

***Le retour à la personnalité des lois dans
l'Algérie coloniale.
L'exemple du mariage mixte
à travers la jurisprudence coloniale***

Claude BONTEMS

Le titre choisi : « retour à la personnalité des lois », présente une certaine ambiguïté. En effet, avant 1830, l'Algérie connaît un système juridique fondé sur le principe de la personnalité des lois ; aussi n'est-il pas possible de parler, pour ce qui la concerne, d'un « retour » à la personnalité des lois.

L'Algérie accueille sur son sol de nombreuses populations régies par leur droit propre. Les musulmans en premier lieu, qui se subdivisent en malékites, hanéfites et ibadites¹. Il existe également des populations berbères islamisées qui suivent leur coutume (*urf*) : les Kabyles, les Chaouias etc.² ; chacune possède sa juridiction, son

1. E. NORÈS, *L'œuvre de la France en Algérie : la justice*, Paris, 1931, p. 86 et s. ; L. HORRIE, *Le cadi juge musulman en Algérie*, Alger, 1935, p. 73 et s. ; Ch. A. JULIEN, *Histoire de l'Algérie contemporaine, la conquête et les débuts de la colonisation, 1827-1870*, Paris, 1964, p. 5 et s. ; C. BONTEMS, *Manuel des institutions algériennes de la domination turque à l'indépendance*, t. 1, p. 71 et s. ABD EL HADI BEN MANSOUR, *Alger XVIe-XVIIe siècle*, Paris, 1998, p. 83 et s.

2. La coutume kabyle a seule fait l'objet d'une étude systématique : A. HANOTEAU et A. LETOURNEUX, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Paris, 1893. Cf. également : G.-H. BOUSQUET, *Justice française et coutumes kabyles*, Alger, 1950, p. 23 et s. ; Ch. A. JULIEN, *op. cit.*, p. 6 et s. Cf. également C. BONTEMS, *La coutume kabyle et l'implantation des systèmes*

cadi. En second lieu il convient de mentionner la présence d'une forte communauté israélite qui relève à cette époque de juridictions rabbiniques³. Enfin, en troisième lieu, une communauté européenne qui trouve ses juges en la personne des divers consuls⁴. Aussi, l'implantation d'un système de personnalité des lois à partir de 1830 ne constitue pas une nouveauté pour l'Algérie.

Il faut se tourner du côté de la France, du côté du colonisateur, pour considérer que la personnalité des lois puisse constituer la nouveauté. Depuis la Révolution française le droit français a rompu avec le principe de personnalité qui avait prédominé sous l'Ancien Régime et selon lequel chacun était régi par sa coutume ; désormais on ne retient guère que deux catégories de justiciables soumis parfois à des législations différentes : le ressortissant français et l'étranger⁵. C'est donc par rapport au droit français qu'il est possible de parler d'un retour et encore, ce retour intervient-il après une brève absence, à peine trente ans.

Sous l'influence du fait colonial, le droit français va connaître une évolution curieuse. Dès 1848 le territoire algérien est assimilé au territoire français⁶. Mais il n'en demeure pas moins, pour justifier la colonisation de l'Algérie, que nous assistons à une réintroduction hiérarchisée de catégories socio-politiques fondées sur l'existence d'une loi personnelle propre à chaque catégorie.

étrangers, dans *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, 1994, p. 77-101.

3. Cf. LAUGIER DE TASSY, *Histoire du royaume d'Alger*, Amsterdam, 1725, p. 74 et s. [*Ibid.*, Paris, 1992, p. 55 et s.] ; Ch. A. JULIEN, *op. cit.*, p. 13 ; E. NORÈS, *op. cit.*, p. 102 ; ABD EL HADI BEN MANSOUR, *op. cit.*, p. 109 et s.

4. Cf. LAUGIER DE TASSY, *op. cit.*, p. 148 : «Les chrétiens libres et de même nation, sont jugés par leur consul... Mais si un chrétien a un différend avec un Turc, un Arabe ou un Maure, c'est le Dey qui les juge, en présence du consul qu'il fait toujours appeler pour défendre la cause du chrétien. Quelque fois, lorsqu'un consul est connu pour être entendu et équitable, le Dey lui renvoie les affaires entre les chrétiens et les Maures ou les juifs, qu'il laisse à sa décision». E. PLANTET, *Les consuls de France à Alger avant la conquête*, Paris, 1930.

5. M. GARAUD, *La Révolution et l'Égalité civile*, Paris, 1953.

6. C'est la Constitution du 4 novembre 1848, art. 109 qui déclare l'Algérie territoire français. L'ordonnance royale des 15 avril et 31 août 1845 avait annexé le territoire algérien, mais sans le dire explicitement ! [P. DE MÉNERVILLE, *Dictionnaire de la législation algérienne*, t. 1, p. 13 et ss. et 25 ; cf. aussi C. BONTEMS, *Manuel, op. cit.*, p. 195].

Dans un second temps nous constatons une tentative pour faire disparaître autant que faire se peut les différents statuts personnels au profit de la loi française, tout en maintenant les catégories socio-politiques. Enfin, à l'extrême fin de la période coloniale, en 1946, les statuts personnels sont maintenus et les catégories socio-politiques subsistent : chacun bénéficie des mêmes droits politiques et conserve son statut personnel propre, c'est le triomphe très éphémère de la personnalité des lois.

L'étude des mariages mixtes dans un contexte colonial, suscite une problématique qui ne se pose pas dans l'ordre international. Ainsi, dans ce que nous appelons l'ordre international, à savoir le conflit entre législations d'États souverains, il existe, au moins formellement, une parité entre les législations en présence ; aussi peut-on penser que le conflit se posera sur un plan technique. Il n'en va pas de même dans le cas d'un conflit entre législation du colonisateur et législation du colonisé ; dans cette hypothèse le conflit demeure profondément politique. En effet, le recours à l'une ou à l'autre des législations va marquer le rapport de domination ou d'assujettissement⁷, ou bien le rapport d'assimilation, d'intégration, ou d'exclusion⁸. Ce choix sera, après intervention du législateur, celui des juridictions imposées par le colonisateur⁹.

7. La législation du colonisé est toujours présentée comme inférieure (plus primitive) que celle du colonisateur. Consacrer la législation du colonisé revient à marquer son infériorité ; consacrer la législation du colonisateur revient à vouloir imposer au colonisé un système qui n'est souvent, culturellement, pas le sien.

8. L'assimilation [assimiler : rendre semblable à soi] procédera de l'imposition du statut du colonisateur ; l'intégration [faire entrer dans le groupe] nécessite de rechercher des solutions originales qui permettent au colonisé de conserver sa culture tout en étant placé sur le même plan que le colonisateur ; l'exclusion procède de la juxtaposition des statuts, dans ce cas le colonisé n'accédera jamais au statut du colonisateur et demeurera dans son statut inférieur.

9. Le caractère politique des décisions judiciaires a été parfaitement rappelé par un jugement du Tribunal de Sidi Bel Abbès, 1^{er} février 1933, *Robe*, 1933, p. 52 et s. Le tribunal déclare : « Attendu que ce conflit ne peut davantage être résolu par l'application des règles du droit international ; qu'il n'y a pas, en effet, en l'espèce, conflit entre les lois de deux puissances étrangères ; qu'il y a ici, d'une part une puissance souveraine, la France et un pays annexé, l'Algérie... ; qu'en résumé il n'y a pas ici conflit international ; mais ce qu'un auteur [P. CHAUVEAU, *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*, dans *R. Alg.*, 1928, p. 45 et s.] appelle un conflit d'annexion ... ; qu'il y a lieu de se référer aux principes généraux qui régissent les conflits

S'agissant de l'Algérie, les termes du problème se trouvent démultipliés par le fait que le colonisateur très vite proclame que sa conquête est terre française¹⁰, une excroissance du territoire métropolitain. On aurait pu croire que toutes les difficultés allaient être réglées. Or, bien au contraire, elles n'ont fait que croître du fait que le colonisateur s'est refusé à déclarer que la population des territoires annexés acquerrait par là même la citoyenneté française. Le refus de considérer les habitants de cette possession comme des citoyens à part entière en raison de leur statut personnel, oblige le législateur à réintroduire des catégories juridiques calquées sur celles du droit romain. C'est ainsi que trois grandes catégories¹¹ de personnes font leur apparition : les citoyens français, les indigènes (musulmans et israélites) sujets français et les Européens.

Ceci nous conduit à formuler les remarques préliminaires suivantes.

En premier lieu, le domaine matrimonial est l'un de ceux dans lesquels le colonisateur français a cru percevoir l'une des marques indélébiles de l'infériorité de son colonisé algérien, à savoir que le mariage musulman comporte deux traits qui permettent de le considérer comme culturellement inférieur : il est

d'annexion ; qu'en appliquant ces principes et notamment celui qui veut que le statut français soit préféré, lorsqu'il peut, par ailleurs, faire valoir des titres analogues à peu près égaux, même inférieurs, à raison de son caractère plus évolué et parce qu'il est conforme à la mission du pays civilisateur de ne pas laisser échapper à son statut pour retomber dans le statut indigène, ceux à l'égard desquels on peut nourrir un légitime espoir d'assimilation aux mœurs européennes...».

10. Cf. *supra*, n. 6.

11. L'ordonnance du 26 septembre 1842 entretient une confusion fâcheuse entre les notions d'étranger et d'Européen. L'ordonnance des 15 avril et 31 août 1845, crée implicitement la catégorie des «Européens résidants en Algérie» qui bénéficient d'un statut différent de celui d'un simple étranger sans jouir pleinement de celui de citoyen français : cf. les articles 13 et suivants [P. DE MÉNERVILLE, *op. cit.*, t. 1, p. 15 et s.]. Le sénatus-consulte des 14 juillet et 16 août 1865 distingue trois catégories de personnes : les indigènes musulmans et israélites qui sont (sujets) français et peuvent sur leur demande être admis à jouir des droits du citoyen français [art. 1 et 2], l'étranger qui justifie de trois années de résidence et qui peut être admis à jouir de tous les droits de citoyen français [art. 3] et le citoyen français. Ce système sera modifié par les lois du 4 février 1919 et celle du 7 mai 1946 qui a conféré la citoyenneté à tous les ressortissants algériens en maintenant leur statut personnel.

polygamique¹² et il tolère la répudiation¹³. Pour ces deux raisons le mariage musulman est tout juste considéré comme tel¹⁴ ; assimilé à une vente par de nombreux auteurs¹⁵, il relève pratiquement de la prostitution pour certaines juridictions françaises¹⁶. Dans ces conditions, en plein dix-neuvième siècle, il n'était pas concevable de conférer à un Algérien musulman le statut de citoyen français tout en lui reconnaissant la possession de son statut personnel musulman.

En second lieu, un mariage peut devenir mixte dans l'Algérie coloniale sans élément d'extranéité et du simple fait qu'il va mettre en contact, un (une) musulman algérien avec un (une) citoyen français ou un (une) Européen établi en Algérie. Mais il ne faut pas perdre de vue que les autorités, tant politiques que judiciaires, partagent la même phobie du mariage *more islamico* et que leur penchant naturel sera de faire échapper le maximum de couples à son emprise et de substituer la loi française au droit musulman.

12. En réalité, le mariage musulman n'admet pas la polygamie, mais la polygynie. En effet, si un homme musulman peut épouser plusieurs femmes (polygynie), le femme musulmane n'est pas autorisée à épouser plusieurs hommes [polyandrie]. Or, la polygamie est le régime qui associe polygynie et polyandrie.

13. N'oublions pas qu'au moment de la colonisation française de l'Algérie (en 1830), l'indissolubilité du mariage a été réintroduite par une loi du 8 mai 1816 et perdurera jusqu'à la loi Naquet du 27 juillet 1884. Cf. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, p. 87 et 208 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, 1996, p. 199 et 218.

14. À titre d'exemple nous citerons une décision de la Cour d'appel d'Alger du 28 octobre 1878, *Bulletin Judiciaire de l'Algérie [B.J.A.]*, 1879, p. 24 et ss. : «Que le mariage français unique et indissoluble est le fondement même de la famille ; – Que soumis à la répudiation arbitraire et à la polygamie, le mariage musulman ne saurait avoir la même importance sociale».

15. Cf. entre autres M. MORAND, *Le mariage*, dans *Études de droit musulman algérien*, Alger, 1910, p. 116 et s. et E. LARCHER et G. RECTENWALD, *Traité élémentaire de législation algérienne*, Paris, 1923, t. 2, p. 436.

16. Justice de Paix d'Akbou, 18 novembre 1901, *Revue Algérienne [R. Alg.]*, t. 18, 1902, p. 160 : «Attendu qu'au surplus, le mariage étant, en droit musulman, un contrat synallagmatique par lequel la femme s'oblige à livrer sa personne contre le paiement d'une dot par le mari, ce mariage ne peut réellement exister et recevoir sa perfection que par la consommation...».

Enfin, et ce sera notre dernière remarque générale, la complexité du problème est accrue par le fait même que les catégories de personnes auxquelles nous sommes confronté, ne sont pas rigides et immuables. Un indigène algérien marié *more islamico* avec une coreligionnaire peut obtenir, durant son union, la citoyenneté française, de ce fait son union va devenir mixte. De même un musulman peut se marier devant l'officier d'état civil français plutôt que devant le cadî, là encore, son statut va changer. Ce n'est plus le droit musulman qui s'applique, mais le droit français. Ainsi, pour dresser un panorama le plus complet possible, convient-il non seulement d'envisager les unions qui sont mixtes dès le départ, mais également celles qui le deviennent en raison soit de l'acquisition de la citoyenneté française, soit de l'option en faveur de la législation française ; ce que l'on a coutume d'appeler : les conflits mobiles.

LE MARIAGE MIXTE *AB INITIO*¹⁷

La première décision, relative au mariage mixte, que nous rencontrons a été rendue par le Tribunal Supérieur d'Alger en 1836¹⁸.

En 1834, Sidi Hamdan, Algérien musulman, épouse devant l'officier d'état civil du XI^e arrondissement de Paris, la dame Zabel née en France et chrétienne. Le premier juge avait estimé que, l'épouse suivant la condition de son mari, la dame Zabel était devenue « indigène du territoire d'Alger »¹⁹. Pour sa part, le Tribunal Supérieur, tout en rejetant cette affirmation, déclare qu'en se mariant devant l'officier d'état civil puis en revenant s'établir en

17. La bibliographie est particulièrement importante, nous renvoyons au numéro spécial des *Annales Juridiques, Politiques et Sociales de la Faculté de Droit d'Alger* de 1955 dédié au mariage mixte et plus particulièrement aux contributions de MM. GUIHO et KEHL ; cf. aussi Ph. MEYLAN, *Le mariage mixte en Afrique du Nord*, Paris, 1933.

18. Trib. Sup. d'Alger, 20 juin 1836, *Jurisprudence Algérienne*, [J. A.], 1836, p. 15 et s.

19. « Considérant qu'on ne peut induire de ce mariage qu'il ait eu l'effet de rendre la dame Zabel indigène du territoire d'Alger, comme le premier juge paraît l'avoir établi dans son premier jugement, la qualité d'indigène algérien ne pouvant appartenir à une personne qui n'a pas pris naissance sur ce territoire... », *Ibid.*, p. 16.

Algérie, Sidi Hamdan n'a pas entendu renoncer à son statut musulman. En conséquence, la femme suivant la condition de son mari et les enfants nés d'une union légitime suivant la condition de leur père, la tutelle des enfants sera organisée conformément au droit musulman. Cette décision, unique en son genre dans l'Algérie coloniale, a le mérite de faire une application stricte des règles du droit international privé de l'époque.

Cette jurisprudence ne devait pas se maintenir. Les textes relatifs à la compétence des cadis déclarent que ces derniers ne connaissent que des différends entre musulmans²⁰. En outre, en 1841 il est expressément stipulé que les contestations entre indigènes, relatives à l'état civil, seront jugées conformément à la loi religieuse des parties²¹. Enfin, ce dispositif devait être parachevé par l'ordonnance de 1842 et le décret impérial de 1854 qui posent clairement le principe que le cadi ne peut dresser d'acte public qu'entre musulmans seulement²². En conséquence, dès lors qu'un mariage est mixte, il relève de la compétence des autorités françaises et de l'officier d'état civil quant à sa conclusion. Ceci devait trouver une application dans une décision célèbre. En 1871, la Cour d'Alger rend un arrêt dans une affaire mettant aux prises deux personnages de roman : la demoiselle Picard et le cheikh Tedjini²³. Lors d'un passage à Paris, Ahmed Tedjini fait la connaissance de Melle Picard et en tombe amoureux. Il décide de l'épouser, mais étant déjà marié deux fois, il craint que l'officier d'état civil ne soit quelque peu réticent à célébrer cette nouvelle union, aussi préfère-t-il s'adresser au cadi. Ce dernier refuse et la Cour d'appel d'Alger lui donne raison en déclarant : « les cadis... ne peuvent recevoir que les actes qui intéressent des musulmans inclusivement... »²⁴.

Cette décision ne se prononçait pas expressément sur la validité du mariage contracté *more islamico* entre un musulman et

20. Ordonnance royale du 10 août 1834, art. 27 : Les tribunaux français connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre Français, entre Français et indigènes, entre indigènes de religion différente, entre indigènes et étrangers, entre étrangers, enfin entre indigènes de la même religion quand ils y consentent.

21. Ordonnance royale des 28 février et 27 avril 1841, art. 37.

22. Décret impérial des 1^{er} et 30 octobre 1854, art 51 et 53.

23. Cf. le roman de R. FRISON-ROCHE, *Djebel Amour*, Paris, 1981, qui relate les amours de ces deux personnages.

24. Cour d'Alger, 24 octobre 1871, *J. A.*, 1871, p. 25.

une Européenne²⁵. Ceci allait être le fait d'une Circulaire gubernatoriale de novembre 1871²⁶. L'amiral de Guédon, gouverneur général de l'Algérie, s'étant ému de l'affaire Picard/Tedjini et ayant consulté le ministre de la Justice, déclare que le mariage entre une femme française et un indigène musulman « ...ne peut être célébré que devant le maire, officier de l'état civil compétent pour les deux parties contractantes... » et que ce dernier « ...ne doit procéder aux mariages de cette nature, que si l'indigène musulman n'est pas engagé dans les liens d'une précédente union »²⁷.

Six mois à peine après la publication de cette circulaire, la Cour d'Alger en faisait application dans un arrêt²⁸. Il s'agit d'une décision importante qui allait, au moins sur deux points, fixer la jurisprudence de la cour d'Alger. Un officier français avait épousé une jeune algérienne devant le cadi de Constantine²⁹. Après son décès, sa sœur réclame sa succession car, l'union étant nulle, elle est la seule héritière. La Cour d'Alger confirme la nullité de l'union³⁰, mais elle reprend l'argumentation du tribunal de Constantine selon laquelle l'union, ayant été conclue de bonne foi, doit être considérée comme ayant la valeur d'un mariage putatif³¹. Tels sont les deux points fondamentaux posés par la Cour d'Alger. Ils vont constituer la jurisprudence de la Cour d'Alger jusqu'au jour de l'indépendance.

La Cour d'Alger se montre intransigeante pour ce qui concerne le ministère de l'officier d'état civil. Elle refuse de considérer comme valable le mariage *more islamico* entre un

25. *Ibid.*, p. 25 : «... sans avoir à rechercher si, en droit musulman, le mariage entre un musulman et une Européenne, contracté en la forme musulmane, est ou n'est pas valable...».

26. Circ. G. des 5 et 6 novembre 1871, P. DE MÉNERVILLE, *op. cit.*, t. III, p. 166-167.

27. *Ibid.*, p. 167.

28. Cour d'Alger, 1^{er} juillet 1872, *J. A.*, 1872, p. 32-34.

29. L'arrêt ne dit pas quand le mariage a été contracté, sans doute antérieurement à la circulaire gubernatoriale de 1871.

30. «Que, s'il [le mariage] est déclaré nul, c'est parce qu'il n'a pas été contracté dans la forme et les conditions prescrites par la loi française...» [*J. A.*, 1872, p. 33].

31. «Que s'il est considéré comme ayant la valeur d'un mariage putatif...» [*Ibid.*, p. 33].

musulman et une femme convertie à l'islam³². De même, une indigène qui se marie une première fois devant l'officier d'état civil ne peut pas se remarier *more islamico*³³. La Cour, pour justifier son affirmation, déclare que, de par son mariage avec un citoyen français, l'épouse acquiert la qualité de française³⁴. Cette démonstration laisse rêveur, car la Cour ne dit pas que l'épouse est devenue « citoyenne française », or celle-ci avait la qualité de française non pas du fait de son mariage, mais en raison du sénatus consulte de 1865³⁵ ! Notons au passage que les juridictions françaises n'admettront que très difficilement que la femme française ou la femme étrangère³⁶ puisse suivre la nationalité de son mari musulman³⁷.

32. Cour d'Alger, 28 octobre 1878, *B. J. A.*, 1879, p. 24 et s.

33. Cour d'Alger, 17 novembre 1906, *Journal de la jurisprudence de la cour d'appel d'Alger*, par E. Robe, [*Robe*], t. 50, 1906, p. 256 et s.

34. *Ibid.*, p. 258 : « Attendu qu'il est incontestable et non contesté que Zora bent el Hadj Ahmed, qui avait acquit (sic) depuis la qualité de française, conformément aux dispositions de l'art. 12 C. civ., par son mariage avec un Français, ne pouvait contracter de mariage valable avec un indigène musulman qu'en se conformant aux règles de la loi française ».

35. Cf. *supra*, n. 8.

36. Trib. Civ. de Mascara, 19 mai 1897, *Robe*, 1898, p. 353 [Une israélite algérienne qui épouse un israélite marocain conserve sa qualité de française car la loi des pays islamiques, le Coran, n'admet que deux catégories de personnes : les croyants et les infidèles, et n'accorde de droits qu'aux premiers] ; Tr. de 1^{ère} Inst. de Sousse, 26 décembre 1902, *Robe*, t. 48, 1906, p. 316 [Une Italienne mariée à un israélite tunisien conserve sa nationalité d'origine : «...dans les pays islamiques et sous l'empire du Coran les infidèles ne font pas partie de la nation et ne sont que tolérés sur le territoire ; qu'ainsi une étrangère non musulmane qui épouse un musulman reste étrangère dans tous les pays de l'Islam ; qu'il en est de même, a fortiori, pour celle qui épouse un israélite...»] ; Cour d'Alger, 13 février 1903, *R. Alg.*, t. 20, 1904, p. 141 et s. [Une Espagnole avait épousé un indigène musulman algérien devant le cadî. Ce mariage est considéré comme nul, mais vaut comme mariage putatif. A ce titre, la Cour décide : « Attendu que la femme étrangère devenue française par son mariage avec un indigène musulman ne peut garder son statut personnel étranger, qu'elle ne peut acquérir le statut personnel musulman, qu'elle prend donc le statut personnel français »] ; cf. également : Cour d'Appel d'Aix, 7 novembre 1907, *R. Alg.*, t. 24, 1908, p. 213 et s. [Une Française qui épouse un Ottoman conserve sa nationalité d'origine car le droit ottoman ne confère pas à la femme mariée la nationalité de son mari] ; Tr. Civ. de Tunis, 10 juin 1908, *Robe*, t. 51, 1909, p. 120 [Une Française mariée avec un Tunisien conserve sa nationalité

Le recours à la notion de mariage putatif a cependant suscité plusieurs critiques. En effet, si l'on perçoit aisément le souci de la Cour d'Appel de ne pas léser l'épouse de bonne foi, il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger sur la pertinence juridique du mariage putatif, et ce sous un double point de vue. Le droit musulman ignore le concept de mariage putatif qui a été créé par la doctrine canonique en réponse à la prolifération des nullités de mariage au Moyen Âge³⁸. Dès lors, il peut paraître excessif d'appliquer à un mariage, même nul, conclu *more islamico*, une institution qui lui est étrangère. En outre, à plusieurs reprises, la doctrine s'interrogera sur le point de savoir si de tels mariages sont, non pas nuls, mais inexistantes ; et si un mariage inexistant peut être considéré comme putatif³⁹. Reconnaissons cependant à la Cour d'Alger le mérite d'avoir su trouver un palliatif équitable à la situation engendrée par la disparition de l'union.

Une dernière remarque concerne l'incidence du recours à l'officier d'état civil. Certes, la loi française régit certains effets de l'union mixte, mais jusqu'où s'applique-t-elle ? Ici, nous pouvons constater que la jurisprudence a reconnu à la loi française une sphère d'application de plus en plus importante. Au départ, la Cour d'Appel d'Alger ne cache pas que son but est de faire échapper le conjoint non musulman à la double abomination que représentent la polygamie et la répudiation. Ainsi, en 1883, la Cour d'Alger déclare que : « ... en contractant mariage devant l'officier de l'état civil français, (l'indigène musulman) a eu l'intention évidente de soumettre son union aux prescriptions de la loi française, en ce sens qu'il s'interdisait implicitement de ne contracter de second, de

d'origine] ; Trib. Civ. de la Seine, 13 mars 1913, *Robe*, t. 56, 1914, p. 305 et s. [La Française qui épouse un sujet turc de confession israélite ne perd pas sa nationalité française].

37. En ce sens nous pouvons citer les décisions suivantes : Trib. civ. de Tunis, 9 mars 1905, *Robe*, t. 48, 1906, p. 39 [Une Anglaise qui épouse un Tunisien se trouve placée, au point de vue de ses biens, sous le régime établi par la loi du mari] ; Cour mixte d'Alexandrie, 10 février 1910, *R. Alg.*, t. 27, 1911, p.122 et s. [Une Italienne qui épouse un Ottoman acquiert la nationalité ottomane] ; Tr. de Casablanca, 27 avril 1914, *R. Alg.*, 1916, p. 90 et s. [La femme européenne qui épouse un indigène musulman algérien, même devant l'officier d'état civil, suit la condition de son mari, en conséquence la succession est régie par la loi musulmane]. Il est à constater que ces décisions n'ont pas été prononcées par des juridictions algériennes.

38. Cf. P. PETOT et Cl. BONTEMS, *La famille*, Paris, 1992, p. 343 et s.

39. Cf. Cour d'Alger, 12 février 1903, *Robe*, t. 45, 1903, p. 159 et s. [note E. NORÈS] ; E. LARCHER et G. RECTENWALD, *op. cit.*, t. 2, p. 587 et s.

troisième, de quatrième mariage avant la dissolution du premier, et de ne pas recourir aux moyens mis à sa disposition par la loi musulmane pour dissoudre ce mariage ; mais qu'à cela se borne le fait du choix qu'il a fait de la loi française pour régir son union... »⁴⁰. Mais, très vite et certainement sous l'influence de la doctrine de l'école de droit d'Alger⁴¹, la jurisprudence algérienne allait consacrer la thèse selon laquelle la loi française régissait tous les aspects de l'union mixte⁴². Le summum sera atteint par la Cour de Cassation, qui, dans une décision de 1923, semble dire que le fait de « devoir » se marier devant un officier d'état civil, place une jeune femme musulmane, du point de vue de sa capacité juridique, sous l'égide de la loi française⁴³. Ce ne sera pas, hélas ! la seule aberration de la haute juridiction française durant la période coloniale.

LES MARIAGES MIXTES ET LES CONFLITS MOBILES

Nous avons relevé, à travers la jurisprudence algérienne, deux hypothèses principales de conflits mobiles : la première procède de la naturalisation de l'un des conjoints, la seconde découle d'une pratique particulière : l'option de législation.

40. Cour d'Alger, 14 mars 1883, *Robe*, 1883, p. 32 2 et s. et *B. J. A.*, 1883, p. 113 et s. Une décision assez semblable est rendue par le Trib. de Tunis, 23 novembre 1891, *Robe*, t. 34, 1892, p. 203 et s.

41. Pour s'en rendre compte il suffit de parcourir les notes rédigées à la suite des arrêts que nous avons cités *supra*, n. 37 et 40.

42. Cour d'Alger, 17 novembre 1906, *R. Alg.*, 1908, p. 46 ; Cour d'Alger, 12 novembre 1924, *R. Alg.*, t. 45, 1929, p. 117 et s. On peut cependant relever une décision divergente : Tr. de Philippeville, 1^{er} février 1934, *R. Alg.*, 1935, p. 19 et s.

43. Cour de Cass., 18 juillet 1923, *R. Alg.*, t. 40, 1924, p. 239 et s. Saisie d'un pourvoi en cassation s'appuyant en particulier sur le fait que la future épouse, orpheline, n'avait pas requis le consentement de son tuteur, la Cour se borne à déclarer que le femme suit la condition de son mari [alors qu'il n'y a pas encore mariage !] et que dès lors elle relève des tribunaux français.

La naturalisation de l'un des conjoints

Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer le célèbre sénatus-consulte du 14 juillet 1865⁴⁴. Ce texte, outre qu'il confère la qualité de « français » aux indigènes de l'Algérie, leur permet d'accéder à la citoyenneté française⁴⁵. Dès lors, si un indigène français obtient le statut de citoyen français, il reste à se demander quelle en sera l'incidence sur sa condition matrimoniale⁴⁶.

Nous n'envisagerons pas l'hypothèse dans laquelle le mariage intervient postérieurement à l'intégration de l'un des deux futurs époux dans la citoyenneté française, l'autre époux n'ayant pas demandé à bénéficier de la même mesure. La jurisprudence considère qu'il n'y a pas de différence avec ce que nous venons d'évoquer, à savoir le mariage entre indigène et citoyen(ne) français(e). L'officier d'état civil est seul compétent pour célébrer le mariage et le droit français s'applique⁴⁷.

Beaucoup plus importante est l'hypothèse d'une acquisition de la citoyenneté française après un mariage conclu *more islamico*. La jurisprudence a beaucoup hésité avant d'adopter une attitude ferme.

Dans un premier temps la Cour d'Alger semble pencher pour une influence limitée des effets de l'acquisition de la citoyenneté française. C'est ainsi qu'en 1879 elle rend un arrêt interdisant au nouveau citoyen français de divorcer⁴⁸, mais permettant implicitement à l'épouse demeurée indigène musulmane

44. Cf. *supra*, n. 11.

45. Sénatus-consulte du 14 juillet 1865, art. 1^{er} : «L'indigène musulman est Français... il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français ; dans ce cas, il est régi par les lois civiles et politiques de la France». P. DE MÉNERVILLE, *op. cit.*, t. 2, p. 151-152.

46. L. HAMEL, *De la naturalisation des indigènes musulmans de l'Algérie*, dans *R. Alg.*, 1886, 1887, 1890, p. 1 et s. ; E. LARCHER, *Des effets du mariage d'une femme indigène musulmane avec un indigène admis à la jouissance des droits de citoyen*, dans *R. Alg.*, t. 24, p. 209 et s. ; M.C. KEHL, *Les mariages mixtes*, dans *R. Alg.*, 1938, p. 72 et s.

47. Les décisions abondent en la matière ; à titre d'exemple nous citerons les suivantes : Cour d'Alger, 26 mai 1879, *B. J. A.*, 1881, p. 136 et s. ; Cour d'Alger, 31 juillet 1886, *Robe*, t. 28, 1886, p. 412 ; Cour d'Alger, 2 novembre 1905, *R. A.*, t. 22, 1906, p. 63 et s.

48. Cour d'Alger, 12 mai 1879, *B. J. A.*, 1880, p. 77 et s.

de le faire⁴⁹. Nous sommes en présence d'une solution distributive au problème.

Cette position de la Cour d'appel d'Alger devait susciter les réserves de la doctrine⁵⁰ et provoquer l'intervention du législateur qui, dans une loi du 26 juin 1889, décidait que l'accession à la condition de citoyen français profitait non seulement au mari mais aussi à ses enfants mineurs⁵¹. C'est ce que devait rappeler la Cour de Cassation dans un arrêt du 9 mars 1906⁵².

Plusieurs années auparavant, dans une décision contestable⁵³, la Cour de Cassation avait posé comme principe l'unité du statut familial : il ne devait y avoir qu'une seule loi régissant la famille. Les faits étaient les suivants : un Algérien, Ahmed ben Brimat épouse une fille de grande famille : Fifi bent Hamoud ben Turkia en 1876. En 1882 Fifi demande le divorce devant le cadi d'Alger ; Ahmed qui souhaite conserver, à défaut de Fifi, le patrimoine de cette dernière, fait la sourde oreille, puis demande à intégrer la nationalité française, ce qui lui est accordé en 1883. Fifi saisit la chambre des appels musulmans de la Cour d'Alger, dont Ahmed décline la compétence en déclarant qu'étant devenu citoyen français il ne relève plus des juridictions indigènes et que, de surcroît, son union ne peut plus être dissoute que par la mort de l'un des conjoints. La Cour d'appel se déclara compétente, maintint son ancienne jurisprudence permettant à Fifi de divorcer et remarqua au passage que Ahmed n'avait introduit une demande en naturalisation que dans le seul but vexatoire de porter préjudice à Fifi. La Cour de Cassation saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, casse l'arrêt de la Cour d'Alger au motif que la Chambre des appels musulmans aurait dû se déclarer incompétente. Cette décision était critiquable, car dans une affaire célèbre [l'arrêt de Beauffremont] la Cour de Cassation française et la Cour de Belgique avaient déclaré que les naturalisations frauduleuses de l'un

49. Telle est l'opinion de l'auteur de la note sous l'arrêt de la Cour, note signée V. M. [*Ibid.*, p. 77 et s.].

50. Cf. E. LARCHER et G. RECTENWALD, *op. cit.*, t. 2, p. 591 et s. Cf. également la note d'E. LARCHER sous Cour d'Alger, 19 avril 1905, *R. Alg.*, t. 23, 1907, p. 121 et s.

51. R. ESTOUBLON et A. LEFÉBURE, *op. cit.*, t. 1, p. 875.

52. Cour de Cassation, 9 mars 1906, *Robe*, t. 48, 1906, p. 162. Cf. aussi : Cour de Cassation, 30 décembre 1907, *R. Alg.*, 1908, p. 15. M. C. KEHL, *Les mariages mixtes*, *op. cit.*, p. 73 et s.

53. Cour de Cas., 15 juin 1885, *R. Alg.*, t. 1, 1885, p. 309.

des époux n'étaient pas opposables à l'autre⁵⁴. Par ailleurs, le procureur général près la Cour de Cassation rappelait dans son réquisitoire la formule du sénateur Delangle lors du vote du sénatus-consulte de 1865 : « ...il ne peut sur le sol de la patrie, exister des citoyens ayant des droits contradictoires... », formule hautement contestable puisque sur le sol (algérien) de la patrie il existe à cette époque des citoyens et des non-citoyens ! Et que, quelques décennies plus tard, après la première guerre mondiale, les Alsaciens réintégreront le sol de la patrie en conservant un régime particulier.

Quoi qu'il en soit, en 1913, la Cour d'Appel effectue un revirement de jurisprudence et décide que l'accession du mari à la citoyenneté française est étendue à l'épouse, même si celle-ci n'en a pas fait la demande⁵⁵. Enfin, la loi du 10 août 1927 décide que la naturalisation du mari devait s'étendre à son épouse et à leurs enfants mineurs⁵⁶.

L'option de législation⁵⁷

De tous les moyens utilisés pour substituer la loi française aux droits indigènes, il en est un qui s'est révélé particulièrement efficace. Il s'agit de l'option de législation. L'option de législation peut se définir comme la possibilité accordée à un justiciable de placer un acte juridique sous l'empire de la loi française⁵⁸. Introduite timidement par le législateur en 1834 et de façon restrictive, elle allait connaître une extension considérable sous l'impulsion de la jurisprudence. Son utilisation fut tellement

54. Cour de Cas., 18 mars 1878, *Sirey*, 1878, 1, p. 193 et Cour de Belgique, 5 août 1880, *Sirey*, 1881, 4, p. 1. En l'occurrence, une Française obtient la nationalité allemande et réclame le divorce, ce que la loi française ne lui permettait pas. Nous sommes en présence d'une affaire rigoureusement symétrique à celle qui nous intéresse. [B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, 1974, p. 3, 149 et s.].

55. Cour d'Alger, 19 juillet 1913, *R. Alg.*, t. 30, 1914, p. 94 et s.

56. Loi du 10 août 1927, art. 7, ESTOUBLON et LEFÉBURE, *op. cit.*, 1927, p. 105 et s.

57. Cf. C. BONTEMS, *Une technique jurisprudentielle de pénétration du droit matrimonial français en Algérie : l'option de législation*, dans *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, t. XV, 1978, p. 37 et s. Pour la bibliographie cf. *Ibid.*, p. 38, n. 3.

58. E. LARCHER et G. RECTENWALD, *op. cit.*, t. 2, p. 469.

intensive qu'elle devait susciter la critique d'une doctrine, au demeurant peu favorable au droit musulman.

La faculté offerte aux indigènes algériens de pouvoir opter entre leur droit propre et le droit français, a été instaurée très rapidement. On la rencontre pour la première fois en 1834⁵⁹.

« *Les indigènes sont présumés avoir contracté entre eux selon la loi du pays, à moins qu'il y ait convention contraire* ».

On remarquera la démarche prudente du législateur colonial. Il érige en principe la primauté de la loi personnelle dans les rapports juridiques entre musulmans et entre israélites. L'option est admise, mais elle doit être expresse⁶⁰.

Ce système allait rester en vigueur durant vingt années⁶¹. En 1854, l'option de législation semble vouée à la disparition. Le texte fondamental, régissant l'organisation de la justice musulmane en Algérie, ne la mentionne plus⁶². La jurisprudence comble cette lacune. Elle pose comme principe que le décret du 1^{er} octobre 1854 n'abroge que les dispositions antérieures contraires aux règles nouvelles. Elle continue donc d'appliquer l'option de législation⁶³. Bien plus, violant délibérément l'esprit et la lettre de l'ordonnance de 1834, les juridictions inférieures en Algérie admettent que l'option de législation peut découler d'une volonté non expressément exprimée⁶⁴. Elles créent ainsi l'option tacite, ou implicite, de législation.

59. Ordonnance royale du 10 août 1834, art. 1, P. DE MÉNERVILLE, *op. cit.*, t. 1, p. 386.

60. Le texte contenait néanmoins une ambiguïté. Il pouvait advenir qu'un contrat soit conclu entre un musulman et un israélite. Dans cette hypothèse, quelle était la latitude de choix laissée aux cocontractants ? Pouvaient-ils opter pour le droit musulman, pour le droit hébraïque, pour le droit français, pour n'importe quel droit ? En ce qui concerne les trois premières solutions, il ne fait aucun doute qu'elles étaient valables. La dernière ne fut jamais retenue par la jurisprudence.

61. Les ordonnances royales de 1841 et 1842 sur la justice, art. 37 reproduisent les dispositions de celle de 1834 relatives à l'option de législation.

62. Décret du 1^{er} octobre 1854, P. DE MÉNERVILLE, *op. cit.*, t. 2, p. 123 et s.

63. Cour d'Alger, 16 novembre 1858, *J. A.*, 1858, p. 50.

64. Tr. d'Alger, 29 juin 1861, *J. A.* 1861, p. 43 : «... en contractant volontairement devant l'officier d'état civil français, c'est sous l'application et

Le législateur devait intervenir pour rappeler les règles fondamentales de l'option de législation, et pour en limiter la portée :

« *Toutefois, la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français* »⁶⁵.

En exigeant une « *déclaration faite dans un acte* » le législateur rappelle la règle ancienne selon laquelle l'option, pour être valable, doit être expresse. Ce faisant il condamne la jurisprudence des juridictions inférieures algériennes. Mais, en outre, deux restrictions importantes sont introduites. En premier lieu, l'option expresse n'est ouverte qu'aux seuls musulmans. Les israélites ne sont pas mentionnés dans le texte⁶⁶. En second lieu, le choix n'existe qu'entre le droit musulman et la loi française.

Le décret de 1859, conçu en des termes précis, aurait dû mettre un terme aux errements de la jurisprudence relative à l'option tacite de jurisprudence. Il n'en fut rien. Encouragées par la Cour de Cassation⁶⁷, les juridictions françaises en Algérie continuent de propager la théorie de l'option tacite. La volonté des cocontractants n'a pas besoin d'être expressément affirmée. Elle peut se déduire de leur comportement. Il faut bien reconnaître que, dans certaines hypothèses, cette présomption d'option implicite paraissait s'imposer : lorsque des musulmans ou des israélites s'adressent à un officier ministériel français pour conclure un acte interdit ou non reconnu par le droit musulman, ou le droit hébraïque, mais admis par la loi française⁶⁸. Ayant à choisir entre

sous l'empire seul des lois françaises que les époux Tingé ont entendu se placer».

65. Décret impérial du 31 décembre 1859, P. DE MÉNERVILLE, *op. cit.*, t. 1, p. 411.

66. Néanmoins on peut se demander s'ils ne continuent pas à bénéficier de la possibilité d'opter pour la législation française. Telle sera la solution retenue par les juridictions françaises qui considéreront que les textes postérieurs à 1834 n'ont pas supprimé cette faculté reconnue aux israélites.

67. Pas moins de trois décisions ont été rendues en la matière par la Cour de Cassation : 15 avril 1862, *Robe*, 1862, p. 188 ; 5 janvier 1876, *J. A.*, 1876, p. 1 ; 6 juin 1883, *B. J. A.*, 1883, p. 190.

68. Le droit musulman interdit le prêt à intérêt, une créance contenant une stipulation d'intérêts sera réputée soumise à la loi française : Cour d'Alger, 1^{er} août 1848, *J. A.*, 1848, p. 17. De même, l'hypothèque est inconnue en

la nullité de l'acte, au regard du droit local, ou la validité de ce même acte en raison de la loi française, les juridictions se prononcèrent en faveur de la seconde solution. Derrière cette jurisprudence, se profile déjà l'idée d'une supériorité de la loi française sur les droits locaux. Il est cependant des situations dans lesquelles la démarche des juridictions s'avéra beaucoup plus contestable : l'option de législation peut se déduire du simple fait que les cocontractants s'adressent à un officier ministériel français alors qu'il existe une institution musulmane également compétente. Le fait d'opter pour la forme française entraînait la soumission du fond au droit français. En d'autres termes, l'option d'institution engendre l'option de législation. Cette attitude, souvent excessive, suscita néanmoins quelques réticences⁶⁹.

L'action de la jurisprudence se révèle tellement efficace et persévérante, que le législateur colonial se résout à la consacrer. Le décret du 10 septembre 1866 vient légaliser l'option tacite de législation⁷⁰.

« Dans les matières énoncées à l'article 1^{er} (statut personnel – successions – immeubles non francisés), les musulmans peuvent renoncer par une déclaration expresse à l'application de leurs droits et coutumes pour se soumettre à la législation française... La renonciation résulte, en outre, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originaire par un officier public français »⁷¹.

Reproduite dans le décret du 17 avril 1889⁷², cette disposition devait se maintenir durant plus d'un demi-siècle. Il faut attendre l'ordonnance du 23 novembre 1944⁷³ pour trouver un texte enjoignant aux officiers ministériels français de prévenir les ressortissants de statut local qui se présentent devant eux, que leur intervention, sauf déclaration contraire des parties, entraîne

droit musulman, la conclusion d'un contrat hypothécaire entraîne l'application de la loi française.

69. La Cour d'Alger, malgré une décision contraire de la Cour de Cassation, déclara à de multiples reprises que la seule présence d'un officier d'état civil ne permettait pas de conclure à une option de législation. Cf. C. BONTEMS, *Une technique, op. cit.*, p. 51.

70. ESTOUBLON et LEFÉBURE, *op. cit.*, 1866, p. 697 et s.

71. *Ibid.*, art. 6.

72. *Ibid.*, 1889, p. 859, art. 3.

73. Ordonnance du 23 novembre 1944, art. 3.

l'application de la loi française. Quelques années plus tard, le décret du 17 septembre 1959⁷⁴ revient au système du décret de 1859 : l'option de législation ne se présume pas, elle doit être expresse.

L'option de législation a pour effet essentiel de placer un acte juridique déterminé sous l'égide de la loi française⁷⁵. En aucun cas elle n'entraîne une modification radicale du statut personnel. En optant pour la loi française, un indigène, sujet français, ne devient pas citoyen français. Il conserve son statut propre. On comprend dès lors l'acharnement mis par certaines juridictions à propager l'option tacite de législation. Elle permettait une extension de la loi française, sans pour autant concéder la citoyenneté, et ce d'autant plus que les Algériens musulmans ou israélites n'ont jamais opté volontairement pour la loi française en matière de mariage⁷⁶. L'option d'institution permettait aux juridictions françaises d'imposer la loi française.

Cependant, s'agissant de l'union de deux Français de statut local, des difficultés préalables surgissent. Tous les textes régissant l'option de législation parlent de « convention ». L'expression relève davantage du droit des obligations que du droit familial. Pouvait-on dès lors opter en faveur de la loi française à l'occasion d'un mariage ? Cette objection n'a jamais été sérieusement prise en considération par les juridictions françaises⁷⁷. Tout au plus peut-on relever une décision de la Cour d'Alger qui défend cette thèse. Cet arrêt n'est guère significatif⁷⁸. Il intervient à l'occasion d'un conflit qui va opposer la Cour d'Alger à la Cour de Cassation. A cette occasion, la Cour d'Alger n'hésitera pas à user d'arguments qu'elle s'était bien gardé d'invoquer par le passé.

En admettant, comme le firent la jurisprudence et la doctrine, que l'option est possible en matière de mariage, une seconde question était immédiatement soulevée. Quelle est l'étendue des

74. Décret du 17 septembre 1959, art. 3 : «sauf mention expresse portée sur l'acte de mariage, l'échange des consentements devant l'officier d'état civil n'implique pas renonciation des époux à leur statut personnel».

75. Cf. entre autres E. LARCHER et G. RECTENWALD, *op. cit.*, t. 2, p. 473.

76. J.-P. CHARNAY, *La vie musulmane en Algérie*, Paris, 1991, p. 334.

77. En revanche, elle sera défendue vigoureusement au niveau de la doctrine, en particulier dans la note de A. POIVRE sous Cassation, 15 avril 1862, *Robe*, 1862, p. 188.

78. Cour d'Alger, 26 juillet 1869, *J. A.*, 1869, p. 26. [Cf. le commentaire de cette décision par E. ROBE sous Cour d'Alger, 27 mars 1882, *Robe*, 1882, p. 225 et s.].

effets de l'option ? Nous savons que la loi française ne s'applique qu'au seul acte juridique concerné. Pour le surplus, les indigènes demeurent soumis aux règles de leur statut personnel. Cette règle, en apparence fort simple, devient d'application beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit d'un mariage. Si le mariage est indéniablement un acte juridique, il recouvre un ensemble de situations diverses. Nous aurions tendance à le qualifier d'épiphénomène juridique⁷⁹. Il suffit de songer qu'il englobe ou conditionne des notions aussi diverses que la célébration, la dissolution, le régime matrimonial, l'autorité maritale, la puissance paternelle et qu'il intervient également au niveau du droit des successions. Une simple cérémonie se déroulant devant l'officier d'état civil français, pouvait avoir pour conséquence de modifier toute l'économie de la famille musulmane ou israélite. Néanmoins, la Cour d'Alger exceptée⁸⁰, les juridictions françaises n'ont pas hésité à faire produire les effets les plus larges à l'option de législation en matière matrimoniale. En décidant de se marier devant l'officier d'état civil français, les époux indigènes auraient accepté de soumettre, non seulement la conclusion de leur union⁸¹, mais l'ensemble de leur statut matrimonial à la loi française. Ceci était inconcevable et c'est la raison pour laquelle les juridictions coloniales, la Cour de Cassation en tête, ont, a posteriori, imposé l'option d'institution. Cette jurisprudence subira, cependant, un inflexionnement à la fin de la période coloniale. Le statut de l'Algérie ayant alors prévu que les musulmans étaient des citoyens français régis par leurs lois propres, le mouvement jurisprudentiel d'assimilation s'arrête.

Cependant, et la doctrine est unanime sur ce point, l'option de législation ne doit pas entraîner une altération du statut politique personnel. Soumis à la loi française en ce qui concerne leur statut

79. Nous sommes confrontés à l'ambiguïté du mot mariage qui revêt une double signification puisqu'il désigne tout aussi bien l'acte créant le lien conjugal, que le lien conjugal dans sa durée. Ici, nous pouvons constater que les juridictions coloniales ont joué de cette ambiguïté en effectuant une confusion complète. L'option de législation qui intervient lors de la conclusion du lien conjugal, s'applique à ce dernier dans sa durée.

80. Cour d'Alger, 14 mars 1883, *B. J. A.*, 1883, p. 113.

81. Le grand jurisconsulte E. Robe s'est élevé contre cette interprétation. Pour lui, l'intervention de l'officier d'état civil est de pure forme et ne saurait produire d'effet au-delà de la seule conclusion du mariage. Le fond du mariage doit rester soumis à la loi des deux époux : cf. la note sous Cour d'Alger, 27 mars 1882, *Robe*, 1882, p. 225 et s.

matrimonial, les époux n'en demeurent pas moins des sujets français. Lorsque deux musulmans décident de placer leur union sous l'empire de la loi française, leur statut matrimonial, et lui seul, sera régi par la loi française. Si l'union vient à être dissoute, chacun des époux pourra se remarier *more islamico*⁸². En effectuant cette distinction entre le statut matrimonial français et le statut personnel politique indigène, la jurisprudence se cantonnait encore dans une conception acceptable de l'option de législation. Elle allait cependant au devant de sérieuses difficultés. Nous ne mentionnerons, ici, que les plus importantes.

La principale conséquence de l'option de législation, ainsi que nous l'avons rappelé à plusieurs reprises, est de placer le statut matrimonial sous l'égide de la loi française. Chaque époux conserve son statut personnel propre. Or, il advint à de multiples reprises que le mari, arguant du fait qu'il avait conservé son statut personnel, épousa une seconde femme du vivant de la première. Son raisonnement était le suivant : les rapports personnels entre lui et sa première femme, épousée devant l'officier d'état civil, sont régis par la loi française. Ayant conservé son statut personnel qui lui reconnaît le droit à la polygynie, rien ne s'oppose à ce qu'il contracte une seconde union *more islamico* ou *more judaico*. Le mari effectuait une distinction entre le statut matrimonial de sa première union, et son statut matrimonial propre. Les juridictions françaises s'opposèrent vigoureusement à ce genre d'argumentation. Elles rétorquèrent, en particulier la Cour de Cassation⁸³, qu'en comparaisant devant l'officier d'état civil, les musulmans sujets français entendent soumettre leur union à la loi française. De ce fait l'union ainsi contractée « entraîne toutes les conséquences que le droit commun y attache », en particulier l'interdiction de la bigamie contenue dans l'article 147 du Code Civil⁸⁴.

Cette première difficulté pouvait être surmontée au prix d'une argumentation légèrement contestable. La démarche de la

82. Tr. Sup. d'Alger, 20 juin 1836, J.A., 1836, p. 14 ; Cour d'Alger, 15 juin 1892, R. Alg., 1892, p. 403.

83. Cour de Cassation, ch. crim., 14 février 1829, R. Alg., 1929, p. 90. Postérieurement à l'indépendance, la Cour d'Oran (composée à l'époque de magistrats français) aura à connaître d'une affaire identique et conclura à la validité du second mariage : Cour d'Oran, 18 mai 1965, note J.M. VERDIER, R.C.D.I.P., 1966, p. 290.

84. Cf. Cour de Cassation, 29 janvier 1936, R. Alg., 1936, p. 141 et Cour d'Alger, 23 juin 1949, R. Alg., 1950, p. 26.

Cour de Cassation aboutissait, en effet, à nier le maintien du statut personnel des époux⁸⁵. Celui-ci était oblitéré tant que l'union durait. Ce n'est qu'après la dissolution du mariage que le Français de statut local recouvre pleinement son statut propre. Mais, une seconde difficulté s'est présentée, beaucoup plus ardue et malaisée à résoudre.

Deux israélites s'étaient mariés devant l'officier d'état civil français, puis s'en étaient allés faire célébrer leur union devant le rabbin. Quelques années plus tard l'épouse demande le divorce. Il lui est accordé par le Tribunal d'Alger. Elle décide alors de se remarier. Son ancien époux s'oppose à cette union en argumentant de la manière suivante : le divorce a bien été prononcé, mais il ne produit d'effets qu'au regard de la loi française. Le mariage demeure valable au regard de la loi hébraïque, et celle-ci ne saurait être écartée puisque les deux conjoints ont conservé leur statut personnel. Il y a donc impossibilité pour la femme de se remarier tant que la répudiation (*gueth*) ne sera pas intervenue. Le Tribunal Civil d'Alger, visiblement embarrassé, rejeta, sans la discuter, l'argumentation du mari, en invoquant la théorie de l'abus de droit⁸⁶.

Si, dans l'ensemble, les juridictions françaises en Algérie ont effectué scrupuleusement une distinction entre l'option pour le statut matrimonial français et le maintien du statut personnel musulman, il n'en va pas de même pour la Cour de Cassation. A plusieurs reprises on trouve dans les attendus de la Haute juridiction, l'affirmation selon laquelle le fait de faire célébrer son union par l'officier d'état civil équivaut à renoncer à son statut personnel⁸⁷. Il ne semble pas, cependant, que l'on puisse déduire de cette affirmation que la Cour de Cassation ait voulu pratiquer une politique ultra-assimilationniste. Beaucoup plus

85. Cour de Cassation, 14 février 1929 : «Attendu que si, aux termes des art. 1 et 3 du décret du 17 avril 1889, les musulmans résidant en Algérie et non admis à la jouissance des droits de citoyens français, continuent à être régis par leurs droits et coutumes dans les affaires qui concernent leur statut personnel, ils peuvent renoncer expressément ou tacitement à l'application dudit statut...». *R. Alg.*, 1929, p. 89.

86. Sur cette question cf. C. BONTEMS, *Un mal social séculaire : la lettre de gueth ou les tribulations amoureuses du citoyen Pariente*, dans *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, 1989, p. 73 et s.

87. Cour de Cassation, 6 juin 1883, *B. J. A.*, 1883, p. 190 ; Cour de Cassation, 15 février 1929, *R. Alg.*, 1929, p. 90 ; Cour de Cassation, 29 janvier 1936, *R. Alg.*, 1936, p. 141.

vraisemblablement, cette juridiction, médiocrement familiarisée avec le droit colonial, n'a pas toujours fait preuve de toute la rigueur souhaitable au niveau de la rédaction de ses attendus. Telle semble être au demeurant, l'opinion de la doctrine⁸⁸.

Enfin, pour en terminer avec l'étude des effets de l'option tacite de législation il nous faut signaler une solution curieuse et contestable sur le plan juridique, dégagée par le Tribunal de Tlemcen⁸⁹ et reprise par la Cour d'Alger⁹⁰.

Une jeune Tlemcenienne, musulmane et orpheline, Fatima Bouali, s'était éprise d'un avocat, Taleb Abdesselam, qui avait opté pour la citoyenneté française. Fatima à la mort de son père avait été placée sous la tutelle légale (*wilayate*) du *cadi* de Tlemcen. Ce dernier avait nommé comme délégué dans les fonctions de tuteur (*moqqadem*), le frère de la jeune fille, Ahmed Bouali. Fatima et Taleb décident de se marier et procèdent à la publication des bans en la forme française. Ahmed Bouali fait opposition. Il déclare que, conformément au droit musulman, Fatima ne saurait se marier sans son consentement et que, de surcroît, leur père, usant du droit de contrainte matrimoniale (droit de *djebr*), avait marié sa fille à un proche parent : Abdallah Bouali. De l'exposé des faits, il ressort à l'évidence que le litige aurait dû être porté, sauf option conjointe de juridiction, devant le tribunal du *cadi*, et, qu'au fond, les règles du droit musulman devaient s'appliquer puisqu'il s'agissait d'un problème d'état et de capacité des personnes. Telle n'a pas été la solution retenue par les deux juridictions françaises. Elles se livrèrent à un savant mélange des prescriptions coraniques et françaises en extrayant de ces deux systèmes les dispositions favorables à la jeune fille, et en écartant systématiquement les autres. Au droit musulman elles empruntèrent les règles permettant de rejeter le droit de contrainte⁹¹ et de passer outre au refus du

88. Cf. la note de J. ROUSSIER-THÉAUX sous Cassation, 29 janvier 1936, *R. Alg.*, 1936, p. 141 et s.

89. Tr. de Tlemcen, 30 juillet 1919, *R. Alg.*, 1921, p. 49 ; Tr. de Tlemcen, 10 décembre 1919, *Ibid.*, p. 56.

90. Cour d'Alger, 12 septembre 1919, *R. Alg.*, 1921, p. 55 et Cour d'Alger, 6 mai 1920, *Ibid.*, p. 58.

91. Selon le rite malékite, le droit de contrainte (*djebr*) n'existe qu'en faveur du père. Ce dernier peut le déléguer, mais dans ce cas il doit le faire expressément, cf. SIDI KHALIL, *Mariage et répudiation*, Traduction et commentaires par E. FAGNAN, Alger, 1909, p. 9 et s. En l'occurrence il n'y avait pas eu délégation.

tuteur de consentir au mariage de sa pupille⁹². Du droit français elles reprirent les règles relatives au consentement des parents et des grands-parents⁹³, ainsi que celles régissant la procédure de l'opposition à mariage⁹⁴. Grâce à ce dosage complexe relevant d'une curieuse alchimie juridique, Fatima put épouser son Taleb.

Il importait cependant de justifier le recours aux règles du droit français. Là encore, nos deux juridictions usèrent d'un raisonnement quelque peu particulier. En procédant à la publication et en choisissant son futur mari dans la catégorie des citoyens français, Fatima manifeste sa volonté de faire célébrer son union sous l'égide de la loi française. En conséquence celle-ci est compétente pour résoudre les litiges relatifs à la formation de ce mariage⁹⁵. La démonstration est ingénieuse mais demeure spécieuse. Elle passe sous silence un des principes de base de l'option de législation : pour pouvoir opter en faveur de la loi française il faut « *que la volonté qui est à la base de cette déclaration émane d'une personne à laquelle son statut confère la capacité nécessaire pour faire l'acte qui donne lieu à l'option* »⁹⁶. Force est de constater, qu'en l'occurrence, Fatima n'avait pas la capacité d'ester en justice. Sans s'attarder davantage sur la rigueur de l'argumentation juridique, nous pouvons tirer de cet ensemble de décisions la conclusion suivante. La simple manifestation de la volonté d'opter, ultérieurement, pour la loi française, entraîne l'application de cette loi française. Disons cependant que les quatre décisions engendrées par l'affaire Bouali, paraissent constituer un cas d'espèce isolé, elles sont dictées par le souci d'éviter l'application

92. Contrairement au droit français du XIX^e siècle, il est possible, en droit musulman, de passer outre à une opposition au mariage d'un mineur, cf. SIDI KHALIL, *op. cit.*, p. 16.

93. Ceci ressort clairement d'un attendu du Tr. de Tlemcen, *R. Alg.*, 1921, p. 53, qui mentionne la comparution de Fatima et de sa mère devant un notaire et la désignation, toujours par Fatima, de son grand-père comme *ouali* en vue de son mariage.

94. Cour d'Alger, 12 septembre 1919, *R. Alg.*, 1921, p. 55 : « Attendu qu'en droit français le mineur à qui son âge confère le droit de contracter mariage, a qualité pour introduire, en dehors du tuteur, toutes les instances qui se rattachent à ce droit ».

95. *Ibid.*, p. 55 : « Attendu... que le mariage projeté sera célébré dans les formes de la loi française, c'est cette même loi qui doit régir les formes de l'opposition au dit mariage ».

96. F. DULOUT, *Traité de droit musulman et algérien*, Paris, 1947, t. 1, p. 48.

du droit musulman qui aurait entraîné une captation de patrimoine⁹⁷.

Enfin, nous pouvons dire que l'option de législation, au moment du mariage, a pour effet de placer l'ensemble du statut matrimonial sous l'empire de la loi française. Néanmoins chaque époux conserve son statut personnel initial. Il ne fait aucun doute que cette restriction, imposée par le législateur et maintenue par la jurisprudence, tendait essentiellement à empêcher les Français musulmans d'acquérir, par le biais d'une option, les droits politiques qui ne pouvaient découler que de la naturalisation. La jurisprudence s'efforçait de la sorte d'accentuer l'assimilation au regard du droit civil, mais empêchait toute obtention, jugée inopportune, des droits politiques réservés aux seuls citoyens français.

Quelles conclusions pouvons-nous tirer de ce bref survol des décisions des juridictions coloniales algériennes ?

Il est évident que le mariage mixte faisant intervenir un conjoint français ou européen a été l'occasion de proclamer la supériorité de la loi française sur tout le système juridique du colonisé ; il est non moins indéniable que les juridictions françaises⁹⁸ se sont efforcées de créer des situations conflictuelles permettant d'imposer la loi française, qu'il s'agisse de la naturalisation ou de l'option de législation. L'arrière-pensée étant que l'application ou le choix de la loi française marquait un premier pas vers l'assimilation.

Mais il convient aussi de s'interroger sur la réalité de cette assimilation. A parcourir les décisions judiciaires, il est évident qu'en optant pour la nationalité française, les Algériens ont très rarement entendu abandonner leur statut, leur identité culturelle. La naturalisation ne leur est apparue que comme un moyen leur permettant d'aboutir à un résultat souhaité. C'est ce qui explique le nombre des mariages conclus *more islamico*, dès la seconde, voire

97. L'opposition d'Ahmed Bouali au mariage de Fatima s'explique par le fait que, mis en possession du patrimoine de sa sœur, il n'entendait pas s'en dessaisir de son vivant et qu'il ira jusqu'à fomenter un attentat contre Taleb, au cours duquel ce dernier sera gravement blessé, pour empêcher le mariage.

98. Il est difficile, compte tenu du rôle joué par la Cour de Cassation, de tout renvoyer vers les seules juridictions coloniales algériennes.

même dès la première génération⁹⁹. Si l'on considère le nombre des demandes de naturalisation, leur grande faiblesse frappe immédiatement l'esprit. A la volonté des autorités politiques et judiciaires coloniales d'imposer la loi française, répond la passivité du colonisé qui ira jusqu'à pratiquer ce que nous avons appelé la technique de l'enfouissement¹⁰⁰. Les décisions prononçant la nullité d'un mariage mixte conclu *more islamico* sont nombreuses, elles témoignent de la vitalité du processus, qui est certainement plus important encore que ce que révèle l'activité judiciaire. Bien des mariages mixtes conclus *more islamico*, alors qu'ils auraient dû être soumis à la loi française, n'ont vraisemblablement jamais été portés devant une juridiction française. Celle-ci n'est saisie qu'en cas de litige entre les époux et ce n'est qu'alors que l'un des deux invoque la nullité du mariage pour échapper à l'une de ses obligations.

Mais alors, comment expliquer le recours volontaire à l'option de législation ? Reprenant en cela les conclusions d'un ouvrage célèbre¹⁰¹, nous dirons que les Algériens soit ont recherché la stabilité de l'acte juridique : la loi française leur est apparue comme présentant une plus grande sécurité que le droit musulman ; soit ont utilisé la loi française comme un « hiyal »¹⁰², une ruse. Opter pour la loi française revenait à contourner les prescriptions du droit musulman. Mais cette démarche transparait fort peu dans le domaine matrimonial, c'est ce qui explique sans doute pourquoi les juridictions françaises ont eu alors recours à l'option implicite de législation.

99. Cf. Cour d'Alger, 26 mai 1879, *B. J. A.*, 1881, p. 136 : un Algérien naturalisé français en 1875, épouse *more islamico* une indigène algérienne en 1876 ; Tr. Civ. d'Alger, 31 juillet 1886, *Robe*, t. 28, 1886, p. 412 : la naturalisation intervient en 1875, le mariage *more islamico* en 1878 ; Cour d'Alger, 2 novembre 1905, *R. Alg.*, t. 22, 1906, p. 63 et s. : cette décision est surtout intéressante par la note d'E. LARCHER. Cet auteur écrit en effet [avec beaucoup de naïveté ?] : «Cet arrêt est du plus haut intérêt en tant qu'il montre quelles sont les mœurs de ceux de nos sujets musulmans qui ont été admis à l'exercice des droits de citoyen. S'ils sont, légalement, citoyens français, ils continuent à observer les coutumes indigènes. Viennent-ils à vouloir marier leurs enfants... on les voit recourir non aux cérémonies du droit civil français, mais seulement aux rites musulmans».

100. Cl. BONTEMS, *La coutume kabyle et l'implantation des systèmes étrangers*, op. cit., p. 77 et s.

101. J.-P. CHARNAY, *La vie musulmane*, op. cit., p. 332 et s.

102. Cf. *supra*, n. 68.