

COUR D'APPEL D'ORAN

18 mai 1965

CONFLITS INTERPERSONNELS — MARIAGE D'UN MUSULMAN AVEC UNE FEMME DE STATUT CIVIL FRANÇAIS. — FORME CIVILE OBLIGATOIRE. — ABSENCE D'OPTION VOLONTAIRE DE LEGISLATION. — MAINTIEN AU MARI DE SON STATUT PERSONNEL MUSULMAN. — SECOND MARIAGE AVEC UNE FEMME DE STATUT MUSULMAN. — VALIDITE.

(Cons. Nemmiche c. dame Ouadenni)

LA COUR :

Attendu que les faits de la cause sont les suivants : le 11 février 1964, Ouadenni Fatima assignait devant le Tribunal de grande instance de Sidi Bel Abbès : Philippi Armandine, Nemmiche Mebarka, Nemmiche Abbassia, Nemmiche Kheira, épouse et sœurs de Nemmiche El Hadri, à l'effet d'entendre prononcer la validité de l'union contractée par elle, le 3 janvier 1946, par devant la Djemaa avec Nemmiche El Hadri, décédé accidentellement le 19 janvier 1963. Elle produisait à l'appui de sa demande un acte de notoriété en date du 28 janvier 1963. Philippi Armandine, de statut civil français, répliquait qu'elle s'était mariée le 6 octobre 1926 devant l'officier de l'état civil de Sidi Bel Abbès avec Nemmiche El Hadri, que celui-ci ne pouvait donc valablement contracter postérieurement un second mariage avec une femme de statut musulman dans les formes et conditions du droit musulman, avant la dissolution du premier, car cette deuxième union est interdite par l'article 147 du Code civil et sanctionnée par l'article 340 du Code pénal qui punit le dit de bigamie. Subsidiairement, elle soutenait que ce second mariage n'était pas prouvé dans les formes et conditions du droit musulman ; en conséquence elle concluait au débouté de Ouadenni Fatima ; — Par jugement du 11 mai 1964, signifié le 27 juin 1964, le Tribunal de grande instance de Sidi-Bel-Abbès, par jugement réputé contradictoire, faisait droit à la demande de Ouadenni Fatima ; — Le 9 juillet 1964, Philippi Armandine, Nemmiche Abbassia, Chaoui Sakina, agissant comme héritière de sa mère Nemmiche Mebarka, décédée, interjetaient appel de cette décision et reprenaient devant la Cour les moyens développés devant les premiers juges ; — Nemmiche Kheira demande acte de ce qu'elle s'en rapporte à la justice ; — Ouadenni Fatima conclut à la confirmation de la décision entreprise ; — Attendu qu'en cet état l'affaire fut fixée à plaider à l'audience du 4 mai 1965, ce dont les parties ont été avisées par lettres du greffe du 8 mars 1965 ; qu'à cette audience après rapport de M. le président Coquilhat chargé de suivre la procédure, réquisi-

tions du ministère public, les avocats-postulants des parties ayant passé leur dossier à la Cour l'affaire fut mise en délibéré ;

Sur ce : — Attendu que l'appel interjeté par les dames Philippi Armandine, Nemmiche Abassia, Chaoui Sakina, est régulier et recevable en la forme ; — Attendu qu'il y a lieu de donner acte à Nemmiche Kheira non appelant de ce qu'elle s'en rapporte à justice ; — *Attendu que le mariage contracté par Nemmiche El Hadri le 6 octobre 1926 avec Philipp Armandine, devant l'officier de l'état civil, alors qu'il était obligatoire pour Nemmiche El Hadri d'employer cette forme, ne peut constituer pour lui une option volontaire lui faisant perdre son statut personnel musulman et lui interdisant le droit de prendre en Algérie une seconde épouse musulmane suivant le rite musulman* ; — Attendu qu'il résulte des pièces produites, que Ouadenni Fatima a épousé le 8 janvier 1946 Nemmiche El Hadri selon le rite musulman, que la qualité d'épouse lui a été toujours reconnue, tant par le *de cujus* que par les gens qui ont assisté à son mariage ; — Attendu en conséquence que c'est à bon droit que le Tribunal de grande instance de Sidi Bel Abbès a reconnu le lien marital qui unissait Ouadenni Fatima à Nemmiche El Hadri avec les conséquences qui en découlent ;

Par ces motifs : — Statuant publiquement, contradictoirement en matière civile, sur appel et après délibéré ; — Reçoit l'appel régulier en la forme ; — Donne acte à Nemmiche Kheira de ce qu'elle s'en rapporte à justice ; — Confirme la décision du tribunal de grande instance de Sidi Bel Abbès du 11 mai 1964.

Du 18 mai 1965. — Cour d'appel d'Oran. — MM. Coquilhat, prés., Crechange et Gros-Abadie, cons., Morichère, subst. pro. gén., MM^{rs} Noumri et Nahom, av.

NOTE :

Relatif aux effets d'un mariage mixte, tranchant un conflit *interpersonnel* et non international de lois, l'arrêt de la Cour d'Oran a le double intérêt d'être à notre connaissance une des premières sinon la première décision rendue par les juridictions algériennes depuis l'indépendance en ce domaine et publiée, et aussi de rompre catégoriquement avec la jurisprudence antérieure des juridictions françaises d'Algérie ; on retiendra surtout son motif relatif à la portée de l'emploi de la forme civile pour le mariage d'un Français musulman de statut local avec une Française de statut civil quant à la loi applicable aux effets de ce mariage. (1)

Les faits de l'espèce posaient, il est vrai, nettement la question des conséquences de la forme civile du mariage quant au régime de ses effets. Le litige opposait les deux épouses d'un Algérien musulman, l'une de statut civil français, l'autre musulmane, respectivement, épousées, la première le 6 octobre 1926 devant l'officier de l'état civil

(1) N.D.L.R. Cette note a été reproduite avec l'autorisation de la *Revue critique de droit international privé* que nous remercions ici.

de Sidi Bel Abbès, la seconde vingt ans après, le 8 juin 1946, devant la Djemaa de la même ville. Paradoxalement ce n'était pas la première épouse qui demandait la nullité du second mariage, mais la seconde, épousée dans la forme musulmane, qui avait saisi le Tribunal de grande instance de Sidi Bel Abbès d'une demande en déclaration de validité de ce dernier. Mise à part l'argumentation tirée de l'absence de preuve des formes et des conditions de validité du deuxième mariage selon le droit musulman, le débat portait sur la possibilité pour le mari, du reste décédé accidentellement entre temps le 19 janvier 1963, de prendre une seconde épouse dans les formes et conditions du droit musulman avant la dissolution de la première union. La question était donc de savoir si le mariage célébré en 1926 était soumis au droit civil français et plus particulièrement aux dispositions de l'article 147 du Code civil qui prohibe la bigamie, et interdisait par suite au mari de prendre une seconde femme, ou si, au contraire, le statut musulman du mari lui demeurerait applicable et lui permettait de contracter d'autres unions, dans les limites de la tétragamie admise par la loi musulmane.

L'affaire peut paraître banale et relever de la théorie, complexe certes mais classique, des conflits interpersonnels de lois dont l'Afrique du Nord et les pays du Levant ont toujours été les lieux de prédilection, et l'on pourrait s'étonner que la Cour d'appel d'Oran ait estimé nécessaire, pour déterminer le statut applicable au mariage et les effets qui en découlent, de faire appel à l'*option de législation* ouverte aux musulmans algériens depuis le siècle dernier en faveur du statut civil français. Mais tel était le terrain justement choisi par la défenderesse, la première épouse, pour disputer de la validité du second mariage, celui de la justification traditionnellement donnée par les juridictions françaises d'Algérie pour soumettre le mariage mixte d'un Algérien musulman et d'une Française de statut civil à la loi française : l'*option implicite* en faveur de la loi française résultant de la comparaison des deux futurs époux devant l'officier de l'état civil. Il serait un peu chauvin de chercher l'explication du revirement complet opéré par le Tribunal de Sidi Bel Abbès et par la Cour d'Appel d'Oran dans la volonté systématique de rompre avec une jurisprudence « coloniale ». Il est deux raisons d'en douter : d'abord la composition de la Cour, constituée en l'espèce exclusivement de magistrats français et éclairée par les observations d'un substitut de la même nationalité, ensuite et surtout la fermeté du motif essentiel de l'arrêt qui, bien que bref, ne fait que reprendre la principale critique depuis longtemps adressée par quelques voix discordantes mais lucides à l'égard des motivations de la jurisprudence antérieure. En estimant que le premier mariage contracté devant l'officier de l'état civil « ne peut constituer pour (le mari) une option volontaire lui faisant perdre son statut personnel musulman et lui interdisant de prendre en Algérie une seconde épouse musulmane selon le rite musulman », alors « qu'il était obligatoire (pour le mari) d'employer cette forme », la Cour met en cause non seulement le régime du mariage une fois contracté mais aussi la forme de sa conclusion, dont elle admet implicitement qu'elle devait être la forme civile et non la forme musulmane. Autrement dit

elle dissocie la forme et le fond, ce que ne faisait pas la jurisprudence antérieure qui attachait au contraire à la forme civile la valeur d'une option quant au fond du mariage, conditions et effets. Aussi l'analyse de l'arrêt repose-t-elle le problème général du mariage mixte franco-musulman : d'abord quant à sa forme, pour laquelle l'arrêt n'apporte pas de solution nouvelle, ensuite quant à ses effets et particulièrement quant au contenu de l'obligation de fidélité, différent selon le régime musulman ou civil du mariage.

I.— A la vérité la *forme* du mariage mixte franco-musulman ne soulevait plus de discussions en doctrine et guère d'hésitations en jurisprudence, au point qu'en rappelant qu'il est obligatoire pour le mari musulman d'employer la forme civile pour épouser une Française de statut civil, la Cour d'Oran ne fait que s'incliner devant une solution incontestée en 1926, date de la célébration du premier mariage. Les tribunaux n'avaient du reste fait qu'emboîter le pas à la doctrine qui avait plus souligné l'impossibilité d'adopter les solutions du droit international privé que proprement justifié l'exigence d'une célébration civile du mariage devant l'officier de l'état civil. Effectivement, la règle *locus regis actum* n'est pas apte à fournir de solution, puisque la forme française et la forme musulmane du mariage constituaient l'une et l'autre la forme locale en Algérie (cf. Guiho « Les conflits entre la loi française et le statut personnel des musulmans algériens en matière de mariage », *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales de la Faculté de droit d'Alger*, numéro spécial sur *Le mariage mixte franco-musulman*, 1955, n° 3-4). De rares auteurs s'étaient efforcés de donner une justification à l'imposition de la forme civile du mariage contracté entre un citoyen de statut musulman et une femme de statut civil français, soulignant que la loi musulmane n'a été conservée que pour les indigènes musulmans et seulement dans les rapports entre eux et constituait par suite une règle d'application exceptionnelle qui devait disparaître dès qu'une des parties en cause ne possédait pas le statut musulman algérien (Meylan, *Les mariages mixtes en Afrique du Nord*, Thèse, Paris, 1933, p. 78), avançant ainsi déjà, en quelque sorte par la bande, le principe de prédominance du statut française qui devait être pour la doctrine la pierre d'angle de la construction du régime des effets du mariage mixte (cf. *infra*, II). La jurisprudence n'avait pas pris tant de peine : s'inclinant devant des circulaires du gouverneur général de 1871 qui avaient exigé la forme française, de nombreux arrêts, approuvés par leurs commentateurs, s'étaient contentés de rappeler que le citoyen français, étant soumis aux dispositions du Code civil, n'avait le droit de se marier que devant l'officier de l'état civil et que le fait qu'il épousait une personne de statut personnel différent ne le dispensait pas d'employer cette forme (notamment ; Civ., 18 juill. 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.2472, rapport Fabry ; Alger, 24 oct. 1871, *Jurisprudence algérienne*, 1871.25 ; Alger, 12 nov. 1924 ; *Rev. algérienne*, 1925, deuxième partie, 217, note Morand ; Alger, 1^{er} fév. 1933, cette *Revue*, 1934.433, note Chauveau ; Alger, 1^{er} mars 1948, *Rev. alg.*, 1948, note Dulot ; Alger, 30 avril 1953, *Journal de Robe*, 1953.2.141). On avait à juste titre fait remarquer que le motif constituait plutôt une affirmation qu'une justification (Guiho, *op. cit.*

p. 166). Effectivement, en partant de la même idée, le raisonnement inverse aurait pu aussi légitimement être tenu : le musulman devant contracter mariage dans la forme musulmane, son mariage avec une femme de statut français n'aurait été valable que si cette forme avait été utilisée. Le véritable fondement de l'exigence de la forme civile était, comme l'indiquaient certains auteurs (Meylan, *op. cit.*, *loc. cit.*), la primauté reconnue au statut civil français.

Il n'appartenait pas à la Cour d'Oran de porter un jugement sur cette jurisprudence antérieure, mais seulement de constater le caractère obligatoire de l'emploi de la forme civile pour tout mariage entre un Français musulman algérien et une Française de statut civil. En effet, l'union dont la validité était discutée n'était pas le mariage mixte contracté en 1926 mais le mariage purement musulman conclu en 1946; or, cette validité dépendant des effets attachés au premier mariage, il restait à déterminer si celui-ci, contracté dans la forme civile, était soumis au statut personnel musulman ou au statut civil français.

II. — *A priori*, en effet, l'emploi de la forme civile n'emporte pas pour autant la soumission des *conditions de fond et des effets* du mariage mixte au statut civil français : aucun élément international n'affectant le conflit entre les deux statuts en présence, tous deux statuts français, l'un en tant que loi française, l'autre en tant que loi musulmane maintenue en vigueur pour certaines catégories de Français, tous les deux ont vocation égale à s'appliquer. Telle ne fut cependant pas la position de la doctrine, quasi-unanime à admettre l'application exclusive du statut français au mariage mixte, pour des raisons variables selon les auteurs mais procédant d'une même idée fondamentale, celle de la prédominance du statut français. La jurisprudence ne l'avait pas suivie sur son terrain mais avait adopté la même solution qu'elle sur une base différente, celle de l'option implicite de législation, ce qui explique la motivation de l'arrêt de la Cour d'Oran, qui s'est placée, pour rompre avec les décisions antérieures, sur le terrain que celles-ci avaient elles-mêmes choisi.

1) Le principe de la *prédominance du statut français* connu en doctrine des fondements divers. Certains auteurs ne craignirent pas de lui donner une justification essentiellement politique reposant sur l'idée d'une supériorité technique de la loi française en tant qu'expression d'une civilisation plus évoluée que la civilisation musulmane ; pour les uns, la politique d'assimilation commandait l'application exclusive de la loi française chaque fois qu'il y avait conflit entre elle et un autre statut (Chauveau, *Rev. alg.*, 1928.150 ; D., 1932.2.114 ; *contra*, Solus, *Rapports à la 22^e Session de l'Institut colonial international*, Lisbonne, 1933) ; pour les autres il était tout simplement impossible d'appliquer à des Français un statut que ceux-ci estimaient avoir dépassé (Rodière, note au *Journal de Robe*, 1945, p. 46). Quelques décisions de la Cour d'Alger paraissent avoir suivi ces opinions (Alger, 1^{er} févr. 1933, cette *Revue*, 1934.433, note Chauveau ; 24 déc. 1946, *Rev. alg.*, 1947.2.32, note Dulout ; 6 nov. 1945, *Rev. alg.*, 1949.2.66, note Gastiaux). Mais l'abandon de la politique d'assimilation

et la substitution du système de l'égalité des statuts consacré par la loi Lamine Gueye du 7 mai 1946 et la Constitution française de 1946, devaient logiquement conduire la Cour de cassation à condamner cette manière de voir (Civ., 27 juin 1949, *Rev. alg.*, 1950.240, note Kehel, *Rev. jurid. et pol. de l'Union Française*, 1950.280, note Decroux).

La majorité de la doctrine a recherché une justification juridique du principe de prédominance de la loi française. Si un auteur a pensé la trouver dans le caractère d'ordre public des règles du mariage (Solus, rapport précité, p. 16), explication insuffisante car elle pourrait aussi bien servir à justifier la prédominance du statut musulman, d'ordre public pour ceux qui y sont assujettis, la grande majorité s'est efforcée de fonder une *supériorité juridique* de la loi française sur le statut personnel en analysant les rapports entre eux (Guiho, *op. cit.*, p. 157). Si le système de la hiérarchie des normes, en vertu duquel l'ordre juridique le plus étendu (Droit français) l'emporte sur les ordres juridiques plus restreints qu'il contient (Statut musulman) (Luchaire, *Manuel de droit d'outre-mer*, n° 176 et 276) n'a pas eu grand succès du fait qu'il s'adaptait mal à la situation algérienne, où le droit local avait perdu sa force juridique propre et se trouvait surtout appelé à régir seulement certaines catégories de citoyens (Guiho, *op. cit.*, p. 158), en revanche la quasi-unanimité se fit sur l'idée selon laquelle la loi française, loi de l'Etat applicable sur le territoire algérien, territoire français, constituait le droit commun applicable aux rapports juridiques mixtes que la loi musulmane, loi exceptionnelle en tant que droit maintenu en vigueur par le législateur français pour certaines catégories de personnes, n'avait aucune vocation à régir. Limité aux personnes de religion musulmane, le statut personnel musulman était inapplicable en tout état de cause aux autres personnes citoyens français, même à titre de conséquence de l'établissement d'un rapport juridique mixte entre elles et des musulmans (Morand, « Du mariage en France des Marocains et des indigènes musulmans d'Algérie », cette *Revue*, 1919, p. 226 ; *Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère*, 1931, p. 126 ; Lambert, *Manuel de législation algérienne*, 1952, p. 252 et 276 ; Meylan, *Les mariages mixtes en Afrique du Nord*, p. 136 ; Murraciale, *L'émigration algérienne (aspects économiques, sociaux et juridiques)* spécialement p. 121 et 142 ; Dulot, « Les mariages mixtes en droit musulman et en droit algérien », *Journal de Robe*, 1946.211 ; *Traité de droit musulman et algérien*, t. 2. p. 108, n° 112 et 113 ; Lambert, *Manuel de législation algérienne*, 1952, p. 276 ; Guiho, *op. cit.*, p. 169).

Il ne nous appartient pas ici de porter une appréciation sur cette justification de la prédominance de la loi française en matière de rapport personnel mixte, d'autant plus que la Cour d'appel d'Oran n'a pas eu à exprimer son opinion à son endroit, alors même qu'elle abandonnait la position antérieure des juridictions d'Algérie.

2) En effet, la *jurisprudence*, hormis quelques décisions peu nombreuses (en particulier Alger, 20 nov. 1947, *Rev. alg.*, 1948.2.11),

n'avait pas suivi la doctrine sur son terrain et avait abouti à une justification tout à fait différente de l'application exclusive du droit français au mariage mixte franco-musulman. La Cour de cassation avait même dans son arrêt du 27 juin 1949 (*Rev. jur. et pol. de l'Union française*, 1950.280, note Decroux ; *Revue alg.*, 1950.2.40, note Kehl) semblé rejeter la thèse d'une supériorité ou même d'une prédominance juridique de la législation française sur le statut personnel musulman, en rappelant que l'article 82 de la Constitution de 1946 plaçait sur un pied d'égalité les statuts civil, indigène et métropolitain. La grande majorité des décisions ont invoqué l'*option de législation* ouverte aux citoyens de statut musulman en faveur du statut civil français, option implicitement contenue dans l'usage de la forme civile du mariage, et dont résulterait l'application à celui-ci du droit français. (cf. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français », cette *Revue*, 1954, p. 296 et s.). Il importe d'y revenir un instant, étant donné que l'arrêt de la Cour d'Oran s'est fondé sur l'absence d'une telle option implicite pour déclarer valable le second mariage polygamique.

L'article 3 du décret du 17 avril 1889, sous l'empire duquel le mariage mixte avait été contracté, ouvrait aux Musulmans dans certaines matières dites « réservées » (statut personnel, successions, immeubles non francisés), la possibilité de renoncer par des déclarations expresses à l'application du statut musulman pour se soumettre à la législation française. Cette option pouvait, en outre, être implicite et résulter, à moins d'une déclaration contraire, de la réception d'une convention par un officier public français. L'ordonnance du 7 mars 1944 et celle du 23 novembre de la même année, tout en apportant quelques changements quant au champ d'application et aux conditions de l'option, n'en avaient pas profondément modifié le mécanisme (v. sur les controverses auxquelles l'option avait donné lieu, en particulier Lambert, *Manuel de législation algérienne*, p. 264 et s.).

Le mariage mixte étant nécessairement, comme on l'a dit plus haut, contracté sous la forme civile française, la jurisprudence avait attaché à sa célébration l'effet d'une option implicite en faveur du droit français pour ses effets (Alger, 14 mars 1883, *Bulletin judiciaire Algérie*, 1883, p. 113 ; 23 juin 1949, *Rev. alg.*, 1950.2.26) La Cour de cassation elle-même avait jugé que « l'union prononcée au nom de la loi française entraîne nécessairement toutes les conséquences que le droit commun y attache, notamment en ce concerne le caractère du lien conjugal (S., 1930.1.280 ; *Revue alg.*, 1929.2.87, note Knoertzer).

Ce raisonnement avait à juste titre été critiqué par certains auteurs. La comparution devant l'officier de l'état civil étant obligatoire, elle ne pouvait être interprétée comme manifestant une volonté d'opter pour la loi française (en ce sens Meylan, *op. cit.*, p. 145 ; Kehl, « Le mariage mixte algérien » in *Annales de la Faculté de droit d'Alger*, n° spécial, 3-4 1955 ; *Le mariage mixte franco-musulman*, p. 46 ; Guiho, *op. cit.*, p. 156). Dans son *Traité de législation algérienne*, Larcher avait adressé la même critique à la jurisprudence, (t. 2, p. 445), mais

par la suite avait changé d'option (note sous *Tunisis*, 4 janv. 1915, *Rev. alg.*, 1915.2.201). A la suite des modifications apportées aux conditions de l'option par l'ordonnance du 23 novembre 1944, certains auteurs avaient pu faire remarquer que les mentions prescrites par les nouveaux textes n'avaient pas place dans les énonciations prévues dans l'acte de mariage par le Code civil et qu'il était donc techniquement impossible de déduire une option implicite de la comparution devant l'officier de l'état civil (Kehl, *op. cit.*, p. 46). En réalité, le raisonnement suivi par la jurisprudence n'était qu'un expédient employé par les tribunaux (Guiho, *op. et loc. cit.*) ; le véritable raisonnement consistait à déduire de la volonté d'épouser une personne de statut français l'intention d'opter pour la loi française et de se soustraire au statut musulman ; plus que la comparution devant l'officier de l'état civil, ce serait le fait même du mariage mixte qui aurait la signification d'une option. Encore risquerait-on d'être obligé à des recherches d'intention divinatoires, et surtout aucune raison n'aurait empêché d'inverser le raisonnement et de considérer que la personne du statut français, en épousant un musulman, entendait se placer sous l'empire du statut musulman. En définitive, le système de l'option implicite n'était qu'un moyen technique détourné d'aboutir à la prédominance systématique de la loi française.

Ce subterfuge n'avait cependant pas emporté l'adhésion de toutes les juridictions et il n'est pas sans intérêt de constater que déjà le 14 février 1933 le Tribunal civil de Sidi Bel Abbès, au motif que l'option de législation supposait à l'évidence la liberté dans le choix de l'officier rédacteur, s'était refusé à induire d'une comparution obligatoire devant l'officier de l'état civil la renonciation du mari à son statut personnel (jugement cité par Kehl, *op. cit.*, p. 59). Telle est probablement la considération qui avait conduit le même tribunal, par le jugement confirmé du 11 mai 1964, à déclarer valable le second mariage conclu dans la forme musulmane.

En tout cas tel est le raisonnement repris par la Cour d'Oran, selon laquelle « le mariage contracté... le 6 octobre 1926... devant l'officier de l'état civil, alors qu'il était obligatoire... d'employer cette forme, ne peut constituer pour (le mari) une option volontaire lui faisant perdre son statut personnel musulman et lui interdisant le droit de prendre en Algérie une seconde épouse musulmane suivant le rite musulman ». Bien qu'il constitue une rupture avec la jurisprudence antérieure, le motif n'a donc rien de surprenant ; il avait des antécédents dans celle-ci et trouve ses racines dans les critiques d'une partie de la doctrine. Il fait écho à celui d'un arrêt de la Cour suprême du Cameroun Oriental en date du 14 février 1961 (*Rec. Penant*, 1963, p. 359, note Lampué), relatif au mariage de deux Camerounais contracté en France devant l'officier de l'état civil en 1955 : cette forme leur étant alors imposée en France, leur comparution devant l'officier « n'avait pu valoir renonciation à leur statut personnel alors qu'aucune possibilité de procéder autrement ne leur était offerte par la loi », car « si à la date du mariage des époux E... un mariage célébré devant l'officier de l'état civil français a pu

comporter option de juridiction en faveur du droit français, c'est à la condition qu'un choix dans le mode de célébration ait été possible ».

Le résultat, qui a pour lui la logique, n'est cependant pas à l'abri de toute réserve, du moins dans le cas soumis à la Cour d'Oran. Il n'avait jamais été admis que le mariage en France dans la forme civile de ressortissants français d'Afrique Noire valait en soit option implicite en faveur du droit français. Au contraire, on a vu que la jurisprudence des tribunaux d'Algérie attachait à la comparution, même obligatoire, devant l'officier de l'état civil, la portée d'une renonciation au statut personnel, et l'on peut se demander si la solution nouvelle, en imposant à l'époux de statut français la conséquence pour lui la plus insupportable du droit musulman, la possibilité de mariages polygamiques ultérieurs de l'autre conjoint, ne fait pas fi de son intention, aisée à deviner, tout autant que l'ancienne jurisprudence forçait celle du conjoint musulman. On comprend aisément qu'une juridiction algérienne et non plus française ait entendu écarter définitivement le principe de prédominance du droit français, devenu anachronique depuis l'indépendance de l'Algérie, et ainsi s'explique le contraste entre l'arrêt de la Cour d'Oran et le jugement du Tribunal de grande instance de Versailles du 31 mars 1965 (*Gaz. Pal.*, 1965.2.278, concl. Pigner) rendu dans des circonstances analogues et par lequel un musulman algérien marié à une Française a encore été considéré comme ayant renoncé à son statut personnel. Une juridiction française n'a pas les mêmes raisons de rompre avec une jurisprudence antérieure à l'indépendance émanant de juridictions elles-mêmes françaises. Du reste le Tribunal de Versailles s'est lui-même gardé de statuer sur la validité du deuxième mariage conclu dans la forme musulmane et a prononcé le divorce demandé par la première épouse, non pas pour adultère, ce qui eût été la solution la plus simple et la plus logique, réclamée du reste par la demanderesse, mais pour injure grave consistant dans le fait d'avoir imposé à sa première femme une seconde épouse. La contradiction entre les deux décisions n'en reste pas moins désarmante. La Cour n'aurait-elle pu considérer que les dispositions relatives à l'ancienne option de législation devaient, pour des faits antérieurs à l'indépendance, être appliquées telles que la jurisprudence les avait jusque là interprétées ? Il est vrai qu'il y avait eu quelques discordances. On peut en tout cas regretter que les conventions conclues entre l'Algérie et la France n'aient rien prévu en ce domaine.

Jean-Maurice VERDIER.

*Professeur à la Faculté de droit
et des Sciences économiques d'Alger*

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE TIARET**1^{er} Février 1965****APPELS MUSULMANS****ACTION PRINCIPALE EN REINTEGRATION — ACTION
RECONVENTIONNELLE EN DIVORCE — PROCES-VERBAL DE NON
CONCILIATION — SERMENT DECISOIRE****O. Mohamed c/ B. Fatma.**

Attendu, que par jugement en date du 19 août 1964, le Tribunal d'instance de F, a prononcé le divorce entre les parties aux torts du mari, confié la garde de l'enfant commun à la mère, condamné O.M., à payer à B.F., une somme de 400 dinars, pour elle, et celle de 240 dinars pour l'enfant à titre de pension alimentaire.

Attendu, que par acte en date du 20 octobre 1964, O.M. a relevé appel de ce jugement.

Attendu, que l'appelant fait grief à la décision déferée d'avoir admis une demande reconventionnelle de divorce sans recourir au préalable à la conciliation prévue par l'ordonnance, et le décret des 4 février 1959 et 17 septembre 1959.

Qu'il soutient encore que le serment ne pouvait être déferé, ni à l'une ni à l'autre des parties, s'agissant d'une question d'état.

Attendu, que l'intimée demande confirmation du jugement déferé.

SUR CE :

Attendu, qu'avant de statuer sur la demande en divorce, il convient de rejeter certains des moyens opposés par l'appelant à la décision déferée.

SUR LE SERMENT DECISOIRE :

Attendu, qu'en droit, le serment décisoire, ne peut être ordonné dans les causes où il s'agit de l'état des personnes, telles que l'existence d'un mariage, d'un divorce et les contestations sur la filiation.

Attendu, que ce n'est pas le cas en l'espèce.

Qu'en effet l'appelant n'a déferé serment que sur les fait invoqués par l'intimée sur la « violation grave et renouvelée des devoirs du mariage ».

Que les termes de ce serment ne contiennent aucune question d'état,

Attendu, qu'en déférant et en acceptant de prêter ce serment les parties s'étaient mises d'accord pour mettre fin au litige qui les opposait,

Que l'appelant ne peut plus se rétracter.

Qu'il échet donc de rejeter ce moyen, qui n'est pas fondé.

SUR LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE EN DIVORCE :

Attendu, que lorsqu'une procédure entre époux, est pendante devant une juridiction, le juge a compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle de divorce en vertu de l'article 18 du décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959, qui stipule que « la demande reconventionnelle... »

Attendu, en conséquence que l'intimée avait la faculté de présenter une demande reconventionnelle en divorce par simple requête verbale ou écrite, et que le premier juge, en statuant à la fois sur la demande principale, et la demande reconventionnelle à fait une exacte application des textes régissant la procédure de divorce.

SUR LE DEFAUT DU PROCES-VERBAL DE NON CONCILIATION :

Attendu, que l'appelant soutient, il est vrai, qu'aucun procès-verbal de non-conciliation n'a été dressé.

Mais, attendu, que cette formalité n'est prescrite ni par l'ordonnance du 4 février 1959, ni par le décret du 17 septembre 1959.

Qu'en effet les textes sus-visés et notamment l'article 14 du décret du 17 septembre 1959, stipulent qu'« en cas de non conciliation ou de défaut de l'époux défendeur, le juge *constate*, cette non conciliation ou ce défaut ».

Qu'il suffit donc que le juge saisi d'une demande de divorce, constate la non conciliation ou le défaut, soit par acte séparé, soit lors de la rédaction du jugement, statuant sur le fond.

Qu'en l'espèce le premier juge a constaté le défaut de l'époux défendeur à l'audience des conciliations tenue le 22 janvier 1964, et a fait convoquer, les parties pour l'audience du 5 février 1964, pour être statué sur le fond.

Que le premier juge, loin de violer la loi, l'a au contraire exactement observée d'où il suit que l'exception soulevée par l'appelant est infondée.

SUR LA DEMANDE DE DIVORCE :

Attendu, que l'intimée a été autorisée par le premier juge a rapporter la preuve des faits invoqués contre son époux, notamment que ce dernier la traitait comme une servante depuis qu'il a pris une seconde épouse.

Qu'il a été procédé à l'enquête.

Attendu, qu'en plus des témoins qu'elle a fait entendre, l'intimée a prêté le serment décisoire, qui lui a été déferé, sur la réalité des faits reprochés à son époux.

Attendu, que le comportement de l'époux à l'égard de l'intimée, depuis son deuxième mariage, constitue une injure grave, rendant impossible le maintien du lien conjugal.

Que le premier juge a fait une saine et juste appréciation des éléments de la cause en prononçant le divorce entre les parties.

PAR CES MOTIFS :

Statuant publiquement contradictoirement et en dernier ressort ;

Reçoit l'appel en la forme.

AU FOND

Confirme le jugement déféré ; déboute les parties de toutes leurs autres demandes, fins et conclusions.

Condamne l'appelant aux entiers dépens ceux de première instance et d'appel.

Ordonne la confiscation de l'amende d'appel.

Commets tous agents d'exécution, pour l'exécution du présent jugement.

MM. **DJEBARRI** prés., **BOUKHALFA**, **BOUALLA** juges.

Note. — Le jugement dont s'agit contient deux questions, d'autant plus intéressantes et importantes à résoudre, qu'elles nous paraissent être l'une et l'autre d'ordre public.

Il s'agissait :

1°) — D'une question préalable de procédure et de recevabilité de l'action reconventionnelle en divorce.

2°) — De savoir, si, eu égard à l'institution elle-même du divorce, un serment pouvait être déféré à l'un ou l'autre des époux.

1. — En l'espèce, le mari avait intenté contre son épouse, à laquelle il reprochait d'avoir abandonné le domicile conjugal, une action en réintégration du domicile conjugal. A la suite de ladite demande en réintégration, dans une intention qui ne pouvait être que louable, et dans la plénitude de ses attributions, le premier juge avait, de lui-même, tenté une conciliation à la première audience tenue sur premier avertissement (mais toujours en suite de cette demande en réintégration).

La défenderesse n'ayant pas comparu et s'étant fait « représenter » par un conseil, l'instance a été renvoyée à la plus prochaine audience. A cette date, le conseil de l'épouse a contesté les faits allégués par le mari, et demandé reconventionnellement par simple note, le divorce.

Le Juge d'Instance estimant n'être pas suffisamment claire à ordonner la mesure d'instruction classique, savoir : une enquête et une contre-enquête. Le demandeur faisant entendre deux témoins qui, estimait-il, avaient corroboré ses dires ; et la défenderesse un unique témoin. Celui-ci déclarait être intervenu une première fois auprès des parents de la défenderesse, laquelle avait réintégré alors le domicile conjugal, mais qu'il ignorait ce qui, par la suite, avait pu se passer.

Dans des conditions mal définies, le premier Juge, déférait le serment à l'épouse à la demande du mari et prononçait le divorce.

Le problème qui nous occupe au premier chef a trait à la formalité de la tentative de conciliation, au procès-verbal qui doit s'ensuivre, ainsi qu'à la recevabilité de la demande en divorce.

Nul n'ignore, les motifs de l'ordonnance du 4 Février 1959, relative au mariage, et du décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959, portant règlement d'administration publique pour l'application de ladite ordonnance. Ces dispositions réglementent les conditions du mariage et de sa dissolution, dans l'intention de protéger la famille, les époux, et singulièrement l'épouse. Ces dispositions ont instauré une procédure adéquate qui paraît répondre, par les garanties qu'elle doit apporter aux justiciables, au but recherché. En particulier dans le cas de la dissolution du mariage, l'article 8 de l'ordonnance du 4 février 1959 précité et les articles 11 à 25 du décret du 17 septembre 1959, ne font que reprendre dans leur esprit, et souvent même « à la lettre », le chapitre « du Divorce » et les formes du divorce prévues par le Code Civil, dans les articles 227 à 252.

A) C'est ainsi que dans son article 13, le décret du 17 septembre 1959 précise : « *hors le cas de dissolution du mariage pour cause de consentement mutuel* »... l'époux demandeur, expose oralement sa requête au juge.

« *Ce dernier, après l'avoir entendu, et lui avoir fait des observations qu'il croit convenables lui donne permission de citer en conciliation son conjoint pour la date et l'heure qu'il fixe.* »

« *La citation doit, à peine de nullité, être notifiée par huissier à l'époux défendeur trois jours au moins avant la date de la comparution.* »

« *Elle doit contenir à peine de nullité, les motifs de la requête, le jour et l'heure fixés, pour la comparution et éventuellement l'autorisation de résider séparément accordée à l'époux demandeur.* »

« *Au jour fixé par le juge, celui-ci entend les deux époux hors la présence de tout conseil et leur fait les représentations qu'il croit propres à opérer un rapprochement.* »

« *L'ensemble de cette procédure de conciliation ne doit pas excéder un mois à compter de la présentation de la requête.* »

En l'espèce, il est évident que ces formalités n'avaient pas été remplies. L'article 14 dudit décret précise bien, comme le relève le Tribunal de Grande Instance de Tiaret, qu'« *en cas de non-conciliation, ou de défaut de l'époux défendeur, le juge constate cette non conciliation ou le défaut et il convoque les parties pour statuer au fond* ». Mais, nous ne pensons pas qu'il suffit pour le juge de prendre acte de cette non-conciliation ou du défaut du défendeur. Cette phase initiale et obligatoire de la dissolution contentieuse du mariage, est trop importante pour que trace ne soit pas conservée, et mention portée de l'accomplissement de formalités prévues à peine de nullité. Et il aurait été inutile de prendre tant de précautions, si en définitive cette tentative de conciliation devait être considérée comme une simple « formalité » au sens vulgaire du terme.

Au demeurant, on peut se demander dans quelle forme le juge prendrait acte, comme nous l'avons dit, de l'accomplissement des formalités sus-rappelées et de la non-conciliation, ou du défaut. Et à quel acte faudrait-il se référer ensuite ?

**

Le Tribunal d'appel estime qu'il suffit au premier juge de constater, la non-conciliation ou le défaut, « *soit par acte séparé, soit lors de la rédaction du jugement statuant sur le fond* ». Nous ne pensons pas, quant à nous que ce soit la solution préconisée par le législateur, souhaitable, ou même seulement adéquate. Si, comme en l'espèce, aucun acte séparé n'est dressé, et qu'au contraire, le juge saisi attend « *lors de la rédaction du jugement statuant sur le fond de noter la non-conciliation ou le défaut...* » a-t-on pensé que le Magistrat qui rendrait le jugement de divorce des semaines ou des mois plus tard, serait peut-être un autre juge ? Ne faut-il pas penser aux mutations, congés, indisponibilités possibles en cours d'instance ? Est-ce raisonnable de laisser le juge devant statuer, dans l'ignorance absolue de ce qui s'est passé lors de la tentative de conciliation, en principe hors la présence de tout conseil ? Il semble donc bien que ce soit par un procès-verbal, au reste dressé généralement et en fait par la plupart des magistrats d'instance, que cette phase capitale de la procédure doive se terminer.

Enfin dernier argument et non le moindre il est facile, en comparant la rédaction de l'article 14 du décret du 17 septembre 1959 précité et de l'article 238 du Code civil de constater que cette rédaction est en réalité, à peu de chose près, identique.

Art. 14 du décret : « *En cas de non-conciliation ou de défaut de l'époux défendeur, le juge constate cette non-conciliation ou le défaut, et il convoque les parties pour statuer au fond* ».

Art. 238 Code civil : « *En cas de non-conciliation ou de défaut le juge constate la non-conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le Tribunal* ».

Il semble donc logique de dire que les effets doivent être les mêmes dans les deux cas, les situations étant exactement identiques. Or, personne n'a jamais eu l'idée de soutenir que le Président du Tribunal de Grande Instance ou son dévolutaire légal, n'avaient qu'à « constater » la non-conciliation, ou le défaut, sans avoir à dresser un procès-verbal de non conciliation qui dans les deux cas, peut avoir une importance considérable. Comment oublier en effet que ledit procès-verbal donne une date officielle à la séparation, et la « *légalise* » d'une part, et fixe les points de départ du délai de viduité et de retraite légale d'autre part ? Comment soutenir que le procès-verbal n'est pas une formalité substantielle ?



B) Le jugement sus-rappelé, avons-nous dit, retient en second lieu dans ses motifs, textuellement ceci, « *le juge a compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle en divorce en vertu de l'article 18 du décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959, qui stipule que la demande reconventionnelle ...* »

Il estime, dès lors, que la *demande reconventionnelle* en divorce présentée par le conseil de la défenderesse, en suite de la demande en réintégration de l'époux, doit être déclarée recevable. Là encore, il nous semble que le Tribunal de Grande Instance de Tiaret, a donnée au terme « *reconventionnel* » un sens plus général que celui qu'il a en réalité, et qu'en suivant à la lettre, et en poussant à l'extrême ce raisonnement, on aboutirait inmanquablement à des solutions pour le moins curieuses et assez inattendues.

Il ne faut pas oublier en effet que l'article 14 précité, est contenu dans le Chapitre de la dissolution du mariage. Il semble donc à priori que la demande reconventionnelle ne puisse se concevoir que comme défense, demande en reconvention... à celle qui ne peut être que de même nature, donc en l'occurrence, la demande principale en divorce.

Et, si l'on reprend l'idée que nous avons évoquée ci-dessus, et l'analogie existant entre la dissolution du mariage du droit Civil, et celle prévue par le décret du 17 septembre 1959 précité, cette façon de voir fait encore moins de doute. En effet, chacun sait qu'en droit Civil, une demande reconventionnelle en divorce ne peut être faite qu'en réponse à une demande de même nature, demande principale en divorce, et qu'une demande en divorce peut être modifiée en cours d'instance en demande en séparation de corps, mais que l'inverse est impossible. Et si l'époux défendeur à une action en séparation de corps, entend demander reconventionnellement le divorce, il ne peut le faire que par une action séparée en divorce, en fait, par une demande en définitive principale. Car, une demande reconventionnelle en divorce ne peut se greffer sur une demande initiale en séparation de corps, et elle est tout simplement irrecevable. Cela est dû aussi bien à la différence de nature de l'action qu'aux nécessités de la procédure qui est différente dans chaque cas.

Enfin, si le terme de *reconventionnel* doit être considéré d'une façon aussi large, il n'y a aucune raison de ne pas admettre une demande reconventionnelle en divorce introduite en suite d'une demande principale quelconque, relative aux biens par exemple... Ceci n'est pas une simple hypothèse, une vue de l'esprit, puisque le régime matrimonial des époux de statut coranique est celui de la séparation de biens.

Nous ne pensons donc pas que le législateur en traitant de la demande reconventionnelle dans le chapitre consacré à la dissolution du mariage, ait voulu ou pu laisser une telle initiative et une telle faculté aux plaideurs. Ce n'est pas faire montre de « rigorisme excessif » comme on a pu le prétendre quelquefois, de soulever ces moyens, car, sur le plan pratique, ces questions présentent un intérêt évident :

— a) Plusieurs juges d'instance d'un même arrondissement judiciaire, et mieux encore, le nouveau juge d'instance du même canton de F.. exigent, et à juste titre selon nous, un préliminaire de conciliation, et dressent un procès-verbal régulier, lors de l'audience de conciliation. Faute de quoi ils déclarent la demande en divorce principale ou reconventionnelle irrecevable.

Il n'y a donc pas de jurisprudence établie, mais bien décisions contradictoires, d'autant plus regrettables que la chambre des Appels Musulmans du Tribunal, autrement composée, a, dans une décision antérieure (aff. : D^m MIHOUBI c/ MIHOUBI, rendu le 21 octobre 1964) statué en sens contraire. En suite de la demande en réintégration lancée contre elle par son mari, l'épouse avait demandé reconventionnellement le divorce par simple déclaration et note écrite. Or, le Tribunal, retenant que les griefs articulés par l'épouse étaient sérieux et graves a renvoyé ladite dame diligenter la procédure régulière de divorce, et à faire procéder au premier chef à la tentative de conciliation voulue par la loi.

b) Lorsque, comme en l'espèce soumise à l'examen du Tribunal, la demande n'est pas une demande en divorce, mais en réintégration la procédure généralement suivie devant les tribunaux d'instance consiste à intenter séparément une action en divorce, en se conformant aux dispositions de l'Ordonnance du 4 février 1959, et du décret du 17 septembre 1959. Et ce n'est que lorsque les deux instances sont en état, que le juge statue en ordonnant la jonction des deux instances par un seul et même jugement.

Cette complication apparente semble dûe encore une fois à la stricte application des textes en la matière, et à la procédure particulière prévue pour la dissolution du mariage, différente de celle de la réintégration par exemple qui ne prévoit pas de tentative de conciliation, hors la présence de tout conseil... et de procès-verbal de non-conciliation.

Si l'on admet au contraire la solution à laquelle le jugement sus-rappelé aboutit, une demande reconventionnelle en divorce pourrait être introduite directement par le défendeur en suite de toute autre demande, et de quelque nature que ce soit. La procédure serait simplifiée, et la tentative de conciliations perdrait presque toute raison d'être ou en tout cas ne constituerait qu'une formalité comme une autre. On voit donc quelles seraient les perspectives ouvertes par le jugement du 1^{er} février 1965, sus-rappelé s'il devait faire jurisprudence.

Par conséquent, et que ce soit donc à l'occasion du présent litige ou de tout autre procès, il serait souhaitable que la Cour Suprême soit saisie, et puisse statuer assez rapidement sur ces questions, dont le moins que l'on puisse dire, est qu'elles donnent naissance à beaucoup d'incertitudes et d'hésitations, chez ceux-là même qui doivent apprécier, mais encore et surtout pour ceux qui ont précisément pour mission de conseiller les plaideurs et de diriger leurs procédures.



2 — Le second point qui était soumis à l'examen du Tribunal nous paraît nécessiter des développements moins importants.

En effet, et pour nous en tenir à la nature du serment, qui avait été déféré à l'épouse, il semble que d'une manière générale, et en admettant, pour les besoins de la discussion, qu'il y ait lieu et possibilité de le faire, ledit serment ne pouvait en aucune manière être un serment « *décisoire* ».

Il paraît évident que « *lorsque la preuve testimoniale est possible, elle doit être prononcée et admise, à l'exclusion du serment qui ne pourra (it) être déféré que par suite, pour compléter le cas échéant le commencement de preuve, pouvant résulter des témoignages recueillis* » (cf Tr. Alger 1. 3. 1946 n° 490 Dulout Traité de Droit Musulman. T.I. V° Serment P. 191 n° 17). Un tel serment ne pouvait donc être, en l'état des mesures d'instruction ordonnées, qu'un serment supplétoire. Et, encore aurait-il fallu que ledit serment ait été considéré comme indispensable. Car il est hors de discussion qu'il appartient au juge, et au juge seul, d'apprécier et de décider en tout état de cause, et au préalable de l'opportunité de cette mesure. Donc, en droit musulman, le serment ne peut être considéré comme un contrat judiciaire « *mais uniquement comme un moyen de preuve* » (op. cit. p. 190 n° 14).

Mais l'on peut dire qu'eu égard à l'objet du litige, un serment, qu'il soit supplétoire ou décisoire, ne pouvait en aucun façon être ordonné. Le Tribunal a restreint, sans raison suffisante à notre sens, les défenses qui ne permettent pas le serment lorsqu'une question d'état est en jeu, mais aussi lorsque le « *litige n'intéresse les biens, ni directement, ni indirectement* », et dans toute matière non susceptible de « *renonciation ou d'aveu* ». Les juges d'appel ne semble pas avoir ainsi tenu compte du fait que la matière du mariage et du divorce n'est

pas susceptible de transaction, le jugement de divorce non susceptible d'acquiescement, et partant, ne pouvant donner lieu à serment selon une doctrine qui semble bien établie (*op. cit.* p. 192 et décisions citées).

Ne s'agissant pas d'un divorce par consentement mutuel, puisqu'au contraire le juge était saisi en sa juridiction contentieuse, nous pensons que le Tribunal ne pouvait comme s'il s'était agi de n'importe quel autre procès en revendication, demande de remboursement de prêt ou autre, dire et juger « *qu'en déférant et en acceptant de prêter ce serment (sur la violation grave et renouvelée des devoirs du mariage) les parties s'étaient mises d'accord pour mettre fin au litige qui les opposait* ». Car en définitive, et c'est ce qui semble devoir être retenu, le Tribunal faisait dépendre le divorce du serment qualifié de décisoire.

*

Il faut donc mettre fin à la confusion que nous avons rencontrée jusqu'ici, aux décisions fondées sur des conceptions subjectives, aussi respectables soient-elles, et que les praticiens du droit sachent à quoi s'en tenir pour diligenter leurs procédures. Pour les plaideurs, il faut que les choses soient claires ; qu'il puissent tirer les conclusions logiques une fois pour toutes ; et au besoin savoir en subir les conséquences. Ou les deux époux décident de dissoudre le lien du mariage par consentement mutuel ; ou alors, ils saisissent le juge, et doivent dès lors se plier à toutes les règles de droit découlant de cette saisine, et se soumettre aux obligations que la loi impose en la matière, aussi bien quant au fond du droit, que pour la procédure prévue en la matière.

Mohammed RAHAL.

Docteur en Droit

Avocat à la Cour