ F. SAHERANE, *Jurisclasseur*, *op. cit.*, p. 17, n° 165 et p. 20, n° 213.

² Cf. *infra*, n° 398.

³ Il est inutile de revenir sur le défaut d'entretien qui a déjà été analysé dans la partie relative aux effets patrimoniaux du mariage, cf. *supra*, n° 135.

⁴ Pour une analyse approfondie des différentes fautes, cf. *infra*, n° 408.

puisqu'elles ne semblent pas accepter que leur époux l'exerce sur le territoire français. Il semble pourtant que les violences entre époux ne constituent pas une spécificité des couples maghrébins. En effet, les services de police ont indiqué qu'ils ne recevaient pas plus de plainte pour violences émanant des femmes maghrébines ou d'origine maghrébine que pour les épouses d'autres nationalités. Ils constatent simplement que les violences lorsqu'elles existent sont peut-être exercées de manière plus intense.

153. L'examen des violations des devoirs et des obligations du mariage de la femme présentées par le mari lorsqu'il est demandeur à l'instance ne révèle rien quant à leurs rapports personnels. Sans qu'aucune tendance ne se dessine, les violences physiques ou morales, la vie dissolue du conjoint, l'abandon du domicile conjugal, l'attitude injurieuse constituent les fautes principales invoquées par l'époux qui demande le divorce.

2. *Les effets personnels du mariage dans les dossiers des juges des enfants*

154. Certains constats ont pu également être réalisés lors de l'étude des dossiers des juges des enfants. Ils ne peuvent en aucun cas être généralisés. En effet, il convient d'établir plusieurs réserves. En premier lieu, ces constats n'ont été faits qu'à l'occasion de situations conflictuelles ou pathologiques. Aucune indication n'apparaît donc quant aux rapports personnels des époux maghrébins ou d'origine maghrébine au sein d'une famille sans problème particulier. En second lieu, le nombre de dossiers du juge des enfants laissant apparaître des données quant aux rapports personnels des époux est faible (14), ce qui est logique dans la mesure où la procédure concerne en premier lieu les enfants issus du couple. Enfin, les dossiers des juges des enfants concernent des mineurs pour lesquels une mesure de protection est envisagée ou prononcée. Les dossiers étudiés concernent des procédures engagées à partir de 1985. Les parents des enfants faisant l'objet de ces procédures sont tous nés avant 1959. Dès lors, les constats établis ne concernent que des couples relativement âgés aujourd'hui. Rien n'apparaît quant aux couples les plus récemment formés.

155. En dépit de toutes ces réserves, on constate d'abord que le modèle traditionnel de la famille musulmane est encore présent. Ensuite, l'existence sur le territoire français de ce modèle est très souvent à l'origine de conflits nécessitant l'intervention du juge. Enfin, ce conflit que l'on peut qualifier de culturel présente deux visages. Tantôt il oppose les parents aux enfants et, dans cette hypothèse, les rapports personnels des époux semblent être en conformité avec les règles et la culture juridiques du pays d'origine. Tantôt il oppose les époux entre eux et le conflit parental est la source du danger nécessitant l'intervention du juge des enfants. Dans cette seconde hypothèse, l'époux tente d'imposer la structure patriarcale de la famille que la femme, influencée par le modèle français, rejette.

156. Dans le premier type de conflits, ce sont les relations entre les parents et les enfants qui sont à l'origine de la mesure de protection. Mais la structure patriarcale de la famille et l'autoritarisme du père apparaissent au détour de certains dossiers.

Ex. : « Les deux parents sont d'origine algérienne, vivent selon leur culture arabe et suivent les principes de la religion musulmane de manière rigoureuse. Monsieur travaille depuis 17 ans. Madame est mère au foyer et s'occupe des enfants ».

Ex. : « L'enfant est confronté à la tradition musulmane imposée par le père, la mère n'ayant d'autres possibilités que de faire pareil ».

Ex. : « Le mari menace de renvoyer sa femme et ses enfants en Algérie car ils sont la source de tous ses maux ».

Ex. : Le mari part à la retraite en Algérie en 1984. Jusqu'alors restés en France, son épouse et ses enfants mineurs le retrouvent dès 1985. Les enfants ne s'adaptent pas du tout à la vie en Algérie. En 1987, la mère revient en France avec les enfants mineurs qu'elle abandonne rapidement pour rejoindre son époux resté en Algérie. (*Il est impossible de savoir si la femme rejoint son époux parce qu'il lui impose ou parce qu'elle se désintéresse elle aussi des enfants*).

157. Dans le second type de conflits, le juge des enfants est saisi parce que les enfants sont en danger alors que cette situation résulte d'un conflit entre époux qui est souvent révélateur des rapports personnels qu'ils entretiennent. Dans tous les cas, l'époux revendique le statut que lui confère le droit musulman alors que, confrontée au modèle français, l'épouse revendique un statut plus avantageux.

Ex. : « Le père ne donne aucune autonomie à son épouse ».

Ex. : « Madame accepte mal la vie selon la culture et la coutume marocaines... et se voit interdire les sorties et les fréquentations de voisinage ».

Ex. : « Le père ne donne aucune autonomie à la mère ».

Ex. : « L'époux regrette que sa femme n'ait pas voulu reproduire le style de vie de sa propre mère... L'épouse évoque une vie d'obéissance totale à son mari et sa belle-mère qui avaient seuls l'initiative de ses relations avec l'extérieur ».

3. Les effets personnels du mariage tels qu'ils ressortent des différents entretiens

158. Des différents entretiens, il ressort nettement que la famille maghrébine résidant en France est largement patriarcale. Sur ce point, les données recueillies doivent être prises avec la plus grande réserve, voire complètement rejetées. En effet, il semble que les personnalités interrogées soient prisonnières de la vision caricaturale de la famille maghrébine et que l'appréhension des problèmes dont ils ont à connaître se fasse par une lecture qui passe par cette grille simplificatrice et *a priori*. Par exemple, certains juges des tutelles ont insisté sur le fait qu'ils tenaient compte de l'origine culturelle pour nommer un tuteur. Ils choisissent de préférence le frère aîné à la mère afin, notamment, de respecter la structure patriarcale de la famille et assurer, de la sorte, l'effectivité de leur décision. A partir de ce constat, il est aisément de retenir que la famille maghrébine en France est encore très largement influencée par ce modèle. La question se pose pourtant de savoir si cela répond véritablement à une attente ou une revendication des populations concernées.

159. Quoi qu'il en soit, toutes les personnes d'origine française rencontrées s'accordent à considérer que le mari est le chef de famille et que l'épouse demeure soumise, même si certaines d'entre elles constatent une émancipation de la femme musulmane. Lorsque la femme ne se soumet pas à l'autorité maritale, la rupture du couple est pratiquement inévitable. Seul un des notaires rencontrés a pu donner un exemple concret de cette obéissance de l'épouse envers le mari. Il s'agit des cas où un acte pris à l'initiative du mari requiert la participation de l'épouse, comme par exemple l'adoption d'un régime matrimonial séparatiste. Le seul fait de faire signer l'épouse constitue un obstacle majeur à la réalisation de l'acte. D'abord l'époux ne voit pas d'un bon œil l'intervention de son épouse. Si jamais, il accepte son intervention, l'épouse refuse pour deux raisons qui témoignent encore de l'infériorité de la femme au sein du couple. Le plus souvent, elle refuse par peur car, habituellement, on ne lui demande jamais son avis et on l'a fait encore moins signer un document officiel. Parfois, elle refuse par provocation : pour une fois que son avis est requis, elle va le faire entendre en refusant de participer à l'acte.

CONCLUSION

160. Comme il a déjà été dit dès l'introduction de ce chapitre, la méthodologie de l'enquête n'a pas permis une observation véritable et directe des effets personnels des époux maghrébins ou d'origine maghrébine résidant en France. En dépit de ces réserves, il est permis de tirer un certain nombre de conclusions éclairantes.

161. Les époux maghrébins ou d'origine maghrébine n'ont pas recours aux instruments juridiques français pour régir leurs rapports pécuniaires notamment avec le plus de conformité possible avec les règles du pays d'origine. Lorsqu'ils saisissent le juge, leur dossier ne présente pas de particularité qui soit susceptible d'établir avec certitude leur acculturation juridique. Si ce n'est peut-être que leur litige présente devant le juge tous les traits d'un litige entre époux nationaux.

Les rapports personnels des époux maghrébins ou d'origine maghrébine semblent échapper à l'intervention du droit sauf lorsque l'épouse, suffisamment intégrée, saisit une juridiction et lorsque les enfants issus du couple sont en danger. Le sentiment que le modèle traditionnel et patriarchal de la famille s'exerce encore ne peut dépasser le stade de l'impression.

Ce sentiment vient confirmer les conclusions tirées à propos de la formation du mariage qui apparaît aussi largement influencée par la culture juridique du pays d'origine : la dimension familiale du mariage, la dot, le choix d'un coreligionnaire constituent des caractéristiques des mariages étudiés. Il s'agit d'ailleurs d'éléments sur lesquels le droit français ne peut avoir aucune emprise. En revanche, la polygamie n'existe plus chez les Maghrébins ou les populations d'origine maghrébine en France. Il est vrai que sur ce point la réaction du droit français est importante.

La conclusion semble donc frappée au coin du bon sens : la culture juridique du pays d'origine demeure prégnante. Pour autant, l'est-elle toujours avec la même intensité, présente-t-elle toujours les mêmes caractéristiques, existe-t-il des différences marquantes selon la nature du couple ou la génération des personnes qui le composent ?

Autant de questions auxquelles le juriste ne peut répondre avec certitude.

- CHAPITRE III -

L'ANNULATION DU MARIAGE

L'ANNULATION DU MARIAGE

Etienne CORNUT
Alain DEVERS

INTRODUCTION

162. Le mariage est l'union solennelle d'un homme et d'une femme en vue de la formation d'une famille. Ce terme désigne également l'acte juridique créateur de l'union. La validité de l'union conjugale est donc soumise, comme tout acte juridique, tant à des conditions de fond qu'à des conditions de forme. L'annulation du mariage « intervient [alors] comme la sanction civile soit de l'absence, soit de l'imperfection, de l'une des conditions requises pour la formation du lien »¹.

163. Dès lors que la célébration du mariage révèle la présence d'un élément d'extranéité², l'étude de son annulation se complique. Sont alors en présence deux ou plusieurs systèmes juridiques nationaux qui exigent la résolution d'un conflit de juridictions et d'un conflit de lois. Le juriste s'interroge d'abord sur la compétence de la juridiction, française ou étrangère, pour statuer sur la demande d'annulation, puis sur la compétence de la loi pour régir les conditions de formation du mariage et les effets de l'annulation³.

164. L'étude des dossiers de la première chambre civile du tribunal de grande instance de Lyon n'a pas permis de mettre en évidence un problème relatif aux **conflits de juridictions**: la compétence des juridictions lyonnaises n'a jamais été remise en question, même en tant que moyen de défense. La très large compétence des juridictions françaises explique cette absence de contestation. Elles sont compétentes chaque fois qu'une personne française est partie au litige soit comme demandeur⁴, soit comme défendeur⁵. En conséquence, toutes les demandes en annulation de mariage mixtes ressortissent à leur compétence. De plus, depuis l'arrêt *Patiño*⁶, les tribunaux français se reconnaissent également compétents pour connaître des litiges entre deux époux étrangers, dès lors que l'un d'eux réside en France⁷.

¹ J. CARBONNIER, *La famille*, P.U.F., coll. « Thémis », 18^e éd., 1997.

² On est en présence d'un élément étranger notamment quand l'un des époux est étranger ou lorsque le mariage a été célébré à l'étranger.

³ Pour une étude complète de la matière voir B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2^e éd. 1997, n° 647 et s ; F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, Tome 1 *Aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 3^e éd. 1997, n° 168 et s.

⁴ Article 14 du Code civil.

⁵ Article 15 du Code civil.

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1948, *Patiño*, J.C.P. 1948, II, 4422, note LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; S. 1949, 1, p. 121, note NIBOYET ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1949, 557, note FRANCESKAKIS.

⁷ Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1959, *Pelassa*, D. 1960, jur. p. 37, note HOLLEAUX ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1960, p. 215, note LEQUETTE.

165. Le juge français s'interroge ensuite sur la compétence de la loi française pour régir le rapport de droit, c'est-à-dire les conditions de formation du mariage: la validité de l'union s'apprécie-t-elle au regard de la loi française ou de la loi étrangère ? La validité de l'union conjugale est classiquement soumise à des conditions de fond et à des conditions de forme, le mariage étant un acte juridique solennel. La règle de **conflit de lois** française reprend cette distinction.

166. Les **conditions de validité au fond** du mariage sont déterminées par la loi personnelle des époux¹; il en est ainsi de la capacité des futurs époux², de leur consentement au mariage³, de leur aptitude physique et des mécanismes d'autorisations familiales. Lorsque les époux sont de nationalités différentes, ces conditions s'apprécient de manière distributive, c'est-à-dire selon la loi nationale de chacun des deux époux⁴. Plus rarement certaines conditions, appelées empêchements bilatéraux, concernent à la fois les deux époux et doivent donc être appliquées de manières cumulative⁵ (prohibition de la polygamie pour les ressortissants français).

167. Quant aux **règles de forme** du mariage, la règle de conflit française désigne la loi du lieu de célébration pour en régir les conditions⁶. Il convient d'ajouter enfin que « la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celles des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français »⁷. Au cours des recherches auprès des archives du Tribunal de grande instance de Lyon, aucun dossier n'a fait application de la loi étrangère, même si parfois elle semblait être compétente au regard du droit international privé français.

168. Le juge français qui prononce la nullité d'un mariage doit également statuer sur les conséquences de sa décision. Un nouveau conflit de lois surgit: quelle est la loi compétente pour régir les **conséquences de l'annulation** ? La Cour de Cassation a décidé que la loi d'où résulte la nullité du mariage en régit les conséquences comme les tempéraments qu'elle y apporte⁸. Ainsi, si le juge prononce la nullité du mariage au regard de la loi française, la putativité peut être accordée à l'époux de bonne foi, selon les règles édictées par le Code civil.

169. La loi étrangère, reconnue compétente pour régir la cause de l'annulation du mariage et ses conséquences, doit être prouvée. La jurisprudence opère ici une distinction entre les droits disponibles⁹ et indisponibles¹⁰. Quant aux droits indisponibles, la partie qui se prévaut d'une disposition étrangère doit en faire la preuve. Pour les droits disponibles, la Cour de Cassation semble maintenant faire entrer dans l'office du juge la recherche et la preuve de la loi étrangère. Le juge peut évidemment solliciter les parties dans ses recherches. La preuve de la loi étrangère

¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1956, *Veuve Moreau*, D. 1958, jur. p.709, note BATTIFOL ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1956, p. 305, note FRANCESKAKIS ; *J.C.P.* 1956, II, 9549 note WEILL ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, 3^e édition, p. 225, n° 28.

² TGI Paris, 15 mars 1972, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1973, p. 509, note ALEXANDRE.

³ Paris, 7 juin 1973, *J.C.P.* 1973, II, 17539, note GOUBEAUX.

⁴ Par exemple, Paris, 9 juin 1995, *D.* 1996, somm. p. 171, obs. AUDIT.

⁵ P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien , Coll. Précis Domat, 6^e éd., 1998, n° 549.

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Moatti*, D. 1983, jur. p. 431, note AGOSTINI ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1983, p. 300 note BISCHOFF ; *Clunet* 1983, p. 595 note LEHMANN.

⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, D. 1956, jur. p. 73, note CHAVRIER ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, p. 723 note BATTIFOL ; *Journal des juristes hellènes* 1956, p. 217 note FRANCESKAKIS ; *Clunet* 1955, p. 682 note STALELLI ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, 3^e édition, p. 215, n° 27.

⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1956, *Veuve Moreau*, préc.

⁹ Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, *Soc. Balenciaga*, Bull. civ. I, n° 199 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1989, p. 55, note ANCEL.

¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, *M. A. c. Mme B.*, Bull. civ. I, n° 222 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, 3^e édition, p. 617 , n° 77 § 16.

est libre, elle peut être faite par tous moyens¹. Les recherches auprès du Tribunal de grande instance de Lyon n'auront pas apporté d'éléments sur l'application de cette distinction jurisprudentielle ; la loi étrangère n'ayant jamais été invoquée de manière argumentée.

Quand il existe une impossibilité matérielle d'établir la teneur de ce droit, le juge ne peut pas refuser de trancher le litige². Il y a lieu d'appliquer la loi française du for, en raison de sa vocation subsidiaire³. Dans ces cas de carence, la loi française peut recevoir application pour statuer sur la validité du mariage. Mais, peut-elle n'intervenir que sur les conséquences de l'annulation ? Cette interrogation restera, pour cette étude, sans réponse.

170. Les données de la recherche - N'ont été retenues que les procédures en annulation de mariage de couples mixtes (français - maghrébin), de couples de maghrébins, et de couples dont l'un au moins des époux est d'origine maghrébine. Ainsi, la notion de couple mixte utilise intégrale une dimension culturelle. La recherche en archive a permis de dénombrer 54 dossiers de demande en nullité pour la première chambre civile du tribunal de grande instance de Lyon pour les années 1996 et 1997.

Quant à la nationalité des époux, la répartition s'opère comme suit :

Tableau 10
Répartition des 54 dossiers en fonction de la nationalité des époux

	Nombre de couples sur 54	Pourcentage
Français / Maghrébin	43	79,65
Maghrébin / Maghrébin	6	11,1
Français-Maghrebain / Maghrébin	2	3,7
Couples de nationalité inconnue	2	3,7
Français d'origine maghrébine / Maghrébin	1	1,85

171. Le ministère public est demandeur à l'annulation du mariage dans 61,1 % des dossiers (soit 33 dossiers sur 54), contre 21,1 % pour l'épouse (soit 13 dossiers sur 54) et 14,8 % pour le mari (soit 8 dossiers sur 54).

172. Il n'est pas rare que la demande d'annulation vise à la fois plusieurs textes du Code civil. Les demandes des parties s'appuient majoritairement sur un défaut de consentement (23 dossiers). Viennent ensuite l'incompétence de l'autorité célébrante (11 dossiers), le vice du consentement (8 dossiers), la bigamie (8 dossiers) et enfin le défaut de comparution (5 dossiers). On retrouve ces causes de nullité dans les conclusions des parties. Sur les 54 demandes présentées, n'ont été prononcées que 37 nullités du mariage : 14 pour défaut de consentement, 10 pour incompétence de l'autorité célébrante, 6 pour bigamie, 4 pour défaut de comparution personnelle, et 3 pour simple vice du consentement.

Il faut noter le fort pourcentage d'échec des procédures dépassant 30 % de l'ensemble du contentieux (soit 17 dossiers sur 54). Il s'explique en partie par l'attitude des parties qui se désistent de leur demande, ou laissent leur assignation devenir caduque (5 cas sur 17). Sur les 33 instances introduites par le Procureur de la République, six ont abouti à un rejet de la demande de nullité. Pour les demandes émanant directement de l'un des époux, on dénombre 6 rejets (soit 6 rejets pour 21 demandes).

¹ Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1987, *Sfez c. Cohen*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1988, p. 329, note ANCEL.

² Et ce, sous peine de se rendre coupable du déni de justice de l'article 4 du Code civil.

³ Pour une illustration, Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 1991, *UAP c. Mainier*, *Bull. civ. I*, n° 8 ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1991, p. 569, note MUIR-WATT.

Tableau 11

Distinction entre les causes de nullité invoquées par les parties ou le Ministère public, et celles retenues par le juge

	Cause de nullité invoquée	Cause de nullité retenue
Défaut de consentement invoqué	24	14
Incompétence de l'autorité célébrante	11	10
Bigamie	8	6
Défaut de comparution personnelle	5	4
Vice du consentement	8	4

173. Cette présentation du contentieux de l'annulation des mariages internationaux, permet de voir le décalage qui existe entre la théorie et la pratique judiciaire. Aucune application de la loi étrangère n'a été mise en évidence. Seule la loi française est invoquée par les parties ou le ministère public ; et elle seule est appliquée par le juge national.

I. LES CAUSES DE NULLITÉ RETENUES PAR LE JUGE

174. La validité du mariage est conditionnée par des règles de fond et des règles de forme.

A. Les conditions de forme du mariage

175. Les conditions de forme du mariage sont soumises à la loi du lieu de célébration¹. Pour les mariages célébrés en France, la loi française impose différentes formalités préalables à la célébration par l'officier de l'état civil. Dans une moindre mesure, les mariages consulaires sont admis.

1. Les formalités préalables à la célébration

176. L'article 63 du Code civil impose la publication préalable des bans de mariage, et ce afin que ceux qui auraient connaissance d'un empêchement à mariage soient en mesure de le faire savoir. Il s'agit ici de prévenir les mariages clandestins. Les futurs époux doivent aussi fournir certains documents: acte de naissance, consentement écrit des parents au mariage des mineurs, certificat médical prénuptial.

Les mariages célébrés en France doivent respecter ces formalités préalables. Seuls trois dossiers font référence au vice de clandestinité; il s'agit de mariages consulaires célébrés en France. L'officier de l'état civil n'a pas à tenir compte d'une éventuelle application d'une loi étrangère prescrivant une publication préalable dans le pays d'origine des futurs époux dès lors qu'ils n'y ont plus leur résidence habituelle². Le mariage à l'étranger d'un français étranger doit également être précédé de la publication des bans en France³. L'interprétation de cette disposition semble poser certaines difficultés, car sous le visa de l'**article 170 du Code civil**, le mariage d'un Français en Algérie a été annulé comme n'ayant « pas été célébré devant un officier d'état civil français ». Pourtant, le décret n° 46-1917 du 19 août 1946 ne prévoit l'intervention de l'officier d'état civil français que pour délivrer « un certificat de capacité à mariage attestant que la publication prescrite à l'article 63 du Code civil a [bien] été effectuée »⁴. L'omission de cette

¹ Cf. n° 163.

² Article 547 de l'Instruction générale relative à l'état civil.

³ Article 170 du Code civil.

⁴ Article 10 dudit décret.

formalité n'entache le mariage de nullité que si elle a « un caractère intentionnel générateur de clandestinité »¹ ; c'est-à-dire si les époux ont eu le désir de contourner un obstacle qui empêchait leur mariage en France² ou d'échapper à l'opposition d'un parent³. Si par ailleurs l'omission de cette formalité a été compensée par une publicité suffisante, la nullité n'est pas encourue⁴.

2. La célébration par l'officier de l'état civil

177. L'officier de l'état civil a seul compétence pour marier les époux de nationalité différente. Dans l'hypothèse où les futurs époux ont la même nationalité, l'autorité consulaire ou diplomatique étrangère peut célébrer le mariage. En tout état de cause, le mariage religieux est sans valeur s'il n'est précédé d'un mariage civil⁵.

178. En principe, le mariage doit être célébré à la mairie du domicile ou de la résidence de l'un des époux par l'officier de l'état civil⁶. La France autorisant ses agents diplomatiques en poste à l'étranger à célébrer les mariages entre les ressortissants français⁷, le droit français reconnaît la validité des unions célébrées en France par les autorités diplomatiques ou consulaires étrangères, à la condition que les deux époux soient de la même nationalité que l'autorité célébrante et que celle-ci tienne de sa propre loi le pouvoir de célébrer des mariages⁸. L'article 5 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 consacre cette capacité réciproque. Si les époux ne sont pas de même nationalité, le mariage doit obligatoirement être célébré par l'officier de l'état civil français territorialement compétent⁹. Ainsi, le mariage d'un ressortissant français, en France, dans un consulat étranger est nul¹⁰. Il en va de même quand les deux étrangers sont de nationalités différentes¹¹. L'incompétence de l'autorité consulaire pour célébrer un mariage mixte a été soulevée onze fois par le ministère public. Dix instances ont abouti au prononcé de la nullité du mariage (soit 91 %). Le ministère public doit impérativement rapporter la preuve que l'un des époux est français, ce qui paraît être facilité par la production des pièces d'identité des parties. On a tout de même relevé un cas de carence probatoire du ministère public. Ce dernier n'a pas pu établir le fondement sur lequel l'époux aurait acquis la nationalité française.

Les époux invoquent, en défense, leur bonne foi et surtout l'inutilité de la procédure. Cette exception de bonne foi est évidemment inefficace; les arguments avancés sont pourtant pertinents. Bien souvent l'époux ignore légitimement avoir acquis la nationalité française. Il le découvre pendant la procédure. L'époux se trouve parfois conforté dans son sentiment d'extranéité par la délivrance d'un titre provisoire de séjour. L'autorité administrative participe donc de cette confusion des sentiments d'appartenance. Les époux invoquent également le fait qu'ils habitent habituellement à l'étranger et qu'ils ont cru pouvoir s'en remettre au consulat de leur pays de résidence pour célébrer leur union. De plus, l'annulation est une sanction absurde dans la mesure où les couples font tous part, au cours de la procédure, de leur intention de se

¹ H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tome 1, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n° 421.

² Cass. civ. 1^{re}, 13 février 1961, *D.* 1961, jur. p. 349, note HOLLEUAX. Paris, 2 décembre 1966, *J.C.P.* 1967, II, 15278, note BOULBES ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, p. 530, note MALAURIE. TGI Troyes, 9 novembre 1966, *Gaz. Pal.* 1967, I, 81. TGI Paris, 11 mars 1980, *J.C.P.* 1980, II, 19412, note PAIRE.

³ Montpellier, 27 mai 1997, *J.C.P.* 1998, IV, 1280.

⁴ Pour le mariage de Sarah Bernard à Londres cf. Seine, 12 juillet 1888, *Clunet* 1889, p. 461.

⁵ Not. Paris, 8 décembre 1992, *D.* 1994, jur. p. 272, note HOCHART.

⁶ Articles 165 du Code civil et s.

⁷ Il faut noter tout de même que le décret du 26 octobre 1939 donne compétence aux agents consulaires et diplomatiques pour célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère dans certains pays limitativement énumérés.

⁸ Trib. Seine, 15 mars 1932, *D.* 1934, 2, 75. Reims, 19 janvier 1976, *Clunet* 1976, p. 916, note FADLALLAH.

⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2^{ème} éd., 1997, p. 533, n° 644.

¹⁰ En ce sens Cass. civ. 1^{re}, 30 juillet 1900, *S.* 1902, I, 225, note WAHL ; *D.* 1901, I, 317, concl. DESJARDINS. Et TGI Paris, 24 février 1975 : *D.* 1975, jur. p. 379, concl. PAIRE, note MASSIP.

¹¹ Douai, 1^{er} avril 1936 : *D.* 1936, 2, 70.

remarier si cette dernière aboutit. Le désir de protéger l'époux français ne justifie donc pas ces procédures.

179. Le droit international privé français classe le caractère civil et religieux du mariage dans la catégorie des questions de forme dont l'appréciation est entièrement soumise à la loi du lieu de célébration¹. Il importe donc de déterminer avec précision le lieu de célébration du mariage, seul facteur de rattachement. Cette précision peut paraître superflue mais l'on a constaté le rejet de la demande d'une épouse, car elle contenait des mentions inexactes relatives au lieu de célébration du mariage.

Ainsi, le juge français apprécie la validité d'un mariage hébraïque célébré en Allemagne au regard de la loi allemande², loi qui dénie toute valeur juridique au mariage religieux. La loi française³ ne reconnaît la validité des mariages religieux qu'autant qu'ils ont été précédés d'un mariage civil⁴. Inversement, le mariage civil des étrangers célébré en France est valable même si leur loi nationale imposait une célébration religieuse⁵.

Bien que les entretiens laissent entrevoir l'existence de mariages religieux, cette recherche n'aura pas permis leur mise en évidence. Aucune demande en annulation d'un mariage strictement religieux n'a été introduite durant la période d'étude. Aucun des dossiers ne fait référence, même de manière détournée, à ce genre d'union. Quelles conclusions peut-on en tirer ? La réponse doit être extrêmement nuancée. On pourrait avancer que cette pratique existe mais qu'elle n'est révélée qu'en cas de crise du couple (demande en divorce, contribution aux charges du mariage,...). Le désir de se marier religieusement reflète un défaut d'assimilation, un rejet ou une ignorance totale de la culture juridique française, donc de son droit et de ses juridictions.

B. Les conditions de fond du mariage

180. Les auteurs⁶ s'accordent pour distinguer trois grandes catégories de conditions de fond : la première d'ordre biologique, la deuxième d'ordre psychologique et la troisième d'ordre sociologique. En application de la règle de conflit française, les conditions de fond sont déterminées par la loi personnelle des époux.

1. Les conditions d'ordre biologique

181. La limite d'âge est une des **conditions d'ordre biologique** les plus intéressantes. **L'article 144 du Code civil** fixe le seuil minimal à 18 ans pour le mari et à 15 ans pour la femme. M. Boulanger rappelle pourtant qu'il « est difficile d'imaginer l'application en France de lois étrangères plus libérales, sauf peut-être celles de certains codes musulmans comme celui de la Syrie. L'ordre public ne jouerait qu'à l'encontre d'unions trop précoces et dépourvues d'autorisation parentale »⁷. L'application d'un droit étranger, à l'inverse, plus exigeant soulèverait également des difficultés.

¹ Solution dégagée par Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

² Paris, 23 février 1996, *D.* 1997, somm. p. 278, obs. BOTTIAU.

³ Article 75 du Code civil et article du 433-21 Nouveau Code Pénal qui incrimine les ministres des cultes qui auraient donné une bénédiction nuptiale sans avoir exigé la preuve de la célébration civile du mariage.

⁴ Pour un exemple, cf., Paris, 8 décembre 1992, *D.* 1994, jur. p. 272, note HOCHART.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

⁶ Par exemple J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *La famille, Dissolution de la famille*, Coll. Traité de droit civil, LGDJ, 1991 ; J. CARBONNIER, *La famille*, Coll. Thémis, P.U.F., 1997.

⁷ F. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, Tome 1, *Aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 3^e éd., 1997.

L'étude des dossiers du Tribunal de grande instance de Lyon n'a pas apporté sur ce point d'informations particulières.

2. *Les conditions d'ordre psychologique*

182. Au titre des **conditions psychologiques**, le consentement au mariage et le mécanisme des autorisations méritent quelques approfondissements.

183. Le mariage d'un Français est nul en cas de défaut de consentement ou en cas d'absence d'une volonté réelle et sans vice. Le mariage d'un Français à l'étranger requiert sa présence afin d'assurer la protection de son consentement.

184. L'article 146 du **Code civil** dispose qu'il « n'y a point de mariage lorsqu'il n'y point de consentement ». Sous le visa de cette disposition, la Cour de cassation a affirmé que « le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêté à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »¹. La jurisprudence ultérieure précisa que la recherche d'un avantage secondaire ou étranger au mariage devait être *exclusive* de toute intention matrimoniale. Le défaut de consentement résulte alors de la discordance entre la volonté déclarée (celle prononcée devant l'officier d'état civil) et la volonté interne de l'un des époux (qui recherche seulement un effet étranger au mariage). Le consentement fait ici défaut, car pour être valable, le mariage doit reposer sur une volonté interne conforme à la volonté déclarée. La nullité de l'union peut être recherchée par l'époux trompé sur les intentions de son conjoint, et par tout intéressé au rang duquel figure le ministère public.

La jurisprudence² semble considérer que le mariage conclu en vue de permettre au conjoint d'acquérir la nationalité française, ou l'octroi d'un titre de séjour, est nul même si la simulation n'est le fait que de l'un des époux, l'autre étant de bonne foi. L'article 146 du Code civil permet donc l'annulation des mariages de complaisance ou mariages blancs qui constituent des hypothèses de fraude à la loi³.

Depuis la loi du 24 août 1993, le ministère public dispose pourtant d'un recours spécifique en cas de fraude. L'article 190-1 du Code civil dispose que « le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public, formée dans l'année du mariage ». Cette action doit donc être introduite dans un délai de un an à compter du mariage (et non de la découverte de la fraude), délai bien trop bref. En effet, la fraude ne se révélera que lors des enquêtes sur la vie commune, c'est-à-dire en principe après un an de mariage lors du dépôt de la déclaration de nationalité ou de la demande de carte de séjour. La jurisprudence considère que le défaut de consentement à mariage de l'article 146 du Code civil ne se confond pas avec la fraude à la loi visée à l'article 190-1⁴ si bien que ces dispositions font double emploi. L'article 190-1 n'a pas été utilisé par le ministère public dans les affaires relevées, quand bien même la découverte de la fraude se situait encore dans le délai d'un an. L'utilité même de cet article se trouve donc contestée.

La nullité pour défaut de consentement a été soulevée lors de 24 procédures. Quatorze demandes ont été introduites directement par l'un des époux, aboutissant à l'annulation de quatre mariages. Les dix procédures engagées par le ministère public ont conduit à six annulations et quatre rejets.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, *J.C.P.* 1964, II, 13498, note MAZEAUD ; *D.* 1964, jur. p. 465, note RAYMOND.

² Par exemple, Bordeaux, 30 juin 1993, *J.C.P.* 1994, IV, 504 octroyant des dommages et intérêts à l'époux de bonne foi.

³ Dijon, 14 septembre 1993, *Bull. inf. C. cass.*, 15 janvier 1994, n° 79 : « Est nul faute de consentement le mariage [...] contracté dans le seul but de permettre (à l'époux) d'obtenir un titre de séjour en France ».

⁴ Grenoble, 1^{er} octobre 1996, *J.C.P.* 1997, I, 3996, n° 5, obs. FARGE.

Le demandeur à l'instance doit établir que l'un des époux, au moins, ne s'est marié que dans le but d'obtenir un résultat étranger à l'union conjugale. Toutes les demandes d'annulation font état d'un désir caché de l'époux étranger d'obtenir un titre de séjour, désir exclusif de celui de fonder un foyer.

La difficulté essentielle dans ce type d'affaires réside dans la preuve de l'intention frauduleuse de l'époux. Elle incombe au demandeur qui doit établir le défaut de consentement de l'étranger. La jurisprudence considère qu'il n'y a pas mariage simulé si le but recherché, droit au séjour ou acquisition de la nationalité française, n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences du mariage¹. Si le demandeur succombe à la charge de la preuve, c'est-à-dire qu'il n'arrive pas à démontrer que l'étranger ne s'est marié que pour obtenir un titre de séjour ou acquérir la nationalité française, sa demande est inévitablement rejetée. Le doute doit profiter au défendeur.

Les juridictions lyonnaises déduisent classiquement² la fraude de l'absence de communauté de vie, de la non-consommation du mariage, du départ de l'étranger dans son pays d'origine le lendemain des noces. Les jugements d'annulation constatent tous de manière satisfaisante la preuve de la fraude.

Les décisions de rejet se fondent sur l'absence de preuve de l'intention frauduleuse ou considèrent que le but recherché n'était pas exclusif de la volonté de fonder un véritable foyer. Une procédure a semblé vouée à l'échec. Le Parquet intente une action en nullité suite à l'obtention par l'épouse d'un titre de séjour. Or les époux vivaient et vivent toujours ensemble au moment du procès. De plus, un enfant est né du mariage. L'enquête administrative menée lors de la demande de titre de séjour a constaté la réalité de l'union. Le Parquet a été débouté de sa demande, car il n'a pu démontrer la recherche du résultat étranger exclusif de tout *affectio matrimonii*. L'intérêt à agir du ministère public est douteux dans cette affaire. Celle-ci illustre en tout cas l'exigence d'exclusivité de la recherche d'un résultat étranger au mariage: il ne fait aucun doute ici que l'épouse a souhaité, par son mariage avec un français, régulariser sa situation administrative. Mais la preuve de cette volonté est insuffisante, il faut en plus démontrer qu'elle est la seule cause efficiente et déterminante du mariage³.

La preuve du défaut de communauté de vie ou d'un départ précipité pour le pays d'origine ne suffit pas toujours pour établir l'intention frauduleuse. Ainsi, une épouse demanderesse à l'annulation souhaitait se défaire d'un mariage inopportun en arguant du départ de son mari en Algérie trois jours après le mariage. L'époux se défendait en prétendant que ce voyage était prévu de longue date et avait fait l'objet d'un commun accord. Le tribunal a, à juste titre, rappelé que l'annulation d'un mariage n'était pas une procédure d'agrément ou de convenance et a rejeté la demande comme étant infondée.

Dans quelques dossiers, l'époux trompé n'invoquait pas la fraude mais plutôt le fait que le conjoint n'avait pas la même conception du mariage (communauté de vie, mariage religieux...) ce qui, dans ces hypothèses, laisse au conjoint étranger une grande latitude de défense, en invoquant les traditions musulmanes, les deux étapes du mariage coranique, la constitution de la dot, voire l'emprise de la famille. Le défaut de consentement au mariage ne peut être retenu dans ces hypothèses, et les demandes d'annulation doivent être rejetées. Il aurait été plus judicieux d'invoquer une erreur sur les qualités essentielles de la personne, cause de nullité envisagée à

¹ Not. Versailles, 15 juin 1990, *D.* 1991, jur. p. 268, note HAUSER ; *J.C.P.* 1991, II, 21759, note LAROCHE-GISSEROT.

² Comp. Toulouse, 5 avril 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22462, note BOULANGER qui retient la nullité en constatant l'absence de cohabitation et de rapports sexuels.

³ TGI La Rochelle, 2 mai 1991, *D.* 1992, jur. p. 259, note GUIHO.

l'article 180 du Code civil. Les époux ont souvent argumenté tant sur le défaut de consentement que le vice du consentement. On retrouvera donc dans les cas de vice du consentement l'argument tiré de l'obtention d'un titre de séjour ou de l'acquisition de la nationalité française.

Un dossier illustre une requalification d'office de la demande d'une épouse. Cette dernière a présenté une demande de nullité sur le fondement de l'article 180 du Code civil, car son mari étranger ne désirait pas fonder une famille. Le juge a annulé le mariage non pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint mais sur le fondement de l'article 146, c'est-à-dire pour fraude. Cette décision n'est pas conforme à la mission du juge qui ne doit suppléer ni la carence probatoire des parties ni les lacunes de leurs demandes et argumentations. En effet, « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »¹.

185. L'article 180 du Code civil dispose que le consentement au mariage doit être libre et éclairé. En cas de violence ou d'erreur sur des qualités essentielles de la personne, le mariage peut être attaqué en nullité par l'époux dont le consentement a été vicié. Aucun cas de violence pour déterminer un époux au mariage n'a été découvert. Seuls ont été mis en avant des hypothèses d'erreur sur les qualités essentielles sur la personne. Il s'agit toujours de la croyance erronée du désir partagé de fonder une famille. Après le mariage, l'époux découvre que son conjoint ne souhaitait pas véritablement s'investir mais simplement obtenir un titre de séjour afin de régulariser sa situation en France. Ce type de comportement relèverait des articles 146 et 190-1 du Code civil, non de la notion d'erreur sur les qualités essentielles de l'article 180 alinéa 2 dudit code.

L'article 15 5° de l'ordonnance de 1945 permet au conjoint étranger d'un étranger titulaire d'une carte de résident d'obtenir de plein droit un titre de séjour identique. L'article 15 1° offre la même faculté au conjoint étranger d'un ressortissant français après un délai d'un an et si la communauté de vie existe au moment de la demande. Diverses jurisdictions ont déjà fait application de l'article 180 alinéa 2 pour sanctionner un mariage de complaisance conclu dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour alors que le fondement logique d'une telle annulation est le défaut de consentement de l'article 146 voire, depuis les lois de 1993, la fraude à la loi de l'article 190-1. Huit demandes d'annulation sont fondées sur l'article 180 du Code civil. Aucune demande n'émane du ministère public. L'époux demandeur invoque toujours l'erreur sur l'intention matrimoniale du conjoint étranger qui était dépourvu de l'intention de s'unir effectivement et durablement, et d'assumer les conséquences légales du mariage. La Cour de cassation² semble consacrer cette tendance³.

Dans trois dossiers, l'époux étranger se défend en contestant son défaut d'intention de fonder un foyer et fait état d'une période de cohabitation de plus de six mois (ce qui constitue, en vertu de l'article 181 du Code civil, une fin de non-recevoir à la demande de nullité présentée sur le fondement de l'article 180 du Code civil). Cette fin de non-recevoir n'a jamais été retenue par le juge. La nullité du mariage tirée de l'article 180 alinéa 2 du code civil n'a été prononcée que dans quatre dossiers. Une épouse a été déboutée, car son assignation contenait des mentions inexactes relativement au lieu de célébration du mariage ; le mariage a semble-t-il été célébré au Maroc alors que l'acte d'assignation indique qu'il l'a été en France. L'un des dossiers s'achève sur le désistement du mari. Son épouse a, en défense, fait état de son désir de divorcer. L'époux semble avoir trouvé dans le divorce une issue acceptable, même si les effets de l'annulation sont bien différents de ceux du divorce, notamment en raison de leur rétroactivité.

¹ Article 5 N.C.P.C.

² Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1998, Juris-Data n° 000436.

³ TGI Paris, 7 mai 1996, Bull. inf. C. cass., 1^{er} octobre 1996, n° 958 ; J.C.P. 1997, I, 3996, n° 6, obs. FARGE ; Dr. fam. 1997, n° 38, note LECUYER ; Rev. trim. dr. civ. 1996, p. 583, obs. HAUSER.

La demande d'un époux français, fondée sur l'article 180 du Code civil et sur l'absence totale d'une communauté de vie après le mariage, a abouti au prononcé de la nullité sur le fondement de l'article 146 du Code civil. Le juge a préféré sanctionner le mariage blanc de façon classique, c'est-à-dire sous l'angle du défaut de consentement. La dernière décision de rejet est justifiée par la connaissance antérieure des difficultés du conjoint quant à son séjour en France, l'épouse ne réussissant pas à prouver le défaut d'intention matrimoniale.

186. L'intégrité du consentement est également protégée par l'obligation qui est faite au Français qui se marie à l'étranger d'être présent lors de la célébration. **L'article 146-1 du Code civil** dispose que « le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence », peu importe que la loi du lieu de célébration admette le mariage par procuration¹. Le ministère public peut demander la nullité d'une telle union². La jurisprudence se divise quant à la prescription de cette action. La Cour d'appel de Grenoble³ a considéré que l'action de l'article 146-1 n'est soumise à aucune condition de délai alors que la Cour d'appel de Paris⁴ la soumet à la prescription de un an de l'article 190-1 du Code civil. Le tribunal de grande instance de Lyon n'a jamais soumis l'action de l'article 146-1 à la prescription annuelle. Les demandes d'annulation ont toutes été introduites plus d'un an après la célébration du mariage. Cette constatation n'engage que l'observateur, car la question de la prescription n'a pas même été envisagée en tant que moyen de défense.

Depuis la loi du 24 août 1993, la comparution personnelle de l'époux français à la cérémonie est une condition de fond de l'union et est régie, en tant que telle, par la loi personnelle de l'intéressé⁵. Ainsi, l'époux étranger ne peut se marier par procuration que si sa loi nationale l'y autorise.

Cinq demandes en annulation fondées sur le défaut de comparution personnelle ont été dénombrées. Quatre ont abouti sur ce fondement. Dans le dossier de rejet, le ministère public arguait de ce défaut de comparution mais le juge a préféré annuler le mariage sur le fondement de l'article 146 du Code civil. La situation était en effet complexe. Le mari pakistanais soulevait l'incompétence du juge français, car le mariage avait été célébré au Pakistan entre un Pakistanais et une Tunisienne. L'époux oubliait de préciser ou ignorait que son épouse avait acquis la nationalité française par naturalisation entre le mariage et la procédure d'annulation. Dès lors, le juge français était compétent pour apprécier la validité d'un mariage d'un de ses ressortissants. Pourtant, la nullité ne pouvait être encourue, l'épouse étant encore tunisienne à l'époque du mariage. Le juge a donc retenu le défaut de consentement.

Une demande d'annulation a été accueillie de manière étrange bien que le juge vise une violation de l'article 146-1 du Code civil. Le mari (français) apprenant son mariage avec une cousine (algérienne) en Algérie a demandé la nullité de son mariage. Le juge a noté : « je ne sais pas comment nous pourrions annuler un mariage algérien ! J'ai donc considéré le mariage non valable et sans effet en France. Me redonner le dossier s'il y a un problème ». Le mariage était tout simplement nul en vertu de l'article 146-1 du code civil, le mari étant français. Il faut noter que ce dernier avait donné procuration à son père pour faire les démarches.

¹ Dans le même sens, cf. Aix-en-Provence, 24 mars 1998 et Grenoble, 20 janvier 1998, *J.C.P.* 1998, I, 151.

² Article 184 du Code civil.

³ Grenoble, 20 janvier 1998, *J.C.P.* 1998, IV, 3538.

⁴ Paris, 2 octobre 1997, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1998, p. 424, note VAREILLES-SOMMIERES.

⁵ TGI Paris, 28 novembre 1995, *J.C.P.* 1996, I, 3946, n° 1 s, obs. FARGE ; *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 365, obs. HAUSER.

Le ministère public a également demandé l'annulation d'un mariage célébré par procuration en Algérie et a ordonné que la transcription soit « limitée à la seule fin de saisine du juge» conformément à l'article 170-1 du Code civil.

En défense, le mari français invoque la validité du mariage en vertu du droit algérien, il prétend que « l'ordre public de l'article 146-1 du code civil concerne non la création de droits en France mais l'éventualité de l'exercice en France de droits acquis à l'étranger (ordre public atténué) ». De façon peu compréhensible, il tire également argument de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui protège le droit au mariage. Le Parquet n'a pas souhaité répondre aux arguments du défendeur. Le juge les a tous rejetés et a prononcé la nullité du mariage pour défaut de comparution.

187. Le mécanisme des autorisations mérite une brève explication même si la pratique judiciaire n'a rencontré en l'espèce aucune difficulté. En droit français, le mariage des mineurs¹ et des incapables majeurs² est soumis au mécanisme d'autorisation préalable. S'agissant d'une condition de fond, elle s'impose à tous les Français, même résidant en pays étranger³. De même, les étrangers qui résident en France restent soumis au mécanisme d'autorisation prévu par leur loi nationale. La jurisprudence lyonnaise est inexistante sur ce point.

Les praticiens ont pourtant mis l'accent sur le mariage des filles mineures par leur famille. Il semblerait que de telles unions soient utilisées pour permettre à l'époux étranger d'entrer sur le territoire français et d'obtenir un titre de séjour. Ces mariages seraient conditionnés par la promesse de la remise d'une somme d'argent après la célébration. A défaut de paiement, l'époux s'exposerait à une procédure d'annulation à l'initiative de la famille⁴, procédure fondée sur le défaut ou le vice du consentement.

Quant aux mariages des incapables majeurs, aucun dossier relatif à un recours à des handicapés mentaux pour conclure un mariage blanc n'a été compté⁵.

3. Les conditions d'ordre sociologique

188. Les **conditions d'ordre sociologique** sont limitées à la prohibition du mariage entre proches parents ou entre alliés et à l'interdiction de la pluralité de mariages concomitants. La bigamie appelle des observations détaillées tandis que les empêchements à mariage ne présentent guère d'intérêt pour cette étude.

189. L'article 147 du Code civil dispose qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Cet article a vocation à s'appliquer dès lors que l'un des époux est français ou que le mariage bigame est célébré en France. L'époux bigame peut donc être français ou étranger. La polygamie est un comportement résurgent qui ne s'efface pas avec l'acquisition de la nationalité française. En effet, les dossiers montrent que l'époux bigame est souvent français (5 dossiers sur 8). Dans les trois derniers cas, l'époux bigame est algérien.

S'agissant d'une nullité absolue, la demande d'annulation peut être introduite par l'un des époux, le ministère public ou tout intéressé. Sept des huit demandes répertoriées ont été formées par le procureur de la République ; la huitième l'a été directement par l'époux bigame. Ces procédures

¹ Articles 148 et s. du Code civil.

² Cf. loi du 3 janvier 1968 pour les majeurs sous tutelle ou curatelle.

³ Par exemple Paris, 2 décembre 1966, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, p. 531, note MALAURIE.

⁴ Les avocats insistent sur le caractère occulte de ces conventions matrimoniales. Elles n'apparaissent jamais telles quelles dans les dossiers mais sembleraient se déduire des entretiens avec les clients.

⁵ Comp. J. MASSIP, *Droit comparé de la famille*, Petites affiches du 31 mai 1995, p. 33.

aboutissent à six annulations et deux solutions indéterminées (probablement des désistements mais aucune décision judiciaire n'est venue les constater ou prononcer la caducité).

La nullité pour bigamie est imprescriptible et ne peut pas être couverte par la dissolution du premier mariage. La découverte de l'état de bigamie peut être tardive et entraîner l'annulation d'un mariage ancien dont sont issus des enfants (ainsi, l'un des mariages dissois l'a été après 20 années de cohabitation et la naissance de quatre enfants). En moyenne, la procédure en annulation pour bigamie est entamée 9 ans et 9 mois après la célébration de la seconde union. Un seul dossier montre une véritable efficacité du ministère public, la procédure étant entamée un an après le remariage. Dans tous les autres cas, le mariage a duré plusieurs années (3 ans et 3 mois, 4 ans, 9 ans, 11 ans et 5 mois, 12 ans, 17 ans et 20 ans).

Sept demandes d'annulation ont été introduites directement par le ministère public. Aucune explication n'est fournie quant au processus de découverte des unions polygames. Il s'agirait le plus souvent d'indiscrétions d'un proche ou de l'une des épouses.

La huitième demande d'annulation émane de l'époux polygame, ressortissant français né en Algérie. Il a épousé deux Algériennes en 1979 et 1984; chaque mariage a été célébré en Algérie. La première union n'a été dissoute qu'en 1985. Il saisit le tribunal d'une demande d'annulation de son second mariage. Son épouse argue de la caducité de l'assignation qui n'a été remise que six mois après sa délivrance. Le tribunal constate la caducité conformément à l'article 757 N.C.P.C. Le ministère public n'a pas été averti de la procédure, il n'a donc pas pu conclure.

Le ressortissant français ne peut ni contracter des mariages bigames, ni épouser une personne déjà engagée dans les liens d'une première union non dissoute. Le conjoint d'un ressortissant français ne peut pas se remarier avant la dissolution de la première union. Aucune union polygame ne peut être célébrée sur le territoire français.

190. Le ressortissant français ne peut pas contracter une seconde union avant la dissolution de la première, ce qui constitue un empêchement absolu. À ce titre, l'époux français ne pouvait pas se retrancher derrière la loi algérienne dont son statut personnel ne relève pas.

Le ressortissant français ne peut pas non plus épouser en secondes noces un étranger ou un français dont le premier mariage n'est pas encore dissois. En défense, les époux peuvent démontrer que le premier mariage est nul. Un dossier illustre un cas étrange, car la bigamie est établie mais le juge ne retient qu'un défaut de consentement.

191. La jurisprudence admet rarement la validité du second mariage du mari étranger, de statut personnel polygame, d'une Française. Cette difficulté est discutée en doctrine et en jurisprudence. L'un des dossiers déclare nul le second mariage d'un ressortissant algérien avec une compatriote, car son premier mariage avec une Française n'était pas dissois. L'annulation a été recherchée par le ministère public après le décès du premier conjoint français. Ce jugement fait une application très rigoureuse de la prohibition de la polygamie mais correspond à un courant majoritaire¹.

192. L'ordre public français s'oppose à ce qu'un mariage polygame soit célébré sur le territoire national français. Cette cause de nullité n'a pas été invoquée en tant que telle par le ministère public alors que des mariages ont été célébrés à Marseille et à Vaulx-en-Velin. Dans l'un des dossiers, le juge prononce la nullité sans indiquer la nationalité des époux. Dès lors, on peut

¹ TGI Seine, 31 juin 1967, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1968, p. 294, note BATTIFOL ; Lyon, 21 mai 1974, *D.* 1975, jur. p. 9, note GUIHO ; Reims, 19 janvier 1976, *Clunet* 1976, p. 916, note FADLALLAH ; Paris, 14 juin 1995, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1997, p. 41, note GANNAGE ; *D.* 1996, jur. p. 156, note BOULANGER ; *D.* 1996, somm. p. 174, obs. AUDIT.

penser qu'il a considéré que la nationalité des époux était indifférente vu que le mariage bigame a été célébré sur le territoire national français en violation de l'ordre public.

II. LES EFFETS DE L'ANNULATION

193. La loi d'où résulte la nullité du mariage, c'est-à-dire la loi de la condition méconnue, « en régit les conséquences comme les tempéraments qu'elle y apporte »¹. La jurisprudence atténue ce principe car la loi applicable à la nullité détermine le principe même de la putativité et les conditions de son bénéfice; mais les effets du mariage putatif doivent être fixés par la loi qui aurait été appliquée au mariage valide.

194. Toutes les nullités ont été prononcées par rapport à une condition posée par la loi française. Cette étude n'a donc pas pu vérifier à quelle loi les juges auraient soumis les effets de la nullité prononcée au regard du droit étranger.

La nullité est par définition l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique. L'annulation d'un mariage impose alors de considérer qu'il n'a jamais existé et de remettre les personnes dans l'état antérieur à la célébration. La loi française écarte de plein droit la rétroactivité de la nullité en faveur des enfants². Le juge peut, s'il constate la bonne foi des époux, leur accorder le bénéfice de la putativité³.

195. Sur 54 dossiers, 17 demandes d'annulation ont été rejetées et 37 accueillies. Sur ces 37 dossiers, 13 admettent la putativité, 24 la rejettent dont 3 attribuent des dommages et intérêts et 1 qui les refuse.

Sur les 13 dossiers admettant la putativité, 4 l'accordent au bénéfice exclusif des enfants sur la base de l'article 202 du Code civil. Les autres jugements accordent la putativité aux deux époux et aux enfants, le cas échéant, en combinant les articles 201 et 202 du Code civil. Un seul des dossiers n'accorde la putativité qu'à l'épouse du bigame. Dans les dossiers admettant la bonne foi des époux (soit 12 dossiers), il s'agit majoritairement de mariages célébrés dans un consulat alors que l'un des époux est français et d'un cas de bigamie. Le juge accorde la putativité à l'époux français bigame en considération du fait qu'il est issu d'un couple mixte et qu'il est resté attaché à son pays d'origine. Il est difficile de déterminer les éléments permettant au juge de relever l'absence de bonne foi. Pour refuser la putativité, le tribunal relève, par exemple, que le mari a acquis la nationalité française par déclaration (article 37-1 C. nat.); mais savait-il pour autant qu'un Français d'origine étrangère devait se marier devant le maire ?

Les conditions d'octroi de la putativité sont parfois très discutables. Ainsi, le juge prononce l'annulation mais refuse la putativité et l'octroi de dommages et intérêts, car l'épouse n'apporte pas la preuve d'un préjudice distinct de celui réparé par l'annulation du mariage. La solution pourrait se comprendre s'il s'agissait d'un mariage de *complaisance*. En l'espèce tel ne semble pas être le cas. Le juge n'aurait pas dû faire entrer dans son raisonnement la notion de préjudice distinct de l'annulation. La considération de la bonne foi de l'épouse est une condition nécessaire et suffisante.

La bonne foi n'est jamais retenue dans les affaires concernant un défaut de consentement ce qui peut se concevoir facilement puisque la fraude semble peu compatible avec la bonne foi. La

¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1956, *Veuve Moreau*, préc. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, Juris-Data n° 003254 ; J.C.P. 1998, IV, 3087 sur la loi applicable à la filiation des enfants issus du mariage annulé.

² Article 202 du Code civil.

³ Article 201 du Code civil.

putativité pourrait toutefois être accordée à l'époux lésé, notamment celui qui a intenté l'action en nullité, mais dans ce cas le juge préfère octroyer des dommages et intérêts à l'époux français sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

CONCLUSION

196. La consultation des dossiers de la première chambre civile du tribunal de grande instance de Lyon aura permis de mettre en évidence l'application hégémonique de la loi française. Les causes immédiates sont évidentes ; le juge français est plus enclin à appliquer sa loi nationale. Il faut insister aussi sur le fait que les époux étrangers n'ont pas invoqué leur propre loi. Ces deux éléments concourent inévitablement à l'application exclusive de la loi française, et ce même si la loi étrangère avait vocation, au regard de la règle française de conflit de lois, à s'appliquer. Ainsi en pratique, le droit français a plus qu'une vocation simplement subsidiaire.

Quant aux effets d'une telle application, elle réduit les conflits de systèmes juridiques sur le territoire national français créant ainsi une certaine unité et égalité des époux devant la loi française.

– CHAPITRE IV –

L'AUTORITÉ PARENTALE

L'AUTORITÉ PARENTALE

Xavier PESENTI

197. La détermination de la loi applicable – La filiation ne constitue pas en droit international privé un ensemble homogène dont le rattachement pourrait être soumis, comme tel, à une loi unique. Ses effets se trouvent, au contraire, éclatés parmi d'innombrables institutions particulières qui possèdent toutes leur propre logique de rattachement (autorité parentale, nom patronymique, pension alimentaire, assistance éducatives, etc.).

S'agissant, plus précisément, de la dévolution de l'autorité parentale et des effets qui y sont attachés, la question est aujourd'hui régie par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 « concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ». Entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972, cette convention s'applique à tous les mineurs qui y résident, quelle que soit leur nationalité, et, notamment, aux enfants de nationalité algérienne, marocaine ou tunisienne bien qu'aucun de ces trois pays ne l'ait encore ratifiée. Les règles applicables à la matière s'en sont trouvées quelque peu modifiées : il n'y a plus lieu désormais de distinguer entre la filiation naturelle et la filiation légitime ; l'autorité parentale relève en principe de la loi nationale de l'enfant quelle que soit la nature de sa filiation (article 3). L'attribution de l'autorité parentale au sein d'une famille algérienne résidant en France devrait donc s'apprécier au regard de la loi de cet État. Ce principe connaît cependant une importante restriction dans la mesure où l'article 3 de la Convention limite l'application de la loi étrangère aux situations les plus simples : hypothèses dans lesquelles l'autorité parentale peut être dévolue *ex lege*, c'est-à-dire sans l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative (c'est, par exemple, généralement le cas de la dévolution de l'autorité parentale au sein de la famille légitime). Mais lorsqu'une telle intervention est requise, la Convention reconnaît la compétence de la loi (art. 2) ainsi que des autorités administratives ou judiciaires de l'État (art. 1^{er}) de la résidence habituelle du mineur. Ainsi en va-t-il de la détermination de la garde et du droit de visite en cas de divorce des parents, des mesures de déchéance de l'autorité parentale, ou d'assistance éducative et, plus généralement, de toutes les mesures relevant des dispositifs de la protection judiciaire des mineurs. Il convient, enfin, de préciser que l'article 16 de la Convention permet aux États contractants d'écartier celle-ci lorsque son application pourrait conduire à des solutions incompatibles avec leur conception de l'ordre public. Il est, par exemple, généralement admis qu'un juge français a la possibilité d'écartier l'application d'une loi étrangère qui attribuerait mécaniquement l'autorité parentale à l'un ou l'autre des parents (voire aux deux) sans permettre de moduler cette attribution en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Notons, enfin, que les solutions évoquées précédemment sont appelées à évoluer à plus ou moins brève échéance puisque la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 devrait être remplacée par une nouvelle Convention de la Haye du 19 octobre 1996 « sur la responsabilité parentale et les mesures de protection des enfants ». L'objectif des États contractants était de pallier les insuffisances du texte de 1961. On a pu, à juste titre, reprocher à cette convention de ne pas avoir

« su choisir entre la nationalité et le domicile comme facteur de rattachement »¹. Voilà qui est maintenant chose faite, la nouvelle convention posant le principe de la compétence de la loi et des autorités de la résidence habituelle du mineur. Il convient toutefois de relever que ladite convention n'a pas encore été ratifiée par la France.

198. On le voit, tout concourt à l'éviction de la loi étrangère. De fait, aucun des dossiers étudiés dans le cadre de cette étude ne soulevait de problèmes d'articulation entre la loi française et la loi du statut personnel des intéressés. Non seulement la loi étrangère n'a jamais été retenue mais surtout son application n'a jamais été réclamée par les intéressés. Ce constat d'absence s'applique aussi bien aux questions relatives à la dévolution de l'autorité parentale (I) qu'aux problèmes relevant de son contrôle ou de sa limitation (II).

I. LA DÉVOLUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

199. Cette absence de contentieux se retrouve également qu'il s'agisse d'étudier la dévolution de l'autorité parentale dans la famille légitime (A) ou dans la famille naturelle (B).

A. La dévolution de l'autorité parentale dans la famille légitime

200. La dévolution *ab initio* de l'autorité parentale ne soulève guère de difficultés car les parents sont investis de prérogatives sur la personne de leur enfant en droit français comme en droit musulman. Cette question ne soulève donc pas de contentieux particulier. On sait néanmoins que le droit musulman ne confère pas les mêmes pouvoirs aux deux parents mais la question sera examinée dans une seconde partie consacrée aux problèmes d'exercice de l'autorité parentale. S'agissant plus précisément de l'attribution de l'autorité parentale, les difficultés surviennent essentiellement en cas de divorce des parents. Les solutions données par le droit français et le droit musulman divergent nettement lorsqu'il est question de déterminer les titulaires de l'autorité parentale (1^o) ou du droit de garde (2^o).

1. L'attribution de l'autorité parentale dans les décisions de divorce

201. **Comparaison du droit français et du droit musulman** – En droit français le principe – récent – depuis les lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993 est celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale². Celle-ci, même en cas de séparation du couple, n'est dévolue à un seul des parents qu'à titre exceptionnel et uniquement lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le comportement des intéressés met en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant ou bien lorsqu'il compromet son avenir³.

En revanche, en droit musulman, le principe ne réside pas dans l'égalité mais dans la complémentarité du rôle des parents qui se sont ainsi dotés de prérogatives distinctes. Trois périodes se succèdent au fur et à mesure que le mineur avance en âge jusqu'à ce qu'il atteigne une pleine capacité juridique.

À la naissance, tout d'abord, débute une période d'allaitement (*ar-ridâ'a*). Cette période, c'est l'une des nombreuses originalités du droit musulman, emporte de nombreux effets juridiques qui se rattachent à des questions aussi diverses que les empêchements temporaires à mariage, l'obligation alimentaire entre proches parents, la question de savoir si la mère est juridiquement tenue d'allaiter l'enfant et, dans l'affirmative, la délimitation des obligations du père à son égard (c'est le problème de la rémunération de la nourrice). Ces questions, pour intéressantes qu'elles

¹ P. LAGARDE, *La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1997, p. 217.

² Article 287 du Code civil.

³ Article 375 du Code civil.

soient, ne se rattachent pas directement à l'objet de cette étude et ne seront donc pas développées.

À l'issue de la période d'allaitement, s'ouvre la période de garde du jeune enfant. Cette garde (*hadâna*) est généralement confiée à la mère pour une durée qui peut varier en fonction des écoles et selon le sexe de l'enfant. Enfin, il est un troisième temps, où l'enfant plus avancé en âge, se voit « retiré » des bons soins de sa mère pour être placé sous un régime de tutelle. Sauf exception¹ le père est, pendant le mariage comme en cas de dissolution, le premier destinataire de la *wilâya* alors que la *hadâna* est une prérogative essentiellement maternelle érigée en institution autonome en droit malékite. Les droits algérien² et marocain³ respectent le rite malékite lorsqu'il s'agit d'attribuer l'autorité parentale en cas de divorce des parents, le droit tunisien⁴ s'en affranchit entièrement pour ne retenir comme seul critère que celui de l'intérêt de l'enfant. Il apparaît néanmoins qu'en pratique, la garde reste le plus souvent confiée à la mère. Dans tous les cas, ces différentes législations ne prévoient pas d'attribution conjointe de la garde de l'enfant. Il convient cependant de signaler que le père, même lorsqu'il n'est pas le gardien, conserve en tant que tuteur, un droit de regard sur tout ce qui concerne l'éducation de ses enfants et tout particulièrement leur éducation religieuse.

Les différents codes des pays du Maghreb définissent la *hadâna* comme une fonction éducative et protectrice : l'article 97 de la *Moudawana* dispose que « la garde consiste à préserver l'enfant, dans la mesure du possible, de ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'élever et à veiller à ses intérêts », l'article 54 du Code du statut personnel tunisien en donne une définition similaire, elle « consiste à élever l'enfant et à assumer sa protection dans la demeure ». La définition donnée par le Code de la famille algérien (article 62) semble plus précise : « le droit de garde (*hadâna*) consiste en l'entretien la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale ». Bien que la garde soit traditionnellement une prérogative maternelle les droits marocain⁵ et tunisien⁶ contemporains l'ont transformée en une prérogative commune aux époux pendant toute la durée du mariage. Elle réside alors essentiellement entre les mains du mari en sa qualité de chef de famille. « Parler alors de *hadâna* de la mère, de sa priorité sur le père, semble n'exprimer qu'une vue de l'esprit sans rapport avec la réalité, ou tout au moins sans véritable intérêt pratique »⁷. Mais que les parents en viennent à se séparer et la *hadâna* reprend tout son sens. Linant de Bellefonds⁸ voit dans la garde, à l'instar de nombreux auteurs, « une institution *sui generis* créée par le droit musulman afin de restreindre – dans un système essentiellement patriarcal – les pouvoirs du père sur son enfant en bas âge ». Elle se fonde sur le constat que « ce dernier a besoin, avant tout, des soins de sa mère et, à son défaut, d'une femme ; soins qui ne peuvent être assurés que s'il demeure sous la garde non seulement matérielle, mais juridique, de sa mère ou d'une autre titulaire de la *hadâna* »⁹. Aussi, les écoles s'affrontent sur la question savoir si la garde constitue un droit pour l'enfant ou un droit pour la mère.

En droit français, la doctrine considère aujourd'hui que les prérogatives découlant de l'autorité parentale constituent moins des « droits » pour les parents que des « pouvoirs » dont ils n'ont pas la libre disposition et qui doivent être exercés dans l'intérêt exclusif de l'enfant. En droit musulman, les considérations justifiant la *hadâna* paraissent également plaider en ce sens. Toutefois la majeure partie de la doctrine, et en particulier l'école malékite, analyse la garde

¹ Notamment en cas d'incapacité ou d'indignité des intéressés.

² Article 64 du Code de la famille.

³ Articles 97 et s. de la *Moudawana*.

⁴ Article 76 du Code de statut personnel.

⁵ Article 99 de la *Moudawana*.

⁶ Article 57 du Code de statut personnel.

⁷ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 156.

⁸ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 151.

⁹ *Ibidem*.

comme un véritable droit subjectif reconnu à la mère. À ce titre, elle peut y renoncer ou l'aménager conventionnellement (elle passe alors un accord avec le père) de façon à en étendre ou à en restreindre la portée. En revanche, la mère ne peut être privée de la garde contre son gré à moins qu'elle ne se montre incapable ou indigne d'en exercer la charge¹. On pense intuitivement aux circonstances qui peuvent conduire, en droit français, à priver le père ou la mère de son autorité parentale, *i.e.* lorsque ces derniers « par des mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiant, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en dangers la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. » Cependant, le droit français et le droit musulman ne se recoupent pas complètement. Ainsi, la femme à qui est dévolue la garde doit être de condition « libre », majeure (*i.e.* pubère), saine d'esprit, digne de confiance et surtout avoir une « conduite irréprochable ». On considère traditionnellement que la femme que ses occupations (un emploi, par exemple) retiennent trop souvent hors de chez elle ne remplit pas ces conditions : elle n'est pas digne de confiance parce qu'elle ne pourra s'occuper convenablement de l'enfant. Il en va de même de la mère remariée à un homme qui n'est pas un proche parent de l'enfant car on doute que cette femme puisse s'occuper pleinement de l'enfant alors que l'absence de liens de parenté proche n'incitera pas l'époux mari à lui témoigner de l'attention. De même, encore la condition de moralité est appréciée très strictement, comme en témoigne cette affaire soumise aux juges lyonnais : des époux de nationalité algérienne avaient obtenu le divorce en Algérie mais la mère y avait été jugée indigne d'exercer la garde des enfants parce qu'elle se trouvait enceinte des œuvres d'un autre homme. De fait, toutes les écoles considèrent que la femme « licencieuse » ne satisfait pas (ou plus) aux conditions exigées. Le juge doit refuser d'attribuer la garde ou prononcer la déchéance de la gardienne afin de protéger la moralité du mineur. Le plus remarquable dans cette affaire venait du fait que, revenu en France, le père avait rendu les enfants à leur mère car il ne pouvait ou ne souhaitait pas en assurer la charge quotidienne. Quelque temps plus tard, celle-ci saisit le JAF afin d'obtenir le versement d'une pension alimentaire et subsidiairement une modification de l'autorité parentale à son profit. Le juge lui accorda l'un et l'autre en faisant application du droit français puisque l'application de la loi algérienne n'avait pas été réclamée par le père.

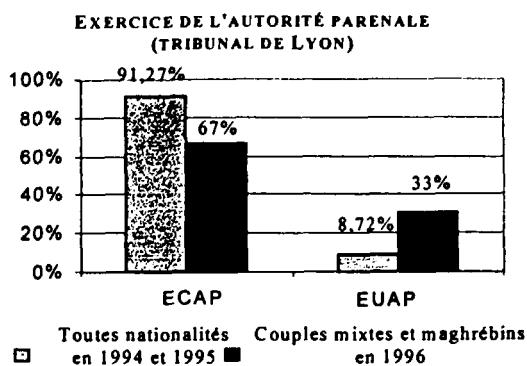
202. La détermination de la loi applicable – S'agissant de la loi applicable à la dévolution de l'autorité parentale en cas de divorce, l'article 15 de la Convention de La Haye permet aux États contractants de « réserv[er] la compétence de ses autorités appelées à statuer sur une demande en annulation, dissolution ou relâchement du lien conjugal entre les parents d'un mineur, pour prendre des mesures de protections de sa personne et de ses biens ». La France s'était dans un premier temps prévalu de cette réserve ; elle y a aujourd'hui renoncé. Il y a donc lieu désormais d'appliquer la Convention afin de déterminer la loi applicable en la matière.

Rappelons toutefois que le bénéfice de la loi étrangère n'a jamais été invoqué dans les dossiers dont nous avons eu connaissance.

203. Méthodologie de l'enquête – Dans le cadre de la première partie de cette étude un échantillon de 124 dossiers de divorce a pu être examiné². L'enquête menée auprès des JAF de Lyon était restreinte aux 6 premiers mois de l'année 1996 et s'est limitée à l'analyse des dossiers de couples mixtes ou étrangers ayant des enfants mineurs.

¹ Cf. Articles 58 et s. du Code du statut personnel tunisien ; Article 100 de la *Moudawana* ; Articles 62 et s. du Code de la famille algérien.

² Les dossiers de divorce des couples sans enfants, ceux dont les enfants étaient majeurs ou ceux pour lesquels nous ne possédions aucune information sur la ou les mesures ordonnées, ont donc été exclus de cette partie de l'étude.



dans plus de 91 % des cas au tribunal de Lyon et à 92 % au tribunal de Nanterre. La présente enquête révèle que cette tendance est beaucoup moins forte chez les couples d'origine maghrébine. Bien que toujours majoritaire, l'exercice en commun de l'autorité parentale n'a été prononcé que dans 67 % des dossiers. Il n'est donc plus question de parler de principe et d'exception puisque l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est prononcé dans près d'un dossier sur trois.

Tableau 12
Exercice de l'autorité parentale après divorce

	ECAP	EUAP	
Lyon année 1994/95 (toutes nationalités confondues)	136	91,27%	13
Lyon année 1996 (Couples mixtes et maghrébins)	73	67%	36

On est donc tout naturellement tenté d'expliquer ce phénomène à partir d'éléments anthropologiques tels que ceux qui ont pu être évoqués précédemment, à savoir que la garde et l'éducation des enfants seraient une prérogative essentiellement maternelle en droit musulman. Un certain nombre d'éléments viennent confirmer cette première impression. D'abord le fait que dans la quasi-totalité des cas (34 dossiers sur 36) l'autorité parentale exclusive est exercée par la mère. Le faible contentieux rencontré dans ces situations (5 dossiers sur 36) vient également corroborer cette hypothèse.

Il n'est donc pas impossible qu'un certain nombre d'étrangers cherchent à reconstituer des usages auxquels ils se montrent attachés. Et s'ils ne réclament pas l'application de leur loi nationale c'est peut-être tout simplement parce que l'application du droit français leur permet d'obtenir satisfaction². Les mesures ainsi ordonnées ne sont ni contraires à la loi ni même contraires à l'ordre public, puisqu'elles sont conformes à l'intérêt de l'enfant (qui n'est pas de voir ses parents s'affronter sur son sort) et qu'elles peuvent être à tout moment réévaluées.

Il peut être, à ce titre, révélateur de constater qu'en présence de couples mixtes³ le taux d'exercice conjoint de l'autorité parentale remonte légèrement (78 %) alors qu'il diminue imperceptiblement lorsque les conjoints étrangers ont tous deux la même nationalité (64 %).

¹ Cf. « La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale », sous la direction de H. FULCHIRON, Centre de droit de la famille, 1997, p. 55.

² Outre le fait que les professionnels du droit ne sont peut-être pas très enclin à complexifier des procédures qui le sont par ailleurs, souvent suffisamment.

³ Cette étude étant consacrée au degré d'acculturation juridique des populations maghrébines ou d'origine maghrébines, les époux de nationalité française mais d'origine maghrébine n'ont pas été classés parmi les « couples mixtes » mais parmi les « couples étrangers ».

Tableau 13
L'exercice de l'autorité parentale après divorce

Couples mixtes et maghrébins	Nb de dossiers	%
Exercice conjoint de l'autorité parentale	73	67%
Autorité parentale exercée unilatéralement par la mère	34	31%
Autorité parentale exercée unilatéralement par le père	3	2%
Total	109	100%
Couples mixtes*	Nb de dossiers	%
Exercice conjoint de l'autorité parentale	18	78%
Autorité parentale exercée unilatéralement par la mère	4	18%
Autorité parentale exercée unilatéralement par le père	1	4%
Total	17	100%
Couples maghrébins de même nationalité	Nb de dossiers	%
Exercice conjoint de l'autorité parentale	29	64%
Autorité parentale exercée unilatéralement par la mère	15	33%
Autorité parentale exercée unilatéralement par le père	1	2%
Total	45	100%

* Couples franco-maghrébins à l'exclusion des conjoints français d'origine maghrébine

Une étude plus affinée des dossiers nous conduit cependant très rapidement à remettre en cause – ou tout du moins à nuancer – cette première analyse pour proposer une autre interprétation du phénomène observé :

Si le combat cesse – ou plutôt s'il n'y a pas de combat du tout – il semble que ce soit d'avantage faute de combattants qu'en raison d'un véritable consensus des parents. En effet, le père ne comparaît pas ou ne constitue pas avocat dans 14 des 36 dossiers étudiés (on est alors, le plus souvent, sans nouvelle de lui). Dans 2 autres dossiers le père avait quitté la France. Enfin, la réaction des pères reste inconnue dans 10 dossiers.

205. L'analyse des circonstances du divorce est également riche d'enseignements. Dans 27 des 36 dossiers le divorce était demandé – et obtenu – par l'épouse aux torts exclusifs du mari (art. 242 du Code civil). La violence de celui-ci ayant été par 13 fois invoquée, son absence du domicile conjugal ou son absence de contribution aux charges du ménage dans 11 cas. Plus généralement on constate que le taux d'exercice conjoint de l'autorité parentale perd 13 points en passant de 67 % toutes causes de divorces confondues à 54 % en présence d'un divorce pour faute. L'enquête précédemment menée par le Centre de droit de la famille sur l'ensemble de la population¹ avait également permis de mettre en évidence un tel phénomène mais avec une moindre amplitude puisque le taux d'exercice commun de l'autorité parentale passait de 91 % à 84,6 %. Comment expliquer ces résultats ? La piste de réflexion qui va être proposée ici mérite d'être accueillie avec certaines réserves dans la mesure où elle n'a pu être observée objectivement ni même quantifiée. Il ressort néanmoins des auditions réalisées avec les personnels au contact des populations étudiées (personnels des tribunaux, des services de polices ou des services sociaux) que les problèmes familiaux semblent avant tout relever de la sphère privée dans l'esprit des personnes concernées. Celles-ci n'entretiendraient qu'un rapport distant avec le droit, ne posséderaient pas de réflexe de recours au droit, et n'y feraient appel qu'en toute dernière extrémité. On pourrait donc supposer que les couples maghrébins – à l'exception des couples mixtes – divorcent plutôt moins que le reste de la population et que les juges n'auraient à connaître que les situations exceptionnellement pathologiques.

¹ Cf. « La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale », Rap. préc., p. 55.

Tableau 14
Dévolution l'autorité parentale selon le type de divorce

	ECAP		EUAP	
	Lyon 1994/95 (toutes nationalités confondues)	Lyon 1996 (couples mixtes et maghrébins)	Lyon 1994/95 (toutes nationalités confondues)	Lyon 1996 (couples mixtes et maghrébins)
Divorces sur requête conjointe	100%	100%	0%	0%
Divorces sur demande acceptée	100%	100%	0%	0%
Divorce pour fautes	84,60%	54%	15,38%	66%
Divorces pour rupture de la vie commune	50%	-	50%	-
Total	91,27%	67%	8,72%	33%

2. La résidence habituelle de l'enfant et le droit de visite et d'hébergement

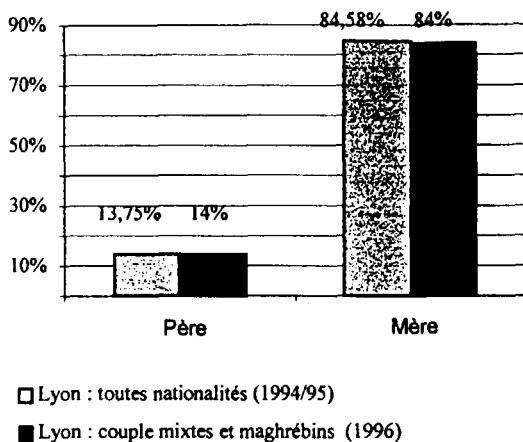
a) La détermination de la résidence habituelle de l'enfant

206. Comparaison du droit français et du droit musulman. – Le Code civil ne consacre qu'un seul article à la question : l'article 287 qui dispose que « le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle », ce qui laisse toute latitude aux magistrats pour statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Le droit musulman est par contre beaucoup plus directif¹, l'essentiel des règles qui concernent ce sujet a été abordé précédemment lors de l'étude de la dévolution de l'autorité parentale. Rappelons que la garde des enfants est un droit reconnu à la mère dont elle ne peut être privée sans son accord, à moins qu'elle ne se soit incapable ou indigne de remplir cette fonction. Comme en droit français, le père, lorsqu'il n'a pas la garde des enfants (ce qui est le cas le plus fréquent), n'en conserve pas moins un droit de regard sur leur éducation. Les conséquences sont néanmoins beaucoup plus sévères : par exemple, à moins d'obtenir l'accord de celui-ci, la gardienne ne peut s'établir dans une autre ville que la ville de résidence du père. La mère qui contrevient à cette obligation peut être déchue de son droit de garde car l'éloignement rend plus aléatoire l'exercice de la fonction de surveillance du père. L'équipe de recherche n'a cependant pas trouvé, sur ce point, la trace de dossiers faisant état d'interférences entre le droit français et des droits étrangers.

¹ Ces questions sont régies : pour l'Algérie, par les articles 62 et s. du Code de la famille ; pour la Tunisie, par les articles 54 et s. du Code du statut personnel ; pour le Maroc, par les articles 97 et s. de la *Moudawana*.

ATTRIBUTION DE LA RÉSIDENCE DES ENFANTS EN CAS D'EXERCICE CONJOINT DE L'AUTORITÉ PARENTALE



l'enfant chez eux).

Ces tendances se retrouvent également chez les populations d'origine maghrébine dans des proportions identiques. Les mères se sont vu confier la résidence de leur(s) enfant(s) dans près de 84 % des dossiers pour lesquels le JAF a statué en faveur d'un exercice conjoint de l'autorité parentale et les pères dans un peu plus de 14 % des cas. Là encore un consensus semble se dégager, les parents ne parviennent pas à s'accorder sur la résidence des enfants dans seulement 11 % des dossiers.

Il faut donc mettre en évidence ici l'absence de comportement spécifique de la population étudiée. Ce phénomène s'explique sans doute par la concordance si ce n'est du droit du moins de la pratique juridique et des mentalités aussi bien françaises que musulmanes.

Tableau 15
Attribution de la résidence habituelle des enfants
lorsque les parents exercent conjointement l'autorité parentale

	Père	Mère	Alternée	Tiers	Total
Lyon : toutes nationalités (1994/95)	33 13,75%	203 84,58%	1 0,42%	3 1,25%	240 100%
Lyon : couple mixtes et maghrébins (1996)	11 14%	64 84%	0 0,00%	1 1%	76 100%

b) Le droit de visite et d'hébergement

208. Comparaison du droit français et du droit musulman – Il n'y a pas ici de grandes différences entre les droits positifs français, algérien, marocain et tunisien. Toutes ces législations organisent un droit de visite pour le parent « non gardien ».

209. Un schéma classique – En pratique, le schéma qui se dessine rapidement est celui de mères qui hébergent de façon régulière les enfants du couple (86 % des dossiers, toutes causes de

207. L'attribution de la résidence – Depuis que l'exercice en commun de l'autorité parentale est devenu la règle en droit français, l'enjeu majeur du divorce s'est recentré autour de la question de la détermination de la résidence habituelle des enfants. De précédentes enquêtes, concernant l'ensemble de la population¹, avaient permis de mettre en évidence que les mères étaient très majoritairement attributaires de la résidence des enfants en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale (84,58 %), avec, semble-t-il, l'accord plus ou moins tacite des pères qui ne leur contestaient cette prérogative que très rarement (8,1 % des pères demandant l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à leur profit et seulement 2 % des pères un exercice en commun avec résidence de

¹ Cf. « La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale », Rap. préc., p. 66.

divorces confondues) et de pères investis d'un simple droit de visite et d'hébergement (79 % des dossiers, toutes causes de divorce confondues). Il convient cependant de remarquer que dans près de 10 % des cas (10 dossiers) le droit de visite du parent non-gardien a été réservé (9 dossiers concernant le père, 1 dossier concernant la mère). Cela correspond, le plus fréquemment, à des situations pathologiques de violences ou d'absence du père qui seront examinées dans la deuxième partie de cette étude. Mais, là encore, la grande majorité des dossiers ne soulève pas de contentieux.

c) Les interdictions de sortie du territoire

210. Il arrive cependant que la mésentente des parents conduise le juge à organiser le droit de visite du parent « non gardien » dans un milieu neutre. C'est notamment le cas lorsque l'un des parents – en général la mère – prétend craindre l'enlèvement de ses enfants et leur retour forcé au pays. L'organisation de la garde des enfants s'accompagne ainsi dans cinq dossiers d'une interdiction de sortie du territoire sans accord de l'autre parent¹ (l'un concernait la mère attributaire de la résidence, les quatre autres intéressaient le père investi d'un droit de visite et d'hébergement). Il est intéressant de remarquer qu'il s'agissait dans quatre cas de couples mixtes. Faut-il y voir un signe de défiance des magistrats français à l'égard des conjoints étrangers, l'expression d'un danger réel pesant sur les enfants, ou l'habileté de certains parents cherchant à agiter certains fantasmes pour obtenir une décision en leur faveur ? Il est difficile de donner une réponse de définitive à cette question. La seconde partie de cette étude, qui est consacrée à la protection judiciaire des enfants en dangers traite également de ces difficultés et il conviendra de s'y reporter. Remarquons d'ores et déjà qu'il arrive parfois aux juges de refuser de prononcer une telle mesure lorsque les parents sont de même nationalité (deux dossiers) en motivant leur décision par le fait qu'il n'est pas anormal que les enfants puissent aller rendre visite à leur famille restée au pays, notamment pendant la durée des vacances scolaires.

B. La dévolution de l'autorité parentale dans la famille naturelle

211. Comparaison du droit français et du droit musulman – les différences de solution entre le droit français et le droit musulman sont ici particulièrement sensibles puisque si la filiation de l'enfant naturel peut être établie à l'égard de ses deux parents en droit français, celle-ci, en droit musulman, ne crée en principe aucun lien de parenté vis-à-vis du père. De même, à la différence du droit français (article 340 du Code civil), le droit musulman ne permet pas à l'enfant naturel d'engager une action en recherche de paternité. Il ouvre, en revanche, aux hommes doués de discernement la faculté de reconnaître la paternité d'un enfant dont la filiation reste inconnue à la condition que celle-ci soit vraisemblable dans les faits (différence d'âge entre les intéressés) ainsi qu'en droit (il faut que le père soit marié et que, si la mère est connue, il n'existe pas d'empêchement à l'établissement de relations entre le père et la mère).

212. La détermination de la loi applicable – depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, les conflits de lois relatifs à l'établissement de la filiation sont régis par les articles 311-14 à 311-18 du Code civil. Il en ressort que la filiation de l'enfant est régie par la loi personnelle de la mère au jour de sa naissance. Si la mère n'est pas connue, la loi personnelle de l'enfant devient alors applicable. L'article 315 fait toutefois produire à la possession d'état toutes les conséquences que lui attache la loi française lorsque tous les intéressés (père, mère et enfant) ont leur résidence habituelle en France. Ces dispositions sont contestées dans la mesure où elles peuvent conduire à des solutions surprenantes lorsqu'elles sont poussées dans leurs derniers retranchements. C'est ainsi que la loi étrangère de la mère devrait s'appliquer alors même que

¹ Cf. *infra*, n° 231.

l'enfant serait né en France et de nationalité française, que le défendeur serait lui-même français et que toutes les parties à l'instance résideraient en France¹.

Toutefois l'application de la loi étrangère devra être écartée lorsqu'elle se révèle contraire à l'ordre public. À ce sujet, la Cour de cassation considère que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation ». Des considérations d'ordre public peuvent donc conduire à écarter la loi étrangère désignée par les règles de conflits lorsque celle-ci, à l'exemple du droit musulman, prohibe l'établissement de la filiation naturelle².

213. Peu d'actions en recherche de paternité naturelle – Les différences de positions adoptées par les droits français et musulman ainsi que la relative complexité des règles de conflits, pouvaient laisser présager l'existence d'un contentieux important et difficile à résoudre. Il n'en est rien. S'agissant de la population étudiée, les juges lyonnais n'ont, en tout et pour tout, eu à connaître que 5 demandes d'établissement judiciaire de paternité naturelle au cours des deux années 1996/1997. Aucune ne concernait un Maghrébin ou une personne d'origine maghrébine.

II. LE CONTRÔLE ET LES LIMITATIONS DE L'AUTORITÉ PARENTALE

214. Là encore, il n'y a pas véritablement d'interférence entre le droit français et les différents droits nationaux des personnes étrangères établies en France. Les dossiers étudiés ne s'en sont pas moins révélés particulièrement intéressants en ce qu'ils ont permis de mettre en évidence certains comportements ou difficultés spécifiquement liés à la population étudiée.

A. La délégation de l'autorité parentale

215. Délégation par volonté expresse des parents – La règle, en droit français, est celle de l'indisponibilité de l'autorité parentale mais celle-ci connaît plusieurs exceptions. On trouve ainsi, deux dossiers de délégation volontaire de l'autorité parentale en faveur des grands-parents des enfants. Ces deux dossiers sont riches d'enseignement dans la mesure où, il s'agissait à chaque fois d'obtenir un résultat précis et en relation avec la nationalité étrangère des parents.

– **L'obtention de prestations familiales** – Dans une première affaire, la mère qui séjournait en France de façon irrégulière décida de se défaire de l'autorité parentale, qu'elle exerçait sur ses trois enfants mineurs, au profit de ses propres parents afin que ceux-ci, résidant en France de façon régulière, puissent percevoir certaines prestations familiales. Le parquet ne souleva aucune objection et le juge aux affaires familiales fit droit à la demande dans la mesure où elle paraissait correspondre à l'intérêt des enfants. Ces derniers, scolarisés en France de façon stable, semblaient être effectivement élevés et hébergés par leurs grands-parents.

– **L'obtention de soins médicaux** – La seconde affaire concernait un enfant dont l'état de santé nécessitait des soins réguliers. Les parents qui résidaient habituellement en Algérie demandèrent la délégation de leur autorité parentale en faveur du grand-père paternel de l'enfant. Là encore, ni le ministère public ni le J.A.F. ne s'opposèrent à ces prétentions dans la mesure où l'enfant semblait être effectivement pris en charge par ses grands-parents aussi bien sur un plan matériel qu'affectif.

¹ Cf. B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., p. 571 et s.

² Civ. 1^{re}, 10 fév. 1993, Bull civ. I, n° 64.

B. La protection judiciaire de l'enfance

216. Remarques générales – Les mécanismes de la protection judiciaire des mineurs en danger ne laissent guère de place à l'application de la loi étrangère. On ne peut pas dire pour autant que l'origine et la culture des intéressés n'ont aucune incidence en la matière. Le manque d'acculturation des parents ainsi que leur attachement aux coutumes musulmanes sont très souvent la source de difficultés particulières qui commandent le déclenchement du processus de protection judiciaire des enfants. L'étude des dossiers du tribunal pour enfant est, à cet égard, particulièrement intéressante dans la mesure où il a été possible de consulter les rapports des différents intervenants de terrain (travailleurs sociaux, médecins, psychiatres, personnels des foyers d'accueils ou des Services départementaux d'aide sociale à l'enfance, etc.). Ces dossiers permettent ainsi de mieux cerner les causes des dysfonctionnements familiaux observés.

217. Méthodologie de l'enquête réalisée au tribunal pour enfants – Les procédures qui concernent l'enfance en danger s'étalent généralement sur plusieurs années et parfois même au-delà de la minorité de l'intéressé. Les dossiers ne sont pas classés chronologiquement mais de façon alphabétique pour assurer un suivi régulier des familles. Puisqu'il était, dès lors, impossible d'analyser les dossiers d'une année témoin, il a été décidé d'étudier les dossiers des familles dont le nom patronymique commençait par la même initiale : la lettre B. Dans le souci de tenir compte de l'évolution de la société, les dossiers trop anciens, ceux dont la dernière mesure ordonnée était antérieure à l'année 1985, ont été systématiquement écartés. Les dossiers étudiés dans ce cadre ne se prêtent guère à une exploitation statistique en raison à la fois de leur complexité et de leur originalité. Il est néanmoins possible d'en retirer un certain nombre de conclusions et d'indications.

218. L'application de la loi étrangère – La Convention de La Haye du 5 octobre 1961, applicable à tous les enfants mineurs qui ont leur résidence habituelle dans un des États contractants (art. 13) soumet aux autorités et à la loi interne de l'État de la résidence habituelle du mineur la compétence des mesures nécessaires pour assurer la protection de sa personne et de ses biens (art. 1 et 2). L'article 4 de la Convention permet toutefois aux autorités de l'État dont le mineur est ressortissant de prendre, selon leur loi interne, des mesures tendant à la protection de la personne du mineur ou de ses biens. Les décisions prises dans ce cadre remplacent alors les mesures qui ont pu être prises antérieurement par les autorités de l'État où le mineur à sa résidence habituelle. On le voit, la Convention se contente de fournir des instruments permettant de régler un certain nombre de conflits de lois mais ne met pas définitivement un terme aux éventuelles interférences qui peuvent surgir entre la loi du pays de résidence et la loi nationale des intéressés.

Toutefois, l'enquête menée auprès des juges des enfants n'a pas permis de déceler la trace de ces interférences éventuelles. L'application de la loi étrangère n'est d'ailleurs généralement pas réclamée par la population concernée. Tout au plus, peut-on faire état d'un dossier contenant un courrier émanant du consulat d'Algérie dont les parents étaient ressortissants et venant appuyer leur demande de révision des mesures d'assistance éducative ordonnées par le juge français (mais, là encore, l'application de la loi personnelle du mineur n'était pas réclamée).

Il ne faudrait pas en déduire pour autant, que les mesures ordonnées (placement des enfants, retrait total ou partiel de l'autorité parentale, mise sous tutelles des prestations familiales, etc.) soient systématiquement bien accueillies par les intéressés. Il est compréhensible que les parents, sans distinction de nationalité, ressentent de l'amertume lorsqu'ils sont confrontés à des décisions qu'il est difficile de ne pas interpréter à la fois comme une sanction et un désaveu de leur action. Mais les rapports des intervenants sociaux font parfois état de difficultés spécifiques en ce qui concerne la population étudiée. En effet, les relations familiales, et tout

particulièrement les relations entre maris et femmes ou parents et enfants, relèvent avant tout de la sphère privée dans l'esprit de ces populations : « chez nous le père décide de tout » déclare un père auditionné par le juge pour enfant. L'intervention de l'autorité publique est donc souvent incomprise et reste très mal perçue car elle remet en cause l'autorité paternelle. On trouvera, par exemple, un dossier où le père invoque son droit de correction devant les assistantes sociales. Cette incompréhension d'ordre culturelle peut aller jusqu'à la négation totale de la légitimité de l'intervention de l'autorité publique. Les mesures ordonnées apparaissent injustes, leur exécution donne lieu à difficultés. Les rapports des intervenants sociaux figurant dans les dossiers témoignent parfois de la volonté de l'un des parents, ou des deux, de rapatrier leurs enfants dans leur pays d'origine afin de regagner l'emprise qu'ils ont perdue¹.

1. L'enfant en danger

219. La mise en danger des enfants est souvent le critère déterminant de l'intervention du juge. Visée à l'article 375 du Code civil, cette notion recouvre différentes hypothèses :

220. La santé et la sécurité des enfants – L'ouverture de nombreux dossiers est suscitée par des actes de violence exercés à l'encontre des enfants. Le juge en a généralement connaissance lorsque celles-ci sont telles que les jeunes victimes ne parviennent plus à les cacher à leur entourage, notamment à l'école, ou parce qu'elles entraînent une hospitalisation. La méthodologie adoptée pour l'enquête – une sélection alphabétique des dossiers – interdisait de rechercher si ces violences sont plus nombreuses dans les familles étrangères que dans les familles françaises. Il apparaît toutefois que des problèmes d'acculturations se trouvent quelquefois à l'origine des problèmes rencontrés :

221. Un choc de cultures – Les parents immigrés rencontrent souvent des difficultés dans l'éducation de leurs enfants que ne connaissent pas les parents français, particulièrement lorsqu'ils désirent les élever dans la tradition maghrébine. Ces difficultés sont liées à l'acculturation progressive des enfants au sein de la société française, il s'ensuit parfois une exacerbation des conflits de génération, une escalade d'incompréhension réciproque, lorsque les parents se montrent particulièrement désireux de voir leurs enfants suivre les traditions.

222. L'obsession de l'intégration – L'hypothèse inverse se retrouve également à titre marginal. Ainsi d'une mesure d'action éducative en milieu ouvert ordonnée après l'hospitalisation d'une jeune fille tunisienne. Les violences qu'elle avait subies trouvaient directement leur origine dans la volonté obsessionnelle du père de voir ses enfants parfaitement intégrés à la société française. La situation de la famille était, à cet égard, particulièrement révélatrice : interdiction était faite aux enfants (filles et garçons) de sortir le soir afin d'éviter qu'ils ne se trouvent au contact des autres enfants du quartier majoritairement issus de l'immigration et perçus comme dispensateurs du mauvais exemple. La famille déménagera d'ailleurs au bout d'un certain temps vers un quartier « plus calme ». Pour cette même raison, il était interdit de parler arabe à la maison (ce qui était source de nombreuses difficultés relationnelles entre la mère – parlant très peu le français – et les enfants). D'un autre côté le père s'occupait beaucoup de ses enfants, leur faisait volontiers pratiquer des activités sportives coûteuses au regard des revenus de la famille. Cependant, le père attachait une telle importance à leur réussite scolaire qu'il en traumatisait ses enfants et se trouvait lui-même à l'origine de leurs difficultés d'apprentissage. Le redoublement de l'aînée en CM1 occasionna l'accès de brutalité du père qui entraîna la mesure de protection évoquée.

¹ Cf. *infra*, n° 231.

223. Les problèmes de religion – L’adolescence, notamment, est une période difficile à vivre pour les enfants comme pour leurs parents. Comme tout adolescent, à cette période de leur vie, les enfants d’origine maghrébine ressentent le besoin de s’opposer à leurs parents. La religion leur en fournit souvent le prétexte. Ainsi, par exemple, le dossier d’une jeune fille que son père ne voulait plus recevoir au domicile familial parce qu’elle consommait du porc (sans doute essentiellement par provocation).

224. Les filles et les règles de bienséance – De même, au fur et à mesure qu’elles avancent en âge, les jeunes filles ont du mal à comprendre qu’il leur soit interdit de sortir pour jouer avec leurs frères. On retrouve souvent une même revendication : celle de pouvoir vivre « comme toutes les filles de leur âge ». Les réticences qu’éprouvent certains parents à accepter ces revendications d’indépendance sont à l’origine de l’ouverture de plusieurs dossiers. De même, les entretiens réalisés auprès des services de police révèlent qu’il n’est pas rare qu’ils reçoivent la visite de jeunes filles exprimant la crainte d’être ramenées et mariées de force dans leur pays d’origine et demandant leur protection.

225. Le placement des enfants – Il peut être également la source de problèmes particuliers. Après quelques années de placement, il arrive qu’un fossé se creuse entre des parents imprégnés de leur culture et des enfants qui grandissent et évoluent désormais dans un milieu français. Les juges essayent alors d’élargir le droit de visite des parents afin de tenter de recréer des liens familiaux distendus.

226. Le modèle français d’intégration – Ces difficultés que rencontrent certains parents pour « bien élever » leurs enfants confrontés « au brouillage conflictuel de repères bi-culturels » (selon les termes d’un psychiatre expert auprès des tribunaux) ne se traduisent pas toutes, loin s’en faut, par des accès de violence, le refus de recevoir les enfants à la maison ou, au contraire, par leur claustration (jeunes filles). Mais il arrive que les juges ou les services sociaux en viennent à prendre directement position sur la capacité des parents à élever correctement leurs enfants.

Pour l’État d’accueil, l’intégration de ses immigrés et particulièrement des jeunes appelés à demeurer sur son territoire est une nécessité. Celle-ci a été définie par le Haut Conseil de l’intégration comme l’adhésion de tous à un minimum de valeurs communes, l’acceptation d’un cadre global de référence permettant aux intéressés de trouver leur place dans la société d’accueil. Faisant écho à ces préoccupations, on trouve la trace de rapports alarmants des travailleurs sociaux sur les conditions d’éducation des enfants. Il arrive parfois que les familles soient très fortement imprégnées des valeurs traditionnelles de leur culture d’origine. Même si les intervenants de terrain se défendent de porter un jugement de valeur sur la culture ou les modes de vie en cause, ils constatent que le manque d’intégration des parents dans la société française (lorsqu’ils ne parlent pas du tout français ou qu’ils sont fortement imprégnés des valeurs de l’islam) est de nature à compromettre l’avenir des enfants (c’est-à-dire leur intégration définitive au sein de la communauté dans laquelle ils sont appelés à évoluer). Ces considérations méritent cependant d’être relativisées dans la mesure où l’on ne trouve pas trace de dossiers dans lesquels elles sont la cause unique et directe de l’organisation d’une mesure de protection (mais peut-être est-ce tout simplement parce que les intervenants sociaux n’ont pas connaissance de ces difficultés tant que la famille n’est pas confrontée à d’autres sources de problèmes). En revanche, lorsqu’une mesure de protection a été instituée, pour une raison ou pour une autre, ces questions seront prises en compte dans l’évaluation régulière de la situation de la famille et influenceront la nature des mesures ordonnées. On reproche souvent aux travailleurs sociaux de montrer une certaine tendance à souhaiter la pérennisation des mesures de protection instituées par le juge. Voilà qui généralement leur en fournit le prétexte.

2. Le retour au pays

227. Le risque de déplacement des enfants vers leur pays d'origine est souvent une source d'inquiétudes.

Ces craintes peuvent être exprimées par certains parents alors que l'échec du couple est consommé. Elles se rencontrent aussi bien chez les couples mixtes que chez les couples d'origine étrangère et sont habituellement exprimées par les mères bien que les pères y soient également parfois confrontés. Ces craintes peuvent aussi être exprimées par les enfants, le plus souvent des jeunes filles. Elles sont parfois également relayées par les intervenants de terrain (éducateurs, assistantes sociales, etc.) Différentes mesures prophylactiques – plus ou moins bien adaptées – peuvent alors être prises ou sollicitées.

228. L'attribution de l'autorité parentale – Il n'est pas rare que le risque de déplacement des enfants soit invoqué lorsque les parents s'affrontent sur l'attribution de l'autorité parentale, ou sur la garde des enfants, notamment en cours d'une procédure de divorce. Il semble néanmoins que certains des griefs invoqués ne soient pas réellement fondés ni sincères mais soulevés uniquement dans le but d'emporter la décision du juge. Les raisons d'envisager avec méfiance de tels déplacements en effet ne manquent pas : la France est très souvent le seul pays que ces enfants connaissent, celui dans lequel ils ont été élevés et éduqués. Leur transfert dans un pays dont ils possèdent mal la langue et les traditions, dans lequel ils n'ont encore aucune relation, et qui implique le plus souvent une rupture totale avec celui des parents demeurés en France est de nature à nuire gravement à la santé de ces enfants voire à compromettre leur avenir. De plus, ce genre de déplacement interdit concrètement au parent résidant en France d'exercer ses prérogatives liées à l'autorité parentale.

229. Les visites en milieu neutre – La crainte du retour forcé au pays se fait quelquefois tellement sentir que le parent attributaire du droit de garde refuse à l'autre parent d'exercer son droit de visite et d'hébergement. Il arrive aussi que ce soient les enfants eux-mêmes qui refusent de le rencontrer. La solution consiste alors à organiser les rencontres entre parents et enfants dans « un milieu neutre » comme des associations spécialisées.

230. Acquisition de la nationalité française – Faut-il y voir la raison pour laquelle une jeune femme d'origine tunisienne affirme, n'avoir demandé la nationalité française, ainsi que la naturalisation de ses enfants que dans le dessein de les protéger de son ex-mari qui souhaitait les ramener en Tunisie ?

231. L'interdiction de sortie du territoire – Il n'est donc pas rare de trouver dans les décisions statuant sur l'autorité parentale, ou sur le droit de visite ou d'hébergement du parent non gardien, une mention interdisant expressément à l'un des parents de conduire ses enfants hors du territoire sans l'assentiment de l'autre. L'intérêt de ce genre de mesure est cependant limité. Il s'agit, semble-t-il, principalement de rassurer le parent inquiet ou d'informer l'autre parent des limites de ses prérogatives.

La mesure semble, en effet, inutile en droit lorsque l'autorité parentale est exercée par les deux parents. Chacun d'entre eux dispose alors, en principe, des mêmes prérogatives et la réalisation de tous les actes relatifs à la personne de l'enfant nécessite l'accord de l'un et de l'autre (le juge aux affaires familiales pouvant être appelé à trancher un éventuel différent). On sait que l'article 372-2 du Code civil pose le principe d'une présomption d'accord parental lorsqu'il s'agit de réaliser des actes usuels mais, d'une part, il ne s'agit que d'une simple présomption bénéficiant aux tiers de bonne foi, qui ne remet pas en cause le principe de la codécision, et, d'autre part, cet article ne s'applique qu'aux actes courants, catégorie dont les franchissements de frontières ne semblent pas relever.

Par ailleurs, en pratique, et malgré le fait que les mesures d'interdiction de sortie du territoire soient transmises aux différents postes frontières, celles-ci ne semblent pas avoir beaucoup d'efficacité en dehors des aéroports.

On relève pourtant des mesures (2 dossiers) où le J.A.F. refuse d'ordonner une telle interdiction de sortie du territoire aux motifs que parents et enfants possèdent la même nationalité et qu'il n'est pas contraire à l'intérêt de ces derniers qu'ils puissent se rendre dans leur pays d'origine, notamment à l'occasion des vacances scolaires.

– CHAPITRE V –

LE DIVORCE EN FRANCE : SITUATION DES COUPLES MIXTES, ÉTRANGERS OU D'ORIGINE ÉTRANGÈRE

LE DIVORCE EN FRANCE : SITUATION DES COUPLES MIXTES, ÉTRANGERS OU D'ORIGINE ÉTRANGÈRE

Anne RICHEZ-PONS
Marion SIMONET

INTRODUCTION

232. La méthode de travail - L'enquête a été menée auprès du T.G.I. de Lyon. Les dossiers des J.A.F. sont répartis entre 8 cabinets, sans que cette répartition ne soit révélatrice d'un type particulier de contentieux. L'échantillon retenu pour l'enquête porte sur les jugements rendus au cours des six premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, soit 256 dossiers de divorce et de séparation de corps.

233. Le critère de sélection n'a pas porté exclusivement sur la nationalité des parties qui n'apparaît pas toujours dans les dossiers consultés. Il a donc fallu trouver un autre critère¹ : celui du pays de naissance associé au nom des parties. Le pays de naissance ne peut évidemment pas, à lui seul, permettre de connaître la nationalité d'un individu. Dans certains cas, la sélection s'est faite sur le seul nom des parties. Ce choix a été dicté par la nécessité de prendre en compte des personnes dont on ignorait la nationalité², mais dont on supposait l'origine étrangère. On a donc retenu l'hypothèse de l'étranger algérien, marocain ou tunisien, mais également celle de l'étranger ayant acquis la nationalité française par naturalisation ou par double droit du sol (étrangers de la deuxième, voire de la troisième génération). Nous avons également tenu compte des personnes françaises et nées en France issues de familles immigrées.

234. L'enquête porte sur les populations maghrébines et leur acculturation juridique. Lorsque l'on parle de divorce, rupture du lien conjugal entre deux personnes, on doit tenir compte de la situation des couples mixtes. Il existe différentes hypothèses de couples mixtes. Notre définition est celle du couple dont l'un des membres est français d'origine française. Cela ne correspond peut-être pas à la réalité juridique, mais traduit l'existence de deux cultures différentes au sein du couple. Du fait de cette définition, dans la catégorie des couples étrangers, on retrouve ceux dont les conjoints sont d'origine maghrébine, quand bien même ils seraient nés en France ou auraient acquis la nationalité française.

235. La position du problème – Comment les personnes maghrébines installées en France se comportent-elles lorsqu'il existe un conflit au sein de leur couple ? Comment appréhendent-elles le divorce ou la séparation de corps ? Quel est l'impact du modèle juridique étranger sur la perception de leurs droits en France ?

¹ Cette méthode n'est pas parfaite, mais est souvent utilisée. Cf. *supra*, n° 7-8.

² La nationalité des parties n'est que très rarement indiquée dans les jugements et figure parfois dans l'assignation.

236. Pour répondre à ces questions, nous envisagerons, dans un premier temps, quel est le modèle juridique étranger de référence. Nous le confronterons au droit français (points de convergence et de divergence entre les systèmes français et étranger). Enfin, nous analyserons les dossiers de divorce et de séparation de corps étudiés dans le cadre de cette enquête.

237. En droit international privé, le divorce pose deux séries de questions selon qu'il est prononcé en France ou à l'étranger. Nous n'étudierons, dans cette partie, que les divorces prononcés en France. Les divorces prononcés à l'étranger posent en droit international privé un certain nombre de problèmes relatifs, notamment, aux conditions de régularité internationale des jugements étrangers, à leur reconnaissance et à leur exécution en France. Dans cette enquête, nous n'avons eu à étudier, d'une part, que les demandes de divorce et de séparation de corps jugées par les magistrats du T.G.I. de Lyon et, d'autre part, les dossiers relatifs à l'exequatur dont ont été saisis ces magistrats¹.

I. LA COMPARAISON DES SYSTÈMES JURIDIQUES EN PRÉSENCE

A. Le divorce dans les pays du Maghreb

1. *Les causes de divorce en Algérie*

238. La répudiation – Elle peut revêtir plusieurs formes, certaines étant consacrées par le Code de la famille algérien. Ce Code a aboli toute forme de divorce automatique et prévoit que la répudiation définitive doit faire l'objet d'un jugement. Même si en pratique la répudiation précède le jugement de divorce, les tribunaux s'arrangent pour faire coïncider les deux. Le tribunal saisi d'une demande de jugement ne prononce le divorce qu'après s'être assuré de la volonté du mari de répudier.

239. Le divorce par consentement mutuel – Comme pour la répudiation, le tribunal est tenu d'accéder à la demande de divorce formée par les deux époux d'un commun accord. Le divorce intervient sur leur demande conjointe ou est sollicité par l'un d'entre eux et accepté par l'autre.

240. Le divorce par volonté de l'épouse – L'épouse ne peut se fonder que sur un des manquements aux obligations du mariage énuméré dans le Code (art. 53 C. fam. alg.). Ces manquements peuvent être :

- . le défaut de paiement de la pension alimentaire accordée par voie judiciaire
- . l'infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage
- . le refus de relations conjugales de plus de quatre mois
- . la condamnation du mari à une peine infamante privative de liberté de plus d'un an de nature à déshonorer la famille et à rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale
- . l'absence de plus d'un an sans excuse valable ou sans pension d'entretien
- . le manquement aux obligations relatives à la polygamie
- . toute faute morale gravement répréhensible établie

Ces dispositions sont restrictives et ce type de divorce pose des problèmes de preuve (la preuve du manquement invoqué dépend souvent d'un autre jugement).

241. Le divorce avec réparation (*Khol'â*) – La femme qui veut se séparer de son mari peut solliciter le divorce moyennant réparation. Ce divorce ne peut être prononcé qu'avec l'acceptation du mari (article 54 C. fam. alg.).

¹ Sur l'exequatur, cf. *infra*, n° 195 et s.

2. *Les causes de divorce au Maroc*

242. La répudiation (*talaq*) – C'est le mode ordinaire de dissolution du mariage. En principe, le droit de répudier est laissé à la discrétion du mari. Il peut néanmoins être cédé par le mari à son épouse si cette dernière l'a exigé au moment de la conclusion du mariage (*tamlak*). Sur ce point, la *Moudawana* est laconique et ce droit est souvent ignoré des femmes.

243. La répudiation moyennant compensation (*khol'*) – Les époux peuvent convenir ensemble de la répudiation moyennant compensation (art. 61 de la *Moudawana*).

244. Le divorce judiciaire (*taliq*) – Prononcé à l'initiative de l'un des époux. Certains motifs sont communs aux deux époux (vices rédhibitoires) ou propres à la femme (défaut d'entretien, sévices, absence du mari pendant plus d'un an...).

3. *Les causes de divorce en Tunisie*

245. Le Code de statut personnel a aboli toute forme de répudiation unilatérale. Le divorce ne peut avoir lieu que devant un tribunal. Le législateur a établi en 1956 une stricte égalité entre époux, tant en ce qui concerne les causes que la procédure. Néanmoins, si les causes de divorce ont été bilatéralisées, l'appréciation de la faute par les tribunaux est différente selon que l'action est intentée par le mari ou son épouse. En effet, l'épouse ne pourra, dans certains cas, rapporter la preuve de la faute de son mari qu'à la suite d'un autre jugement indépendant de l'action en divorce¹.

246. Le divorce par consentement mutuel (art. 31. 1° du Code du statut personnel) – Le consentement donné devant le juge lors de la tentative de conciliation ne peut par la suite être rétracté unilatéralement.

247. Le divorce pour préjudice (art. 31. 2° du Code du statut personnel) – Il est prononcé à la demande de l'un des époux pour :

- . manquement à une obligation d'ordre institutionnel
- . manquement à une obligation d'ordre contractuel
- . Non-paiement de la dot

248. Le divorce par volonté unilatérale (art. 31. 3° du Code du statut personnel) – L'un ou l'autre époux peut demander le divorce sans avoir à justifier sa requête ou à demander le consentement de l'autre.

B. Le divorce en France

249. Le divorce peut être prononcé par consentement mutuel (soit sur demande conjointe, soit sur demande de l'un des époux et acceptée par l'autre), pour *rupture de la vie commune* (séparation de fait de plus de six ans ou pour altération des facultés mentales de plus de six ans), ou pour *faute* rendant intolérable le maintien de la vie commune.

¹ A. C. CHAMARI *La femme et la loi en Tunisie*, Coll. « Femmes Maghreb Horizon 2000 », éditions Bouchène, Alger, 1991, pp. 63 et ss.

C. Confrontation des systèmes étrangers et français

1. Les points de convergence

250. La notion de divorce pour faute existe dans tous les systèmes juridiques étudiés. En droit algérien et en droit marocain, l'homme a la possibilité de répudier sa femme unilatéralement et en dehors de toute notion de faute. En contrepartie, il est tenu à un certain nombre d'obligations dont la violation peut entraîner le divorce à la demande de son épouse. Contrairement aux dispositions relatives au divorce pour faute en droit français, la notion de faute est très développée dans les systèmes des pays du Maghreb. Mais à trop la définir, n'est-ce pas en fait la circonscrire pour mieux la contenir et la restreindre ?

251. Tous les systèmes juridiques reconnaissent le principe du divorce par consentement mutuel. Dans tous les pays étudiés, il existe un divorce à la demande des deux époux. De plus, en Algérie comme en France, l'un des époux peut prendre l'initiative du divorce, l'autre l'accepter.

252. Le T.G.I. de Lyon indique qu'en 1996, dans son ressort territorial, 33,2 % des couples ont opté pour un divorce sur requête conjointe. Pour la période concernée par cette enquête, ce type de divorce concerne 15,2 % des couples visés par l'étude. Ce pourcentage est très nettement inférieur à celui enregistré par le T.G.I. Différentes hypothèses peuvent être émises concernant ces statistiques.

Ou bien ce type divorce demandé par les deux époux est peu utilisé dans les pays du Maghreb. Cette hypothèse pourrait trouver une explication dans le fait qu'il est peut-être plus simple pour le mari de répudier son épouse¹. Par ailleurs, l'épouse a la possibilité de solliciter le prononcé d'un divorce pour faute. En ce qui concerne la Tunisie, l'un ou l'autre époux peut demander unilatéralement le divorce, indépendamment de toute faute. Si l'hypothèse selon laquelle ce type de divorce est peu utilisé dans les pays du Maghreb se révèle être exacte, on peut en conclure que les époux ont le même comportement en France et dans leur pays d'origine.

Ou bien ce type de divorce est plus couramment utilisé dans le pays d'origine, ce qui pourrait signifier que les couples n'ont pas la même attitude en France et dans leur pays d'origine. Quels sont les facteurs pouvant justifier ce changement de comportement ? On a constaté au cours de cette enquête que les épouses maghrébines étaient demanderesses à l'instance en divorce pour faute dans une proportion de 75 %, chiffre qui ne correspond certainement pas au nombre de demandes en divorce pour faute dans les pays d'origine. Ce constat nous amène à penser qu'il existe un transfert du nombre de demandes de divorce par consentement mutuel vers un divorce pour faute. À nouveau, plusieurs explications sont possibles : d'une part, l'établissement de la faute comme fondement à la demande en divorce est plus facile à rapporter en France (rappelons qu'en Algérie, la preuve de la faute dépend souvent d'une action en justice sans rapport avec une demande en divorce) ; d'autre part, la femme préfère peut-être, puisque la preuve de cette faute est plus facile à rapporter en France, intenter une action sur ce fondement, et faire reconnaître judiciairement que l'attitude de son époux est à l'origine du divorce ; enfin, cela lui évite d'avoir à obtenir l'accord de son mari pour divorcer.

253. Le T.G.I. de Lyon indique qu'en 1996, dans son ressort territorial, 12,6 % des couples visés par l'enquête ont divorcé ou se sont séparés sur demande acceptée. Nous avons pu constater que 8,2 % des couples ont divorcé sur demande acceptée et 0,4 % des couples (soit un couple...) se sont séparés sur demande acceptée. Pour les populations étudiées, ces chiffres sont inférieurs au taux annoncé par le T.G.I. La première remarque qui s'impose est que cette forme de divorce

¹ En Algérie, pour l'année judiciaire 1987/1988, on recense 10 762 divorces par consentement mutuel et 18 152 divorces par volonté du mari. On ne connaît pas le nombre de divorces pour faute à l'initiative de la femme. En présence d'une faute du mari, les époux parviennent, peut-être, à un accord pour divorcer par consentement mutuel, soit sur requête conjointe, soit sur demande acceptée. S. NOUREDINE, *La femme et la loi en Algérie*, Coll. « Femmes Maghreb Horizon 2000 », éditions Bouchène, Alger, 1991, p. 61.

n'existe que dans le droit algérien. On pourrait, mais à tort, envisager que seuls les couples d'origine algérienne ont recours à ce type de divorce. Il ressort des dossiers étudiés qu'aucune tendance franche ne peut être dégagée. Il est plus significatif de constater qu'un couple de Tunisiens, nés et mariés en Tunisie, apparemment installés en France depuis le milieu des années 1970, a choisi de divorcer sur demande acceptée.

254. Dans les pays du Maghreb, comme en France, le divorce est prononcé par jugement (même si un certain laps de temps peut s'écouler entre une répudiation et le jugement qui en prend acte et prononce le divorce). Ce point ne soulève, *a priori*, aucune difficulté, puisque même en ce qui concerne la répudiation, l'exigence d'un jugement est consacrée par les différents codes. Cependant, un problème a pu se poser en ce qui concerne l'existence d'un divorce prononcé par les autorités consulaires¹.

2. Les points de divergence

255. L'Algérie et le Maroc connaissent la répudiation, forme unilatérale du divorce à l'initiative du seul mari. Il ressort des dossiers étudiés que si certains maris sont retournés dans leur pays d'origine afin de répudier leurs épouses, aucune femme n'a soulevé la fraude à la loi française ou au jugement français dans quelque contentieux que ce soit.

Dans l'hypothèse où un juge français aurait reconnu la loi étrangère algérienne compétente pour prononcer le divorce², il aurait très certainement refusé de prononcer une répudiation. La répudiation unilatérale est en effet considérée par la jurisprudence comme contraire à l'ordre public et à la Convention européenne des droits de l'homme³. Comme le souligne M. Mayer⁴, « Aujourd'hui, le droit français admet toutes les causes de divorce connues des autres législations, à l'exception de la répudiation unilatérale ».

256. Un juge qui serait tenu, sur le fondement de la Convention franco-marocaine, de prononcer le divorce selon la loi marocaine pourrait-il enregistrer une répudiation unilatérale ? Selon la jurisprudence précédemment évoquée, il refuserait très certainement de le faire, vidant d'une partie de sa substance la Convention précitée. M. Déprez⁵ précise que « la vocation reconnue à la loi marocaine pour régir un divorce [demandé en France] a ses limites : le mari ne peut user de la répudiation en France, seule la voie du divorce judiciaire lui est ouverte, et même si ce divorce est régit par la loi marocaine, celle-ci suppose que le mari justifie d'une des causes de divorce prévues par cette loi, que le juge appréciera (articles 53 à 59 du Code de statut personnel) »⁶.

257. Concernant la Tunisie, il n'existe pas de répudiation unilatérale, mais un droit unilatéral de divorcer. Pourrait-on y voir une "répudiation bilatérale", qui ne serait alors pas contraire à l'ordre public et à la Convention européenne des droits de l'Homme ?

258. Le divorce pour faute ne peut être invoqué que par la femme en droit algérien ; certaines causes de divorce pour faute sont réservées à la femme en droit marocain ; en Tunisie et en France, ce type de divorce peut indifféremment être invoqué par l'homme ou la femme, quelle que soit la faute invoquée. Nous avons cherché, à travers l'étude des dossiers, à savoir si un lien existait entre les causes de divorce invoquées devant le juge français à l'appui d'une demande en

¹ Sur l'ensemble de la question, *cf. infra*, n° 422-426.

² En ce qui concerne les conflits de lois et l'application de la loi étrangère par les juridictions françaises, *cf. infra*, n° 265 et s.

³ *Cf. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, Rev. crit. dr. int. pr. 1995, p. 103, 2^{ème} esp., note J. DÉPREZ ; D. 1995, p. 263, note MASSIP et Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1997, D. 1997, p. 400, note M.-L. NIBOYET.*

⁴ P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Coll. Domat Droit Privé, 6^{ème} éd., 1998, n° 587.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1994 et 1^{er} juin 1994 ; *Rev. crit. dr. int. pr. 1995, p. 103*, note J. DÉPREZ.

⁶ *Cf. infra*, n° 303-305.

divorce fondée sur l'article 242 du Code civil et les causes de divorce pour faute des législations du Maghreb. Les fautes invoquées, tant par le demandeur principal (des femmes dans 75 % des cas pour les couples d'étrangers et dans 76,5 % des cas pour les couples mixtes) que par le demandeur reconventionnel, ne semblent pas être particulières. Ce sont celles de la plupart des dossiers de divorce pour faute en général. Par ailleurs, les éléments de fait invoqués pourraient-ils être constitutifs d'une faute dans le pays d'origine ? La faute retenue par le juge français serait-elle retenue par le juge étranger ? Il est difficile de répondre à cette question dans la mesure où nous ne savons pas comment les juges étrangers apprécient la notion de faute, notamment celle de « faute morale gravement répréhensible »¹.

259. Dans un dossier étudié, la femme française d'origine algérienne (peut-être de nationalité franco-algérienne) demandait le divorce pour faute, invoquant comme fondement juridique l'article 53 du Code de la famille algérien pour refus de relations conjugales de plus de 4 mois, absence de plus d'un an sans excuse et sans pension alimentaire d'entretien, manquement aux obligations relatives à la polygamie (elle n'avait pas été avertie par son mari de son second mariage et n'était pas traitée sur un pied d'égalité avec cette autre épouse). Le juge français n'a pu se prononcer sur la demande car l'épouse s'est désistée de l'instance. On sait cependant qu'un juge algérien avait déjà été saisi de la même demande en 1991 et qu'il avait débouté l'épouse car elle ne répondait pas aux conditions de l'article 53 du Code de la famille algérien. Il avait ordonné le retour de l'épouse au domicile conjugal et l'avait privée de pension alimentaire pour insubordination et refus de réintégrer ce domicile conjugal (le mari était retourné vivre en Algérie et la femme vivait en France ; elle n'était retournée en Algérie en 1991 qu'afin d'obtenir le divorce)². À l'opposé de cet exemple, un dossier révèle la forte acculturation d'une épouse algérienne (peut-être aussi double nationale). Cette dernière demande le divorce auprès des juridictions françaises sur le fondement de l'article 242 du Code civil, la faute étant, selon elle, constituée par la bigamie de son mari. En première instance, l'épouse est déboutée de sa demande. Les magistrats ont en effet estimé que la bigamie, autorisée par la loi nationale de son mari, ne pouvait constituer une faute. Les juges français se sont sans aucun doute prononcé de la sorte car ils estimaient que c'était la loi nationale commune des époux qui devait être appliquée en l'espèce³.

260. Aucun des systèmes maghrébins ne connaît la séparation de corps. Dans les dossiers étudiés, vingt-deux concernaient des demandes de séparation de corps dont vingt et un pour faute et un sur demande acceptée. Seuls deux dossiers concernent des couples mixtes. Pour la majorité des autres, il s'agit de personnes algériennes. Dans 90 % des cas, l'action est engagée par l'épouse. Ces chiffres sont relativement importants si l'on considère que la séparation de corps est inconnue dans les pays du Maghreb. Deux hypothèses peuvent être émises :

- ou bien il existe une forte acculturation parmi la population qui demande la séparation de corps (il ressort des dossiers que l'immigration de ces couples est assez récente et qu'il s'agit dans l'ensemble de familles traditionnelles) ;
- ou bien, au contraire, l'acculturation de ces femmes est faible : elles ne demanderaient pas en France le prononcé d'un divorce pour faute qu'elles n'auraient probablement pas obtenu dans leur pays d'origine.

261. Il peut paraître surprenant de constater que, malgré la gravité des fautes invoquées par la femme, cette dernière préfère demander une séparation de corps plutôt qu'un divorce et rompre ainsi tout lien avec son mari. D'après un magistrat, l'explication pourrait être trouvée dans le fait que la femme souhaite préserver le lien matrimonial pour se réserver le droit de demander une

¹ Article 53 du Code de la famille algérien.

² Ce dossier sera à nouveau évoqué. Cf. *infra*, n° 292.

³ Ce dossier sera à nouveau évoqué. Cf. *infra*, n° 285.

contribution aux charges du mariage. D'après un avocat, l'explication serait plutôt que la femme demande sciemment une séparation de corps pour empêcher son mari de se remarier.

262. Lorsqu'une séparation de corps est prononcée par les juridictions françaises, la reconnaissance au Maroc sera facilitée par l'article 12 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 qui dispose que cette convention s'applique à la séparation de corps lorsque celle-ci est prévue par la loi compétente de l'un des deux États. Qu'en est-il de la reconnaissance et des effets de la séparation de corps prononcée en France lorsque les époux sont de nationalité algérienne ou tunisienne et retournent dans leur pays d'origine ? Dans un dossier, la femme algérienne demandait le prononcé d'une séparation de corps sur le fondement des articles 242 et 296 du Code civil. En défense, son mari a fait valoir que la séparation de corps était contraire à l'ordre public algérien et aux convictions religieuses des époux. Le juge a refusé d'accéder à la demande de l'épouse en estimant « qu'un jugement qui prononcerait une telle séparation de corps ne pourrait être transcrit sur les actes de naissance des époux et sur leur acte de mariage célébré en Algérie »¹.

263. En droit tunisien, le mariage peut prendre fin sur la demande unilatérale de l'un des deux époux, en dehors de toute faute. Cette hypothèse n'est pas évoquée par le droit français, mais le recours à l'article 248-1 du Code civil qui permet de prononcer le divorce pour faute sans énonciation des griefs pourrait s'apparenter à ce type de divorce.

264. Bien que nous ne disposions d'aucunes statistiques en la matière, il semblerait que les taux de désistement, de radiation et de caducité soient plus importants parmi les couples maghrébins et les couples mixtes que parmi les autres couples. Cette impression nous a d'ailleurs été confirmée par certains magistrats et avocats. Ces derniers avancent l'hypothèse selon laquelle les époux n'auraient pas l'intention de divorcer mais n'assigneraient en divorce qu'en vue de percevoir une prestation sociale. En effet, lorsqu'une personne assigne son conjoint en divorce, elle peut demander à son avocat une attestation de procédure demandée par la Caisse d'Allocations Familiales pour le versement de la prestation. Certaines personnes viennent ainsi périodiquement demander une telle attestation. Pour limiter cette pratique, certains avocats n'hésitent pas à informer la C.A.F. qu'à la suite du désistement de leur client ou de l'ordonnance de radiation leur attestation est devenue sans objet...

¹ Ce dossier sera à nouveau évoqué. Cf. *infra*, n° 280-282.

II. LES JUGES, LES PRATICIENS ET LE DIVORCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Anne RICHEZ-PONS

265. Le prononcé du divorce en France implique de résoudre, d'une part, le problème de la compétence des tribunaux français et, d'autre part, celui de la loi applicable devant les tribunaux français.

A. LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS

266. Il n'y a pas, en France, de divorce sans décision judiciaire. Ce principe résulte implicitement des textes internes. Il est également valable dans les rapports internationaux, ce qui implique l'exclusion de toute reconnaissance de l'intervention des autorités religieuses françaises ou étrangères et des autorités consulaires¹.

267. En ce qui concerne cette enquête, il ressort de deux dossiers étudiés que des dérogations ont été portées à ce principe fermement établi. En 1977, un divorce par consentement mutuel a été prononcé au consulat du Maroc à Paris devant deux notaires (il s'agissait d'une répudiation avec compensation, *khola*). Dans le second dossier, il apparaît que le principe du divorce a été acquis au consulat du Maroc à Lyon, en 1995, même si la décision dont l'exequatur était demandé émanait du *cadi* de Rabat². Un jugement d'exequatur était demandé pour ces deux divorces et a été accordé par le tribunal de grande instance de Lyon.

1. Les règles ordinaires de compétence des tribunaux français indépendantes de la nationalité

a) Le principe : la transposition des règles de compétence interne

268. Depuis l'arrêt *Pelassa*³, la jurisprudence retient comme critère de compétence internationale des tribunaux français les critères qui servent à déterminer la compétence territoriale interne. Ce principe, fermement établi, de la transposition (ou de « l'extension ») des règles de compétence interne joue quelles que soient la loi applicable au fond et la nationalité des plaigneurs.

269. Selon les dispositions de l'article 1070 alinéa 1 du N.C.P.C., « Le tribunal territorialement compétent dans les affaires de divorce est :

- le tribunal du lieu où se trouve la résidence de la famille ;
- si les époux ont des résidences distinctes, le tribunal du lieu où réside celui des époux avec lequel habitent les enfants mineurs ;
- dans les autres cas, le tribunal du lieu où réside l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande ».

270. Selon les dispositions de l'article 1071 du N.C.P.C., « La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour où la requête initiale est présentée ».

¹ Cf. sur l'ensemble de la question H. GAUDEMÉT-TALLON, *J.-Cl. Droit international*, Fascicule 547-10, n° 21 et s.

² Cf. *infra*, n° 195 et s.

³ Civ. 1^{re} 19 octobre 1959, *D.* 1960, p. 37, note G. HOLLEAUX ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1960, p. 215, note Y. L.

271. Sur les six premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, 256 dossiers de divorce et de séparation de corps concernant la population d'origine maghrébine ont été retenus et traités pour cette enquête. Ces dossiers concernent à la fois des couples d'origine ou de nationalité étrangère ou des couples mixtes. Ces demandes de divorce ont été soumises au tribunal de grande instance de Lyon territorialement compétent sur le fondement de l'article 1070 du N.C.P.C., mais ce fondement juridique n'est pas indiqué dans les jugements rendus : il est implicite.

b) Les exceptions : les règles de compétence purement internationale¹

272. Il existe des chefs de compétence internationale sans rapport avec ceux de la compétence territoriale interne, mais qui les complètent. En matière de divorce, il peut y avoir compétence française relativement à une instance en divorce engagée à l'étranger pour ordonner en France des mesures provisoires ou urgentes. Il peut également y avoir compétence française lorsque ne s'affirme aucune compétence étrangère et que l'incompétence française aboutirait à un déni de justice. Enfin, il y a compétence française exclusive pour toute contestation concernant la transcription du divorce, qu'il soit prononcé en France ou à l'étranger, sur les registres de l'état civil français.

273. Aucun des dossiers étudiés pour l'enquête n'a révélé ce type de litige.

2. Les règles de compétence fondées sur la nationalité

274. Les articles 14 et 15 du Code civil instaurent un privilège de juridiction lorsqu'un Français est soit demandeur, soit défendeur à une instance. Ces articles n'interviennent que de façon subsidiaire, lorsque l'ordre juridictionnel français n'est pas compétent par application des règles ordinaires de compétence internationale. En cas de double nationalité française et étrangère, la nationalité française prévaut pour fonder la compétence juridictionnelle française, la nationalité française devant exister au jour de l'introduction de l'instance.

275. Les entretiens effectués auprès des magistrats et des avocats révèlent que ces articles 14 et 15 du Code civil sont rarement invoqués par les parties et que, lorsqu'ils le sont, c'est surtout comme moyen de défense ou pour fonder une demande reconventionnelle.

276. Dans les dossiers étudiés pour l'enquête, le tribunal de grande instance de Lyon ne s'est jamais déclaré compétent sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil. L'article 14 du Code civil a cependant été invoqué comme moyen de défense par un mari algérien, défendeur à une action en divorce sur le fondement de l'article 242 du Code civil. La renonciation aux articles 14 et 15 est possible. Elle est tacite lorsque l'action est pendante ou jugée par un tribunal étranger. Si l'époux français est le demandeur (article 14 du Code civil) il faut et il suffit que ce soit lui qui ait renoncé à la compétence des juridictions françaises. Si l'époux français est le défendeur (article 15 du Code civil), il faut que les deux époux aient renoncé à la compétence française puisque non seulement l'époux défendeur français, mais également l'époux demandeur étranger, peuvent se prévaloir de l'article 15 du Code civil. Dans le cas précédemment évoqué qui nous a été soumis, l'époux étranger faisait valoir que sa femme française avait demandé le divorce en Algérie en première instance et en appel et qu'elle avait été déboutée de sa demande. Selon lui elle avait ainsi renoncé à la compétence de la juridiction française prévue par l'article 14 du Code civil, ce privilège de juridiction n'étant pas d'ordre public. La femme avait rétorqué qu'elle avait effectivement été déboutée en 1991 d'une demande en divorce devant les

¹ Cf. sur l'ensemble de la question H. GAUDEMÉT-TALLON, J.-Cl. *Droit international*, Fascicule 547-10, n° 64 et ss.

juridictions algériennes, mais qu'elle n'avait pas pour autant renoncé à invoquer l'article 14 du Code civil, une nouvelle procédure étant possible.

3. L'incompétence des tribunaux français

277. L'exception d'incompétence des juridictions françaises peut être soulevée par les parties et doit dans ce cas l'être avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, en même temps que d'autres exceptions. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 74 du N.C.P.C. En matière de divorce, l'exception d'incompétence doit être soulevée au début de la procédure de conciliation, *in limine litis*. Conformément à l'article 75 du N.C.P.C., les parties qui l'invoquent doivent indiquer devant quelle juridiction étrangère l'affaire doit être portée.

278. Dans un dossier étudié, l'exception d'incompétence a été soulevée par le défendeur à l'action en divorce. En 1994, la femme, française, a demandé le divorce sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Le mari, algérien, a fait une demande reconventionnelle sur le fondement de ce même article, invoquant la seule faute de sa femme. Puis, l'année suivante, après avoir changé d'avocat, il a invoqué l'exception d'incompétence des tribunaux français parce que, d'une part, les époux s'étaient mariés en Algérie, y avaient toujours vécu avec leurs enfants et parce que, d'autre part, sa femme avait déjà demandé le divorce en Algérie et avait été déboutée de sa demande. Le tribunal de grande instance, en formation collégiale, a déclaré l'exception d'incompétence des tribunaux français irrecevable sur le fondement de l'article 74 du N.C.P.C. car, en 1994, le mari avait conclu sans soulever l'incompétence. Le divorce a été prononcé aux torts du mari sur le fondement de l'article 242 du Code civil.

279. À toute hauteur de la procédure, le juge a, selon les dispositions de l'article 92 alinéa 2 du N.C.P.C., la possibilité de relever d'office son incompétence. Il n'a pas alors à statuer sur la juridiction étrangère compétente. Les juges ont relevé leur incompétence dans un dossier étudié. Se fondant sur l'article 8 de la Convention franco-marocaine, le juge saisi d'une demande en divorce, sur le fondement de l'article 242 du Code civil, s'est déclaré territorialement incompétent. Il a précisé que les juridictions compétentes sont les juridictions marocaines « dès lors qu'il apparaît des documents produits par le mari que le dernier domicile commun des époux était situé au Maroc ». L'épouse faisait l'objet d'un mandat d'arrêt international pour « enlèvement de mineur en fraude » délivré par le juge d'instruction du Maroc en 1993. La femme semble être franco-marocaine, un certificat de nationalité française ayant été délivré par le tribunal d'instance d'Auxerre en 1995. Le juge aux affaires familiales souligne, qu'en dépit de sa demande, la demanderesse ne justifie pas qu'elle bénéficiait de la nationalité française, ce que conteste son avocat.

280. L'exception de litispendance internationale peut également être relevée. La situation de litispendance internationale suppose que, au moment de l'introduction de l'instance en France, un tribunal étranger a déjà été saisi du même litige entre les mêmes parties, que les instances ont le même objet et que les demandes sont fondées sur la même cause. La jurisprudence est très stricte sur la notion d'identité d'objet et de cause. Il semble qu'il ne puisse y avoir de situation de litispendance lorsque la compétence française repose sur les articles 14 et 15 du Code civil. L'exception de litispendance n'a pas été invoquée dans les dossiers étudiés alors que cette situation se présente assez fréquemment en matière de divorce¹.

¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, Économica, 2^e éd., p. 330, n° 379.

B. La loi applicable devant les tribunaux français

281. Le 11 juillet 1975, le législateur a introduit une disposition relative aux conflits de lois en matière de divorce : l'article 310 du Code civil¹. Ce texte dispose que :

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

1. La compétence de la loi française à titre principal

282. Selon les dispositions de l'article 310 alinéa 1 du Code civil, la loi française est directement applicable lorsque les deux époux sont français. La loi française doit être appliquée, même si les époux sont domiciliés à l'étranger ou même s'ils n'ont pas de domicile commun.

283. Selon les dispositions de l'article 310 alinéa 2 du Code civil, la loi française est directement applicable lorsque les deux époux ont l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français, quelle que soit la nationalité des époux et la teneur de leur loi nationale. Avant la loi du 11 juillet 1975, on appliquait aux époux étrangers de même nationalité leur loi nationale. La loi française régit « le divorce des époux domiciliés en France, non seulement au cas de mariage mixte, c'est-à-dire de mariage contracté entre personnes de nationalités différentes, que l'une de ses nationalités soit française ou que les deux soient étrangères, mais encore au cas de mariage contracté entre époux de même nationalité »². L'alinéa 2 de l'article 310 du Code civil semble poser des problèmes d'application.

284. Dans un dossier étudié, le mari et la femme sont algériens et résident tous les deux en France. La femme fait une demande de séparation de corps en application de l'article 242 du Code civil et l'homme fait une demande reconventionnelle en divorce sur le même fondement juridique. La femme estime que la loi française doit s'appliquer en vertu de l'article 310 alinéa 2 du Code civil car elle et son mari ont leur domicile en France. Le mari conclut à l'irrecevabilité de la demande en séparation de corps en invoquant l'article 310 alinéa 3 du Code civil qui dispose que la loi française est compétente « lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence ». Or, selon ses conclusions, le Code de la famille algérien ne prévoit pas de séparation de corps et elle est contraire à l'ordre public algérien et aux convictions religieuses des parties. Le juge aux affaires familiales a déclaré la demande en séparation de corps irrecevable car « l'article 310 alinéa 2 du Code civil est destiné à permettre essentiellement le règlement de difficultés pratiques pouvant se poser à des époux étrangers résidant en France et non d'imposer à deux étrangers de même nationalité la loi française en les soustrayant à la loi étrangère. C'est à bon droit que l'homme demande l'application de la loi algérienne qui ne connaît pas la séparation de corps. Un jugement qui prononcerait une telle séparation de corps ne pourrait être transcrit sur les actes de naissance des époux et sur l'acte de mariage célébré en Algérie ». Cette décision rappelle celle du tribunal de grande instance d'Orléans du 17 mai 1984³ selon laquelle « il paraît évident que le législateur n'a pas voulu soustraire deux époux étrangers de même nationalité à leur loi nationale en leur imposant la loi française en raison de leur domicile en France et que l'article 310 alinéa 2 est destiné à permettre essentiellement le règlement de difficultés pratiques pouvant se poser à des époux étrangers résidant en France, mais n'a pas pour objet de résoudre des conflits de lois ». Dans cette espèce, le divorce devait être soumis non pas à la loi française,

¹ J. FOYER, *Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil)*, J.C.P. 1976. I. 2762.

² *Ibidem*.

³ T.G.I. Orléans, 17 mai 1984, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1986, p. 307, note F. MONÉGER.

mais à la loi marocaine, loi nationale commune des époux. Comme le souligne Mme Monéger¹, « on peut s'interroger de ce que les juges d'Orléans aient cru bon de justifier autrement la non application de l'article 310 en donnant de celui-ci une interprétation tout à fait curieuse dont on peut se demander si M. Foyer en aurait été satisfait (...). Une telle interprétation viderait de sa substance l'article 310 ».

285. La décision du juge aux affaires familiales a de quoi surprendre. Si l'on prend l'hypothèse de deux époux ayant une nationalité étrangère commune et domiciliés en France qui décident de demander le divorce au juge étranger de leur nationalité et que celui-ci applique sa propre loi, pourrait-on refuser la reconnaissance en France du jugement de divorce prononcé à l'étranger ? Normalement oui, puisque le juge français doit vérifier, notamment, la compétence de la loi appliquée au fond, c'est-à-dire le respect des règles françaises de conflits de lois. Or, l'article 310 alinéa 2 du Code civil est unilatéral et donne compétence, dans l'hypothèse invoquée, à la loi française. Cependant, la jurisprudence estime que cette solution est excessive et qu'il convient de reconnaître et d'exécuter en France la décision du juge étranger qui a appliqué la loi de la nationalité commune des époux. L'article 310 semble limité à une application directe en France². Dans le jugement évoqué, la situation était différente puisque c'est la juridiction française qui a été saisie et il est impossible de déroger à l'article 310 alinéa 2 du Code civil : lorsque deux époux sont domiciliés en France, c'est la loi française qui doit être appliquée. Peu importe que la loi algérienne ignore la séparation de corps et qu'un jugement la prononçant ne puisse être transcrit sur les actes de naissance des époux et sur l'acte de mariage célébré en Algérie, même s'il est vrai qu'un problème de reconnaissance de la séparation de corps se posera en Algérie si la règle de conflit de ce pays donne compétence à la loi nationale commune, ou simplement parce que ce pays ne reconnaît pas la séparation de corps.

286. Dans cette même affaire, le mari a fait une demande reconventionnelle en divorce en application de la loi française, se fondant sur l'article 242 du Code civil, car conclut-il, « depuis l'arrêt *Bisbal* le tribunal n'est pas tenu d'invoquer la loi étrangère³ ». Cet argument est également surprenant si l'on considère que sur le fondement de l'article 310 alinéa 2 du Code civil, les époux étant tous deux domiciliés en France, c'est bien la loi française qui doit être appliquée... Le juge aux affaires familiales a débouté le mari car il ne versait aucune pièce à l'appui de sa demande.

287. Dans un autre dossier, les deux époux étaient algériens et résidaient en France. La femme demandait une séparation de corps sur le fondement des articles 242 et 296 du Code civil, aux torts de son mari. Le mari a formé une demande reconventionnelle en divorce aux torts partagés des époux. Le juge aux affaires familiales a prononcé la séparation de corps entre les époux, appliquant ainsi la loi française. Le juge a-t-il appliqué la loi française parce que les deux époux demandaient son application ou parce qu'il devait le faire selon les dispositions de l'article 310 alinéa 2 du Code civil ?

288. Lorsque deux époux, dont l'un au moins est étranger, sont domiciliés en France, les juges appliquent la loi française. Est-ce sur le fondement de l'article 310 alinéa 2 du Code civil que le juge applique la loi du domicile des époux (auquel cas ce fondement juridique qui n'apparaît pas dans les jugements serait sous-entendu) ou parce que ce fondement juridique n'étant pas invoqué par les parties, le juge applique la loi française en tant que loi du *for* ? Il est vrai que le résultat est, quel que soit le fondement juridique, le même... La question n'aurait vraiment d'intérêt qu'en

¹ *Ibidem*.

² Civ. 1^{re}, 3 nov. 1983, *J.C.P.* 1984. II. 20131, concl. GULPHE.

³ Cette affirmation est à nuancer puisque la règle de conflit française doit être appliquée d'office par le juge dans deux cas : lorsqu'une règle de conflit est contenue dans une convention internationale ou lorsque est en cause une matière dans laquelle les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, ce qui est le cas en matière de divorce.

cas de contestation du jugement rendu, notamment à l'occasion de la reconnaissance du jugement français à l'étranger si le pays étranger reconnaissait comme règle de conflit la loi nationale des intéressés.

289. Les entretiens effectués révèlent que les magistrats ne tiennent pas toujours compte de l'article 310 alinéa 2 du Code civil et en contestent le bien fondé. Les magistrats et les avocats n'estiment pas opportun d'imposer la loi française à deux époux dès lors qu'ils demandent l'application de leur loi nationale commune. Dans un jugement rendu en janvier 1996, une femme algérienne domiciliée en France a été déboutée de sa demande de divorce pour faute sur le fondement de l'article 242 du Code civil, pour bigamie alors que son mari était également de nationalité algérienne et domicilié en France. Le juge saisi a estimé que la bigamie étant autorisée par la loi personnelle du mari, elle ne saurait constituer une faute. L'application de l'article 310 alinéa 2 du Code civil est donc parfois écartée par le juge, non seulement lorsque les deux époux étrangers demandent l'application de leur loi nationale, mais également lorsqu'un seul de ces époux revendique l'application de sa loi nationale. Un appel a été interjeté de cette décision. Dans un arrêt rendu en janvier 1997, la Cour d'appel de Lyon a réformé le jugement entrepris et prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari au motif que « les époux étaient tous les deux domiciliés à Lyon au moment de l'introduction de l'instance en divorce et qu'ils sont donc soumis à la loi française du divorce ».

2. La compétence subsidiaire de la loi française à défaut d'une loi étrangère compétente

290. Selon les dispositions de l'**article 310 alinéa 3 du Code civil**, le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française « lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ». La loi française s'applique, d'une part, si aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, d'autre part, si plusieurs lois étrangères se reconnaissent compétentes. C'est un problème de cumul que l'article 310 alinéa 3 du Code civil ne résout pas. Selon M. Jean Foyer, il convient alors d'appliquer la loi étrangère avec laquelle le divorce a les liens les plus étroits. Le critère retenu est celui de l'effectivité (par exemple, la loi sur le territoire de laquelle sont appelés à se produire les effets principaux du divorce) et c'est à ce titre que le juge français pourrait appliquer la loi française. Cette hypothèse du cumul des lois applicables ne semble pas s'être posée aux magistrats lyonnais entre janvier et juin 1996.

291. L'article 310 alinéa 3 du Code civil ne pose pas un problème de renvoi. Le juge français doit consulter la règle de conflit étrangère. Si celle-ci désigne la loi française, le juge ne l'appliquera pas en vertu de cette désignation, « mais parce que la loi étrangère ne se veut pas compétente et qu'alors la loi française s'applique automatiquement, en raison de la vocation subsidiaire qui lui est reconnue par l'article 310 alinéa 3 du Code civil. Si la règle de conflit étrangère désigne une loi tierce, c'est que celle-ci a des liens avec la situation litigieuse ; le juge français recherchera si cette loi tierce se veut compétente et, si oui, il l'appliquera non en vertu du mécanisme du renvoi au second degré, mais parce qu'il a directement interrogé la règle de conflit de cette loi tierce, toujours en vertu de l'article 310 alinéa 3 du Code civil »¹.

292. **Lorsque les deux époux sont étrangers, qu'ils soient de même nationalité ou de nationalités différentes, et qu'ils n'ont pas de domicile en France**, le juge doit rechercher si une loi étrangère ne se reconnaît pas compétente. La recherche doit être effectuée d'office par le juge, d'une part, parce que si cela n'était pas le cas l'article 310 alinéa 3 du Code civil serait vidé de toute signification, d'autre part, parce que le juge est tenu d'appliquer d'office la règle de conflit lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, ce qui est le cas en matière

¹ H. GAUDEMÉT-TALLON, J.-Cl. *Droit international privé*, Fascicule 547-20, n° 56.

de divorce. Un juge aux affaires familiales interrogé sur ce point a malgré tout expliqué que « les juges ne statuent sur l'application de la loi étrangère que lorsque les parties soulèvent ce moyen. Le juge ne peut soulever d'office la loi étrangère. Il attend que les avocats le fassent : ils ne le font jamais ». Un avocat nous a précisé qu'il demandait l'application de la loi française dans l'intérêt des personnes car cette loi est en général plus favorable pour eux que la loi étrangère. Il cherche à évincer la loi étrangère normalement applicable. Selon lui, « les magistrats sont réticents pour appliquer la loi étrangère (il s'agit peut-être d'un problème de formation ou d'une volonté de protection). C'est finalement aux avocats d'apporter l'information aux juges ».

293. Dans un dossier étudié, les époux étaient de nationalité algérienne ; la femme résidait à Lyon et le mari en Algérie. La femme demandait le prononcé d'une séparation de corps aux torts exclusifs du mari sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Par jugement réputé contradictoire, le mari n'ayant pas constitué d'avocat et étant absent à l'instance, le juge aux affaires familiales a prononcé la séparation de corps aux torts du mari sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Le juge a invité, en cours de délibéré, la demanderesse à faire valoir ses observations sur l'application des dispositions de l'article 310 du Code civil relatif au règlement des conflits de lois en matière de divorce. Celle-ci a maintenu sa demande. Après avoir énoncé que, « selon les dispositions des articles 92, 93 et 96 du N.C.P.C., le juge peut relever d'office son incompétence lorsque le défendeur ne comparait pas ou en matière d'état des personnes et qu'en l'espèce ces deux conditions étaient réunies », le juge aux affaires familiales a retenu que, la mère résidant en France avec les enfants, la juridiction saisie était donc territorialement compétente sur le fondement de l'article 1070 du N.C.P.C. Le jugement précise que « en ce qui concerne la compétence législative : les deux époux ont la nationalité algérienne et la demanderesse réside en France, il faut faire application de 310 alinéa 3 dès lors que la loi algérienne ne se reconnaît pas compétente en matière de divorce et que le juge français n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère si les parties ne le demandent pas ». Cette motivation peut être discutée...

294. Dans huit autres dossiers étudiés, les époux étaient de nationalité étrangère, l'un résidait en France et l'autre à l'étranger. Les personnes résidant en France ont toutes demandé le divorce en France sur le fondement du droit français. Dans certains cas, le divorce n'a pas été prononcé car le demandeur s'était désisté de l'instance ou la demande était caduque. Dans les autres jugements, le juge a appliqué la loi française pour débouter les demandeurs qui n'apportaient pas la preuve de leurs prétentions ou pour prononcer le divorce. Le juge a-t-il appliqué la loi française parce qu'aucune autre loi étrangère ne se reconnaissait compétente ou parce que la règle de conflit de l'article 310 alinéa 3 du Code civil a été ignorée ?

295. **Lorsqu'un des époux est français et l'autre étranger et qu'ils n'ont pas de domicile commun en France**, le juge doit, sur le fondement de l'article 310 alinéa 3 du Code civil, rechercher si une loi étrangère ne se reconnaît pas compétente. Il y a eu des tentatives d'application de la loi française dès lors qu'un époux partie à l'instance est français mais cela s'est révélé être un échec, rien dans l'article 310 du Code civil ne permettant d'appliquer dans cette hypothèse la loi française. L'article 310 alinéa 3 du Code civil joue normalement, même si un époux est français. Le privilège de juridiction ne se double pas d'un privilège législatif. Si un époux est français et domicilié en France et que l'autre époux est étranger et domicilié à l'étranger, comme le souligne M. Mayer, « la loi française ne veut pas s'appliquer, alors que ses titres objectifs sont identiques à ceux de la loi étrangère, et que de surcroît elle est la loi du *for*. Et plus la règle de conflit étrangère sera nationaliste, plus la loi française verra, de son propre consentement, ses chances d'être appliquée diminuées » : « le nationalisme fait ici place à un brusque désintéressement »¹.

¹ P. MAYER, *Droit international privé*, op. cit., n° 581.

296. Dans un dossier étudié, l'application de l'article 310 alinéa 3 du Code civil aurait pu être éventuellement retenue par le juge. Les faits étaient les suivants : une femme française d'origine algérienne (peut-être ayant la double nationalité franco-algérienne) demandait le divorce sur le fondement de l'article 242 du Code civil. En 1991, elle avait demandé le divorce en Algérie mais s'était vue déboutée de sa demande car elle ne répondait pas aux conditions de l'article 53 du Code de la famille algérien (le tribunal avait ordonné la réintégration de la femme au domicile conjugal et l'avait privée de pension alimentaire pour insubordination et refus de réintégrer le domicile conjugal). En 1995, elle a demandé le divorce sur le fondement de l'article 242 du Code civil tout en précisant dans ses conclusions que « conformément au traité franco-algérien du 24 août 1964, la loi algérienne est la seule applicable, mais celle-ci ne s'oppose pas au prononcé du divorce pour faute ». L'intéressé invoquait les articles 53 et 55 du Code de la famille algérien. Le juge aux affaires familiales n'a pas eu à statuer sur la loi applicable, la femme ayant renoncé à agir, il n'a pu que constater son désistement.

3. L'éviction de la loi applicable en raison de sa contrariété avec l'ordre public international français ou de la fraude à la loi

a) L'éviction de la loi applicable en raison de sa contrariété avec l'ordre public international français

297. Il existe une différence de principe selon qu'il s'agit d'un divorce prononcé en France ou des effets en France d'un divorce prononcé à l'étranger. L'ordre public intervient de façon plus stricte dans le premier cas que dans le second, mais, dans les dossiers étudiés, les juges n'ont jamais eu à évincer une loi étrangère normalement applicable en raison de sa contrariété avec l'ordre public français.

298. Un avocat nous a précisé que les jugements sont parfois écartés comme étant contraires à l'ordre public international français dans d'hypothèse où, à la suite d'une demande de divorce introduite par la femme, le mari retourne dans son pays d'origine et obtient un jugement de répudiation. Il prétend ensuite que sa femme ne peut demander le divorce car il a déjà été prononcé à l'étranger. Ce jugement étranger est écarté par les juridictions françaises comme étant contraire à l'ordre public car les droits de la défense n'ont pas été respectés, la femme n'ayant pas été représentée au cours de la procédure¹. L'agissement du mari pourrait s'analyser comme un cas de fraude à la loi ou au jugement. « La fraude au jugement vise à éluder le prononcé du jugement. L'exception de fraude au jugement permet de refuser l'efficacité au jugement obtenu par fraude »². Mais, en pratique, il paraît plus simple de se fonder sur la contrariété du jugement avec l'ordre public international français qui pose moins de problème probatoire selon l'avocat interrogé pour l'enquête. Ne pourrait-on simplement invoquer l'antériorité du déclenchement de la procédure pour considérer comme sans valeur au regard de l'ordre juridique français une répudiation ?

b) L'éviction de la loi applicable en raison de la fraude à la loi

299. La fraude à la loi, qui vise à éluder l'application de la loi, est le changement artificiel de la circonstance de rattachement dont dépend la loi applicable. S'agissant du divorce, la fraude peut

¹ La Cour de cassation, dans un arrêt du 1^{er} juin 1994 (précité), a relevé une méconnaissance du principe de l'égalité des droits et des responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, consacré par l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme, l'épouse n'ayant pas été appelée à la procédure. Dans un arrêt du 11 mars 1997 (précité), elle a invoqué le même principe d'égalité au niveau du fond, exigeant qu'il soit démontré que l'épouse a acquiescé à la répudiation.

² P. MAYER, *Droit international privé*, op. cit., n° 394.

consister en un changement de nationalité ou de domicile. Aucun des dossiers étudiés n'a révélé de cas de fraude à la loi.

C. Le cas particulier de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981

300. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire¹ est entrée en vigueur le 13 mai 1983.

301. Selon les dispositions de l'article 11 de la Convention, « la dissolution du mariage peut être prononcée par la juridiction de celui des deux États sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avait leur dernier domicile commun [alinéa 1]. Toutefois, au cas où les époux ont tous deux la nationalité de l'un des deux États, les juridictions de cet État peuvent être également compétentes, quel que soit le domicile des époux au moment de l'introduction de la demande [alinéa 2] ». L'alinéa 3 de l'article 11 de la Convention règle la situation de litispendance (la juridiction saisie en second lieu doit surseoir à statuer). Cet article n'a jamais été invoqué dans les dossiers de demande de divorce étudiés pour cette enquête.

302. L'article 9 de la Convention franco-marocaine de 1981 contient une règle de conflit de lois applicable à la dissolution du mariage. Selon ses dispositions, « La dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux États dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande. Si à la date de la présentation de la demande, l'un des époux a la nationalité de l'un des deux États et le second celle de l'autre, la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de l'État sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun ». L'État saisi d'une demande de dissolution du mariage doit donc appliquer la loi nationale commune des époux et, à défaut, la loi du domicile commun ou du dernier domicile commun dans l'un des deux pays signataires. Ces dispositions font donc échec à l'article 310 alinéa 2 du Code civil lorsque deux marocains domiciliés en France saisissent une juridiction française et demandent le divorce.

303. Il ressort de cette enquête que toutes les demandes de divorce introduites par un époux marocain sur le fondement de la loi française, alors que son époux était également de nationalité marocaine, ont été jugées sur le fondement de la loi française. Les juges n'appliquent pas d'office la Convention franco-marocaine alors qu'ils sont tenus de le faire. Dans un arrêt rendu le 14 mai 1996², la Cour de cassation a précisé que les juges sont tenus d'appliquer une convention internationale. Dans cet arrêt, une femme demandait le divorce sur le fondement de la loi française. Un appel a été interjeté de la décision rendue. La Cour d'appel saisie a refusé de prononcer le divorce sur le fondement de la loi française puisque, lorsque les époux sont tous les deux de nationalité marocaine, c'est la loi marocaine qui doit être appliquée ; elle en a déduit l'irrecevabilité de la demande en divorce. La Cour de cassation casse l'arrêt rendu en estimant que « l'application de la loi étrangère désignée par un traité international s'impose au juge français ». Pour ce faire, il est également tenu de la rechercher. En ce sens, la Cour de Cassation a précisé, dans un arrêt rendu le 1^{er} juillet 1997³ que « l'application de la loi étrangère désignée pour régir des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition impose au juge français de rechercher la teneur de cette loi ». Dans cette affaire, la Cour d'appel de Nîmes avait bien vu que, par application de l'article 9 de la Convention franco-marocaine, la loi marocaine était applicable, le défendeur s'était d'ailleurs prévalu de cette loi mais, observant qu'il « n'en avait pas rapporté le contenu et ne l'avait pas communiquée », la Cour d'appel avait fait application de

¹ Sur cette Convention, cf. note. F. MONÉGER, *La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1984, pp. 29 et 267.

² Civ. 1^{re}, 14 mai 1996, Bull. Civ. I, n° 338 ; *Clunet* 1996, p. 941, note D. BUREAU.

³ Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, 1^{re} esp., *Rev. crit. dr. int. pr.* 1998, p. 60, note P. MAYER.

la loi française. Comme le précise M. Mayer¹, les juges du fond ont méconnu la répartition des tâches entre le juge et les parties : « le juge, saisi d'une prétention et des faits allégués à son soutien, n'est pas lié par le fondement juridique invoqué par les parties ; il a le devoir de substituer à la règle inapplicable invoquée la règle effectivement applicable ». Pour M. Mayer², l'obligation faite au juge de rechercher la teneur de la loi étrangère n'exclut pas la possibilité pour lui de demander la coopération des parties. Si le juge requiert du demandeur qu'il lui fournisse un certificat de coutume et que celui-ci, « sans raison valable, s'abstient produire ce certificat, et qu'aucun autre moyen commode ne s'offre au juge, le demandeur pourra être débouté (...) ; une telle solution n'encourt pas le reproche de méconnaître la loi étrangère applicable : elle sanctionne seulement une carence procédurale ». M. Mayer précise que dans l'hypothèse où aucun procédé de preuve n'est matériellement à la disposition des parties ou du juge, « celui-ci devrait, exceptionnellement, appliquer la loi française. Encore devrait-il motiver très sérieusement l'impossibilité de parvenir à la connaissance du droit compétent ». Le juge semble tenu d'une obligation de moyen.

304. Dans un dossier étudié, les deux époux sont marocains et résident en France. La femme demande le divorce sur le fondement de l'article 56 du Code marocain du statut personnel et des successions (*Moudawana*) pour sévices subis. Elle invoque, pour justifier la compétence des juridictions françaises, l'article 8 alinéa 1 de la Convention franco-marocaine, selon lequel les juridictions de celui des deux États sur le territoire duquel les époux ont leur dernier domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun peuvent être considérées comme compétentes. Elle demande également que, sur le fondement de l'article 9 de cette Convention, la loi marocaine soit appliquée. Le mari, quant à lui, *in limine litis*, soutient que la loi française ne peut être appliquée et soulève l'exception d'incompétence du juge français au profit du juge marocain. Il explique que la dissolution du mariage ne peut être prononcée que selon la loi de celui des États dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la demande, soit la loi marocaine puisque les époux sont de nationalité marocaine et que par conséquent le juge doit se déclarer incompétent au profit du juge marocain... Cet argument n'était pas des plus logiques mais le juge n'a pas eu à prononcer le divorce et surtout à appliquer la Convention et donc la loi marocaine, les époux ayant repris la vie commune depuis l'assignation.

305. Dans un autre dossier, les faits sont quasiment similaires : les époux sont tous deux marocains et résident en France. La femme demande le divorce sur le fondement de l'article 53 de la *Moudawana* pour défaut d'entretien. Le juge retient que selon l'article 9 de la Convention franco-marocaine, la dissolution du mariage doit être prononcée selon la loi de celui des deux États dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande. L'article 53 de la *Moudawana* peut donc être invoqué, mais comme la preuve du défaut d'entretien n'a pas été rapportée, le juge a rejeté la demande en divorce.

306. Il y avait dans les dossiers étudiés un certain nombre de couples franco-marocains. Selon l'article 9 de la Convention franco-marocaine, le divorce doit être prononcé selon la loi de l'État sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun. La loi française était invoquée comme fondement juridique et a été appliquée par le juge français. Est-ce parce que le juge a fait application de cet article 9 de la Convention et a appliqué la loi du domicile commun ou du dernier domicile commun, donc la loi française (l'application de la Convention serait sous-entendue) ou parce que le juge a ignoré l'application de la Convention dans la mesure où les parties n'ont pas demandé son application ? Dans les jugements, aucun élément ne permet de répondre à cette question.

¹ Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, précité.

² P. MAYER, note précitée.

307. Les magistrats interrogés pour l'enquête appliquent la Convention franco-marocaine uniquement lorsqu'elle est invoquée par l'un des deux époux marocains ou par les deux. Ils n'ignorent pas qu'ils devraient l'appliquer d'office, mais ne souhaitent pas le faire. Pourquoi appliqueraient-ils une loi étrangère alors que les deux époux, domiciliés en France, demandent le divorce en application de la loi française ? Dans l'hypothèse où ils le feraient, quel "type" de divorce prononceraient-ils ?

308. La loi marocaine désignée par la règle de conflit pourra, dans certains cas, être jugée contraire à l'ordre public international. Il est certain, par exemple, que le juge français ne pourrait prononcer en France une répudiation unilatérale effectuée par le mari à l'encontre de sa femme. Dans les dossiers étudiés, les juges saisis n'ont jamais eu à écarter la loi marocaine comme étant contraire à l'ordre public international français.

309. Comme le rappelle M. Déprez¹, « le mari ne peut user de la répudiation en France, seule la voie du divorce judiciaire lui est ouverte, et même si ce divorce est régi par la loi marocaine, celle-ci suppose que le mari justifie d'une des causes de divorce prévues par cette loi, que le juge appréciera ». En ce qui concerne les effets du divorce, « le risque n'est pas mince de voir le juge français écarter la loi marocaine au nom de l'ordre public en raison de l'insuffisance des droits pécuniaires reconnus à la femme et lui substituer les prestations alimentaires et compensatoires du droit français, beaucoup plus lourdes ».

¹ Cass. civ 1^{re}, 4 mai 1994 et 1^{er} juin 1994, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1995, p. 103, note précitée.

III. L'ÉTUDE GÉNÉRALE DES DOSSIERS

Marion SIMONET

INTRODUCTION

310. Problématique – Afin de mesurer le degré d'acculturation des populations étrangères ou d'origine étrangère, nous avons dans un premier temps sélectionné¹ et répertorié les différents dossiers de divorce et de séparation de corps des juges aux affaires familiales de Lyon, dont les jugements sont intervenus entre janvier et juin 1996. Ces dossiers ont été analysés et nous ont permis de tirer certaines conclusions sur le comportement des couples maghrébins ou des couples mixtes face au droit et aux institutions judiciaires.

311. La problématique de départ était de chercher à savoir s'il existait une spécificité des populations maghrébines ou d'origine maghrébine en matière de divorce ou de séparation de corps. En effet :

- ou bien l'on constatait que les dossiers ne présentaient pas de spécificité particulière, au regard notamment des causes de divorce ou de séparation de corps ou des moyens de droit et de fait invoqués. Ce constat pouvait révéler une **relative acculturation** des populations maghrébines ;
- ou bien les dossiers présentaient des particularismes forts, révélateurs d'une **moindre acculturation** ;
- ou bien encore, on notait un comportement différencié des couples, le degré d'acculturation étant alors **hétérogène**. Dans ce dernier cas, la question était de savoir s'il existait des facteurs de plus ou moins grande intégration (catégorie de couples, âge des conjoints, origine et nationalité, type de divorce invoqué) permettant de donner des éléments de réponse aux raisons de cette acculturation différenciée.

312. Nous avons pris le parti de présenter ces différents dossiers en fonction de la nature du contentieux. Naturellement, ce choix n'est pas sans incidence puisqu'il conduit à accentuer les différences qui peuvent exister entre les couples pour chaque contentieux. Mais il nous a semblé que le fondement juridique invoqué par le demandeur (français ou étranger), à l'appui de sa demande en divorce ou en séparation de corps était en lui-même un indice important du degré d'acculturation des intéressés. Si ce choix induit donc nécessairement un élément de réponse à la problématique de départ, il ne doit pas occulter qu'à l'intérieur de chaque contentieux, d'autres facteurs peuvent être amenés à jouer un rôle conséquent.

313. Les données recueillies dans les dossiers de divorce et de séparation de corps n'ont pas vocation à être généralisées à l'ensemble des couples installés en France, impliquant des conjoints d'origine maghrébine. L'une des raisons en est que nous avons limité notre étude aux couples en situation de crise qui sollicitent de la part du juge un certain nombre de mesures. On ne sait rien ici des couples « sans histoire judiciaire », ni des couples qui demandent le prononcé d'une répudiation dans leur pays d'origine. D'une certaine manière, la saisine du juge français en cas de relations conflictuelles au sein du couple, qui plus est sur le fondement de la loi française, traduit déjà une certaine acculturation juridique, au moins de la part du demandeur.

¹ Cf. supra, n° 232-234.

314. Plan – Les différents contentieux seront présentés successivement, en fonction de leur importance quantitative :

- divorces pour faute : 174 dossiers
- divorces sur requête conjointe : 39 dossiers
- divorces sur demande acceptée : 21 dossiers
- séparations de corps pour faute : 21 dossiers
- séparation de corps sur demande acceptée : 1 dossier.

Cette étude, contentieux par contentieux, s'achèvera par une synthèse de tous les types de divorce ou de séparation de corps précités qui permettra de conclure l'analyse des dossiers consultés à l'occasion de cette enquête.

Pour chaque type de contentieux, ainsi que pour la synthèse de l'ensemble des dossiers, les données recueillies seront présentées de manière identique, en deux parties successives :

- une première partie est consacrée aux aspects sociologiques du couple concerné par une action en divorce ou en séparation de corps qui sera l'occasion de faire le point sur l'âge des conjoints, la durée de l'union, le lieu de célébration du mariage, le pays de naissance et la nationalité, l'existence d'un contrat de mariage ou de mariages antérieurs, ainsi que sur la composition de la famille et le prénom des enfants ;

- une seconde partie concerne les procédures de divorce ou de séparation de corps : qui est demandeur ? Qui bénéficie de l'aide juridictionnelle ? Quelles sont les causes de divorce ou de séparation de corps invoquées ? Quels sont les moyens de défense opposés ? Quelle est l'issue du procès ? Les femmes demandent-elles à conserver l'usage du nom marital ?

A. La synthèse sur le contentieux du divorce pour faute

315. Pour les 6 premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, **174 dossiers** de divorce pour faute concernant la population d'origine maghrébine ont été retenus et traités. Ces dossiers concernent à la fois des couples d'origine ou de nationalité étrangère et des couples mixtes.

Tableau 16

Couples étrangers		Couples mixtes	
140	80,5%	34	19,5%

316. Rappelons que sont répertoriés dans la catégorie « couples étrangers » tous ceux dont les deux conjoints sont d'origine maghrébine, quand bien même ils seraient nés en France ou auraient acquis la nationalité française.

Sont pareillement qualifiés « couples mixtes » tous ceux dont l'un des membres du couple est d'origine française. Les dossiers relatifs à des couples mixtes concernant un conjoint d'origine maghrébine et un conjoint qui ne serait pas d'origine française sont relativement rares. Seuls quatre dossiers entrant dans cette catégorie ont pu être répertoriés. Ils n'ont par conséquent pas été étudiés dans la catégorie « couple mixte ».

1. Les couples mixtes

317. L'échantillon de couples mixtes comporte autant de couples pour lesquels la femme est française que de couples pour lesquels c'est l'homme qui est français. Pour autant, ce paramètre n'est pas sans incidence sur un certain nombre d'éléments. Par conséquent, chaque fois que la distinction s'avérera nécessaire, le sexe du conjoint français ou étranger sera précisé.

318. Parmi les 17 couples de type homme français/femme étrangère, on trouve trois hommes d'origine française nés dans un pays du Maghreb. Il s'agit soit d'hommes eux-mêmes issus de couples mixtes dont le père serait français, soit d'enfants de familles ayant migré au Maroc ou en

Algérie. S'il s'agit donc ici de couples mixtes au regard de l'origine française des descendants des conjoints, il s'agit cependant de couples atypiques au sein de cette catégorie.

À la lecture de ces trois dossiers, on remarque que le pays de naissance du conjoint français ne coïncide pas nécessairement avec le pays de naissance de l'épouse d'origine étrangère. En effet, on ne relève qu'un seul cas pour lequel l'homme et la femme sont nés au Maroc. Dans les deux autres cas, l'épouse est née soit en Tunisie, soit même en France alors que le conjoint d'origine française est né en Algérie.

S'agissant des autres couples de type homme français/femme étrangère, l'échantillon est très diversifié : on trouve des femmes nées en Algérie (3), au Maroc (3), en Tunisie (3) ou en France (2). Le pays de naissance est inconnu dans deux dossiers.

319. Si l'on considère à présent la seconde catégorie de couple mixte (femme française/homme étranger), aucune des femmes françaises n'est née à l'étranger. Une majorité de couples concerne des hommes nés en Algérie (8). Quatre autres sont nés en Tunisie, trois au Maroc et un seul est né en France. Nous ignorons le pays de naissance de l'homme d'origine étrangère dans un seul cas.

Un de ces dossiers fait apparaître un conflit important au sein du couple. Il s'agit d'une union entre une femme française et un homme marocain. L'épouse est divorcée et a eu trois enfants de cette précédente union, enfants qui lui ont été retirés. De sa seconde union sont nées deux filles, à dix ans d'intervalle. Ces enfants portent des prénoms maghrébins. Les éléments recueillis dans le dossier de divorce font état d'un déplacement de l'une des filles (sans doute la plus jeune encore mineure au moment du divorce) au Maroc à l'initiative du père marocain. Ce fait est invoqué par l'épouse demanderesse mais ne fait l'objet d'aucune attention particulière dans le dispositif du jugement : l'autorité parentale est exercée en commun par les parents avec résidence chez la mère (alors que l'enfant se trouve au Maroc et que l'épouse est domiciliée en France) et droit de visite et d'hébergement classique pour le père. Le jugement ne prévoit aucune interdiction de sortie du territoire des enfants sans l'assentiment des deux parents.

2. Les couples étrangers

320. Si l'on avait pris comme critère de mixité la nationalité des parties, on aurait trouvé parmi les couples répertoriés ici comme couples étrangers, des couples mixtes (du point de vue de la nationalité et non du point de vue de la culture). Même si cette option n'a pas été choisie, il reste que dans certains cas, la distinction doit être opérée.

Le critère du pays de naissance lui aussi évincé est un facteur important et est parfois réintégré pour permettre de différencier le comportement des diverses catégories de couples.

a) Le couple

321. La différence d'âge des conjoints – L'échantillon de ces 174 couples nous donne un certain nombre de renseignements intéressants.

On remarque que, parmi les couples étrangers, la différence d'âge entre les conjoints trace le portrait d'un couple au sein duquel le mari est en principe plus âgé que sa femme (dans 70% des cas). Néanmoins, lorsque la différence d'âge est de moins de 5 ans entre les époux, il arrive assez fréquemment (dans 21,3% des cas) que l'épouse soit plus âgée que son conjoint. Au-delà de 5 ans, il devient rare que l'épouse soit plus âgée que son conjoint. Au total, les épouses sont plus âgées que leur mari dans 13,6% des cas seulement.

Dans les couples mixtes, il est plus difficile de dégager une tendance. L'homme français est presque toujours plus âgé que sa compagne étrangère. Le rapport d'âge entre les hommes étrangers mariés avec des femmes françaises est globalement plus équilibré.

Tableau 17

	Couples d'étrangers		Couples mixtes					
	Homme + âgé	Femme + âgée	Homme + âgé	Femme + âgée	Fr	Etr	Fr	Etr
aucune différence	6		1					
de 1 à 5 ans	48	13	3	5	3	0		
de 6 à 10 ans	39	5	4	2	2	1		
+ de 10 ans	11	1	3	1	1	0		
n.s.p.	17		8					
Total	98	19	10	8	6	1		

Tableau 18
La durée de l'union

Durée de l'union	Couples étrangers	Couples mixtes
- de 3 ans	34	24,3%
3 ans	12	8,7%
4 ans	11	7,8%
5 ans	5	3,6%
de 6 à 10 ans	25	17,8%
+ de 10 ans	38	27,1%
n.s.p.	15	10,7%
Total	140	100%
		34
		100%

322. S'agissant des couples étrangers, les dossiers traités permettent également de mettre en évidence que les demandes de divorce se concentrent sur deux périodes du mariage : la plupart des demandes interviennent dans les trois premières années. Dans certaines hypothèses, on suspecte un mariage de complaisance destiné à permettre à l'un des époux l'obtention d'une carte de séjour. Ces situations sont sans doute très minoritaires et ne suffisent pas à expliquer totalement un important taux de divorce dans les premières années du couple. Au-delà de 10 ans de mariage, on assiste à un second pic de divorce.

323. En revanche, il est plus difficile de dégager une tendance au sein des couples mixtes. Assurément l'échantillonnage est-il trop restreint pour donner des éléments significatifs en la matière. Par ailleurs, on peut supposer que les couples mixtes, du fait même de leur mixité, aient un comportement plus atypique. Il reste néanmoins que sur les 34 dossiers traités, 11 (soit 32,4%) d'entre eux concernaient des couples unis de longue date (+ de 10 ans). On ne retrouve pas dans ces dossiers le même pic d'instabilité dans les premières années du couple caractéristique des couples étrangers.

324. **Le lieu de célébration du mariage** – La plupart des couples (étrangers ou mixtes) qui divorcent en France ont aussi scellé leur union en France. Pour les couples étrangers, le mariage a souvent été célébré à l'étranger, ce qui est rarement le cas pour les couples mixtes. Les mariages célébrés par les autorités consulaires restent pour leur part très minoritaires. Certains couples se sont mariés au consulat alors que le dossier constitué au moment de la demande en divorce indique que l'un des conjoints est de nationalité française. C'est le cas de deux conjoints nés en Algérie mariés au consulat général d'Algérie en 1973. La question est de savoir quelle était la nationalité de l'épouse à cette époque. La même question se pose au sujet de conjoints nés au Maroc qui se sont mariés au consulat général du Maroc en 1991 : à la date d'enrôlement de l'affaire en 1994, l'épouse avait la nationalité française. Il existe également un doute quant à la validité du mariage contracté par un homme né en France marié en 1992 au consulat à une femme née en Algérie. En 1995, le mari avait la nationalité française. Ces éléments ne sont

donnés qu'à titre d'exemples. D'autres dossiers similaires auraient pu être évoqués. En tout état de cause, le mariage d'un Français et d'un étranger devant les autorités consulaires encourt la nullité alors même que le mariage aurait été dissous par divorce¹.

Tableau 19
Lieu de célébration du mariage

Lieu de célébration	Couples étrangers		Couples mixtes	
Mariages en France hors consulat	74	52,9%	22	64,7%
Mariages au consulat	9	6,4%	-	-
Mariages à l'étranger	37	26,4%	1	2,9%
n.s.p.	20	14,3%	11	32,4%
Total	140	100%	34	100%

On peut déduire de ces quelques chiffres que l'échantillonnage comporte une majorité de couples installés en France avant le mariage. Néanmoins, les unions se scellent en général à l'intérieur d'une même communauté de migrants. Il n'y a mixité (au sens où elle a été définie précédemment, c'est-à-dire entre un Français et un Maghrébin) que dans 19,5% des cas.

Tableau 20
Mariage et pays de naissance

Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés en France	12	8,6%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés à l'étranger	61	43,6%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère nés dans des pays différents	9	6,4%
Mariage entre un conjoint né en France et un conjoint né à l'étranger	38	27,1%
n.s.p.	20	14,3%
Total	140	100%

325. Si l'on s'intéresse au pays de naissance de chacun des conjoints, on s'aperçoit que la plupart de ces couples se marient entre nationaux du même pays. Il n'est pas rare que soient célébrées des unions entre étrangers qui ont migré avec une génération d'écart, c'est-à-dire dont l'un des époux est né en France de parents étrangers et dont l'autre époux s'est installé en France récemment. Le mariage statistiquement le moins courant est celui d'étrangers maghrébins issus de pays différents.

326. Le mariage et la nationalité – Beaucoup de dossiers ne mentionnent pas la nationalité des parties. On trouve en effet plus fréquemment le lieu de naissance que la nationalité des intéressés. En outre, aucun dossier ne fait état de doubles nationaux, même si, dans une pareille hypothèse, devant les juridictions françaises, seule la nationalité française des intéressés est prise en compte. Il faut ajouter que les intéressés eux-mêmes ne savent pas toujours quelle est leur nationalité. C'est en tout cas ce que l'on a pu constater à l'occasion de la consultation des dossiers de nullité du mariage². Par ailleurs, certains avocats reconnaissent qu'ils ne prennent pas toujours le soin de vérifier la nationalité de leurs clients.

327. S'agissant tout d'abord des couples mixtes, il a été admis par hypothèse que l'un des conjoints était français. On ne s'est donc intéressé qu'à la nationalité de l'autre conjoint.

¹ Cf. *infra*, n° 177-178.

² Cf. *infra*, n° 177-179.

Tableau 21
Mariage et nationalité

Nationalité Pays de Naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	3	1	0	0	0	4
Algérie	2	8	0	0	1	11
Maroc	1	0	1	0	5	7
Tunisie	2	0	0	3	3	8
n.s.p.	0	0	1	0	3	4
Total	8	9	2	3	12	34

328. Les couples mixtes se composent souvent d'un français et d'un conjoint d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française. Mais dans 5 cas sur 8, cette acquisition est sans doute liée au fait même du mariage avec un Français. En effet, on ne recense que 3 conjoints d'origine étrangère, nés en France et de nationalité française. Les couples mixtes se composent également fréquemment d'un français et d'un conjoint né en Algérie et ayant conservé la nationalité algérienne.

En ce qui concerne les couples étrangers, la nationalité des deux conjoints a été prise en compte chaque fois qu'elle était connue.

Tableau 22

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	34	2	0	0	33	69
Algérie	13	46	1	0	69	129
Maroc	4	1	19	0	7	31
Tunisie	4	0	0	8	5	17
n.s.p.	7	6	2	1	18	34
Total	62	55	22	9	132	280

329. On sait déjà que les mariages entre nationaux de pays maghrébins différents sont rares (6,4%). Rares aussi sont les unions entre conjoints étrangers tous deux nés en France (8,6%). Les dossiers de divorce concernent une majorité de conjoints de nationalité française. Les conjoints algériens, le plus souvent nés en Algérie, sont presque aussi nombreux. En revanche, les conjoints marocains et surtout tunisiens sont plus rares.

Pour autant, aucun élément pertinent ne permet d'affirmer que les intéressés se seraient mariés dans leur pays d'origine¹.

330. **Le contrat de mariage** – D'après les renseignements collectés dans chacun des dossiers étudiés, il apparaît que très majoritairement, les époux se marient sans contrat de mariage.

¹ Cf. *supra*, n° 324.

Tableau 23
Nombre de mariages avec contrat

	Avec contrat	Sans contrat	n.s.p.	Total
CM	1	20	13	34
CE	1	80	59	140
Total	2	101	72	175

331. Un couple mixte a opté pour un régime de séparation de biens. On ne connaît pas la profession des époux. Ce que l'on sait, en revanche, c'est qu'il s'agit d'une union entre un homme français et une femme étrangère.

332. En ce qui concerne le couple étranger qui a signé un contrat de mariage, il s'agit d'un mariage célébré en Tunisie avec dot au profit de l'épouse. On ne connaît pas la nature du régime matrimonial adopté.

333. Même lorsque les époux n'ont pas opté pour un contrat de mariage, on trouve mention dans certains dossiers d'une dot au profit de l'épouse. Il en va ainsi dans une affaire relative à deux époux nés au Maroc. Le mariage a été célébré au consulat en 1991, sans contrat, mais avec dot de 6000 francs au profit de l'épouse. Il s'agit d'un mariage relativement tardif (l'épouse a 37 ans et son mari 41) et de courte durée qui laisse entrevoir l'hypothèse d'un mariage de complaisance. Le mari a d'ailleurs quitté le domicile conjugal avant l'introduction de la demande en divorce en 1994. On trouve également trace d'une dot au profit d'une épouse née en Tunisie et mariée à un compatriote. Le mariage a été célébré en 1990 en Tunisie.

334. Il est difficile de dire quelle est l'importance du phénomène. Tous les dossiers de divorce ne mentionnent certainement pas l'existence d'une dot, d'autant que les avocats savent que les magistrats n'en tiennent aucun compte. Il est possible que cette pratique dépasse largement le cadre de ces quelques rares exemples¹.

335. Afin de préciser les données recueillies dans les dossiers de divorce sur la question des régimes matrimoniaux, nous avons cherché à savoir quelles étaient les pratiques notariales en la matière. Les notaires consultés au cours de l'enquête nous ont précisé que la notion même de contrat de mariage ne correspondait pas à celle de notre droit positif². Il n'est donc pas toujours tenu compte d'un tel contrat. Par ailleurs, il semble que les praticiens tendent, en la matière, à appliquer de manière quasi systématique le droit français. Ils nous ont en effet indiqué qu'en pratique et au mépris de la règle de conflit³, la loi prise en compte dans la détermination du régime matrimonial était la loi du lieu d'installation du couple.

336. Par conséquent, à la suite du divorce, au moment de la liquidation du régime matrimonial, la signature d'un contrat de mariage dans le pays d'origine risque d'être sans effet dès lors que le couple aura élu domicile en France immédiatement après son mariage.

337. Les mariages antérieurs – Les dossiers étudiés ne révèlent que rarement l'existence d'une précédente union.

¹ Cf. *supra*, n° 96.

² Cf. *supra*, n° 141.

³ Cf. *supra*, n° 141.

Tableau 24

Couples mixtes	Couples étrangers
3	6

Pour les couples mixtes, les mariages antérieurs concernent deux femmes (une femme d'origine algérienne et une française) et un homme (français).

338. La composition de la famille – Enfin, si l'on s'intéresse à la composition de la famille, dans les couples étrangers et dans les couples mixtes, on remarque que majoritairement, les couples qui sollicitent un divorce n'ont pas ou n'ont qu'un enfant pour la première catégorie et ont en général un enfant, pour la seconde.

Tableau 25

Composition de la famille	Couples étrangers	Couples mixtes
Aucun enfant	33	23,5%
1 enfant	33	23,5%
2 enfants	18	12,8%
3 enfants	18	12,8%
4 enfants	10	7,4%
+ de 4 enfants	14	10%
n.s.p.	14	10%
Total	140	100%
		34
		100%

339. Au total, 93 couples étrangers ont eu des enfants, soit 66,4% des couples, 24 couples mixtes ont également fondé une famille (70,6%). On ne note donc pas de différence sensible sur ce point entre couples étrangers et couples mixtes. Cependant, les familles issues de couples mixtes sont moins nombreuses que celles des couples étrangers. En effet, aucun couple mixte n'a plus de 3 enfants alors que les couples étrangers sont encore plus de 17% à avoir plus de 3 enfants.

340. Au titre de la composition de la famille, il n'est fait état que des enfants communs du couple. Toutefois, l'un des dossiers étudiés mérite une attention particulière. Il concerne une famille dont l'un des enfants a été confié au couple (ou plus exactement au mari) par acte de *kafala*. Il s'agit d'un couple franco-algérien au sein duquel la femme est française. Ce couple vit maritalement et donne naissance à un garçon (Farid) en 1977. En 1978, les concubins se marient en France. En 1988, au terme d'un acte de *kafala*, le mari est nommé « garant de la fille mineure G. Assia », née en Algérie en 1981. Dans ce dossier, c'est l'épouse qui est demanderesse à l'instance en divorce. L'affaire est enrôlée en 1995. L'ordonnance de non-conciliation est rendue le 21 avril de cette même année. Elle pose le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale sur l'enfant mineure Assia G. et fixe la résidence habituelle de l'enfant chez la « mère adoptive ». Se pose donc la question de savoir sur quels fondements les juges ont pu décider qu'un enfant confié à un Algérien au terme d'une *kafala* pouvait être ensuite placé sous la responsabilité des deux conjoints et résider habituellement chez l'épouse. En effet, l'acte de *kafala* ne mentionne à aucun moment l'épouse française. En revanche, son mari et les parents d'Assia ont comparu devant le tribunal algérien. On notera que l'acte de *kafala* précise que son bénéficiaire a déclaré devant le tribunal algérien « qu'il est musulman, sain de corps et d'esprit, qu'il est apte à prendre les décisions légales et conformes à la loi islamique, qu'il sollicite prendre en charge la fille mineure G. Assia (...) en vue de la garder, de la protéger et de la prendre en charge financièrement comme un père vis-à-vis de sa fille légitime et conformément aux dispositions de la loi ».

341. La situation est ici paradoxale. En effet, le droit français refuse d'assimiler la *kafala* à une adoption. Elle ne produit aucun effet en France et ne donne d'ailleurs pas droit au regroupement familial. Or, dans le dossier précité, le magistrat dit que l'autorité parentale sera exercée conjointement par les deux parents et confie l'enfant à l'épouse de son « garant »¹ alors qu'aucun lien juridique ne la rattache cette dernière à cet enfant. Cette décision risque à terme de poser plus de problèmes qu'elle n'en règle provisoirement.

342. **Le prénom des enfants** – La question était de savoir si les couples mixtes ou étrangers installés en France donnaient à leurs enfants des prénoms maghrébins ou des prénoms français (ou occidentaux). Il apparaît au regard des dossiers exploités qu'il est très rare qu'un couple étranger choisisse un prénom français alors que l'option pour un tel prénom est plus fréquente dans les couples mixtes.

S'agissant des couples mixtes, les statistiques sont très différentes selon le type de couple mixte envisagé.

Tableau 26

	Prénoms français		Prénoms étrangers		Prénoms français et étrangers		n.s.p.		Total
CM	13	54,2%	7	29,2%	0	0%	4	16,6%	24
CE	3	3,2%	56	60,2%	1	1,1%	33	35,5%	93
Total	16	13,8%	62	53,4%	1	0,9%	37	31,9%	116

343. Dans les couples mixtes de type homme français/femme étrangère, onze couples ont eu des enfants. On ignore quel prénom a été donné aux enfants dans un seul cas. Pour les dix fratries restantes, ce sont presque systématiquement des prénoms français qui ont été donnés aux enfants puisqu'une seule fratrie ne porte pas de prénoms français.

344. Dans les autres couples mixtes (femme française/homme étranger), on note la tendance inverse. Treize couples ont fondé une famille. Quatre fratries seulement portent des prénoms français contre sept qui portent des prénoms maghrébins. Pour les deux fratries restantes, on ne connaît pas le prénom des enfants.

345. Il apparaît que les couples mixtes de la première catégorie donnent presque systématiquement des prénoms français à leurs enfants alors que les couples mixtes de la deuxième catégorie auraient plutôt tendance à faire plus de place à la culture du mari et père dans le choix des prénoms. Par conséquent, concernant les couples mixtes, une certaine coïncidence semble se manifester entre l'origine culturelle et sociale de l'homme et le prénom des enfants du couple.

346. En ce qui concerne les couples étrangers, il est difficile d'analyser les résultats obtenus sans réintroduire la notion de pays de naissance.

347. Lorsque les deux époux sont nés en France, on pourrait s'attendre à ce qu'ils donnent, dans des proportions plus grandes que les autres couples étrangers, des prénoms occidentaux à leurs enfants. En effet, ils sont nés et ont été élevés en France. Pour beaucoup, l'intégration à la société française est sans doute définitive, les probabilités de retour au pays s'amenuisant un peu plus à chaque génération. Or, on constate que ce n'est pas le cas. Un seul couple a donné des prénoms français à ses enfants.

348. Les situations familiales semblent donc parfois contradictoires, les conjoints exprimant un fort désir d'intégration tout en perpétuant une certaine tradition culturelle dans le choix du prénom d'enfants qui constituent une troisième, voire une quatrième génération d'immigrés. C'est

¹ Le terme de *kafala* induit la notion de caution, de garant. Ce dernier terme est d'ailleurs repris dans l'acte de *kafala*.

le cas notamment d'époux nés en France et de nationalité française, mariés en France et parents de quatre enfants tous nés en France. L'épouse a demandé et obtenu une francisation de son prénom. Néanmoins, ses quatre fils portent des prénoms maghrébins. Il semble que cette famille dont tous les membres ont été élevés en France, soit paradoxalement dans une situation de choc culturel. Ce conflit familial ne fait d'ailleurs aucun doute lorsque l'on sait que le juge des enfants a pris une mesure d'assistance éducative pour tous les membres de la fratrie et qu'il a ordonné le placement de deux des enfants.

D'une manière générale, peut-on estimer que les maghrébins de la deuxième voire de la troisième génération, loin de jouer le jeu de l'intégration, ait un réflexe identitaire, un besoin manifeste de revendiquer à la fois leur différence et leur appartenance culturelle ? Aucune réponse certaine ne s'impose.

349. Lorsque les époux sont tous les deux nés en Algérie, les prénoms des enfants issus de l'union sont presque systématiquement d'origine maghrébine. On ne trouve qu'une hypothèse où l'un des enfants d'une fratrie porte un prénom occidental. Ce dossier est d'autant plus intéressant que l'enfant concerné est le dernier de la fratrie et le seul né en France.

350. Dans l'hypothèse de conjoints nés en Tunisie, seuls des prénoms maghrébins sont donnés aux enfants.

351. Dans le cadre d'une union entre un étranger né en France et un algérien, on relève deux cas d'enfants portant des prénoms occidentaux. Dans cette catégorie de couple les unions sont généralement de courte durée et il est rare que les époux aient des enfants communs. Mais l'un de ces couples a donné un prénom français à son enfant. C'est également dans cette catégorie de couple que l'on rencontre une "mixité" dans le choix des prénoms. En effet, les époux (un homme né en France et de nationalité française marié à une femme née en Algérie) ont choisi de donner un prénom maghrébin à un de leurs enfants et un prénom français à l'autre.

b) L'action en divorce

352. Le demandeur – Dans la majorité des dossiers, c'est l'épouse qui est demanderesse. Il en va de même qu'il s'agisse de couples d'étrangers ou de couples mixtes.

Tableau 27
L'initiative du divorce

Initiative du divorce	Couples étrangers (CE)	Couples mixtes (CM)			Total
		Français	Étranger	Total CM	
Femme	105	15	11	26	131
Homme	28	6	1	7	35
n.s.p.	7		1	1	8
Total	140	21	12	34	174

S'agissant tout d'abord des couples de conjoints étrangers ou d'origine étrangère, dans 75% des cas, c'est l'épouse qui demande le divorce pour faute. Les hommes ne sont que 20% à entreprendre une telle démarche. Ces chiffres ne tiennent pas compte de l'incidence de la durée d'installation en France ni de la nationalité des intéressés.

En ce qui concerne les couples mixtes, ce sont également les femmes qui demandent majoritairement le divorce, dans des proportions comparables à celles citées plus haut (76,5%). Si globalement, les femmes, dans les couples mixtes sont plus souvent à l'origine du divorce que leur mari, les femmes françaises demandent le divorce dans la presque totalité des cas (15/17 soit

88,2%) alors que les femmes étrangères mariées à un français sont moins systématiquement à l'origine du divorce (11/17 soit 64,5%).

353. Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle – De nombreux couples étrangers ont recours à l'aide juridictionnelle (AJ). On remarque de prime abord que l'AJ bénéficie surtout à celui des époux qui demande le divorce. Lorsque l'épouse est demanderesse, ce qui est le cas dans 105 dossiers, elle profite de l'AJ dans presque la moitié des cas (49/105 soit 46,7%). Lorsque c'est l'époux qui est demandeur, l'AJ lui est accordée dans moins de 1/4 des cas (6/28 soit 21,4%).

Si l'on s'intéresse non plus au clivage demandeur/défendeur, mais plutôt au clivage homme/femme, on note que là encore les femmes bénéficient de l'AJ dans des proportions plus grandes que les hommes. Il faut néanmoins distinguer trois hypothèses. Dans certains cas, seule l'épouse bénéficie de l'AJ (33/140 soit 23,6%). Dans d'autres cas très rares (3/140 soit 2,1%), seul l'homme en bénéficie. On ne retrouve cette hypothèse que lorsqu'il est demandeur à l'instance. Enfin, il peut arriver que l'homme et la femme bénéficient tous deux de l'AJ (21/140 soit 15%).

La lecture des dossiers permet également de quantifier le nombre de dossiers pour lesquels l'un des conjoints n'est pas représenté. S'agissant toujours des couples étrangers, il n'est pas rare que le défendeur se désintéresse de l'instance. C'est le cas des hommes dans 18 cas sur 140 (12,8%) et des femmes mais dans trois cas seulement (2,1%).

En ce qui concerne les couples mixtes, les mêmes remarques semblent pouvoir être faites mais l'échantillonnage étant plus restreint, les différences demandeur/défendeur - homme/femme sont moins marquées.

Tableau 28
Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle

CE Demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	N.S.P.	NON	Total
Femme	18	13	0	18	5	0	30	21	105
Homme	2	0	3(*)	3	0	2	13	5	28
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	6	1	7
Total	20	13	3	21	5	2	49	27	140
CM Demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	N.S.P.	NON	Total
Femme Fr	1	1	1	0	2	0	5	5	15
Femme Etr	2	0	0	2	0	0	4	3	11
Homme Fr	2	0	0	0	0	0	2	2	6
Homme Etr	0	0	0	0	0	0	0	1	1
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	0	1	1
Total	5	1	1	2	2	0	11	12	34

(*) dont une femme non représentée

CE + CM Demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme	21	14	1	20	7	0	39	29	131
Homme	4	0	3	3	0	2	15	8	35
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	6	2	8
Total	25	14	4	23	7	2	60	39	174

AJF AJ pour la femme/AJH AJ pour l'homme/AJ2 AJ pour les deux/HNR Homme non représenté/FNR Femme non représentée/NON Pas d'AJ

354. Les causes de divorce invoquées par le demandeur – À ce titre, ont été répertoriées toutes les causes de divorce invoquées par la partie demanderesse. Il n'est tenu aucun compte, dans un premier temps, ni des moyens de défense opposés, ni de la teneur du jugement.

Tableau 29
Les causes de divorce invoquées par le demandeur

Couples mixtes	Homme	Femme
Violence physique ou psychologique	0	6
Vie dissolue de l'autre conjoint / Adultère	3	2
Abandon du domicile par l'autre conjoint	2	4
Alcoolisme	1	2
Attitude injurieuse et humiliante	1	0
Défaut d'entretien / Désintérêt pour la famille	0	3
Enlèvement d'enfant	0	0
Autres	0	4
Sans énonciation des griefs	1	2

Dans les couples mixtes, la violence du mari est la cause de divorce la plus souvent invoquée par les femmes. Mais de nombreuses autres causes de divorce sont également soulevées.

Lorsque ce sont les hommes qui sont demandeurs, on ne répertorie que quatre causes de divorce : adultère, abandon du domicile conjugal, attitude injurieuse et humiliante et alcoolisme.

Tableau 30
Les causes de divorce invoquées par le demandeur

Couples étrangers	Homme	Femme
Violence physique ou psychologique	2	31
Vie dissolue de l'autre conjoint / Adultère	0	4(*)
Abandon du domicile par l'autre conjoint	6	25
Alcoolisme	2	8
Attitude injurieuse et humiliante	1	3
Défaut d'entretien / Désintérêt pour la famille	1	15
Enlèvement d'enfant	0	1
Autres	1	10
Sans énonciation des griefs	5	10

(*) dont 3 causes de divorce pour bigamie

Pour les couples étrangers, les hommes invoquent surtout l'abandon du domicile conjugal par leur épouse ou leur attitude condamnable (violence, attitude injurieuse et humiliante). Ils sont quelques-uns aussi à demander ou à accepter que le divorce soit prononcé sans énonciation des griefs.

Les femmes sont également les plus nombreuses à invoquer la violence de leur conjoint ou leur départ du foyer. Lorsqu'il n'y a pas abandon du domicile, elles font valoir un défaut d'investissement du mari et du père au sein de la famille. Enfin, il arrive aussi que les femmes

demandent ou acceptent que le divorce soit prononcé sans énonciation des griefs. Bien que l'adultère ne soit pas fréquemment invoqué, il est intéressant de noter ici que dans trois hypothèses, la femme reproche à son mari (ou mentionne) une situation de bigamie.

C'est le cas notamment de conjoints algériens mariés en 1984 en Algérie. Au moment où l'épouse introduit sa demande en divorce, son conjoint s'est remarié en Algérie. L'affaire a fait l'objet d'une ordonnance de radiation. On ne dispose d'aucun élément supplémentaire.

Dans un autre dossier, le grief de bigamie est l'élément central de l'action en divorce. Les époux sont tous les deux algériens, nés en Algérie. En première instance, l'épouse est déboutée de sa demande au motif que la bigamie est autorisée par la loi personnelle du mari. Il n'y a donc pas de faute. L'épouse interjette alors appel. En 1997, la Cour d'appel réforme le jugement entrepris et prononce le divorce aux torts exclusifs du mari. Les époux étant tous deux domiciliés à Lyon au moment de l'introduction de l'instance en divorce, ils se trouvent soumis à la loi française en vertu de l'article 310 alinéa 2 du Code civil. Le second mariage constitue une infidélité. Il y a donc violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune.

Situation de bigamie enfin pour un homme né en Algérie et de nationalité algérienne qui a épousé en Algérie une femme née en France mais dont on ignore la nationalité. Ce premier mariage a été célébré en 1983. Or en 1992, l'homme a contracté en France un nouveau mariage et vit à présent avec cette seconde épouse d'origine étrangère. La même année, cet homme est condamné pour « bigamie, faux et usage de faux en écriture privée, de commerce ou de banque », par le tribunal de grande instance de Poitiers à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis.

Même en supposant que la première épouse était de nationalité algérienne (ce qui ne semble pas être le cas ici), l'époux algérien n'aurait pas pu invoquer à l'appui de sa défense son statut personnel puisque « la célébration d'un second mariage en France (serait-ce dans les locaux diplomatiques étrangers), faisant suite à une première union non dissoute, consomme le délit de bigamie »¹.

Au moment où la première épouse introduit sa demande en divorce, le père conteste sa paternité à l'égard d'un enfant né en 1984 et cherche ainsi à échapper à toute pension alimentaire au profit de son fils. Mais le tribunal considère qu'il n'établit pas qu'il ne vivait plus avec la mère de cet enfant pendant la période légale de conception. Il le condamne donc à verser une pension alimentaire au profit de cet enfant. Il reste un élément auquel le dossier n'apporte pas de réponse : l'enfant est un enfant légitime. Néanmoins, il a été reconnu par sa mère en janvier 1995. En réalité, il semblerait que l'on soit confronté ici à une difficulté rencontrée fréquemment dans d'autres contentieux². Lorsque les époux se sont mariés à l'étranger (ce qui est le cas dans cette affaire), les enfants nés en France sont parfois considérés, de façon erronée, comme étant des enfants naturels pour lesquels seule une reconnaissance permet d'établir le lien de filiation. Si l'erreur vient à être découverte, une action en rectification de l'état civil devrait alors être engagée aux fins de rétablir la légitimité de la filiation.

¹ Tribunal correctionnel de Brest, 18 octobre 1949, S. 1950, 2, p. 74 ; *Rev. sc. crim.* 1950, p. 415, obs. HUGUENEY ; Tribunal correctionnel de Paris, 8 avril 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 474, note DOMINGO ; *Rev. sc. crim.* 1988, p. 87, obs. LEVASSEUR.

² Cf. *supra*, n° 34-50.

Tableau 31
Les causes de divorce invoquées par le demandeur

Tous couples confondus	Homme	Femme
Violence physique ou psychologique	4	44
Vie dissolue de l'autre conjoint / Adultère	4	5(*)
Abandon du domicile par l'autre conjoint	7	26
Alcoolisme	2	10
Attitude injurieuse et humiliante	4	4
Défaut d'entretien / Désintérêt pour la famille	1	19
Enlèvement d'enfant	0	2
Autres	1	11
Sans énonciation des griefs	7	20
n.s.p.	11	31

(*) dont 3 causes de divorce pour bigamie

355. Les moyens de défense – Si l'on met en relation les griefs invoqués et les moyens de défense opposés, on peut faire les remarques suivantes :

Tableau 32

		DEMANDE		DÉFENSE	DISPOSITIF
		2		1	
	Couples étrangers			- Violence du mari - Mariage destiné à régulariser la situation administrative du mari	DTP Déboute
		6	- Abandon du domicile conjugal (dont 2 retours au pays)	2	- Est rentrée en Algérie sous la pression du mari
			DTF = 5	2	- Demande le DTP
			Dte = 1	1	- Femme non représentée
				1	- N.S.P.
	Initiative : Homme	2	- Alcoolisme	2	- N.S.P.
		1	- Attitude injurieuse...	1	DTF
		1	- Défaut d'entretien ou désintérêt pour la famille	1	DTF
		5	- Sans énonciation des griefs	-	5 DTP

Lorsque c'est l'homme qui invoque la violence de son épouse, aucun divorce aux torts exclusifs de la femme n'est prononcé. En revanche, l'abandon du domicile conjugal par l'épouse est presque toujours sanctionné par un divorce aux torts de cette dernière.

Quand l'épouse est demanderesse¹, certains griefs sont plus fréquemment retenus par le juge que d'autres : la violence, l'abandon du domicile conjugal, l'alcoolisme et l'attitude injurieuse sont souvent retenus à l'encontre du mari. Mais l'issue du procès ne repose pas forcément sur ces seuls griefs dans la mesure où les conjoints invoquent fréquemment plusieurs causes de divorce.

En outre, on remarque que, quelle que soit la défense opposée au fond, lorsque l'épouse fait valoir que le mariage n'a été motivé que par la volonté du conjoint de régulariser sa situation administrative, les magistrats prononcent toujours un divorce aux torts exclusifs du mari.

En revanche, dans les hypothèses où l'épouse s'est fondée sur le défaut d'entretien ou le désintérêt pour la famille, elle a obtenu dans moins de la moitié des cas un divorce aux torts de son époux et dans trois cas sur sept, le divorce aux torts exclusifs de l'homme a été prononcé par jugement réputé contradictoire.

¹ Cf. *infra*, tableau n° 33

D'ailleurs, on note que, d'une manière générale, en l'absence de toute défense, la demande de l'épouse est en principe accueillie.

Tableau 33

	DEMANDE		DÉFENSE	DISPOSITIF	
Couples étrangers Initiative : Femme	31	- Violence DTH = 19 DTP = 6 DTF = 1 Dte = 2 D = 3	4 3 1 1 1 1 1 2 1 8 8	- Femme violente - Refuse la vie commune - Abandon du domicile conjugal - Attitude de la femme - Évoque en défense les valeurs traditionnelles de la famille et la religion - Nie les faits - Ne répond pas sur la violence - Demande le DTP - Accord des époux sur le DTP - Homme non représenté - N.S.P.	1 DTH 3 DTP 8 DTH
	1	- Adultère (sauf bigamie)	1	- Chassé du domicile conjugal	DTH
	25	- Abandon du domicile conjugal DTH = 16 DTP = 4 Dte = 1 D = 3 R = 1	1 1 1 3 13 6	- Chassé du domicile conjugal - Attitude de la femme - Violence de la femme - Demande le DTP - Homme non représenté - N.S.P.	1 DTP 1 DTH 1D 11 DTH 1 DTP 1 D
	8	- Alcoolisme DTH = 5 D = 3	1 1 1 5	- Demande reconventionnelle ? - Tradition/religion (Cf. supra) - Homme non représenté - N.S.P.	
	3	- Attitude injurieuse...	1 1 1	- Refus de vie commune - Attitude de la femme - Homme non représenté	DTH DTH DTH
	15	- Défaut d'entretien ou désintérêt pour la famille DTH = 7 DTP = 4 Dte = 2 D = 2	3 1 2 1 1 4 3	- Fautes de la femme - Désintérêt pour le mari - Nie les faits - Reconnaît la mésentente - Demande le DTP - Homme non représenté - N.S.P.	3 DTH/1 D
	1	- Enlèvement d'enfant	1	- N.S.P.	Déboute
	6	- Prodigalité	2 1 1 2	- Attitude de l'épouse - Demande reconventionnelle - Homme non représenté - N.S.P.	2 Dte D DTH 1 DTH/1 D
	4	- Régularisation / carte de séjour	1 2 1	- Refus de vie commune - Demande le DTP - Homme non représenté	DTH 2 DTH DTH
	10	- Sans énonciation des griefs			

		DEMANDE		DÉFENSE	DISPOSITIF
Couples mixtes Initiative : Homme	3	- Adultère	2 1	- Attitude violente de l'homme - Reconnaît les griefs	DTF/DTH DTF
	2	- Abandon du domicile conjugal	2	- Attitude violente de l'homme	DTF/DTH
	1	- Alcoolisme	1	- Reconnaît les griefs	DTF
	1	- Attitude injurieuse...	1	- Reconnaît les griefs	DTF
	1	- Sans énonciation des griefs			

		DEMANDE		DÉFENSE	DISPOSITIF
Couples mixtes Initiative : Femme	6	- Violence	1 2 1 1 1	- Refuse le divorce Subsidiairement, DTP - Fautes de la femme - Violence de la femme - Homme non représenté - N.S.P.	DTH DTH/DTP DTP Déboute DTH
	2	- Adultère	1 1	- Adultère et violence - Sans énonciation des griefs	DTP DTP
	4	- Abandon du domicile conjugal	1 1 1 1	- Rejet de la demande - Adultère de l'épouse - Homme non représenté - N.S.P.	Déboute DTP DTH DTH
	2	- Alcoolisme	1 1	- Ne répond pas sur ce point - Homme non représenté	DTH DTH
	3	- Défaut d'entretien ou Désintérêt pour la famille	1 1 1	- Demande DTP - Femme autoritaire - Homme non représenté	DTP DTH DTP
	2	- Prodigalité	1 1	- Ne peut pas payer de pension - Homme non représenté	DTH Déboute
	2	- Sans énonciation des griefs			

356. L'issue du procès – Statistiquement, le divorce prononcé est surtout un divorce aux torts exclusifs du mari. Ce n'est du reste guère étonnant dans la mesure où les femmes sont majoritaires à demander le divorce pour faute.

Le divorce aux torts partagés représente pour sa part un quart de l'ensemble des jugements.

Enfin, on note un taux de désistement et de radiation relativement élevé (27,4%) qu'il faudrait pouvoir mettre en relation avec les statistiques de l'ensemble du contentieux soumis aux juges aux affaires familiales à défaut de quoi il s'avérera très difficile de pouvoir en tirer des conclusions.

Tableau 34

**L'issue du procès
(tous couples confondus)**

DTH	DTF	DTP	Déboute	Radiation	Désistement	Extinction	n.s.p.
56	10 ¹	45	12 ²	20	27	1	4
32,2%	5,7%	25,7%	6,9%	11,4%	15,4%	0,6%	2,3%

DTH Divorce aux torts du mari/DTF Divorce aux torts de l'épouse/DTP Divorce aux torts partagés

Il est possible d'affiner ces premiers chiffres en tenant compte de la nature du couple (étranger/mixte).

¹ Dans l'un des dossiers qui a débouché sur un divorce aux torts de la femme, un appel a été interjeté par l'épouse d'origine tunisienne. Cette dernière était placée sous tutelle depuis 1993 en raison de ces déficiences mentales et de son alcoolisme chronique. La Cour d'appel réforme le jugement entrepris, déboute le mari de sa demande en divorce et le condamne à verser à son épouse une pension au titre de la contribution aux charges du mariage.

² Pour l'un de ces dossiers, la décision mentionnée ici correspond à celle qui a été dégagée en première instance. La demande était principalement fondée sur la bigamie du mari (*cf. supra*, n° 354). Après avoir été déboutée en première instance, la demanderesse a obtenu le divorce aux torts exclusifs de son mari devant la Cour d'appel.

Tableau 35
L'issue du procès
(distinction des couples mixtes et étrangers)

	DTH	DTF	DTP	Déboute	Radiation	Désistement	Extinction	n.s.p.
CM	10	3	10	2	3	4	1	1
%	29,4%	8,8%	29,4%	6%	8,8%	11,8%	2,9%	2,9%
CE	46	7	35	10	17	22	0	3
%	33%	5%	25%	7%	12%	15,8%	0%	2,2%

Lorsque le divorce est prononcé, on ne note pas de différence notoire entre les couples mixtes et les couples étrangers. Les taux de divorce aux torts de l'homme sont de même ordre de grandeur pour les deux catégories de couple, même si ce taux est un peu supérieur pour les couples étrangers. Les divorces aux torts partagés ou aux torts de la femme sont prononcés dans des proportions comparables quel que soit le couple, avec un taux légèrement supérieur pour les couples mixtes.

Par ailleurs, on note un taux de désistement et surtout de radiation plus important chez les couples étrangers que chez les couples mixtes.

Afin de préciser encore ces premières indications, on peut également mettre en relation l'auteur de la demande et l'issue de l'affaire.

Tableau 36

		DTH			DTF		DTP		Dte		Autres	
Couples étrangers	F	105	42	40%	1	0,9%	25	23,8%	5	4,8%	32	30,5%
	H	28	1	3,5%	5	17,9%	7	25%	5	17,9%	10	35,7%
	n.s.p.	7	3		1		3		0		0	
	FF	15	7	46,6%	1	6,7%	3	20%	1	6,7%	3	20%
Couples mixtes	FE	11	2	18,2%	0	0%	5	45,5%	1	9,1%	3	27,2%
	HF	6	1	14,2%	2	28,6%	2	28,6%	0	0%	1	28,6%
	HE	1	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	1	100%
	n.s.p.	1	0		0		0		0		1	

En ce qui concerne les couples étrangers, il n'y a rien de particulier à dire sur les deux premières hypothèses. Les divorces aux torts de l'homme ont, en principe, été prononcés alors que la femme était demanderesse et les divorces aux torts de la femme ont, en général, fait suite à une initiative du mari. Quelle que soit la partie demanderesse, la répartition des divorces prononcés aux torts partagés est assez équilibrée. En revanche, on note un plus fort taux de jugement déboutant l'homme (17,9% contre 4,8% chez les femmes demanderesses).

Pour les couples mixtes, on remarque que les femmes françaises demandent et obtiennent le divorce aux torts exclusifs de leur mari étranger dans près de la moitié des cas. Il n'en va pas de même lorsque ce sont les épouses étrangères d'un conjoint français qui engagent une procédure de divorce. En effet, ces dernières obtiennent plus souvent un divorce aux torts partagés. Les taux de désistement ou de radiation sont également plus forts pour cette catégorie.

La situation des hommes demandeurs dans un couple mixte est plus confuse. Il est difficile de dégager une tendance d'autant que l'échantillon est très restreint.

S'agissant du divorce aux torts partagés, il convient de distinguer entre les hypothèses où les parties l'ont elles-mêmes invoqué et les hypothèses où c'est le magistrat qui l'a prononcé, en considération de l'imputabilité des fautes à l'un et l'autre des conjoints.

Tableau 37

	DTP demandé		DTP prononcé		n.s.p.		Total
CM	5	50%	2	20%	3	30%	10
CE	26	74,3%	6	17,1%	3	8,6%	35
Total	31	68,9%	8	17,8%	6	13,3%	45

Lorsque l'on classe les différents types de couples en fonction de leur pays de naissance, un certain nombre de conclusions s'imposent.

Si l'on considère le comportement des conjoints d'origine étrangère l'un et l'autre nés en France, on trouve une proportion relativement importante de demandes tendant au prononcé d'un divorce aux torts partagés sans énonciation des griefs. Viennent ensuite les divorces prononcés aux torts du mari.

En ce qui concerne les conjoints nés en Algérie, la tendance est plutôt au prononcé d'un divorce aux torts exclusifs de l'homme : c'est le cas dans presque la moitié des dossiers.

Les divorces aux torts du mari sont aussi majoritaires pour les couples marocains ; le taux de désistement est important.

Le cas des couples « mixtes maghrébins » est plus difficile à appréhender. Il recoupe des situations très diverses, y compris l'hypothèse du mariage entre cousins. En effet, dans l'un des dossiers, l'homme est né en Algérie et la femme au Maroc. Le mari est divorcé et à deux filles nées en 1976 et 1977. Son épouse a peut-être vécu maritalement et a donné naissance à une fille en 1977. Le dossier fait mention du lien de parenté existant entre les époux sans en préciser le degré. S'agit-il ici d'un mariage préférentiel dicté par la tradition ? Cet attachement à la tradition que l'on est tenté d'invoquer ici, est clairement exprimé par un mari né en Tunisie et dont l'épouse, demanderesse en divorce, est née en Algérie. Pour seule défense, il fait état de son attachement aux valeurs traditionnelles de la famille et notamment à la religion musulmane. Sans doute faut-il voir en filigrane une critique de la façon dont son épouse se comporte et élève ses enfants. En tout état de cause, il ne peut s'agir d'une réponse aux griefs particulièrement graves de l'épouse à l'encontre de son mari : violence, dangerosité, inculpation pour coups et blessures, attentat à la pudeur sur ses trois filles et alcoolisme notoire.

Pour les conjoints dont l'un est né en France et l'autre est né en Algérie, la tendance est au prononcé d'un divorce aux torts du mari. C'est la décision prise par les magistrats dans plus de la moitié des cas, lorsque le divorce est demandé par l'épouse. Lorsque c'est l'époux qui est demandeur, il invoque surtout l'abandon du domicile conjugal par son épouse, et dans un cas son retour en Algérie. Dans l'hypothèse où l'un des conjoints est né en France, la suspicion de mariage de complaisance est naturellement plus grande. Il arrive d'ailleurs que le conjoint né en France en fasse état devant les magistrats tout en sollicitant le prononcé d'un divorce. D'ailleurs, dans l'un de ces dossiers, les magistrats ont repris dans le dispositif du jugement une argumentation qui relève plus de la nullité que du divorce. L'affaire opposait une femme née en France à son conjoint né en Algérie. Le mariage a été célébré en mai 1993 et la demande en divorce a été enrôlée la même année. L'ordonnance de non-conciliation date quant à elle de janvier 1994. L'épouse faisait grief à son mari de n'avoir contracté mariage que dans le but de régulariser sa situation administrative et d'être parti après l'obtention de sa carte de séjour. Les magistrats ont admis qu'une telle attitude constituait une faute et ont prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari.

Les mariages entre un époux né en France et un conjoint né au Maroc sont généralement de courte durée. L'épouse fait souvent grief à son mari d'avoir abandonné le domicile conjugal peu après le mariage. Dans l'un des dossiers, l'épouse, qui est née en France et a la nationalité française, reproche à son mari de ne l'avoir épousée que pour obtenir une carte de séjour. Le mariage avait été célébré en 1993 et l'épouse entreprenait des démarches dès 1994 en vue de demander le divorce. Le dispositif du jugement ne reprend pas cet argument à son compte mais se fonde sur l'absence de vie commune et le désintérêt de l'homme pour sa compagne pour prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari. En fait, il y a manifestement absence de consentement à mariage. Son succès étant plus aléatoire, une action en nullité aurait peut-être pu être engagée.

L'abandon du domicile conjugal par le mari, thème récurrent pour cette catégorie de conjoint, s'accompagne parfois d'un retour au Maroc. C'est le cas d'un couple (la femme est née en France et l'homme au Maroc) marié au Maroc en 1983 et qui a donné naissance à deux enfants. Dans cette affaire, l'épouse souhaitait obtenir le divorce après le retour de son mari dans son pays d'origine, mais elle ne disposait pas d'acte de l'état civil prouvant son mariage au Maroc. La preuve en a été rapportée par témoins.

Peu de dossiers concernent des époux dont l'un est né en France et l'autre en Tunisie. Là encore, l'abandon du domicile conjugal est souvent invoqué par les hommes comme par les femmes. L'hypothèse du retour en Tunisie est parfois évoquée mais il ne s'agit pas toujours d'un retour souhaité par le conjoint. Un dossier fait état d'un mariage destiné à régulariser la situation administrative de l'homme mais le grief n'est pas repris dans le dispositif. Le jugement s'appuie sur d'autres éléments de fait pour prononcer un divorce aux torts du mari.

357. L'usage du nom marital après divorce – Dans les dossiers étudiés, le droit de conserver le nom marital est très rarement invoqué. Néanmoins, il en est question dans des cas isolés.

Tableau 38

	Demande acceptée	Demande rejetée	Rien dans le dispositif	Divorce non prononcé	Total
CM	1	0	0	1	2
CE	4	2	1	0	7
Total	5	2	1	1	9

Dans le cadre des unions mixtes, les épouses demandent à conserver l'usage du nom marital dans deux dossiers.

Dans la première hypothèse, il s'agit d'une épouse d'origine étrangère, sans profession, mariée depuis dix ans à un français chirurgien dentiste. Le couple a eu deux enfants qui portent tous deux des prénoms français. Ici, l'épouse est demanderesse en divorce. Sa demande tendant à conserver l'usage du nom de son mari trouve sans doute plusieurs explications : la durée de l'union, le statut social de l'époux, la coïncidence entre le nom patronymique de la femme et celui de ses enfants mineurs (dont elle a la garde), et sans doute le souci d'intégration, d'ailleurs corroboré par l'acquisition par l'épouse d'origine marocaine de la nationalité française. Saisi de la demande, le magistrat a autorisé l'épouse à conserver l'usage du nom marital.

La seconde hypothèse est plus étonnante. Il s'agit d'une française mariée à un algérien depuis près de vingt ans. Elle est demanderesse à l'instance. L'homme n'est pas représenté. Elle sollicite le divorce pour faute aux torts exclusifs de son mari et demande à conserver l'usage de son nom marital. L'épouse est déboutée de sa demande de divorce et la question du nom marital n'est donc pas évoquée. Dans les circonstances de l'espèce, la durée de l'union est sans doute l'un des facteurs déterminants à l'origine de la demande. Par ailleurs, le couple a donné naissance à deux enfants qui portent des prénoms maghrébins. L'épouse a peut-être souhaité conserver une unité de nom au sein de la famille, même désunie. Cette éventualité est affaiblie par le fait que les

enfants du couple sont majeurs au moment de la demande de divorce et ont peut-être un domicile distinct de celui de leurs parents.

En ce qui concerne les couples étrangers au sein desquels les deux époux sont nés en France, on trouve deux dossiers qui font mention de l'usage du nom marital. Dans le premier cas, le mariage a duré moins d'un an, le couple n'a donné naissance à aucun enfant. La demande de l'épouse a été rejetée comme non fondée. Dans la seconde hypothèse, il s'agissait d'une union plus longue. Le couple avait eu quatre enfants. L'usage du nom marital était sollicité par l'épouse mais la demande n'a pas été reprise dans le dispositif.

S'agissant des couples étrangers au sein desquels les conjoints sont nés l'un et l'autre en Algérie, la question du nom marital est abordée dans trois dossiers. Dans la première affaire, l'épouse est mariée depuis quatre ans et a un enfant qui réside habituellement chez elle. Elle demande à conserver son nom marital pour porter le même nom que son enfant. Le mari s'y oppose et l'épouse se voit refuser le droit de conserver l'usage de son nom de femme mariée. Dans les deux autres cas, la demande de la femme est accueillie, même dans l'hypothèse d'un mariage de très courte durée (un an).

Dans le cadre de l'union de deux époux nés en Tunisie, on enregistre une seule demande ayant trait au nom marital. Il s'agit d'une union de 27 ans célébrée en Tunisie. L'épouse est autorisée à conserver son nom de femme mariée.

Le droit de conserver l'usage de son nom marital a été demandé par une femme née en France mariée à un homme né en Algérie. Le couple avait donné naissance à deux enfants. La demande en divorce a été introduite au bout de 7 ans de mariage. L'épouse a été autorisée par le tribunal à conserver l'usage de ce nom.

B. La Synthèse sur le contentieux des divorces sur requête conjointe

358. Pour les 6 premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, **39 dossiers** de divorce sur requête conjointe concernant la population d'origine maghrébine ont été retenus et traités.

Ces dossiers concernent à la fois des couples d'origine ou de nationalité étrangère et des couples mixtes.

Tableau 39

Couples étrangers		Couples mixtes	
20	51,3%	19	48,7%

Les divorces sur requête conjointe sont relativement peu fréquents parmi les couples étrangers comme parmi les couples mixtes. Lorsque le couple opte pour un divorce sur requête conjointe, on remarque que l'incidence de la mixité est nulle. Globalement, on a recours à ce type de divorce dans les mêmes proportions quel que soit le type de couple considéré.

Les couples mixtes répertoriés ici sont majoritairement des couples de type homme français/femme maghrébine (12/19).

1. Le couple

a) La différence d'âge des conjoints

Tableau 40

	Couples d'étrangers		Couples mixtes			
	Homme + âgé	Femme + âgée	Homme + âgé Fr	Etr	Femme + âgée Fr	Etr
aucune différence	2		2			
de 1 à 5 ans	8	1	5	3	1	1
de 6 à 10 ans	2	1	1	0	2	0
+ de 10 ans	2	1	2	0	0	0
n.s.p.	3		2			
Total	12	3	8	3	3	1

359. Dans les couples étrangers, les hommes sont là aussi en principe plus âgés que leurs compagnes. Il en va de même pour les couples mixtes au sein desquels l'homme est français. Mais là encore, comme en matière de divorce pour faute, les rapports d'âge au sein des couples mixtes de type femme française/homme étranger sont plus confus mais également plus équilibrés.

D'une manière générale, on ne note pas de différence sensible entre les couples mixtes et les couples étrangers. Dans la majorité des cas, l'homme a entre deux et cinq ans de plus que son épouse.

b) La durée de l'union

360. L'essentiel des divorces sur requête conjointe au sein des couples étrangers intervient au cours des 3 premières années (45%). C'est ce qui explique aussi que la plupart de ces couples sont sans enfant¹. Les couples mixtes divorcent plus tardivement. La plus grande partie des divorces sur requête conjointe intervient après la sixième année de mariage (63,1%). Ces couples restent néanmoins minoritaires à avoir fondé une famille.

Tableau 41

Durée de l'union	Couples étrangers		Couples mixtes	
- de 3 ans	5	25%	4	21%
3 ans	4	20%	1	5,3%
4 ans	2	10%	1	5,3%
5 ans	0	0%	1	5,3%
de 6 à 10 ans	3	15%	7	36,8%
+ de 10 ans	3	15%	5	26,3%
n.s.p.	3	15%	0	0%
Total	20	100%	19	100%

c) Le lieu de célébration du mariage

361. Dans leur grande majorité les couples qui divorcent sur requête conjointe se sont mariés en France. C'est le cas de 60% des couples étrangers et de 73,7% des couples mixtes. On peut donc en conclure que la plupart des couples qui divorcent sur requête conjointe sont implantés en France depuis un certain nombre d'années. Il s'agit sans doute d'une population relativement bien intégrée.

¹ Cf. *infra*, n° 367.

L'option pour un mariage au consulat, dans le cadre d'un couple étranger, est là encore très rare. Quant au mariage à l'étranger pour les couples étrangers, il est pratiquement deux fois moins fréquent pour ce type de divorce que pour le divorce pour faute. Aucun mariage à l'étranger n'a par ailleurs été relevé pour les couples mixtes.

Tableau 42

Lieu de célébration	Couples étrangers	Couples mixtes	
Mariages en France	12	60%	14
Mariages au consulat	1	5%	-
Mariages à l'étranger	3	15%	0
n.s.p.	4	20%	5
Total	20	100%	19
			100%

d) Le mariage et le pays de naissance

Tableau 43

Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés en France	4	20%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés à l'étranger	3	15%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère nés dans des pays différents	2	10%
Mariage entre un conjoint né en France et un conjoint né à l'étranger	7	35%
n.s.p.	4	20%
Total	20	100%

362. Au sein des couples étrangers, il est intéressant de noter que dans 55% des cas, l'un des conjoints au moins est né en France. Il semble que cela confirme l'hypothèse selon laquelle la population étrangère qui divorce par consentement mutuel est une population implantée en France depuis assez longtemps. La majorité des conjoints correspond à la deuxième ou à la troisième génération de migration. On peut donc penser qu'il s'agit d'une population plutôt bien intégrée.

En ce qui concerne les conjoints qui sont originaires d'un même pays étranger, il s'agit de deux couples de Tunisiens et d'un couple d'Algériens.

e) Le mariage et la nationalité

363. S'agissant tout d'abord des couples mixtes, nous admettons par hypothèse que l'un des conjoints est français. On ne s'est donc intéressé qu'à la nationalité de l'autre conjoint.

Tableau 44

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	3	0	0	0	4	7
Algérie	2	1	0	0	1	4
Maroc	1	0	2	0	1	4
Tunisie	2	0	0	0	1	3
n.s.p.	1	0	0	0	0	1
Total	9	1	2	0	7	19

L'étude des dossiers révèle que 47,4% des conjoints de français sont eux-mêmes de nationalité française. Une grande majorité d'entre eux sont nés en France. Au total, 68,4% des conjoints d'origine étrangère dans les couples mixtes sont soit nés en France, soit de nationalité française.

En ce qui concerne les couples étrangers, la nationalité des deux conjoints a été prise en compte chaque fois qu'elle était connue.

Tableau 45

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	9	5	0	0	1	15
Algérie	1	5	0	0	4	10
Maroc	1	0	0	0	1	2
Tunisie	0	0	0	3	3	6
n.s.p.	2	2	1	0	2	7
Total	13	12	1	3	11	40

Les données relatives à la nationalité des conjoints confirment qu'il s'agit d'une population bien intégrée : 37,5% d'entre eux sont nés en France et 32,5% des conjoints sont de nationalité française. Néanmoins, pour une part relativement importante de conjoints (40%), les dossiers mentionnent une nationalité étrangère, même dans les hypothèses où l'un des conjoints serait né en France.

f) Le contrat de mariage

364. Un seul couple a opté pour un contrat de mariage. Il s'agit d'un couple mixte au sein duquel l'homme est français. Le mariage a été célébré en France. Le contrat de mariage consiste en une séparation de biens. La profession des époux est inconnue.

Tableau 46

	Avec contrat	Sans contrat	n.s.p.	Total
CM	1	8	10	19
CE	0	8	12	20
Total	1	16	22	39

g) Les mariages antérieurs

Aucun dossier ne révèle l'existence d'une précédente union, qu'il s'agisse des couples mixtes ou des couples étrangers.

h) La composition de la famille

Tableau 47

Composition de la famille	Couples étrangers		Couples mixtes	
	Aucun enfant	1 enfant	2 enfants	3 enfants
Aucun enfant	14	70%	11	57,9%
1 enfant	2	10%	5	26,3%
2 enfants	1	5%	0	0%
3 enfants	0	0%	0	0%
4 enfants	1	5%	0	0%
+ de 4 enfants	1	5%	2	10,5%
n.s.p.	1	5%	1	5,3%
Total	20	100%	19	100%

365. Les couples qui choisissent de divorcer sur requête conjointe sont souvent des couples sans enfant : c'est en effet ce que l'on constate dans 70% des cas pour les couples étrangers et dans près de 60% des cas pour les couples mixtes. Cette donnée s'explique en partie par la courte durée des unions. Par ailleurs, l'âge moyen des conjoints au moment de la demande en divorce en relativement bas : 35-36 ans pour les hommes (un peu moins pour les couples étrangers, un peu plus pour les couples mixtes) et 33 ans pour les femmes (un peu moins pour les couples étrangers et un peu plus pour les couples mixtes).

Sur 20 couples étrangers, 5 seulement ont eu des enfants. S'agissant des couples mixtes, 7 sur 19 ont fondé une famille.

i) Le prénom des enfants

Tableau 48

	Prénom français		Prénom étranger		Les deux		n.s.p.	Total
CM	4	57,1%	2	28,6%	0	0%	1	7
CE	0	0%	1	20%	0	0%	4	5
Total	4	33,3%	3	25%	0	0%	5	12

366. La proportion de prénoms français dans les couples mixtes est importante. Elle est plus importante en tout cas que celle constatée pour les couples mixtes qui invoquent un divorce pour faute.

Pour les quatre couples mixtes qui ont donné des prénoms français à leurs enfants, il est intéressant de noter que le mari est français. Inversement, lorsque l'époux est étranger, le prénom des enfants est également étranger. Par ailleurs, il semblerait que le lieu de naissance des enfants soit sans incidence puisque tous les enfants issus de couples mixtes sont nés en France.

En revanche, il est étonnant de constater qu'aucun couple étranger n'a donné de prénom français à ses enfants alors que c'était de temps en temps le cas dans l'hypothèse d'un divorce pour faute (4,3%). Si on a pu déduire du pays de naissance ainsi que du lieu de célébration de l'union une plus forte intégration pour ce type de divorce, il convient donc de nuancer cette appréciation au regard des indications qui viennent d'être données.

2. L'action en divorce

a) Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle

Tableau 49

	AJF	AJF	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
HNR									
CE	1	0	0	1	0	0	13	5	20
CM	2	0	0	1	0	0	10	6	
Total	3	0	0	2	0	0	23	11	39

367. Il est difficile d'analyser ces données dans la mesure où, dans la majorité des dossiers étudiés, il n'a pas été possible de savoir si l'une des parties bénéficiait de l'aide juridictionnelle. D'une manière générale, les femmes bénéficient plus fréquemment de l'A.J. que les hommes : dans trois cas, seule l'épouse bénéficie de l'A.J. Par ailleurs, lorsque l'époux est bénéficiaire de l'A.J., l'épouse l'est également.

Enfin, dans près de 30% des cas, les époux ne sollicitent aucune aide. Le divorce sur requête conjointe est sans doute le type de divorce où l'on trouve un taux aussi bas d'aide juridictionnelle.

b) L'issue du procès

368. Le divorce sur requête conjointe est en principe prononcé par le magistrat et la convention est homologuée qu'il s'agisse d'un couple mixte ou d'un couple étranger. Mais il peut arriver aussi que le magistrat prononce la radiation ou la caducité, plus fréquemment d'ailleurs lorsqu'il s'agit d'un couple étranger. Enfin, dans une hypothèse, le couple étranger s'est désisté.

Tableau 50

	Prononcé	Débouté	Radiation	Désistement	C	n.s.p.	Total
CM	17	0	0	0	2	0	19
%	89,5%	0%	0%	0%	10,5%	0%	100%
CE	14	0	1	1	3	1	20
%	70%	0%	5%	5%	15%	5%	100%

c) L'usage du nom marital après divorce

369. Un seul dossier mentionne que l'épouse sollicite le droit de conserver, après divorce, l'usage de son nom de femme mariée.

Tableau 51

Demande acceptée	Demande rejetée	Demande / n.s.p.	Total
1	0	0	1

Ce dossier concerne un couple mixte au sein duquel l'homme est français. Il s'agit d'une union de longue durée : la demande en divorce n'intervient qu'au bout de 22 ans de vie commune. Le couple a eu un enfant qui porte un prénom français.

Enfin, dans quatre affaires relatives à des couples mixtes, l'épouse exprime expressément le désir de reprendre son nom de jeune fille. Ces hypothèses concernent surtout des épouses françaises (3/4) mais également une épouse d'origine étrangère.

C. La synthèse sur le contentieux des divorces sur demande acceptée

370. Pour les 6 premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, **21 dossiers** de divorce sur demande acceptée concernant la population d'origine maghrébine ont été retenus et traités.

Ces dossiers concernent à la fois des couples d'origine ou de nationalité étrangère et des couples mixtes.

Tableau 52

Couples étrangers		Couples mixtes	
12	57,1%	9	42,9%

Le divorce sur demande acceptée est donc majoritairement invoqué par les couples étrangers. Les couples mixtes qui y ont recours se subdivisent comme suit : pour 4 couples la femme est française et pour 5, c'est l'homme qui est français.

1. Le couple

a) La différence d'âge des conjoints

Tableau 53

	Couples d'étrangers		Couples mixtes			
	Homme + âgé	Femme + âgée	Homme + âgé	Etr	Femme + âgée	Etr
aucune différence	2		0			
de 1 à 5 ans	1	3	3	0	0	1
de 6 à 10 ans	1	0	1	1	1	0
+ de 10 ans	1	0	0	0	0	0
n.s.p.	4		2			
Total	3	3	4	1	1	1

371. Les données recueillies relativement à la différence d'âge des conjoints indiquent un équilibre entre les couples où les hommes sont plus âgés que leurs épouses et les couples où les femmes sont plus âgées que leur conjoint. En revanche, les couples mixtes suivent la même tendance que pour les autres types de divorce.

b) La durée de l'union

Tableau 54

Durée de l'union	Couples étrangers		Couples mixtes	
- de 3 ans	2	16,7%	1	11,1%
3 ans	0	0%	0	0%
4 ans	2	16,7%	1	11,1%
5 ans	1	8,3%	1	11,1%
de 6 à 10 ans	2	16,7%	2	22,2%
+ de 10 ans	3	25%	2	22,2%
n.s.p.	2	16,7%	2	22,2%
Total	12	100%	9	100%

372. Le divorce sur demande acceptée intervient majoritairement au-delà de 6 ans de mariage pour les couples étrangers. Aucun des couples mixtes étudiés ici n'a divorcé avant la quatrième année de mariage. Une part importante des divorces survient à partir de la cinquième année et pour plus de couples encore après plus de 10 ans de mariage.

c) Le lieu de célébration du mariage

Tableau 55

Lieu de célébration	Couples étrangers		Couples mixtes	
Mariages en France	8	66,6%	5	55,5%
Mariages au consulat	0	0%	-	-
Mariages à l'étranger	2	16,7%	0	0%
n.s.p.	2	16,7%	4	44,4%
Total	12	100%	9	100%

373. Les dossiers mettent en évidence une faible proportion de mariages célébrés à l'étranger. Par ailleurs, aucun mariage n'a été célébré par les autorités consulaires. Pour l'essentiel, les mariages ont été célébrés en France devant l'officier d'état civil français.

d) Le mariage et le pays de naissance

374. Si l'on considère le pays de naissance des couples étrangers, on remarque que la situation majoritaire est celle d'une union entre un conjoint d'origine étrangère et un conjoint né à l'étranger.

Par ailleurs, on trouve une proportion importante (plus importante que dans tous les autres types de divorce) d'étrangers originaires de pays maghrébins différents.

Tableau 56

Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés en France	0	0%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés à l'étranger	2	16,7%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère nés dans des pays différents	2	16,7%
Mariage entre un conjoint né en France et un conjoint né à l'étranger	5	41,6%
n.s.p.	3	25%
Total	12	100%

e) Le mariage et la nationalité

375. S'agissant tout d'abord des couples mixtes, nous avons admis par définition que l'un des conjoints est maghrébin ou d'origine maghrébine. On ne s'est donc intéressé qu'à sa nationalité.

Tableau 57

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	1	0	0	0	1	2
Algérie	1	1	0	0	1	3
Maroc	1	0	0	0	1	2
Tunisie	0	0	0	0	0	0
n.s.p.	1	1	0	0	0	2
Total	4	2	0	0	3	9

44% des conjoints de français ont eux-mêmes la nationalité française. L'acquisition de la nationalité résulte sans doute du mariage avec un Français : en effet, un conjoint de Français seulement est lui-même né en France.

376. En ce qui concerne les couples étrangers, c'est-à-dire ceux dont les deux membres sont maghrébins ou d'origine maghrébine, la nationalité des deux conjoints a été prise en compte chaque fois qu'elle était connue.

Tableau 58

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	3	0	0	0	3	6
Algérie	0	1	0	0	5	6
Maroc	0	0	2	0	2	4
Tunisie	0	0	0	2	0	2
n.s.p.	1	4	0	1	0	6
Total	4	5	2	3	10	24

On constate que 16,7% des conjoints d'origine maghrébine sont de nationalité française. Par ailleurs, 25% d'entre eux sont nés en France. Au total, les époux qui sont de nationalité française ou qui sont nés en France représentent 29,2% de l'ensemble des conjoints. Par ailleurs, on relève que 50% des conjoints sont nés à l'étranger.

Toute interprétation de ces données est difficile car, dans 41,7% des cas, on ignore la nationalité des intéressés.

On a vu précédemment que pour ce contentieux, on trouvait peu de conjoints originaires du même pays étranger. En effet, cette hypothèse ne concerne que deux couples : un couple de Tunisiens et un couple d'Algériens.

f) Le contrat de mariage

Tableau 59

	Avec contrat	Sans contrat	n.s.p.	Total
CM	0	7	2	9
CE	0	4	8	12
Total	0	11	10	21

377. Dans les dossiers consultés, on ne trouve pas mention de contrats de mariage, que l'union ait été célébrée en France ou à l'étranger.

g) Les mariages antérieurs

Tableau 60

Couples mixtes	Couples étrangers
1	0

378. Dans ce couple, c'est la femme qui est française.

h) La composition de la famille

379. Pour près de la moitié des couples étrangers (41,8%), aucun enfant n'est né du mariage alors que ce n'est le cas que dans un peu plus de 10% des cas pour les couples mixtes. Pour ces derniers, la famille est composée de deux enfants. 4 couples mixtes sur 9 ont eu des enfants contre 6 sur 13 pour les couples étrangers.

Tableau 61

Composition de la famille	Couples étrangers	Couples mixtes
Aucun enfant	5	41,8%
1 enfant	1	8,3%
2 enfants	1	8,3%
3 enfants	3	25%
4 enfants	0	0%
+ de 4 enfants	1	8,3%
n.s.p.	1	8,3%
Total	12	100%
		9
		100%

i) Le prénom des enfants

380. L'attribution d'un prénom français est assez rare dans les couples mixtes et aucun couple étranger n'a choisi de donner un prénom français à ses enfants. Enfin, un couple mixte a

retranscrit sa mixité dans le choix des prénoms en attribuant un prénom étranger à l'un des enfants et un prénom français à l'autre.

Tableau 62

	Prénom français	Prénom étranger	Les deux dans la famille	n.s.p.	Total
CM	1	25%	1	25%	1
CE	0	0%	2	33,3%	4
Total	1	10%	3	30%	10

Dans les couples mixtes, lorsque l'homme est Français, les enfants ont des prénoms français. Lorsque l'homme est d'origine étrangère, les enfants ont des prénoms étrangers.

En ce qui concerne le couple qui a donné des prénoms de diverses origines à ses enfants, il s'agit d'un couple au sein duquel l'homme est étranger mais de nationalité française. Dans ces dossiers, les deux enfants sont nés en France à trois ans d'intervalle. Le premier porte un nom maghrébin et le deuxième un nom occidental. On ne connaît pas l'âge des parents.

2. L'action en divorce

a) Le demandeur

Tableau 63

Initiative du divorce	Couples étrangers		Couples mixtes (CM)			Total
	(CE)	Français	Étranger	Total CM		
Femme	6	1	2	3	9	
Homme	6	1	3	4	10	
n.s.p.	0		2	2	2	
Total	12	2	5	9	21	

381. En ce qui concerne les couples étrangers, le divorce sur demande acceptée est le seul divorce pour lequel les hommes sont aussi nombreux à engager la procédure que les femmes. Dans les couples mixtes, les hommes sont même plus nombreux que les femmes à engager une telle action. La différence est cependant minime et l'on peut dire que les hommes et les femmes se partagent dans des proportions comparables l'initiative de ce type de divorce.

b) Les bénéficiaires de l'AJ

Tableau 64

CE demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme	0	1	0	2	0	0	2	1	6
Homme	2	0	0	0	0	0	3	1	6
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	2	1	0	2	0	0	5	2	12

CM demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme Fr	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Femme Etr	1	0	0	0	0	0	1	0	2
Homme Fr	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Homme Etr	0	0	0	1	0	0	0	2	3
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	2	0	3
TOTAL	1	0	0	1	0	0	5	2	9

CE + CM demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme	1	1	0	2	0	0	4	1	9
Homme	2	0	0	1	0	0	4	3	10
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	2	0	2
TOTAL	3	1	0	3	0	0	10	4	21

AJF AJ pour la femme/AJH AJ pour l'homme/AJ2 AJ pour les deux/HNR Homme non représenté/FNR Femme non représentée/NON Pas d'AJ

382. S'agissant des couples étrangers, les parties ont eu recours à l'AJ dans 41,6% des cas. Ce chiffre tombe à 9,5% pour les couples mixtes.

Pour les deux catégories de couple, on note certaines similitudes : l'épouse est parfois seule bénéficiaire de l'AJ alors que ce n'est jamais le cas pour son mari ; dans quelques hypothèses l'un et l'autre des époux ont recours à l'AJ ; enfin, et quel que soit le type de couple concerné, on ne trouve aucun jugement réputé contradictoire : hommes et femmes sont toujours présents et représentés au cours de la procédure.

c) L'issue du procès

383. Hormis les cas de caducité qui représentent un peu plus de 20% des hypothèses quel que soit le type de couple envisagé, le divorce sur demande acceptée est en principe prononcé.

Tableau 65

	Prononcé	Débouté	Radiation	Désistement	C	n.s.p.	Total
CM	7	0	0	0	2	0	9
%	77.8%	0%	0%	0%	22.2%	0%	100%
CE	8	0	0	0	3	1	12
%	66.7%	0%	0%	0%	25%	8.3%	100%

d) L'usage du nom marital après divorce

Tableau 66

Demande acceptée	Demande rejetée	Demande / n.s.p.	Total
2	0	0	2

384. L'une des demandes a été formulée par une épouse dans le cadre d'un couple étranger¹ et par une épouse dans le cadre d'une union mixte. Dans cette dernière hypothèse, il s'agissait d'une femme française mariée à un étranger depuis plus de 40 ans, mère de deux enfants d'une quarantaine d'années. Le divorce a été demandé par le mari. L'épouse a été autorisée à conserver l'usage du nom marital.

D. La synthèse sur le contentieux des séparations de corps pour faute

385. Pour les 6 premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, 21 dossiers de séparation de corps pour faute concernant la population d'origine maghrébine ont été retenus et traités.

Ces dossiers concernent à la fois des couples d'origine ou de nationalité étrangère et des couples mixtes.

¹ L'union avait duré sept ans et les conjoints étaient parents d'un enfant mineur au moment de l'introduction de la demande en divorce. L'épouse a 34 ans au moment de l'action.

Tableau 67

Couples étrangers		Couples mixtes	
20	95,2%	1	4,8%

La séparation de corps pour faute ne concerne qu'un seul couple mixte unissant un homme français à une femme étrangère. Il n'est donc pas possible de tirer des conclusions à partir de ce cas isolé. Par conséquent, seule la situation des couples étrangers sera analysée ci-dessous.

1. Le couple

a) La différence d'âge des conjoints

Tableau 68

	Couples d'étrangers		Couples mixtes			
	Homme + âgé	Femme + âgée	Homme + âgé Fr	Etr	Femme + âgée Fr	Etr
aucune différence	0			0		
de 1 à 5 ans	6	2	1	0	0	0
de 6 à 10 ans	7	1	0	0	0	0
+ de 10 ans	2	0	0	0	0	0
n.s.p.	2			0		
Total	15	3	1	0	0	0

386. Dans 75% des cas, les hommes sont plus âgés que leurs épouses. Ces taux sont plus importants que ceux indiqués en matière de divorce pour faute.

b) La durée de l'union

387. La séparation de corps pour faute survient souvent au-delà de 6 ans de mariage mais l'essentiel des séparations de corps est demandé après plus de 10 ans de mariage (65%).

Tableau 69

Durée de l'union	Couples étrangers		Couples mixtes	
- de 3 ans	1	5%	0	0%
3 ans	1	5%	1	100%
4 ans	1	5%	0	0%
5 ans	1	5%	0	0%
de 6 à 10 ans	4	20%	0	0%
+ de 10 ans	11	55%	0	0%
n.s.p.	1	5%	0	0%
Total	20	100%	1	100%

c) Le lieu de célébration du mariage

388. On trouve ici surtout des mariages célébrés à l'étranger. Si l'on met en relation cette donnée avec la durée du mariage, on constate que pour une majorité de couples, il s'agit d'une population qui a migré vers la France en cours de mariage et qui, pour une partie d'entre elle, est relativement âgée, au moment de l'introduction de l'instance. La moyenne d'âge des hommes est de 45-46 ans et celle des femmes est de 40 ans environ.

Tableau 70

Lieu de célébration	Couples étrangers		Couples mixtes	
Mariages en France	5	25%	1	100%
Mariages au consulat	2	10%	-	-
Mariages à l'étranger	9	45%	0	0%
n.s.p.	4	20%	0	0%
Total	20	100%	1	100%

d) Le mariage et le pays de naissance

389. Eu égard aux observations faites sur le lieu de célébration du mariage, on ne s'étonnera pas de constater que la plupart des conjoints sont nés à l'étranger. Aucun dossier de séparation de corps pour faute ne concerne l'union de deux conjoints nés en France.

Tableau 71

Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés en France	0	0%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés à l'étranger	11	55%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère nés dans des pays différents	2	10%
Mariage entre un conjoint né en France et un conjoint né à l'étranger	3	15%
n.s.p.	4	20%
Total	20	100%

e) Le mariage et la nationalité

390. S'agissant tout d'abord des couples mixtes, nous admettons par hypothèse que l'un des conjoints est français. On ne s'est donc intéressé qu'à la nationalité de l'autre conjoint.

Tableau 72

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	0	0	0	0	0	0
Algérie	0	0	0	0	0	0
Maroc	0	0	0	0	0	0
Tunisie	0	0	0	0	0	0
n.s.p.	1	0	0	0	0	1
Total	1	0	0	0	0	1

En ce qui concerne les couples étrangers, la nationalité des deux conjoints a été prise en compte chaque fois qu'elle était connue.

Tableau 73

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	1	2	0	0	0	3
Algérie	0	15	0	0	5	20
Maroc	0	0	1	0	2	3
Tunisie	1	0	0	5	1	7
n.s.p.	3	2	0	1	1	7
Total	5	19	1	6	9	40

On constate que 65% des conjoints sont de nationalité étrangère contre 17,5% seulement qui ont acquis la nationalité française. Ce type de contentieux concerne, pour une grande part, des

Algériens : 47,5% des conjoints sont en effet Algériens et 50% d'entre eux sont nés en Algérie. Au total, ils sont 60% à être nés en Algérie ou à se dire de nationalité algérienne.

f) Le contrat de mariage

Tableau 74

	Avec contrat	Sans contrat	n.s.p.	Total
CM	0	0	1	1
CE	0	14	6	20
Total	0	14	7	21

g) Les mariages antérieurs

Aucun des dossiers ne révèle l'existence d'une précédente union, qu'il s'agisse des couples mixtes ou des couples étrangers.

h) La composition de la famille

391. Les familles concernées par une séparation de corps pour faute sont des familles plutôt nombreuses : 45% des couples ont plus de 4 enfants et 15% d'entre eux en ont au moins deux.

Tableau 75

Composition de la famille	Couples étrangers	Couples mixtes	
Aucun enfant	2	10%	0 0%
1 enfant	1	5%	1 100%
2 enfants	2	10%	0 0%
3 enfants	4	20%	0 0%
4 enfants	1	5%	0 0%
+ de 4 enfants	9	45%	0 0%
n.s.p.	1	5%	0 0%
Total	20	100%	1 100%

392. En ce qui concerne les dix familles qui comptent quatre enfants et plus, on note entre elles une certaine similitude. Tous les couples sont formés de conjoints de même nationalité (ou de même pays de naissance) : sept couples algériens, deux tunisiens et un marocain. La quasi totalité de ces couples (8/10) se sont mariés dans leur pays d'origine, les deux autres ayant scellé leur union devant les autorités consulaires. Le nombre d'enfants par famille est souvent largement supérieur à quatre : on compte en effet neuf familles de six enfants et plus. Six d'entre elles ont entre huit et dix enfants.

Au regard de ces différents éléments, il semble possible de dire que les conjoints qui demandent une séparation de corps pour faute sont des couples unis de longue date, qui sont nés et qui se sont mariés à l'étranger et qui ont migré en France au cours de leur mariage. On entrevoit une famille plutôt traditionnelle avec de nombreux enfants. A cet égard, on ne peut manquer de s'étonner que ces couples se tournent vers la séparation de corps dans la mesure où cette dernière est inconnue du droit musulman¹.

Le tableau suivant ne fait que confirmer que l'on a affaire ici à une famille de type traditionnelle puisqu'aucun des couples n'a donné de prénom français (ou occidental) à ses enfants.

¹ Sur les raisons de ce choix, cf. *supra*, n° 238 et s.

i) Le prénom des enfants

Tableau 76

	Prénom français		Prénom étranger		les deux dans la famille		n.s.p.	Total
CM	0	0%	0	0%	0	0%	1	1
CE	0	0%	9	52,9%	0	0%	8	17
Total	0	0%	9	50%	0	0%	9	18

2. L'action en séparation de corps

a) Le demandeur

Tableau 77

Initiative de la SDC	Couples étrangers		Couples mixtes (CM)			Total
	(CE)	Français	Étranger	Total CM		
Femme	18	0	1	1	19	
Homme	2	0	0	0	2	
n.s.p.	0	0	0	0	0	
Total	20	0	1	1	21	

393. Les femmes sont demanderesses à l'instance dans 90% des cas. Ces chiffres dépassent donc largement ceux enregistrés pour les autres contentieux et notamment pour le divorce pour faute.

b) Les bénéficiaires de l'AJ

394. Les dossiers font apparaître que 40% des couples étrangers ont recours à l'AJ. Ce sont les femmes qui sont d'abord concernées (30%). Les hommes ne bénéficient jamais seuls de l'AJ ; s'ils y ont recours, leur épouse aussi.

Tableau 78

CE	AJF	AJF	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Demandeur		HNR							
Femme	4	2	0	2	2	0	4	4	18
Homme	0	0	0	0	0	0	2	0	2
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	4	2	0	2	2	0	6	4	20
CM	AJF	AJF	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Demandeur		HNR							
Femme Fr	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Femme Etr	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Homme Fr	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Homme Etr	0	0	0	0	0	0	0	0	0
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	0	0	0	0	0	0	1	0	1

CE + CM Demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme	4	2	0	2	2	0	5	4	19
Homme	0	0	0	0	0	0	2	0	2
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	4	2	0	2	2	0	7	4	21

AJF AJ pour la femme/AJH AJ pour l'homme/AJ2 AJ pour les deux/HNR Homme non représenté/FNR Femme non représentée/NON Pas d'AJ

c) Les causes de séparation de corps invoquées par le demandeur

395. C'est surtout la violence du conjoint ou l'abandon par ce dernier du domicile conjugal qui sont invoquées par la demanderesse en séparation de corps.

En ce qui concerne les hommes demandeurs, il n'a pas été possible de connaître les causes de divorce invoquées.

Tableau 79

Tous couples confondus	Homme	Femme
Violence physique ou psychologique	0	5
Vie dissolue de l'autre conjoint / Adultère	0	0
Abandon du domicile par l'autre conjoint	0	3
Alcoolisme	0	1
Attitude injurieuse et humiliante	0	1
Défaut d'entretien / Désintérêt pour la famille	0	1
Enlèvement d'enfant	0	0
Autres	0	0
Sans énonciation des griefs	0	1

d) L'issue du procès

396. Dans près de la moitié des cas, la séparation de corps est prononcée aux torts exclusifs du mari, la séparation aux torts partagés ne représentant que 15% des cas. On remarque à cet égard que si la séparation de corps est prononcée aux torts partagés, cela ne résulte jamais d'une demande des époux. Le juge la prononce donc lorsqu'il constate que des fautes sont imputables à l'un et l'autre conjoint. En outre, on note un taux important de désistement et de radiation (35%).

Tableau 80

	STH	STF	STP	Déboute	Radiation	Désistement	n.s.p.	Total
CM	0	0	1	0	0	0	0	1
%	0%	0%	100%	0%	0%	0%	0%	100%
CE	9	0	3	0	1	6	1	20
%	45%	0%	15%	0%	5%	30%	5%	100%

	STP demandé	STP prononcé	n.s.p.	Total
CM	0	0%	1	100%
CE	0	0%	3	100%
Total	0	0%	4	100%

E. La synthèse générale sur les contentieux de divorces et de séparations de corps

397. Pour les 6 premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, **256 dossiers** de divorce ou de séparation de corps concernant la population d'origine maghrébine ont été retenus et traités.

Ces dossiers concernent à la fois des couples d'origine ou de nationalité étrangère et des couples mixtes.

Tableau 81

Couples étrangers	Couples mixtes
192	75%

Les couples mixtes sont majoritairement de type homme français/femme étrangère : 35 couples sur 64 entrent dans cette catégorie, ce qui représente 54,7% des couples mixtes étudiés.

1. La répartition des différents contentieux

Tableau 82

Divorces						Séparations de corps					
234 dossiers		91,4%				22 dossiers		8,6%			
pour faute		sur requête conjointe		sur demande acceptée		pour faute		sur demande acceptée			
174		39		21		21		1 ¹			
68%		15,2%		8,2%		8,2%		0,4%			
CE	CM	CE	CM	CE	CM	CE	CM	CE	CM	CE	CM
140	34	20	19	12	9	20	1	0	1	0	0,4%
54,7%	13,3%	7,8%	7,4%	4,7%	3,5%	7,8%	0,4%	0%	0,4%		

398. Tous dossiers confondus, il apparaît que les couples désunis s'acheminent presque systématiquement vers un divorce. La séparation de corps n'occupe statistiquement qu'une place contingente. Néanmoins, avant de pouvoir analyser la situation, il conviendrait de comparer ces chiffres avec les statistiques du J.A.F. afin de voir s'il existe une différence notoire entre le comportement des couples étrangers ou mixtes et celui des autres couples. Or, les chiffres dont nous disposons ne distinguent pas les cas de divorce des cas de séparation de corps.

À défaut de pouvoir comparer ces chiffres avec les statistiques du J.A.F., on peut néanmoins noter que la séparation de corps est inconnue du droit musulman². Certains conjoints maghrébins ont d'ailleurs fait valoir en défense que les magistrats français ne pouvaient prononcer la séparation de corps des époux dans la mesure où le statut personnel des époux ne reconnaissait pas une telle mesure.

En revanche, divorce et séparation de corps confondus, nous disposons de statistiques pour l'année 1996. Pour le TGI de Lyon, on enregistre un taux de divorce et de séparation de corps pour faute de 50,6%. Les populations étudiées ici ont recours à ce type de contentieux dans 76,2% des cas.

En ce qui concerne les divorces et les séparations de corps sur requête conjointe, le taux global du TGI est de 33,2% contre 15,2% pour les populations maghrébines (dont 7,4% de couples mixtes). Enfin, le divorce et la séparation de corps sur demande acceptée représentent 12,6% du contentieux global contre 8,6% pour les couples mixtes et étrangers.

On remarque donc que les couples maghrébins et les couples mixtes sont beaucoup plus nombreux que les autres à recourir au divorce ou à la séparation de corps pour faute. On sait par ailleurs que, dans ce type de contentieux, les femmes sont majoritairement demanderesses à l'instance. Or, le divorce pour faute est pratiquement le seul type de divorce possible pour les femmes maghrébines dans leur pays d'origine. C'est pourquoi il n'est pas étonnant de constater que les femmes maghrébines en France ont majoritairement recours à cette procédure. Il reste que le nombre de divorces pour faute prononcé en France est beaucoup plus important qu'en Algérie ou au Maroc en raison des difficultés rencontrées par les femmes pour divorcer³.

En revanche, le divorce ou la séparation de corps sur requête conjointe est deux fois moins fréquent pour ces populations que pour la moyenne des couples. Le taux de divorce ou de séparation de corps sur demande acceptée est également plus faible pour cette population que pour la population totale.

¹ Pour les 6 premiers mois de l'année 1996, tous cabinets confondus, 1 seul dossier de séparation de corps sur demande acceptée concernant la population d'origine maghrébine a été retenu et traité. Ce dossier concerne un couple mixte, la femme est française et le mari algérien. Leur mariage a été célébré en France sans contrat de mariage. Deux enfants sont nés de cette union et portent des prénoms français. Plus de dix ans après, l'un des époux introduit une action en séparation de corps. L'issue de la procédure n'est pas connue.

² Cf. *supra*, n° 256.

³ Cf. *supra*, n° 240 et s.

Par ailleurs, si l'on considère uniquement les cas de divorce, on constate que le divorce pour faute est l'option majoritairement choisie par les parties, surtout parmi les couples étrangers. Il est vrai qu'il reste à savoir si cette part prépondérante du divorce pour faute ne se retrouve pas chez les couples français de niveau socioprofessionnel équivalent. L'absence de telles statistiques au tribunal de grande instance de Lyon, comme l'absence de ces données dans les dossiers étudiés, ne permettent pas ce type de comparaison. Néanmoins, le divorce sur requête conjointe et le divorce sur demande acceptée représentent quand même près du quart des actions en divorce.

D'une manière générale, on remarque que le divorce et la séparation de corps pour faute sont des actions fréquemment intentées par les couples étrangers (82%). Ces couples restent tout de même majoritaires dans les divorces sur requête conjointe et sur demande acceptée (ce qui s'explique par le fait que 75% des dossiers concernent des couples étrangers) mais les rapports couples étrangers / couples mixtes sont plutôt équilibrés. En proportion, les couples mixtes se tournent eux aussi plus volontiers vers un divorce ou une séparation de corps pour faute (54,7%) que vers un divorce ou une séparation de corps sur requête conjointe ou sur demande acceptée (45,3%) mais là encore le rapport entre ces deux options est assez équilibré. Il y a donc là une différence sensible entre les couples étrangers et les couples mixtes.

2. Le couple

a) La différence d'âge des conjoints

Tableau 83

	Couples d'étrangers		Couples mixtes			
	Homme + âgé	Femme + âgée	Homme + âgé Fr	Etr	Femme + âgée Fr	Etr
aucune différence	10		3			
de 1 à 5 ans	63	19	12	9	4	2
de 6 à 10 ans	49	7	6	3	5	1
+ de 10 ans	16	2	5	1	1	0
n.s.p.	26		12			
Total	128	28	23	13	10	3

399. Le tableau synthétique de la différence d'âge entre les conjoints fait apparaître que dans la plupart des couples étrangers (dans 66,7% des cas), l'homme est plus âgé que son épouse. Plus la différence d'âge est importante et moins on rencontre de couples au sein desquels la femme est l'aînée des conjoints. C'est parmi les demandeurs en séparation de corps pour faute que l'on trouve le taux le plus élevé de couples (75%) pour lesquels l'homme est plus âgé que son épouse. Parmi les demandeurs en divorce pour faute, 70% des couples suivent la même tendance. Il en va de même pour 60% des couples qui divorcent sur requête conjointe. Seuls les couples qui divorcent sur demande acceptée se démarquent du schéma classique : les couples au sein desquels la femme est plus âgée que son mari sont aussi nombreux que ceux au sein desquels l'homme est l'aîné des conjoints.

On retrouve un schéma très semblable à celui qui prévaut pour la majorité des couples étrangers dans les couples mixtes de type homme français/femme étrangère. En revanche, la seconde catégorie de couple mixte ne présente pas de caractéristiques d'âge clairement identifiables.

En d'autres termes, si l'on peut dire que si, au sein du couple maghrébin ou de la première catégorie de couple mixte, l'homme est en principe l'aîné des conjoints, il est plus difficile en revanche de proposer un « modèle » de couple mixte de la seconde catégorie dans la mesure où aucune tendance ne se dégage vraiment de ces premiers éléments.

b) La durée de l'union

Tableau 84

Durée de l'union	Couples étrangers	Couples mixtes
- de 3 ans	42	21,9%
3 ans	17	8,9%
4 ans	16	8,3%
5 ans	7	3,7%
de 6 à 10 ans	34	17,7%
+ de 10 ans	55	28,6%
n.s.p.	21	10,9%
Total	192	100%
		64
		100%

400. Si l'on s'intéresse à la durée du mariage avant divorce, on remarque que d'une manière générale, les couples mixtes et les couples étrangers ont des comportements différents.

Les couples étrangers divorcent surtout au cours des 3 premières années (30,8%) puis au-delà de 6 ans de mariage (46,3%). Mais si l'on compare les données relevées pour chaque contentieux, on remarque que tous les couples étrangers ne suivent pas cette tendance. En effet, si 45% des couples qui divorcent sur requête conjointe et 33% des couples qui optent pour un divorce pour faute, divorcent au cours des trois premières années de leur mariage, il n'en va pas de même pour les époux qui sollicitent un divorce sur demande acceptée. Pour cette catégorie de conjoints, 16,7% d'entre eux seulement divorcent dans les trois premières années de leur mariage contre 41,7% qui divorcent après six ans de mariage. La disparité dans les comportements est encore plus flagrante en ce qui concerne les époux qui sollicitent le prononcé d'une séparation de corps pour faute : 10% d'entre eux seulement se séparent au cours des trois premières années de leur mariage contre 75% qui saisissent le J.A.F. après six ans de mariage (20% entre 6 et 10 ans et 55% après 10 ans). Cette catégorie de couples présente donc une durée d'union beaucoup plus grande que les autres couples étrangers.

Les couples mixtes, quant à eux, divorcent peu dans les 4 premières années (25%) mais les demandes en divorce se concentrent surtout à partir de la sixième année de mariage (51,6%). D'une manière générale, on remarque que la durée du mariage est plus longue chez les couples mixtes.

Globalement, les couples étrangers et les couples mixtes divorcent plus dans les quatre premières années que l'ensemble des couples qui divorcent en France en 1996. Il sont également plus nombreux à divorcer au bout de 5 à 10 ans de mariage. D'une manière générale, la durée du mariage est donc plus courte pour les populations concernées par cette enquête que pour l'ensemble des couples qui divorcent en France en 1996.

Tableau 85

Durée du mariage	Couples étrangers	Couples mixtes	Couples étrangers et mixtes	Statistiques nationales ¹
Inférieure à 5 ans	39,1 %	25 %	35,6 %	17,2 %
Entre 5 et 10 ans	21,4 %	29,7 %	23,4 %	21,2 %
Supérieure à 10 ans	28,6 %	29,7 %	28,9 %	45 %
n.s.p.	10,9 %	15,6 %	12,1 %	6,6 %

¹ Annuaire statistique de la Justice 1992-1996, La documentation française, 1998.

c) Le lieu de célébration du mariage

Tableau 86

Lieu de célébration	Couples étrangers	couples mixtes	
Mariages en France hors consulat	99	51,6%	43
Mariages au consulat	12	6,2%	-
Mariages à l'étranger	51	26,6%	1
n.s.p.	30	15,6%	20
Total	192	100%	64
			100%

401. Dans la majorité des cas, les couples se sont mariés en France, les couples mixtes dans des proportions encore plus grandes que les couples maghrébins. Parmi les couples étrangers, ceux qui optent pour un divorce sur demande acceptée sont 66,6% à s'être mariés en France. Ce taux est de 60% pour les couples qui divorcent sur requête conjointe et de 52,9% pour les couples engagés dans une procédure de divorce pour faute. Il n'est que de 25% pour les couples qui sollicitent le prononcé d'une séparation de corps pour faute.

Le mariage au consulat est relativement rare : il ne dépasse jamais 10% du nombre total de mariages. Il est même inexistant pour certains contentieux (divorce sur demande acceptée). Sa validité est parfois sujette à caution dans la mesure où nombre de conjoints qui se sont mariés devant les autorités consulaires se disent de nationalité française au jour de l'action en divorce ou en séparation de corps (Voir synthèse (1) : divorces pour faute).

Alors que les couples mixtes se marient exceptionnellement à l'étranger, les couples étrangers sont environ un quart à s'être mariés dans un pays du Maghreb. On rencontre les taux les plus importants de mariage à l'étranger parmi les couples qui sollicitent le prononcé d'une séparation de corps pour faute : 45% d'entre eux se sont mariés dans un pays du Maghreb. Les couples pour lesquels une action en divorce pour faute est engagée sont également plus d'un quart (26,4%) à s'être mariés à l'étranger. Le pourcentage de mariages célébrés à l'étranger pour les autres contentieux oscille entre 15 et 17%.

d) Le mariage et le pays de naissance

Tableau 87

Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés en France	16	8,3%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés à l'étranger	77	40,1%
Mariage entre conjoints d'origine étrangère nés dans des pays différents	15	7,8%
Mariage entre un conjoint né en France et un conjoint né à l'étranger	53	27,6%
n.s.p.	31	16,2%
Total	192	100%

402. Beaucoup de conjoints, dans les couples étrangers, sont nés dans un pays du Maghreb. Dans 75,5% des cas, un des conjoints au moins est né à l'étranger.

Les conjoints originaires du même pays forment le groupe statistiquement le plus important : dans 40,1% des cas, les conjoints sont tous deux nés dans le même pays étranger. Les couples engagés dans une procédure de divorce ou de séparation de corps pour faute suivent cette tendance générale avec des taux respectivement de 43,6 et de 55%. En revanche, il n'en va pas de même pour les couples qui divorce sur demande acceptée ou sur requête conjointe : ces derniers se composent en majorité (41,6% et 35% respectivement) d'un conjoint né en France et d'un conjoint né à l'étranger.

Les unions entre conjoints d'origine étrangère tous deux nés en France sont assez rares puisqu'elles ne concernent que 8,3% des couples. Enfin, le mariage le moins fréquent, et cela quel que soit le type de contentieux étudié, est le mariage entre ressortissants de pays du Maghreb différents.

e) Le mariage et la nationalité

S'agissant tout d'abord des couples mixtes, nous admettons par hypothèse que l'un des conjoints est français. On ne s'est donc intéressé qu'à la nationalité de l'autre conjoint.

Tableau 88

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	7	1	0	0	5	13
Algérie	5	11	0	0	3	19
Maroc	3	0	3	0	7	13
Tunisie	4	0	0	3	4	11
n.s.p.	3	1	1	0	3	8
Total	22	13	4	3	22	64

Dans un peu plus d'un tiers des cas (34,4%), les conjoints de Français ont eux-mêmes la nationalité française. Pour 10,9% d'entre eux, l'acquisition de la nationalité résulte peut-être du fait qu'ils sont nés en France.

Par ailleurs, même s'ils n'ont pas tous la nationalité française (ou si leur nationalité n'apparaît pas dans le dossier), on remarque 20,3% des conjoints de Français sont eux-mêmes nés en France.

Finalement, près de la moitié (43,75%) des conjoints d'origine étrangère qui épousent un Français sont nés en France ou ont acquis la nationalité française. On ne peut pourtant pas en déduire que, pour les couples restants (qui représentent plus de 50% des couples), il s'agit de véritables couples mixtes au regard et de la nationalité des conjoints et de leur pays de naissance puisque ces éléments font défaut dans un nombre relativement important de dossiers (42,2%).

En ce qui concerne les couples étrangers, la nationalité des deux conjoints a été prise en compte chaque fois qu'elle était connue.

Tableau 89

Nationalité Pays de naissance	Français	Algérien	Marocain	Tunisien	n.s.p.	Total
France	47	9	0	0	37	93
Algérie	14	67	1	0	83	165
Maroc	5	1	22	0	12	40
Tunisie	5	0	0	18	9	32
n.s.p.	13	14	3	3	21	54
Total	84	91	26	21	162	384

S'agissant des couples étrangers, dans 75,5% des cas, l'un des conjoints, au moins, est né à l'étranger. Pour beaucoup de couples qui demandent le divorce en France, l'intégration est donc relativement récente. Pour les couples au sein desquels l'un des conjoints est né en France, ce qui arrive dans 27,6% des cas, la période de migration et d'implantation en France n'est pas la même pour les deux conjoints. Dans une certaine mesure, ces couples se rapprochent des couples mixtes et soulèvent sans doute les mêmes types de problèmes liés à la différence de culture.

Parmi ces conjoints étrangers, 21,9% d'entre eux ont la nationalité française et 24,2% sont nés en France. Au total, 33,8% de ces conjoints sont nés en France ou ont acquis la nationalité française. Si l'on compare ces données avec celles recueillies auprès des couples mixtes, on note donc une différence assez sensible entre les deux catégories de couples. Il semblerait à cet égard que les conjoints d'origine étrangère mariés à un Français soient plus intégrés à la société française que les autres.

f) Le contrat de mariage

Tableau 90

	Avec contrat	Sans contrat	n.s.p.	Total
CM	2	36	26	64
CE	1	106	85	192
Total	3	142	111	256

403. La proportion de couples qui a recours à un contrat de mariage est extrêmement faible. Or, le régime légal des pays du Maghreb est la séparation de biens. A cet égard, on peut donc s'étonner que les couples qui se marient en France ne choisissent pas d'opter pour un régime matrimonial plus proche de celui en vigueur dans leur pays d'origine. Il est vrai qu'ils ignorent peut-être la règle française et que le régime séparatiste est pour eux une évidence¹.

Par ailleurs, alors que nombre de couples français demandent, en cours d'union, une modification de leur régime matrimonial, aucune demande en ce sens (concernant des couples maghrébins) n'a été enregistrée au TGI de Lyon pour les années 1996 et 1997. Seuls quelques rares couples mixtes formulent une telle requête lorsque la profession de l'un des conjoints comporte certains risques pour le patrimoine du couple.

g) Les mariages antérieurs

Tableau 91

Couples mixtes	Couples étrangers
4	6

h) La composition de la famille

Tableau 92

Composition de la famille	Couples étrangers	Couples mixtes	
Aucun enfant	54	28,1%	15
1 enfant	37	19,3%	19
2 enfants	22	11,5%	12
3 enfants	25	13%	4
4 enfants	12	6,3%	0
+ de 4 enfants	25	13%	2
n.s.p.	17	8,8%	12
Total	192	100%	64
			100%

404. Près de 30% des couples étrangers qui divorcent sont sans enfant. Cette donnée pourrait paraître étonnante si l'on reprend un *a priori* largement répandu selon lequel les familles maghrébines sont traditionnellement nombreuses. Mais on a pu noter précédemment que plus de 30% de ces couples divorçaient au cours des trois premières années de leur mariage. Si l'on confronte ces deux éléments, la contradiction semble s'effacer.

En ce qui concerne les couples étrangers qui ont fondé une famille, il est difficile de dégager une

¹ Cf. *supra*, n° 140.

tendance. Ils sont près de 20% à n'avoir qu'un seul enfant mais ils sont autant à en avoir 4 et plus. L'étude contentieux par contentieux montre que c'est parmi les couples qui divorcent sur requête conjointe ou sur demande acceptée que l'on trouve le taux de natalité le plus bas.

Les couples mixtes ont des comportements plus homogènes et plus lisibles : ils sont environ un quart sans enfants et 48,4% à avoir un ou deux enfants. Les familles de 3 enfants et plus sont relativement rares. Or, d'une manière générale, les couples mixtes divorcent plus tardivement que les couples étrangers¹. On peut donc en déduire que les familles issues de couples mixtes ressemblent plus à une famille française qu'à une famille maghrébine. Par ailleurs, éléments complémentaires à une telle analyse, 52,8% des couples mixtes donnent des prénoms français à leurs enfants alors que c'est très rarement le cas pour les couples étrangers.

i) *Le prénom des enfants*

Tableau 93

	Prénom français		Prénom étranger		Les deux dans la même famille		n.s.p.	Total
CM	19	52,8%	9	25%	1	2,8%	7	36
CE	3	2,5%	68	56,2%	1	0,8%	49	121
Total	22	14%	77	49%	2	1,3%	56	157

405. Il ressort des différents contentieux que l'attribution de prénoms français ou occidentaux par des couples étrangers est relativement rare, y compris parmi les couples qui donnent par ailleurs des signes d'une forte intégration à la société française. C'est le cas par exemple des époux qui divorcent sur requête conjointe.

Par ailleurs, le lieu de naissance des enfants ne semble pas être un facteur particulièrement déterminant dans le choix des prénoms, pour les couples étrangers (encore que l'on trouve un dossier qui tende à démontrer l'inverse), mais aussi pour les couples mixtes.

En ce qui concerne ces derniers, il semblerait, et la tendance se vérifie quel que soit le contentieux étudié, qu'il y ait coïncidence entre l'origine socioculturelle française ou étrangère du père et le choix de prénoms français (et plus largement occidentaux) ou maghrébins pour les enfants du couple. Cette remarque vaut que le père des enfants soit d'origine française ou d'origine étrangère.

3. *L'action en divorce*

a) *Le demandeur*

Tableau 94

Initiative du divorce	Couples étrangers (CE)	Couples mixtes (CM)			Total
		Français	Étranger	Total CM	
Femme	129	16	14	30	159
Homme	36	7	4	11	47
n.s.p.	7	4		4	11
Total	172	23	18	45	217

406. Tous contentieux confondus, et si l'on met de côté l'hypothèse particulière du divorce sur requête conjointe, les femmes restent majoritaires à demander le divorce (73,3%). Elles sont d'ailleurs majoritaires qu'il s'agisse de couples étrangers ou de couples mixtes. Le seul contentieux qui fasse exception à la règle est celui du divorce sur demande accepté pour lequel les hommes sont globalement plus nombreux que les femmes à intenter une telle action, encore

¹ Cf. supra, n° 402.

que la tendance soit plutôt à l'équilibre : 10 hommes demandeurs contre 9 femmes demanderesses.

La différence entre les couples étrangers et les couples mixtes est assez sensible : les femmes sont demanderesses à 75% pour les couples étrangers et elles le sont à 66,7% pour les couples mixtes.

S'agissant de ces derniers couples, 22 d'entre eux sont de type femme française/homme étranger contre 23 de type homme français/femme étrangère. Dans la première catégorie, les femmes sont à l'origine de l'action en justice dans 72,7% des cas. Dans la seconde, elles ont l'initiative de la demande en divorce dans 60,9% des cas seulement.

b) *Les bénéficiaires de l'AJ*

Tableau 95

CE	AJF	AJF	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Demandeur		HNR							
Femme	22	16	0	22	7	0	36	26	129
Homme	4	0	3*	3	0	2	18	6	36
Les 2	1	0	0	1	0	0	13	5	20
n.s.p.	0	0	0	0	0	0	6	1	7
Total	27	16	3	26	7	2	73	38	192

* dont une femme non représentée.

407. Les femmes bénéficient de l'AJ dans 35,9% des cas. L'AJ n'est souvent accordée qu'à elles seules (dans 22,4% des cas), mais il arrive aussi qu'elle soit accordée aux deux conjoints (dans 13,5% des cas). D'une manière générale, c'est surtout lorsqu'elles sont demanderesses à l'instance que les femmes bénéficient de l'AJ.

Les hommes sont moins souvent que les femmes bénéficiaires de l'AJ (15,1%) mais ils sont aussi moins souvent demandeurs. Les situations dans lesquelles les deux époux se voient accorder l'AJ sont largement majoritaires (13,5%). Il est rare que seul l'époux demande et obtienne l'AJ (1,6%).

Tableau 96

CM demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme Fr	1	1	1	0	2	0	6	5	16
Femme Etr	3	0	0	2	0	0	6	3	14
Homme Fr	2	0	0	0	0	0	3	2	7
Homme Etr	0	0	0	1	0	0	0	3	4
Les 2	2	0	0	1	0	0	10	6	19
n.s.p.	0	0	0	0	1	0	2	1	4
Total	8	1	1	4	3	0	27	20	64

En ce qui concerne les couples mixtes, 20,3% des femmes et 7,8% des hommes bénéficient de l'AJ. Le pourcentage de couples dont les revenus justifient une aide financière est donc plus faible parmi les couples mixtes que parmi les couples étrangers.

CE + CM demandeur	AJF	AJF HNR	AJH	AJ2	HNR	FNR	n.s.p.	NON	Total
Femme	26	17	1	24	9	0	48	34	159
Homme	6	0	3*	4	0	2	21	11	47
Les 2	3	0	0	2	0	0	23	11	39
n.s.p.	0	0	0	0	1	0	8	2	11
TOTAL	35	17	4	30	10	2	100	58	256

AJF AJ pour la femme/AJH AJ pour l'homme/AJ2 AJ pour les deux/HNR Homme non représenté/FNR Femme non représentée/NON Pas d'AJ

* dont une femme non représentée.

Au total, dans 32% des cas, les femmes (seules ou avec leurs maris) profitent de l'AJ alors que les hommes (seuls et surtout avec leurs épouses) ne sont que 13,3% à bénéficier de cette aide.

En outre, ce tableau fait apparaître que 10,5% des hommes se désintéressent de l'instance contre 1,2% des femmes. Cette disparité s'explique en partie par le fait que les femmes sont plus souvent à l'origine de la procédure que les hommes.

c) *Les causes de divorce invoquées par le demandeur*

408. Si l'on synthétise les données collectées dans les différents dossiers qui exigent la preuve de la faute de l'une des parties, voici quelles sont les causes de divorce ou de séparation de corps invoquées par le demandeur.

Tableau 97

Tous couples confondus	Homme	Femme
Violence physique ou psychologique	4	49
Vie dissolue de l'autre conjoint / Adultery	4	5 (*)
Abandon du domicile par l'autre conjoint	7	29
Alcoolisme	2	11
Attitude injurieuse et humiliante	4	5
Défaut d'entretien / Désintérêt pour la famille	1	20
Enlèvement d'enfant	0	2
Autres	1	11
Sans énonciation des griefs	7	21

(*) dont trois causes de divorce pour bigamie.

On remarque que si les femmes invoquent très fréquemment la violence de leur conjoint, les hommes sont plus nombreux à fonder leur demande sur l'abandon par leur épouse du domicile conjugal.

d) *L'issue du procès*

Tableau 98

	DTH	DTF	DTP	Pron.	Dte	R	D	E	C	n.s.p.	Total
	65	10	49	46	12	22	33	1	10	8	256
CM	10	3	11	24	2	3	4	1	4	2	64
%	15,6%	4,7%	17,2%	37,5%	3,1%	4,7%	6,2%	1,6%	6,2%	3,1%	100%
CE	55	7	38	22	10	19	29	0	6	6	192
%	28,6%	3,6%	19,8%	11,5%	5,2%	9,9%	15,1%	0%	3,1%	3,1%	100%

	DTP demandé	DTP prononcé	n.s.p.	Total
CM	5	45,4%	3	27,3%
CE	26	68,4%	9	23,7%
Total	31	63,3%	12	24,5%

409. Lorsque le divorce ou la séparation de corps se fondent sur la faute de l'un des conjoints, le divorce ou la séparation sont souvent prononcés aux torts de l'homme. Mais il reste assez fréquent que le divorce ou la séparation sont prononcés aux torts partagés. En revanche une telle action débouche rarement sur un divorce ou une séparation de corps aux torts exclusifs de la femme. Il n'y a là rien d'exceptionnel dans la mesure où l'épouse est fréquemment à l'origine de l'action.

Lorsqu'il s'agit d'un divorce ou d'une séparation de corps sur requête conjointe ou sur demande acceptée, le magistrat prononce en principe le divorce ou la séparation.

Il reste, pour tous les types de divorce ou de séparation de corps, que les taux de radiation, de caducité et de désistement sont relativement importants, surtout parmi les couples étrangers. Il serait intéressant de confronter ces taux aux statistiques globales du J.A.F. Mais ces statistiques n'existent pas.

e) L'usage du nom marital après divorce

Tableau 99

	Demande acceptée	Demande rejetée	Rien dans le dispositif	Divorce non prononcé	Total
CM	3	0	0	1	4
CE	5	2	1	0	8
Total	8	2	1	1	12

410. La question de l'usage, par l'épouse, de son nom marital après divorce ne se pose que dans l'hypothèse d'un divorce. Or, sur les 234 dossiers de divorce, cette demande n'est formulée qu'à douze reprises (soit 5,1%).

Lorsque les époux ont opté pour un divorce sur requête conjointe ou sur demande acceptée, l'épouse qui sollicite le droit de conserver l'usage de son nom de femme mariée voit, dans tous les cas (ils sont au nombre de 3) sa demande satisfaite.

Ce n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un divorce pour faute. Dans deux affaires, l'épouse s'est vue refuser le droit de conserver l'usage de son nom marital. Dans les deux cas, il s'agissait de couples étrangers unis depuis moins de cinq ans.

- CHAPITRE VI-

L'EXEQUATUR

L'EXEQUATUR

Jean-Bernard PHILIPPE

INTRODUCTION

411. La position du problème - *L'exequatatur* est « l'ordre d'exécution, donné par l'autorité judiciaire française, d'une décision rendue par une juridiction étrangère »¹. *L'exequatatur* ne tend pas à soumettre une nouvelle fois à la juridiction française le litige tranché par une décision étrangère. Il a pour but d'obtenir que les « moyens du droit français soient adaptés à la décision étrangère »². Autrement dit, *l'exequatatur* « vise à titre principal à établir l'efficacité du jugement »³.

Tenter de découvrir ou de saisir certaines manifestations du degré d'acculturation juridique des populations maghrébines ou d'origine maghrébine en France constitue le but de la recherche.

Aussi les développements qui suivent ont-ils pour objet de combiner ces deux perspectives et, plus précisément, de voir en quoi *l'exequatatur* peut apporter des éléments de réponse quant à l'acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France.

412. Les hypothèses de travail - Le choix de l'étude des dossiers *d'exequatatur* dont a été saisi le tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997 repose sur l'hypothèse suivante :

- ou bien le nombre de dossiers est important. Ceci peut alors signifier que les populations maghrébines en France ont recours aux juridictions de leur pays d'origine pour trancher des litiges. Leur acculturation juridique serait alors réduite ou inexistante.

- ou bien le nombre des dossiers est faible ou nul. Ce constat est alors susceptible de plusieurs explications aux conclusions divergentes :

- les populations maghrébines ont recours aux juridictions de leur pays d'origine. La mise en oeuvre ou l'exécution de ces décisions ne pose pas de problème particulier ou est difficile mais ces difficultés ne sont pas résolues par le juge français ou ne sont pas résolues du tout. Là encore, l'acculturation juridique des populations maghrébines en France serait faible.

- les populations maghrébines n'ont pas recours aux juridictions de leur pays d'origine pour trancher leur litige. Elles se tournent alors vers le juge français, qui constituerait l'autorité naturelle susceptible de trancher leurs litiges familiaux. Leur acculturation juridique serait alors importante.

413. La faiblesse du contentieux - Le nombre d'affaires dont a été saisie la juridiction lyonnaise permet d'écartier immédiatement la première branche de l'alternative : 4 dossiers pour 1996 et 8 pour 1997. Sur ce nombre total, 4 dossiers en 1996 et 5 en 1997 concernaient des personnes maghrébines.

¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 11^e édition, 1998, p. 209.

² Y. LOUSSOURAN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 5^e édition, 1996, p. 549, n° 492.

³ P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 6^e édition, 1998, p. 262, n° 398.

Tableau 100

	1996	1997	Total
Nombre total d'affaires	4	8	12
Nombre d'affaires concernant des Maghrébins	4	5	9

En premier lieu, il apparaît donc que les populations maghrébines ou d'origine maghrébine n'ont pas majoritairement recours aux juridictions de leur pays d'origine pour trancher leurs conflits familiaux et en demander ensuite l'exécution en France. La première hypothèse permettant de constater une acculturation juridique réduite ou inexistante peut être immédiatement écartée.

414. En second lieu, il ressort de chiffres précédents que, parmi les populations d'origines étrangères, les Maghrébins sont ceux qui demandent majoritairement l'exécution en France de décisions rendues par les juridictions de leur pays d'origine. Il serait trop aléatoire et certainement faux d'en déduire que les Maghrébins ont un degré d'acculturation inférieur à celui des autres populations étrangères. En réalité, ce constat s'explique certainement par le fait que ces populations constituent la majorité des populations d'origines étrangères résidant dans le ressort du tribunal de grande instance de Lyon.

415. Après ce premier constat, l'étude des dossiers révèle qu'en dépit de l'inutilité de la procédure (I), le tribunal de grande instance de Lyon prononce *l'exequatur* de décisions de divorces rendues par un tribunal étranger (II). Cette étude permet également de dresser un tableau sociologique, certes limité mais pertinent à certains égards, des couples maghrébins ayant recours à *l'exequatur* (III).

I. L'INUTILITÉ DE LA PROCÉDURE EN MATIÈRE D'ÉTAT ET DE CAPACITÉ DES PERSONNES

416. Après avoir constaté que les décisions dont *l'exequatur* est demandé sont exécutoires de plein droit en France, il convient de rechercher les motivations des plaideurs qui entament une procédure inutile.

A. Les raisons juridiques de l'inutilité de la procédure

417. Selon une jurisprudence maintenant bien établie, « les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent en France indépendamment de toute déclaration *d'exequatur*, sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle »¹.

418. Le divorce fait partie de l'état et de la capacité des personnes. Or, les neuf dossiers *d'exequatur* dont a traité le tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997 concernaient des divorces prononcés par des juges étrangers. Les décisions dont les intéressés demandaient *l'exequatur* étaient donc exécutoires de plein droit en France sans que cette procédure soit nécessaire. Les jugements du tribunal de grande instance mentionnent cette efficacité immédiate des jugements étrangers pour leur conférer ensuite *l'exequatur* car « les parties à un jugement étranger modifiant leur état ou relatif à leur capacité sont en droit de solliciter *l'exequatur* même en l'absence de toute perspective d'exécution »².

¹ Req., 3 mars 1930, S. 1930.1.377, note NIBOYET.

² Ce principe est énoncé dans la majorité des jugements *d'exequatur* prononcés par le tribunal de grande instance de Lyon en 1996 et 1997.

B. Les raisons du recours à cette procédure par les plaideurs

419. Il convient de s'interroger sur les motivations des parties et sur leur intérêt à obtenir *l'exequatur* de jugements étrangers exécutoires de plein droit en France.

Trois dossiers laissent apparaître clairement les raisons pour lesquelles l'une des parties a introduit une telle instance.

Dans deux dossiers, la demande *d'exequatur* constitue une procédure parallèle à une affaire engagée devant le juge aux affaires familiales.

Dans un premier dossier, l'épouse algérienne demande à la fois *l'exequatur* du jugement de divorce du tribunal étranger et, devant le juge aux affaires familiales, une révision de la pension alimentaire fixée par le tribunal étranger. Ayant obtenu gain de cause devant le juge aux affaires familiales¹, elle s'est désistée de l'instance.

Dans un deuxième dossier, l'épouse marocaine assigne son époux en séparation de corps devant le juge français, le 5 mai 1993, après une ordonnance de non-conciliation du 15 avril 1993. L'époux marocain forme une demande reconventionnelle en *exequatur* d'une répudiation faite le 1^{er} février 1993 devant deux Adouls de Rabat afin de faire échec à la demande principale de l'épouse. Celle-ci répond que cette répudiation a été obtenue en fraude de ses droits. Le juge aux affaires familiales énonce que, conformément à la Convention franco-marocaine de 1981, la loi marocaine est applicable et que, par conséquent, la demande de l'épouse est irrecevable. C'est pourquoi, la demande du mari se trouve sans objet. Il se désiste de sa demande *d'exequatur*.

420. Dans un troisième dossier, *l'exequatur* est sollicité par l'intéressé de nationalité marocaine sur la demande de l'administration. Après un mariage au Maroc à une date inconnue, les époux divorcent par consentement mutuel en 1977 devant le consul² à Paris. Son épouse se remarie en 1978, sans qu'il lui soit nécessaire d'obtenir *l'exequatur* de cette décision, et obtient la nationalité française par mariage. L'époux se remarie en 1989 au Maroc. Par la suite, il fait une demande de naturalisation en France. L'administration lui refuse sa demande au motif qu'il est en état de bigamie car son divorce de 1977 n'est pas exécutoire en France. L'administration lui demande donc d'en obtenir *l'exequatur*. Après une « discussion » entre le Parquet de Paris selon lequel *l'exequatur* est requis et celui de Lyon qui précise que cette procédure est inutile, le tribunal de grande instance de Lyon prononce *l'exequatur* pour faciliter les démarches de l'intéressé tout en précisant son inutilité.

421. Pour les autres dossiers, les raisons de la demande n'apparaissent pas directement. Il est difficile de connaître exactement les motivations des parties. Le procureur de la République de Lyon a tout de même indiqué que les demandes émanaient, parfois, indirectement de la Préfecture. En effet, lorsque l'intéressé se présente à la Préfecture pour régulariser sa situation au regard des lois relatives au séjour des étrangers, il présente le jugement de divorce pour justifier sa situation matrimoniale. Or, le procureur de la République a précisé que certaines administrations en demandent *l'exequatur* « afin que cette décision soit intégrée dans l'ordre juridique français ». Faut-il en conclure que l'administration méconnaît le droit ou qu'elle craint les fraudes et préfère voir ces décisions passer par le filtre purificateur d'un contrôle par le juge français ? La seconde hypothèse paraît la plus probable car le procureur de la République a averti à plusieurs reprises la Préfecture de l'inutilité de leur demande. Il reste que la proportion des demandes *d'exequatur* faites pour satisfaire aux exigences de la Préfecture reste inconnue.

¹ En effet, le juge aux affaires familiales pouvait modifier la pension alimentaire fixée par le juge étranger car le jugement, relatif à l'état de personnes, était exécutoire de plein droit en France.

² Les questions suscitées par le fait que la décision a été rendue par un Consul en France seront discutées plus loin, cf. *infra*, n° 424 et s.

II. LA DÉCISION D'EXEQUATUR

422. Même si, dans ces affaires, *l'exequatur* n'est pas nécessaire, le tribunal de grande instance de Lyon le prononce après avoir rappelé son inutilité. Pour ce faire, il vérifie la réunion des conditions nécessaires à son prononcé telles qu'elles résultent des arrêts *Munzer*¹ et *Bachir*² :

- La compétence du tribunal étranger;
- La loi appliquée au fond ;
- Le respect de l'ordre public au sens du droit international privé ;
- L'absence de fraude à la loi.

Avant de reprendre ces conditions, il convient d'évoquer une question préalable qui semble tellement évidente en théorie qu'elle est rarement évoquée en doctrine. Elle pose pourtant des problèmes pratiques. Il s'agit du caractère définitif de la décision dont *l'exequatur* est demandé.

A. Le caractère définitif de la décision dont *l'exequatur* est demandé

423. Pour qu'une décision étrangère puisse être déclarée exécutoire en France, il est évident qu'elle doit l'être dans l'État de la juridiction qui l'a rendue. Or, dans deux affaires, le problème du caractère définitif du jugement de divorce étranger s'est posé avec une acuité particulière.

La charge de la preuve de ce caractère définitif incombe au demandeur à l'instance en *exequatur*. Le plaideur doit nécessairement prouver l'absence de recours contre la décision étrangère.

Au-delà des difficultés posées par la preuve d'un fait négatif, des problèmes pratiques, quant à l'administration de la preuve, semblent récurrents. En témoigne le courrier adressé au juge de la mise en état par l'un des plaideurs : « Je reste dans l'attente d'un certificat de non-pourvoi émanant de la Cour d'appel. Malheureusement, le système algérien est totalement paralysé depuis plusieurs mois ». Ces difficultés ont d'ailleurs été soulignées, lors d'un entretien, par le procureur de la République. Elles l'ont été également par un magistrat de la 1^{re} chambre du tribunal de grande instance de Lyon qui insiste sur la longueur du délai pour obtenir la preuve du caractère définitif du jugement étranger auquel il faut ajouter le temps nécessaire à la traduction. Enfin, il est symptomatique de constater que le seul refus *d'exequatur* d'une décision étrangère de divorce par le tribunal de grande instance de Lyon est motivé par le fait que « la demanderesse ne rapporte pas la preuve du caractère définitif du jugement ».

B. La compétence du tribunal étranger

424. Seules peuvent obtenir *l'exequatur* en France les décisions rendues par une juridiction étrangère compétente. Le contrôle de la compétence est double. La vérification porte à la fois sur la compétence internationale du juge étranger et sur sa compétence interne³.

Dans aucun des dossiers étudiés, un problème de compétence du juge étranger n'a été soulevé par l'une des parties ou par le tribunal de grande instance. Pourtant, il semble que, dans deux cas, il y eût matière à discussion, non pas sur la compétence en tant que telle mais sur la notion même de tribunal étranger.

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1964, *Rev. crit. dr. int. privé* 1964, p. 334, note BATTIFOL ; *Clunet* 1964, p. 302, note GOLDMAN ; *J.C.P.* 1964, II, 13590, note ANCEL ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, 3^e édition, p. 312, n° 41.

² Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1967, *Rev. crit. dr. int. privé* 1968, p. 98, note LAGARDE ; *D.* 1968, p. 95, note MEZGER ; *J.C.P.* 1968, II, 15634, note SALLELI ; *Clunet*, 1969, p. 102, note GOLDMAN ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, 3^e édition, p. 351, n° 45.

³ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2^e édition, 1997, p. 387 ; Y. LOUSSOURAN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 5^e édition, 1996, p. 555, n° 502-503.

En effet, il apparaît dans deux dossiers que la décision de divorce n'a pas été prononcée par un tribunal étranger mais dans un consulat marocain, l'un à Paris, l'autre à Lyon.

Déjà évoquée, la première affaire concerne un Marocain désireux d'acquérir la nationalité française par naturalisation. Marié à une date inconnue au Maroc, il divorce le 10 août 1977 par consentement mutuel au consulat général du Maroc à Paris. Son ex-épouse se remarie le 15 avril 1978 sans qu'il y ait, semble-t-il, de problème relatif à son état et acquiert la nationalité française le 13 octobre 1978 en vertu de l'article 37-1° du Code de la nationalité française. L'intéressé se remarie le 20 juillet 1989 au Maroc et s'installe avec sa seconde épouse en France, où naissent deux enfants. Le 5 juin 1993, il présente une demande de naturalisation. Seul le ministère des affaires sociales semble avoir saisi le problème car il reproche à l'intéressé d'être juridiquement en situation de bigamie dès lors que « la dissolution de votre [sa] précédente union par le consulat général du Maroc à Paris est dépourvue d'effet au regard du droit français, lequel réserve aux tribunaux français le règlement des séparations d'époux intervenant sur le sol français ». La discussion déjà évoquée entre le parquet de Lyon et celui de Paris écarte complètement cet élément. Le tribunal de grande instance n'évoque pas non plus cette difficulté et prononce *l'exequatur* du divorce émanant du consulat général du Maroc à Paris.

425. La seconde affaire suscite également quelques interrogations. Marié au Maroc en 1988, un couple marocain se présente devant le juge près le consulat général du Maroc à Lyon, pour divorcer par consentement mutuel. Dans un acte daté du 13 octobre 1995 et intitulé « accord entre époux pour divorcer par consentement mutuel », le juge « ordonne... de délivrer l'autorisation de divorcer demandée par les deux époux ». La décision de divorce dont *l'exequatur* est demandé se trouve confirmée par un document délivré par le consulat du Maroc à Lyon intitulé « attestation de divorce ». Cette attestation fait état du divorce des époux prononcé, cette fois-ci, par le *Cadi* de Rabat à la date du 2 novembre 1995, soit quinze jours environ après la délivrance de l'autorisation de divorcer par le juge du consulat du Maroc de Lyon. Le tribunal de grande instance de Lyon prononce *l'exequatur* de la décision de divorce rendue par le *Cadi* de Rabat en faisant fi de l'acte dressé par *l'adoul* marocain à Lyon.

426. Il convient de rappeler les principes français du droit international privé pour comprendre la portée de ces dossiers.

En France, le principe selon lequel le divorce est exclusivement judiciaire ne souffre, en principe, aucune exception¹. Le consulat ne constitue pas une enclave étrangère mais fait partie intégrante du territoire français, même s'il se voit attribuer certaines immunités ou quelques priviléges. Il en découle l'incompétence des autorités étrangères pour prononcer en France la dissolution du mariage². De ce fait, le divorce prononcé dans la première hypothèse est nul.

427. Plus délicate est l'appréciation de la régularité du divorce dans la seconde hypothèse. En effet, il semble que le divorce a été prononcé par le *Cadi* de Rabat à la suite d'un accord des époux donné devant le juge du consulat du Maroc à Lyon, quinze jours auparavant. Le divorce dont *l'exequatur* est demandé a donc bien été prononcé par un tribunal étranger. Il semble pourtant que les époux ne se soient pas présentés devant le *Cadi* de Rabat. Ce système ressemble à un divorce par procuration : le principe du divorce est acquis en France devant un juge du consulat, le prononcé du divorce est fait au Maroc par le *Cadi* de Rabat. L'existence de cette pratique est certainement contraire aux principes français relatifs à la dissolution du mariage. Elle va contre le principe du caractère juridictionnel du divorce en France et crée, de la sorte, un divorce par procuration. Cette pratique peut exister pour répondre aux exigences des Marocains

¹ P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 6^e édition, 1998, p. 380, n° 592.

² T.G.I. Paris, 26 janvier 1987, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1979, note HOLLEAUX, *Clunet* 1979, p. 855, note KAHN (refus *d'exequatur* d'un acte de répudiation dressé au consulat général du Maroc à Paris) ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1983, p. 30, note BISCHOFF ; *Clunet* 1983, p. 595, note LEHMAN (refus de reconnaissance d'un divorce prononcé par le tribunal rabbinique de Paris).

résidant en France. En effet, la loi marocaine prévoit, dans un premier temps, une tentative de conciliation. La possibilité de faire cette tentative devant un juge du consulat vise peut-être à faciliter les démarches des couples marocains résidant en France. Quoi qu'il en soit, elle est illégale au regard des dispositions marocaines puisque c'est le juge chargé de l'affaire qui doit tenter de concilier les époux. Cette possibilité a certes pu être instaurée par les autorités marocaines afin de contourner sciemment les règles françaises du divorce, et conserver le contrôle de la vie familiale de leurs ressortissants à l'étranger.

428. Rien ne permet de connaître l'ampleur de ces divorces prononcés par le *Cadi* de Rabat après un consentement donné par les époux en France devant le consulat. Les autorités consulaires ont reconnu qu'elles recevaient de nombreux couples en difficulté afin de tenter de réconcilier les époux. Le responsable du service social du consulat du Maroc a indiqué recevoir entre cent soixante-dix et cent quatre-vingt couples, par an, pour tenter de les réconcilier. En revanche, il n'a pas été possible d'obtenir de réponse claire quant à la procédure suivie en cas d'échec de la tentative de conciliation. On sait « qu'ils divorcent », mais aucune réponse n'a été donnée quant à l'autorité qui prononce le divorce. Toujours est-il que la complaisance ou l'absence de réaction des juridictions françaises qui confèrent *l'exequatur* à ces décisions ne permettent pas une remise en cause de cette pratique. Aussi réduite soit-elle, elle constitue un obstacle à l'acculturation juridique des populations marocaines, même s'il est vrai, une juridiction française aurait prononcé le divorce de ces couples selon la loi marocaine.

C. La compétence législative

429. Bien qu'elle soit discutable en son principe, cette règle impose au juge français de vérifier l'application par le juge étranger de la loi désignée par la règle de conflit française¹. En matière de divorce, les conflits de loi sont régis par l'article 310 du Code civil.

Lorsque deux époux étrangers sont de même nationalité et qu'ils ont leur domicile en France, l'article 310 alinéa 2 du Code civil impose, en principe, la loi française. « Le but essentiellement recherché par le législateur a été de faire bénéficier de la nouvelle loi française sur le divorce, non seulement les Français, quel que soit leur domicile, mais aussi les étrangers vivant en France »². Mais, lorsque des époux étrangers de même nationalité, tous deux domiciliés en France, se tournent vers les juridictions de leur pays d'origine pour divorcer selon leur loi nationale, la jurisprudence admet que ces jugements ont effet en France même si l'application de leur loi nationale est contraire à l'article 310 alinéa 2 du Code civil³. Telle est d'ailleurs la position du tribunal de grande instance de Lyon⁴.

430. Il est pratiquement impossible de connaître le domicile des époux au moment du divorce dont *l'exequatur* est demandé, même si de nombreux indices laissent supposer qu'ils avaient tous deux leur domicile en France au moment où ils se sont tournés vers les autorités de leur pays d'origine pour divorcer. Dans six dossiers sur neuf, il s'agissait de couples de Maghrébins de même nationalité, le tribunal étranger a donc pu légalement appliquer leur loi nationale. Dans deux hypothèses, la nationalité d'un des membres du couple est inconnue. Enfin, dans un dernier dossier, l'ex-épouse demanderesse a la nationalité française à la date de l'introduction de l'instance en *exequatur*. Elle a certes pu le devenir entre le jugement de divorce et l'introduction

¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2^e édition, 1997, p. 394, n° 464 ; Y. LOUSSOURAN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 5^e édition, 1996, p. 559, n° 505.

² P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 6^e édition, 1998, p. 371-372, n° 578.

³ *Ibidem*, p. 375, n° 584. Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 1983, *Rohbi*, *Rev. crit. dr. privé* 1984, p. 325, note FADLALLAH, *Clunet* 1984, p. 329, note KAHN.

⁴ « Il est admis par la jurisprudence que la compétence des tribunaux français désignés par l'article 1070 du nouveau Code de procédure civile, n'est pas exclusive pas plus que ne l'est la compétence de la loi française désignée par l'article 310 du Code civil ».

de l'instance *d'exequatur*. Cependant, il s'agit d'une personne née en 1941 en Algérie qui s'y marie en 1959 et donne naissance, en France, à cinq enfants entre 1960 et 1968. Elle semble n'être retournée en Algérie qu'à l'occasion de la procédure de divorce engagée par son époux en 1991. La date à laquelle elle a acquis la nationalité française n'a pas été soulevée lors de la procédure. De même, il se peut que, dans les autres dossiers, les parties aient la double nationalité : celle de leur pays d'origine et celle de la France.

431. Or, il est de jurisprudence constante que dans le cas d'époux étrangers dont l'un ou l'autre des époux a acquis la nationalité française tout en conservant sa nationalité d'origine, cette nationalité française peut seule être prise en compte par le juge¹. Dans cette hypothèse, la loi applicable au fond désignée par la règle de conflit est soit la loi nationale commune des époux, c'est-à-dire la loi française; soit la loi du domicile lorsqu'il s'agit d'un couple mixte, c'est-à-dire la loi française.

432. La pratique montre que la nationalité des plaideurs ne fait pas l'objet d'un contrôle de la part des praticiens, à Lyon tout au moins et qu'elle n'est que rarement prise en compte, dans la résolution des litiges. Ceci s'explique essentiellement par le fait que les intéressés eux-mêmes ignorent parfois leur nationalité, et surtout par le fait qu'ils ont pu acquérir automatiquement la nationalité française². Cette mise à l'écart de la nationalité des plaideurs du débat judiciaire résulte également des difficultés insurmontables de preuve. Enfin, il semble que l'ensemble des praticiens s'arrange bien de cette pratique en raison des difficultés évoquées. Toujours est-il qu'il en résulte une situation paradoxale. Tandis que, dans de nombreuses hypothèses³, le juge applique le droit français à des populations étrangères qui auraient dû voir leur litige résolu en vertu de leur loi nationale, il semble, s'agissant de *l'exequatur*, que le juge confère à des jugements étrangers force exécutoire en France alors que la règle française de conflit de lois aurait peut-être désigné la loi française. Plus précisément, lorsque des étrangers saisissent une juridiction française, le juge les considère comme français et leur applique la loi française. Lorsqu'un individu saisit cette même juridiction pour obtenir *l'exequatur* d'une décision prononcée à l'étranger, le juge le considère *a priori* comme étranger et considère que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle française de conflit. Il reste que la part des couples dont l'un des membres peut avoir acquis la nationalité française reste réduite. En effet, il a été mentionné que certains avaient recours à la procédure *d'exequatur* pour clarifier leur situation au regard des lois relatives au séjour des étrangers en France. S'ils ont besoin d'une carte de résidant, c'est qu'ils n'ont pas la nationalité française. Cette éventualité reste donc très hypothétique.

433. Ces dossiers révèlent, tout de même, que certains couples de Maghrébins, dont un membre est parfois binational, recherchent naturellement dans leur pays d'origine un moyen de résoudre leur conflit familial. La proportion de ces couples reste inconnue, celle de ceux qui en demandent ensuite l'exécution en France est faible. De plus, l'attitude du juge de *l'exequatur* ne facilite pas l'intégration des binationalités en France puisqu'elle les considère, semble-t-il, comme étranger, en raison même du fait qu'ils ont eu recours à une juridiction étrangère. Il est vrai que, même si le juge français refusait *l'exequatur* de telles décisions pour un problème de compétence législative, il ne favoriserait en rien l'acculturation juridique des populations maghrébines résidant en France. Tout au plus, s'attirerait-il l'hostilité des intéressés qui continuent de voir, dans le droit et la religion musulmans ainsi que dans les institutions qui les mettent en oeuvre et les contrôlent, le modèle de régulation de leur vie familiale.

¹ Civ. 1^{re}, 13 octobre 1992, *J.C.P.* 1993. II. 22036, note BÉHAR-TOUCHAIS ; Civ. 1^{re}, 17 mai 1993, *Bull. civ. I*, n° 173.

² Cf. *supra*, n° 177 et ss.

³ Cf. *supra*, n° 277 et ss.

D. Le respect de l'ordre public et l'absence de fraude à la loi

434. Ces deux conditions sont, en théorie, indépendantes l'une de l'autre. Elles jouent un rôle distinct lorsqu'il s'agit de les appliquer en matière *d'exequatur*. Notion difficile à circonscrire, l'ordre public est un moyen d'écartier l'exécution d'une décision étrangère en France lorsque celle-ci a fait application de dispositions qui sont en désaccord absolu avec la conception française fondamentale de l'ordre juridique¹. Le respect de l'ordre public s'impose dans deux domaines : celui de la procédure et celui du fond. Quant à la fraude, elle peut se définir comme le recours volontaire à une juridiction étrangère dont la décision fera échec à l'aboutissement d'une procédure engagée en France. « Elle consiste à obtenir un jugement étranger par des manœuvres déloyales »².

Ces deux conditions sont traitées au sein d'un même paragraphe car, d'une part, dans la plupart des cas, elles font l'objet d'une clause de style au sein des motifs de la décision et, d'autre part, ces deux problèmes ont été soulevés, dans un seul dossier. Ils n'ont pas été tranchés par le tribunal de grande instance de Lyon car la demanderesse s'est désistée de l'instance.

435. Deux Marocains se marient au Maroc en 1975, l'épouse a vingt-deux ans, l'époux quarante et un. Ce dernier est en France depuis le 12 juin 1962. Après le mariage, le couple s'installe à Villeurbanne où naissent cinq enfants entre 1978 et 1986. C'est la troisième fois que l'épouse entame une procédure de séparation (1989, 1991, 1993) en raison de l'autoritarisme de son époux. Ce dernier reproche à sa femme de dilapider l'argent du couple notamment au profit de sa famille restée au Maroc. Les deux premières procédures n'ont pas donné lieu à une séparation effective. Le 12 janvier 1993, l'épouse dépose, sur le fondement de l'article 242 du Code civil, une requête en séparation de corps. Une tentative de conciliation est fixée au 23 février 1993. Suite à un renvoi, le juge aux affaires matrimoniales rend une ordonnance de non-conciliation le 15 avril 1993. Les deux époux étaient présents. Le mari quitte définitivement le domicile familial à cette date.

Parallèlement à cette procédure, l'époux a saisi le tribunal des Adouls de Rabat qui a enregistré son acte de répudiation le 1er février 1993 et, par un jugement du 9 juin 1993, a statué sur les conséquences de la répudiation. Il demande reconventionnellement *l'exequatur* de cette décision. Le 9 octobre 1995, le tribunal de grande instance de Lyon en son audience de la famille rejette la demande de l'épouse car, selon l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la loi applicable est la loi marocaine. L'épouse a fondé sa demande sur le Code civil, elle est donc irrecevable. L'affaire est renvoyée devant le juge de *l'exequatur*, compétent pour examiner la demande reconventionnelle de l'époux.

L'époux se désiste de sa demande *d'exequatur* car la demande de son épouse a été rejetée.

436. Afin d'apprécier l'acculturation des populations maghrébines ou d'origine maghrébine en France, cette affaire appelle deux séries de remarques.

Il n'est pas nouveau de s'interroger sur le bien-fondé des dispositions de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. À travers le thème de l'enquête, il apparaît clairement que certaines de ses dispositions constituent un obstacle à l'intégration des Marocains en France. Il est, en effet, surprenant de constater qu'une femme se voit refuser l'application des dispositions du Code civil alors qu'elle vit de manière continue en France depuis l'âge de dix-neuf ans, qu'y sont nés leurs enfants dont certains d'entre eux ont pu, peu après la date de l'introduction de l'instance, acquérir la nationalité française. Cette situation est d'autant plus étonnante que son époux a quasiment utilisé les règles marocaines de la répudiation à son insu, ce qui appelle une seconde série de remarques.

¹ P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 6^e édition, 1998, p. 249, n° 582.

² *Ibidem*, p. 256, n° 390.

437. Qu'en aurait-il été si le tribunal de grande instance de Lyon avait eu à se prononcer sur *l'exequatur* de la décision présentée par le mari ? Si l'exercice est divinatoire, il est fortement probable que le tribunal de grande instance se serait interrogé d'une part, sur le respect de l'ordre public et, d'autre part, sur l'absence de fraude.

438. S'agissant de l'ordre public, il aurait dû vérifier si « le déroulement du procès devant la juridiction avait été régulier. Cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public français et au respect des droits de la défense »¹. Or, en l'espèce, le mari a répudié son épouse devant deux Adouls du tribunal de Rabat sans que celle-ci ait été assignée ou entendue par le juge. Il semble donc qu'une telle répudiation ne soit pas conforme à l'ordre public procédural français.

439. S'agissant de l'absence de fraude, un rapide examen comparatif des dates des deux procédures met en évidence la volonté du mari de contrecarrer l'action de son épouse en la répudiant au Maroc peu après avoir été assigné en France. Il semble donc que le mari ait eu volontairement recours à une juridiction de son pays pour faire échec à la procédure engagée par son épouse ; ce qui caractérise la fraude.

E. La solution des litiges

440. Comme le tribunal de grande instance de Lyon l'a fait dans chaque dossier, il convient de rappeler que les jugements de divorces étrangers sont exécutoires de plein droit en France. Les procédures engagées étaient donc inutiles. Malgré cette inutilité, et le plus souvent pour faciliter la situation des intéressés, le tribunal de grande instance vérifie la réunion des conditions de *l'exequatur* pour le prononcer.

Tableau 101

<i>Exequatur</i> prononcé	5
<i>Exequatur</i> refusé	1
Désistement	3

441. Comme il a déjà été mentionné, l'unique cause de refus de *l'exequatur* n'est pas l'absence d'une des conditions mais l'absence de preuve du caractère définitif du jugement étranger dont *l'exequatur* est demandé.

S'agissant des désistements, ils s'expliquent par le fait que la procédure *d'exequatur* constituait une procédure parallèle à une autre procédure devant le juge aux affaires familiales. Ayant obtenu gain de cause devant le juge aux affaires familiales qui a d'ailleurs toujours considéré la décision étrangère comme exécutoire pour trancher le litige dont il était saisi, le demandeur n'avait plus d'intérêt à obtenir *l'exequatur* du jugement de divorce.

Enfin, il convient de noter une décision qui prononce *l'exequatur* d'un jugement algérien de divorce mais le limite à deux enfants (ceux mentionnés dans la décision) alors que la demanderesse présentait devant le tribunal français une fiche d'état civil faisant état de trois enfants issus du mariage. Le tribunal a expressément précisé que la pension alimentaire que devait verser l'époux était limitée aux deux enfants mentionnés dans le jugement émanant du tribunal algérien.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1967, *Rev. crit. dr. int. privé* 1968, p. 98, note LAGARDE ; Dalloz, 1968, p. 95, note MEZGER ; J.C.P., 1968, II, 15634, note SIALLELI ; Clunet, 1969, p. 102, note GOLDMAN ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 1998, 3^e édition, p. 351, n° 45.

III. SOCIOLOGIE DE *L'EXEQUATUR* ET ACCULTURATION JURIDIQUE

442. Il est très aléatoire de dégager des tendances générales. En effet, le nombre de dossiers est beaucoup trop réduit pour que l'échantillon étudié soit révélateur de données généralisables. De même, au sein de ces dossiers, les informations intéressantes ne sont pas toujours présentes, surtout lorsque la procédure aboutit à un désistement, soit trois dossiers sur neuf.

443. En revanche, il est possible de faire un certain nombre de remarques quant au profil sociologique des couples étrangers divorcés qui demandent *l'exequatour* d'une décision rendue par une juridiction de leur pays d'origine. Ces remarques n'ont pas la rigueur scientifique d'une étude sociologique. Elles sont plutôt le résultat de sentiments et d'impressions ressentis à la lecture des neuf dossiers *d'exequatour*. Si certaines de ces impressions peuvent se vérifier dans les dossiers, d'autres sont beaucoup plus fuyantes car elles résultent de suppositions ou de questions nées lors de l'étude de ces dossiers. Elles résultent également des entretiens effectués avec des magistrats, des avocats et les membres des maisons du droit qui ont fait état de cas de divorces prononcés à l'étranger alors que les époux résidaient en France de manière stable. Malgré tout, ces remarques permettront de dresser un certain nombre d'hypothèses et d'interrogations relatives à l'acculturation juridique des populations maghrébines en France.

A. Le mariage

444. Le lieu du mariage

Dans huit cas, le mariage a été célébré dans le pays d'origine.

Dans un de ces dossiers, on sait que l'époux résidait en France, qu'il est rentré dans son pays d'origine pour se marier avant de revenir immédiatement en France avec son épouse.

Dans un cas, le mariage a été célébré au Consulat du Maroc.

On peut donc affirmer avec certitude que, dans ces deux dossiers particuliers, les intéressés résidaient en France lors de leur mariage. Ils se sont naturellement tournés vers l'autorité marocaine pour se marier.

445. L'âge des époux lors du mariage

L'âge de l'épouse varie de dix-huit à trente et un ans au jour du mariage. L'âge moyen est de vingt deux ans et quatre mois.

Celui de l'époux s'échelonne de vingt-sept à cinquante-six ans. L'âge moyen est de trente-six ans.

446. La différence d'âge des époux

Elle s'échelonne de six à vingt-cinq ans ; ce qui constitue une différence moyenne d'âge entre les époux de douze ans.

B. Les enfants

447. Tous les couples ont eu au moins un enfant. Le nombre maximum est de cinq.

Lorsque le lieu de naissance des enfants est connu (6 cas), il s'agit toujours de la France. Et, lorsque le nombre d'enfants est important, leur différence d'âge atteint huit années au maximum. Dans trois dossiers, le lieu de naissance des enfants est inconnu.

Il est à noter que l'unique enfant née en 1971 et issue d'un couple marocain est prénommée Florence. Il s'agit d'un couple qui a divorcé devant le Consulat du Maroc à Paris en 1977. Les autres enfants portent tous des prénoms d'origine musulmane.

C. Le divorce

448. Dans huit dossiers, le divorce a été prononcé par un tribunal du pays d'origine de ces couples. Dans deux d'entre eux, la procédure a débuté au Consulat du Maroc ; pour l'un d'eux, elle s'y est terminée. Pour ces deux derniers dossiers, la présomption selon laquelle ils résidaient tous deux en France est forte. Dans les autres cas, la lecture des dossiers laisse présumer, de manière plus hypothétique, que les époux avaient également leur résidence en France¹.

Dans un cas, la durée de mariage a été de trois ans. Dans les cinq autres cas, elle varie de 9 ans à 22 ans. En moyenne, le mariage a donc duré onze ans et huit mois.

449. Les divorces prononcés par une juridiction ou une autorité étrangères dont *l'exequatur* est demandé se répartissent de la manière suivante :

Tableau 102

Répudiation	1
Répudiation avec compensation	1
Divorce par consentement mutuel	2
Divorce sur responsabilité de l'époux	4
Nature du divorce inconnue	1

D. La décision *d'exequatur*

450. La répartition de la qualité des parties en fonction de leur sexe est la suivante :

Tableau 103

	Demandeur	Défendeur
Homme	4	5
Femme	5	4

451. Le lieu de résidence des parties lors de l'introduction de l'instance se révèle riche d'enseignement. Dans sept cas sur neuf, les deux ex-époux résident en France. Dans deux cas, l'époux réside dans son pays d'origine : l'un en Tunisie, l'autre au Maroc. La lecture de ces dossiers laisse apparaître qu'ils y sont retournés à l'occasion ou après le divorce.

Le premier dossier dresse même le portrait d'un tunisien qui a longuement vécu en France et retourne dans son pays d'origine à l'heure de la retraite.

Le second dossier est atypique. Il s'agit d'un couple marocain qui se marie au Consulat du Maroc, a deux enfants nés en France, puis divorce devant l'adoul du Consulat du Maroc à Lyon. La présomption selon laquelle le couple a toujours résidé en France est forte. Or, pour sa vie familiale, il s'est toujours tourné vers les autorités de son pays d'origine. Suite au divorce, l'époux retourne au Maroc. Il introduit l'instance en *exequatur* de son divorce. Le dossier révèle d'ailleurs qu'il avait déjà saisi le juge aux affaires familiales de Lyon pour obtenir une modification de l'exercice de l'autorité parentale, tel qu'il avait été déterminé par le juge marocain. Il apparaît donc que, lorsque l'intéressé réside en France, il se tourne vers les autorités de son pays d'origine et, quand il réside au Maroc, il saisit les juridictions françaises.

452. Ce bref aperçu «sociologique» permet de constater que les couples présentent les caractéristiques suivantes. Il s'agit toujours de couples étrangers dont les époux ont la même nationalité. Au sein de ce couple, le mari est toujours plus âgé que la femme et la différence d'âge est relativement importante. Tous ont des enfants dont le nombre varie d'un à cinq. Il est difficile d'en déduire, à partir de ces éléments, qu'il s'agit de couples présentant les caractéristiques du modèle traditionnel de la famille musulmane, s'il existe.

¹ Cette présomption sera renforcée par la suite, cf. *infra*, n° 452.

453. Le seul élément véritablement intéressant au regard de l'acculturation juridique des populations maghrébines ou d'origine maghrébine est leur lieu de résidence. La présomption selon laquelle ce couple d'étrangers a toujours vécu en France et continue d'y vivre est très forte. Or, les caractéristiques de leur mariage comme de leur divorce et le fait qu'il en demande *l'exequatur* révèlent qu'en dépit de leur longue résidence en France, ces individus recherchent vers les autorités de leur pays d'origine le moyen de résoudre les conflits relatifs à leur vie familiale.

CONCLUSION

454. En reprenant les hypothèses de départ, on constate que le recours à la procédure *d'exequatur* est faible. Il est difficile de trancher entre les deux interprétations qui en découlent quant à l'acculturation juridique des populations maghrébines en France.

455. Si ce nombre est réduit, est-ce parce que l'exécution de décisions rendues par les juridictions de leur pays d'origine ne pose pas de problème ou qu'elle est résolue par d'autres autorités ? Aucun indice pertinent ne peut permettre de répondre par l'affirmative. Tout au plus peut-on imaginer que les étrangers ont de nouveau recours aux juridictions de leur pays d'origine pour résoudre les conflits de l'après divorce. On peut aller encore plus loin, en supposant que les intéressés se tournent vers les consulats, de la même manière qu'ils le font parfois pour les autres actes de leur vie familiale. Si tel est le cas, alors les populations maghrébines en France continuent de vivre selon le modèle de leur pays d'origine et souhaitent voir ce modèle appliquer quel que soit leur lieu de résidence. Dès lors, leur acculturation juridique est des plus réduites.

456. Si ce nombre est réduit, est-ce parce que les étrangers en France n'ont pas recours aux juridictions d'origine et voient dans le juge français l'interlocuteur privilégié pour la régulation de leur vie familiale ? Le nombre important de divorces prononcés par le juge aux affaires familiales pendant les six premiers mois de l'année 1996 constitue un indice en ce sens. C'est pourquoi la conclusion que l'on privilégiera est celle d'une acculturation relativement importante des populations maghrébines en France.

457. Demeurent les interrogations relatives à la procédure *d'exequatur* proprement dite :

- L'inutilité de la procédure et l'attitude de l'administration.
- Le problème de preuve de la nationalité, et notamment la nationalité française de l'un des plaideurs.
- Le problème du recours aux juridictions du pays d'origine pour faire échec à une procédure engagée en France

- CHAPITRE VII -

À PROPOS DU DÉCÈS DES MAGHRÉBINS

À PROPOS DU DÉCÈS DES MAGHRÉBINS

Jean-Bernard PHILIPPE

INTRODUCTION

458. Le décès d'un des membres d'une famille constitue un des éléments de la vie familiale. La mise en évidence des points de conflit et de rencontre entre les cultures juridiques française et musulmane, dans la réglementation de la vie familiale à la suite du décès d'un de ses membres, peut permettre d'établir quelques données quant à l'acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France. Leur décès entraîne bien évidemment des conséquences d'ordre patrimonial : liquidation du régime matrimonial (II) et dévolution de la succession (III). Avant d'aborder ces points, le choix du lieu de la sépulture revêt une importance symbolique considérable, nécessitant quelques remarques (I).

I. LE LIEU DE LA SÉPULTURE

459. Même si elle n'est pas immédiatement révélatrice d'une acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France, la question du choix du lieu de la sépulture peut permettre de mettre en lumière l'état d'esprit de ceux qui ont passé tout ou partie de leur vie en France. Autrement dit, le choix du pays d'origine comme lieu de sépulture marque un attachement certain à celui-ci et peut constituer un indice d'acculturation plutôt faible.

Ce choix a également une portée symbolique très grande. La volonté d'être enterré en France ou dans le pays d'origine constitue l'un de moyens de traduire l'attachement aux traditions et coutumes de la France ou au contraire à celles du pays d'origine.

De même, le lieu de la sépulture est largement influencé par des considérations religieuses, ce qui, selon le choix des intéressés, invite à s'interroger sur le fait de savoir si la France est une terre d'Islam.

460. Les différents entretiens permettent de faire un certain nombre de remarques à ce sujet. D'abord, un entretien avec l'un des notaires interrogés révèle que les Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine qui se présentent pour faire un « testament » le font uniquement pour prévoir que le lieu de leur sépulture sera le pays d'origine. Le testament qu'ils désirent faire n'a donc pas la même teneur que celui auquel les nationaux ont recours : il n'a aucune dimension patrimoniale. Ce testament est en vérité une procuration *post mortem* par laquelle l'intéressé donne pouvoir à une personne, généralement le président d'une association représentative du pays d'origine en France, de transférer son corps dans le pays d'origine afin qu'il soit procédé à

l'inhumation¹. De même, le consul de Tunisie à Lyon indique qu'il est le plus souvent saisi par ses ressortissants de problèmes liés au rapatriement du corps d'un défunt en Tunisie.

461. Enfin, en l'absence de procuration *post mortem*, il arrive que le lieu d'inhumation soit source d'un conflit entre les membres de la famille au sens large, en particulier dans les couples mixtes. Aussi, un avocat a-t-il eu à traiter d'un conflit à l'occasion du décès d'un Maghrébin d'origine vivant maritalement avec une Française. À la suite de ce décès, les membres de sa famille désiraient que son corps soit rapatrié dans le pays d'origine alors que la concubine et les enfants du couple souhaitaient qu'il soit enterré en France. La plupart du temps, la première partie qui prend l'initiative des actes nécessaires à l'inhumation voit son désir satisfait. Parfois, le président du tribunal de grande instance est saisi par la voie du référé afin de trancher le conflit. Lorsque la volonté du défunt n'a pas été exprimée de son vivant, il demande à la famille quel était son souhait s'il l'a exprimé. En cas d'opinions divergentes ou en l'absence d'un tel souhait, il se prononce en tenant compte des intérêts en présence. Bien que, dans cette affaire, le président n'ait pas été saisi et que le *de cuius* ait été finalement inhumé en France, l'avocat a indiqué que la conception nucléaire de la famille est généralement favorisée, au détriment d'une vision plus large qui caractérise la conception musulmane et maghrébine. Une telle solution est donc favorable à l'épouse française et étrangère à la conception des autres membres de la famille. Elle contribue peut-être à renforcer le sentiment de la part des populations maghrébines en France que la loi et les institutions qui la mettent en oeuvre ne peuvent pas répondre à leurs attentes.

II. LA LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

462. Lorsqu'un Maghrébin ou une personne d'origine maghrébine décède en France alors qu'elle est mariée, il y a lieu de liquider le régime matrimonial. La loi applicable à la liquidation est identique à celle qui réglemente le régime matrimonial lui-même. Le choix d'un régime matrimonial par les époux détermine, même implicitement, la loi qui gouvernera leur régime. En l'absence de choix d'un régime spécifique, il résulte de la Convention de la Haye de 1978 que la loi applicable en principe est celle de la première résidence habituelle après le mariage. La loi de la nationalité commune des époux est applicable à titre exceptionnel, notamment lorsque les époux n'établissent pas leur résidence habituelle commune sur le même territoire².

463. Les entretiens avec les différents notaires ont permis de mettre en évidence que, hormis le cas où les époux sont passés devant notaires pour adopter un régime matrimonial spécifique³, le régime matrimonial des époux est régi par la loi française. Il s'agit donc du régime de la communauté d'acquêts. Peu importe pour les notaires qui liquident un régime matrimonial que les époux aient tous deux une nationalité étrangère commune et que la première résidence habituelle des intéressés n'ait pas été commune ou que les époux aient fixé leur première résidence habituelle dans le pays d'origine. Il y a donc, en théorie, partage de la communauté entre l'époux survivant et le *de cuius*, selon la loi française. Le choix de la loi française s'explique principalement par des raisons pratiques. Il s'agit de la loi que les notaires connaissent le mieux alors que l'accès à la loi du pays d'origine est au mieux limité voire inexistant.

¹ L'article 3 de la loi du 15 novembre 1887 dispose que « tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture. Il peut charger une ou deux personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation ».

² P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 1998, p. 504, n° 779.

³ L'hypothèse est très rare. Cf. *supra*, n° 141.

464. La question demeure essentiellement théorique, car d'un entretien avec les notaires interrogés, il ressort un point particulier et commun aux développements sur les successions : lorsque l'épouse décède, il n'y a ni succession, ni liquidation du régime matrimonial.

III. LA SUCCESSION

465. Le droit successoral est réglementé de manière très détaillée par le Coran. L'étude du droit des successions musulman et la réaction du droit international privé français (A) à son encontre permet de poser quelques hypothèses et de mettre en évidence la difficulté qu'il y a à saisir l'acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine sur ce point (B).

A. Le droit musulman des successions saisi par le droit international privé français

466. L'étude du droit musulman des successions et de sa réception théorique en droit français à travers les règles du droit international privé permet de poser les jalons pour tenter de saisir l'acculturation juridique des populations maghrébines ou d'origine maghrébine résidant en France.

1. Le droit musulman des successions

a) La période préislamique

467. La condition juridique de la femme était très dure. Elle n'avait pas de personnalité juridique. Le droit des successions ne concernait que les mâles. Les femmes faisaient partie intégrante de la succession de l'époux décédé au même titre que ses autres biens¹.

L'influence des règles successorales en vigueur au temps de la *djahiliya* n'est pas facilement déterminable pour plusieurs raisons. D'abord, l'origine divine du Coran, source révélée, écarte de l'esprit de nombreux musulmans l'idée que des coutumes terrestres aient pu influencer les règles du droit successoral qu'il contient. Ensuite, il est fortement probable qu'il existait en Arabie plusieurs usages relatifs aux successions. Il semble d'ailleurs que Mahomet se soit inspiré de ces différentes coutumes en puisant aux unes et aux autres afin de les faire accepter par un nombre important de personnes².

b) Le Coran

468. À partir de ces différentes influences, a été maintenu le principe de la vocation héréditaire reconnue aux mâles et aux parents par les mâles. Il a cependant reconnu une certaine vocation héréditaire aux femmes et aux parents par les femmes pour reprendre les usages en vigueur à La Mecque. D'une part, dans cette ville, « le régime du matriarcat avait laissé des survivances non douteuses ; on continuait à y reconnaître l'existence d'une parenté par les femmes. D'autre part, La Mecque était une ville de négoce, en relations constantes avec des peuples qui admettaient à succéder les femmes et les parents par les femmes... »³.

¹ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 1995, p. 111.

² B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, Litec, 1991, p. 15-17. L'auteur développe notamment aux n° 28 à 31 la manière dont Mahomet a dû composer avec les règles en vigueur à Médine et celle de La Mecque afin que les principes énoncés dans le Coran soient acceptés par les habitants des deux villes.

³ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, op. cit., p. 111.

469. De ces compromis, résulte l'existence de deux grandes catégories d'héritiers en droit musulman¹. Les héritiers *'asab* ou *aceb* sont les mâles et les parents par les mâles qui en l'absence d'héritiers *fardh* ont vocation à recueillir l'intégralité de la succession. « Ils sont considérés comme la vraie famille »². Les héritiers à *fardh* sont principalement des femmes, auxquelles il faut ajouter le frère utérin, le mari survivant et parfois le père et l'aïeul. Ils ont droit à une partie de la succession. C'est pourquoi, on les appelle parfois héritiers « légitimaires ou réservataires ou quotistes ou légataires de plein droit ou encore créanciers privilégiés »³, même si ces dénominations sont trompeuses quant au véritable statut qui leur est conféré par le droit musulman des successions⁴. Ces deux catégories d'héritiers viennent à la succession après le jeu d'un certain nombre d'évictions et selon des parts respectives qui varient. Il est inutile de développer ces différentes règles qui apporteraient plus de confusion qu'elles ne permettraient de relever le degré d'acculturation juridique des Maghrébins en France s'agissant du droit successoral.

470. Le droit musulman classique prévoit également un certain nombre d'incapacités à succéder. L'une est connue du droit français puisqu'il s'agit de l'homicide contre le défunt, même si cette incapacité fait l'objet d'interprétations divergentes selon les écoles quant à sa mise en oeuvre. Les deux autres incapacités sont spécifiques au droit musulman⁵. Il s'agit d'une part de l'apostasie, et, d'autre part, de la différence de religion. En droit musulman, l'apostat n'est pas apte à recueillir de succession même de ceux qui appartiennent à sa nouvelle religion. De même, un non musulman n'est pas apte à recueillir la succession d'un musulman.

c) Les grands principes gouvernant les législations maghrébines contemporaines

471. Le droit successoral est la matière juridique la plus développée dans le Coran. C'est pourquoi la liberté des commentateurs et des rédacteurs des différentes législations modernes est largement réduite. On trouve peu d'innovations dans les textes actuels par rapport aux règles coraniques. Il s'agit, sans aucun doute, de la partie la plus développée des législations actuelles⁶. Il existe bien entendu quelques différences entre les écoles. Les législations du Maghreb restent fidèles à la doctrine malékite sauf en ce qui concerne la technique du legs obligatoire empruntée aux autres doctrines. Étudier des éléments de l'acculturation juridique des Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine en France n'implique pas, qu'en détail, les règles successorales musulmanes soient mises en perspective avec les règles du droit français. D'abord, l'entreprise est incertaine en raison de la complexité du droit musulman. Ensuite, cette complexité conduirait loin de l'objectif de la recherche. Il apparaît préférable d'en rester aux principes généraux qui gouvernent aussi bien le droit musulman classique que les législations actuelles.

¹ Les règles se trouvent essentiellement dans la Sourate IV intitulée les Femmes. « Ils attestent par leur contenu, de cette volonté d'atténuer les droits des mâles qui devaient être suffisamment reconnus puisque le Coran se dispense d'y faire allusion », in B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, *op. cit.*, p. 20, n° 39.

² B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, *op. cit.*, p. 161, n° 386.

³ *Ibidem*, p. 183, n° 429.

⁴ *Ibidem*. « À dire vrai aucun terme juridique permettant de traduire ce que sont les héritiers à parts *fardh* n'est satisfaisant et ne permet de refléter la complexité de leur statut. Le mot de réservataire leur convient mal, car ils ne sont aucunement protégés contre les donations, et contre les legs ils sont réservataires au même titre que les *aceb*. Ils ne sont pas créanciers privilégiés, car ils sont associés à la succession et les légataires passent avant eux. Ils ne le sont pas d'ailleurs, pas plus que légitimaires, car ils peuvent ne rien avoir dans la succession. Ce qui d'ailleurs exclut l'idée qu'ils auront à coup sûr un "quota" ou une "part fixe", car, contrairement à ce qu'évoque cette dernière expression, leur part varie ! ».

⁵ Le cas de l'esclave n'est pas traité même si son incapacité à succéder est prévue par le droit musulman classique. Cette hypothèse n'est reprise par aucune des législations modernes. Cf. B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, *op. cit.*, pp. 54-55, n° 121-122.

⁶ Articles 217 à 297 de la *Moudawana* ; articles 126 à 220 du Code de la famille algérien ; articles 85 à 163 du Code du statut personnel tunisien.

472. Les principes communs qui sont développés ci-après sont ceux qui sont en contradiction avec les dispositions du droit français, afin de rechercher quels sont les points de conflits entre ces deux régimes de dévolution successorale et la manière dont ces conflits sont « gérés » par les Maghrébins et populations d'origine maghrébine en France.

473. Comme en droit français, les fondements de la succession sont la parenté et le mariage. Sur ce point, aucune divergence n'existe entre les deux cultures juridiques. En revanche, sur la notion même de parenté, il existe une grande différence qui découle de l'absence de reconnaissance de la filiation en dehors du mariage. Ainsi, seule la filiation légitime crée un droit successoral entre descendants et ascendants. La parenté par le lait exclut toute vocation héréditaire¹. S'agissant de la filiation naturelle, l'enfant se voit refuser toute vocation héréditaire avec le père². En revanche, l'enfant naturel a une vocation réciproque avec sa mère³. Bien que contestée, cette vocation semble acquise avec la famille maternelle⁴. Quant à « l'adoption », elle ne produit aucun effet en Algérie⁵ et au Maroc⁶. Dans ce dernier pays, le *tanzil*, adoption de récompense, « permet de placer l'adopté au rang d'un héritier de premier degré, il ne crée aucun lien de filiation »⁷. En Tunisie, la loi du 4 mars 1958 sur l'adoption ne règle pas les rapports successoraux entre adoptant et adopté. Elle dispose qu'entre adoptant et adopté les droits et obligations réciproques sont conformes à ceux qui existent entre parents et enfants légitimes⁸.

474. En droit musulman, l'héritier succède aux biens et non pas au défunt. Il faut avant tout imputer sur l'actif successoral l'ensemble des dettes. Ce n'est qu'après l'apurement du passif que l'héritier acquiert cette qualité car « il n'y a d'hérédité qu'après acquittement des dettes »⁹. « L'héritier du droit musulman est donc avant tout un liquidateur »¹⁰.

475. Le caractère essentiellement agnatique de la dévolution successorale constitue un autre principe du droit musulman des successions. En outre, lorsqu'une femme vient à la succession, elle reste largement défavorisée puisque « un homme vaut deux femmes ». « Ainsi, l'homme a droit au double de la part de la femme, chaque fois qu'il intervient dans une succession, à concurrence du même degré de parenté »¹¹.

476. Les règles successorales sont d'ordre public. Cela signifie qu'on ne peut attribuer à un héritier une part supérieure à celle fixée par la loi. Ainsi, tout legs par lequel un individu désirerait attribuer une partie de son patrimoine disponible au profit d'un héritier est nul. Ceci s'explique par le fait que le droit successoral est intimement lié au statut familial et qu'il est donc indisponible¹². Cette impossibilité de disposer de son patrimoine ne concerne que les héritiers.

¹ F. SAHERANE, *Jurisclasseur de droit comparé*, Maroc, 1993, Fasc. 2, p. 6, n° 41.

² Article 228 de la *Moudawana* : « Il n'y a pas de vocation successorale... entre un père et son enfant dans le cas où la loi n'admet pas le lien de parenté, ni entre l'enfant issu de relations illicites et son père ».

³ Article 83-2^e alinéa 2 de la *Moudawana* : « La filiation non légitime entraîne vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime, en raison du lien naturel unissant l'enfant à sa mère ».

Article 152 du Code du statut personnel tunisien : « L'enfant adultérin n'héritera que de sa mère et des parents de celle-ci. La mère et ses parents auront, seuls, vocation héréditaire dans la succession dudit enfant ».

⁴ B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, op. cit., pp. 149-150, n° 363-368.

⁵ Article 46 du Code de la famille algérien : « L'adoption est interdite par la char'a et la loi ».

⁶ Article 83-3^e de la *Moudawana* ; « L'adoption juridique n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation. Toutefois, l'adoption dite de gratification ou testamentaire (...), n'établit pas de lien de filiation et suit les règles du legs ».

⁷ F. SAHERANE, *Jurisclasseur*, op. cit., p. 7, n° 42.

⁸ K. MEZIOU, *Jurisclasseur de droit comparé*, Tunisie, 1988, Fasc. 2, p. 13, n° 103.

⁹ B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, op. cit., p. 69, n° 161.

¹⁰ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, op. cit., p. 112.

¹¹ A. C. CHAMARI, *La femme et la loi en Tunisie*, éditions Bouchène, coll. « Femmes Maghreb Horizon 2000 », 1991, p. 75.

¹² F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, op. cit., p. 113.

Ainsi, un individu peut léguer jusqu'à un tiers¹ de son patrimoine au profit de personnes qui ne seront pas appelées à la succession. De même, de son vivant, un individu peut sans limite disposer de son patrimoine à titre gratuit au profit de toute personne. Les donations ne sont pas rapportées à la succession.

477. L'absence de représentation est également caractéristique du droit musulman classique des successions. Il en résulte par exemple que l'oncle exclut ses neveux de la succession. Le défunt peut certes tester en faveur des proches évincés en raison de l'absence de représentation. Cependant, cette possibilité est limitée à un tiers du patrimoine et elle est soumise à la volonté du testateur. Cette règle absolue est reprise par l'école malékite. Pourtant les législations des États du Maghreb² se sont inspirées de la technique du *tanzil* héritée de l'école zahirite. Ainsi, elles ont toutes opté pour le système du « legs obligatoire », même si sa réglementation varie d'une législation à l'autre : « Libéralité, il est en fait obligatoire. Disposition testamentaire, il n'a pas besoin de testament, voire il peut fonctionner à l'encontre de la volonté du testateur ! Mais institution reposant sur la loi, il satisfait l'équité en accordant aux enfants du prédécédé une part au lieu et place de leur auteur et rejoint donc, à ce titre, la technique de la représentation successorale connue par d'autres systèmes juridiques, même si les règles auxquelles il obéit ne l'en rapprochent pas entièrement »³.

478. Les empêchements résultant de l'apostasie et de la religion constituent enfin une dernière particularité des droits des successions des pays du Maghreb.

L'apostat, celui qui a abandonné sa foi, ne peut selon le droit musulman classique recueillir de succession de qui que ce soit. Cet empêchement est expressément visé par le droit algérien contemporain⁴. La *Moudawana* et le Code du statut personnel tunisien ne reprennent pas cet empêchement. L'article 88 du Code du statut personnel ne vise que le cas de l'homicide volontaire du défunt par son héritier mais indique qu'il s'agit de l'un des empêchements à la successibilité. Par une interprétation extensive, la Cour de cassation tunisienne a considéré que l'apostasie constitue également une indignité successorale⁵. Quant à l'article 297 de la *Moudawana*, il renvoie, en cas de silence de la loi, au rite malékite, ce qui laisse à penser que cet empêchement demeure en droit marocain.

Le non musulman est également exclu de la succession d'un musulman. Si la *Moudawana* reprend expressément cet empêchement⁶, le Code algérien de la famille est muet sur le sujet. Quant à la Tunisie, sa législation considère qu'il s'agit également d'une cause d'indignité mais la règle n'est pas bilatérale⁷. Ceci signifie que le musulman peut hériter d'un non musulman.

¹ Cette quote-part peut être dépassée si les héritiers y consentent.

² Article 266 de la *Moudawana* : « Lorsqu'une personne meurt à la survie de petits-enfants issus d'un fils prédécédé ou décédé en même temps qu'elle, ces descendants bénéficient, dans la limite du tiers disponible, d'un legs obligatoire, dans la mesure et les conditions suivantes ».

Article 169 du Code la famille algérien : « Si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du *de cuius* selon les conditions ci-après ».

Article 191 du Code du statut personnel tunisien : « Les enfants, garçons et filles, d'une personne qui décède avant ou en même temps que leur aïeul ou leur aïeule bénéficient d'un legs obligatoire équivalent à la part successorale qu'auraient recueillie leur père ou leur mère s'ils étaient restés vivants, sans que cette part puisse dépasser le tiers de l'actif successoral ».

³ B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, op. cit., p. 168, n° 401.

⁴ Article 138 du Code la famille algérien : « Sont exclus de la vocation héréditaire, les personnes frappées d'anathème et les apostats ».

⁵ Cass. civ., 31 janvier 1966. Cf. K. MEZIOU, *Jurisclasseur de droit comparé*, Tunisie, 1988, Fasc. 2, p. 13, n° 98. Pour une interprétation opposée de cet arrêt, voir B. DURAND, *Droit musulman, Droit successoral*, op. cit., p. 56, n° 125.

⁶ Article 228 de la *Moudawana* : « Il n'y a pas de vocation successorale entre un musulman et un non musulman... ».

⁷ Cass. civ., 31 janvier 1966, préc. Sur ce point les deux auteurs sont d'accord.

2. Le droit international privé français

479. Un bref rappel des règles applicables à la dévolution d'une succession d'un Maghrébin ou d'une personne d'origine maghrébine résidant en France permet de tracer les limites des conflits et des points de rencontre entre les deux systèmes juridiques. La jurisprudence est bien établie en matière successorale¹. S'agissant des biens immeubles, il résulte de l'article 3 alinéa 2 du Code civil que la succession est régie par le lieu de situation de l'immeuble. S'agissant des meubles, la loi applicable est celle du domicile du défunt. Par conséquent, lorsqu'un Maghrébin ou une personne d'origine maghrébine (à cet égard la nationalité du *de cuius* est indifférente) décède en France, sa succession mobilière est régie par la loi française, il en est de même pour la succession des immeubles qu'il a sur le territoire français. S'il possède des immeubles dans son pays d'origine, la succession est régie par la loi de cet État.

480. Les entretiens avec les différents notaires interrogés montrent qu'en pratique, dans cette dernière hypothèse, deux successions totalement indépendantes sont ouvertes. La première concerne les biens situés en France, la seconde les biens situés dans le pays d'origine. Les notaires chargés de la succession n'ont pas les moyens de connaître l'état du patrimoine dans le pays d'origine. Ils font donc comme s'il n'existe pas. L'un des notaires rencontrés a d'ailleurs affirmé avoir essayé, lors d'une succession, d'appliquer rigoureusement les règles du droit international privé et de s'intéresser aux biens qui existaient dans le pays d'origine. Les difficultés rencontrées ont fait que le partage et la liquidation de la succession ont été particulièrement longs. Depuis, il applique la loi française aux biens situés en France et ne s'intéresse pas aux éventuels biens situés dans le pays d'origine. Il reste que la dévolution successorale des biens situés en France apporte quelques éléments de réponse quant à l'acculturation juridique des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant en France.

B. Les pratiques successorales des Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine

481. La détermination des différentes hypothèses de travail établit l'ampleur et l'ambition du projet alors que les réponses obtenues sont limitées, partielles et dépendent largement des représentations des personnes qui liquident les successions des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France.

1. La détermination des hypothèses

482. Sur le fond de l'enquête et au regard de l'acculturation juridique, les hypothèses de travail sont les suivantes lorsqu'on s'intéresse à la dévolution des successions des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant en France :

- 1 a dévolution des successions des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant et décédant en France se fait en fonction de la loi française. Cette dévolution ne pose pas de problème particulier ou elle ne suscite pas de revendications relatives à la culture juridique du pays d'origine. Leur acculturation juridique est forte.
- 1 e s Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine ont recours au droit français puisqu'il est applicable la plupart du temps, mais dans le but de restaurer les règles et principes généraux qui gouvernent le droit musulman des successions. L'attention s'est notamment fixée sur la possibilité de retrouver la règle du double en faveur des hommes par voie testamentaire. Il est vrai que l'exercice de cette faculté offerte par le droit français serait lui-même contraire aux prescriptions du droit musulman, selon lequel on ne peut tester en faveur d'un héritier. Un autre

¹ L'appartenance des successions au statut réel constitue déjà une opposition avec le droit musulman pour lequel le droit des successions est avant tout un élément du statut familial.

moyen de restaurer cette règle est la donation, largement reconnue par le droit musulman. Si l'hypothèse se vérifiait, elle témoignerait d'une acculturation juridique « médiane ». Le recours au droit français serait alors motivé par la possibilité de mettre en oeuvre les règles du droit musulman et de retrouver la culture juridique du pays d'origine. Plutôt que d'une acculturation juridique « médiane », il conviendrait peut-être de parler d'instrumentalisation.

- 1 a dévolution des successions des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine se fait en dehors de toute référence au droit français. Les institutions qui mettent en oeuvre le droit français des successions sont rarement saisies de ce problème. L'acculturation juridique des Maghrébins ou personne d'origine maghrébine est alors inexistante.

2. Une acculturation juridique insaisissable

483. Des entretiens avec les notaires, il ressort différents éléments qui répondent partiellement à nos hypothèses de travail.

D'abord, il semble que le caractère agnatique du droit musulman des successions apparaisse parfois. Un des notaires a indiqué qu'il constate l'absence de succession en cas de prédécès de la mère, ni même de liquidation du régime matrimonial. Seul donne lieu à l'ouverture d'une succession le décès de l'homme. Ce notaire a souligné le fait que les personnes concernées avaient très souvent un patrimoine très réduit, l'épouse en particulier car, très souvent, seul le mari travaille. Se pose tout de même la question de savoir ce que deviennent les biens en cas de décès de l'épouse si elle en possède. Le fait que le mari prenne possession de l'ensemble des biens de son épouse semble l'hypothèse la plus probable. Ils peuvent également être partagés entre les enfants, s'il y en a. Quelles que puissent être les explications, il semble tout de même étrange qu'un notaire n'ait jamais eu à connaître de la succession de femmes maghrébines ou d'origine maghrébine. Faut-il en conclure que leur succession échappe au droit français et qu'elle est réglée parallèlement en fonction des règles musulmanes ? L'acculturation juridique serait alors inexistante. Il reste que les remarques qui suivent concernant les successions dont a eu à connaître un des notaires interrogés ne concernent que celles des hommes. Les autres notaires rencontrés n'ont cependant rien constaté dans ce sens.

484. Quant à la question du recours au testament ou aux donations dans le but de retrouver un partage plus conforme aux règles du pays d'origine, la réponse est claire selon les notaires. Il ressort des entretiens que les Maghrébines ou les personnes d'origine maghrébine n'ont recours ni à l'un ni aux autres. On l'a vu, lorsqu'elles se présentent devant les notaires pour faire un testament, ces personnes ne visent qu'à organiser les modalités de leur enterrement. Il n'existe pas de testament de nature patrimoniale rédigé par un Maghrébin ou personne d'origine maghrébine. S'agissant des donations, il arrive que le mari fasse donation de certains de ses biens. Si elle est rare, l'hypothèse est toujours la même : le mari donne une partie de ses biens à son épouse afin d'éviter qu'ils aillent aux enfants du couple alors que ces derniers se sont éloignés ou séparés de la famille. Reconnues par le droit musulman, ces donations mettent l'accent sur la dimension familiale très forte du droit des successions. Jusque là, il est difficile de se prononcer sur l'acculturation juridique des Maghrébins en France.

485. La dernière remarque d'un des notaires rencontrés semble décisive quant aux différentes hypothèses émises. En effet, il a indiqué que, lorsqu'il avait à traiter d'une succession, le partage se faisait en fonction des règles du droit français sans que les intéressés ne remettent en cause l'application de ces principes. En revanche, une fois le partage et la liquidation réalisés, les héritiers s'arrangent entre eux et opèrent un nouveau partage de la succession du défunt. Généralement, la règle du double retrouve toute son emprise. Il arrive même qu'elle soit dépassée puisque, très souvent, les filles concèdent leur part à leurs frères. On peut s'interroger sur la possibilité pour ce notaire de connaître ce qui se passe une fois la succession liquidée. Interrogés à ce sujet, les autres notaires ont indiqué qu'il s'agissait d'une possibilité non vérifiée.

CONCLUSION

486. Il semble donc que les successions des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France soient régies par le droit français parce qu'il ne peut en être autrement. Cette dévolution pourrait n'être parfois que formelle puisque le véritable partage se ferait au sein de la famille selon des règles ou des pratiques qui sont celles du pays d'origine. Dans certaines hypothèses, il semble notamment que le caractère agnatique du droit des successions retrouve toute sa valeur. L'inégalité entre les sexes qu'il instaure est bien évidemment en contradiction avec les principes français qui gouvernent le droit des successions et le droit de la famille en général. Il reste que la loi, l'ordre public ou les institutions sont impuissants pour assurer sur le territoire national le respect de ces principes. En effet, il semble que l'ensemble des populations concernées s'accorde sur ces pratiques. Pour les femmes qui s'y soumettraient à contrecœur, elles hésitent à saisir la justice puisque les dossiers du tribunal de grande instance de Lyon n'ont pas permis de mettre à jour de tels litiges.

487. Enfin, les différents entretiens avec les notaires sont peut-être révélateurs des difficultés à enquêter sur le sujet. En effet, les réponses semblent largement influencées par les représentations qu'ont les notaires des populations d'origine maghrébine. Schématiquement et graduellement, selon certains, les règles du pays d'origine influencent largement la dévolution successorale et le recours à la loi française n'est que formel. Pour d'autres, il faut établir une distinction entre les premières générations et les dernières pour lesquelles il n'y a pas de spécificité. D'une manière générale, la succession des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine ne pose aucun problème particulier devant les notaires. L'étude des dossiers du tribunal de grande instance de Lyon n'a pas permis non plus de relever l'existence d'un contentieux relatif aux successions des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine à Lyon.

DEUXIÈME PARTIE

L'INTERACTION DES SYSTÈMES JURIDIQUES

- CHAPITRE PRÉLIMINAIRE -

LA FAMILLE MAGHRÉBINE ASPECTS SOCIOLOGIQUES ET ANTHROPOLOGIQUE

LA FAMILLE MAGHREBINE

ASPECTS SOCIOLOGIQUES ET ANTHROPOLOGIQUES

Marion SIMONET

488. L'enquête a permis de saisir quelques manifestations juridiques de la vie familiale des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine en France. Ont ainsi été étudiées, bien entendu, les règles juridiques françaises, mais également le droit musulman et les législations des pays du Maghreb. Dans la mesure où une norme juridique s'inscrit elle-même dans une norme socioculturelle, l'étude du système de parenté et d'alliance dans les pays du Maghreb se révèle intéressante et nécessaire. Il ne s'agit naturellement que d'une simple présentation générale qui n'a vocation qu'à éclairer les autres développements.

I. LES SYSTÈMES DE PARENTÉ ET D'ALLIANCE AU MAGHREB

489. À la famille traditionnelle maghrébine, on associe couramment un certain nombre de caractéristiques : sens de l'honneur et jalousie farouche, séparation des sexes et primauté masculine, patrilinearité et patriarcat, endogamie et polygamie¹. Ces clichés ne subsistent-ils plus que dans l'imaginaire collectif ou trouvent-ils encore un certain ancrage dans la réalité des comportements sociaux ? C'est de cette famille traditionnelle, mythique ou réelle, dont il sera question ici.

A. Les systèmes de parenté

490. Séparation des sexes et primauté masculine - L'homme maghrébin est dans une situation privilégiée. Il représente l'autorité. Il est celui qui crée le lien entre la lignée et la société.

En revanche, la femme est dans une situation plus précaire. Elle a longtemps été considérée comme un être de moindre importance, « socialement marginalisée »². Sous la tutelle de son père puis de ses frères tant qu'elle est célibataire, elle passe sous l'autorité de son mari et de ses fils lorsqu'elle est mariée. En fait « les rapports entre l'homme et la femme ne sont pas compris en terme d'égalité, mais de complémentarité : l'homme et la femme remplissent des fonctions distinctes et complémentaires dans la famille et dans la société (...) »³.

L'inégalité de statut entre les hommes et les femmes s'explique en partie par le fait que le système de parenté est de type patrilineaire et que la famille maghrébine est patriarcale, même si

¹ Cf. M. CHEBEL, *L'imaginaire arabo-musulman*, P.U.F., coll. Sociologie d'aujourd'hui, 1993, p. 42 et s.

² D. BEHNAM, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », in *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Publisud, 1986.

³ H. FULCHIRON, *Femmes et migrations : établir le droit fondamental à l'égalité dans le cadre de la diversité culturelle*, Séminaire international, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995.

certains aspects traduisent « sans doute une survivance d'un matriarcat très ancien »¹.

491. Patrilinearité et patriarcat - Au Maghreb, l'individu appartient au seul lignage de son père. Il s'agit donc d'une filiation unilinéaire. On parle de filiation patrilineaire ou agnatique : « seuls les hommes transmettent la parenté »².

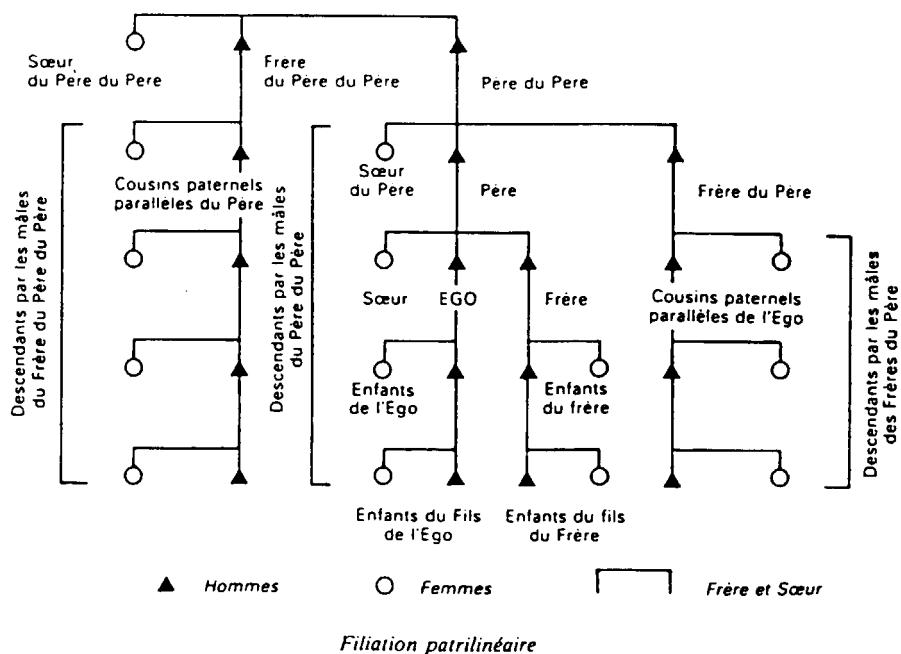
En cas de décès du mari, l'enfant reste dans le patrilineage du père. La mère, qui en vertu des règles patrilocales de résidence³ cohabitait avec les parents de son mari, ne peut rester au domicile de ses beaux-parents. Hormis dans le cas d'une dévolution de la *hadâna*⁴ à la mère, seul le recours au lévirat⁵ permet à la femme de continuer à vivre auprès de ses enfants⁶.

Le lévirat peut se concevoir de deux manières : soit le frère n'est qu'un substitut du défunt ; il cohabite avec la veuve, mais les enfants de cette dernière seront considérés comme ceux de son frère défunt. Soit le frère « hérite » de la fonction de mari de la veuve : dans ce cas, les enfants nés de cette union seront considérés comme les siens propres⁷.

Il convient d'ajouter que le mythe de « l'enfant endormi », en pays musulmans, conduit parfois, au moins dans l'imaginaire familial, à attribuer au défunt un enfant de son frère⁸.

492. Filiation patrilineaire

RELATIONS DE PARENTÉ D'UN EGO MASCULIN
SELON LE SYSTÈME DE PARENTÉ AGNATIQUE



« L'Ego n'est apparenté, parmi ses quatre grands-parents réels, qu'à son grand-père paternel. La

¹ À propos de la *hadâna*, Cf. F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 94.

² M. AUGÉ, *Les domaines de la parenté*, F. Maspéro Ed., 1975, p. 18.

³ Cf. *infra*, n°493.

⁴ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, "Connaissance du droit", 1995, p. 93s.

⁵ Au décès de son mari, la femme épouse un frère du défunt.

⁶ Cf. C. LACOSTE-DUJARDIN, *Des mères contre les femmes. Maternité et patriarcat au Maghreb*, Paris, La découverte, 1985.

⁷ M. AUGÉ, *Les domaines de la parenté*, F. Maspéro Ed., 1975, p. 34 et s.

⁸ C. LACOSTE-DUJARDIN, *Des mères contre les femmes. Maternité et patriarcat au Maghreb*, Paris, La découverte, 1985.

descendance féminine en ligne paternelle compte dans la parenté, mais aucun de ses enfants n'appartient à la parenté patrilinéaire de l'Ego »¹.

493. La résidence des époux - D'après M. Kouaouci, 80% des hommes mariés vivent à l'endroit où ils ont grandi. Ce n'est pas le cas des femmes : « plus d'une femme sur deux (...) a connu au moins une migration par rapport au lieu où elle a passé son enfance, le lieu de sa socialisation »². Les hommes font migrer les femmes par mariage. La résidence est encore aujourd'hui essentiellement patrilocale.

Cela signifie qu'en vertu des règles de résidence, les fils mariés cohabitent en principe avec leurs parents³.

En l'espèce, il y a coïncidence entre le système de parenté patrilinéaire et la résidence de type patrilocale. Ce système parvient « à combiner de façon cohérente la résidence, la filiation et le principe d'autorité »⁴: il est dit « harmonique »⁵.

B. Les systèmes d'alliance

494. Endogamie - Le mariage consanguin avec un cousin germain du premier degré, semble encore d'une grande actualité dans les pays du Maghreb. Ses origines sont lointaines : « il suffit de revenir, pour s'en convaincre, sur l'origine et l'usage fort ancien de la notion de *Bint el âam* dans le patrimoine littéraire arabe et sur le droit de préemption déclarée du cousin paternel »⁶.

Si l'on en croit les chiffres avancés par des enquêtes maghrébines récentes, la proportion de mariages consanguins est encore très élevée : « un couple sur deux en Tunisie est consanguin (...) et presque autant en Algérie (40%) en 1986-87 (...). Le Maroc se situe légèrement en dessous de ces niveaux, mais demeure, malgré tout, une zone à forte proportion d'endogamie sanguine »⁷ puisque 33% des unions seraient célébrées entre membres d'une même famille. Cette étude révèle en outre qu'il y a corrélation entre le niveau d'instruction des conjoints et la consanguinité des unions : plus le niveau d'instruction est élevé et moins la consanguinité est importante.

Les mariages endogames, loin d'être sur le déclin, seraient même plus fréquents qu'autrefois, en Algérie en tout cas : en 1970, le mariage endogame concernait 30% des unions contre 40 aujourd'hui.⁸

La persistance de la pratique de l'union endogame ne correspond pas nécessairement au mariage avec un proche cousin. Si 49% des femmes tunisiennes ont épousé un parent, seules 36% d'entre elles disent avoir épousé un proche cousin. Les femmes algériennes sont 29% à se déclarer mariées avec un cousin proche et les femmes marocaines, 25%⁹.

¹ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1988, p. 224. Le schéma reproduit ici a été emprunté par l'auteur à A. CUVILLIER, *Manuel de sociologie*, tome II, P.U.F., 1968 et à F. ZONABEND, *De la famille. Regard ethnologique sur la parenté et la famille*.

² A. KOUAOUCI, « Migration par mariage et endogamie en Algérie », in *Ménages, familles, parentèles et solidarité dans les populations méditerranéennes*, Séminaire international d'Aranjuez (septembre 94), AIDELF, N°7, P.U.F., 1996.

³ Voir M. AUGÉ, *Les domaines de la parenté*, F. Maspéro Ed., 1975, p. 36.
R. FOX, *Anthropologie de la parenté*, Paris, Gallimard, 1972, p. 113.

⁵ M. AUGÉ, *Les domaines de la parenté*, F. Maspéro Ed., 1975, p. 37. Terminologie empruntée à Lévi-Strauss.

⁶ « Les mariages consanguins au Maroc : caractéristiques et déterminants », in *Ménages, familles, parentèles et solidarité dans les populations méditerranéennes*, Séminaire international d'Aranjuez (Septembre 1994), AIDELF, N°7, P.U.F., 1996, p. 223 et s.

Voir aussi D. BEHNAM, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », in *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Publisud, 1986, p. 33 et s.

⁷ « Les mariages consanguins au Maroc : caractéristiques et déterminants », op. cit., p. 223 et s.

⁸ A. KOUAOUCI, « Migration par mariage et endogamie en Algérie », in *Ménages, familles, parentèles et solidarité dans les populations méditerranéennes*, op. cit.

⁹ Voir M. SALHI, *Le modèle familial musulman en immigration et dans les pays méditerranéens d'origine* :

La réalité des pratiques matrimoniales endogames oblige à se poser la question de la raison d'être de ce mariage préférentiel. Sur ce point, les interprétations divergent.

Selon M. Barth, le mariage endogame serait le moyen de renforcer la lignée dans ses rivalités avec d'autres lignées et de limiter la tendance aux fragments.

D'après MM. Murphy et Kasdan, les pratiques endogames permettraient au contraire de créer des unités subordonnées et relativement fermées sur elles-mêmes.

Pour M. Behnam, « le mariage préférentiel entre cousins du premier degré dérive d'une hypertrophie du sentiment de fraternité. Le lien frère-frère, relation humaine dominante du système familial, résiste au temps, ne se contente pas de produire une cohabitation des frères et de leurs épouses : il se confirme par le mariage des enfants de ces frères. Dans cette interprétation, il n'y a plus de différence de nature entre relation d'alliance et de filiation, comme le veut la distinction conceptuelle classique en anthropologie. La relation de filiation engendre une relation de fraternité qui engendre à son tour une relation matrimoniale. Cette famille (...) endogame est typique du monde musulman »¹.

Le mariage préférentiel endogame concerne, au Maghreb, les cousins parallèles patrilatéraux. Les cousins parallèles sont les enfants de collatéraux de même sexe, à savoir, les enfants de deux soeurs (cousins parallèles matrilatéraux) ou de deux frères (cousins parallèles patrilatéraux). Ils se distinguent des cousins croisés qui sont les enfants des frères de la mère ou des soeurs du père.

En principe, « dans la plupart des sociétés, la parenté parallèle est (...) un empêchement au mariage alors que la parenté croisée y incite »², les raisons de cette distinction entre cousins croisés et cousins parallèles ne pouvant être que culturelles dans la mesure où, du point de vue purement biologique, ces relations de parenté sont identiques. Dans le cadre d'une filiation patrilinéaire, « les oncles paternels sont censés occuper la même position généalogique que le père par rapport à Ego (...). On comprend fort bien que les enfants issus des mariages de ces oncles paternels (...) soient considérés comme frères et soeurs, et qu'en conséquence, ils ne puissent s'épouser »³. Or, dans les pays du Maghreb, les règles qui président au mariage préférentiel valorisent le mariage entre cousins parallèles, c'est-à-dire entre cousins qui appartiennent au même patrilignage.



Les cousins croisés ne font pas partie du même patrilignage. C'est une des raisons pour laquelle le mariage entre cousins croisés est plus souvent prescrit.

En revanche, les cousins parallèles font partie du même patrilignage. Dans de nombreuses sociétés, le mariage entre cousins parallèles est proscrit comme incestueux.

495. Polygamie - Le terme de polygamie est un terme général qui désigne « toutes les unions

tendances démographiques récentes et enseignements, p. 421 et s.

¹ D. BENHAM, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », in *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Publisud, 1986, p. 44.

² N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, P.U.F, Coll. Droit fondamental, 1988, p. 218.

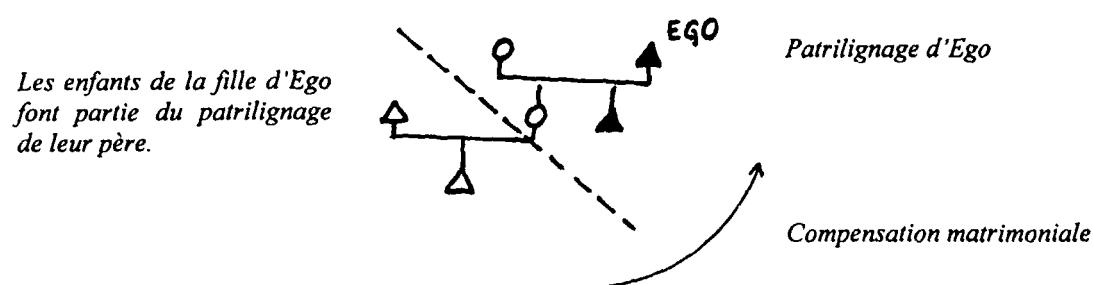
³ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, P.U.F, Coll. Droit fondamental, 1988, p. 219.

où le nombre des conjoints (hommes et femmes) dépasse un seul couple »¹. On désigne par polygynie les situations dans lesquelles un homme a plusieurs épouses.

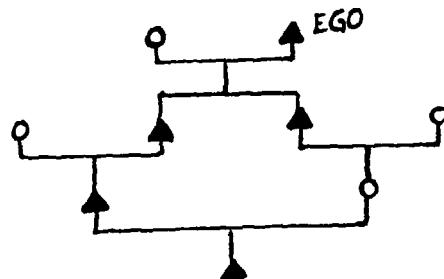
Il semblerait que la polygamie (ou plus exactement la polygynie) ne concerne qu'une frange marginale de la population. Interdite en Tunisie, elle est rare en Algérie (1,5% d'unions polygames en 1986 et 1987) comme au Maroc (5,1% pour la même période)².

496. Compensation matrimoniale. - « Dans le système patrilinéaire, la compensation matrimoniale (...) est souvent plus importante que dans les systèmes matrilinéaires (...) »³. Cette compensation (ou dot) consiste en des biens ou des services offerts par le fiancé destinés à compenser la perte de la jeune fille par sa famille. En principe, la dot est restituée en cas de divorce⁴.

Dans un système patrilinéaire, une telle compensation est logique dans la mesure où la descendance de la fille donnée en mariage accroîtra un autre patrilignage : celui de son mari.



Mais dans l'hypothèse d'un mariage préférentiel avec un cousin parallèle patrilatéral, on ne comprend plus vraiment ce que vient compenser la dot dans la mesure où l'union se réalise au sein d'un seul et même patrilignage et que les enfants à naître viendront agrandir le cercle de cette parenté.



II. LA FAMILLE ET LE COUPLE MAGHRÉBINS : ASPECTS SOCIOLOGIQUES

497. L'âge du mariage - La pratique des mariages précoce s'est estompée. La nuptialité précoce (c'est-à-dire avant 20 ans) avait presque disparu à la fin des années 80. Pour la tranche d'âge des 20-24 ans, environ un Maghrébin sur deux seulement est marié. L'âge du mariage est aujourd'hui plus tardif pour les hommes comme pour les femmes mais ne concerne pas de façon

¹ M. AUGÉ, *Les domaines de la parenté*, F. Maspéro Ed., 1975, p. 33.

² Cf. M. SALHI, *Le modèle familial musulman en immigration et dans les pays méditerranéens d'origine : tendances démographiques récentes et enseignements*, p. 421 et s.

³ N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1988, p. 227.

⁴ M. AUGÉ, *Les domaines de la parenté*, F. Maspéro Ed., 1975, p. 35 et s.

homogène la population maghrébine : les femmes des zones urbaines et dont le niveau d'instruction est plus élevé se marient plus tardivement que les autres. En Algérie par exemple, on remarque que l'âge moyen du premier mariage pour les femmes est de 22,7 ans en zone rurale, de 23,6 ans en zone urbaine et même de 27,2 ans dans les métropoles.

Cette moindre précocité des mariages s'accompagne d'une relative stabilité des premières unions. Pour le Maroc, on constate que 18% des premiers mariages se soldent par un divorce s'ils ont été contractés avant l'âge de 20 ans. Ce chiffre n'est plus que de 9% lorsque le mariage a été célébré après l'âge de 20 ans. Ce recul d'âge a naturellement entraîné une baisse de la fécondité.

498. Fécondité et natalité - Au début des années 60, les femmes maghrébines avaient en moyenne sept enfants. Curieusement, d'après une enquête menée au Maroc dans ces années-là, ce taux serait plus élevé en milieu urbain (7,8%) qu'en milieu rural (6,9%).

L'Algérie a vu son taux de fécondité augmenter jusqu'au début des années 70 alors que dès le début des années 60, le taux de fécondité en Tunisie a décliné de façon nette et définitive pour atteindre en 1987 une moyenne de quatre enfants par femme¹.

¹ Cf. M. SALHI, *Le modèle familial musulman en immigration et dans les pays méditerranéens d'origine : tendances démographiques récentes et enseignements*, p. 421 et s.

- CHAPITRE I -

LES FAMILLES MAGHRÉBINES ET D'ORIGINE MAGHRÉBINE ET LES INSTITUTIONS JUDICIAIRES ET LE DROIT

LES FAMILLES MAGHRÉBINES ET D'ORIGINE MAGHRÉBINE ET LES INSTITUTIONS JUDICIAIRES ET LE DROIT

Jean-Bernard PHILIPPE

INTRODUCTION

499. D'importantes communautés maghrébines ou d'origine maghrébine vivent actuellement dans la région lyonnaise depuis plusieurs générations. En France, la vie familiale est une des composantes de la vie privée, même si l'autorité publique intervient de manière effective dans les relations familiales. Il est donc difficile de connaître véritablement la nature des relations qui s'y nouent, et les règles qui les gouvernent. Ce qui est certain, c'est que la famille est un lieu de convergence d'un nombre important de normes dont la plupart ont une dimension symbolique.

500. S'agissant des familles maghrébines ou d'origine maghrébine vivant en France, elles sont soumises à l'influence récurrente et souvent antagoniste de règles juridiques, morales et religieuses qui appartiennent à deux cultures : l'une française ou occidentale, l'autre maghrébine et musulmane. De la rencontre de ces différentes normes, que la caricature tend à décrire comme totalement antithétiques, et des difficultés qu'elle suscite, on tentera de dresser un tableau limité aux relations qu'entretiennent les familles maghrébines avec d'une part, les institutions judiciaires et, d'autre part, le droit.

501. La distinction peut apparaître un peu artificielle. Bien souvent, l'attitude des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine à l'égard des institutions judiciaires est liée à la façon dont la règle de droit que ces institutions mettent ou ne mettent pas en oeuvre est perçue. À l'inverse, le rapport à la règle de droit mise en oeuvre s'explique par la légitimité ou l'absence de légitimité conférée par les intéressés à l'institution qui l'applique. Les liens qu'entretiennent le droit et les institutions qui le mettent ou non en oeuvre sont très étroits. Conscient de ces interactions, on ne renoncera pas à étudier les relations entre les familles maghrébines ou d'origine maghrébine et les institutions judiciaires, puis celles qu'elles entretiennent avec le droit.

I. LES FAMILLES MAGHRÉBINES ET D'ORIGINE MAGHRÉBINE ET LES INSTITUTIONS JUDICIAIRES

502. Le terme d'institutions judiciaires est peut-être mal approprié. En effet, sous ce terme, on vise bien évidemment les magistrats mais également toutes les institutions ou associations qui participent à l'établissement de liens entre les Maghrébins et l'institution judiciaire. Ainsi, il désigne également les avocats, les notaires, les officiers de l'état civil, les services de police, les maisons du droit, les enquêteurs sociaux et les responsables et membres d'associations qui sont en contact avec les intéressés. Le consulat du pays d'origine intervient également dans les

relations entre les Maghrébins principalement, les populations d'origine maghrébine plus rarement, et les institutions judiciaires. Seule l'attitude des familles maghrébines ou d'origine maghrébine à l'égard des magistrats a pu être observée de manière rigoureuse. On constate que si dans la majorité des cas l'institution judiciaire française est l'autorité naturelle de résolution des conflits, une part non négligeable des Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine lui refuse toute légitimité.

A. L'autorité « naturelle » des institutions judiciaires françaises

503. Pour la plupart des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine résidant en France, les magistrats constituent l'autorité naturelle vers laquelle ils se tournent pour résoudre un litige de nature familiale.

504. Elle est d'abord l'autorité naturelle parce qu'elle est l'autorité légitime. Cette légitimité est difficile à saisir parce qu'elle est uniquement d'appréciation subjective. Il ressort des entretiens avec différents magistrats que, dans les couples mixtes ou pour un nombre non négligeable de Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine dont l'ensemble des liens familiaux sont en France depuis plusieurs générations, le juge français est la seule autorité apte à résoudre les litiges.

505. Elle est également l'autorité naturelle parce qu'elle est l'autorité nécessaire à plus d'un titre. En premier lieu, elle est l'autorité nécessaire parce que le passage devant les magistrats français est la condition *sine qua non* pour que la résolution du litige ait force exécutoire en France. En second lieu, elle est l'autorité nécessaire parce que pratiquement, elle est la mieux à même de résoudre le litige. Les intéressés résident le plus souvent dans le ressort de la juridiction qu'ils saisissent, et il leur est plus aisés de saisir cette juridiction plutôt que de se tourner vers les autorités judiciaires du pays d'origine lorsque ceci est possible.

506. Elle est enfin l'autorité naturelle parce qu'elle constitue un vecteur d'émancipation pour la femme maghrébine ou d'origine maghrébine résidant en France. Le juge français permet l'application de règles françaises, fondées sur l'égalité entre époux, à une femme qui demeure soumise à l'autorité maritale en pratique bien qu'elle aspire à un statut plus conforme au milieu dans lequel elle vit. Ce constat s'est imposé à la suite des entretiens réalisés avec les magistrats et les différents intervenants du monde judiciaire.

B. L'absence de légitimité des institutions judiciaires françaises

507. À l'inverse, pour une tranche plus réduite de la population maghrébine ou d'origine maghrébine résidant en France, le magistrat français n'a pas d'autorité pour trancher un litige relatif à la vie familiale. Cette absence d'autorité se manifeste de deux façons. Positivement, lorsqu'un juge français est saisi d'un litige. Négativement, lorsque les intéressés se tournent vers les autorités du pays d'origine alors que le juge français aurait pu résoudre le conflit.

508. L'absence de légitimité est souvent invoquée par l'homme qui ressent l'intervention de l'autorité judiciaire comme une atteinte à son autorité au sein de la famille. Ce sentiment se manifeste notamment lorsqu'une mesure d'assistance éducative est prononcée par le juge des enfants. Cette absence de légitimité se manifeste également, selon certains magistrats rencontrés, dans nombreux litiges lorsque le magistrat est de sexe féminin : un juge aux affaires familiales a indiqué avoir eu, à plusieurs reprises, quelques difficultés à faire reconnaître son autorité à l'égard des hommes.

509. L'absence de légitimité se manifeste également lorsque l'un des époux ou les deux se tournent vers les autorités du pays d'origine pour obtenir une décision. C'est le cas lorsqu'un divorce d'un couple résidant en France est prononcé par une juridiction du pays d'origine, voire par un consulat du pays d'origine en France. Un des époux en demande ensuite l'exécution en France. L'hypothèse est très rare, il est vrai.

Cette attitude se retrouve également chez les couples qui se tournent vers les autorités consulaires afin de trancher leur litige. Ainsi, au Consulat du Maroc à Lyon, sont reçus entre cent soixante-dix et cent quatre-vingt couples marocains en difficulté pour effectuer une tentative de réconciliation. Le chiffre est véritablement important puisque, dans les six premiers mois de 1996, le tribunal de grande instance de Lyon a rendu deux cent soixante-quatre jugements de divorce pour l'ensemble des couples dont l'un des membres au moins est maghrébin ou d'origine maghrébine¹. Il semble même que le consulat serve de boîte aux lettres pour le tribunal de Rabat qui enregistre leur divorce lorsque la tentative de réconciliation échoue. Le Consulat de Tunisie reçoit également des couples pour tenter de les réconcilier. La proportion semble plus réduite puisque le Consul a indiqué qu'il procède à tentative de réconciliation une fois par mois en moyenne.

II. LES FAMILLES MAGHRÉBINES ET D'ORIGINE MAGHRÉBINE ET LE DROIT : LA RENCONTRE DE DEUX CULTURES JURIDIQUES

510. La vie familiale des Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine est régie par l'ensemble de règles qui appartiennent autant à la culture du pays d'origine qu'à la culture juridique française.

A. La permanence des usages...

511. Cette permanence des usages du pays d'origine se manifeste de plusieurs façons, susceptibles de deux explications. Elle peut résulter soit du rejet de la culture française soit de la préférence, recherchée volontairement ou subie, du système de valeurs du pays d'origine. Les manifestations de la permanence des usages apparaissent clairement dans certaines hypothèses. Elle est implicite parfois.

1. Les manifestations expresses de la permanence des usages

512. La permanence des usages apparaît clairement lorsque les Maghrébins résidant en France se marient devant les autorités consulaires de leur pays d'origine alors que, parfois, une telle célébration n'est pas possible légalement². Ces mariages sont peu nombreux pour les Algériens et les Tunisiens. Il n'en est pas de même pour les Marocains.

Ainsi le nombre de mariages célébrés par le consulat algérien à Lyon entre 1995 et 1997 est de trois : deux en 1995, un en 1996, aucun en 1997. Le Consulat de Tunisie à Lyon a célébré sept mariages en 1996 et six en 1997. Au Consulat du Maroc à Lyon, il a été célébré entre 1995 et 1997, cent vingt-huit mariages et il a été procédé à trois cent soixantequinze validations de mariages. Les validations de mariage font suite à un mariage célébré devant l'officier de l'état civil français. Un adoul du Consulat a déclaré qu'une seconde célébration était faite selon les prescriptions de la loi marocaine.

¹ Cf. supra, n° 397 et s.

² L'examen des dossiers de nullité du mariage a permis de découvrir dix mariages célébrés dans les consulats alors que l'un des époux était de nationalité française.

513. De même, l'étude des dossiers de divorce (264) montre que seize des couples divorçant se sont mariés au consulat de leur pays d'origine et que soixante quatorze d'entre eux se sont mariés dans leur pays d'origine¹. Pour ces derniers, il est impossible de préciser s'ils résidaient déjà en France lors de leur mariage et s'ils sont, à cette occasion, retournés dans leur pays d'origine. À partir de ces données, on sait que certains maghrébins résidant en France préfèrent, pour leur mariage, acte fondateur de leur vie familiale, passer devant les autorités de leur pays d'origine. Ils manifestent de la sorte un véritable attachement à la valeur sociale du mariage qu'ils désirent voir régi par les règles du pays d'origine.

514. Ce respect des règles du pays d'origine apparaît par exemple dans le choix d'un coreligionnaire par une part très importante des femmes maghrébines ou d'origine maghrébine qui se marient en France. L'étude du mariage des Maghrébins en France a permis de relever que le respect de cette règle s'élève à près de 85 % des mariages².

2. *Les manifestations implicites de la permanence des usages*

515. Selon les dires de président de la mosquée de Lyon, il semble également que la célébration de mariage traditionnel ait lieu à Lyon³. Ils sont célébrés par des imams. Certains d'entre eux refuseraient même de les célébrer si les époux sont passés dans un premier temps devant l'officier de l'état civil. Mais dans la plupart des cas, ces célébrations ne sont que la traduction musulmane de la célébration chrétienne du mariage pour les couples français.

516. La permanence des règles du pays d'origine se manifeste également de manière implicite pour la célébration des mariages. Ainsi, la pratique de la dot perdure sans conteste possible sur le territoire français⁴. Le responsable du service social du consulat du Maroc à Lyon a ainsi affirmé qu'un mariage sans dot n'est pas un véritable mariage. De même, les magistrats ont fait état de problèmes relatifs à la dot lors des procédures d'annulation du mariage.

517. De même, l'enquête a permis de constater indirectement que le modèle patriarcal continue de marquer de son empreinte la vie familiale des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine. Il n'a pu être constaté directement parce que la vie familiale appartient à la vie privée des intéressés. Lorsqu'un juge a été saisi, des manifestations de la permanence de ce modèle ont pu être constatées. Il est d'ailleurs parfois à l'origine du conflit ou de la situation dont le magistrat est saisi⁵.

518. Cette permanence ressort également d'un des entretiens avec les notaires qui a indiqué que les Maghrébins ou les personnes d'origine maghrébine sont parfois surpris de se voir appliquer le droit français. Dans leur esprit, surtout si elles se sont mariées dans le pays d'origine, ces personnes considèrent qu'elles sont soumises aux règles de leur pays d'origine.

B. ... et une acculturation juridique graduée

519. Pour comprendre le recours aux règles françaises ou leur respect, connaître cette règle et constater les comportements ne sont pas suffisants. Comprendre ces comportements passe également par l'analyse de l'attitude des populations maghrébines ou d'origine maghrébine envers

¹ Cf. *supra*, n° 401.

² Cf. *supra*, n° 100.

³ Cf. *supra*, n° 112.

⁴ Cf. *supra*, n° 96.

⁵ Cf. *supra*, n° 154-157 et 219 et s.

cette règle. Au-delà de la règle en tant que telle et des comportements conformes à cette règle, il existe nécessairement un élément interne qui pousse les individus à se comporter en conformité avec la règle ou à y recourir¹. C'est le sentiment d'être obligé ou la motivation du recours qui caractérisent cet élément interne. À l'intérieur de ces sentiments, on peut distinguer différents degrés².

1. Le respect et l'adhésion inconditionnelle au droit français

520. Certains Maghrébins ont recours à une règle française ou se comportent en conformité avec cette règle de manière inconditionnelle. Dans leur vie familiale, la règle juridique ou morale française est acceptée et vécue à un tel point qu'elle ne requiert aucune sorte de contrôle ou de crainte des sanctions qui l'accompagnent. Il y a en quelque sorte respect de la règle et adhésion à sa raison d'être.

521. L'exemple le plus caractéristique concerne l'attitude des Maghrébins en France par rapport au caractère monogame du mariage. Le mariage polygame est, il est vrai, de plus en plus rare au sein même de ces populations. D'ailleurs, le Code du statut personnel tunisien le prohibe. En revanche, il existe encore dans les législations des autres pays du Maghreb et dans le droit musulman classique. Pour autant, il semble que le caractère monogame du mariage soit respecté et totalement accepté par les populations maghrébines ou d'origine maghrébine en France. Certes, il existe un contentieux d'annulation du mariage pour bigamie. Huit mariages ont été annulés par le tribunal de grande instance de Lyon pour cette raison en 1996 et 1997. Mais, l'étude des dossiers laisse apparaître que dans la majorité des cas, il s'agissait de bigamies éteintes dont le procureur de la République demandait l'annulation afin de régulariser la situation des enfants³. Les cas de polygamie effective sont donc extrêmement rares. Il semble donc que le principe monogamique du mariage soit une règle complètement assimilée par les populations maghrébines ou d'origine maghrébine en France. À moins qu'il n'existe des cas de polygamie naturelle afin de contourner l'interdiction française, caractérisant, de la sorte, un rejet de la règle française. Mais un tel attachement au principe polygame du mariage et, par là même, à ses règles traditionnelles traduirait un renoncement à autre règle non moins fondamentale : l'inexistence de la famille naturelle. L'hypothèse apparaît donc invraisemblable.

522. De même, il est possible sinon de constater une véritable adhésion aux règles et institutions françaises du moins de la présumer à partir de l'étude des dossiers de divorce des couples mixtes. Par définition, le choix d'un français d'origine comme conjoint est déjà caractéristique d'une adhésion à certaines valeurs de la société d'accueil, surtout lorsque le conjoint français du couple est un homme puisqu'un tel choix contrevient au principe selon lequel une musulmane ne peut épouser qu'un musulman⁴. Qu'elles soient relatives à la nature du divorce ou à ses conséquences (autorité parentale), les statistiques tendent à être sensiblement proches de celles relevées pour l'ensemble des couples divorçant⁵. Ceci est d'autant plus marquant qu'il ressort des entretiens avec les magistrats que la mixité est un élément souvent important dans l'échec du couple, même s'il reste bien souvent un non-dit. Ces conflits sont résolus par l'autorité française et selon la loi française, ce qui est somme toute logique dès lors que l'époux d'origine étrangère a dans de nombreuses hypothèses la nationalité française.

¹ H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, pp. 55-56 et 86-88.

² M. VAN HÖCKE, *Jurisprudence*, Cours à l'Académie européenne de théorie du droit, Bruxelles, 1994-1995, non publié, p. 13.

³ Cf. *supra*, n° 105.

⁴ Cf. *supra*, n° 398.

⁵ Cf. *supra*, n° 203-205 et n° 398.

523. Aussi bien quant à son existence que quant à sa raison d'être, cette adhésion totale à la règle semble d'ailleurs être plutôt le fait des femmes d'origine maghrébine qui y trouvent un moyen d'émancipation ou le fait des enfants. Bien souvent, cette adhésion aux règles françaises n'est pas le fait de l'ensemble des membres qui composent la famille. Elle est parfois la source de nombreux conflits qui résultent de ce que l'on qualifie de choc culturel. Ainsi l'étude des dossiers du juge des enfants montre que ce conflit oppose tantôt les parents aux enfants, tantôt les époux entre eux¹. Dans la première hypothèse, les enfants désirent s'affranchir du modèle familial traditionnel et y introduisent des valeurs de la société d'accueil.

À titre anecdotique, un dossier révèle au contraire l'obsession de l'intégration émanant du père, qui supportant mal l'échec scolaire de ces enfants, les violentait. Dans la seconde hypothèse, l'épouse reçoit l'image occidentale d'une femme émancipée. Les revendications de l'épouse en ce sens s'acquittent mal de certaines attitudes du mari qui assume complètement son rôle traditionnel de chef de famille. Certaines femmes maghrébines vivent mal en France l'absence d'autonomie financière et le contrôle voire l'interdiction de ses relations avec l'extérieur.

2. Le respect et l'adhésion conditionnelle au droit français

524. Les populations maghrébines ou d'origine maghrébine se comportent en conformité avec les règles françaises mais leur attitude à l'égard de la règle est neutre. Il n'y a ni adhésion, ni rejet de cette règle quant à sa raison d'être. Le recours à la règle française ou son respect est, dans cette hypothèse, conditionnel. Les éléments qui conditionnent cette attitude face au droit français et aux institutions sont de plusieurs ordres. Bien entendu, lorsqu'on parle de condition, il ne faut pas entendre forcément une véritable revendication ou attente des populations maghrébines ou d'origine maghrébine. Cette condition peut être également implicite.

525. D'une part, dans certaines hypothèses, les populations maghrébines ou d'origine maghrébine ont recours au droit français à condition qu'il facilite leur situation en France, leur procure un avantage le plus souvent matériel ou leur apporte une sécurité. Il n'y a ni adhésion aux règles françaises, ni renoncement à celles du pays d'origine. Il s'agit ici de toutes les hypothèses d'instrumentalisation du droit français².

526. D'autre part, les populations maghrébines ou d'origine maghrébine ont recours au droit français à la condition qu'il offre un modèle de résolution des conflits familiaux proche du système du pays d'origine ou qu'il prenne en considération leur spécificité culturelle. Ainsi, la part prépondérante du divorce pour faute prononcé par le tribunal de grande instance de Lyon s'agissant des couples d'étrangers ou d'origines étrangères démontre qu'ils trouvent dans ce cas d'ouverture du divorce un modèle qui correspond peut-être aux modèles de la législation de leur pays d'origine ou du droit musulman classique³. Certes, ces systèmes normatifs prévoient la possibilité de divorcer par consentement mutuel. De même, le nombre de procédures de divorce engagées qui n'aboutissent pas parce que le demandeur se désintéresse de l'instance ou y renonce expressément fait penser au système de conciliation familiale qui existe dans la culture maghrébine. Le juge aux affaires familiales est vu comme un médiateur qui tranche un litige au sein de la famille sans pour autant prononcer un divorce. Enfin, pour répondre à cette attente des populations maghrébines, à savoir la prise en compte de la spécificité culturelle, on constate une certaine adaptation du droit français⁴.

À ce titre, il faut se méfier de la manière dont l'adaptation est réalisée. Les interlocuteurs qui adaptent le droit français aux exigences des populations maghrébines pour faciliter l'exécution de

¹ Cf. *supra*, n° 155-157.

² Cf. *infra*, n° 534 et s.

³ Cf. *supra*, n° 398 et s.

⁴ Cf. *infra*, n° 585 et s.

leurs décisions le font en fonction des représentations, pour ne pas dire clichés, qu'ils ont du modèle traditionnel musulman.

527. Enfin, les Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine ont recours au droit français à la condition que sa mise en oeuvre soit neutre, c'est-à-dire qu'il permet par la suite d'appliquer les règles du pays d'origine. Ainsi, l'entretien avec un notaire a permis de constater que les successions se font selon la loi française. Mais, il apparaît qu'une fois passés devant le notaire, les intéressés partagent de nouveau la succession en fonction de certains principes de droit musulman, comme par exemple, la règle du double ; ce qui renvoie au constat implicite de la permanence des usages.

3. Le respect et le rejet du droit français

528. On constate parfois que les populations maghrébines ou d'origine maghrébine se comportent en conformité à la règle française ou en demandent l'application de manière forcée. Il y a respect des règles françaises alors qu'il y a une remise en cause de la raison d'être de cette règle parce qu'elle est vécue comme non conforme aux valeurs culturelles d'origine.

529. On note, d'abord, l'existence d'un recours forcé au droit français et aux institutions qui le mettent en oeuvre à l'initiative de la famille. Ainsi, plusieurs magistrats ont fait état de femmes maghrébines plutôt bien intégrées qui forçaient leur mère, le plus souvent, à avoir recours au juge français pour résoudre un litige avec leur époux. Dans ces hypothèses, ils ont dû constater que la femme maghrébine est très ancrée dans la tradition musulmane et ne comprend pas véritablement ce qui se passe, voire freine l'action engagée par leur fille.

530. Le droit est appliqué contre la volonté de certains intéressés dans des affaires dont est saisi le juge des enfants. Ceci s'explique d'abord par le fait que, dans la famille musulmane traditionnelle, l'autorité revient au père et qu'il ressent l'intervention de l'autorité étatique française comme une atteinte à son autorité. La réaction hostile au droit français se manifeste parfois lors de l'application de décision rendue par un juge français. Ainsi, l'entretien avec un responsable de l'association Colin-Maillard révèle-t-il que certains pères déclarent que « ce ne se serait pas passé dans son pays d'origine ».

CONCLUSION

531. La permanence des usages du pays d'origine s'accompagne d'une acculturation juridique des populations maghrébines ou d'origine maghrébine. Un tel constat aurait pu être fait sans la mise en oeuvre de cette enquête. Cette dernière a pourtant permis de mettre en évidence certains aspects de ces phénomènes d'acculturation juridique ou, au contraire, de la permanence des usages. Si les raisons d'être de ces deux phénomènes concurrents semblent bien établies, la permanence des usages interroge le juriste et les personnes qui mettent en oeuvre la règle de droit quant au caractère universel de cette dernière.

532. D'un point de vue pratique, M. Déprez a insisté sur la nécessité de la conformité des différents actes juridiques relatifs à la vie familiale des Maghrébins ou personnes d'origine maghrébine avec le droit du pays d'origine afin qu'ils soient reconnus dans le pays d'origine¹. D'un point de vue sociologique, la vie familiale est du ressort de la vie privée. Il s'agit donc d'une des sphères de la vie des individus qui est la plus imperméable aux influences extérieures. Même

¹ J. DÉPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1988, tome 211, p. 106, n° 44.

pour les générations nées en France, elles ont connu comme modèle de vie familiale celui qui leur a été conféré par leurs parents. La différence des valeurs qu'il transmet avec celle conférée par les autres sphères de la vie sociale des intéressés constitue ce qu'on appelle le choc culturel. S'il y a choc, c'est bien que les intéressés sont régis quant à leur vie familiale par la culture du pays d'origine.

D'un point de vue juridique, le droit français ne peut réagir bien souvent que lorsque les institutions judiciaires sont saisies par un individu. Dans ce cas, il ne peut réagir contre l'ensemble des règles qui sont incompatibles avec l'ordre public familial français. Ainsi, lorsque le droit du pays d'origine prévoit une condition positive inconnue du droit français, il ne peut empêcher que cette condition soit respectée par les intéressés. Par exemple, l'officier de l'état civil ne peut rien faire face à la pratique de la dot ou face à la nécessité du consentement du père quant au choix du conjoint par l'épouse dès lors que cette dernière consent au mariage.

533. La permanence des usages du pays d'origine implique forcément des interrogations relatives à la compatibilité de cette permanence avec le caractère universel de la règle française de droit. Cette question se pose d'autant plus pour deux raisons.

Avec la place qu'il fait en principe à la loi nationale pour les questions de droit de la famille, le droit international privé pourrait constituer un élément partiel de réponse, mais il n'est pratiquement pas appliqué par les magistrats. L'ensemble des litiges relatifs à la vie familiale des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine est résolu selon la loi française.

Le prétendu caractère universel de la règle française de droit a pour but avoué d'assurer l'égalité entre les sujets de droit. Comment résoudre les litiges d'ordre familial des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine dont la culture juridique du pays d'origine ne raisonne pas en terme d'égalité mais en terme de complémentarité¹? Différentes solutions sont proposées : utilisation de l'exception d'ordre public et des règles d'application immédiate, abandon de la loi nationale au profit de la loi du domicile, prise en compte de la différence culturelle lors de l'application de la loi interne². Il semble que les juridictions lyonnaises aient recours à ces trois solutions, et aux deux dernières très fréquemment. Au mépris parfois du droit international privé, les magistrats lyonnais appliquent dans la quasi-totalité des litiges les règles françaises. De nombreux magistrats, comme les maisons du droit ou les notaires ont indiqué prendre en compte la culture du pays d'origine dans la mise en oeuvre du droit français, ce qui n'est pas sans soulever quelques interrogations quant au bien-fondé de cette pratique, surtout lorsque les intéressés avouent ne connaître que très difficilement et partiellement le droit du pays d'origine. En effet, « la reconnaissance inadéquate peut causer du tort et constituer une forme d'oppression, en emprisonnant certains dans une manière d'être fausse, déformante et réduite »³.

¹ H. FULCHIRON, *Femmes et migrations : établir le droit fondamental à l'égalité dans le cadre de la diversité culturelle*, Séminaire international, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, p. 6.

² *Idem*, pp. 8-9.

³ C. TAYLOR, *Multiculturalisme*, Flammarion, coll. Champs, 1994, p. 42.

- CHAPITRE II -

RÉFLEXIONS SUR
L'INSTRUMENTALISATION DU DROIT

RÉFLEXIONS SUR L'INSTRUMENTALISATION DU DROIT

Etienne CORNUT
Alain DEVERS

534. Alors que nous avons constaté lors de cette enquête qu'une grande partie des étrangers manient difficilement les règles juridiques et semblent appréhender les institutions judiciaires, le droit peut dans certains cas se révéler être l'objet de différentes manœuvres qui tendent soit à le méconnaître, soit à bénéficier d'avantages qui ne peuvent être atteints par les voies légales normales.

L'instrumentalisation peut se définir comme l'action par laquelle le sujet de droit cherche, par un procédé juridique efficace, à utiliser de la façon la plus opportune, une règle de droit en vue d'atteindre un résultat étranger à l'orthodoxie juridique. Cette action, en général positive mais qui peut aussi bien résulter d'une omission volontaire, traduit une certaine déviance dans l'utilisation des règles mais qui n'est pas forcément illégale et donc sanctionnée. L'instrumentalisation doit alors être qualifiée: fraude, détournement, simulation, etc., pour que le juge y apporte une réponse adéquate.

Il conviendra ainsi d'étudier dans une première partie les techniques d'instrumentalisation du droit par l'étranger et son appréhension judiciaire dans une seconde.

I. LES TECHNIQUES D'INSTRUMENTALISATION DU DROIT PAR L'ÉTRANGER

535. Pour être qualifiée d'instrumentalisation, une action doit avoir un objet précis en relation avec la condition de la personne qui la met en oeuvre et doit recourir à un moyen efficace pour permettre à l'acteur de se placer dans une situation inédite, tendant à interposer « entre lui-même et la règle qui doit s'imposer une norme inconciliable avec la première »¹.

L'objet, c'est-à-dire le but recherché par la manœuvre juridique, varie évidemment d'un cas à l'autre : il diffère en fonction de ce que l'individu recherche par rapport à sa condition juridique ; le but commande l'action qui doit permettre d'obtenir un avantage qui ne lui est pas octroyé par le droit dans des conditions normales ou encore d'éviter que les dispositions liées à sa condition ne s'appliquent.

Le contrôle judiciaire de l'instrumentalisation du droit dépend de sa licéité : la manœuvre peut être tout à fait légale et donc n'appeler aucune sanction ou au contraire être frauduleuse et par conséquent entraîner la réaction du juge. La qualification résultera de la confrontation du moyen mis en oeuvre avec les éléments constitutifs de la fraude, de la simulation ou du détournement d'institution selon les hypothèses.

¹ B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n° 2.

Les recherches entreprises ont permis de recenser un certain nombre de cas d'instrumentalisation du droit. Il sera possible, pour bien comprendre, de rapprocher de ces constats d'autres manœuvres non relevées à Lyon mais qui peuvent présenter un intérêt certain pour les étrangers concernés. Ces exemples porteront sur le couple (A) puis sur la famille entendue comme le couple avec enfant (B).

A. Le couple et l'instrumentalisation du droit international privé

536. L'hypothèse classique et bien connue d'instrumentalisation du droit est le mariage de complaisance ou mariage naturalisant, contracté par un étranger dans le seul but de bénéficier d'un avantage qui lui est inhérent ou secondaire, avantage qu'il ne pourrait atteindre par la voie légale normale. La qualité de conjoint d'un ressortissant français présente en effet de nombreux attraits : délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire¹, d'une carte de résident après un an de mariage², protection contre l'éloignement après cette même période³, possibilité d'acquérir la nationalité française du conjoint par déclaration sous certaines conditions⁴. De plus, depuis plusieurs années, la jurisprudence a développé une véritable protection contre l'éloignement des étrangers fondée sur le respect de leur vie privée et familiale prévu à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁵. La tentation peut dès lors être grande pour l'étranger de convoler avec un Français: sur les 20 000 mariages mixtes célébrés chaque année en France, certains estiment entre 5 et 10 % le nombre d'unions « boiteuses »⁶. Des 54 dossiers d'annulation de mariage sélectionnés sur six mois d'activité judiciaire, 31 concernent un mariage fictif ou qui était présumé comme tel, ce qui laisse penser que ce type d'instrumentalisation est encore assez usité malgré les dispositions restrictives mises en place par les lois des 22 juillet et 24 août 1993, usage qui est confirmé par les praticiens du droit, juges et avocats. Les forces de police⁷ précisent en outre que le prix d'un mariage blanc oscille entre 30 000 et 50 000 francs qui servent à rémunérer l'époux français, l'entremetteur et à payer le divorce subséquent. Ce prix peut d'ailleurs prendre la forme d'une dot, prévue traditionnellement par le droit musulman.

Le mariage de complaisance est un cas d'instrumentalisation frauduleuse par excellence. Cette pratique doit être condamnée dans son principe et surtout dans ses effets par la nullité du mariage célébré. Sur les 31 dossiers étudiés, 23 concernent une action en nullité motivée par un défaut de

¹ Article 12 bis 4^o de l'ordonnance du 2 novembre 1945 issu de la loi du 11 mai 1998.

² Article 15 1^o de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

³ Article 25 4^o de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

⁴ Article 21-2 du Code civil tel qu'issu de la loi du 16 mars 1998, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1998.

⁵ Cf. *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de libertés fondamentales*, Actes des journées de travail organisées à Lyon le vendredi 14 et samedi 15 novembre 1997, sous la direction de H. FULCHIRON, L.G.D.J., 1999, notamment L.-E. PETTITI, « La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l'homme », p. 27, H. LABAYLE, « Le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », p. 83, et X. PESENTI, « Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », p. 139. Le Conseil d'État admet en effet aujourd'hui d'examiner le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la CEDH par une mesure d'éloignement, que ce soit une expulsion (CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, Rec. p. 18, concl. ABRAHAM), une reconduite à la frontière (CE Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas*, AJDA 1991, p. 551, note JULIEN-LAFFERIÈRE), ou un refus de visa (CE, 10 avril 1992, *Aykan*, RFDA 1993, p. 541, concl. DENIS-LINTON).

⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit de la famille face à la fraude à l'insertion familiale », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1992, p. 83.

⁷ Chargées en ce domaine des enquêtes tendant à vérifier la sincérité du mariage lorsque le ministère public sursoit ou s'oppose à la célébration du mariage, ou à la demande du préfet lors de la procédure d'octroi d'un titre de séjour ou d'acquisition de la nationalité française.

consentement au mariage¹ et 8 sur le fondement d'un vice du consentement². Le motif logique de la nullité est le défaut de consentement. Ainsi dans un dossier le juge retint cette cause pour annuler le mariage sans tenir compte de l'erreur invoquée par l'époux français.

Il est intéressant de noter que sur les 31 actions engagées, seulement 15 ont conduit à une annulation, soit à peine 50 %. Ces résultats tiennent sans aucun doute à la protection dont bénéficie le mariage mais aussi à la grande difficulté de prouver la fraude. Cette preuve doit être recherchée notamment dans l'absence de vie commune, dans les conditions de la célébration³, etc. Les juges du siège sont très exigeants quant à la pertinence de cette preuve et le moindre doute jouera en faveur du mariage. Le Parquet l'est parfois moins, comme le montre ce dossier où il engagea une procédure alors que les époux cohabitaient avec un enfant issu du mariage. Il a bien sûr été débouté de sa requête.

Il est aussi étrange de constater que certains juges n'hésitent pas à prononcer le divorce dans des cas où la fictivité du mariage ne fait aucun doute en estimant que constitue une faute grave, justifiant le divorce aux torts exclusifs du mari, le fait pour celui-ci de n'avoir contracté mariage que dans le but de régulariser sa situation administrative. Il arrive aussi que dans certaines hypothèses le juge ne retienne pas cet argument dans l'exposé des motifs de peur que la manœuvre ne parvienne « aux oreilles de la Préfecture ». Il motive la solution en ne retenant que le refus de communauté de vie et l'abandon de domicile conjugal corrélatif. Cette solution est doublement avantageuse pour le fraudeur: il est beaucoup plus facile d'obtenir un divorce que d'engager une procédure en annulation du mariage et, surtout, le but recherché par l'étranger sera en principe atteint. Les effets du divorce, contrairement à la nullité, ne sont pas rétroactifs ; l'étranger conservera donc la nationalité française acquise par son mariage le cas échéant, nonobstant un soupçon de fraude⁴. Le juge accepte ici le jeu de l'étranger en validant sa manœuvre, ou plutôt ses conséquences, sur le fondement de critères parfois plus humains que juridiques. C'est peut-être une façon de répondre à certaines associations qui reprochent aux magistrats d'avoir « un code à la place du coeur ».

D'autres sanctions, complémentaires celles-ci, sont parfois prononcées par les juges: la condamnation aux dépens de l'instance pour l'époux qui s'est sciemment exposé à pareille procédure en concluant un mariage fictif⁵ ; l'octroi de dommages et intérêts au conjoint de bonne foi, même si dans un dossier le juge rejeta cette demande au motif que l'épouse n'apportait pas la preuve d'un préjudice distinct de celui déjà réparé par l'annulation du mariage: c'est faire peu de cas de son préjudice moral. Toutefois, cette solution peut se comprendre dans la mesure où le droit est destiné à éviter et réparer le cas échéant les injustices ; il ne l'est pas pour remédier à la crédulité des gens. Des sanctions pénales peuvent être aussi prononcées, notamment la fausse qualité de conjoint⁶ et l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers⁷.

537. Depuis la loi du 24 août 1993, le regroupement familial est interdit à l'étranger polygame ainsi que l'octroi d'un titre de séjour. Une séparation familiale est donc possible au choix du

¹ Article 146 du Code civil. Il y a défaut de consentement car la volonté déclarée (celle exprimée devant l'officier de l'état civil) n'est pas conforme à la volonté réelle des époux (volonté cachée et consciente par laquelle les parties « ne se sont prêtées à la cérémonie qu'en vue d'un effet secondaire au mariage, étranger aux buts de l'institution, avec la volonté délibérée de se soustraire à toutes ses autres conséquences légales » : Paris 11 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 2, somm. p. 293, note RAYMOND.

² Article 180 du Code civil. Est invoquée ici l'erreur du conjoint de bonne foi qui ne connaissait pas les véritables intentions de son conjoint.

³ Plusieurs circulaires dressent une liste non exhaustive d'indices laissant présumer la fraude, notamment celle du 16 juillet 1992.

⁴ Sauf si la mauvaise foi du divorçant est retenue, mais ici elle supposerait que le juge reconnaisse, dans son jugement, que l'étranger a contracté un mariage de complaisance, donc la fraude...

⁵ Cf. par exemple Paris 25 septembre 1986, *D.* 1987, p. 134, note MAYER et CALE.

⁶ Article 441-6 du nouveau Code pénal.

⁷ Article 21-I alinéa 1^{er} de l'ordonnance de 1945. Le conjoint de l'étranger, et son concubin depuis la loi du 11 mai 1998, bénéficient d'une immunité pour cette infraction, encore faut-il que le lien matrimonial soit effectif.

mari qui devra, pour venir en France, «sélectionner» l'épouse et ses enfants qui l'accompagneront. Pour remédier à cette situation, la parade paraît aisée : l'homme est en France, il fait venir sa première épouse et les enfants qu'il a eus avec celle-ci au titre du regroupement familial ; tous obtiennent ainsi un titre de séjour. Il suffit de divorcer plus d'un an après la délivrance du titre pour empêcher son éventuelle remise en cause¹. La manœuvre est possible car l'administration, pour fonder son refus sur la polygamie, doit établir que l'étranger est polygame et réside déjà en France avec un premier conjoint. Pour sa défense, l'étranger peut utilement démontrer qu'il est monogame alors même qu'il continue à cohabiter avec son « ex-femme». La fraude semble pourtant évidente mais pour la combattre, les juges devront s'attacher à contester la sincérité du divorce, sorte de divorce simulé, réalisé à seule fin de permettre aux autres épouses de l'étranger de bénéficier du regroupement familial. La solution consistera alors, non en l'annulation du divorce qui est impossible, mais à refuser l'effet frauduleusement recherché².

Toutefois, ces situations semblent peu fréquentes, voire quasi inexistantes: aucun cas n'a été relevé sur Lyon durant la période de recherches et surtout, il apparaît que la bigamie se rencontre essentiellement dans les premières générations de migrants, celles qui justement ne sont plus concernées par le regroupement familial. Les populations accueillies depuis les années soixante, mais également les étrangers nés en France de parents étrangers, se conforment, d'après les praticiens du droit, à la loi française³.

B. L'enfant : moyen de l'instrumentalisation du droit international privé

538. L'objet de l'instrumentalisation est en étroit rapport avec la situation de la personne qui y a recours: l'action est conditionnée par la réalisation d'un certain projet rendu nécessaire, aux yeux de l'opérateur, par sa situation juridique. Le droit n'est alors pas considéré comme un but mais bien comme un moyen de parvenir à une fin différente de celle voulue par le législateur. Deux dossiers illustrent la précarité du sort des étrangers irréguliers ou qui ne résident pas en France.

Les étrangers en situation régulière au regard des règles d'entrée et de séjour en France bénéficient, en principe, «des mêmes droits que les citoyens français [et notamment] de la plupart des prestations de sécurité sociale (assurances sociales, prestations familiales, accident du travail)»⁴. D'autres droits sont liés soit à des conditions de résidence d'une certaine durée (notamment l'aide sociale), soit à la conclusion d'une convention de réciprocité. La loi n° 98-349 du 11 mai 1998 rompt - c'est un grand progrès eu égard au principe de l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux - avec la condition de nationalité pour toutes les prestations

¹ «En cas de rupture de la vie commune, le titre de séjour remis au conjoint peut, pendant l'année suivant sa délivrance, faire l'objet d'un refus de renouvellement ou d'un retrait, suivant sa nature (article 29.IV de l'ordonnance de 1945).», B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n° 1028.

² Cf. par comparaison l'affaire *Taleb*, civ. 1^e 17 novembre 1981 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1982, p. 669, note FOYER ; D. 1982, p. 573, note GUIHO ; J.C.P. 1982, II, 19842, obs. GOBERT. Il s'agissait d'un couple mixte ayant divorcé pour mieux se remarier deux mois plus tard afin de bénéficier des nouvelles dispositions de la loi du 9 janvier 1973. Le remariage resta valable mais l'acquisition de la nationalité française refusée.

³ On note un mouvement inverse chez les populations d'Afrique noire installées en France : un retour aux valeurs traditionnelles incluant la polygamie. On estime de 4 000 à 6 000 le nombre de ménages africains polygames, soit environ 50 000 à 70 000 personnes dont 4 000 à 55 000 enfants (sur une base de 12 personnes par ménage). Cf. à ce sujet E. RUDE-ANTOINE, *La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée*, *Journal des anthropologues*, 1997, n° 71, p. 39 ; *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, éd. Odile Jacob, 1997 ; B. de la CHAPELLE, *Le phénomène polygamique en France*, *Rev. fr. aff. soc.* 1997, p. 145 ; F. GASPARD, *La société française confrontée à la polygamie. Quelques éléments de réflexion*, *Rev. fr. aff. soc.* 1992, numéro spécial, p. 181.

⁴ B. AUDIT, préc., n° 1059.

sociales non contributives¹.

La première affaire impliquait une mère en situation irrégulière qui décida de se défaire de l'autorité parentale qu'elle exerçait sur ses trois enfants mineurs, au profit de ses propres parents afin que ceux-ci, résidant régulièrement en France, puissent percevoir certaines prestations familiales. Cette manœuvre est une conséquence indirecte de la loi du 24 août 1993 qui a privé le clandestin de l'accès à notre système de protection sociale: «cet accès est désormais subordonné, sauf exception, à la régularité de la situation de l'étranger»². Les prestations familiales n'échappent pas à cette exclusion³ et exigent-elles aussi, pour leur versement, une résidence «stable et régulière sur le territoire français»⁴.

La seconde affaire concernait un enfant dont l'état de santé nécessitait des soins réguliers. Les parents qui résidaient habituellement en Algérie demandèrent la délégation de leur autorité parentale en faveur du grand-père paternel de l'enfant, résidant régulièrement et de manière stable en France, pour que l'enfant bénéficie des soins hospitaliers que son état réclamait. Difficile, cette manœuvre est de plus, dans une certaine mesure, inutile. Il existe en effet quelques exceptions à l'exigence de régularité du séjour et notamment pour les «prestations de l'aide médicale pour les soins dispensés par un établissement»⁵. Le stratagème semble ainsi dénué d'intérêt, même s'il est vrai que le «tourisme sanitaire» de non-résidents en France a été réglementé par les autorités ministérielles⁶.

539. Mais la question essentielle réside dans le moyen utilisé : la délégation d'autorité parentale. La règle en droit français est, d'après l'article 376 du Code civil, celle de l'indisponibilité de l'autorité parentale. Une délégation d'autorité parentale, totale ou partielle, ne peut se faire selon le même texte qu'en vertu d'une décision du juge aux affaires familiales (J.A.F.), par remise de l'enfant à une personne digne de confiance et sous certaines conditions⁷. Les deux cas invoqués sont intéressants car, contrairement aux mariages fictifs, le stratagème devait, pour se réaliser, obtenir l'aval du J.A.F. puisque les conventions conclues à propos de l'exercice de l'autorité parentale ne peuvent avoir d'effet qu'avec l'intervention du juge⁸. Or, l'intérêt des demandeurs semblait sans conteste être différent de celui généralement invoqué pour accorder une délégation, à savoir l'incapacité matérielle ou morale des parents à élever l'enfant. Toutefois, c'est le juge qui statue en tout état de cause sur le principe de la délégation volontaire en fonction d'un critère unique: l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi si cet intérêt est démontré, la délégation sera prononcée alors même qu'elle était motivée par des considérations toutes autres.

Ainsi, dans ces deux affaires l'instrumentalisation porta ses fruits, mais il faut dire que la délégation existait déjà en fait. La fraude pourrait pourtant être retenue dans des hypothèses similaires où l'intérêt de l'enfant n'est pas aussi marqué. La situation correspond en effet à la définition classique de la fraude : «*il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire d'une règle obligatoire* [articles L. 512-2 et L. 115-2 C.S.S. précités] *par l'emploi à dessein d'un moyen efficace* [la délégation volontaire d'autorité parentale] *qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* [le jugement de délégation bénéficie de l'autorité de la

¹ Le législateur français se met ici en conformité avec les engagements internationaux de la France et il consacre le principe d'égalité défendu par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 89-269 du 22 janvier 1990, *JO* du 24 janvier 1990. Sur les apports de la loi du 11 mai 1998 en matière de protection sociale pour les étrangers, V. *Dictionnaire permanent du droit des étrangers*, bulletin n° 47 du 1^{er} juin 1998, p. 8852.

² Article L. 115-6 du code de la sécurité sociale. J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT, *Le droit de l'étranger à la protection sociale* : *Rev. dr. soc.* 1994, p. 69. Cette condition restrictive n'a pas été remise en cause par la loi du 11 mai 1998.

³ Article L. 512-2 du code de la sécurité sociale et Cass. Soc. 7 juin 1989 : *D.* 1990, somm., p. 147, obs. X. PRETOT.

⁴ DC n° 93-325 du 13 août 1993, premier considérant, *JO* du 18 août 1993, p. 11722.

⁵ J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT, art. préc.

⁶ A.-P. GOLLOT, *La santé des migrants et des réfugiés en Europe*, Petites Affiches, n° 136, 12 novembre 1993, p. 13.

⁷ Article 377 du Code civil. L'enfant doit avoir moins de seize ans et l'accord des parents est exigé en fonction du mode d'exercice de l'autorité parentale et le choix des délégués est fait par ces derniers.

⁸ Civ. 2^{ème}, 16 avril 1986, *Bull. civ.* II, n° 51.

chose jugée] »¹. Mais le juge a-t-il véritablement les moyens de la déceler ? Rien n'est moins sûr.

540. L'enfant est souvent au centre de stratagèmes juridiques, notamment après le divorce des parents qui se disputent l'attribution de l'autorité parentale. En droit français, le principe depuis les lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993 est celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale² après le prononcé du divorce; il n'est dévolu à un seul des parents qu'à titre exceptionnel et uniquement lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le comportement du parent visé met la santé, la moralité, l'éducation ou la sécurité de l'enfant en danger³. L'enjeu de la garde se déplace alors vers le choix, par le J.A.F., de la résidence habituelle de l'enfant donnant au parent accueillant une autorité parentale renforcée, mais aussi des modalités d'organisation du droit de visite et d'hébergement dont va bénéficier l'autre parent.

Les recherches entreprises dans les archives des J.A.F. de Lyon ont permis de constater que les divorces sont fréquemment conflictuels et cette discorde semble se répercuter sur l'enfant à deux niveaux. D'une part, les juges ont l'impression que l'exercice de l'autorité parentale est parfois utilisé comme un moyen de pression et de négociation par l'époux non-fautif qui entend ainsi punir son conjoint. Il a ainsi été fréquemment constaté que la mère, en général « victime » du divorce, accable son mari pour obtenir une décision à son avantage⁴. D'ailleurs en droit musulman, la garde des enfants est un droit qui lui est reconnu et dont la mère ne peut être privée sans son accord, à moins qu'elle ne soit incapable ou indigne de remplir cette fonction. Même si cette remarque doit être tempérée, il apparaît en effet que le taux d'exercice conjoint de l'autorité parentale passe de 67 % toutes causes de divorces confondues à 54 % en présence d'un divorce pour faute⁵, ce qui pourrait en partie s'expliquer par ces pressions, le juge n'ayant pas toujours les moyens de faire la part des choses entre les demi-mensonges et les pseudo-vérités.

D'autre part, le conflit se retrouve dans les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement. En cas de conflit patent, des rencontres sont organisées en milieu neutre, mais surtout, le parent français d'un couple mixte ou celui qui réside en France qui a les enfants à sa charge peut réclamer une mesure d'interdiction de sortie du territoire français (IST). Les tribunaux peuvent en effet restreindre l'exercice du droit de visite à certains lieux précis ou interdire la sortie du territoire métropolitain, ou l'assortir de garanties lorsqu'il s'exerce à l'étranger. Le risque est donc grand de voir un parent, notamment l'époux français dans un couple mixte, agiter le « spectre » de l'enlèvement pour obtenir une décision à son avantage : Sur 90 dossiers de divorce étudiés, 8 mesures d'IST ont été présentées.

Les praticiens du droit notent qu'en effet le risque de renvoi des enfants, notamment des jeunes filles en vue d'un mariage forcé, dans le pays d'origine de leurs parents est réel même s'il demeure limité⁶. Face à ce phénomène, le droit semble ne disposer que de moyens limités. D'une part, une IST serait inutile en droit lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement par les deux parents : ceux-ci disposant alors des mêmes prérogatives, la réalisation de tous les actes relatifs à la personne de l'enfant nécessite l'accord de l'un et de l'autre. Certes, l'article 372-2 du Code civil pose le principe d'une présomption d'accord parental lorsqu'il s'agit de réaliser des actes usuels mais un franchissement de frontières ne peut valablement être qualifié comme tel. Ensuite, et nonobstant le fait que les mesures d'IST sont transmises aux différents postes de frontières, celles-ci ne semblent être très efficaces en dehors des aéroports où les personnes se présentant seules avec un mineur sont systématiquement confrontées à un fichier informatique

¹ J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, éd. Dalloz, 1957, p. 208.

² Article 287 du Code civil.

³ Cf. *supra*, n° 214 et s.

⁴ Ceci n'est évidemment pas l'apanage des populations maghrébines.

⁵ Cf. *supra*, n° 203 et s.

⁶ Le proviseur d'un établissement scolaire a ainsi eu connaissance de trois cas de départ puis de mariage forcés.

d'IST. Enfin, l'efficacité des conventions multilatérales et bilatérales existant en ce domaine ne pourra « être assurée qu'avec la pleine coopération des États concernés»¹. C'est ce gage d'efficacité qui limitera véritablement les déviations.

Ces manœuvres ne peuvent être qualifiées de fraude; elles correspondent le cas échéant à des abus de situation non répréhensibles mais qu'il convient de limiter dans l'intérêt de l'enfant objet de telles discorde. Une constatation reste tout de même troublante : sur 8 demandes d'IST, 6 ont été accueillies dont 4 concernaient des couples mixtes français-étranger. Faut-il y voir une crainte des magistrats sur le sort des enfants français de couples mixtes divorcés, l'expression d'un danger réel pesant sur ces enfants, ou l'habileté de parents cherchant à agiter certains fantasmes pour obtenir une décision en leur faveur ? Une réponse définitive semble difficile à apporter. C'est peut-être la conjonction de ces trois données combinées au doute quant aux intentions de l'étranger, au changement probable de la situation sociale, éducative et économique de l'enfant, ou encore au fait qu'il n'existe pas de conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants entre la France et le pays de l'étranger concerné². Il est alors intéressant de constater que pour les deux dossiers refusant l'IST, qui concernaient des époux de même nationalité, le juge motiva sa décision par le fait qu'il n'est pas anormal que les enfants puissent aller rendre visite à leur famille restée au pays, notamment pendant la durée des vacances scolaires. Le serait-ce alors pour les enfants issus d'un couple mixte ? Même si les différentes décisions peuvent se concevoir, le concept de normalité ainsi développé reste ambigu.

541. L'attribution de l'autorité parentale exclusive n'est pas le seul moyen que certains étrangers ont trouvé pour rester en France³. Les reconnaissances mensongères d'enfant sont-elles aussi efficaces puisqu'elles parent d'un enfant français résidant en France permet d'obtenir de plein droit un titre de séjour⁴, et qu'elles peuvent constituer le complément idéal d'un mariage de complaisance⁵.

En principe, à la suite de cette manœuvre, comme pour le divorce subséquent au mariage fictif, une fois que l'objectif recherché est atteint, l'auteur de la reconnaissance la dénonce par une action en contestation de paternité, en invoquant des motifs susceptibles de ne pas laisser transparaître la manœuvre. À la différence du mariage, dénier une filiation suppose des causes objectives. Le contrôle du juge sera beaucoup plus poussé et l'annulation plus difficile à obtenir sans éveiller les soupçons. L'auteur pourra invoquer l'erreur, l'adultére de la mère au moment de la conception ou son absence pendant cette même période, causes qui seront d'autant plus faciles à établir que la mère sera complice de l'expédition.

Aucun cas de reconnaissance mensongère n'a été constaté à Lyon durant la période de recherche, mais les praticiens du droit notent que cette pratique demeure répandue et que la rupture du couple entraîne souvent des contestations. En revanche, une affaire concernait un homme qui, lors d'une procédure de divorce intentée par sa première épouse⁶, contesta sa paternité pour échapper au paiement d'une pension alimentaire. Même si ce dossier ne permet pas d'affirmer qu'il s'agissait de la contestation d'une reconnaissance mensongère, certains éléments peuvent le

¹ B. AUDIT, préc., n° 680.

² Il existe une convention internationale de La Haye du 25 octobre 1980 (Décret du 29 novembre 1980, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1980, p. 893, note BATTIFOL ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1981, p. 232) ratifiée par 45 Etats en 1996 ; et des conventions bilatérales conclues avec les pays du Maghreb : convention franco-marocaine du 10 août 1981 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 531), franco-tunisienne du 18 mai 1982 (*Rev. crit. dr. int. pr.* 1983, p. 539) et franco-algérienne du 21 juin 1988 (*Rev. crit. dr. int. pr.* 1988, p. 797).

³ « Ainsi, une enquête locale relative aux déclarations conjointes destinées à conférer aux deux parents naturels l'autorité parentale conjointe établissait à 5/6 le pourcentage de celles qui avaient pour objet l'attribution au père d'une carte de résident. », F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. préc., p. 84.

⁴ Articles 12 et 15 de l'ordonnance de 1945.

⁵ En supprimant le délai d'un an exigé par l'article 21-2 du Code civil et surtout en ajoutant une touche de sincérité dans la manœuvre, gage de sa réussite.

⁶ L'homme était par ailleurs bigame et aurait déjà été condamné comme tel.

faire penser: la mère (étrangère) était née en France ainsi que l'enfant, celui-ci était donc français¹. Dans cette affaire, le juge rejeta la demande car le mari n'a pas établi qu'il ne vivait plus avec la mère de cet enfant pendant la période légale de conception.

542. Ainsi l'enfant est fréquemment au centre d'une « instrumentalisation familiale » tenant sans aucun doute aux nombreux droits, qu'ils soient civils, civiques ou sociaux, attachés à la qualité de parent d'un enfant français² mais aussi, peut-être, à la moindre attention dont les autorités de contrôle font preuve face à cette notion primordiale en droit qu'est l'intérêt de l'enfant. Le stratagème peut alors « s'effacer » devant des considérations de fait tenant à la personne de l'enfant. Les décisions des juges dans les dossiers relatifs sont à ce titre révélatrices. Le J.A.F. est en fait bien désarmé face aux reconnaissances mensongères. En effet, « si se présente devant [lui] un couple de parents dont l'un est étranger, si ce parent ne cohabite pas avec l'autre parent, et au surplus réside loin de lui et par là-même de l'enfant, comment ne pas suspecter le caractère frauduleux de la [reconnaissance] ? »³. Pourtant, la Cour de cassation a affirmé, sous l'empire de la loi du 22 juillet 1987, que celle-ci ne donnait pas au juge d'instance⁴ le pouvoir de contrôler si la déclaration est conforme à l'intérêt de l'enfant, mais aussi que « le juge ne peut contrôler la légitimité des motifs de cette déclaration »⁵. La loi du 8 janvier 1993 ne change rien au problème : même si le J.A.F. peut souverainement délivrer une attestation de vie commune qui justifie la communauté de vie des parents au moment de la reconnaissance⁶, « la suspicion de fraude qui pourrait le conduire à refuser la délivrance de cette [attestation], ne lui permettra toujours pas de rejeter la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale que les parents ne manqueront pas de faire alors »⁷.

Quoi qu'il en soit, la reconnaissance mensongère constitue une hypothèse d'instrumentalisation frauduleuse au même titre qu'un mariage fictif, et elle peut être annulée à ce titre pour défaut de consentement ou faire l'objet d'une action en contestation par toutes personnes intéressées et notamment, depuis la loi du 3 janvier 1972, par le Parquet mais seulement « si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée »⁸. « Ce sera rarement le cas »⁹.

543. En définitive, l'instrumentalisation, c'est-à-dire « tout écart entre les conduites et les règles («ineffectivité» des secondes) manifeste un dysfonctionnement du droit »¹⁰ et « les règles juridiques ne procurent (...) les résultats attachés à leur application (à tous les sens du terme) que si les acteurs sont en mesure et jugent opportun d'y conformer les choses ou de réclamer l'adjudication de résultats conformes à leurs dispositions, et s'ils ne s'accordent pas pour ne pas réaliser ou réclamer cette conformité »¹¹.

¹ Article 19-3 du Code civil issu de la loi du 9 janvier 1973 : est français l'enfant né en France dont l'un au moins des parents est lui-même né en France.

² Cf. F. MONÉGER, « L'étranger parent d'un enfant français », in *Les étrangers et la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et de Libertés fondamentales*, préc., p. 187.

³ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. préc., p. 89.

⁴ Alors compétent comme juge des tutelles.

⁵ Civ. 1^{re}, 26 juin 1990, J.C.P. 1991, II, 21688, note VAUVILLE.

⁶ Articles 372 et 372-1 du Code civil.

⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. préc., p. 90.

⁸ Article 339 alinéa 2 du Code civil.

⁹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, art. préc., p. 94 et exemple cité.

¹⁰ A. JAMMEAUD, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, chr., p. 207.

¹¹ *Ibid.*, p. 209.

II. L'APPRÉHENSION JUDICIAIRE DE L'INSTRUMENTALISATION DU DROIT

544. Nous aborderons dans cette seconde partie d'une part l'instrumentalisation vue par les règles de conflit du droit international privé français avant d'envisager succinctement, d'autre part, la question de l'adaptation du droit matériel par le juge.

A. Les mécanismes du droit international privé à l'épreuve de l'instrumentalisation

545. Les juridictions françaises appliquent naturellement le droit français pour trancher les litiges opposant leurs nationaux. Ainsi, le divorce de deux français est logiquement régi par la loi française. Le raisonnement est différent lorsque la situation juridique, soumise au juge français, révèle un élément étranger (par exemple : l'une des parties n'est pas française). Cette extranéité induit parfois un conflit entre plusieurs lois nationales (loi française - qui est aussi la loi de la juridiction saisie du litige - contre loi étrangère).

546. La résolution de ce conflit peut amener le juge à trancher l'affaire selon la loi française. Ainsi, le divorce et la séparation de corps sont régis par la législation française lorsque les deux époux sont français, ou lorsque les époux résident tous deux en France, ou lorsqu'aucune loi étrangère se reconnaît compétente alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps¹. De même, les dispositions relatives à l'assistance à l'enfance en danger sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents². Enfin, les dispositions françaises du régime primaire relatives aux droits et devoirs des époux sont d'application territoriale³. Le juge statue alors conformément au droit français, loi du *for*.

547. Le conflit de lois peut également amener le juge à trancher l'affaire selon la loi étrangère. Ainsi, la jurisprudence a admis que le statut personnel⁴ des étrangers résidant habituellement en France reste soumis à leur loi nationale⁵, et la loi prévoit expressément que la filiation d'un enfant étranger est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance⁶. La loi étrangère a donc vocation à régir certaines situations juridiques soumises au juge français. En pratique pourtant, les cas d'application de la loi étrangère restent rares.

Le passage de la théorie à la pratique est parfois un chemin sans issue. Cette répartition des compétences entre les lois françaises et étrangères est altérée par l'ingéniosité des praticiens du droit qui, manipulant les règles du droit international privé, amènent le juge à trancher le litige selon le droit français (la loi française a en effet une vocation subsidiaire, ce qui évite le déni de justice de l'article 4 du Code civil). Les conseils montrent en effet une nette préférence pour l'application de la loi française. Ils la connaissent, la manipulent aisément et bien souvent elle favorise leurs clients. Ils cherchent donc à évincer la loi étrangère.

Cette éviction est possible d'une part en dissimulant l'élément étranger facteur de rattachement (1), d'autre part en omettant d'invoquer la loi étrangère (2). Le juge saisi doit alors être circonspect et, le cas échéant, appliquer d'office la règle de conflit.

¹ Article 310 du Code civil. Cf. *supra*, n° 278 et s.

² Civ. 1^{re}, 16 janvier 1979, *Clunet* 1981, p. 66, note J. FOYER. Cf. *supra*, n° 276.

³ Civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, *Rev. Crit. dr. int. pr.* 1988, p. 540, note Y. LEQUETTE..

⁴ « Ensemble de règles juridiques régissant l'état et la capacité des personnes ». Lexique des termes juridiques, 11^{ème} éd. 1998, Dalloz. C'est-à-dire les règles concernant le mariage, le divorce et la séparation de corps, la filiation, la parenté et l'alliance, la capacité.

⁵ Raisonnement par analogie tiré de l'article 3 alinéa 3 du Code civil ; Civ. 1^{re}, 13 avril 1932, *D. P.* 1932, 1, p. 89, concl. MATTER, note BASDEVANT.

⁶ Article 311-14 du Code civil.

1. La dissimulation de l'élément étranger

548. La nationalité des parties est un facteur classique de rattachement de la situation juridique à la compétence d'une loi étrangère. La nationalité est peu vérifiée¹ et souvent ne figure même pas dans les dossiers consultés auprès du tribunal de grande instance²; le juge devrait pourtant la rechercher ou au moins la demander. Cette carence, volontaire ou non, entraîne l'application de la loi française. Le concept d'instrumentalisation doit être réservé aux cas consciens d'omission de ces éléments de rattachement puisque, selon la définition retenue³, l'instrumentalisation est une action dont l'objectif est déterminé à l'avance par celui qui instrumentalise les règles juridiques. On peut supposer que certains des époux divorcés, dont les dossiers ont été étudiés, relevaient d'une loi étrangère.

Une affaire concernait un couple de ressortissants tunisiens ayant vécu en France de 1990 à 1996. L'époux décide ensuite de rentrer seul dans son pays d'origine, sa femme restant en France. L'épouse introduit en France une demande de divorce pour faute (violence, boisson, etc.) et n'indique pas que son époux n'y réside plus de manière habituelle. Conformément à l'article 310 du Code civil, le juge peut prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari⁴ selon la loi française, divorce réputé contradictoire⁵. Nombres de jugements indiquent que l'époux a été régulièrement assigné, qu'il n'est pas représenté et qu'il ne comparaît pas. Cette hypothèse se situe entre l'instrumentalisation et la fraude⁶ puisqu'elle participe à l'éviction de la loi tunisienne, normalement compétente en vertu de l'article 310 alinéa 2 du Code civil si on considère que le mari entend établir son nouveau domicile en Tunisie, ce qui semble être le cas ici, sous réserve évidemment que la loi tunisienne se reconnaîsse compétence dans cette hypothèse⁷.

549. Mais, en ce qui concerne les effets du divorce, certains avocats indiquent qu'il est plus opportun de demander une pension alimentaire en France même si l'on sait qu'il existe déjà un jugement, sur ce point, rendu à l'étranger. En effet, la conversion en francs français d'une pension alimentaire en dirhams est impossible⁸. La démarche de l'avocat de l'épouse est alors simple: oublier l'existence d'un précédent jugement et réintroduire une nouvelle demande en France (en espérant que l'avocat adverse ne réagisse pas). En principe, pour recevoir application en France, un jugement étranger doit voir sa régularité vérifiée par le juge de l'exequatur selon une procédure particulière. Cinq conditions doivent être remplies: « la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction,

¹ Il semble en fait que la nationalité ne soit pas vérifiée lorsque le praticien entend appliquer la loi française, car en ce qui concerne les conflits familiaux, la nationalité est un élément essentiel à prendre en compte en général toujours demandé dans les dossiers.

² Cf. *supra*, n° 402.

³ Cf. *supra* n° 534.

⁴ Pourtant, les juges du fond doivent rechercher si, au jour de l'introduction de la demande de divorce, les époux avaient *l'un et l'autre* leur domicile sur le territoire français : Civ. 1^{re} 17 juillet 1980, *J.C.P.* 1982, II, 19717, note COURBE ; *Clunet* 1981, p. 75, note SIMON-DEPITRE. En effet, le domicile correspond à un établissement effectif révélant une intégration au milieu local : Civ. 1^{re} 15 mai 1961, *D.* 1961, p. 437, 3^{ème} esp., note HOLLEAUX.

⁵ Ainsi, les juges notent l'importance numérique des mariages réputés contradictoires, importance confirmée par les dossiers.

⁶ Cette hypothèse ne fonctionnerait pas pour des marocains qui sont spécifiquement régis par la Convention franco-marocaine de 1980. Deux époux marocains ne pourraient d'ailleurs pas renoncer à l'application de cette convention étant donné qu'ils n'ont pas, en matière de divorce, la libre disposition de leurs droits : Civ. 1^{re} 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 195.

⁷ Il résulte en effet de l'article 310 du Code civil que lorsque deux époux sont étrangers, dont un seul est domicilié en France, leur divorce est régi par la loi étrangère qui se reconnaît compétence ; et il résulte de l'article 12 du N.C.P.C. que le juge français, lorsqu'il est compétent, doit appliquer cette loi à la demande formée devant lui : Civ. 1^{re}, 25 mai 1987, *J.C.P.* 1988, II, 20976, note COURBE.

⁸ Car il n'existe pas de cotation en bourse, selon les praticiens du droit.

l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi »¹. Toutefois, les « jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur »² ; ils n'ont donc pas à faire l'objet d'une procédure d'exequatur mais ils doivent néanmoins remplir les conditions précitées et, le cas échéant, être ainsi contrôlés par voie incidente, notamment lors d'une demande ayant le même objet, ou par voie principale³. Le juge ne semble toutefois pas tenu de rechercher d'office si le litige a déjà été tranché par un jugement étranger.

L'arrêt *Hainard* précise cependant les limites de l'applicabilité d'office des jugements étrangers : l'exequatur est nécessaire dans les cas où « ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes ». Sont notamment visées ici les pensions alimentaires. Une nouvelle demande en France peut donc toujours être formée tant que l'exequatur du jugement étranger n'est pas intervenu.

2. L'omission d'invoquer la loi étrangère

550. La loi du *for* a une vocation subsidiaire: elle doit permettre au juge de suppléer, dans certains cas, la carence des parties. La jurisprudence admet que « lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et où elles ont la libre disposition de leurs droits, il ne saurait être reproché aux juges du fond de ne pas avoir procédé d'office à la recherche de la loi applicable au fond »⁴.

En théorie, il est faux de prétendre que l'omission volontaire d'invoquer la loi étrangère lie le juge quant à l'application de la loi française⁵. La Cour de cassation a en effet depuis une dizaine d'années opéré un net revirement de jurisprudence en énonçant qu'il appartient aux juges du fond, au besoin d'office, de déterminer la loi étrangère applicable au litige et de rechercher son contenu⁶. Les juges du fond n'ont en fait, à l'heure actuelle, l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit de lois que dans deux cas: si la règle de conflit résulte d'un traité ratifié par la France, ou s'il s'agit d'une matière où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits⁷. Sont notamment concernées les règles relatives au statut personnel des individus, afin de remédier à la possibilité de fraude qui résultait de la jurisprudence *Bisbal*⁸: si en droit interne les parties se voient privées du droit de déroger à la loi par une volonté contraire, elles ne doivent pas non plus pouvoir échapper en droit international privé à l'application de la loi compétente.

Les parties peuvent toutefois contrecarrer l'application d'office de la règle de conflit par un « accord procédural »⁹ qui permet de lier le juge sur la question de la loi applicable. Cependant, les parties ne peuvent conclure un tel accord que «pour les droits dont [elles] ont la libre

¹ Civ. 1^{re}, 7 janvier 1964 *Munzer*, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3^{ème} éd. 1998, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, n° 42 ; *J.C.P.* 1964, II, 13590, note ANCEL ; *Clunet* 1964, p. 302, note GOLDMAN.

² Req. 30 mars 1930 *Hainard*, *S.* 1930, 1, p. 377, note NIBOYET ; *D.* 1930, p. 981.

³ B. AUDIT, préc., n° 483.

⁴ Civ. 1^{re}, 4 décembre 1990, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 73, p. 567.

⁵ À l'inverse, lorsque la règle de conflit a été invoquée, le juge doit en faire application à peine de cassation : Civ. 1^{re} 14 mai 1996, *Clunet* 1996, p. 941, note BUREAU ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1997, p. 65, note LAGARDE.

⁶ Civ. 1^{re}, 11 et 18 octobre 1988, *Bull. civ.*, I, n° 293 ; *Clunet* 1989, p. 349 note ALEXANDRE ; *J.C.P.* 1989, II, 21327, note COURBE.

⁷ Civ. 1^{re}, 18 novembre 1992, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1993, p. 276, note ANCEL.

⁸ Civ. 1^{re}, 12 mai 1959, *D.* 1960, p. 610, note MALAURIE ; *J.C.P.* 1960, II, 11733, note MOTULSKY ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1960, note BATTIFOL ; *Clunet* 1960, p. 812, note SIALELLI, arrêt qui autorisait, sans l'imposer, l'application d'office de la loi étrangère.

⁹ Cf. pour cette expression P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1990, p. 320 et s.

disposition »¹, aussi bien dans le cadre d'une application d'office obligatoire (lorsque la règle de conflit résulte d'un traité ratifié par la France)² que dans celui d'une application d'office facultative (dans les autres cas). L'accord doit en principe être exprès, c'est-à-dire que le simple silence des parties ne saurait valoir renonciation à la règle de conflit³ ; toutefois, « un tel accord peut résulter des conclusions des parties »⁴, la coïncidence de leurs conclusions suffit donc à former l'accord procédural. Quant à la question de savoir quel est l'objet exact sur lequel porte l'accord des parties, jurisprudence et doctrine s'opposent: les parties peuvent-elles écarter n'importe quelle loi au profit d'une autre ou ont-elles seulement la faculté de faire abstraction du caractère international de la situation ? Par sa formule générale, l'arrêt précité du 19 avril 1988 consacre la première solution: les parties peuvent donc renoncer à l'application de n'importe quelle loi (aussi bien française qu'étrangère) au profit de n'importe quelle autre loi (*idem*)⁵. Cette solution ne fait pas l'unanimité dans la doctrine: certains auteurs estiment que les parties ne peuvent renoncer qu'à l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit et donner compétence à la loi du *for*⁶. Quoi qu'il en soit, l'exigence d'un accord exprès, ou d'une coïncidence des conclusions, entre les parties situe cette question hors de l'instrumentalisation qui est par nature unilatérale.

Il faut pourtant admettre, qu'en pratique, le juge n'a pas le temps de rechercher s'il y a ou non conflit de lois et compétence de la loi étrangère. A supposer qu'il le fasse, il se trouve alors confronté à une deuxième difficulté: déterminer le contenu de la loi étrangère à appliquer. Certains magistrats jugent cette tâche insurmontable, ce qui est sans doute quelque peu exagéré⁷. Cette carence des parties, loin d'être un oubli, correspond à une démarche orientée⁸. Un magistrat indique ainsi que « le juge ne peut soulever d'office la loi étrangère. Il attend que les avocats le fassent : ils ne le font jamais⁹ ».

551. Le problème est qu'en dépit de ces difficultés pratiques, il semble difficilement acceptable que le juge se retranche derrière son ignorance du droit étranger pour éluder son application. En effet, même si le juge n'est pas tenu de connaître la loi étrangère, il dispose aujourd'hui de différents moyens d'information, notamment ceux mis en place par la Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger¹⁰, moyens facilités par le développement des outils informatiques. Mais ces outils semblent malheureusement peu connus de leurs utilisateurs potentiels¹¹. Ne devrait-on pas alors imposer au juge la recherche de la teneur de la loi étrangère maintenant que son accès est facilité ?

Deux arguments au moins permettent de répondre par l'affirmative. Du point de vue théorique,

¹ Civ. 1^{re}, 19 avril 1988, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1989, p. 68, note BATTIFOL.

² Civ. 1^{re}, 6 mai 1997, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 78, p. 619.

³ Civ. 1^{re}, 27 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 261.

⁴ Civ. 1^{re}, 6 mai 1997, précité.

⁵ Solution corroborée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 janvier 1990, *Clunet* 1991, p. 994, note NIBOYET-HOEGLY ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1991, p. 92, note LEQUETTE ; *J.C.P.* 1991, II, 21637, note BEHAR-TOUCHAIS.

⁶ Cf. par exemple Y. LEQUETTE, *L'abandon de la jurisprudence Bisbal* : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1989, n° 32, p. 315.

⁷ Un magistrat souligne ainsi qu'il est impossible de se procurer le code tunisien. Cependant, une avocate a pu obtenir le Code marocain de statut personnel en écrivant à l'un de ses confrères marocain.

⁸ Certains avocats soulignent ainsi qu'ils cherchent automatiquement à évincer la loi étrangère car la loi française est généralement plus favorable aux épouses. Le propos est à nuancer devant d'autres qui ne se posent même pas la question.

⁹ Cf. *supra*, n° 214 et s.

¹⁰ V. G. BRULLIARD, *La Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, et l'influence qu'elle peut avoir sur l'application de la loi étrangère dans la nouvelle procédure civile*, *J.C.P.* 1973, I, 2580.

¹¹ On compte « moins d'une dizaine de demandes par an en provenance des tribunaux français » : P. Mayer, *Droit international privé*, Montchrestien, 6^e édition, 1998, n° 189. Pour un exemple, voir T.G.I Dunkerque, 28 novembre 1990, *Clunet* 1991, p. 131, note KAHN.

l'article 12 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile prévoit que le juge doit trancher le litige conformément aux règles qui lui sont applicables. Or, les règles de conflit sont des règles de droit¹ ; à ce titre, elles doivent être appliquées par le juge². Du point de vue pratique, la jurisprudence actuelle est de nature à encourager le *forum shopping*, « c'est-à-dire la recherche par les particuliers dans l'ordre international d'une autorité complaisante - qui serait en l'occurrence française - en vue d'obtenir ce qui ne pourrait l'être selon la loi applicable, et donc la fraude aux lois étrangères »³. La Cour de cassation s'est récemment prononcée en faveur de l'obligation pour le juge de rechercher d'office le contenu de la loi étrangère, que ce soit pour les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition⁴ que pour ceux pour lesquels elles l'ont⁵. Cette obligation constitue le prolongement logique de celle d'appliquer d'office la règle de conflit. Ne pas la reconnaître permettrait en effet aux parties, par leur inertie, de rendre indirectement disponibles des droits qui ne le sont pas puisqu'elles réussiraient à entraîner l'application de la loi française. Cependant, « cette obligation n'exclut pas la possibilité pour le juge de demander la coopération des parties »⁶. Deux remarques sont alors possibles. D'une part, si le demandeur ne rapporte pas la preuve de la loi étrangère après avoir été mis en demeure par le juge et que ce dernier ne dispose d'aucun moyen adéquat pour le faire, il pourrait débouter celui-là en sanction d'une « carence procédurale »⁷ car le juge ne saurait suppléer un plaideur négligent. D'autre part, le juge pourrait appliquer la loi française à titre subsidiaire mais seulement « s'il s'avérait qu'aucun procédé de preuve n'est matériellement à la disposition des parties ou du juge »⁸, notamment en raison de difficulté ou de coût excessifs. Mais étant donné les moyens dont il dispose par la Convention du 7 juin 1968, le juge ne pourrait se retrancher derrière l'impossibilité d'établir une loi d'un État partie à cette convention. Il n'en reste pas moins que l'application de la règle de conflit dépend alors, en définitive, de « la tendance plus ou moins internationaliste de chaque juge »⁹ ou du souci « de ne pas alourdir leur tâche »¹⁰.

552. La difficulté essentielle réside alors dans la qualification juridique du silence des parties sur l'application de la loi étrangère dans le but d'entraîner celle, subsidiaire, de la loi française : peut-on parler de fraude à la loi étrangère ? En ce sens, quel rôle a le juge dans son éventuelle consécration ?

Le fait pour les parties au litige de dissimuler un élément d'extranéité afin d'échapper à la compétence de la loi étrangère pour provoquer celle, subsidiaire, de la loi française, répond sans aucun doute à la qualification de fraude à la loi étrangère. Il s'agit en effet d'une utilisation délibérée de la règle de conflit en vue d'éviter l'application de la loi normalement compétente. Si les juges avaient connaissance de cette manœuvre, ils devraient donc la prendre en considération et refuser l'application de la loi française. Toutefois, la fraude, même constatée, n'appelle pas toujours une sanction. En effet, « parce qu'en sanctionnant la fraude à une loi étrangère on donne effet à cette loi, cette décision est en premier lieu subordonnée à l'absence de contrariété de la loi en cause à l'ordre public *du for* »¹¹. Et en ce qui concerne nos hypothèses, il

¹ Civ. 1^{re} 13 janvier 1993, *Rev. crit. int. dr. pr.* 1994, p. 78, note ANCEL.

² Sur cette question, v. D. ALEXANDRE, *La loi étrangère devant les tribunaux français : application d'office de la règle de conflit*, J-CI. dr. Int., fasc. 539-10, n° 28 et s.

³ B. AUDIT, *op. cit.*, n° 255.

⁴ Civ 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, *Rev. Crit. dr. int. pr.* 1998, p. 60, note P. MAYER.

⁵ Lorsque le juge exerce la faculté qu'il a d'invoquer la règle de conflit non conventionnelle : Civ. 1^{re}, 27 janvier 1998, *J.C.P.* 1998, II, 10098, note M. WATT.

⁶ P. MAYER, note préc., p. 64.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, p. 65.

⁹ B. AUDIT, *op. cit.*, n° 255.

¹⁰ P. MAYER, *op. cit.*, n° 186.

¹¹ *Ibid.*, n° 239.

est fort probable que l'exception d'ordre public puisse être soulevée contre une loi étrangère beaucoup moins protectrice, notamment pour la femme, que la loi française. Il serait alors inutile de recourir à un quelconque stratagème, l'ordre public se suffisant à lui-même. Mais la méconnaissance relative des règles de droit international privé par les praticiens peut expliquer ces manœuvres.

De même, l'application de la loi française peut être délibérément acceptée par le juge pour des raisons d'équité, parce que la loi étrangère est moins protectrice des intérêts d'une partie, notamment pour l'épouse maghrébine, sans pour autant être contraire à l'ordre public du *for*. C'est d'ailleurs la raison essentielle qui pousse les parties et leurs conseils à escamoter la loi étrangère au profit de la loi française. Les motifs invoqués par certains avocats sont en ce sens éloquents et conduisent donc le juge à adapter, de façon casuistique, le droit français pour répondre à différentes situations données. En sus de l'ignorance relative du droit étranger invoquée par les juges, voire de l'existence d'une décision étrangère valablement rendue, la manœuvre semble plus aisée lorsqu'elle a une finalité protectrice, à l'image des instrumentalisations au centre desquelles figure l'enfant.

B. L'adaptation du droit matériel français par le juge

553. Quand il applique la loi française, le juge semble opérer une adaptation casuistique, une personnalisation de la législation. Il tient compte des particularités de la population à laquelle il est confronté. L'approche juridique se teinte de sociologie, les affirmations laissent alors place à la circonspection et aux supputations¹.

1. L'autorité renforcée du juge

554. Les juges font remarquer que le sentiment d'honneur a une importance particulière pour les populations d'origine maghrébine. Le passage devant un magistrat serait ressenti de manière très vive. Ainsi, lorsqu'un couple s'adresse au juge aux affaires familiales il n'a pas toujours l'intention de divorcer. Le magistrat doit donc s'efforcer de comprendre exactement la volonté des parties. Elles peuvent désirer simplement qu'il tente une conciliation. L'assignation en divorce est alors un moyen d'obtenir un changement de comportement, l'alignement sur un "modèle conjugal conventionnel", le divorce ne semblant intervenir qu'en cas de mutisme de l'époux. Certes le juge aux affaires familiales a classiquement un rôle de conciliation entre les époux², mais la tentative de conciliation est en général une formalité. Dans le cas des populations maghrébines, le juge s'efface derrière le conciliateur; telle est du moins, semble-t-il, l'attente des parties, ou la position du juge lui-même. Dans les entretiens, les magistrats insistent sur la volonté première des époux de se concilier et non de divorcer: le divorce est souvent demandé non pour divorcer véritablement mais pour faire réagir l'autre.

Les engagements solennels à adopter tel ou tel comportement auraient, toujours selon les juges, une valeur accrue pour ces populations. Il s'agit d'engagements hors procédure, c'est-à-dire pris pendant la tentative de conciliation. Il semblerait qu'ils lient fortement les parties³, qu'ils représentent pour elles de véritables promesses qui peuvent avoir beaucoup plus de valeur qu'une décision judiciaire.

¹ Pour une étude approfondie de la question, cf. *infra*, n° 558 et s.

² Articles 251 et s. du Code civil.

³ Cette affirmation est difficile à contrôler. On peut tout de même supposer que si le couple ne réapparaît pas après la tentative de conciliation, c'est qu'il y a un mieux.

2. La recherche de l'effectivité des mesures et des décisions prises

555. Une mesure de justice non adaptée et non expliquée aux intéressés a peu de chances d'être efficace. Il entre dans le rôle du juge de personnaliser sa décision et de la justifier¹ pour qu'elle soit acceptée et appliquée. Ainsi, les juges des tutelles prennent en compte la structure familiale maghrébine pour rendre leur décision. En principe, l'époux est tuteur de son conjoint; il n'est dérogé à cette règle que si la communauté de vie a cessé entre eux ou si le juge estime qu'une autre cause interdit de lui confier la tutelle², Le frère aîné est en principe investi d'un pouvoir symbolique au sein de la famille, c'est pourquoi la mesure de tutelle lui est parfois confiée plutôt qu'à l'épouse. La mesure de protection doit respecter la volonté des intéressés pour être effective³. Ce faisant le juge s'écarte légèrement du droit. Les juges semblent craindre qu'à défaut d'une telle entorse, le fils aîné gère en dehors de tout contrôle extérieur les biens de son père.

3. L'intérêt des parties à l'instance

556. Les jugements semblent influencés par des considérations tirées de l'équité, plus que d'une stricte application des règles juridiques. Ainsi, les magistrats font entrer dans leurs raisonnements un élément factuel: l'intérêt des parties à l'instance. Cet élément, loin d'être isolé parmi les autres, semble constituer un guide pour les juges. La légende du syllogisme judiciaire se trouve ainsi reléguée au rang de fable bon enfant. Le syllogisme judiciaire devient alors ascendant, *i.e.* le juge, ou les parties, connaissant le résultat à obtenir, cherchent le moyen le plus adéquat pour y parvenir, au détriment parfois de l'orthodoxie juridique. Le renversement du raisonnement judiciaire est d'autant plus perceptible dans le cas des populations d'origine maghrébine, vraisemblablement en raison de son importance sociologique, qui rend la connaissance du droit musulman moins insurmontable que pour une autre nationalité, et bien entendu du dualisme législatif dont elles peuvent bénéficier.

Ainsi pour l'appréciation de la majorité de l'enfant, il est fait une application alternative de la loi nationale et de la loi du *for* en fonction de l'intérêt de la personne à protéger. La loi n'offre pas une telle alternative puisque les lois sur la capacité, qui fixent notamment l'âge de la majorité, sont attachées aux personnes⁴.

De même en cas d'annulation du mariage, le remède putatif ne doit être accordé qu'en cas de bonne foi de l'époux, c'est-à-dire d'ignorance sincère de la cause de nullité. La putativité est pourtant largement accordée car la nullité du mariage est souvent une bêtise que l'on répare. C'est aussi pour les femmes maghrébines le moyen de recouvrer une virginité⁵.

La tentation est donc grande pour les juridictions de personnaliser le droit ; ceci se faisant parfois à son mépris.

CONCLUSION

557. L'instrumentalisation témoigne de deux mouvements qui correspondent à son objectif et à sa licéité. D'une part, il y a instrumentalisation illicite lorsque l'intéressé utilise le droit international privé pour obtenir un avantage qui lui est refusé par la loi, française ou étrangère. Le juge réagit alors de manière négative en sanctionnant ce comportement soit par refus de

¹ Un magistrat note fort justement qu'une décision qui ne serait pas expliquée risque de rester sans effet.

² Article 496 du Code civil.

³ Ainsi, la décision est très souvent adaptée à la structure familiale des intéressés.

⁴ Civ. 1^{re}, 13 avril 1932, préc, *cf.* cependant pour l'acquisition de la nationalité française l'article 17-5 du Code civil.

⁵ *Cf. supra*, n° 160 et s.

l'effet recherché, soit par annulation pure et simple de la manœuvre. D'autre part, l'instrumentalisation peut être guidée par des considérations philanthropiques, de bon sens ou de "nationalisme" judiciaire. L'intention ne fait ici pas défaut mais la réaction du juge est positive, si bien que celui-ci donne son aval à la manœuvre, parfois en parfaite connaissance de cause. Cette dernière remarque doit être nuancée eu égard d'une part à l'importance quantitative de l'instrumentalisation en général, et d'autre part au pouvoir souverain des juges du fond qui peuvent toujours tempérer le résultat du stratagème.

- CHAPITRE III -

BILAN ET PERSPECTIVES

L'ADAPTATION DU DROIT FRANÇAIS AUX PARTICULARISMES DES POPULATIONS D'ORIGINE MAGHRÉBINE

ENTRE MYTHE MONISTE ET DÉFI DU PLURALISME

L'ADAPTATION DU DROIT FRANÇAIS AUX PARTICULARISMES DES POPULATIONS D'ORIGINE MAGHRÉBINE ENTRE MYTHE MONISTE ET DÉFI DU PLURALISME

Fabrice TOULIEUX

558. Si l'on en croit les praticiens du droit et les différents travailleurs sociaux rencontrés, l'adaptation du droit français au droit musulman serait restreinte voire inexistante. La tendance serait même à une application très large de la loi du for. Dans ces conditions, il n'y aurait pas lieu de se demander s'il est opportun d'adapter le droit français aux exigences et aux particularismes d'un système juridique étranger. Pourtant, il semble bien qu'esquiver la question conduirait en fait à occulter le débat sur le rôle que le droit peut être amené à jouer dans le contexte de l'immigration et de l'intégration des populations étrangères à la société française.

559. La situation des étrangers et celle des immigrés devenus français ne doivent pas être confondues. Alors que ces derniers sont soumis au droit français, les étrangers qui ont gardé leur nationalité peuvent être soumis à leur statut personnel en application de la règle française du conflit de loi. Mais, quel que soit le statut des « étrangers », les pratiques liées au pays et à la culture d'origine survivent sur le territoire français¹. Le droit français doit-il s'adapter aux particularismes des populations d'origine maghrébine ? Il est difficile de répondre à cette question. D'une part, elle suppose que soient appréciées l'existence et l'influence des pratiques des populations d'origine maghrébine. D'autre part, les différents interlocuteurs rencontrés à l'occasion de l'enquête ne parlent pas toujours d'une voix unique. Si certaines affirmations sont reprises en écho, des comportements discordants ont pu être constatés.

560. Certains praticiens considèrent que des adaptations ne sont pas nécessaires car aucun particularisme n'est constaté. La culture des populations d'origine maghrébine n'aurait pas véritablement d'impact sur la relation au droit. Le clivage se situerait plutôt en terme de différences socioprofessionnelles. Ainsi, les populations qui consultent les associations ou les maisons du droit sont intégrées car leur participation suppose une démarche volontaire.

Cependant, de différents entretiens il ressort que les populations d'origine maghrébine véhiculent une « image » qui ne laisse pas indifférente. Une résurgence de l'identité socioculturelle maghrébine est constatée par les différents acteurs qui jugent, accueillent, rencontrent ou écoutent les populations maghrébines. Ce comportement s'explique notamment par les difficultés d'intégration de ces populations. La recherche des racines permet de déterminer des repères. Toutefois, l'intégration au sein de la société française est réelle car ces populations réalisent que la France est le territoire où leurs centres d'intérêt sont ancrés. Le respect par les

¹ J. DÉPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », in *Familles, Islam, Europe*, sous la direction de M.-C. FOBLETS, L'Harmattan, 1994, p. 57

populations d'origine maghrébine de leur statut personnel et de leur tradition correspond généralement à une démarche individuelle d'identification à une communauté : pour le jeune maghrébin, c'est un moyen d'affirmer son statut. La recherche de valeurs communes symbolise leur appartenance culturelle différentielle.

Malgré ces contradictions, une tentative de réponse s'impose car la présence de la deuxième et de la troisième génération des populations d'origines algérienne, marocaine ou tunisienne en France révèle à nouveau l'importance de la question.

561. L'étude des dossiers et la synthèse des entretiens effectués auprès de praticiens du droit¹ et de différents organismes ou institutions² font état de la permanence du modèle familial maghrébin. C'est pourquoi, dans un certain nombre de situations, sont pris en compte les particularismes familiaux et culturels des populations d'origine maghrébine (II). Toutefois, les praticiens méconnaissent parfois la spécificité des litiges dans lesquels intervient un élément d'extranéité. L'éviction de la loi étrangère normalement compétente apparaît alors comme le moyen d'assurer l'efficacité de l'intervention des autorités judiciaires (I).

I. UNE ACCULTURATION JURIDIQUE LIMITÉE

562. Pourquoi la loi étrangère normalement compétente est-elle évincée au profit de la loi française ? Le recours à la loi du for est fréquemment justifié par des considérations pragmatiques. L'éviction de la loi étrangère semble manifester une adaptation du droit français afin d'assurer l'efficacité de l'intervention du juge français (A). L'application du droit français aux étrangers, en méconnaissance de la règle de conflit de loi, devient une source d'intégration et de protection des populations étrangères. De même, la soumission des populations françaises d'origine maghrébine au droit français produit des effets identiques (B).

A. L'éviction de la loi étrangère

563. Les juristes ont un discours souvent pragmatique : l'application de la loi française se justifie, pour certains d'entre eux, par un souci d'efficacité. C'est pourquoi des considérations tenant à l'efficacité des décisions judiciaires légitiment l'application de la loi française (1). Cependant, l'application de la loi française peut parfois s'expliquer par la méconnaissance du caractère d'extranéité du litige (2).

1. Le pragmatisme des praticiens du droit

564. Si l'efficacité de l'intervention judiciaire motive l'application de la loi française (a), elle demeure subordonnée à la représentation du droit par les populations d'origine maghrébine (b).

a) L'efficacité judiciaire

565. La pratique des juges des tutelles du tribunal d'instance de Lyon est l'une des illustrations du pragmatisme judiciaire. Les trois juges des tutelles entendus ne semblent pas formuler une opposition de principe à l'application du statut personnel mais ils considèrent que les exigences d'une justice efficace ne permettent pas l'application de la loi étrangère. En principe, le mode de protection est régi par la loi personnelle du majeur à protéger. Néanmoins, les juges rencontrés

¹ Magistrats, avocats, notaires, services de police et de gendarmerie, maison du droit.

² Consulats, établissements scolaires, associations.

n'hésitent pas à affirmer qu'en matière de capacité des personnes la loi du domicile des intéressés s'applique. La situation des majeurs protégés résidant en France est gouvernée par la loi française. Les explications avancées par les magistrats permettent de comprendre leur position.

L'application de la loi personnelle des intéressés ne serait pas inconcevable mais cette solution semble peu opportune car elle suppose la connaissance des systèmes étrangers. Ces derniers ne correspondent d'ailleurs pas toujours au régime des tutelles français. Leur mise en oeuvre risque de s'avérer difficile voire impossible. Leur application nécessiterait également des contacts avec les magistrats étrangers. Les exigences d'une justice efficace se heurtent à l'application de la loi personnelle des majeurs protégés. Ces propos sont repris par les trois juges des tutelles qui affirment que l'application des dispositions étrangères risque de compliquer l'exercice de la mesure de protection.

566. Toutefois, les juges des tutelles sont conscients des limites de cette pratique. La gestion des biens d'un Maghrébin qui vit en France engendre certaines difficultés. Une partie de ses biens se trouve parfois sur le territoire français, l'autre dans le pays d'origine. Les biens localisés en France sont régis par la loi française. Ils peuvent être gérés par le tuteur désigné par le juge des tutelles. Les avoirs placés à l'étranger échappent aux dispositions françaises. L'application de la loi française est circonscrite au territoire français. Il n'est pas possible de faire obstacle aux opérations réalisées en Algérie. Le juge des tutelles n'a aucun moyen pour réagir lorsque l'un des enfants du majeur protégé vide les comptes bancaires ouverts dans le pays d'origine. Pour autant le recours à la loi étrangère permettrait-elle d'éviter cette difficulté ? La réponse demeure incertaine. Elle supposerait le développement des relations avec les autorités étrangères. Or, ces relations sont minimes. Ainsi, le juge des tutelles doit interroger les autorités consulaires, mais en pratique, selon les informations recueillies auprès des autorités consulaires, cette concertation n'a pas lieu.

En outre, l'un des juges des tutelles a souligné que l'urgence et la protection des tiers constituent des justifications pertinentes à l'application de la loi du for. D'une part, les mesures de protection, par leur nature, sont généralement motivées par l'urgence d'organiser la protection de la personne et/ou de ses biens. L'application de la loi personnelle de l'incapable risque de retarder la mise en place de la mesure de protection. D'autre part, elles produisent des effets non seulement à l'égard de la personne protégée mais également vis-à-vis des tiers. L'application de la loi française s'impose car la mise en oeuvre de la mesure de protection suppose la connaissance par les tiers du régime de ladite mesure. La sécurité des tiers est ainsi assurée car il paraît peu raisonnable de présumer leur connaissance des dispositions étrangères. Il serait peu opportun d'organiser un système de protection conforme à la législation nationale de chacun au risque de rendre cette mesure sans effet. La publicité, plus ou moins importante, des régimes de protection français permet aux tiers de connaître l'étendue de la capacité de la personne. Il serait peu concevable de prévoir un système différent. L'application de la loi étrangère hypothéquerait, selon les juges des tutelles entendus, la chance d'assurer une publicité effective sur l'existence et la portée de la mesure adoptée.

567. Les juges des tutelles ne recherchent pas si la loi étrangère s'applique à la situation qui leur est présentée alors qu'ils bénéficient de moyens de connaissance suffisants. Ils ne s'interrogent que dans des cas particuliers sur l'application de la loi étrangère. Une attention particulière est notamment portée en fonction des intérêts patrimoniaux et de la consistance du patrimoine du majeur protégé. La situation d'un bien appartenant à un étranger bénéficiant d'une mesure de protection est prise en compte de manière plus approfondie : le juge vérifie que l'acte envisagé n'est pas contraire aux dispositions légales nationales de l'intéressé. Il en serait de même si l'étranger protégé envisageait de se marier. Les magistrats prendraient connaissance des

dispositions étrangères. En dehors de ces hypothèses particulières, la recherche et l'étude de la loi étrangère restent très limitées.

Il en serait autrement si les parties demandaient l'application de la loi étrangère. Tel n'est pas le cas. La seule règle qui semble dicter la conduite des juges des tutelles est la protection des intérêts du majeur ou du mineur. L'efficacité judiciaire justifie cette pratique. Les juges des tutelles n'ont jamais eu connaissance de recours fondé sur leur incompétence ou sur la méconnaissance de la loi étrangère.

568. La pratique des juges des tutelles est contraire aux règles françaises du droit international privé, mais elle permet de préserver les intérêts du majeur protégé et des tiers. Certaines justifications présentées par les magistrats lyonnais ont également été évoquées par les membres de la Commission spéciale réunie à l'occasion des travaux préparatoires relatifs à « l'avant-projet de Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de protection des adultes » adopté par ladite Commission le 12 septembre 1997¹. À côté de la compétence principale des autorités de la résidence habituelle du majeur à protéger², c'est-à-dire de l'adulte de plus de 18 ans³, la Commission spéciale a retenu une compétence subsidiaire de l'État contractant dont un adulte à la nationalité⁴. Des compétences complémentaires ont été envisagées : elles sont justifiées par la prise en compte de l'intérêt du majeur à protéger⁵, du lieu de la situation des biens⁶ et de l'urgence⁷.

Quant à la loi applicable, les membres de la Commission spéciale ont privilégié le principe que le juge ou les autorités nationales saisis appliquent leur propre loi⁸. Des tempéraments ont été introduits⁹, Notamment, une exception fondée sur l'intérêt de l'adulte permet aux autorités

¹ Voir le rapport de la Commission spéciale sur la protection des adultes établi par P. LAGARDE.

² Article 5 § 1^{er} de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ».

³ Article 2 de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Au sens de la présente Convention, un adulte est une personne ayant atteint l'âge de 18 ans ».

⁴ Article 7 de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Sauf dans le cas [des adultes qui sont réfugiés et ceux qui, par suite de troubles prévalant dans leur pays, sont internationalement déplacés], les autorités d'un État contractant dont l'adulte possède la nationalité sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou des ses biens, si elles considèrent qu'elles sont mieux à même d'apprécier l'intérêt de l'adulte et après avoir avisé les autorités compétentes (...) ».

⁵ Article 8 § 1^{er} de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle, eu égard à l'intérêt de l'adulte, peuvent, à leur propre initiative ou sur la demande de l'autorité d'un autre État contractant, requérir les autorités [d'un État dont l'adulte possède la nationalité ; l'État de la précédente résidence habituelle de l'adulte ; un État dans lequel sont situés les biens de l'adulte ; l'État dont les autorités ont été choisies par écrit par l'adulte pour prendre des mesures tendant à sa protection ; l'État de la résidence habituelle de parents de l'adulte disposés à prendre sa protection] de prendre des mesures tendant à la protection de l'adulte ».

⁶ Article 9 de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Les autorités d'un État contractant dans lequel se trouvent des biens de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures de protection relatives à ces biens, pour autant que ces mesures soient compatibles avec l'incapacité constatée et les mesures déjà prises par les autorités compétentes (...) ».

⁷ Article 10 § 1^{er} de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État contractant sur le territoire duquel se trouvent l'adulte ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires ».

⁸ Article 12 § 1^{er} de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée (...), les autorités des États contractants appliquent leur loi ».

⁹ Sur la loi applicable, voir le chapitre III, articles 12 à 20 de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes.

saisies de faire application de la loi d'un État contractant avec lequel la situation présente un lien¹.

L'adoption et l'entrée en vigueur d'une Convention, conforme aux propositions de la Commission spéciale, permettraient de mettre en harmonie la pratique au droit et répondraient, semble-t-il, aux attentes des magistrats.

569. L'éviction de la loi étrangère au profit de la loi française n'est pas une pratique particulière aux juges des tutelles. Dans les cabinets des juges aux affaires familiales, comme à la première chambre civile, la loi étrangère est très rarement invoquée et encore plus rarement mise en oeuvre². Les notaires reconnaissent les difficultés d'application des règles du droit international privé³. C'est pourquoi ils appliquent, par souci d'efficacité, le droit français. Certains juges aux affaires familiales admettent ne pas soulever d'office les moyens tirés de l'application de la loi étrangère. Ils ne statuent sur l'application de la loi étrangère que lorsque les parties présentent cette argumentation. Selon eux, dans la mesure où le moyen n'est pas soulevé, il ne paraît pas opportun de faire application de la loi étrangère. L'application de la loi française s'explique aussi par le fait qu'elle serait plus apte que les législations issues des pays du Maghreb à assurer la protection des intéressés et notamment des femmes. C'est en tout cas ce que soulignent plusieurs avocats.

Néanmoins, il arrive que les parties fassent référence à un jugement étranger, en demandant l'exequatur⁴ ou soulèvent l'incompétence des tribunaux français. Dans quelques cas, c'est peut-être avec la certitude que la loi étrangère, celle qui bien souvent a scellé l'union du couple, est applicable que les Maghrébins saisissent les juridictions françaises.

570. Certains avocats incitent parfois les conjoints étrangers à s'acheminer vers une solution reconnue par chacun des systèmes juridiques en présence. C'est le cas par exemple lorsque des couples de Maghrébins veulent mettre fin à leur union. Le droit musulman ne reconnaît pas le divorce pour rupture de la vie commune, ni la séparation de corps. C'est pourquoi l'un des avocats estime qu'il n'est peut-être pas opportun de proposer à ces conjoints l'une ou l'autre de ces solutions. Qu'adviendra-t-il en effet en cas de retour du ou des conjoints dans leur pays d'origine ? En pratique, ces hypothèses demeurent assez rares, sans que l'on puisse pour autant dire quel est l'impact de la mise en garde des avocats dans le choix de l'action engagée par les parties. D'une manière générale, le divorce pour rupture de la vie commune ne concerne, au tribunal de grande instance de Lyon, qu'une frange très marginale de la population globale (0,4%). Alors que l'abandon du domicile conjugal est fréquemment invoqué par les conjoints maghrébins, aucun des dossiers relatifs à l'étude des procédures de divorce n'évoque l'hypothèse d'un divorce pour rupture de la vie commune. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la séparation de corps qui, d'après les estimations que nous avons pu faire, concerne plus de 8 % des couples mixtes ou étrangers⁵.

Une telle tentative de coordination entre les deux systèmes juridiques en présence permettrait en outre de répondre aux attentes de certains maghrébins pour qui l'application du droit français, dans toute sa rigueur, renforce le sentiment d'incohérence et de distorsion entre la loi du mariage

¹ Article 12 § 2 de l'avant-projet de Convention sur la protection des adultes : « Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'adulte le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit ».

² Cf. *supra*, n° 34 et s.

³ Cf. *supra*, n° 480.

⁴ Cf. *supra*, n° 411 et s.

⁵ Cf. *supra*, n° 398.

et la loi du divorce. C'est ce qu'expriment par exemple les maris en instance de divorce ou les pères maghrébins qui n'ont pas la garde de leurs enfants : ils affirment que dans leur pays « ce ne se passerait pas comme ça ». Dans bien des cas, ils ont l'impression que le système, dans son ensemble, tourne à leur désavantage : les juges sont des femmes, la chambre de la famille est favorable aux femmes¹... Il ressort des entretiens avec les responsables associatifs et institutionnels que l'action en justice engagée par les jeunes femmes maghrébines est parfois perçue comme une forme de « trahison culturelle ». Même si effectivement la répudiation est avant tout l'apanage des hommes, sans doute doit-on déceler dans le discours de ces époux et de ces pères une part d'idéalisat^{ion} du système juridique du pays d'origine en corrélation avec les critiques qu'ils font du système français. L'idéalisat^{ion} du système judiciaire étranger est l'un des aspects de la perception du droit par les étrangers.

b) Les étrangers et la représentation du droit

571. Au-delà de la seule question du droit se cache celle de sa représentation. Sur ce terrain également, le droit français pourrait s'adapter aux populations étrangères. Une partie de la population maghrébine paraît très attachée au sens de l'honneur. Le passage devant le magistrat, et à plus forte raison s'il s'agit d'une femme², n'est pas toujours bien vécu dans la mesure où il s'agit d'une intrusion dans la sphère de l'intimité des couples. Dans ces conditions, il devient difficile de mettre en oeuvre la décision du magistrat. D'après un magistrat, cette mise en oeuvre est d'autant plus délicate que ces familles en conflit ne saisissent pas toujours le juge pour obtenir le divorce. Dans certains cas, plus que la volonté de divorcer, transparaît la volonté de faire réagir l'autre conjoint, d'obtenir un changement dans son comportement. Le magistrat n'est plus seulement celui qui tranche un litige. Il joue le rôle d'un témoin, d'un personnage solennel et symbolique en présence duquel on prend l'engagement, extrajudiciaire, de changer d'attitude. D'après l'expérience rapportée par les magistrats lyonnais rencontrés, il semblerait que les conjoints d'origine maghrébine attachent beaucoup d'importance à ces formes de promesses solennelles qui n'ont d'autres valeurs contraignantes que celles que veulent bien leur accorder ceux qui les ont faites. Nul besoin de jugement dans ces hypothèses. Cette attitude typique des familles maghrébines explique peut-être en partie les taux relativement importants de désistement, de radiation ou de caducité pour ces populations³.

572. Une partie de la population maghrébine, comme d'autres justiciables mais avec plus d'intensité, semble attendre que le droit statue sur une question d'honneur. Différentes attitudes, rapportées lors des divers entretiens, illustrent cette attente des populations d'origine maghrébine. Tel est le cas d'un père d'origine maghrébine, âgé de 60 ans, père de six enfants dont certains étaient encore à sa charge. Il supposait que sa femme commettait l'adultére. Cette situation constituait un point de non-retour alors même qu'il éprouvait encore des sentiments pour sa femme. Il faisait de cette circonstance une question d'honneur que seul le prononcé d'un divorce pouvait résoudre et réparer. Dans cette optique, il souhaitait que le juge statue sur les moeurs de son épouse qui devait être reconnue comme fautive. Il attendait que la justice soit rendue conformément à ses racines culturelles. Or, le Code civil impose également un devoir de fidélité entre les époux⁴. L'attitude de l'intéressé pouvait donc se justifier au regard des dispositions françaises. Le recours aux normes étrangères est assez symptomatique du maintien

¹ Propos rapportés par des responsables associatifs.

² Les magistrats féminins semblent confrontés à une difficulté particulière révélatrice du maintien des concepts et de l'organisation sociale des pays maghrébins : les hommes maghrébins considèrent qu'une femme ne peut pas faire fonction de juge.

³ On ne dispose pas des chiffres sur ce taux pour le T.G.I. de Lyon. Il est donc difficile de tirer des conclusions sur les taux que nous avons constatés pour les couples maghrébins.

⁴ Article 212 du Code civil : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

des règles d'origine dans l'esprit des populations maghrébines¹ Dans le cadre de la médiation, l'intéressé a proposé à son épouse de rejoindre leur pays d'origine, accompagnée des enfants, alors qu'il resterait sur le territoire français afin de gagner l'argent nécessaire aux besoins de sa famille. Cette proposition fut rejetée par sa femme. Le mari n'a pas eu recours à la répudiation. Après leur séparation le couple ne s'est pas représenté au centre de médiation.

573. Certaines femmes d'origine maghrébine peuvent utiliser la justice française comme moyen d'émancipation : leur recours à la justice illustre leur volonté de s'intégrer au modèle français. Dans le cadre des procédures de divorce, il est assez fréquent que l'époux défendeur ne dépose pas ses conclusions. Selon un juge aux affaires familiales, de nombreux jugements sont réputés contradictoires. Différentes explications peuvent motiver ce silence : l'éloignement du territoire français, l'espoir que rien ne va déboucher de la requête initiale. De ce fait, la forme du divorce français qui suppose l'intervention des deux époux se trouve écartée en présence des étrangers. Plus ou moins directement on se retrouve dans le schéma d'un divorce unilatéral conformément à la procédure de répudiation. Peut-on conclure à une manifestation du droit étranger ? La question reste ouverte. La mission de conciliation exercée par le juge aux affaires familiales correspondrait dans cette hypothèse à la procédure de conciliation prévue dans les pays maghrébins au terme de laquelle des membres représentant les deux branches du couple tentent de concilier les époux. À défaut la procédure de répudiation peut être engagée après que l'échec de la conciliation a été constaté.

Il n'est pas rare également que le mari réagisse à la requête présentée par son épouse devant la juridiction française en engageant à son tour une procédure devant les juridictions nationales des époux. Si l'assignation est antérieure, la procédure continue. L'un des magistrats a précisé que la décision étrangère produit tous ses effets en France sous réserve des dispositions qui seraient contraires à l'ordre public.

2. L'ignorance de la nationalité

574. Les praticiens ne semblent pas se préoccuper de la nationalité des intéressés. Les requêtes initiales, les conclusions et les jugements n'indiquent pas toujours la nationalité des parties. Sur les 42 dossiers en changement de l'état civil étudiés au cours des années 1996 et 1997, seulement 5 d'entre eux précisent la nationalité des requérants. Dans le cadre des requêtes introduites auprès des juges des tutelles, la connaissance de la nationalité demeure limitée. La mention de la nationalité du majeur à protéger n'est pas prévue dans l'imprimé joint à la requête aux fins de l'ouverture d'une mesure de protection. La nationalité de l'intéressé est parfois précisée par le médecin expert dans son rapport ou connue par les services sociaux qui informent alors le juge des tutelles saisi. Mais elle reste souvent supposée voire ignorée.

En revanche, la nationalité est plus fréquemment mentionnée dans les pièces produites lors les procédures introduites devant la première chambre civile et la chambre familiale du tribunal de grande instance de Lyon. Ont été répertoriés 54 dossiers relatifs aux procédures de nullité du mariage près la première chambre civile. La mention de la nationalité est absente dans seulement deux dossiers : la requête initiale², les conclusions et le jugement font abstraction de cet élément. L'examen des procédures de divorce révèle également certaines carences. En considérant les couples étrangers, entendus comme deux conjoints maghrébins ou d'origine maghrébine, leur nationalité n'est connue que dans 57,8% des procédures.

¹ Cf. *infra*, n° 511-518.

² Ignorant ainsi les formes des actes d'huissier de justice prévues à l'article 648 du N.C.P.C.

Tableau 103

La connaissance de la nationalité dans les procédures de divorce

Jugements	Nombre	Justiciables étrangers	Nationalité inconnue
Divorces pour faute	174	280	132 47,1%
Divorces sur requête conjointe	39	40	11 27,5%
Divorces sur demande acceptée	21	24	10 41,6%
Séparation de corps	21	40	9 22,5%
Total	255	384	162 42,2%

575. L'ignorance de la nationalité des justiciables risque de constituer un obstacle à l'application de la loi normalement applicable, c'est-à-dire celle désignée par les règles de conflit de loi du droit français. Lorsque les magistrats ignorent la nationalité du requérant, ils ne peuvent pas prendre en compte l'éventuel élément d'extranéité. De simples considérations de fait peuvent conduire à la méconnaissance des règles du droit international privé qui pourraient désigner une loi étrangère.

B. Le recours à la loi du for

576. Les acteurs juridiques rencontrés à l'occasion de l'enquête, les responsables associatifs, tout comme les membres du corps enseignant ont souligné le bénéfice que les populations étrangères, et particulièrement les populations maghrébines pouvaient retirer de l'application de la loi française. Naturellement, les motifs qui président à une telle assertion sont divers. Il existe néanmoins un thème récurrent dans le discours des différents protagonistes : l'émancipation des femmes maghrébines passerait peut-être par l'application du droit français. Le droit serait alors le moyen, pour ces épouses et ces mères, de se libérer du carcan des traditions familiales, une façon d'échapper à l'emprise paternelle ou maritale, la voie d'une revendication pour l'égalité entre les hommes et les femmes (1). Par ailleurs, la méconnaissance de la loi personnelle des intéressés normalement compétente peut constituer un facteur d'intégration des populations étrangères (2).

1. L'application du droit français, facteur d'égalité et d'émancipation

577. Certains responsables d'associations constatent un décalage entre le comportement des femmes de la deuxième génération et celui des femmes des générations précédentes. D'une manière générale, les responsables associatifs et les chefs d'établissements scolaires constatent que les jeunes filles et les femmes plus que les hommes semblent manifester leur désir d'intégration, que ce soit dans la pratique de la langue, dans les habitudes vestimentaires ou dans les signes extérieurs d'appartenance culturelle et religieuse. Cette apparence ne signifie pas pour autant que ces femmes maghrébines rejettent certains éléments typiques de leur culture d'origine mais, simplement, elles affichent moins ouvertement leur différence que les hommes. Si les jeunes femmes d'origine maghrébine affirment leur croyance, une partie d'entre elles n'accepte pas la symbolique extérieure qui pourrait leur être imposée.

578. L'émancipation des jeunes femmes est confirmée par certains acteurs de la sphère juridique. Cette émancipation des femmes maghrébines permettrait une meilleure intégration des populations étrangères à la société française. Le procureur de la République considère que l'intégration se fait et se fera par les jeunes filles. Un certain nombre de faits semblent confirmer cette hypothèse. L'émancipation des jeunes filles apparaît comme une constante. La jeune fille a pris une nouvelle place dans le foyer : c'est elle qui souvent poursuit des études par rapport à ses frères. Elle remplace habituellement la mère dans les tâches ménagères. Corrélativement se

trouve dévalorisée la fonction du père, notamment en raison du chômage. De plus, les femmes seraient plus nombreuses que les hommes à s'adresser au juge aux affaires familiales en cas de conflit au sein du couple¹. Mais on ne mesure sans doute pas l'impact de cette intégration différenciée au sein des couples. La revendication d'une égalité de statut risque, dans bien des cas, de remettre en cause le modèle familial lui-même, et de créer à terme des tensions au sein des couples.

2. L'application du droit français, facteur d'intégration

579. La méconnaissance de la loi personnelle des intéressés au profit de la loi française peut constituer un facteur d'intégration. Ce constat est notamment illustré en matière de protection des incapables majeurs. L'application des dispositions sur l'assistance à l'enfance en danger assure également l'intégration des mineurs bénéficiaires de mesures éducatives (a). Dans d'autres domaines, la recherche de l'intégration des populations maghrébines implique un dialogue entre les deux systèmes juridiques pouvant conduire à la détermination de compromis. Une tentative de conciliation peut être recherchée entre les exigences du droit français et les pratiques religieuses (b).

a) Les mesures de protection

Elles concernent la protection des incapables et les mesures éducatives.

580. La protection des incapables -Les juges des tutelles sont fréquemment saisis par les services sociaux. Les familles d'origine maghrébine méconnaissent généralement les règles relatives à la protection des mineurs et des majeurs. Ce sont généralement les services sociaux des communes qui invitent les intéressés à s'adresser au juge des tutelles. Les dossiers sociaux constituent l'une des premières causes de saisine des juges des tutelles lyonnais. Les services de la préfecture adressent également des étrangers en perdition auprès des juges de tutelles. Subsiliairement sont à l'initiative de l'ouverture de la protection les éducateurs de quartier et les services municipaux. Par ailleurs, les assistantes sociales introduisent des demandes auprès des différents organismes sociaux dans le cadre de l'obtention d'allocations sociales comme le revenu minimum d'insertion. Cet environnement social, en amont ou en aval de la mesure de protection, assure la réintégration du majeur protégé.

On constate un transfert de la mesure familiale sur les associations tutélaires et les gérants de tutelle. Les majeurs protégés se retrouvent démunis et sans relation familiale. L'exercice des mesures de protection est confié aux associations tutélaires en raison de la carence de la famille. L'ouverture d'une mesure de protection permet de remédier à cette situation : elle est un moyen de réintégration dans la société. Le premier objectif du curateur est de maintenir l'intéressé dans son logement. De plus, dans la plupart des dossiers relatifs aux populations d'origine maghrébine, une assistance sociale est nécessaire. Dans ces conditions, les associations tutélaires paraissent plus adaptées aux exigences liées à l'exercice d'une mesure de protection dont bénéficient les étrangers d'origine maghrébine car elles assurent un suivi social. Toutefois, l'exercice de la mesure peut être confié à un membre de la famille². Les travailleurs sociaux poursuivront leur rôle en assistant le représentant légal désigné dans ses démarches administratives, notamment auprès de l'O.F.P.R.A..

De nombreux étrangers bénéficient d'une mesure de tutelle aux prestations sociales. Ces mesures garantissent un suivi extérieur du majeur protégé et elles permettent d'assurer l'éducation de

¹ L'enquête sur dossiers n'a pas permis de vérifier cette appréciation.

² Cf. *infra*, n° 586 et s.

l'intéressé dans la gestion de ses ressources. La finalité de ces mesures doit permettre un retour à l'autonomie. Les juges des tutelles constatent un dévoiement de la loi car il est fréquent que les services sociaux présentent une requête aux fins d'ouverture d'une mesure de curatelle alors que la tutelle aux prestations sociales est une mesure suffisante. C'est pourquoi ils oeuvrent à la réhabilitation des mesures de tutelle aux prestations sociales.

L'intervention du juge des enfants en matière de tutelle aux prestations sociales des enfants est moins connue. Cette mesure concerne principalement la gestion des allocations familiales. Elle permet une aide dans la gestion du budget de la famille dans l'intérêt de l'enfant. Cette mesure est exceptionnelle concernant les familles maghrébines. Certains magistrats observent que cette situation peut s'expliquer par la réticence des populations d'origine maghrébine à l'égard de l'intervention de tiers extérieurs à leur groupe dans la gestion de la famille.

581. Les mesures éducatives - L'intervention du juge des enfants est souvent synonyme de honte, qu'il s'agisse des adolescents ou des parents. Pour ces derniers, c'est une infamie que la justice s'immisce dans leur sphère privée et ose dire qu'ils élèvent mal leurs enfants. Ces reproches à l'égard de l'intervention du juge des enfants se retrouvent dans le discours des populations françaises, mais ils seraient plus exacerbés dans les familles maghrébines. Le juge français doit s'efforcer de mieux faire comprendre le jugement. Une décision qui ne serait pas expliquée risque de rester sans effet. Un juge a insisté sur le fait que le recours au juge ne doit pas devenir l'instrument qui permet de trancher au profit d'un époux au détriment de l'autre ; il ne peut être que le moyen de faciliter le règlement et d'un problème conjoncturel.

Cerner le danger et le définir sans oublier de rechercher l'adhésion des intéressés sont des objectifs des mesures éducatives. Cette exigence peut passer par la définition de nouveaux modes d'intervention dans lesquels les intéressés auraient un rôle plus actif. Or, actuellement, les parents ne sont pas demandeurs car ils ne comprennent pas toujours le sens de l'intervention judiciaire et du placement de leur enfant. Par exemple, dans le cadre des activités scolaires, il serait nécessaire de développer le soutien scolaire pendant la journée afin que l'école ne soit plus un lieu d'échec mais de réussite et source d'intégration. Il conviendrait de redéfinir le rôle respectif des différents intervenants : faire comprendre le mécanisme d'apprentissage, travailler en collaboration avec les parents (et ainsi les valoriser) et mobiliser l'école. Cette expérience serait d'autant plus enrichissante qu'elle permettrait de ne pas bloquer la situation en privilégiant le maintien des enfants dans la famille. L'objectif est de faire comprendre aux parents l'enjeu de l'école et de les intégrer dans le système. Les parents comprendront l'intérêt de conduire leurs enfants à l'école. Leur apprendre les règles serait un remède aux situations préoccupantes actuelles.

Cette réflexion de l'un des magistrats reprend des souhaits exprimés par le Haut Conseil à l'intégration. Dès juin 1995 les membres du Haut Conseil estimaient qu'il « est nécessaire de faire venir les parents à l'école pour les y associer plus largement, pour leur faire comprendre l'intérêt des études de leurs enfants et pour leur expliquer également l'intérêt des activités d'éveil qui sont souvent ignorées par les populations d'origine étrangère »¹. Trois ans plus tard, les magistrats et les associations lyonnaises s'interrogent également sur cette modalité d'intégration. Les effets de cette proposition ne peuvent pas encore être appréciés.

Bien que la procédure devant le juge des enfants soit plutôt de type inquisitoire, un minimum de contradictoire s'impose. Le placement des enfants risque d'être perçu comme un désaveu. L'immixtion des juges aux affaires familiales dans la sphère familiale provoque des réticences identiques. Ce sentiment, commun à l'ensemble des familles qui se présentent devant le juge,

¹ Haut Conseil à l'intégration. *Liens culturels et intégration. Rapport au Premier ministre, juin 1995*, La documentation française, Coll. des rapports officiels, p. 21.

serait renforcé par l'aspect culturel. Le placement prononcé par le juge des enfants ne doit pas être compris comme un substitut à l'autorité parentale, même s'il correspond parfois à une attente des requérants. Les entretiens doivent permettre d'obtenir l'adhésion des différents sujets de la procédure afin d'assurer l'effectivité de la mesure de protection. La recherche de l'adhésion de la famille à la mesure n'est pas spécifique aux populations d'origine étrangère, mais elle se pose avec plus d'acuité lorsque les acteurs de la mesure éducative sont étrangers ou d'origine étrangère. La mesure éducative doit permettre d'obtenir un changement dans le comportement des parents et/ou des enfants. Stigmatiser la situation ne pourrait que conduire à l'échec. La finalité des mesures est d'obtenir ce changement de comportement, de restaurer les liens entre les parents et les enfants, et de réhabiliter les parents dans leur rôle et non de les enfermer.

b) L'intégration des étrangers et les convictions religieuses

582. L'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas la seule pierre d'achoppement entre le système juridique français et le droit musulman. La question de la religion, qui s'est au cours de ces dernières années focalisée autour de la question du port du foulard islamique, soulève également un certain nombre de difficultés à la résolution desquelles le droit n'a pas été étranger. Entre le respect des convictions religieuses et le principe de la laïcité, les solutions prennent souvent l'aspect de compromis délicats.

Le port du foulard islamique a eu des échos dans différents établissements scolaires de la région lyonnaise. Dans la plupart des cas, les jeunes filles quittent leur voile à l'entrée de l'établissement scolaire. Les parents acceptent ce compromis car ils désirent que leur fille suive une scolarité normale. Toutefois, certaines situations conduisent à un constat d'échec. Certains proviseurs ont déclaré avoir été confrontés à deux ou trois cas au cours de leur direction. Ces jeunes filles souhaitaient s'inscrire dans l'établissement. Après avoir été informées de l'interdiction de porter le foulard au sein du lycée, les intéressées ont décidé de ne pas s'inscrire.

583. Les différents exemples du port du foulard islamique, évoqués par les proviseurs et les directeurs d'école rencontrés, démontrent que dans la majorité des cas les jeunes filles acceptent de quitter leur foulard dans l'enceinte des établissements scolaires. Toutefois, le refus des jeunes filles de s'inscrire dans un établissement scolaire révèle les limites de la prohibition du foulard islamique. Conforme au principe de laïcité, cette disposition entraîne l'exclusion d'une partie de la population maghrébine du système éducatif. Même si ces hypothèses demeurent exceptionnelles, l'intégration de ces jeunes filles se trouve circonscrite. Une adaptation du droit doit-elle être recherchée ou l'échec constaté doit-il être accepté ? Il appartient aux différents acteurs locaux d'apporter la solution la plus appropriée.

584. Si les juristes et les différentes institutions en relation avec les populations maghrébines sont les interlocuteurs privilégiés des familles maghrébines, l'efficacité de leurs interventions suppose alors la prise en compte des particularismes familiaux et culturels propres aux minorités maghrébines.

II. UNE ADAPTATION AUX PARTICULARISMES FAMILIAUX ET CULTURELS DES POPULATIONS D'ORIGINE MAGHREBINE

585. Dans un contexte d'immigration souvent passionnel, il devient difficile de faire la part de ce qui relève du constat de ce qui est déjà de l'ordre de l'interprétation ou du fantasme. Le droit a sans doute un rôle particulier à jouer dans l'intégration des étrangers. Pour autant, doit-on ignorer les règles qui président à l'organisation des sociétés dont ces étrangers sont issus ? N'aurait-on pas intérêt dans certains cas à faire une lecture différente des règles françaises et à

tenir compte du fait que les populations soumises à la loi française ont pu, en d'autres circonstances, être confrontées à leur propre système juridique ? Certains magistrats, chefs d'établissements ou responsables associatifs pensent qu'il n'est pas inconcevable de chercher à concilier les impératifs du droit français aux particularismes du droit musulman.

L'adaptation du droit français, tant sur le fond que sur la forme, à certaines règles du droit musulman permet une meilleure compréhension de la décision qui intervient entre les parties, et plus particulièrement entre les membres d'une même famille. Cette adaptation passe avant tout par la recherche, dans la loi étrangère, des dispositions qui peuvent être transposées dans la décision judiciaire. Même si certaines adaptations semblent théoriquement possibles, en pratique le droit français semble résister aux apports du droit musulman. On constate néanmoins que ceux qui travaillent à la mise en œuvre des dispositions législatives tiennent compte de certaines spécificités culturelles pour éviter que le décalage entre la décision prise et l'attente des populations ne soit trop grand. Sans une adhésion minimale à la décision, tout espoir d'exécution risquerait en effet d'être vain. Au cours de l'enquête ont pu être relevées différentes tentatives d'adaptation (B) qui assurent la prise en compte d'éléments familiaux propres aux populations maghrébines (A).

A. Un attachement au modèle familial traditionnel

586. L'intégration en France de la population maghrébine soulève un certain nombre de difficultés liées essentiellement aux fortes divergences culturelles induites par chacune des sociétés. Certaines institutions hautement symboliques telles que la polygamie, le patriarcat, la répudiation, la persistance d'inégalités entre les hommes et les femmes et d'inégalités successorales ainsi que le refus de l'adoption et de l'établissement de la filiation naturelle constituent autant de «points de friction entre les deux civilisations que tout sépare et qui rendent difficile, voire impossible, la coordination»¹ des systèmes juridiques en présence. Ces traits caractéristiques de la culture musulmane et maghrébine heurtent la conception française de la famille. Le fossé se creuse surtout sur la question du statut de la femme musulmane. Les praticiens du droit rencontrés ont fréquemment rappelé les problèmes liés à l'inégalité entre les hommes et les femmes. C'est pourquoi, au-delà de la réponse pragmatique comme explication à l'évitement de la loi étrangère, des considérations d'un autre ordre semblent tout à la fois fonder et justifier l'application de la loi française. Il s'agit avant tout de permettre l'émancipation de la femme musulmane et de lui assurer une protection plus efficace que celle qui résulterait de l'application de son statut personnel². Ce constat demeure actuel puisque le modèle familial maghrébin est introduit en France. C'est pourquoi les magistrats, les chefs d'établissements scolaires et les responsables d'associations adaptent leur comportement en fonction du statut familial étranger (1) et des risques inhérents à leur statut (2).

1. La permanence du statut originel

587. La permanence du statut familial des familles maghrébines installées en France est perceptible à travers la vie familiale des intéressés en France (a) et le maintien d'une conception familiale traditionnelle (b).

¹ J. DÉPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 61.

² Cf. *supra*, n° 577 et s.

a) La vie familiale

588. La formation du lien conjugal - La célébration des mariages consulaires symbolise le maintien du statut personnel étranger sur le territoire du pays d'accueil¹. De même, la pratique des mariages coutumiers révèle l'attachement des populations d'origine maghrébine aux traditions. Les autorités religieuses de la Mosquée de Lyon célèbrent 30 à 40 mariages coutumiers par an. La célébration est soumise au mariage préalable des époux par-devant l'officier de l'état civil français ou les autorités consulaires si les intéressés ont la même nationalité. Toutefois, le recours au mariage coutumier clandestin persiste. Il a lieu en présence d'un imam et de deux témoins sans avoir été précédé d'une célébration civile. Selon le président de la Mosquée de Lyon, l'absence de hiérarchie organisée au sein de la religion musulmane explique la disparité des pratiques religieuses. La « loi » des époux, c'est-à-dire celle témoin de leur engagement, n'a qu'une portée relative dans la mesure où elle est contraire aux dispositions françaises. Le mariage considéré comme valable par les époux ne lie pas les magistrats français. Ces pratiques, quel que soit leur effet, témoignent de la permanence du statut familial traditionnel. La formation du lien matrimonial est l'occasion de découvrir d'autres usages.

Ainsi, les autorités consulaires reconnaissent que la pratique de la dot persiste², même si elle n'est que symbolique, à la discrétion des époux. L'une des clauses de l'acte de mariage musulman délivré par les autorités religieuses de la Mosquée de Lyon est réservée aux modalités d'évaluation et de paiement de la dot. Tous les mariages dont le futur époux est d'origine maghrébine sont entérinés par le versement d'une dot. L'époux verse une dot à sa future épouse y compris lorsque celle-ci est de nationalité française. La dot demeure une condition de validité du mariage. Le responsable du service social du Consulat du Maroc à Lyon ainsi que le président de la Mosquée de Lyon ont affirmé que le mariage est subordonné au paiement de la dot. À défaut ce ne serait pas un véritable mariage. L'acte de mariage musulman rappelle en préambule « les prescriptions authentiques de l'Islam en matière de mariage » dont la dot octroyée à la future mariée et la présence du tuteur et des deux témoins³.

La présence obligatoire d'autres membres de la famille lors d'un mariage religieux est également habituelle lors des mariages consulaires. L'union des époux est célébrée en présence du père, du tuteur légal ou à défaut du frère aîné⁴.

589. Ces deux pratiques caractérisent la permanence du modèle familial traditionnel dans le pays d'accueil. Si ces « normes » ne constituent pas des obligations légales nécessaires à la validité du mariage sur le territoire français, elles demeurent des obligations familiales ancrées dans les mentalités des populations d'origine étrangère.

590. Les relations familiales - Au sein de la famille maghrébine, le modèle patriarcal demeure⁵. C'est l'homme qui doit décider. C'est également l'homme qui porte la parole de la famille à l'égard des intervenants extérieurs. Les services de police entendus ont reconnu que leur intervention restait parfois limitée en raison du refus de la femme de les laisser pénétrer dans le logement familial. Lors des enquêtes sociales, dans le cadre de la mise en œuvre d'une mesure de protection d'un mineur, il n'est pas rare que les travailleurs sociaux ne puissent pas entrer au domicile familial des intéressés quand le mari est absent. En sa présence, la femme ne répond aux questions des enquêteurs sociaux qu'après avoir été invitée par son mari à participer

¹ Cf. *supra*, n° 117 et s.

² Cf. *supra*, n° 93-96.

³ Cf. *infra*, annexe.

⁴ Cf. *supra*, n° 88 et s.

⁵ Cf. *supra*, n° 126 et s. Il semblerait notamment que les rapports pécuniaires entre les époux d'origine maghrébine obéissent au statut traditionnel.

effectivement à l'enquête. À défaut d'autorisation expresse, bien que présente, elle reste silencieuse ou prétend ne pas comprendre le français. La méconnaissance du français demeure un obstacle chez certaines familles d'origine maghrébine.

Pour autant, selon les chefs d'établissements et les responsables associatifs, la place de la femme au sein de la famille maghrébine est primordiale. Elle semble être la clé de voûte de la vie familiale en assurant la bonne marche du ménage. Toutefois, seul le père préserve une autorité presque exclusive concernant les actes essentiels. Les enfants semblent être soumis à l'autorité formelle du père. Plusieurs responsables associatifs ont affirmé que la symbolique du père persiste : elle appelle à la notion de responsabilité et de respectabilité. Le comportement du père est hétérogène : il est dominateur ou lointain ; on ne le voit jamais et on lui épargne tout.

591. Si les femmes maghrébines font un certain nombre de reproches à leur mari, elles ont moins tendance, par rapport aux épouses françaises, à dénigrer l'image paternelle : celle-ci est préservée car dans les familles maghrébines, le respect du père demeure. Une distinction est opérée entre la qualité de mari et celle de père. Les hommes maghrébins semblent encore bénéficier sur le territoire français d'une certaine autorité, même si, dans des cas isolés, certaines femmes d'origine maghrébine dévalorisent le rôle et l'autorité maritale à l'égard des enfants. Dans le cadre d'une procédure de divorce, le droit de visite était organisé un samedi sur deux avec l'obligation faite au père de laisser son titre de séjour lors de l'exercice de son droit auprès de l'association Colin-Maillard. Le père, d'origine maghrébine, avait eu des enfants d'une première union. Ses deux derniers enfants étaient nés de son union avec une jeune femme. Ses relations avec ses enfants, âgés respectivement de 11 et 14 ans, se focalisaient autour de l'argent. Les rencontres se passaient plus ou moins bien en fonction de ce que le père pouvait et voulait offrir à ses enfants, mais le père refusait fréquemment de donner suite aux demandes de ces derniers. Les intervenants de l'association Colin-Maillard ont soutenu le père dans son attitude et sa position parentale. Ce comportement parental est exceptionnel.

592. Les familles maghrébines se trouvent souvent dépourvues de tout repère, partagées entre le statut familial originel et le modèle familial du pays d'accueil. Souvent la famille s'effondre lorsque le père est disqualifié. L'autorité de l'homme est liée à son travail. Le chômage ou la préretraite peuvent déclencher la perte de son autorité sur la famille. Certains chefs d'établissements rencontrés soutiennent que l'autorité du père est souvent bafouée lorsqu'il est au chômage et ne peut donc se prévaloir d'aucune autorité. Le modèle du père reste fondamental. À défaut la famille maghrébine se retrouve sur un bateau sans capitaine. De plus, comme l'a fait remarquer un magistrat, disqualifier les parents, c'est disqualifier les enfants. Le sentiment d'honneur se retrouve alors chez les jeunes : ils n'utilisent pas ce moyen pour dénigrer leur père. C'est pourquoi dans une certaine mesure, le respect des parents, spécialement du père, persiste.

593. L'exercice de l'autorité parentale - La détermination du ou des titulaires de l'autorité parentale est une nouvelle occasion de confirmer la permanence du statut familial des populations d'origine maghrébine. Depuis 1993, l'exercice de l'autorité parentale est conjoint. Dans ce cas, aucun problème particulier n'est relevé¹. La situation est plus difficile lorsque l'exercice de l'autorité parentale est confié à l'un des parents. L'autorité parentale exclusive du père est généralement motivée par les difficultés psychologiques de la mère alors que l'autorité parentale exclusive de la mère est justifiée par l'existence de faits graves du père (violences sur la mère voire sur les enfants). Le père maghrébin qui n'a pas l'autorité parentale sur ses enfants vit très mal cette situation car son honneur se trouve bafoué². Ceux qui n'ont pas l'autorité parentale ou qui n'ont pas la garde de leurs enfants éprouvent un sentiment de honte lors de leur

¹ Cf. supra n° 199 et s.

² Cf. supra n° 571-573.

retour dans leur pays.

594. Le droit de correction et les violences familiales - Le droit de correction du mari est-il maintenu ? Il en est fait écho dans plusieurs procès-verbaux sans toutefois qu'il soit possible d'affirmer que c'est une pratique régulière des époux d'origine maghrébine. En revanche, une demande en divorce présentée sur ce fondement est souvent exercée afin d'obtenir une réaction du conjoint qui est invité ainsi à modifier son comportement¹. Les épouses sont conscientes que les violences conjugales sont une partie intégrante de leur culture mais la plupart d'entre elles n'acceptent plus les violences maritales. C'est pourquoi elles n'hésitent pas à introduire une action en se prévalant de l'interdiction française pour revendiquer la cessation de ces pratiques dans leur couple.

Les parents d'origine maghrébine peuvent expliquer leur violence car elle est présente dans leur culture et leur éducation. Les magistrats, notamment les juges des enfants ou les juges aux affaires familiales susceptibles de connaître de tels agissements, tentent de leur faire comprendre que si leur intention est louable, la violence utilisée aux fins d'atteindre l'objectif déterminé n'est pas tolérée en France. Les violences peuvent être justifiées car elles seraient un moyen de détourner le mineur de la délinquance. Ce comportement apparaît alors comme le corollaire du sentiment d'honneur qui semble préservé au sein des familles d'origine maghrébine. Cependant, cette attitude peut conduire à des comportements négatifs. La violence est parfois motivée par des raisons tenant à l'honneur de la famille. Un mari maghrébin explique qu'il a pu être violent envers son épouse car celle-ci a insulté sa belle-mère. L'outrage aux différents membres de la famille de l'époux légitime ce droit de correction. Les violences sont justifiées par le respect dû aux différents membres de la famille : le statut des différents membres de la famille doit être préservé. Un rappel de la loi s'impose mais il n'est pas suffisant ; il faut expliquer pourquoi le recours à la violence est interdit.

595. Les pratiques religieuses - Des considérations tenant également aux convictions religieuses des populations maghrébines ou d'origine maghrébine peuvent parfois justifier un assouplissement des appréciations des magistrats mais également des différents responsables d'institutions accueillant des populations d'origine maghrébine, tels les établissements scolaires ou les associations de réinsertion. Dans les établissements scolaires, la période du *Ramadan* pose des difficultés particulières.

Le respect des traditions religieuses musulmanes a conduit les institutions qui accueillent les populations maghrébines ou d'origine maghrébine à adopter une attitude ouverte. Cependant ce comportement n'est pas uniforme. La période du *Ramadan* est souvent l'occasion de diverses doléances de la part des jeunes maghrébins ou d'origine maghrébine. La plupart des chefs d'établissements scolaires entendus affirment que la période de *Ramadan* entraîne un relâchement de l'attention. L'absentéisme est plus fréquent. Les responsables d'institutions ou d'associations doivent répondre aux demandes des délégués des jeunes qui souhaitaient bénéficier d'horaires aménagés. Certains motivent leur refus en rappelant que l'État français repose sur le principe de laïcité ; les convictions religieuses doivent demeurer un problème individuel et personnel. Des aménagements sont parfois réalisés afin de permettre aux élèves d'origine maghrébine de suivre une scolarité dans des conditions normales. Par exemple, compte tenu des incidences de la pratique du *Ramadan* sur la scolarité des élèves, un chef d'établissement scolaire a adapté le calendrier des examens.

Presque tous les chefs d'établissements scolaires et les responsables associatifs observent que si la religion peut parfois apparaître comme un prétexte, elle demeure avant tout un moyen

¹ Cf. supra n° 571-575.

d'identification.

Cette pratique symbolise un retour aux sources. C'est un moyen d'affirmer la différence culturelle. Toutefois, les différents proviseurs entendus ont affirmé que la religion n'était pas invoquée pour justifier des éventuelles absences en cours de sciences naturelles. De même la pratique des sports ne pose pas de problèmes spécifiques. Assez peu d'élèves invoquent leur religion pour singulariser leur participation à l'ensemble des cours. La plupart des chefs d'établissements jugent le comportement des intéressés en rappelant le principe de laïcité.

596. Les interlocuteurs des familles - La persistance des pratiques est notamment révélée par les recours des ressortissants étrangers auprès des autorités consulaires présentes sur le territoire français. Les consulats constituent un lieu d'écoute et de renseignements. Les autorités consulaires marocaine et tunisienne ont précisé que leurs ressortissants les consultent fréquemment en cas de problèmes administratifs, sociaux ou familiaux. Par exemple, les services consulaires marocains interviennent en cas de conflit conjugal et tentent une médiation entre les époux. Il n'est pas rare également que les autorités religieuses de la Mosquée de Lyon interviennent en qualité de médiateur.

D'une manière générale il apparaît que les représentants étatiques ou religieux sont des interlocuteurs privilégiés. Les autorités consulaires sont souvent interrogées sur le contenu des normes françaises et sa compatibilité avec le statut personnel des populations d'origine maghrébine. Trois domaines particuliers motivent les consultations : les règles relatives au mariage, au regroupement familial et à l'adoption.

Toutefois, l'implantation géographique des consulats explique qu'une partie des populations d'origine maghrébine ne consulte pas les représentants de leur pays. Compte tenu de leur proximité, les services sociaux locaux deviennent les interlocuteurs des familles en difficulté. Ces familles sont prises en charge par des institutions ou des organismes français ou elles sont invitées à se présenter devant les tribunaux français. L'un des agents consulaires rencontrés a d'ailleurs regretté cette situation. Il estime que l'ignorance du modèle familial maghrébin et le recours systématique aux solutions préconisées par les institutions françaises ne permettent pas de résorber les conflits mais, au contraire, risquent de les développer.

b) Une famille élargie

597. La conception de la famille constituée en clan demeure une réalité. Elle est parfois la source du sentiment de honte. En cas de placement de leurs enfants, il n'est pas rare que les parents ne dévoilent pas cette situation aux autres membres de la famille et particulièrement à leurs parents, alors même qu'ils ne refusent pas la mise en oeuvre de ladite mesure. C'est le clan et le regard extérieur de la société qui pèsent. La notion de famille nucléaire et la conception d'une structure familiale prégnante ne sont pas encore assimilées.

Cette conception trouve des prolongements dans les couples dont l'un des époux est maghrébin. Les difficultés surgissent avec plus d'acuité en cas de conflits familiaux au sein des couples mixtes ou ceux composés d'étrangers de nationalité différente. Comme l'a souligné un responsable associatif, le mariage reste une alliance entre les familles. En cas de problème, le conflit du couple devient celui des deux familles. Les sentiments de honte, de culpabilité et de déshonneur apparaissent au sein des deux clans qui s'affrontent. Lorsqu'on épouse une personne étrangère, on épouse également sa culture. Les différences culturelles apparaissent après coup avec plus d'acuité. Ce qui peut faire la richesse de l'union devient insoutenable en cas de difficultés. Des divergences apparaissent quant à l'éducation des enfants ou quant aux choix religieux (baptême, circoncision). Toutes les différences culturelles deviennent des sujets de discussions et de heurts. Les deux cultures s'entrechoquent. Un magistrat de la première chambre

civile du tribunal de grande instance de Lyon a précisé que la mixité était de l'ordre du non-dit.

La notion de clan familial se retrouve dans le cadre de l'exercice du droit de visite. Les conditions d'exercice du droit de visite illustrent la persistance des conceptions familiales traditionnelles. Le père maghrébin souhaite et favorise une prise en charge collective des enfants correspondant au modèle familial méditerranéen. Venir une journée en milieu neutre, à l'occasion de l'exercice du droit de visite, ne correspond pas à leur culture. Il n'est pas rare que des pères souhaitent emmener leur enfant chez leur tante ou grand-mère. Le décalage entre les deux conceptions familiales est manifeste. Pour ces raisons, le droit de visite fixé en lieu neutre ne paraît pas toujours adapté à leurs attentes. Les intéressés demandent alors à venir avec d'autres membres de la famille. La famille s'entend au sens de clan, c'est-à-dire la famille élargie.

2. Des risques spécifiques

598. Certains risques liés au statut familial des populations d'origine maghrébine impliquent également des adaptations. Tel est le cas des menaces d'enlèvement et des mariages forcés. Ces situations relèvent-elles du mythe ou de la réalité ? La situation des jeunes filles d'origine maghrébine demeure précaire : la menace d'un mariage dans le pays d'origine des parents est réelle même si elle reste dans des proportions limitées. Les chefs d'établissements scolaires ont témoigné que les risques de mariage forcé demeuraient réels même si ces pratiques étaient rarement effectives. L'un d'eux a déclaré avoir eu connaissance de trois cas d'interruption de la scolarité par des jeunes filles en raison de leur mariage suivi de leur retour dans le pays d'origine de leurs parents. Un autre a été confronté à un cas de mariage arrangé. L'adolescente fut conduite par son père en Algérie. Des juges aux affaires familiales estiment que l'existence de mariage arrangé demeure une réalité même si la libération du statut de la femme d'origine musulmane est tangible. Ce constat peut être justifié par l'intérêt direct des femmes maghrébines car « elles ont tout à gagner ». L'éveil de la femme musulmane, comme celui des femmes européennes depuis le début des années 70, expliquerait qu'elles n'hésitent plus à saisir le juge aux affaires familiales en cas de conflit. Plus la femme est intégrée, plus elle utilise les moyens du droit du pays d'accueil pour rompre ou relâcher le lien conjugal.

599. Certains magistrats estiment que les risques de déplacement des jeunes filles relèvent du fantasme même s'ils admettent que les jeunes filles maghrébines y sont exposées. Toutefois, ils n'ont pas eu connaissance de déplacement et ils prétendent que les jeunes filles qui retournent dans leur pays d'origine pendant des vacances acceptent implicitement leur avenir familial lorsqu'elles connaissent les projets de mariage. En cas de refus réel, elles ont toujours la possibilité de s'opposer à leur départ.

Certes, les jeunes filles peuvent s'opposer à leur départ du territoire français mais encore faut-il que leur appel soit entendu par les autorités françaises. Il ne faut pas négliger l'influence des pressions familiales, même si elles sont difficiles à apprécier. Dans une telle hypothèse, l'intervention judiciaire devient le seul rempart efficace. Si les menaces sont réelles, les juges des enfants peuvent informer un juge aux affaires familiales¹ ou inviter les intéressés à se rendre aux services de la Préfecture en cas d'urgence. Par ailleurs, le ministère public dispose d'un moyen efficace pour lutter contre l'éloignement des jeunes filles : l'ordonnance de placement provisoire du mineur prévue par l'article 375-5 du Code civil. L'intéressé est mis dans un foyer d'accueil ; d'autres mesures peuvent être requises dans un délai de huit jours. Une sortie du milieu familial peut être envisagée. Ce dispositif peut constituer un élément de négociation avec

¹ Cette pratique est exceptionnelle.

les membres de la famille.

600. Si les risques d'enlèvement conduisent les juges aux affaires familiales à prononcer des interdictions du territoire ou à définir des modalités d'exercice du droit de visite particulières¹, ils ne semblent produire aucun effet sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale par les étrangers. Une seule originalité mérite attention : l'exercice de l'autorité parentale est parfois perçu comme un moyen de maintien sur le territoire français. L'exercice en commun est en principe retenu mais il peut constituer un outil de vengeance : en cas de difficultés conjugales, l'époux qui s'estime lésé peut essayer d'obtenir l'exercice exclusif de l'autorité parentale afin de « punir » le comportement de son conjoint. Les modalités de l'exercice de l'autorité parentale apparaissent comme un moyen de pression et de négociation : c'est un pouvoir supplémentaire dans les mains de l'époux abandonné.

B. La prise en compte d'éléments propres aux populations d'origine maghrébine

601. Si les concessions du droit français au droit musulman paraissent circonscrites, la place faite aux particularismes culturels par les juristes, magistrats et avocats, est en revanche beaucoup plus perceptible. La lecture qu'ils font de la loi tient compte, en partie, de l'origine de ceux qu'ils jugent ou défendent. Mais la prise en compte des spécificités culturelles reste avant tout une affaire de personne et de domaine juridique. Un dialogue entre les deux cultures, celle du pays d'accueil et celle du pays d'origine des immigrés, s'impose. Si les « étrangers » sont soumis à la même loi que les Français, des éléments particuliers impliquent une lecture différente du droit français. À défaut, l'intervention des autorités judiciaires françaises risque d'être privée d'effet. Le dialogue entre les deux normes juridiques peut être source d'efficacité, tout comme peut l'être la considération du statut familial maghrébin perceptible sur le territoire d'accueil.

Il existe certaines tentatives d'adaptation qui, même si elles n'ont qu'une portée symbolique, n'en conservent pas moins une incidence pratique non négligeable. Ainsi en est-il des aménagements qui répondent à des finalités déterminées. Les adaptations du droit français sont fréquemment justifiées par le respect de l'égalité dans les relations familiales ou comme moyen d'intégration. Cet effort d'adaptation paraît être préconisé par des raisons tenant à la protection et à l'intégration des étrangers (2) ou initié par des considérations plus pragmatiques (1).

1. Des adaptations pragmatiques

602. L'immixtion de l'autorité judiciaire dans la vie familiale n'est pas neutre. Compte tenu des spécificités familiales des populations maghrébines, les praticiens semblent adapter leur attitude en fonction du justiciable. Dans le cas contraire, l'intervention judiciaire ne serait pas comprise et elle risquerait de ne pas être acceptée. C'est pourquoi sont pris en compte le modèle familial maghrébin (a) et les convictions personnelles des étrangers (b).

a) Le respect du modèle familial

603. Cet effort d'adaptation est notamment sensible en matière de protection des incapables. Les juges des tutelles, conscients du rôle reconnu au fils aîné au sein de la famille maghrébine, vont parfois s'appuyer sur ce particularisme pour faire accepter la mesure de protection. La mesure de protection étant en principe exercée par un membre de la famille, la fonction du représentant légal peut être confiée au fils aîné par préférence à l'épouse, même si du point de

¹ Cf *infra*, n° 598-600.

vue de la gestion financière des aides sociales, il serait parfois plus satisfaisant de recourir à des gérants de tutelle ou des associations tutélaires. La désignation d'un membre de la famille permet toutefois une meilleure appréhension de la mesure de protection. À défaut l'exercice de la mesure de protection serait inopérant. L'un des juges des tutelles reconnaît que cette modalité présente un revers. Elle peut constituer un moyen d'appropriation des aides sociales, telle l'allocation adulte handicapée, qui sont utilisées pour subvenir aux besoins de toute la famille. En effet, selon ce magistrat, il n'existe pas d'individualisation des ressources financières dans les familles maghrébines. Ainsi, il est difficile d'obtenir un compte de gestion individuel car les indemnités bénéficient à l'ensemble de la famille. L'absence d'individualisation n'est pas synonyme de malhonnêteté ou de l'idée de mal faire : les intéressés ne tentent pas de détourner l'argent du majeur protégé. Leur attitude s'explique par leur ignorance des dispositions du pays d'accueil mais également par la différence de structure familiale. La famille française est individualisée alors que la famille maghrébine demeure plus unie. La conception individuelle de la famille semble moins marquée chez les populations étrangères, notamment d'origine maghrébine¹.

Cette prise en compte de la structure familiale paraît la moindre des attentions dans la mesure où la protection des incapables relève en principe de la loi personnelle du majeur incapable et non de la loi française en tant que loi du domicile comme la pratique judiciaire pourrait le laisser entendre².

b) Le respect des convictions personnelles

604. Si le respect des convictions implique parfois la recherche de compromis, il apparaît tout d'abord comme un modérateur de l'immixtion judiciaire dans la vie familiale des populations d'origine maghrébine.

605. Un modérateur de l'intervention judiciaire - L'immixtion de l'autorité judiciaire au sein de la famille n'est pas neutre car elle introduit un contrôle extérieur, surtout auprès des populations maghrébines ou d'origine maghrébine pour qui la notion d'honneur est souvent très marquée. C'est le cas dans le cadre de l'organisation d'une mesure de protection par les juges des tutelles. Il en est de même lors de l'intervention du juge des enfants. Elle peut être comprise comme une mise en cause de l'éducation donnée aux enfants. Le juge des enfants doit donc, sans doute plus qu'un autre, prendre en compte le modèle familial dans lequel évoluent les fratries pour favoriser l'adhésion des parents comme des enfants à la mesure adoptée à l'égard des mineurs. Dans la mesure du possible, le juge des enfants doit privilégier le maintien des mineurs dans leur famille.

606. Le respect des convictions personnelles des familles d'origine maghrébine doit guider le juge des enfants. L'éducation dans les familles d'accueil ne doit pas être le moyen d'évincer la culture de la famille « originelle ». En cas de conflit, un magistrat a précisé qu'il se prononcerait pour la primauté de la famille d'origine sur la famille d'accueil. En cas de confrontation de valeurs entre la famille d'origine et le foyer ou la famille d'accueil, le juge des enfants doit être attentif et préserver la transmission des valeurs traditionnelles propres à la famille d'origine. En ce sens, le juge doit tenir compte de la culture des intéressés. Le maintien de l'enfant au sein de sa famille est toujours recherché. La régulation interne, quelle que soit la nationalité des différents membres de la famille, doit être privilégiée.

Le respect des convictions personnelles des familles est un élément déterminant. Mais il ne va

¹ Cf *supra*, n° 597.

² Cf *supra*, n° 565.

pas sans poser certaines difficultés, notamment en cas de placement de l'enfant dans une famille d'accueil qui va parfois chercher à occulter ou à évincer l'éducation et la culture de la famille biologique. En tout état de cause, les parents conservent l'autorité et en cas de conflit, le juge doit faire primer les choix de la famille originelle sur ceux de la famille d'accueil. Reste que là encore, les convictions personnelles des familles se heurtent parfois à celles des travailleurs sociaux ou des magistrats qui, dans certains cas, refuseront de cautionner une pratique qu'ils désapprouvent. La recherche de compromis n'est pas toujours une voie facile.

607. La recherche de compromis - Quelle attitude doivent adopter les juges des enfants saisis d'une demande de circoncision alors que les enfants sont placés en milieu ouvert ? La pratique de la circoncision par certaines familles étrangères fait resurgir des conflits probablement irréductibles. Là où notre droit pénal parle de mutilations, les familles incriminées répondent mythes et traditions. Deux mondes s'affrontent, sans pouvoir ni s'entendre ni se comprendre. Il appartient aux praticiens de concilier ces normes. Il est nécessaire de respecter la volonté des parents : le juge ne doit pas s'ingérer dans les choix philosophiques ou religieux des parents sous réserve que ces intentions n'entraînent pas de danger pour les enfants. Or, la circoncision relève des choix religieux : elle est fréquemment présentée par les familles comme le baptême de leur enfant. En revanche, la pratique de l'excision, en ce qu'elle constitue une atteinte corporelle et une mutilation irréversible, ne peut pas être tolérée.

Les juges des enfants peuvent être confrontés à ces hypothèses rapportées par l'un d'eux. Ce dernier a tenu à préciser que la difficulté pour le magistrat est de faire la part entre ses propres valeurs et celles des familles auprès desquelles il intervient, notamment quant à la notion d'intérêt de l'enfant. Seule la notion d'enfant en danger justifie l'intervention du juge des enfants. L'intérêt de l'enfant n'est que subsidiaire et il faut se défendre de se focaliser sur cette notion. Il est nécessaire de se préserver de porter un jugement de valeur ou d'imposer ses conceptions personnelles.

608. De quelle manière les praticiens doivent-ils réagir lorsque le jour de la célébration d'un mariage une femme voilée se présente devant l'officier de l'état civil ? D'un côté, les futurs époux invoquent le droit au respect de leurs convictions religieuses. De l'autre, l'officier de l'état civil refuse de procéder à l'échange des consentements avant d'avoir pu vérifier l'identité de la future épouse. Confronté au mariage d'une femme voilée, l'officier de l'état civil de Décines (Rhône) a refusé que l'échange des consentements puisse se réaliser dans de telles conditions. Le futur mari, de nationalité algérienne, refusait que son épouse se dévoile devant l'assistance publique présente. L'officier de l'état civil soutenait qu'il était nécessaire qu'il soit procédé à la vérification de l'identité de la future épouse. Le procureur de la République d'astreinte fut informé de cette difficulté pour avis. Il proposa une solution intermédiaire : la vérification de l'identité de l'épouse pouvait avoir lieu dans une salle attenante à la salle des mariages en présence de l'officier de l'état civil accompagné d'une femme et des futurs époux. Cette solution fut appliquée. Cette attitude compréhensive reste exceptionnelle. Comme l'a indiqué le procureur de la République, cet exemple démontre une nouvelle fois la nécessaire adaptation du droit français au risque de déboucher sur une situation bloquée.

609. À travers ces quelques exemples, on comprend que les praticiens du droit, et particulièrement les magistrats, tentent d'adapter leurs décisions au contexte dans lequel ils interviennent. Au cours des différents entretiens qu'ils nous ont accordés, les magistrats ont exprimé de façon plus ou moins explicite, que de la prise en compte du modèle familial et des traditions dépendait en partie le succès de leurs interventions. C'est essentiellement par souci de pragmatisme et d'efficacité que les magistrats lyonnais prennent en considération certains traits culturels propres aux populations maghrébines ou d'origine maghrébine. On comprend dès lors que, sur certaines questions particulièrement sensibles, les magistrats se montrent plus réticents.

On a eu l'occasion d'évoquer le problème de la pratique religieuse et du port du foulard islamique¹, ainsi que celle de l'excision². D'autres sujets, moins polémiques, marquent les limites de la réception, devant les juridictions françaises, des particularismes propres à certaines minorités ethniques.

C'est le cas des différends relatifs au versement de la dot. Le litige surgit parfois au détour d'une action en nullité du mariage. L'époux réclame la restitution de la compensation matrimoniale versée à l'occasion du mariage. Les magistrats de la première chambre civile du tribunal de grande instance de Lyon refusent de statuer sur la question, en énonçant qu'il n'existe pas de préjudice distinct de celui réparé par le prononcé de la nullité du mariage. Il semble qu'une telle éviction résulte de difficultés probatoires. Il est difficile, voire impossible, de rapporter la preuve de l'existence, du versement et du montant exact de la dot.

La *kafala* pratiquée dans les pays du Maghreb pose également certaines difficultés. Elle ne trouve pas d'équivalent en France. L'institution de la *kafala* semble heurter la conception laïque de l'ordre public français dans la mesure où elle peut prévoir une éducation religieuse de l'enfant conforme au Coran. Un jugement étranger instituant une *kafala* produit néanmoins des effets en France. En pratique cette situation ne semble pas poser de problèmes particuliers³, mais elle reste «potentiellement explosive» selon le procureur de la République. Les autorités françaises s'accommodent pour l'instant de ce système imparfait mais qui présente le mérite de concilier les deux conceptions juridiques. La conciliation devient le conducteur des juridictions françaises.

Par ailleurs, l'évolution jurisprudentielle n'a que partiellement résolu le problème de l'adoption. La notion d'intérêt de l'enfant permet aujourd'hui l'adoption d'un enfant maghrébin par des conjoints français, mais le problème de l'adoption d'un enfant français par un couple maghrébin continue à soulever des difficultés dans la mesure où la loi de l'adoptant ne connaît pas l'institution de l'adoption.

2. Des adaptations finalisées

610. Deux objectifs peuvent être recherchés : le premier assure une protection de l'étranger (a), le second permet son intégration (b).

a) Des aménagements, facteurs de protection

611. Les différents praticiens du droit, avocats et magistrats, affirment faire parfois une lecture bienveillante des dispositions françaises et étrangères en fonction de l'intérêt des justiciables étrangers. Les avocats reconnaissent notamment que la loi française est généralement plus favorable. C'est pourquoi ils demandent son application au bénéfice des femmes d'origine maghrébine qu'ils sont appelés à conseiller et représenter. La loi française étant plus protectrice, notamment quant au statut de la femme, les avocats sont tentés de rechercher l'éviction de la loi étrangère normalement compétente. Ils peuvent alors être écoutés par certains magistrats qui sont également réticents à appliquer la loi étrangère. La volonté de protection semble conduire ces praticiens à adopter cette doctrine.

612. L'adaptation du comportement des magistrats s'explique notamment par l'existence de risques liés à la qualité d'étranger. Le premier d'entre eux dans l'esprit des jeunes filles maghrébines est le mariage forcé. Il est parfois prétendu que les fugues des jeunes filles

¹ Cf. *supra*, n° 595.

² Cf. *supra*, n° 607.

³ Cf. *supra*, n° 340-341.

maghrébines seraient motivées par la crainte d'un mariage arrangé. Toutefois cette affirmation semble devoir être nuancée. Les services de police constatent que les jeunes filles n'hésitent pas à les informer du risque d'enlèvement dont elles craignent de faire l'objet. Mais ce risque étant inhérent à leur statut familial, les magistrats sont plus attentifs à leur parole. Lorsque le risque d'enlèvement est réel, l'interdiction de sortie du territoire peut être prononcée. En effet, les menaces d'enlèvement motivent les demandes d'interdiction du territoire français. Cette pratique est relativement courante. Pour que cette initiative soit acceptée par les deux parents il est habituel que les magistrats prononcent une interdiction bilatérale, c'est-à-dire qu'aucun des deux parents n'est autorisé à sortir du territoire français accompagné de l'enfant. Cette mesure est annuelle et reconductible sur la demande de l'un des parents, sans débat contradictoire.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement présente une originalité. En raison des risques de violences sur les enfants, du renvoi des jeunes filles dans le pays d'origine ou d'enlèvements, les rencontres entre les parents et les enfants se réalisent dans un lieu neutre. L'organisation du droit de visite en lieu neutre est souvent initiée par les avocats. Cette modalité d'exercice du droit de visite permet d'assurer des contacts dans des conditions plus sereines et limite les risques d'enlèvement et les craintes de violences. La menace du renvoi des jeunes filles dans le pays d'origine de leurs parents est réel même s'il demeure exceptionnel en pratique. C'est pour cette raison que sont organisés des droits de visite en milieu neutre comme à Colin-Maillard ou à la Sauvegarde. La finalité de ces institutions est de permettre un apaisement de la situation avant une reprise normale des relations familiales. Les responsables de ces institutions soulignent qu'ils peuvent intervenir alors qu'il n'y a pas de difficulté dans les relations entre les parents et les enfants mais qu'il existe un risque d'enlèvement. Depuis la création de l'association Colin-Maillard, en 1989, un cas d'enlèvement a été connu. Le retour des enfants a eu lieu dix-huit mois après leur départ.

613. Conformément à une jurisprudence ancienne et bien établie, les dispositions d'assistance éducative sur l'enfance en danger sont applicables sur tout le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents¹. Seule la notion d'enfant en danger justifie l'intervention du juge des enfants. L'intérêt de l'enfant n'est que subsidiaire et il faut se défendre de se focaliser sur cette notion. Si la mise en oeuvre des mesures de protection des mineurs ou des jeunes majeurs est régie par les dispositions françaises, elle ne doit pas devenir le moyen de casser la dynamique familiale. L'écoute des parents est primordiale. Il est nécessaire de prendre du recul par rapport aux discours des jeunes : il existe parfois un fossé entre les propos développés par les adolescents et la réalité de la vie familiale. Couper les jeunes filles du milieu familial n'est pas forcément la réponse la mieux appropriée pour remédier à leurs difficultés. Les risques sont nombreux et aux turpitudes de la vie familiale risquent de se substituer d'autres problèmes plus difficiles à encadrer dont la prostitution. L'autorité des parents ne doit pas être ignorée, au contraire elle doit être rappelée et redéfinie dans un cadre normal. Selon un magistrat, ces considérations prennent encore plus d'importance quand l'intervention judiciaire concerne des familles d'origine maghrébine.

b) Des aménagements, facteurs d'intégration

614. Les absences scolaires liées à un séjour à l'étranger ont justifié dans certains établissements scolaires l'adaptation des modalités d'inscription. Les périodes d'inscription ont été aménagées conformément aux consignes de l'Académie. Tous les enfants sont acceptés, y compris ceux qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire français. L'appréciation des absences consécutives à un retour au pays d'origine n'est pas unanime. Certains chefs

¹ Cass. civ. 1^{re}, 27 octobre 1964, *D.* 1965, p. 81.

d'établissements considèrent qu'il s'agit d'un mythe, d'autres constatent que ces absences constituent un rituel pour une partie des élèves.

615. Dans les relations entre les établissements scolaires et les parents d'élèves, des difficultés de communication sont remarquées. Les parents maghrébins sont peu intégrés dans la vie de l'établissement scolaire. Ils ne se rendent que très rarement aux réunions organisées par les professeurs. De plus, les élèves n'informent pas toujours leurs parents car ils ont honte de leur père ou mère qui ne parleraient pas le français. Le sentiment de crainte peut également expliquer le silence des élèves. Les jeunes maghrébins respectent leurs parents mais les cachent. Ce déficit d'image parental n'est pas exclusif des populations d'origine maghrébine mais du niveau social. Pour pallier l'absence d'information ou l'incompréhension des courriers, certains établissements scolaires privilégient les entretiens téléphoniques.

Ces affirmations doivent être nuancées concernant les parents de la deuxième génération. Ces derniers s'intéressent plus à la scolarité de leurs enfants et participent davantage à la vie de l'établissement. Les chefs d'établissements scolaires et les responsables associatifs ont confirmé le sentiment largement répandu de l'intégration plus importante des jeunes couples d'origine maghrébine. Ils sont imprégnés de la culture française, la seule qu'ils ont eue effectivement l'occasion de côtoyer, même si le respect des traditions musulmanes reste perceptible, comme la pratique du *Ramadan* ou l'apprentissage de la langue arabe au sein des familles.

CONCLUSION

616. La prise en compte du statut et de la structure familiale des populations d'origine maghrébine est sans doute motivée par la volonté de respecter leur identité sous réserve que cette introduction du modèle étranger ne heurte pas l'ordre public français et ne crée pas un nouvel obstacle à leur intégration. L'efficacité de l'intervention judiciaire justifie également l'adaptation du droit français notamment par l'adaptation du comportement des premiers acteurs de la justice c'est-à-dire les magistrats. Les différents organismes et institutions fréquentés par les populations d'origine maghrébine suivent un mouvement identique. C'est en ce sens qu'il est possible d'affirmer que le droit français s'adapte, ou du moins engage un dialogue avec les normes étrangères.

Pour autant, il n'est pas certain que ce soit sur le terrain du droit que les avancées les plus significatives seront enregistrées : « le droit trouve (...) ses limites dans une réalité sociologique qui lui résiste ou qu'il ne peut atteindre »¹. Notamment, la volonté d'émancipation de la femme maghrébine ne risque-t-elle pas de se heurter à une tradition fortement ancrée ? Ainsi en est-il de la liberté donnée en France à la femme musulmane d'épouser un non-musulman : « la pratique, le respect de la tradition se révèlent ici plus forts que les séductions libératrices offertes par l'ordre juridique français. (...) On assiste ici à un phénomène de non-usage d'une liberté, parce que la liberté offerte ne correspond pas à l'état des moeurs et expose celles qui en useraient à la réprobation de leur milieu et à des complications prévisibles lors d'un retour ou même d'un simple séjour dans le pays d'origine »²

Dans ces conditions, faut-il adapter le droit français aux particularismes familiaux et culturels des populations maghrébines ? La question demeure ouverte: le désir d'intégration, voire d'assimilation des populations étrangères est-il vraiment celui des immigrés établis en France ?

¹ J. DÉPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 66.

² *Idem*, p. 67.

Ne correspond-il pas à la volonté de notre société de voir se réduire l'écart des différences culturelles ? Ne tente-t-on pas de projeter sur ces populations des aspirations qui sont les nôtres et des principes que nous tenons pour universels ? Par exemple, la question de l'égalité entre les hommes et les femmes, conquête somme toute très récente dans notre société, n'exacerbe-t-elle pas les tensions au point de rendre difficile, voire impossible, toute tentative pour comprendre un modèle familial différent et admettre que la complémentarité des statuts puisse se substituer à l'égalité des sexes.

Ce constat laisse naturellement songeur et oblige à se reposer cette question centrale : le droit doit-il être l'un des vecteurs de l'intégration des populations maghrébines au risque de briser les derniers repères culturels ou doit-il au contraire, par une flexibilité et une adaptation aux particularismes juridiques et culturels permettre une meilleure adéquation entre les attentes des familles maghrébines et les solutions proposées en droit interne ?

ANNEXES

- TABLES DES MATIÈRES -

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	4
PREMIÈRE PARTIE. LES MANIFESTATIONS JURIDIQUES DE LA VIE FAMILIALE DES MAGHRÉBINS ET PERSONNES D'ORIGINE MAGHRÉBINE	12
CHAPITRE I. LE CONTENTIEUX DE L'ÉTAT CIVIL	14
I. La procédure de légitimation <i>post nuptias</i>	16
A. Le cadre juridique de la constatation de la filiation	16
B. Des pratiques de légitimation <i>post nuptias</i> divergentes	18
1. Une procédure de légitimation <i>post nuptias</i> classique	18
2. Une procédure de légitimation <i>post nuptias</i> dénaturée	20
II. Les actes étrangers de l'état civil	22
A. La modification des actes de l'état civil	22
1. La rectification de l'état civil	22
2. La constitution et la reconstitution de l'état civil d'un étranger	24
B. Les modalités de l'efficacité	25
1. La force probante des actes de l'état civil	25
a) La force probante des actes étrangers de l'état civil	26
b) La force probante des actes français de l'état civil relatifs à des étrangers	26
2. Les procédures de vérification des actes de l'état civil	26
a) La légalisation et la traduction	27
b) Le caractère excessif des vérifications administratives	28
3. la preuve des actes étrangers et des faits intéressant l'état civil	28
III. Le choix du prénom des enfants de parents maghrébins	31
Chapitre II. Le mariage des Maghrébins ou des personnes d'origine résidant en France	35
I. la formation du mariage des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine	38
A. Les conditions de fond	38
1. La capacité matrimoniale	38
2. Le consentement	40
3. La dot	42
4. L'absence d'empêchement	43
a) Les empêchements permanents	43
b) Les empêchements temporaires	43
B. Les conditions de forme	46
1. Le lieu de célébration du mariage	47
2. La présence des époux	49
3. L'identité des époux	50
II. Les effets du mariage des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine	50
A. Les effets patrimoniaux du mariage	50
1. L'exigibilité de la dot	50
2. L'obligation d'entretien	51
a) Les dossiers de contribution aux charges du mariage	51
b) Les dossiers de divorce	52
c) Les dossiers du juge des enfants	53
3. Le régime matrimonial	53
B. Les effets personnels du mariage	54
1. Les effets personnels du mariage dans les dossiers de divorce	56
2. Les effets personnels du mariage dans les dossiers des juges des enfants	57
3. Les effets personnels tels qu'ils ressortent des entretiens	58
Chapitre III. L'annulation du mariage	60
I. Les causes de nullité du mariage	64
A. Les conditions de forme du mariage	64

1. Les formalités préalables à la célébration	64
2. La célébration par l'officier de l'état civil	65
B. Les conditions de fond du mariage	66
1. Les conditions d'ordre biologique	66
2. Les conditions d'ordre psychologique	67
3. Les conditions d'ordre sociologique	71
II. Les effets de l'annulation	73
Chapitre IV. L'autorité parentale	75
I. La dévolution de l'autorité parentale	77
A. La dévolution de l'autorité parentale dans la famille légitime	77
1. L'attribution de l'autorité parentale dans les décisions de divorce	77
2. La résidence habituelle de l'enfant et le droit de visite et d'hébergement	82
a) La détermination de la résidence habituelle de l'enfant	82
b) Le droit de visite et d'hébergement	83
c) Les interdictions de sortie du territoire	84
B. La dévolution de l'autorité parentale dans la famille naturelle	84
II. Le contrôle et les limitations de l'autorité parentale	85
A. La délégation de l'autorité parentale	85
B. La protection judiciaire de l'enfance	86
1. L'enfant en danger	87
2. Le retour au pays	88
Chapitre V. Le divorce en France : situation des couples mixtes, étrangers ou d'origine étrangère	91
I. La comparaison des systèmes juridiques en présence	92
A. Le divorce dans les pays du Maghreb	93
1. Les causes de divorce en Algérie	94
2. Les causes de divorce au Maroc	94
3. Les causes de divorce en Tunisie	94
B. Le divorce en France	94
C. La confrontation des systèmes étrangers et français	95
1. Les points de convergence	95
2. Les points de divergence	96
II. Les juges, les praticiens du droit et le divorce en droit international privé	99
A. La compétence des tribunaux français	99
1. Les règles ordinaires de compétences des tribunaux français indépendantes de la nationalité	99
a) Le principe : la transposition des règles de compétence interne	99
b) Des exceptions : les règles de compétence purement internationale	100
2. Les règles de compétence fondées sur la nationalité	100
3. L'incompétence des tribunaux français	101
B. La loi applicable devant les tribunaux français	102
1. La compétence de la loi française à titre principal	102
2. La compétence subsidiaire de la loi française à défaut d'une loi étrangère compétente	104
3. L'éviction de la loi applicable en raison de sa contrariété avec l'ordre public international français ou de la fraude à la loi	106
a) L'éviction de la loi applicable en raison de sa contrariété avec l'ordre public international français	106
b) L'éviction de la loi applicable en raison de la fraude à la loi	106
C. Le cas particulier de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981	107
III. L'étude générale des dossiers	110
A. La synthèse sur le contentieux des divorces pour faute	111
1. Les couples mixtes	111
2. Les couples étrangers	112
a) Le couple	112
b) L'action en divorce	119
B. La synthèse sur le contentieux des divorces sur requête conjointe	129

1. Le couple	130
a) La différence d'âge des conjoints	130
b) La durée de l'union	130
c) Le lieu de célébration du mariage	130
d) Le mariage et le pays de naissance	131
e) Le mariage et la nationalité	131
f) Le contrat de mariage	132
g) Les mariages antérieurs	132
h) La composition de la famille	132
i) Le prénom des enfants	133
2. L'action en divorce	133
a) Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle	133
b) L'issue du procès	134
c) L'usage du nom marital après divorce	134
C. La synthèse sur le contentieux des divorces sur demande acceptée	134
1. Le couple	135
a) La différence d'âge des conjoints	135
b) La durée de l'union	135
c) Le lieu de célébration du mariage	135
d) Le mariage et le pays de naissance	136
e) Le mariage et la nationalité	136
f) Le contrat de mariage	137
g) Les mariages antérieurs	137
h) La composition de la famille	137
i) Le prénom des enfants	137
2. L'action en divorce	138
a) Le demandeur	138
b) Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle	138
c) L'issue du procès	139
d) L'usage du nom marital après divorce	139
D. La synthèse sur le contentieux des séparations de corps pour faute	139
1. Le couple	140
a) La différence d'âge des conjoints	140
b) La durée de l'union	140
c) Le lieu de célébration du mariage	140
d) Le mariage et le pays de naissance	141
e) Le mariage et la nationalité	141
f) Le contrat de mariage	142
g) Les mariages antérieurs	142
h) La composition de la famille	142
i) Le prénom des enfants	143
2. L'action en divorce	143
a) Le demandeur	143
b) Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle	143
c) Les causes de séparation de corps invoquées par le demandeur	144
d) L'issue du procès	144
E. La synthèse générale sur les contentieux des divorces et des séparations de corps	144
1. La réparation des différents contentieux	145
2. Le couple	146
a) La différence d'âge des conjoints	146
b) La durée de l'union	147
c) Le lieu de célébration du mariage	148
d) Le mariage et le pays de naissance	148
e) Le mariage et la nationalité	149
f) Le contrat de mariage	149
g) Les mariages antérieurs	150
h) La composition de la famille	150

i) Le prénom des enfants	151
3. L'action en divorce	151
a) Le demandeur	151
b) Les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle	153
c) Les causes de divorce invoquées par le demandeur	153
d) L'issue du procès	153
e) L'usage du nom marital après divorce	154
Chapitre VI. L'executatur	155
I. L'inutilité de la procédure en matière d'état et de capacité des personnes	157
A. Les raisons juridiques de l'inutilité de la procédure	157
B. Les raisons du recours à cette procédure par les plaideurs	158
II. La décision d'executatur	159
A. Le caractère définitif de la décision dont l'executatur est demandé	159
B. La compétence du tribunal étranger	159
C. La compétence législative	161
D. Le respect de l'ordre public et l'absence de fraude à la loi	162
E. La solution des litiges	163
III. Sociologie de l'executatur et acculturation juridique	165
A. Le mariage	165
B. Les enfants	165
C. Le divorce	166
D. La décision d'executatur	166
 Chapitre VII. À propos du décès des maghrébins	 168
I. Le lieu de la sépulture	169
II. La liquidation du régime matrimonial	170
III. La succession	171
A. Le droit musulman des successions saisi par le droit international privé français	171
1. Le droit musulman des successions	171
a) La période préislamique	171
b) Le Coran	171
c) Les grands principes gouvernant les législations maghrébines contemporaines	172
2. Le droit international privé français	175
B. Les pratiques successoriales des Maghrébins ou des personnes d'origine maghrébine	175
1. La détermination des hypothèses	175
2. Une acculturation juridique insaisissable	176
 DEUXIÈME PARTIE. L'INTERACTION DES SYSTÈMES JURIDIQUES	 179
 Chapitre préliminaire. La famille maghrébine: aspects sociologiques et anthropologiques	 180
I. Les systèmes de parenté et d'alliance au Maghreb	181
A. Les systèmes de parenté	181
B. Les systèmes d'alliance	183
II. La famille et le couple maghrébins : aspects sociologiques	185
 Chapitre I. Les familles maghrébines ou d'origine maghrébine et les institutions judiciaires et le droit	 187
I. Les familles maghrébines et d'origine maghrébine et les institutions judiciaires	188
A. L'autorité « naturelle » des institutions judiciaires françaises	189
B. L'absence de légitimité des institutions judiciaires françaises	189
II. Les familles maghrébines et d'origine maghrébine et le droit : la rencontre de deux cultures juridiques	190
A. La permanence des usages...	190
1. Les manifestations expresses de la permanence des usages	190
2. Les manifestations implicites de la permanence des usages	191

B. ... et une acculturation juridique graduée	191
1. Le respect et l'adhésion inconditionnelle au droit français	192
2. Le respect et l'adhésion conditionnelle au droit français	193
3. Le respect et le rejet du droit français	194
Chapitre II. Réflexions sur l'instrumentalisation du droit	196
I. Les techniques d'instrumentalisation du droit par l'étranger	197
A. Le couple et l'instrumentalisation du droit international privé	198
B. L'enfant : moyen de l'instrumentalisation du droit international privé	200
II. L'appréhension judiciaire de l'instrumentalisation du droit	205
A. Les mécanismes du droit international privé à l'épreuve de l'instrumentalisation	205
1. La dissimulation de l'élément étranger	206
2. L'omission d'invoquer la loi étrangère	207
B. L'adaptation du droit matériel français par le juge	210
1. L'autorité renforcée du juge	210
2. La recherche de l'effectivité des mesures et des décisions prises	211
3. L'intérêt des parties à l'instance	211
Chapitre III. Bilan et perspective : l'adaptation du droit français aux particularismes des populations d'origine maghrébine, entre mythe moniste et défi du pluralisme	213
I. Une acculturation juridique limitée	215
A. L'éviction de la loi étrangère	215
1. Le pragmatisme des praticiens du droit	215
a) L'efficacité judiciaire	215
b) Les étrangers et la représentation du droit	219
2. L'ignorance de la nationalité	220
B. Le recours à la loi du for	221
1. L'application du droit français, facteur d'égalité et d'émancipation	221
2. L'application du droit français, facteur d'intégration	222
a) Les mesures de protection	222
b) L'intégration des étrangers et les convictions religieuses	224
II. Une adaptation aux particularismes familiaux et culturels des populations d'origine maghrébine	224
A. Un attachement au modèle familial traditionnel	225
1. La permanence du statut originel	225
a) La vie familiale	226
b) Une famille élargie	229
2. Des risques spécifiques	230
B. La prise en compte d'éléments propres aux populations d'origine maghrébine	231
1. Des adaptations pragmatiques	231
a) Le respect du modèle familial	231
b) Le respect des convictions personnelles	232
2. Des adaptations finalisées	234
a) Des aménagements, facteurs de protection	234
b) Des aménagements, facteurs d'intégration	235
Annexes	238
Table des matières	243