

**LA RECONNAISSANCE DU STATUT PERSONNEL
DES MUSULMANS EN FRANCE.
QUESTION SENSIBLE, QUESTION DE SENSIBILITÉ**

PAR

Catherine HOCHART

Maître de Conférences à l'Université de Picardie Jules Verne

La France connaît une immigration étrangère, ancienne et importante, alors que pour d'autres Etats membres de la Communauté Economique Européenne, il s'agit d'un phénomène relativement nouveau datant environ d'une quinzaine d'années¹.

En raison de l'immigration de ressortissants des Pays du Maghreb (près des 2/3 des étrangers résidant en France viennent des trois Etats du Maghreb : Algérie, Tunisie, Maroc et de Turquie) et d'Afrique Sub-Saharienne, il semble difficile, aujourd'hui, de méconnaître la religion musulmane. L'Islam a donc pris une importance considérable dans notre pays, il y représente la deuxième religion.

Il y aurait en effet environ trois millions de musulmans en France, chiffres difficiles à déterminer dans la mesure où l'appartenance confessionnelle n'est pas prise en compte dans les recensements ni dans les traitements automatisés des données nominatives².

1. Royaume-Uni : 3, 1% - Luxembourg : 25, 8% - Belgique : 8, 7% - France : 6, 7% (chiffres de 1988), *Premier rapport du Haut Conseil à l'immigration*, Paris, La Documentation Française, 1991, p. 147

2. Fraissinet (V.-J.), "Le Conseil d'Etat et le contrôle de la légalité d'un traitement automatisé des données nominatives créé pour le compte de l'Etat", *Expertises systèmes*, inf. 1988.

La politique d'intégration à la société d'accueil devient alors un réel défi. Elle soulève des questions spécifiques et *sensibles* parce qu'elle met en présence des systèmes juridiques qui expriment des civilisations différentes. Certains objectifs apparaissent comme des enjeux que les Pays Européens se doivent de réussir en cette fin du XX^e siècle.

Ainsi, la condition d'un Etat de droit suppose le respect et l'application par tous, y compris par la population immigrée, de l'ensemble des normes qui maintiennent et réglementent l'ordre public dans cet Etat³.

Mais, une intégration réussie suppose également un respect non équivoque de la diversité culturelle, un enrichissement réciproque, dont un Etat occidental moderne, émancipé et pluraliste ne pourrait se passer.

Alors que les musulmans recherchent parfois un statut de minorité légalement reconnu dans les sociétés d'accueil, les Etats européens, eux, cherchent comment réguler légalement ces populations, et surtout, le phénomène religieux qui les accompagne⁴.

L'Angleterre où la décentralisation administrative et politique est forte, confie aux autorités politiques locales le soin de la négociation entre les Musulmans et les pouvoirs publics, à propos de deux grands domaines, les expressions culturelles et l'éducation religieuse des jeunes générations. La tâche est, certes, facilitée dans la mesure où grand nombre de Musulmans, originaires du Commonwealth, sont également des sujets britanniques ; en outre, il existe au sein de cette immigration une véritable élite économique, sociale et culturelle, beaucoup plus diversifiée que dans les autres pays européens.

Ainsi, se développe un "Islam Britannique" stable, peut-être plus indépendant à l'égard des appuis extérieurs que dans d'autres pays.

La situation en Allemagne est différente ; l'Etat allemand n'accepte pas de se reconnaître comme un pays d'immigration et les immigrés y demeurent des étrangers. Les affaires se règlent par des négociations directes entre l'Allemagne et les autorités politiques turques d'Ankara, par voie diploma-

3. Jahel (S.), "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *Revue Internationale de droit comparé*, I, 1994, pp. 33-57 : "Sans doute, est-il logique que les étrangers établis de manière quasi-permanente dans un pays soient régis par ses lois et s'efforcent de s'adapter à ses mœurs. C'est à ces conditions qu'ils parviendront à se fondre dans la population du pays d'accueil. S'agissant cependant d'immigrés musulmans le processus s'avère plus compliqué."

4. Bastenier (A.), "La question sociologique : la régulation étatique de l'Islam dans trois contextes européens (Grande-Bretagne, R. F. A., France)" in Carlier (J.-Y.) et Verwilghen (M.) (dir.), *Le statut personnel des Musulmans*, Travaux de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 1992. Fulchiron (H.), "Etre français aujourd'hui..." *Premier bilan de la mise en œuvre du nouveau droit de la nationalité*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996.

tique comme s'il s'agissait de questions de politique étrangère⁵. Ainsi, des agents importés, des professeurs de religion islamique par exemple, encadrent religieusement l'immigration. L'Islam allemand pérennise donc sa dépendance extérieure plutôt que de rechercher ses propres références.

La France veut se caractériser par la neutralité de l'Etat à l'égard de toutes les religions et par le concept de laïcité. Le caractère laïque de l'Etat français est affirmé dans l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat et repris dans l'article 1er de la Constitution de 1958. En conséquence, les institutions de l'Etat doivent rester neutres par rapport à toutes les religions qui demeurent dans la sphère privée des individus, l'Etat n'intervenant que pour faire respecter la liberté de conscience et de religion⁶.

C'est pourquoi l'Islam n'a pas, surtout dans le domaine de l'enseignement, bénéficié des possibilités offertes chez nos pays voisins. Toutefois, la question du port du foulard islamique dans les écoles de la République a entraîné des réactions tellement vives qu'il est permis de s'interroger sur l'étendue de la neutralité de l'Etat et la laïcité⁷.

L'intégration des Musulmans nécessite une approche particulière en matière de droit des personnes et de la famille parce que l'un et l'autre reflètent directement la civilisation islamique dont ils émanent.

Quel droit doit régir le statut personnel des Musulmans qui quittent leur pays d'origine pour venir vivre en Europe Occidentale, plus précisément en France⁸?

Des contacts personnels se nouent entre les individus : des mariages sont célébrés, des naissances ont lieu, des divorces sont prononcés et mettent en cause deux ou plusieurs droits nationaux.

Ainsi, la diversité de législations à caractère confessionnel (selon lesquelles la loi nationale exige, par exemple, une célébration religieuse du mariage), le croisement des cultures et des oppositions fondamentales entre les systèmes juridiques (droit laïque, droit religieux) vont mener fatalement à des situations conflictuelles.

5. Bastenier (A.), *op. cit.*, p.16.

6. Naurois (L. de), "Aux confins du droit privé et du droit public, la liberté religieuse", *RTD Civ.* 1967, p. 241.

7. CE, 4e et 1re sous-sections, 2 nov 1992, req n° 130394, *Kherouaa et a.* : *RFDA* 1993, p. 113, conc. Kessler ; *AJDA* 1992, 790, obs Ch. Maugüe et R. Schartz ; *D.*1993, 108, note G. Koubi ; *J. C. P.* 1993, II, 21998, note P. Tedeschi ; *Gaz. Pal* 24-25 nov. 1993, p. 7 note D. Mardesson. Fulchiron (H.), "L'éducation de l'enfant étranger", in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales*, Paris, L. G. D. J. 1993, p. 197 s. V. dans le même ouvrage, Gaeremynck (J.), "L'approche du Haut Conseil à l'Intégration".

8. Art. Jahel (S.) prec. p. 32.

Les praticiens du droit, magistrats, avocats, notaires, fonctionnaires..., se sont donc trouvés de plus en plus souvent confrontés à ce genre de difficultés nouvelles, pour lesquelles, il faut le constater, ils sont finalement bien peu formés.

Ainsi, une véritable juxtaposition de cultures juridiques et de civilisations⁹ se crée, du fait de la rencontre entre d'une part, le monde Occidental avec ses ordres juridiques et politiques sécularisés, libéraux, pluralistes où, malgré des influences chrétiennes, le droit privé se veut laïque et moderne, et, d'autre part, la civilisation islamique, soumise à Dieu, croyant en la vérité révélée. Le droit musulman qui a pour origine des révélations reçues par le Prophète Mahomet est, dès lors, spécifique. Le croyant doit observer des règles à la fois juridiques et confessionnelles, car droit et religion sont intimement liés. Ce droit n'est d'ailleurs pas uniforme car plusieurs écoles coraniques existent ; il est aussi et surtout méconnu et mal perçu en Occident.

Notons que la rencontre entre Islam et Occident n'est pas nouvelle. Au XIX^e siècle les puissances coloniales ont occupé l'Afrique du Nord et le Moyen Orient et y ont introduit leurs propres conceptions de droit. Ainsi, les pays d'Islam durent s'ouvrir à la rationalité juridique occidentale, en particulier en droit public et en droit économique, domaines où le *Fiqh* (droit musulman) semblait inadéquat ou incomplet¹⁰.

En revanche, dans le domaine des relations familiales, c'est la *Chari'a* (loi islamique) qui s'est maintenue.

De nos jours, l'immigration est l'occasion de remettre en présence l'Islam et l'Occident avec cette fois un inversement de situation. L'Islam transporte avec lui, en Europe, ses conceptions juridiques. Il convient, dès lors, de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure on peut dans la société d'accueil, recevoir certaines institutions et points de vue étrangers, propres à la religion musulmane.

Comment donc, deux ordres juridiques en présence et des cultures divergentes peuvent-ils cohabiter ? Le droit international privé qui détermine la règle de droit applicable à ces personnes étrangères peut-il réellement les concilier ? Faut-il rechercher des solutions dans d'autres voies ?

9. "L'on dit quelquefois, « conflit de civilisation » ; pourquoi conflit ?... Deux mondes parallèles riches de leurs différences, en rapports constants, jamais totalement fermés l'un à l'autre, mais toujours profondément distincts" in Jahel (S.), *prec.* p. 38. Rude-Antoine (E.), *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi, la coutume*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997. Hochart (C.), "Chronique bibliographique", *Revue Droit et Société* n° 38, 1998.

10. Verwilghen (M.), "Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane", in Carlier (J.-Y.) et Verwilghen (M.) (dir.), *Le statut personnel des Musulmans*, Travaux de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, p. 21.

Force est d'admettre l'actuel embarras des tribunaux confrontés à ce type de *question sensible*. Pour les auteurs réfléchissant sur ce thème, il s'agirait plutôt d'une *question de sensibilité*.

I - UNE QUESTION SENSIBLE

Les juristes occidentaux et praticiens du droit doivent normalement appliquer aux ressortissants de ces pays leur droit national, parce qu'il régit leur statut personnel (état et capacité des personnes, en France). L'étranger musulman est soumis au droit étranger de sa nationalité¹¹, très souvent donc le droit musulman, quand il est citoyen d'un pays dans lequel l'Islam est religion d'Etat. Toutefois, la religion n'interfère pas dans la solution du droit international privé : le juge français doit se référer au droit étranger allemand, s'il est en face d'un musulman allemand ou au droit étranger anglais, s'il est en face d'un musulman anglais.

Néanmoins, des questions liées à la religion musulmane vont se poser lorsque l'étranger musulman est soumis à la loi étrangère d'un pays islamique¹². Une place est-elle réellement faite en France à l'application du statut personnel musulman ?¹³

Les règles de conflits de lois, en droit international privé belge, allemand, français, italien... veulent une telle ouverture, mais des frontières se sont très vite érigées contre une mise en œuvre de droits étrangers dès lors qu'ils s'éloignent trop de nos propres conceptions nationales. Dans la plupart des droits européens, comme en France, on constate une multiplication des règles de conflits de lois qui désignent la loi de la résidence ou du domicile de la personne au détriment de sa loi nationale et une prolifération des lois d'application territoriale qui impliquent la mise en œuvre directe de la loi du for. De ce fait, le principe de l'article 3 alinéa 3 du Code Civil rattachant le statut personnel à la loi nationale de l'individu voit son domaine réduit à une peau de chagrin.

En outre, des techniques du droit international privé, des notions ou principes comme l'exception d'ordre public, ou les lois de police, vont aussi éviter que certaines institutions musulmanes, comme le "mariage religieux" ou la polygamie, ne produisent des effets dans notre ordre juridique français. La loi étrangère se trouvera alors écartée.

11. Art. 3 al. 3. du Code Civil qui soumet le statut personnel à la loi nationale.

12. Monéger (F.), "Les musulmans devant le juge français", *Journal du Droit International*, 1994, n° 2.

13. Deprez (J.), *Cours de la Haye*, chapitre consacré à "la question de la réception limitée du statut personnel hors d'Islam", pp. 142-180. Deprez (J.), *La réception du statut personnel musulman en France*, Colloque Casablanca février 1993, Fondation Abdel Aziz, Casablanca, CNRS. *L'intégration à la française*, Paris, coll 10/18, 1993, sur l'Islam en France. V. aussi, le Rapport du Commissariat au plan, *Immigrations, le devoir d'insertion*, Paris, La documentation française, 1988.

Les affaires relatives en particulier aux unions conjugales foisonnent devant nos tribunaux français.

Les étrangers qui décident de se marier dans un pays comme la France, doivent-ils, pour être valablement unis, procéder à la seule célébration civile connue du droit français ? Ne peuvent-ils pas, s'ils le préfèrent, recourir à la forme religieuse¹⁴, c'est-à-dire à l'accomplissement d'une coutume assimilée à un mariage religieux (fête musulmane, enregistrement, lecture de la sourate de Fatiha, prières, présence des témoins et du tuteur matrimonial), ou procéder à la double célébration ?

En outre, un Etat laïque peut-il reconnaître la validité d'un mariage célébré sur son territoire, uniquement en la forme religieuse ?

Ces questions trouvent des réponses dans les règles du droit international privé, mais aussi dans celles du droit civil et du droit pénal.

Quelle est la position du Droit International Privé sur ce point ?

Les juridictions françaises durent, au début du siècle, statuer sur la validité d'unions contractées devant un officier d'état civil français par des citoyens étrangers auxquels la loi du statut personnel des époux imposait un mariage religieux célébré conformément au culte des conjoints. La doctrine de l'époque, était partagée entre la théorie personaliste et la thèse territorialiste ; les tribunaux, eux, consacraient l'application du statut personnel¹⁵. (Toute personne étrangère est soumise pour son statut personnel — *c'est-à-dire l'état et la capacité des personnes en France* — à la loi du pays dont elle possède la nationalité).

Puis, une évolution se produit en deux temps. Les juridictions françaises ont d'abord maintenu la compétence de la loi personnelle mais rejeté les actions en nullité dirigées contre les mariages civils en invoquant l'ordre public pour soustraire des lois confessionnelles¹⁶ à l'examen des tribunaux. Ensuite, la jurisprudence affermit la position territorialiste grâce au rôle

14. Monéger (F.), "Les Musulmans devant le juge français", *J. D. I.*, 1994, p. 364 : "Le mariage en droit musulman n'est pas « religieux ». Il s'agit plutôt d'une cérémonie privée à laquelle doivent participer deux témoins et qui peut tout à fait se rapprocher de notre mariage. La plupart des pays dont sont originaires les étrangers musulmans qui se marient sur le territoire français ont un état civil organisé comme en France. Ensuite, rien n'empêche ces étrangers de respecter lorsqu'ils se marient, les principes du droit musulman auxquels ils sont attachés en faisant par exemple une double cérémonie de mariage, comme les catholiques qui se marient à l'église après la célébration civile".

15. Tribunal Seine 28 avril 1906, *Rev. Crit. de DIP* 1906, p. 751, Affaire Mostickzer (le mariage de deux juifs autrichiens célébré en France devant l'officier d'état civil fut déclaré nul).

16. Tribunal Seine 26 juin 1912, *Aff. Roitstein Rev. Crit. DIP*, 1913, p. 140 conclusions Mornet.

croissant de l'ordre public, le principe de la sécularisation du mariage impliquant la validité en France de la célébration purement civile¹⁷.

Par l'arrêt Caraslanis¹⁸ (22 juin 1955), la Cour de Cassation se fonda sur la qualification *lege fori* des célébrations religieuses ou coutumières pour les considérer comme de pures questions de forme soumises à la loi locale. Derrière cette méthode, il n'était pas difficile d'apercevoir les objectifs de fond : soumettre tous les mariages célébrés en France à la même exigence du mariage civil.

Ces principes généraux de solution furent induits par la jurisprudence française à partir de quelques textes.

Ainsi, la loi normalement compétente pour régir la forme de l'union conjugale est la loi du lieu de célébration (*forme locale*), en outre, l'union peut être contractée en la *forme diplomatique ou consulaire*.

Le Droit international privé français, à l'instar de nombreux pays du Monde, choisit la compétence de la *loi locale*¹⁹. Il s'agit donc de l'une des applications de la règle *locus regit actum*.

Par ailleurs, la loi française régit également les formes mêmes de l'union. Les formalités préalables à la célébration doivent être remplies : il convient de procéder aux publications prévues à l'article 63 du Code Civil, et tout mariage célébré en France donnera lieu à la production du certificat prénuptial par chacun des futurs époux.

Enfin, l'étranger devra également fournir un extrait d'acte de naissance²⁰.

Signalons que non seulement, ce document renseigne sur l'âge de l'étranger mais permet également de savoir si la personne est déjà mariée ; de ce fait, les mairies françaises l'exigent unanimement.

17. Aff. Avramovitch, Trib. Seine 7 janvier 1922 et Paris 17 novembre 1922, S. 1924, II, 65, note E. Audinet. Selon Monsieur Mestre : "L'ordre public français, dont le rôle prédominant est de défendre les fondements politiques et sociaux de notre civilisation, doit intervenir pour substituer l'application de la loi française à celle de la loi étrangère que la qualification avait rendue normalement compétente", in "Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel", *Rev. Crit. de D. I. P.*, 1877, p. 689.

18. Aff. Caraslanis, Cass. Civ. 22 juin 1955, *Rev. Crit. DIP*, 1955, p. 723 note Batiffol - D. 1956, 73, note Chavrier - *JCP* 1955, II, 8928.

19. Il s'appuie sur l'article 170 alinea 1er du Code civil : "Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre Des actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent".

La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, entrée en vigueur le 13 mai 1983, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, prévoit en son article 6, alinéa 1er, que "les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux Etats dont l'autorité célèbre le mariage"²¹.

Sur la base de l'article 48 du Code Civil, "Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires", la jurisprudence française reconnaît la validité des mariages contractés par nos ressortissants à l'étranger devant nos agents diplomatiques ou nos consuls. De même, à titre de réciprocité, elle admet la validité des mariages célébrés entre les ressortissants de leurs pays par les *agents diplomatiques* ou les *consuls* étrangers en France. Ceux-ci peuvent agir en qualité d'officier d'état civil à l'égard de leurs nationaux. Cette règle d'abord non écrite, fut par la suite confirmée expressément par de multiples conventions diplomatiques²² et par la loi du 28 janvier 1953²³.

Le recours à la forme diplomatique ou consulaire constitue une exception coutumière et demeure soumis à de strictes conditions.

20. L'instruction générale relative à l'Etat civil prévoit que : "l'officier de l'état civil doit se faire remettre un extrait de l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Toutefois, en l'absence d'une disposition législative limitant la durée de leur validité, les expéditions d'actes de naissance délivrées par les autorités étrangères sont valables quelle que soit la date de leur délivrance. Le délai de trois mois prévu à l'article 70 du code civil ne s'applique qu'aux expéditions d'actes de naissance délivrées en France et celui de six mois que celles qui sont délivrées dans un département ou un territoire d'Outre mer ou dans un consulat. Doivent être acceptés les documents établis à l'étranger, qui, d'après la loi locale, ont la valeur d'extraits d'acte de naissance. Les articles 71 et 72 du code civil relatifs aux actes de notoriété destinés à remplacer l'acte de naissance sont applicables à l'égard des étrangers. Enfin si l'intéressé est réfugié ou ne bénéficie plus de la protection des autorités de son pays, il peut se faire délivrer un certificat tenant lieu d'acte de naissance, dans les conditions prévues par la loi du 25 juillet 1952". Extrait de l'instruction générale relative à l'Etat civil, J.O. n° 1043-87.

21. V texte : J.O. 1er juin 1983 : *Rev. Crit. DIP* 1983, p. 531 ; comm. F. Monéger : *Rev. Crit. DIP* 1984, p. 57-64. La convention préfère ainsi faire référence à un autre adage : *autor regit actum*, selon lequel l'acte est valable parce qu'il émane de l'autorité qualifiée pour l'administrer. Néanmoins, la doctrine contemporaine [Mestre (J.), *JCL Droit international privé*, Fasc. 140] reconnaît que cette autre classification (visant le conflit d'autorités) n'a pas grand intérêt pratique et continue de classer les conditions de forme dans le cadre du conflit de lois et de leur faire application de la règle *locus regit actum*.

22. Notamment, La Convention franco-mexicaine du 3 juin 1908 (art 1er et 2) ; la Convention franco-albanaise du 5 février 1928 (art. 9) ; la Convention de Vienne du 24 avril 1963.

23. Prévoyant la transcription des actes de mariage reçus en France par ces agents diplomatiques ou consulaires sur nos registres de l'état civil.

Pour être valable, le mariage célébré en France doit l'être par un agent diplomatique ou consulaire étranger compétent pour procéder à cette union. Ainsi, cette compétence sera exclue en cas de mariage mixte, c'est-à-dire lorsque l'un des époux est français²⁴.

En outre, seuls les agents diplomatiques et consuls disposent de cette compétence, à l'exclusion du chapelain de l'ambassade procédant à la célébration d'un mariage purement religieux conformément à la loi nationale des deux ressortissants de l'Etat étranger²⁵.

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

Néanmoins, notons que lorsque le pays étranger exige une célébration religieuse pour la validité du mariage de ses ressortissants, ceux-ci ne peuvent en France recourir qu'à la forme locale civile, avec la possibilité de célébrer la cérémonie religieuse ultérieurement.

Ce problème est particulièrement épineux quand la loi nationale des futurs époux impose une forme religieuse sous peine de nullité du mariage. En effet, la célébration civile conduit à l'annulation systématique de toutes les unions mixtes. Soit on admet l'intervention d'une autorité étrangère, soit on renvoie les étrangers se marier dans leur pays.

La première solution heurte les structures fondamentales du système français par le fait d'obliger à concéder aux ministères de cultes des autres confessions une autorité dans la vie civile. La seconde solution respecterait les règles étrangères sans compromettre les fondements de l'ordre juridique français, mais resterait en pratique, compte tenu de ses exigences matérielles, peu satisfaisante.

Avec la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, cette difficulté relative à un mariage célébré en la forme civile française d'un étranger, soumis par son statut personnel au droit musulman, a disparu. La Convention dispose, nous l'avons vu, que les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux Etats dont l'autorité célèbre le mariage.

Le mariage sur le territoire français entre un époux de nationalité marocaine et une épouse de nationalité française, ou entre deux époux marocains, doit être célébré par un officier d'état civil compétent selon la loi française. Pour

24. V. Cass. Civ., 30 juill. 1900 : *D.P.* 1901, 1, 317 ; S. 1902, 1, p. 225, note Wahl - TGI Paris, 24 février 1975, *D.* 1975, p. 379, concl. Paire et note Massip - TGI Paris, 22 déc 1981 : *JCP* 1982, ed. Gen IV, 210 déclarant nul le mariage célébré en France par un consul algérien entre une Algérienne et un époux ayant la double nationalité française et algérienne.

25. CA Paris, 1er mars 1922 : *RDIP* 1922-23, p. 310 ; S. 1924, 2, p. 65 note Audinet.

la validité de cette union au regard de la loi marocaine, les fonctionnaires consulaires compétents procèdent, après justification de la célébration, à l'enregistrement de ce mariage²⁶.

Le droit interne français connaît aussi cette question relative à la valeur d'un "mariage religieux" non précédé d'un mariage civil.

Le Code Pénal de 1810 (articles 199 et 200) condamne rigoureusement les ministres du culte qui célébreraient un mariage religieux sans justification d'une union civile préalable.

Dans son article 433-21 le nouveau Code Pénal (adopté par quatre lois en date du 22 juillet 1992) prévoit encore que *"tout ministre d'un culte qui présidera de manière habituelle aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par l'officier de l'état civil sera puni de 6 mois d'emprisonnement et de 50000 francs d'amende"*.

La France considère donc le mariage comme un acte exclusivement civil, une conception d'ailleurs très répandue en Europe aujourd'hui (Allemagne, Autriche, Belgique, Pays-Bas, Suisse...). Aussi, la loi ne doit-elle pas attacher de conséquences ou d'effets juridiques à un mariage seulement religieux ou coutumier.

La jurisprudence elle, est constante et apparemment bien établie : elle refuse les formes prévues par la loi nationale. Ainsi, l'arrêt de la Cour de Cassation, 1ère Chambre, du 4 avril 1978 est particulièrement clair sur ce point : le mariage célébré en France en la seule forme coranique est nul au regard du droit français et peut engager la responsabilité du marabout sur le fondement de l'article 199 du Code pénal. Il est en effet soutenu que le principe de la laïcité du mariage dénie à toute autorité religieuse la compétence en matière de célébration du mariage. Ces formes d'union sont donc rejetées au nom de notre ordre public.

Mais alors comment **qualifier** les mariages confessionnels célébrés en France ? Force est de constater que le juriste, en pareil cas, est souvent bien embarrassé face au fait, car sur le conflit de lois se greffent deux points de vue profondément différents sur la famille²⁷.

26. *"Les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux Etats dont l'autorité célèbre le mariage. Chaque Etat peut décider que le mariage dans l'autre Etat entre des époux qui possèdent tous deux sa nationalité sera célébré par ses fonctionnaires consulaires. Le mariage sur le territoire français entre un époux de nationalité marocaine et un époux de nationalité française doit être célébré par un officier d'état civil compétent selon la loi française. Pour la validité de cette union au regard de la loi marocaine, les fonctionnaires consulaires marocains compétents procèdent, après justification de la célébration, à l'enregistrement de ce mariage"* : Décret n°83-435 du 27 mai 1983 portant publication de la Convention entre la République Française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, signée à Rabat le 10 août 1981.

27. Jahel (S.), art. préc. p. 38 et s.

Ainsi, la Cour d'Appel de Paris, le 8 décembre 1992²⁸, a dû se prononcer à la suite de la désunion d'un couple, sur la validité et les effets d'une cérémonie célébrée en France selon la coutume musulmane. Cette affaire est ensuite venue devant la Cour de Cassation le 14 février 1995²⁹.

Les faits sont les suivants : Saïd L. et Djamila R. se rencontrent en avril 1985 et cohabitent dans un appartement loué par la jeune fille. Le 20 juillet 1985, ils s'unissent par un mariage célébré selon la coutume musulmane. Un mois plus tard, le couple se sépare. Saïd L. saisit alors le juge d'instance de Paris en vue de réclamer à Djamila R. une somme correspondante au montant d'un loyer qu'il avait acquitté à sa place et au remboursement des frais de leurs fiançailles. Le demandeur considère que les fiançailles ont été abusivement rompues par la jeune femme. Par un jugement du 15 janvier 1992, le tribunal d'instance de Paris a déclaré nulle la saisie-arrêt que Saïd L. avait fait procéder par la Banque des Paribas sur les salaires de sa compagne. Il pensait ainsi obtenir le remboursement de certaines sommes versées pour la location de l'appartement et à l'occasion de la cérémonie religieuse. Le tribunal l'a condamné à verser à Djamila R. des dommages-intérêts.

Saïd L. fait appel de la décision rendue. Dans un arrêt du 8 décembre 1992, la Cour d'Appel de Paris le déboute de sa demande. La Cour considère que le mariage célébré selon la coutume musulmane ne saurait avoir d'effets juridiques en droit français, que la preuve de l'existence de fiançailles préparatoires d'un mariage au sens du droit français ne peut résulter du seul certificat médical attestant que Saïd L. a procédé à une visite pré-nuptiale, que les faits ne peuvent donc s'analyser comme une rupture de fiançailles, mais seulement comme une rupture de concubinage. Elle estime que les dépenses effectuées lors de la cohabitation des parties, notamment pour leur logement, doivent rester à leur charge, en l'absence de justification probante portant sur leur engagement réciproque. Elle précise que le mariage célébré selon la coutume musulmane peut être analysé comme une fête dont les dépenses afférentes traduisent une volonté de libéralité. Ainsi, elles ne peuvent donner lieu à un remboursement quelconque. Enfin, pour la Cour d'Appel, le demandeur ne rapporte pas sérieusement la preuve d'une faute dans la rupture du concubinage, dont la liberté est la règle. Il ne demande pas non plus de dommages-intérêts, mais seulement le remboursement de dépenses.

Saïd L. forme alors un pourvoi en cassation. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 14 février 1995, rejette le pourvoi aux motifs que Saïd L. n'apporte ni la preuve de ses allégations à propos de la cause de la rupture, ni celle d'une faute de sa compagne dans cette rupture. La Cour précise que Saïd L. n'est pas fondé à demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice.

28. C. A. Paris, 8 décembre 1992, *D.* 1994, II, 272 note C. Hochart.

29. Cour Cass 1ère ch. civ. 14 fév 1995, *Lexilaser* Cassation, 8.10. 1996.

Notons que dans cette affaire, la démarche suivie par les juges, consistant à opposer les fiançailles en tant que véritable engagement, au concubinage considéré comme une simple cohabitation, nous a semblé quelque peu chaotique. Pour la Cour d'Appel, il ne peut y avoir fiançailles puisque celles-ci sont préparatoires d'un mariage au sens du droit français et elle préfère lui substituer la qualification de rupture de concubinage. Pourtant, les formalités préalables au mariage civil avaient été accomplies, la qualification de fiançailles aurait donc pu en être induite. L'arrêt a refusé d'admettre que le certificat pré-nuptial établissait la preuve de fiançailles, ce qui est contraire, à l'évolution libérale de notre droit positif en ce domaine.

Par ailleurs, les juges considèrent le mariage célébré selon la coutume musulmane comme une "fête" dont les dépenses traduisent une volonté de libéralité. L'emploi du terme "fête" exclut la qualification juridique, alors que l'expression "libéralité" fait référence à un sens juridique, plus exactement au régime juridique de certaines pratiques ou coutumes de notre civilisation.

Cet exemple nous montre que résoudre certaines situations particulières, liées à la présence étrangère musulmane sur le territoire, n'est pas sans difficultés pour nos tribunaux.

Les maghrébins peuvent donc organiser leur mariage en France de plusieurs manières : forme civile, forme consulaire, mais aussi accomplissement d'une cérémonie selon la coutume ou double célébration. La forme du mariage en particulier montre bien les problèmes spécifiques des populations étrangères avec leurs variables culturelles. Le choix du mariage consulaire correspond à une attitude plus traditionnelle et au désir de maintenir des liens avec le pays d'origine. En revanche, la forme civile seule apparaît plus rare³⁰.

Les maghrébins vont souvent à la Mosquée. Le choix de l'ordre des cérémonies reflète le degré d'intégration à la société d'accueil. Une constatation cependant s'impose : si l'on écoute les discours recueillis auprès des maires, des consulats et du recteur de la Mosquée, des discordances apparaissent sur les formes de célébration choisies et sur l'ordre respecté³¹.

Certains propos affirment que la célébration du mariage musulman précède le mariage civil, ce dernier apparaissant comme une simple formalité pour obtenir des papiers (livret de famille). D'autres en revanche, confirment qu'une célébration civile a bien lieu avant le mariage religieux. La Mosquée de Paris exige, avant de célébrer l'union coranique, le mariage à la mairie ou au Consulat. Beaucoup d'étrangers, en tous cas, méconnaissent le contenu de la Convention franco-marocaine et la réception ou non de leur mariage dans leur pays.

30. Rude Antoine (E.), *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990.

31. *Ibid.*

Un autre exemple peut être choisi à propos de l'établissement de la filiation.

En matière d'établissement de la filiation, la règle de conflit de lois privilégie la loi personnelle de la mère (art 311-14 du Code civil). Si la mère a la nationalité d'un pays musulman, on appliquera donc la loi de ce pays. Néanmoins, ce n'est vrai qu'à propos de la filiation légitime, puisque la filiation naturelle n'est pas admise hors mariage en droit musulman.

Or, curieusement, la Cour de Cassation a affirmé dans deux arrêts récents³² que les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas en principe contraires à la conception française de l'ordre public international³³. Cette affirmation semble contradictoire par rapport aux principes fondamentaux de notre droit de la famille figurant dans le code civil mais aussi dans les traités internationaux liant la France³⁴.

Lorsque la Cour de Cassation dit que la loi ne permettant pas l'établissement de la filiation naturelle n'est pas contraire à l'ordre public, a-t-elle réellement la volonté de respecter le statut musulman ?

Le statut personnel musulman ne serait pas, selon la Cour de Cassation, contraire à l'ordre public français ; cependant, dès lors que l'application de ce statut empêche un enfant français ou résidant en France habituellement d'établir sa filiation naturelle, il y a lieu d'écarter la loi d'un pays musulman qui repose sur des principes contraires à l'ordre public français.

Finalement, les hypothèses où le statut musulman est appliqué par les juges français sont très rares. Il sera écarté toutes les fois que son application apparaît contraire à notre ordre public³⁵. Voyant l'importance de l'immigration en France, il est donc apparu souhaitable de soumettre les foyers étrangers vivant en France à la loi française.

La mise en avant de l'ordre public pour empêcher l'application de certaines règles du droit musulman n'est pas du seul fait de la France, cette technique est employée dans divers pays occidentaux. C'est une solution

32. Cass Civ, 3 nov. 1988 ; *Rev Crit. DIP* 1989, 310, note J. Foyer ; *JDI* 1989, 703, note F. Monéger - Cass Civ Iere, 10 fév 1993 : *Rev Crit DIP* 1993, 620, note J. Foyer ; *JCP* 1993, I, 3688, n° 10, obs Fulchiron ; *D.* 1994, som. P. 32, obs E. Kerkhove ; *JDI* 1994 p. 124, note I. Barrière-Brousse.

33. Monéger (F.), "Les musulmans devant le juge français", *op. cit.*, *JDI*, 2, 1994, p. 368.

34. V. notes sous les deux arrêts précités.

35. Jahel (S.), art. préc. p. 34 : "l'exception d'ordre public est le moyen le plus couramment utilisé pour rejeter l'application de la loi musulmane désignée par la règle de rattachement lorsqu'elle comporte une discrimination de nature religieuse ou autre. Elle sert surtout à empêcher la constitution en France de situations familiales que réprouve profondément le système juridique français, soit parce qu'elles sont jugées contraires à des valeurs fondamentales de la société, soit qu'elles ne tiennent pas compte d'intérêts personnels jugés essentiels, comme l'assurance de garanties pécuniaires à la femme répudiée".

permettant d'appliquer le statut civil français aux étrangers musulmans vivant en France, au cas par cas en jurisprudence, et en dépit de ce que peut énoncer la règle de conflit de lois française.

II - UNE QUESTION DE SENSIBILITÉ

Néanmoins, les questions demeurent posées. En effet, certains droits étrangers reconnaissent des unions qui ne correspondent pas tout à fait à la notion française du mariage. C'est notamment le cas du droit musulman, avec par exemple son admission des unions polygamiques. Doit-on dans ce cas encore parler de "mariages" et faire jouer nos règles de conflit ?

Est-il possible par exemple, d'élargir notre qualification de mariage pour lui permettre de recevoir ces institutions étrangères, même si elles s'écartent de notre conception occidentale du mariage chrétien monogamique, ne serait-ce que pour répondre juridiquement aux problèmes affectant le lien conjugal ?

Plus généralement, une société pluraliste peut-elle ignorer les autres modèles juridiques et culturels ; l'enfermement dans un système imperméable à la loi étrangère est-elle la solution à l'intégration des communautés dans les pays d'immigration ?

La doctrine s'interroge et se partage.

Certains auteurs estiment qu'imposer aux étrangers de statut personnel musulman de se marier en France selon la forme civile et laïque n'est pas en soi une atteinte insupportable à leur statut, dans la mesure où, le mariage en droit musulman n'est pas un mariage "religieux", mais une cérémonie privée à laquelle participent deux témoins³⁶. D'ailleurs, la plupart des pays d'où viennent les étrangers musulmans qui se marient en France, ont un état civil comme dans notre pays. Après la cérémonie civile, ces étrangers peuvent de toute façon procéder à la célébration coranique.

De même, le mariage polygamique ne peut être célébré en France par un officier d'état civil français, alors que le statut personnel des époux le permettrait. La plupart des auteurs approuvent une telle solution puisque la polygamie ne constitue pas un modèle familial recherché dans les pays musulmans ; de plus, ces familles ont montré de réelles difficultés d'intégration dans les sociétés d'accueil³⁷.

36. Monéger (F.), "Les Musulmans devant le juge français", *J. D. I.* 2, 1994, p. 364. Milliot (L.) et Blanc (F.-P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, n° 356 et ss. S. Jabel art. préc. : "En droit musulman le contrat de mariage a toujours été conçu comme un acte juridique de caractère purement consensuel, ni sacrement, ni institution".

37. Monéger (F.), art. cit. p. 365. Monéger (F.), "Le mariage polygamique en France", in *Islam et laïcité*, Presses Universitaires de Perpignan, 1992.

Notons que sur cette question, le droit français rejoint le droit tunisien qui a aboli les institutions de répudiation et de polygamie. Le code algérien maîtrise lui aussi cette dernière, en imposant à l'époux de requérir une autorisation du juge et l'accord des deux épouses concernées. Ainsi, "*en Algérie comme dans la plupart des pays arabes, les codes de la famille ont accru les pouvoirs des juges. Il dépend d'eux désormais dans une large mesure de faire reculer la polygamie et la répudiation*" écrit Selim Jahel³⁸.

Finalement, dans le cas où l'une des parties au litige est de statut laïque, l'exception d'ordre public mise en avant par le juge, peut la protéger contre l'application des règles du droit musulman qui porteraient atteinte à ses droits fondamentaux. Cette solution est peut-être moins compréhensible lorsque le litige oppose deux ressortissants étrangers de religion musulmane³⁹.

D'autres auteurs en revanche, considèrent qu'il serait préférable de tolérer certaines institutions du système musulman comme la polygamie ou la répudiation, à condition qu'"elles ne soient pas dirigées contre le système du *for*"⁴⁰ en cas de fraude par exemple, ou encore, préconisent l'élaboration d'un système de solutions particulières qui s'appliqueraient aux immigrés musulmans établis en Europe. C'est ainsi que dans le souhait de favoriser la coexistence entre les autres communautés et la communauté musulmane, tout en respectant la culture et les intérêts légitimes de celle-ci, Fouad Riad⁴¹ propose l'élaboration du Code de statut personnel pour la communauté musulmane, inspiré des concepts progressistes de la *chari'a* "*dans son interprétation contemporaine la plus conciliable avec les principes de valeur universelle*". A cela, on peut observer que réserver un statut spécifique aux musulmans vivant en France, ce serait leur accorder le bénéfice de règles particulières en fonction de leur appartenance à une religion, ce qui serait contraire à nos principes mais aussi contraire aux textes internationaux⁴².

On a alors envisagé un remède plus libéral. Pour favoriser l'intégration des musulmans, pourquoi ne pas donner à l'individu une faculté d'option entre sa loi nationale et la loi de la résidence habituelle, c'est-à-dire celle du pays d'accueil⁴³, faisant ainsi jouer le principe de l'autonomie de la

38. Art. préc. p. 52.

39. Jahel (S.), art. préc. p. 36

40. Fadlalah (I.), note sous Cass. Civ. 1ère, 3 nov. 1983, *Rev. Crit. D. I. P.* 1984 p. 336, faisant allusion à la notion d'ordre public atténué utilisé par la jurisprudence pour admettre les effets en France de répudiations accomplies à l'étranger.

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

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

43. Carlier (J.-Y.), "Le respect du statut personnel musulman, De quel droit, par quel

volonté⁴⁴. Pour appuyer cette idée, on a notamment insisté sur l'actuelle évolution désordonnée du droit international privé de la famille. *“La lecture des codifications et des législations contemporaines nous met en présence de règles de conflit multiples destinées à donner à chaque matière du droit de la famille, et souvent aux divers éléments d'une même matière, des solutions spécifiques. Le droit international privé de la famille développe ainsi de plus en plus le morcellement, la fragmentation et accroît ainsi la fréquence des problèmes de qualification et d'adaptation. L'unité et la cohésion du statut de la famille dans les relations internationales se trouvent de ce fait compromises...”*⁴⁵.

Toutefois, l'harmonie des solutions que pourrait réaliser l'option de législation connaît des limites, en particulier celle liée à l'intervention de l'ordre public qui est difficilement inévitable dans les relations entre systèmes confessionnels et systèmes laïcisés. En effet, de même qu'il n'est pas possible pour les étrangers soumis dans leur pays à un statut confessionnel, de contracter valablement un mariage en France dans l'unique forme religieuse prévue par la loi de leur pays, dans les Etats confessionnels, l'ordre public écarte également dans certains cas, toute application des lois civiles étrangères. De ce fait, pour que l'option de législation soit pleinement efficace internationalement, il faudra qu'elle ait partout la même signification et la même étendue de façon à déboucher sur l'harmonisation des solutions. Cela requiert aussi une tolérance réciproque de la part des systèmes profondément différents mais qui sont voués à cohabiter⁴⁶.

Par ailleurs, les immigrés pourraient, certes, renoncer à l'application de leur loi nationale, mais cette renonciation serait de nul effet dans leur pays et n'importe quel autre pays musulman où ils demeurent toujours justiciables de la loi musulmane. Même s'il a choisi de se placer sous la loi laïque du pays d'accueil, l'immigré musulman pourrait donc, en cas de litige, réclamer dans son propre pays, l'application de sa loi nationale. Ceci dit, le choix législatif

(suite note 43) droit ?”, *op. cit.* p. 387. L'auteur a surtout voulu trouver une solution aux problèmes de statut personnel posé par les Maghrébins immigrés en Belgique.

44. Carlier (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, préface F. Rigaux, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1992 et le compte rendu de P. Lagarde : *Rev. Crit. D. I. P.* 1993, p. 519.

45. Gannagé (P.), “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. Crit. D. I. P.* 1992, p. 428.

46. Gannagé (P.), art. préc. p. 454 : “Dans les relations des systèmes laïcisés et des systèmes confessionnels, la tradition savignienne est d'un faible secours et le mécanisme conflictuel s'avère d'application plus malaisée. La volonté des parties est par suite appelée à occuper une place plus étendue, et qui se justifie davantage dans les relations internationales, lorsque les droits mettent en cause l'identité même des personnes et doivent pouvoir être choisis... Son efficacité internationale (l'option de législation) demeure de toute manière subordonnée à l'amorce d'un mouvement de laïcisation de droit de la famille dans les Etats confessionnels qui puisse les porter à accepter l'application des lois civiles étrangères à leur ressortissants au moins dans leur relations avec des personnes de nationalité différente.”

peut traduire une réelle volonté de s'intégrer dans la communauté d'accueil, à moins qu'elle n'ait pour finalité de permettre plus aisément l'acquisition de la nationalité du pays d'accueil⁴⁷.

Plus récemment, dans son article intitulé "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français"⁴⁸, Salim Jahel écrit : *"Sans doute est-il logique que des étrangers établis de manière quasi-permanente dans un pays soient régis par ses lois et s'efforcent de s'adapter à ses mœurs. C'est à cette condition qu'ils parviendront à se fondre dans la population du pays d'accueil. S'agissant cependant d'immigrés musulmans le processus s'avère plus compliqué. C'est que leurs institutions familiales très spécifiques, intimement liées à la religion, constituent un élément très fort d'identités socioculturelles, et imposent un certain mode de vie dont il est difficile de se défaire rapidement. Aussi, n'est-il pas certain que l'application à leurs rapports de famille des lois laïques des pays d'accueil soit toujours propice à leur épanouissement"*.

L'auteur reconnaît cependant que les règles discriminatoires pour cause de religion ne peuvent être acceptées en France. Toutefois en ce qui concerne les inégalités entre l'homme et la femme, il insiste sur la possibilité qu'ont les conjoints d'introduire dans l'acte de mariage contracté en la forme musulmane, des clauses réduisant cette inégalité prévue dans le statut légal, alignant en quelque sorte et de ce fait, leur situation matrimoniale sur les normes européennes. Utilisant non plus le droit international privé, mais la méthode comparative, l'auteur s'attache donc à rechercher des accommodements entre les systèmes musulman et européen tout en restant sur un plan purement technique. Ainsi il constate dans la pratique que ces clauses matrimoniales adjointes sont rares car les femmes maghrébines mal informées sur cette possibilité, surtout dans les milieux populaires, se conforment à la tradition ; il se demande si, dans les milieux immigrés d'Europe, les contraintes sociologiques qui commandent un tel comportement ne seraient pas moins pesantes. *"Si tel était le cas, l'Europe pourrait devenir le terrain favorable à l'expérimentation de mariages musulmans assortis de clauses matrimoniales destinées à mieux accorder leur régime aux exigences de l'ordre public européen"* explique-t-il. Ainsi, la question relative à la forme de la célébration de l'union pourrait être réglée. Le mariage musulman étant de nature purement consensuelle, aucune forme spécifique n'est en principe requise pour sa conclusion⁴⁹. En revanche, pour ce qui est des autres conditions rendant l'acte spécifiquement maghrébin (présence au mariage d'un tuteur matrimonial représentant

47. Jahel (S.), art. préc. p. 50.

48. Art. préc.

49. L'attestation de deux *oudouls* (art. 5 de la *Mandawwana* marocaine) ou la présence à l'acte d'un notaire ou d'un fonctionnaire habilité (art. 18 du code algérien de la famille) ou de deux notaires (art. 3 de la loi tunisienne du 1er août 1957 sur l'état civil) sont des innovations (*bidah*) de législateurs modernes sans réelles significations du point de vue de la *chari'a* : art. préc. p. 57.

l'épouse (art. 5 du code marocain et 11 du code algérien, fixation d'une dot (art. 3 du code de statut personnel tunisien), elles devraient s'accomplir devant les consuls ou agents diplomatiques des pays dont les époux sont ressortissants. Ceci impliquerait un assouplissement de la règle actuelle ne permettant le mariage consulaire en France qu'entre deux personnes de même nationalité, pour l'ouvrir aux musulmans de nationalités différentes.

“L'avantage de la voie consensuelle sur l'option de législation c'est que l'immigré musulman n'aura pas dans ce cas à renoncer à sa loi nationale. Bien au contraire, il s'y soumet, et c'est en toute légalité islamique qu'il pourra s'aménager un statut matrimonial répondant aux exigences de l'ordre public européen. L'on verra peu à peu se dégager un contrat-type de mariage musulman conforme aux normes européennes. Son usage, s'il gagnait un jour l'autre rive de la Méditerranée et se répandait dans les pays du monde musulman, contribuerait mieux que toute réforme apportée par les législateurs au système légal — qui ne peut manquer de laisser quelque part le sentiment d'avoir contrevenu à la Loi de Dieu — à faire entrer la famille musulmane dans la modernité” conclut Selim Jahel.

Finalement, nos textes imposent le principe du respect du statut personnel étranger mais, nous l'avons vu, le juge français écarte systématiquement la loi d'un pays musulman dès lors que celle-ci, en matière de famille, repose sur des principes contraires à notre ordre public.

Il ne nous semble pas que la solution consistant à recourir à l'exception d'ordre public pour appliquer le statut civil français aux étrangers musulmans vivant en France soit la meilleure, alors que la règle de conflit de lois française désigne le statut étranger.

La règle de conflit elle-même n'est donc peut-être pas le moyen le plus adéquat et efficace pour régler ce problème. Rappelons en effet que le droit international privé a longtemps été perçu comme une discipline permettant de régler des conflits de droit intervenant dans la “sphère privée”. Mais, dès lors que dans un pays le pluralisme juridique se répand du fait de la coexistence de systèmes juridiques et que deux types de normes se rencontrent, notre droit français essentiellement civil et le droit étranger dont peut se prévaloir l'intéressé devant nos juridictions, ces conflits vont glisser dans la “sphère publique” et risquent de poser de vrais problèmes politiques.

Par ailleurs, reconnaître ce statut personnel musulman avec ses institutions et règles si profondément différentes de nos propres valeurs, risque de choquer, voire de susciter de vives réactions de rejet et d'entraver le but recherché, c'est-à-dire l'intégration des étrangers immigrés à la société d'accueil.

En outre, vouloir à tout prix harmoniser deux systèmes aussi dissemblables dans leurs idéologies, leurs mœurs, leurs croyances, semble difficilement réalisable, ni même souhaitable, malgré des lignes de convergences possibles⁵⁰.

Alors, soit on permet à ces étrangers immigrés de se placer sous la législation de leur choix, ou bien on les laisse consensuellement s'accommoder des deux systèmes musulman et européen.

L'enjeu consiste à maintenir la cohésion fondamentale de la société, tout en respectant les particularismes des cultures en présence.

Puisqu'aucune réponse vraiment satisfaisante n'est parvenue à résoudre ces questions sensibles, jusqu'à présent appréhendées dans le cadre national, peut-être trouverons-nous des formes de solutions à l'échelon européen.

Ces idées nous montrent en tout cas, la difficulté de concilier des systèmes socioculturels profondément différents se rencontrant entre eux dans un même espace juridique, et invitent par conséquent, à réfléchir sur l'aménagement des normes⁵¹ que suscite le phénomène de transnationalité.

50. Jahel (S.), art. préc. p. 51.

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