

par **Catherine Hochart**,
université
de Picardie
Jules-Verne,
Amiens,
Curapp-
ESA/CNRS

LE STATUT PERSONNEL DES MUSULMANS EN FRANCE

L'intégration des musulmans en France nécessite une approche particulière en matière de droit des personnes et de la famille. L'un et l'autre reflétant directement la civilisation islamique et son droit d'inspiration religieuse. Or, constate l'auteur, le statut personnel des musulmans est rarement appliqué par le juge français, qui fait le plus souvent jouer l'exception d'ordre public. Faut-il alors créer un statut spécifique, comme le proposent certains juristes, faut-il laisser une faculté d'option entre la loi nationale et celle du pays d'accueil, ou plutôt trouver une voie consensuelle ?

La France connaît une immigration étrangère ancienne et importante, alors que pour d'autres États membres de l'Union européenne, il s'agit d'un phénomène relativement nouveau, datant d'une quinzaine d'années environ. En raison de l'immigration de ressortissants du Maghreb (près des deux tiers des étrangers résidant en France viennent d'Algérie, de Tunisie ou du Maroc), de Turquie et d'Afrique subsaharienne, il semble difficile, aujourd'hui, de méconnaître la religion musulmane. En effet, l'islam a pris une importance considérable dans notre pays, où il représente la deuxième religion. Il y aurait environ trois millions de musulmans en France, chiffre difficile à confirmer dans la mesure où l'appartenance confessionnelle n'est pas prise en compte dans les recensements ni dans les traitements automatisés des données nominatives.

La politique d'intégration à la société d'accueil devient alors un réel défi. Elle soulève des questions spécifiques et sensibles parce qu'elle met en présence des systèmes juridiques qui expriment des civilisations différentes. Certains objectifs apparaissent comme des enjeux que les pays européens se doivent de remporter. Ainsi, la condition d'un État de droit suppose le respect et l'application par tous, y compris par la population immigrée, de l'ensemble des normes qui y maintiennent et y réglementent l'ordre public : *"Sans doute est-il logique que les étrangers établis de manière quasi permanente dans un pays soient régis par ses lois et s'efforcent de s'adapter à ses mœurs. C'est à ces conditions qu'ils parviendront à se fondre dans la population du pays d'accueil. S'agissant cependant d'immigrés musulmans, le processus s'avère plus compliqué."*⁽¹⁾ Mais une intégration réussie suppose également un respect non équivoque de la diversité culturelle, un enrichissement réciproque dont un État occidental moderne, émancipé et pluraliste ne pourrait se passer. Alors

1)- Selim Jahel, "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *Revue internationale de droit comparé*, 1994, I, pp. 33-57.

que les musulmans recherchent parfois un statut de minorité légalement reconnu dans les sociétés d'accueil, les États européens, eux, cherchent comment réguler légalement ces populations, et surtout le phénomène religieux qui les accompagne⁽²⁾.

La France veut se caractériser par la neutralité de l'État à l'égard de toutes les religions et par le concept de laïcité. Le caractère laïque de l'État français est affirmé dans l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État et repris dans l'article 2 de la Constitution de 1958. En conséquence, les institutions doivent rester neutres par rapport à toutes les religions qui demeurent dans la sphère privée des individus, l'État n'intervenant que pour faire respecter la liberté de conscience et de religion⁽³⁾. Toutefois, la question du port du foulard islamique dans les écoles de la République a entraîné des réactions tellement vives qu'il est permis de s'interroger sur l'étendue de la neutralité de l'État et la laïcité⁽⁴⁾. L'intégration des musulmans nécessite une approche particulière en matière de droit des personnes et de la famille car l'un et l'autre reflètent directement la civilisation islamique dont ils émanent. Quel droit doit régir le statut personnel des musulmans qui quittent leur pays d'origine pour venir vivre en Europe occidentale, plus précisément en France ?⁽⁵⁾

JUXTAPOSITION DES CULTURES JURIDIQUES

Des contacts personnels se nouent entre les individus : des mariages sont célébrés, des naissances ont lieu, des divorces sont prononcés et mettent en cause deux ou plusieurs droits nationaux. Ainsi, la diversité des législations à caractère confessionnel (selon lesquelles la loi nationale exige, par exemple, une célébration religieuse du mariage), le croisement des cultures et des oppositions fondamentales entre les systèmes juridiques (droit laïque, droit religieux) mènent parfois à des situations conflictuelles. Les praticiens du droit, magistrats, avocats, notaires, fonctionnaires... se sont donc trouvés de plus en plus souvent confrontés à ce genre de difficultés nouvelles, pour lesquelles, il faut le constater, ils sont finalement bien peu formés.

Ainsi, une véritable juxtaposition de cultures juridiques et de civilisations⁽⁶⁾ se crée, du fait de la rencontre entre, d'une part, le monde occidental avec ses ordres juridiques et politiques sécularisés, libéraux, pluralistes où, malgré des influences chrétiennes, le droit privé se veut laïque et moderne, et, d'autre part, la civilisation islamique, soumise à Dieu, croyant en la vérité révélée. Le droit musulman, qui a pour origine des révélations reçues par le Prophète Mahomet est,

2)- A. Bastenier, "La question sociologique : la régulation étatique de l'islam dans trois contextes européens (Grande-Bretagne, RFA, France)", in J. Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.), *Le statut personnel des musulmans*, Travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 1992.

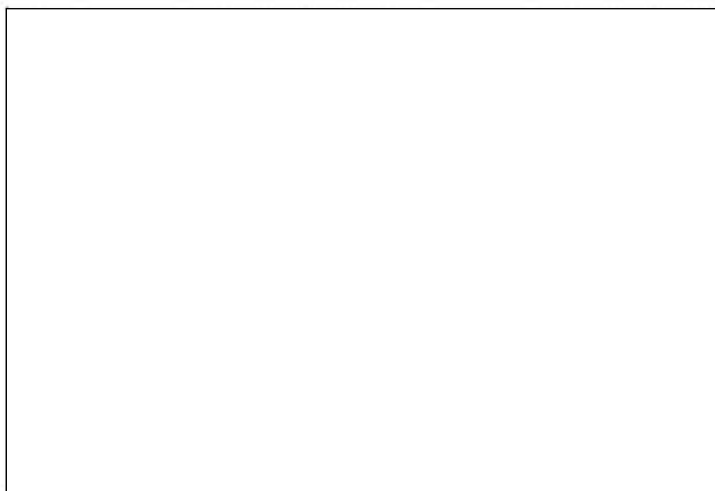
3)- L. de Naurois, "Aux confins du droit privé et du droit public, la liberté religieuse", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, p. 241.

4)- Conseil d'État, 4^e et 1^{re} sous-sections, 2 novembre 1992, req. n° 130394, affaire "Kherouaa et autres", *Revue française de droit administratif*, 1993, conclusions Kessler, p. 113 ; *Actualité juridique droit administratif*, 1992, observations C. Maugüé et R. Schwartz, p. 790 ; *Dalloz*, 1993, n° 108, note G. Koubi ; JCP, 1993, II, 21998, note P. Tedeschi ; *Gazette du palais*, 24-25 novembre 1993, note Mardesson, p. 7 ; H. Fulchiron, "L'éducation de l'enfant étranger", in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales*, éd. LGDJ, 1993, pp. 197 et s. ; voir, dans le même ouvrage, Jean Gaeremynck, "L'approche du Haut Conseil à l'intégration".

5)- S. Jahel, art. cité, p. 32

6)- "L'on dit quelquefois, 'conflit de civilisation' ; pourquoi conflit ?... Deux mondes parallèles riches de leurs différences, en rapports constants, jamais totalement fermés l'un à l'autre, mais toujours profondément distincts", in S. Jahel, art. cité, p. 38.

**L'association de femmes
Thé à la menthe, à Colmar.
Dans les pays du Maghreb,
on distingue la tutelle
de la garde. La garde,
sorte de "maternage",
est considérée comme
une prérogative féminine,
tandis que la tutelle
revient au père.**



dès lors, spécifique. Le croyant doit observer des règles à la fois juridiques et confessionnelles, car droit et religion sont intimement liés. Ce droit n'est d'ailleurs pas uniforme car plusieurs écoles coraniques existent ; il est aussi et surtout méconnu et mal perçu en Occident.

De nos jours, l'immigration est l'occasion de remettre en présence l'Islam et l'Occident, avec cette fois un inversement de situation par rapport au XIX^e siècle, où les puissances coloniales ont occupé l'Afrique du Nord et le Moyen-Orient. L'Islam transporte avec lui, en Europe, ses conceptions juridiques. Il convient, dès lors, de se demander dans quelle mesure on peut, dans une société d'accueil, recevoir certaines institutions et points de vue étrangers propres à la religion musulmane. Comment, donc, deux ordres juridiques en présence et des cultures divergentes peuvent-ils cohabiter ? Le droit international privé qui détermine la règle de droit applicable à ces personnes étrangères peut-il réellement les concilier ? Faut-il rechercher des solutions dans d'autres voies ? Force est d'admettre l'actuel embarras des tribunaux confrontés à ce type de questions.

DE POSSIBLES CONTRADICTIONS

Les juristes occidentaux et praticiens du droit doivent normalement appliquer aux ressortissants de ces pays leur droit national parce qu'il régit leur statut personnel. L'article 3 du Code civil précise que "*les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger*". Par réciprocité, la jurisprudence française en a déduit que toute personne étrangère est soumise, pour son statut personnel, à la loi du pays dont elle possède la nationalité⁽⁷⁾. L'étranger musulman est donc soumis au droit étranger de sa nationalité, très souvent le droit musulman quand il est

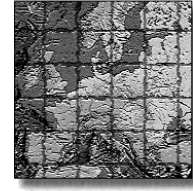
7)- Le statut personnel concerne l'état et la capacité des personnes. Il s'agit de règles relatives à l'identification des personnes (sexe, âge, filiation...) et à leur relation de famille (enfants, époux, parents). Tribunal civil de la Seine, 28 avril 1906, *Revue critique de droit international privé*, 1906, p. 751.

citoyen d'un pays dans lequel l'islam est religion d'État. Toutefois, la religion n'interfère pas dans la solution du droit international privé : le juge doit se référer au droit étranger allemand s'il est en face d'un musulman allemand, ou au droit étranger anglais s'il est en face d'un musulman anglais. Néanmoins, l'application de la loi étrangère peut

entraîner des contradictions par rapport à nos principes fondamentaux d'égalité ou de liberté, et des conflits de lois peuvent alors naître⁽⁸⁾. Une place est-elle réellement faite, en France, à l'application du statut personnel musulman ?⁽⁹⁾

Ainsi, les personnes originaires du Maghreb, nées en France ou venues y vivre, binationales ou non, sont soumises de droit au statut personnel du pays d'origine, plus ou moins inspiré des règles du droit musulman. Prenons l'exemple du statut personnel marocain. À propos du mariage, celui-ci prévoit la présence d'un tuteur matrimonial pour la femme, même majeure, lors du consentement au mariage. Le mariage par mandat est autorisé ; de ce fait, le Maghrébin (homme ou femme) résidant en France, a la possibilité de contracter un mariage au pays sans y être présent. Il est ainsi permis d'agir au nom de l'époux, sans garantie de son réel consentement. À partir du moment où les règles de forme et de fond ont été respectées au Maghreb, ce mariage sera reconnu valable en France. Le mariage d'une musulmane avec un non-musulman est interdit, mais l'inverse est possible. En France, une fille musulmane peut épouser un non-musulman mais ce mariage risque de ne pas être reconnu valable dans un pays du Maghreb. Au Maroc, la polygamie n'est pas abolie ; le juge (*qadi*) peut néanmoins apprécier les préjudices causés par une nouvelle union contractée par le mari. Il est permis à la femme d'insérer dans le contrat de mariage une clause de monogamie.

En ce qui concerne le divorce, au Maroc, il existe trois possibilités de dissoudre le mariage. Le divorce judiciaire peut être demandé par la femme, à condition qu'elle prouve que le mari n'a pas versé de pension d'entretien, l'a abandonnée, est impuissant, ou lui a fait subir des sévices corporels. Il revient au juge d'apprécier la demande. La femme peut également demander "le rachat de sa liberté" moyennant le versement d'une indemnité au mari. La répudiation est un divorce unilatéral prononcé par le juge sur la seule volonté du mari. La demande est formulée devant deux *adouls* (notaires). La femme



*Selon la jurisprudence française,
toute personne étrangère est soumise,
pour son statut personnel,
à la loi du pays dont elle possède
la nationalité. L'étranger musulman
est donc soumis au droit étranger
de sa nationalité - le droit musulman,
s'il est citoyen d'un pays dans lequel
l'islam est religion d'État.*



sera informée de sa répudiation par le juge. Lors du divorce, le mari pourra être condamné à verser une pension alimentaire ou pension d'entretien à la femme, mais pendant une période très courte – environ un an. Aucune restitution de dot ne sera faite à la femme si le mariage a été consommé. Dans le cas contraire, la femme peut récupérer la moitié de sa dot.

En ce qui concerne les enfants, au Maroc comme dans les autres pays du Maghreb, on distingue la tutelle de la garde. La garde, sorte de “maternage”, est considérée comme une prérogative féminine ; elle consiste à s'occuper de l'enfant jusqu'à ce qu'il devienne pubère. Pour conserver son droit de garde, la femme ne doit ni se remarier, ni vivre en concubinage avec un autre homme. La tutelle revient au père, qui prend seul les décisions concernant l'avenir de l'enfant. Seule la filiation légitime et par le sang est reconnue par le Code marocain. La filiation hors mariage entraîne toutefois vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime. Ainsi, les personnes migrantes se trouvent placées à la croisée non seulement de cultures différentes, mais aussi de systèmes juridiques contradictoires.

L'ÉTAT LAÏQUE ET LE MARIAGE “RELIGIEUX” MUSULMAN

C'est pourquoi des frontières se sont très vite érigées contre une mise en œuvre de droits étrangers, dès lors qu'ils s'éloignent trop de nos propres conceptions nationales. Dans la plupart des droits européens, comme en France, on constate une multiplication des règles de conflits de lois désignant la loi de la résidence ou du domicile de la personne au détriment de sa loi nationale, et une prolifération des lois d'application territoriale impliquant la mise en œuvre directe de la loi du for. De ce fait, le principe de l'article 3, alinéa 3 du Code civil rattachant le statut personnel à la loi nationale de l'individu voit son domaine réduit à une peau de chagrin. En outre, des techniques du droit international privé, des notions ou principes comme l'exception d'ordre public ou des lois de police vont aussi éviter que certaines institutions musulmanes, comme le “mariage religieux” ou la polygamie, ne produisent des effets dans notre ordre juridique français. La loi étrangère se trouvera alors écartée par le juge. Les affaires relatives aux unions conjugales en particulier foisonnent devant nos tribunaux français.

Les étrangers qui décident de se marier dans un pays comme la France doivent-ils, pour être valablement unis, procéder à la seule célébration civile, connue du droit français ? Ne peuvent-ils pas, s'ils le préfèrent, recourir à la forme religieuse, c'est-à-dire à l'accomplisse-

8)- Sur cette question, voir :
E. Rude-antoine, *Le mariage maghrébin en France*, Karthala, Paris, 1990 ;
Des vies et des familles : les immigrés, la loi, la coutume, Odile Jacob, Paris, 1997 ; J. Y. Carlier et M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1992 ;
M. C. Foblets, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Karthala, Paris 1994 ;
Familles, islam, Europe. Le droit confronté au changement, L'Harmattan, Paris, 1996 ;
Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration, quelles solutions juridiques appropriées ?, éd. Maklu, Anvers, 1998 ;
C. Hochart, *Questions sensibles - La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France*, Puf, Paris, 1998 ;
(en collaboration avec E. Rude-Antoine) “Relations familiales interculturelles, le cas de la France”, *Publication of the International Institute for the Sociology of Law*, Onati, 1999 ; F. Monéger, “Les musulmans devant le juge français”, *Journal du droit international*, 1994, n° 2.

9)- J. Deprez, *Cours de La Haye*, chapitre consacré à la question de la réception limitée du statut personnel hors d'Islam, pp. 142-180.

ment d'une coutume assimilée à un mariage religieux (fête musulmane, enregistrement, lecture de la sourate de Fatiha, prières, présence des témoins et du tuteur matrimonial), ou procéder à la double célébration ? Car *"le mariage en droit musulman n'est pas 'religieux'. Il s'agit plutôt d'une cérémonie privée à laquelle doivent participer deux témoins et qui peut tout à fait se rapprocher de notre mariage. La plupart des pays dont sont originaires les étrangers musulmans qui se marient sur le territoire français ont un état civil organisé comme en France. Ensuite, rien n'empêche ces étrangers de respecter, lorsqu'ils se marient, les principes du droit musulman auxquels ils sont attachés en faisant par exemple une double cérémonie de mariage, comme les catholiques qui se marient à l'église après la célébration civile"*⁽¹⁰⁾. Un État laïque peut-il reconnaître la validité d'un mariage célébré sur son territoire, uniquement en la forme religieuse ? Ces questions trouvent des réponses dans les règles du droit international privé, mais aussi dans celles du droit civil et du droit pénal. Quelle est la position du droit international privé sur ce point ?

DEUX FORMES DE MARIAGE : LOCALE ET DIPLOMATIQUE

Des principes généraux de solution furent induits par la jurisprudence française à partir de quelques textes⁽¹¹⁾. Ainsi, la loi normalement compétente pour régir la forme de l'union conjugale est la loi du lieu de célébration (forme locale) ; en outre, l'union peut être contractée en la forme diplomatique et consulaire. Les formalités préalables à la célébration doivent être remplies : il convient de procéder aux publications prévues à l'article 63 du Code civil, et tout mariage célébré en France donnera lieu à la production du certificat pré-nuptial par chacun des futurs époux. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, entrée en vigueur le 13 mai 1983, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, prévoit en son article 6, alinéa 1^{er}, que *"les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux États dont l'autorité célèbre le mariage"*⁽¹²⁾.

Le recours à la forme diplomatique ou consulaire constitue une exception coutumière et demeure soumis à des conditions strictes. Pour être valable, le mariage célébré en France doit l'être par un agent diplomatique ou consulaire compétent pour procéder à cette union. Ainsi, cette compétence sera exclue en cas de mariage mixte, c'est-à-dire lorsque l'un des époux est français⁽¹³⁾. En outre, seuls les agents diplomatiques et les consuls disposent de cette compétence, à l'exclusion du chapelain de l'ambassade procédant à la célébration d'un mariage purement religieux, conformément à la loi nationale des deux

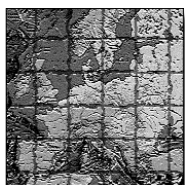
10)- F. Monéger,
art. cité, p. 364.

11)- Tribunal de la Seine,
28 avril 1906, cf. *Revue critique de droit international privé*, 1906,
p. 751 ;
Tribunal de la Seine, 26 juin
1912, cf. *Revue critique de
DIP*, 1913, p. 140, conclusions
Mornet ;
Tribunal de la Seine,
7 janvier 1922, et de Paris,
17 novembre 1922, *Strey*,
1924, II, p. 65, note Audinet ;
Arrêt Caraslanis, 22 juin
1955, *Revue critique de DIP*,
1955, p. 723, note Batiffol ;
Dalloz, 1956, n° 73 note
Chavrier.

12)- *Journal officiel*,
1^{er} juin 1983,
cf. *Revue critique de DIP*,
1983, p. 531 ; voir aussi le
commentaire de F. Monéger,
in *Revue critique de DIP*,
1984, pp. 57-64.

13)- Voir Cour de cassation
civile, 30 juillet 1900,
Dalloz périodique, 1901, I,
p. 317 ; Tribunal
de grande instance de Paris,
22 décembre 1981, cf. *JCP*,
1982, édition générale, IV,
p. 210, déclarant nul
le mariage célébré en France
par un consul algérien entre
une Algérienne et un époux
ayant la double nationalité
française et algérienne.

14)- Cour d'appel de Paris, 1^{er} mars 1922, *Revue critique de DIP*, 1922-1923, p. 310.



Le mariage polygamique ne peut être célébré en France par un officier d'état civil français, alors que le statut personnel des époux le permettrait. Sur cette question, le droit français rejoint le droit tunisien, qui a aboli les institutions de répudiation et de polygamie.



ressortissants de l'État étranger⁽¹⁴⁾. Enfin, les deux futurs époux doivent être ressortissants du pays d'origine de l'agent diplomatique ou consulaire, et l'État dont dépend l'agent étranger doit lui reconnaître une compétence pour recevoir les actes de l'état civil.

Néanmoins, notons que lorsque le pays étranger exige une célébration religieuse pour la validité du mariage de ses ressortissants, ceux-ci ne peuvent, en France, recourir qu'à la forme locale civile, avec la possibilité de célébrer la cérémonie religieuse ultérieurement. Ce problème est particulièrement épineux quand la loi nationale des futurs époux impose une forme religieuse sous peine de nullité du

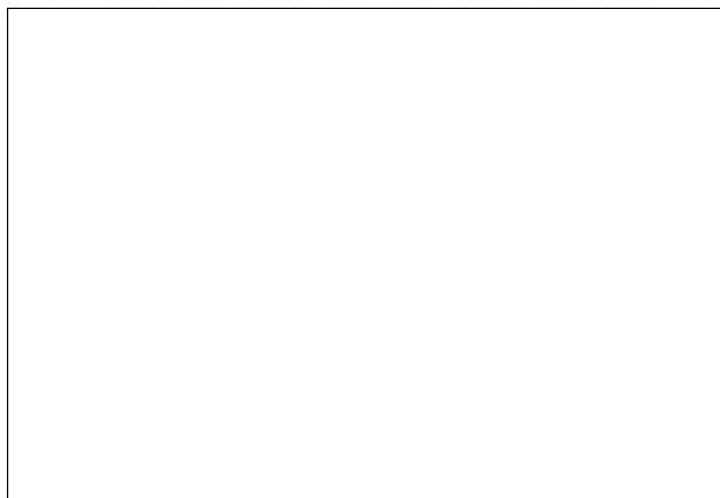
mariage. En effet, la célébration civile conduit à l'annulation systématique de toutes les unions mixtes. Soit on admet l'intervention d'une autorité étrangère, soit on renvoie les étrangers se marier dans leur pays. La première solution heurte les structures fondamentales du système français par le fait d'obliger à concéder aux ministères du culte des autres confessions une autorité dans la vie civile. La seconde solution respec-

terait les règles étrangères sans compromettre les fondements de l'ordre juridique français, mais resterait en pratique, compte tenu de ses exigences matérielles, peu satisfaisante.

Avec la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, a disparu cette difficulté relative à un mariage, en la forme civile française, d'un étranger soumis par son statut personnel au droit musulman. La Convention dispose, nous l'avons vu, que les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux États dont l'autorité célèbre le mariage. Le mariage sur le territoire français entre un époux de nationalité marocaine et une épouse de nationalité française, ou entre deux époux marocains, doit être célébré par un officier d'état civil compétent selon la loi française. Pour la validité de cette union au regard de la loi marocaine, les fonctionnaires consulaires compétents procèdent, après justification de la célébration, à l'enregistrement de ce mariage.

LE STATUT CIVIL FRANÇAIS EST MAJORITAIREMENT APPLIQUÉ

Le droit interne français connaît aussi cette question relative à la valeur d'"un mariage religieux" non précédé d'un mariage civil. Dans son article 433-21, le nouveau Code pénal prévoit que *"tout ministre d'un culte qui présidera de manière habituelle aux cérémonies reli-*



Le mariage "religieux" correspond au désir de maintenir des liens avec le pays d'origine. La forme civile seule est plus rare. Ici, une fête de mariage au Val-Fourré (Mantes-la-Jolie) avec Chaba Fadila.

gieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil sera puni de 6 mois d'emprisonnement et de 50 000 francs d'amende". La France considère donc le mariage comme un acte exclusivement civil ; cette conception est d'ailleurs très répandue en Europe aujourd'hui. Aussi la loi ne doit-elle pas attacher de conséquences ou d'effets juridiques à un mariage seulement religieux ou coutumier ; la jurisprudence est bien établie sur cette question⁽¹⁵⁾.

Les Maghrébins peuvent donc organiser leur mariage en France de plusieurs manières : forme civile, forme consulaire, mais aussi accomplissement d'une cérémonie selon la coutume ou double célébration. La forme du mariage en particulier montre bien les problèmes spécifiques des populations étrangères avec leurs variables culturelles. Le choix du mariage consulaire correspond à une attitude plus traditionnelle et au désir de maintenir des liens avec le pays d'origine. En revanche, la forme civile seule apparaît plus rare⁽¹⁶⁾. Les Maghrébins vont souvent à la mosquée. Le choix de l'ordre des cérémonies reflète le degré d'intégration à la société d'accueil. Une constatation s'impose cependant : si l'on écoute les discours recueillis auprès des maires, des consulats et du recteur de la Mosquée de Paris, des discordances apparaissent sur les formes de célébration choisies et sur l'ordre respecté. Certains propos affirment que la célébration du mariage musulman précède le mariage civil, ce dernier apparaissant comme une simple formalité pour obtenir des papiers (livret de famille). D'autres, en revanche, confirment qu'une célébration civile a bien lieu avant le mariage religieux. La Mosquée de Paris exige, avant de célébrer l'union coranique, le mariage à la mairie ou au consulat. Beaucoup d'étrangers, en tout

15)- Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1992, *Dalloz*, 1994, II, p. 272, note C. Hochart ; Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 14 février 1995, *Lexilaser cassation*, 8 octobre 1996.

16)- E. Rude Antoine, *Le mariage maghrébin en France*, Karthala, 1990.

cas, méconnaissent le contenu de la Convention franco-marocaine et la réception ou non de leur mariage dans leur pays.

Finalement, les hypothèses où le statut personnel musulman est appliqué par les juges français sont très rares. Il sera écarté toutes les fois où cela apparaît contraire à notre ordre public : *“L’exception d’ordre public est le moyen le plus couramment utilisé pour rejeter l’application de la loi musulmane désignée par la règle de rattachement lorsqu’elle comporte une discrimination de nature religieuse ou autre. Elle sert surtout à empêcher la constitution en France de situations familiales que réprouve profondément le système juridique français, soit parce qu’elles sont jugées contraires à des valeurs fondamentales de la société, soit qu’elles ne tiennent pas compte d’intérêts personnels jugés essentiels, comme l’assurance de garanties pécuniaires à la femme répudiée.”*⁽¹⁷⁾. La mise en avant de l’ordre public pour empêcher l’application de certaines règles du droit musulman n’est pas du seul fait de la France : cette technique est employée dans divers pays occidentaux. C’est une solution permettant d’appliquer le statut civil français aux étrangers musulmans vivant en France, au cas par cas en jurisprudence, et en dépit de ce que peut énoncer la règle française de conflit de lois.

17)- S. Jahel, art. cité, p. 34.

LA DOCTRINE EST PARTAGÉE

Néanmoins, les questions demeurent. Plus généralement, une société pluraliste peut-elle ignorer les autres modèles juridiques et culturels ? L’enfermement dans un système imperméable à la loi étrangère est-il la solution à l’intégration des communautés dans les pays d’immigration ? La doctrine s’interroge et se partage. Certains auteurs estiment qu’imposer aux étrangers de statut personnel musulman de se marier en France selon la forme civile et laïque n’est pas en soi une atteinte insupportable à leur statut, dans la mesure où le mariage, en droit musulman, n’est pas un mariage “religieux”, mais une cérémonie privée à laquelle participent deux témoins : *“En droit musulman, le contrat de mariage a toujours été conçu comme un acte juridique de caractère purement consensuel, ni sacrement, ni institution.”*⁽¹⁸⁾ D’ailleurs, la plupart des pays d’où viennent les étrangers musulmans qui se marient en France ont un état civil semblable au nôtre. Après la cérémonie civile, ces étrangers peuvent de toute façon procéder à la célébration coranique.

18)- S. Jahel, art. cité.
Voir aussi F. Monéger, art. cité, p. 364 ; L. Milliot et F. P. Blanc, *Introduction à l’étude du droit musulman*, n° 356 et suiv.

De même, le mariage polygamique ne peut être célébré en France par un officier d’état civil français, alors que le statut personnel des époux le permettrait. La plupart des auteurs approuvent une telle solution puisque la polygamie ne constitue pas un modèle familial recher-

ché dans les pays musulmans ; de plus, ces familles ont montré de réelles difficultés d'intégration dans les sociétés d'accueil⁽¹⁹⁾. Notons que sur cette question, le droit français rejoint le droit tunisien, qui a aboli les institutions de répudiation et de polygamie. Le Code algérien maîtrise lui aussi cette dernière, en imposant à l'époux de requérir une autorisation du juge et l'accord des deux épouses concernées. Ainsi, *"en Algérie comme dans la plupart des pays arabes, les codes de la famille ont accru les pouvoirs des juges. Il dépend d'eux désormais dans une large mesure de faire reculer la polygamie et la répudiation"*, écrit Selim Jahel⁽²⁰⁾. Finalement, dans le cas où l'une des parties au litige est de statut laïque, l'exception d'ordre public mise en avant par le juge peut la protéger contre l'application des règles du droit musulman qui porteraient atteinte à ses droits fondamentaux.

D'autres auteurs, en revanche, considèrent qu'il est préférable de tolérer certaines institutions du système musulman comme la polygamie ou la répudiation, à condition qu'*"elles ne soient pas dirigées contre le système du for"*⁽²¹⁾, en cas de fraude par exemple, ou encore préconisent l'élaboration d'un système de solutions particulières qui s'appliqueraient aux immigrés musulmans établis en Europe. C'est ainsi que dans le souhait de favoriser la coexistence entre les autres groupes et la communauté musulmane, tout en respectant la culture et les intérêts légitimes de celle-ci, Fouad Riad⁽²²⁾ propose l'élaboration du Code de statut personnel pour cette communauté, inspiré des concepts progressistes de la *chari'a* *"dans son interprétation contemporaine la plus conciliable avec les principes de valeur universelle"*. À cela, on peut opposer que réserver un statut spécifique aux musulmans vivant en France reviendrait à leur accorder le bénéfice de règles particulières en fonction de leur appartenance à une religion, ce qui serait contraire à nos principes, mais aussi contraire aux textes internationaux⁽²³⁾.

L'OPTION DE LÉGISLATION, UNE SOLUTION DIFFICILEMENT APPLICABLE

On a alors envisagé un remède plus libéral. Pour favoriser l'intégration des musulmans, pourquoi ne pas donner à l'individu une faculté d'option entre sa loi nationale et la loi de sa résidence habituelle, c'est-à-dire celle du pays d'accueil, faisant ainsi jouer le principe de l'autonomie de la volonté⁽²⁴⁾ ? Toutefois, l'harmonie des solutions que pourrait réaliser l'option de législation connaît des limites, en particulier celle liée à l'intervention de l'ordre public, qui est difficilement inévitable dans les relations entre systèmes confessionnels et systèmes laïcisés. En effet, de même qu'il n'est pas possible, pour les étrangers

19)- F. Monéger, art. cité, p. 365.

20)- Art. cité, p. 52.

21)- *Document d'actualité internationale*, La Documentation française, n° 19, 1er octobre 1995, pp. 643-645 : déclaration de l'Académie des recherches islamiques de la noble Al-Azhar à l'occasion de la quatrième Conférence internationale de la femme à Pékin - Zakya Daoud, "En marge de la Conférence mondiale des femmes de Pékin, la stratégie des féministes maghrébines" : *"les associations sont toutes favorables à l'abrogation du Code algérien de la famille qui, depuis 1984, est combattu avec acharnement par les féministes algériennes"*, et document I : "Les 100 mesures et dispositions pour une codification maghrébine égalitaire du statut personnel et du droit de la famille" ; I. Fadlalah, note 1^{re} chambre civile de la cour de cassation, 3 novembre 1983, *Revue critique de DIP*, 1984, p. 336, faisant allusion à la notion d'ordre public atténué utilisé par la jurisprudence pour admettre les effets en France de répudiations accomplies à l'étranger.

22)- F. Riad, "Pour un code européen de droit musulman", in *Le statut personnel des musulmans*, Travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 380-382.

23)- La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales édicte, en son article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion, sans en déduire un statut juridique propre à des catégories de personnes autre que la manifestation de la religion ou de la conviction.



*Les conjoints peuvent introduire
dans l'acte de mariage
contracté en la forme musulmane
des clauses réduisant l'inégalité prévue
dans le statut légal.*

*Mais ces clauses adjointes sont rares
car les femmes maghrébines,
mal informées sur cette possibilité,
se conforment à la tradition.*



24)- J. Y. Carlier,
"Le respect du statut
personnel musulman,
De quel droit, par quel
droit ?", op. cit., p. 387.
L'auteur a surtout voulu
trouver une solution aux
problèmes de statut
personnel posés par les
Maghrébins immigrés en
Belgique. Voir aussi, du
même auteur, *Autonomie de
la volonté et statut
personnel*, préface F. Rigaux,
Travaux de la faculté de droit
de l'université catholique de
Louvain, Bruyland, Bruxelles,
1992, et le compte rendu de
P. Lagarde, in *Revue critique
de DIP*, 1993, p. 519.

25)- P. Gannagé,
"La pénétration
de l'autonomie de la volonté
dans le droit international
privé de la famille",
Revue critique de DIP, 1992,
pp. 428 et 454.

26)- S. Jahel, art. cité, p. 50.

27)- Art. cité.

soumis dans leur pays à un statut confessionnel, de contracter valablement un mariage en France dans l'unique forme religieuse prévue par la loi de leur pays, dans les États confessionnels, l'ordre public écarte également, dans certains cas, toute application des lois civiles étrangères. De ce fait, pour que l'option de législation soit pleinement

efficace internationalement, il faudra qu'elle ait partout la même signification et la même étendue, de façon à déboucher sur l'harmonisation des solutions. Cela requiert aussi une tolérance réciproque de la part de systèmes profondément différents mais qui sont voués à cohabiter⁽²⁵⁾.

Par ailleurs, les immigrés pourraient, certes, renoncer à l'application de leur loi nationale, mais cette renonciation

serait de nul effet dans leur pays et dans n'importe quel autre pays musulman, où ils demeurent toujours justiciables de la loi musulmane. Même s'il a choisi de se placer sous la loi laïque du pays d'accueil, l'immigré musulman pourrait donc, en cas de litige, réclamer dans son propre pays l'application de sa loi nationale. Ceci dit, le choix législatif peut traduire une réelle volonté de s'intégrer dans la communauté d'accueil, à moins qu'elle n'ait pour finalité de permettre plus aisément l'acquisition de la nationalité du pays d'accueil⁽²⁶⁾.

Plus récemment, dans un article intitulé "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français"⁽²⁷⁾, Salim Jahel écrit : "*Sans doute est-il logique que des étrangers établis de manière quasi permanente dans un pays soient régis par ses lois et s'efforcent de s'adapter à ses mœurs. C'est à cette condition qu'ils parviendront à se fondre dans la population du pays d'accueil. S'agissant cependant d'immigrés musulmans, le processus s'avère plus compliqué. C'est que leurs institutions familiales très spécifiques, intimement liées à la religion, constituent un élément très fort d'identités socioculturelles, et imposent un certain mode de vie dont il est difficile de se défaire rapidement. Aussi, n'est-il pas certain que l'application à leurs rapports de famille des lois laïques des pays d'accueil soit toujours propice à leur épanouissement.*" L'auteur reconnaît cependant que des règles discriminatoires pour cause de religion ne peuvent être acceptées en France. Toutefois, en ce qui concerne les inégalités entre l'homme et la femme, il insiste sur la possibilité qu'ont les conjoints d'introduire dans l'acte de mariage contracté en la forme musulmane des clauses réduisant

cette inégalité prévue dans le statut légal, alignant en quelque sorte et de ce fait leur situation matrimoniale sur les normes européennes.

Utilisant non plus le droit international privé, mais la méthode comparative, l'auteur s'attache donc à rechercher des accommodements entre les systèmes musulman et européen, tout en restant sur un plan purement technique. Ainsi constate-t-il que dans la pratique, ces clauses matrimoniales adjointes sont rares car les femmes maghrébines, mal informées sur cette possibilité, surtout dans les milieux populaires, se conforment à la tradition. Il se demande si, dans les milieux immigrés d'Europe, les contraintes sociologiques qui commandent un tel comportement ne seraient pas moins pesantes. *“Si tel était le cas, l'Europe pourrait devenir le terrain favorable à l'expérimentation de mariages musulmans assortis de clauses matrimoniales destinées à mieux accorder leur régime aux exigences de l'ordre public européen”*, explique-t-il.

VERS UN MARIAGE MUSULMAN AUX NORMES EUROPÉENNES ?

Ainsi, la question relative à la forme de la célébration de l'union pourrait être réglée. Le mariage musulman étant de nature purement consensuelle, aucune forme spécifique n'est en principe requise pour sa conclusion. En revanche, pour ce qui est des autres conditions rendant l'acte spécifiquement maghrébin : présence au mariage d'un tuteur matrimonial représentant l'épouse (articles 5 du Code marocain et 11 du Code algérien) ; fixation d'une dot (article 3 du Code du statut personnel tunisien), elles devraient s'accomplir devant les consuls ou agents diplomatiques des pays dont les époux sont ressortissants. Ceci impliquerait un assouplissement de la règle actuelle ne permettant le mariage consulaire, en France, qu'entre deux personnes de même nationalité, pour l'ouvrir aux musulmans de nationalités différentes. *“L'avantage de la voie consensuelle sur l'option de législation, c'est que l'immigré musulman n'aura pas dans ce cas à renoncer à sa loi nationale. Bien au contraire, il s'y soumet, et c'est en toute légalité islamique qu'il pourra s'aménager un statut matrimonial répondant aux exigences de l'ordre public européen. L'on verra se dégager peu à peu un contrat type de mariage musulman conforme aux normes européennes. Son usage, s'il gagnait un jour l'autre rive de la Méditerranée et se répandait dans les pays du monde musulman, contribuerait mieux que toute réforme apportée par les législateurs au système légal – qui ne peut manquer de laisser quelque part le sentiment d'avoir contrevenu à la Loi de Dieu – à faire entrer la famille musulmane dans la modernité”*, conclut Selim Jahel.

Finalement, nos textes imposent le principe du respect du statut personnel étranger, mais, nous l'avons vu, le juge français écarte systématiquement la loi d'un pays musulman dès lors que celle-ci, en matière de famille, repose sur des principes contraires à notre ordre public. Toutefois, le recours à l'exception d'ordre public pour appliquer le statut civil français aux étrangers musulmans n'est peut-être pas la meilleure solution, alors que la règle de conflit de lois désigne le statut étranger.

La règle de conflit elle-même n'est peut-être pas non plus le moyen le plus adéquat et efficace pour régler ce problème. Rappelons en effet que le droit international privé a longtemps été perçu comme une discipline permettant de régler des conflits de droit intervenant dans la "sphère privée". Mais, dès lors que dans un pays, le pluralisme juridique se répand du fait de la coexistence de systèmes juridiques⁽²⁸⁾ et que deux types de normes se rencontrent – notre droit français, essentiellement civil, et le droit étranger dont peut se prévaloir l'intéressé devant nos juridictions –, ces conflits vont glisser dans la "sphère publique" et risquent de poser de vrais problèmes politiques. L'enjeu consiste à maintenir la cohésion fondamentale de la société, tout en respectant les particularismes des cultures en présence. Ces idées nous montrent en tout cas la difficulté de concilier des systèmes socioculturels profondément différents se rencontrant dans un même espace juridique, et invitent par conséquent à réfléchir sur l'aménagement des normes⁽²⁹⁾ que suscite le phénomène de transnationalité. ★

28)- Voir N. Rouland : "Le droit français devient-il multiculturel ?", revue *Droit et société*, 46-2000

29)- "Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits [...] mais qui frappent infailliblement les petits [...]. La grandeur du génie ne consisterait-elle pas à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas des différences ? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ?" (Montesquieu, *L'esprit des lois*, XXIX, 18).



.....

Luvie Pruvost, "le mariage interreligieux au regard de l'islam"

Dossier *Mariages mixtes*, n° 1167, juillet 1993