

LE MARIAGE MIXTE DANS LA JURISPRUDENCE ALGERIENNE

Tayeb ZEROUTI, Professeur

Traduction :

Salima OUARAB, Maître de conférences

Narimane MESSAOUD-BOUREGHDA, Maître-assistante,

Faculté de Droit, Université d'Alger1

Introduction :

Le domaine du statut personnel diffère d'un système juridique à un autre; ceci est dû à la définition imprécise de ce terme qui repose sur la conception de la nature des choses et de ce qui en découle. En fait il s'agit d'un concept emprunté aux lois Occidentales, méconnu des juristes musulmans, ce qui explique que les questions relevant du statut personnel dans les lois des pays arabes, font l'objet d'une énumération non exhaustive. En droit algérien, tous les concepts cités dans le droit de la famille relèvent du statut personnel, auxquelles s'ajoutent les dispositions relatives à la capacité régies par le droit civil.

Ce qui nous intéresse dans notre étude est le mariage mixte s'agissant d'un acte juridique qui comporte un élément d'extranéité.

Particulièrement, après sa dissolution, le mariage est lié à d'autres questions telle la garde, la succession et le testament.

Bien que le législateur ait résolu le conflit de lois en matière de mariage mixte, sa réglementation reste néanmoins trop généralisée, manquant parfois de précisions et de détails, et d'autres fois influencée par l'éviction de la loi étrangère suite au jeu de l'exception d'ordre public.

Nous allons analyser dans cette intervention la position de la jurisprudence algérienne sur les questions de mariages mixtes à travers trois (3) axes, liés les uns aux autres :

1. Le mariage mixte et sa dissolution.
2. La garde après la dissolution du mariage.
3. La succession en tant qu'effet de la dissolution du mariage.

Première section : Le mariage et sa dissolution

Le mariage mixte est l'une des questions du statut personnel, donnant lieu à plus de litiges, en raison du nombre élevé d'unions contractées entre les résidents algériens surtout des pays d'Europe et les ressortissants de ces derniers à propos desquels les conflits nés de ces mariages sont soumis à la loi nationale lorsque les conjoints sont de nationalités différentes.

Les fondements sociaux, religieux, moraux et juridiques du mariage, font que sa réglementation diffère d'un pays à l'autre, de même que l'application de la *lex fori* conduit au nom de l'ordre public à l'éviction de la loi étrangère (*lex causae*).

Premièrement : les problèmes juridiques:

Le législateur algérien a, il est vrai, édicté des règles de conflit de lois applicables surtout au mariage mixte (arts 11,12 et 13 du Code Civil), la généralité et l'insuffisance de celles-ci, posent cependant des problèmes au juge qui ne peut pas toujours donner des suites à des situations concrètes :

1. En effet, quelle solution peut-il apporter en matière de conflit de lois, quant aux conditions de fond relatives à la validité du mariage ? Doit-il procéder à une application cumulative des lois en présence, ou plutôt une application distributive, surtout en ce qui concerne des questions fondamentales, telle la différence de religion, les empêchements au mariage, et la condition d'exemption de maladies contagieuses graves.

2. Qu'elles pourraient être les conséquences sur le mariage national suite au changement de nationalité de l'un ou des deux conjoints, qui transformerait celui-ci en un mariage mixte.

3. Il est un fait établi: la compétence juridictionnelle a une influence déterminante sur la désignation de la *lex causae* ; ainsi celle-ci sera différente, selon le *forum* où la procédure a été lancée. Cette situation peut pousser le conjoint qui ne souhaite pas voir s'appliquer la loi algérienne à recourir à la législation d'un autre pays pour échapper à la loi nationale compétente, et vice versa.

4. Certaines algériennes se marient à l'étranger avec des non-musulmans, ce mariage n'est pas valable au regard de la loi algérienne, mais n'empêche qu'il entraîne des effets juridiques réels. Comment les appréhender ?

Ces problèmes réels, ainsi que leurs considérations juridiques font que le mariage mixte soit l'un des sujets les plus complexes en matière de conflit de lois. L'analyse de la jurisprudence algérienne de la Cour suprême révèle la portée de sa maîtrise à travers les mécanismes des conflits de lois en matière de mariage mixte.

Deuxièmement : Dispositions et textes juridiques

Le législateur algérien a soumis la résolution du conflit de lois en matière de mariage mixte aux articles 11, 12, 13 et 19 du code civil, ainsi qu'à d'autres dispositions du code de l'état civil, relatives à la compétence du corps diplomatique et consulaire algérien, pour la célébration de ces mariages.

L'article 11 du Code civil prévoit que : « Les conditions de fond relative à la validité du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des deux conjoints ». L'application distributive est ainsi la plus appropriée ; chacun des conjoints devra répondre aux dispositions de sa loi nationale, sauf en ce

qui concerne les empêchements au mariage et également la condition d'exemption de maladies contagieuses graves où l'application cumulative apparaît la plus adaptée.

L'article 12 du code civil, à son tour, stipule que : « les effets personnels et matrimoniaux du mariage sont soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage.

La dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi nationale de l'époux, au moment de l'acte introductif de d'instance ».

Ce texte concerne les effets financiers et personnels du mariage (premier alinéa), et sa dissolution (deuxième alinéa). A noter, qu'en vertu de la modification apportée en 2005 au code de la famille, le législateur a inséré également la séparation de corps, bien qu'il s'agisse d'un régime établi par les lois occidentales, mais qui soulève des litiges dans les rapports de mariages mixtes, particulièrement l'exécution de ses effets en Algérie pendant la période de séparation, notamment en ce qui concerne la garde temporaire des enfants et le régime des fonds communs entre les conjoints.

Alors que l'article 13 du code civil, quant à lui, stipule que : « dans les cas prévus par les articles 11 et 12, si l'un des deux conjoints est algérien, au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier ».

Comme nous l'avons indiqué précédemment, bien que ce texte soit mentionné comme une exception aux dispositions des articles 11 et 12 du code civil, son application reste néanmoins prioritaire chaque fois qu'un des conjoints est algérien lors de la célébration du mariage, même si ce dernier change de nationalité plus tard. Par conséquent, mis à part la question de la capacité au mariage du conjoint étranger, qui reste toujours soumise à sa loi nationale, seule la loi algérienne est souveraine en ce qui

concerne la validité du mariage ainsi que ses effets et sa dissolution. L'importance du rattachement unilatéral à la *lex fori* algérienne réside dans le fait qu'il assure la validité du mariage, et l'établissement de ses effets ainsi que les moyens de sa dissolution, si les dispositions de la loi étrangère sont différentes de celles de la loi algérienne.

Quant à la forme du contrat de mariage, elle est soumise conformément à l'article 19 du code civil, à la loi du lieu où il a été célébré ou celle du domicile commun, ou à la loi nationale commune. La célébration du mariage mixte d'un algérien, relève quant à elle du ressort du corps diplomatique et consulaire algérien accrédité à l'étranger en vertu des dispositions du code de l'état civil.

Troisièmement - les solutions relevées dans la jurisprudence algérienne

Bien que les juges algériens appliquent souvent les dispositions des règles de conflits de lois contenues dans les articles 11 et 12 du code civil mentionnés ci-dessus, une analyse minutieuse des arrêts de la Cour suprême révélera que son application des règles de principe s'avère n'être ni stable ni constante, comme elle se réfère rarement à l'article 13 bien qu'il soit le critère d'attribution prioritaire chaque fois qu'un algérien est concerné par le mariage. Nous allons analyser quelques exemples des principes de la Cour suprême à cet égard.

1. En ce qui concerne le divorce en particulier, les magistrats de la cour suprême veillent de manière assidue, à l'application impérative de la loi algérienne, si l'époux est algérien, ceci, conformément à l'article 12 al 2 du code civil.

2. Pour ce qui est de la compétence des juridictions algériennes en matière de conflit dans les mariages mixtes, on constate que l'application des règles de principe par la Cour suprême n'est pas du tout constante, et nous ne trouvons

aucune interprétation juridique valable à ses décisions; la raison revient, selon nous, au fait que mis à part les articles 41 et 42 du code de procédure civile et administrative (reprises des articles 14 et 15 du code civil français), la loi algérienne – à l’instar de nombreuses lois d’ailleurs – ne prévoit pas assez de règles législatives à cet égard.

Dans une jurisprudence plus récente (arrêt du 14/03/2013), la Cour suprême a affirmé l’application des articles 22 et 12 du code civil dans un conflit de mariage mixte ou coïncidait le critère de rattachement avec le chef de compétence.

L’importance de cet arrêt et de ses résolutions, font qu’il mérite de s’y attarder.

A. faits et problème juridique :

Il est question dans cet arrêt d’un mariage conclu en Algérie, entre deux Algériens résidant à l’étranger ; étant donné la nationalité française de l’époux (en 2004), ce dernier a inscrit le mariage au niveau des services du ministère français des Affaires étrangères. Suite à un conflit conjugal, l’époux a engagé une action en divorce par volonté unilatérale, devant la justice algérienne. La femme de son côté avait saisi la justice française engageant une autre action en divorce, et avait soulevé d’une autre part l’exception de *litispendance* et de *connexité*, devant la justice algérienne, le litige étant pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître.

Le 27/10/2010 le tribunal algérien de première instance (tribunal de Bejaïa) a prononcé le divorce dans un jugement définitif; l’épouse avait recouru au pourvoi en cassation devant la Cour suprême en invoquant deux moyens : le premier faisait référence à l’exception d’incompétence (Il ressort de son contenu qu’elle invoquait l’incompétence juridictionnelle et l’incompétence

législative). Le second, quant à lui faisait référence au défaut de motifs.

B - problèmes juridiques soulevés:

Sur les deux moyens réunis, et s'agissant des compétences judiciaire et législative algériennes, et leurs évictions en faveur de la juridiction et de la loi française, le problème juridique tourne autour de la détermination de la juridiction compétente au niveau international. Il s'agit de savoir tout d'abord en quelles circonstances les tribunaux nationaux sont compétents pour statuer sur une relation privée présentant un caractère international. La considération de ce problème est pratiquement inséparable de celle des règles de conflits de lois, dites encore de compétence législative. Si, en effet, la relation matrimoniale était antérieurement purement nationale, elle a subi un changement du fait de l'acquisition par l'époux de la nationalité française (conflit législatif), et de la résidence en France du couple (conflit juridictionnel mais aussi législatif conformément à la loi française).

C. Evaluation de la solution juridique :

C-1: Sur la première question (la compétence juridictionnelle), il est bien connu que la loi algérienne n'a déterminé qu'un seul critère de rattachement : celui de la nationalité algérienne (arts 41 et 42 du code de procédure civile et administrative). Mis à part ce critère, il est établi par les juges et les spécialistes du droit international privé algériens, que le domaine d'application des règles de compétence locale s'étend au niveau international où celles-ci seront interprétées par analogie. En conséquence, les juridictions algériennes sont compétentes conformément à l'article 41 suscitée, tant que le mari est algérien, quelle que soit la nationalité de la femme et le domicile conjugal.

C -2: En ce qui concerne la deuxième question (la compétence législative), le critère de rattachement relatif à la dissolution du mariage est déterminé par les articles 12/ 2 et 13 du code civil, et la loi algérienne s'applique en vertu de l'article 13, tant que les conjoints étaient Algériens à la conclusion du mariage, indépendamment du fait que l'un d'eux ou même les deux aient acquis plus tard une nationalité étrangère.

C -3: Pour ce qui est de l'effet de la double nationalité du mari sur la compétence législative et judiciaire algérienne, l'article 22 du code civil a résolu le problème:

- Si les nationalités présentées par la personne sont toutes étrangères à celle du juge, c'est la nationalité effective qui sera prise en considération (22/ 1) du code civil

- Si la personne présente la nationalité algérienne parmi ses nationalités, cette personne sera considérée comme algérienne, et seule la loi algérienne sera appliquée.

Sur cette base, la compétence juridictionnelle et législative sera algérienne, et c'est cette solution qu'a retenue la Cour suprême étant donné que le mari est de nationalité algérienne.

Deuxième section : la garde des enfants

Institution propre au statut personnel, la question de la garde offre sur la scène internationale un terrain propice au conflit de lois lors de la dissolution du mariage. Tandis que certaines lois arabes lui consacrent un critère de rattachement spécifique, d'autres la considèrent plutôt comme l'un des effets de la dissolution du mariage et la soumettent à la loi de la dissolution. Cependant, dès lors que la garde est perçue comme un instrument de protection de l'enfant, son attribution exige la prise en compte des intérêts de celui-ci (articles 67/2 et 69 du Code de la famille).

Le législateur algérien de son côté n'a pas envisagé un critère de rattachement propre à la garde ; on peut donc déduire que le juge sera amené à privilégier le rattachement à la loi de la dissolution, s'agissant de ses effets. Et c'est cette solution qui a prévalu en droit comparé.

La question du droit de garde soulève un certain nombre de problèmes juridiques relatifs au mariage mixte, notamment si son titulaire est non-musulman ou résidant à l'étranger. L'analyse de quelques arrêts de la Cour suprême algérienne nous sera utile dans l'établissement de l'évolution de sa position à cet égard.

Dans sa décision rendue le 02.01.1989, la Cour suprême, en approuvant la cour d'appel, avait refusé l'exequatur d'un jugement étranger, qui attribuait la garde à la mère résidant à l'étranger. La Cour avait rendu sa décision sur la base d'un principe jurisprudentiel bien établi : « En cas de conflit parental au sujet de la garde des enfants, si l'un des parent réside dans un pays étranger non-musulman, la garde reviendrait à celui qui réside en Algérie, même s'il s'agit d'une mère non-musulmane ». Ainsi, la Cour suprême, avait Considéré que la présence de l'enfant à l'étranger allait altérer ses croyances et l'éloigner de sa religion et des coutumes des siens, et priver son père d'exercer son droit de visite et de surveillance. La jurisprudence algérienne de ce fait, considère que la résidence dans un pays non musulman constitue en matière de garde parentale une réserve d'ordre public, qui justifie le refus de l'accorder.

Dominée par un courant conservateur fidèle aux principes de l'Islam, la Cour suprême a adopté le même principe dans sa décision du 19/02/1990, suivie de celle du 26/12/2001. Elle avait confirmé à ce sujet qu'il était de l'intérêt de l'enfant de l'éduquer selon la religion de son père, considérant que la résidence de la

mère dans un pays étranger, privait le père de son droit de surveiller ses enfants, et de la possibilité de les visiter périodiquement. La Cour avait aussi considéré dans un autre arrêt, que la résidence en Algérie était implicitement exigée pour l'attribution de la garde, et que le transfert de résidence de la mère gardienne vers un pays étranger était soumis à l'approbation du juge pour la confirmation ou la destitution de son droit de garde, tout en tenant compte de l'intérêt de l'enfant conformément à l'article 69 du Code de la famille.

Cependant, dans une décision récente, bien que la gardienne ait acquis une nationalité étrangère et réside dans un pays étranger, non musulman, la Cour suprême a confirmé un arrêt qui lui avait accordé la garde de l'enfant, du fait qu'elle était musulmane.

Troisième section : la succession et le testament

Liés au patrimoine personnel, la succession et le testament sont deux régimes juridiques classés dans la loi algérienne – à l'instar des lois arabes – dans le statut personnel, contrairement aux lois occidentales où elles sont classées parmi les biens et les actes juridiques.

L'article 16/1 du code civil stipule que : "Les successions, testaments et autres dispositions à cause de mort son régis par la loi nationale du *de cuius* du testateur ou du disposant au moment du décès". Evidemment, l'exception d'ordre public international, permet au juge algérien de neutraliser cette règle de conflit en écartant la loi étrangère que celle-ci déclare compétente mais dont la teneur s'avère manifestement inacceptable au regard de l'ordre juridique du for. Aussi bien s'accorde-t-on à penser que l'application de la loi nationale étrangère du *de cuius* serait incompatible avec l'ordre public algérien, si celle-ci évinçait les filles de la succession, ou discriminait les héritiers selon la

couleur de leur peau, ou au contraire, si elle autorisait la succession entre musulmans et non-musulmans, ou la reconnaissait aux enfants illégitimes ou adoptés. En effet, toutes ces dispositions seraient contraires aux normes religieuses fondamentales, partie intégrante de l'ordre public.

Parmi les règles fondamentales des successions et testaments figurent celles stipulant que les mécréants n'héritent pas des musulmans et les musulmans n'héritent pas des mécréants même s'ils étaient mariés, de même pour les apostats; Les legs ne sont valables qu'au tiers de l'héritage, ce qui est en plus nécessite l'accord des héritiers, de même pour les legs en faveur d'un des héritiers; Les dispositions à cause de mort, comme la vente consentie par un malade dans la période aigue de la maladie qui a entraîné sa mort, sont soumises au régime de la succession.

Beaucoup d'individus essayent d'échapper à ces dispositions en créant des statuts juridiques fictifs contraires au régime de la succession et du testament. Il nous sera utile d'analyser la jurisprudence algérienne à ce sujet, en nous référant à deux décisions de justice qui malgré leur conformité au droit, manquaient de précision dans leurs motifs, en raison, à notre avis, de leur maîtrise insuffisante de l'application des mécanismes de conflits de lois.

La première affaire, jugée par la Cour suprême le 20/ 03/ 1968, est relative au testament formel établi par une femme en 1941, ou elle léguait tous ses biens à une autre femme, en choisissant la loi française comme *lex contractus*. La deuxième affaire quant à elle a été jugée le 17/10/1990 par la Cour suprême, au sujet d'un testament daté du 10/10/1952, établi par un musulman d'origine algérienne pour léguer la totalité de ses biens à son épouse, en déclarant le choix de la loi française qui autorisait cette démarche comme *lex contractus*; et mourut en 1956.

En dépit de la similitude des faits et l'unité des problèmes et solutions juridiques, la base légale, n'était pas assez maîtrisée.

Dans la première affaire, la Cour suprême avait justifié sa décision d'écartier le choix de l'application de la loi française, sur le fait qu' « il [ce choix] est interdit dans les contrats unilatéraux qui portent sur les droits acquis des tiers par la loi naturellement applicable ». Autrement dit, le choix de la *lex contractus* en vertu du principe de l'autonomie de la volonté est limité aux contrats bilatéraux, les contrats unilatéraux (les testaments) quant à eux, sont soumis à la loi nationale (c.à.d les dispositions du droit musulman dans le temps). C'est ainsi que la Cour suprême a confirmé la décision attaquée et a ramené le testament au tiers permis légalement.

Dans la deuxième affaire, et à travers les moyens invoqués par les parties, pris de la violation de l'article 16 du code civil, mais dont l'interprétation diffère selon leurs intérêts opposés. La Cour suprême n'a pas suffisamment justifié sa décision conformément au contenu du texte de l'article et son appréciation, ni définit la base légale de l'éviction de la loi étrangère. Bien qu'elle ait annulé l'arrêt attaqué, qui a approuvé la validité du testament, et donc la dévolution de la totalité de la succession à sa femme seule.

Le véritable problème juridique qui se pose dans les deux affaires, concerne la base légale de l'éviction de la loi choisie, sachant que le choix de cette dernière (la loi française), était dans le temps permis, par conséquent, les deux testaments étaient valides

Le conflit des lois dont il est question dans les deux cas est né lorsque deux lois régissant le même statut juridique se sont succédées à des moments différents sur un régime juridique, la première est celle de sa création (la loi française), la seconde (la loi algérienne actuelle) quant à elle est souveraine au moment

du litige ou de la prétention de l'application de la première loi, c.à.d. celle dont le droit a été acquis en conformité à ses dispositions.

Et comme nous le savons, conformément aux principes de conflit de lois, il n'est pas permis de se prévaloir d'un droit acquis en conformité à une disposition contraire à l'ordre public du for.

Il apparaît clairement des deux arrêts, que l'éviction de la loi compétente (*lex contractus*) s'est faite suite au jeu de l'exception d'ordre public. Les deux arrêts ont fait allusion à cela de façon indirecte