

UNIVERSITE Lille 2- droit et santé.

Ecole doctorale n° 74.

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales.

LABBÉ Marie-Aude

Droit International Privé et politique d'immigration :
L'exemple de la polygamie.

Sous la direction de madame BOTTIAU.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LE DECLIN DES EFFETS RECONNUS AUX UNIONS POLYGAMIQUES EN FRANCE

I) LES MANIFESTATIONS DE LA POLYGAMIE EN FRANCE

A) LA POLYGAMIE IMPOSEE

B) LES EFFETS DES UNIONS POLYGAMIQUES VALABLEMENT CONTRACTEES A L'ETRANGER

II) LA LIMITATION DES EFFETS DE LA POLYGAMIE

A) LA LIMITATION DE CES EFFETS PAR LE DROIT DES ETRANGERS

B) L'ABSENCE DE PROTECTION CONVENTIONNELLE DE CES UNIONS

SECONDE PARTIE : LA REMISE EN CAUSE D'UNE REGLE DE CONFLIT

I) LA FRAGILISATION DE LA VALEUR JURIDIQUE DE CETTE REGLE DE CONFLIT

A) LE DEVELOPEMENT DU TERRITORIALISME

B) UNE LOI NATIONALE FREQUEMMENT EVINCEE

II) UN MAINTIEN SOUHAITABLE DE LA SOLUTION

A) DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION PRESENTANT ELLES AUSSI CERTAINS INCONVENIENTS

B) UNE REGLE DE CONFLIT VIABLE

Depuis des décennies l'intégration des immigrés en France constitue un objectif et un idéal politique. Cette intégration passe par la reconnaissance des droits de l'étranger, droits d'ordre privé, mais aussi libertés publiques et droits fondamentaux. Elle fait donc coexister deux domaines législatifs : le domaine public (à travers la mise en œuvre d'une politique d'immigration et l'élaboration du droit des étrangers) et le domaine privé (c'est-à-dire l'évolution du droit international privé), auxquels il est d'usage d'accorder une grande indépendance. Ainsi, ce concept très vague de l'intégration, qui fait l'objet de nombreux ouvrages de sociologie,¹ soulève la question de l'impact que pourrait avoir la politique d'immigration sur le droit international privé français.

L'exemple de la polygamie se situe au cœur de cette problématique. La polygamie désigne la pluralité d'unions. Cette « pluralité d'unions (...) s'applique tout autant à la polygynie – union d'un homme et de plusieurs femmes- qu'à la polyandrie –union d'une femme et de plusieurs hommes. »² Il existe, de par le monde, différentes formes de polygamie. On trouve en effet en Afrique noire, dans la société Bashilele traditionnelle, des cas de polyandrie. Dans certaines régions de Chine la tradition d'une polygamie hiérarchisée a perduré³. Pour cette étude, nous ne nous référerons qu'au système de polygamie qui se pratique en Afrique, et tout particulièrement en Afrique du Nord, car, en raison des liens très étroits qui unissent la France avec les pays du Maghreb, c'est à cette forme de polygamie que les magistrats français se trouvent actuellement confrontés.

La polygamie est une institution privée du droit de la famille, tout comme le mariage, le divorce, ou la répudiation. Cependant, cette institution, à l'inverse de la répudiation, ne se trouve pas confinée à la sphère intime et secrète de la famille. Elle illustre au contraire l'analyse faite par le Haut conseil à l'intégration selon lequel : « lorsque s'accroît notablement l'effectif des personnes pouvant légitimement se réclamer, en France, de systèmes juridiques profondément différents du droit français, les conflits de lois risquent de quitter la sphère purement privée des litiges

¹ Parmi les ouvrages consacrés au sujet, voir notamment : SCHNAPPER (D), *La France de l'intégration*, NRF, Gallimard, 1991.

² BOURDELOIS (B), *Mariage polygamique et droit positif français*, Joly 1993, p 3.

³ BOURDELOIS (B), *op.cit.*, p 4.

entre personnes pour faire irruption sur la scène publique »⁴. C'est ainsi qu', « en raison de ses incidences numériques et financières supposées »⁵, elle a fourni un argument, non dénué d'arrière-pensées politiques, dans le débat public qui a conduit à interdire le regroupement familial aux polygames⁶. La politique d'immigration actuelle fait obstacle à l'exercice d'un droit que les polygames avaient acquis par le truchement des règles du droit international privé, celui de se prévaloir de leur union valablement célébrée à l'étranger. En effet, que vaut cette union dès lors qu'on la prive de son essence, le droit de vivre ensemble ? Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993, les femmes polygames ayant obtenu leur titre de séjour grâce au regroupement familial vivent en situation précaire, ne sachant pas si elles pourront obtenir un titre de séjour, voire en situation totalement irrégulière⁷, alors que notre droit international privé reconnaît la validité de cette union lorsqu'elle est valablement contractée à l'étranger. Depuis le mois d'août 2003, cette précarité touche en principe toutes les unions polygames. La coordination entre l'évolution des politiques d'immigration (et du droit des étrangers en général), du droit public, et du droit international privé, face à la réception en France des unions polygamiques, est donc un problème qui se pose actuellement.

La France a connu de fortes périodes d'immigration (de 1851 à 1880, de 1918 à 1939 et de 1945 à 1974, période des « Trente Glorieuses »)⁸ durant lesquelles la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers a été soit inexistante, soit inappliquée (l'inverse se produisant pendant les phases de reflux). Durant ces périodes d'immigration, la venue de la famille du travailleur immigré ne posait aucune difficulté. Le problème de la polygamie était tout au plus une question de droit privé mais n'intéressait en rien les autorités publiques. Depuis 1980, la politique d'immigration française a pour objectif de contrôler l'immigration et le droit des étrangers se développe dans ce sens. La population immigrée apparaît en effet comme une charge pour l'Etat dans

⁴ FARGE (M), *Le statut familial des étrangers, de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p 40.

⁵ DEPREZ (J), « Statut personnels et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé », in *Famille, Islam, Europe*, L'harmattan, 1996, p 83.

⁶ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, article 23 modifiant l'article 30 de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

⁷ Douai, 12 novembre 2002, *AJDA* 2003, p 851, sur le non renouvellement de la carte de résident à une étrangère en situation de polygamie.

⁸ D'HAËM (R), *L'entrée et le séjour des immigrés en France*, Que sais-je, PUF, 1999, p 11.

un contexte de crise économique. De nombreuses réformes sont dès lors intervenues afin de modifier l'ordonnance du 2 novembre 1945⁹, toutes ayant pour but de restreindre l'immigration, et notamment l'immigration clandestine¹⁰. Des mesures ont été prises afin de limiter l'immigration due au regroupement familial, celle-ci étant aujourd'hui l'une des principales causes d'immigration¹¹. L'interdiction du regroupement familial pour les polygames est une des nombreuses mesures adoptées afin de restreindre l'immigration. Cependant, la seule volonté de restreindre l'immigration ne suffit pas à expliquer ce choix politique. Le nombre de familles polygames est d'ailleurs faible. Il est malheureusement difficile de l'évaluer, car comme le souligne le Haut conseil à l'intégration¹² « ce sujet est caractérisé par la relative discrétion des sociologues et des juristes ». Monsieur Déprez¹³ a lui aussi évoqué les difficultés qu'il y a à mesurer le développement de cette institution en France : « Les données numériques font ici défaut, mais il ne faut pas oublier que la polygamie reste un phénomène marginal, ne serait-ce que pour des raisons économiques (un musulman n'étant autorisé à prendre plusieurs épouses que lorsqu'il est capable de les entretenir toutes, sans discrimination envers l'une ou l'autre¹⁴), même si le cas de « l'autre femme » vivant au pays natal ou même celui de plusieurs épouses résidant en France n'est pas hypothétique ». Si le problème ne concerne certainement qu'une minorité (la polygamie dans les pays de droit musulman se faisant là aussi de plus en plus rare), sans doute existe-t-il une crainte (parfois entretenue à dessein par les courants extrémistes) du développement de ces unions qui accompagnerait le retour aux traditions constaté chez certains immigrés musulmans. Mais cette modification du droit des étrangers face à ces familles connaît d'autres justifications, notamment celle de la recherche de leur meilleure intégration.

⁹ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹⁰ Lois Pasqua n° 93-1027 et 93-1147 du 24 août et du 30 décembre 1993, nouvelle loi Pasqua n°94-1136 du 27 décembre 1994, JO 28 déc. 1994 ; loi Debré n°97-396 du 24 avril 1997, loi Chevènement du 12 mai 1998, JO n° 109 et loi Sarkozy n° 2003-1119 du 26 novembre 2002.

¹¹ JAULT-SESEKE (F), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ, 1996, p 12 : « Il permet à plus de 30000 personnes d'entrer en France chaque année et si l'on tient compte des familles de Français, de réfugiés et d'apatrides, se chiffre est multiplié par deux ».

¹² Voir son récent rapport intitulé « les droits des femmes issues de l'immigration ». Avis au Premier Ministre du 2 juillet 2002, p 3 ; http://www.cfdt.fr/actu/societe/societe_081.htm.

¹³ RCDIP 1991, p 703, note sous Cass. Soc. 8 mars 1990.

¹⁴ Béatrice Bourdelois rappelle dans l'introduction de sa thèse (*op.cit.*, p 5) que la pratique de la polygamie, dans les pays d'Afrique du Nord ou d'Afrique noire, qui sont organisés sous la forme de sociétés patriarcales, véhicule l'idée de richesse et de puissance : « le nombre de femme non seulement démontre la richesse de l'époux, mais aussi est un facteur d'enrichissement par la main d'œuvre qu'il procure. La restriction de la pratique de la polygamie se fait, dans ces sociétés, par l'argent. ».

Si la politique d'immigration varie au cours des décennies, depuis l'immédiate après-guerre la volonté d'intégration des immigrés est permanente. Elle est ressentie comme une nécessité car, à l'inverse du début du siècle, le départ de l'étranger est souvent définitif et collectif (la famille suit). Ne pouvant réussir chez lui, il décide de tenter sa chance ailleurs (pour les maghrébins l'exil au-delà de la Méditerranée semble alors la seule issue). La recherche de l'intégration s'est traduite par la reconnaissance des droits de l'étranger, notamment sur le plan de sa vie familiale. La première pierre de l'édifice a ainsi été posée en droit interne, sous la forme de l'article 3 du décret du 24 décembre 1945¹⁵, qui confiait au ministère de la Population et de la Santé publique créé par le Général de Gaulle, la mission de « faciliter l'établissement familial des étrangers ». Ce décret sera relayé en 1947 par des circulaires du ministre de la Santé, qui insistent sur l'importance du regroupement familial pour « l'intégration de la famille dans l'ensemble du corps social français »¹⁶. Depuis, le droit pour l'étranger de vivre en famille a été élevé au rang de droit fondamental¹⁷. Si cette intégration signifiait la nécessité d'une vie de famille, il a été jugé que cette famille devait être à l'image des familles occidentales. La polygamie a ainsi été considérée comme un stigmate prouvant le défaut d'intégration de celui ou celle qui l'exerçait. « L'éradication de la polygamie chez les populations immigrées était une condition impérative de leur intégration à la société française », peut-on lire dans la revue *Plein droit* de novembre 2001¹⁸. L'intégration recherchée par le regroupement familial ne se réalise, en effet, que si les valeurs de la société française sont respectées.¹⁹ D'ailleurs, selon les articles 39 et 69 du Code de la nationalité, l'état de polygamie témoigne d'un défaut d'assimilation qui autorise l'administration à s'opposer à l'acquisition de la nationalité française, par mariage

¹⁵ JO 24 déc. 1945, p 8559.

¹⁶ Circ du 9 nov. 1993, citée par LABAYLE (H), in « Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale », *RFDA* 1993, p 514. : « Le regroupement familial est un facteur essentiel de l'intégration des populations immigrées et il concourt de ce fait à cet objectif essentiel de l'action des pouvoirs publics. ».

¹⁷ Cons.const. 13 août 1993, *RCDIP*, 1993, p 597. Sur le problème de l'atteinte au caractère fondamental de ce droit : VANDENDRISSCHE (X), « Le droit à la vie familiale est-il un droit fondamental ? », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, p 54, LGDJ, 1993.

¹⁸ Dans ce sens, GUIMEZANES (N), « Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité », *JDI*, I, 1994, p 78 : « la polygamie a été éradiquée car elle manifeste un défaut d'intégration dans la société française », elle est « l'expression d'un défaut, sinon d'un refus, d'intégration à la société française ». Voir aussi, ANCEL (B), « Le statut de la femme polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993, p 105.

¹⁹ Circ.inter-min. 24 septembre 1993.

comme par naturalisation. Dans ce cas, l'étranger polygame est réputé ne pas avoir assimilé les usages et les mœurs de notre pays. Le Conseil d'Etat a cependant précisé que ce défaut d'assimilation n'était caractérisé qu'en cas de polygamie de fait, une personne mariée sous le régime polygame mais monogame dans les faits ne montrant pas un défaut d'assimilation²⁰. L'interdiction du regroupement familial et de l'obtention d'un titre de séjour pour les polygames²¹ met fin (de façon sans doute trop radicale), à une cohabitation culturelle jugée utopique, à ce que Emmanuel Todd désignerait par « une négation irréaliste des différences de mœurs objectives »²².

Si la suppression de la polygamie en France permettra à long terme une meilleure assimilation des immigrés, à court terme elle pourrait être dangereuse pour les secondes épouses qui se retrouvent contraintes, comme le titrait un article du *Monde* à « divorcer ou vivre sans papier²³ ». Il est vrai que de nombreuses associations de femmes africaines dénonçaient la polygamie, celle-ci les contraignant à une cohabitation insupportable avec les autres épouses. Sont ainsi décrites des conditions d'existence très difficiles dans des logements sur-occupés et des rivalités entre coépouses engendrant parfois des tensions dramatiques²⁴. Mais avec l'interdiction de la polygamie, une fois de plus, ces femmes se retrouvent en situation de victimes. En effet soit elles ne « décohabitent » pas (selon la terminologie administrative) et seront très vite considérées comme étant en situation irrégulière, soit elles se séparent de leur mari et cherchent à vivre de façon autonome. Elles rencontreront alors d'innombrables difficultés : difficultés pour se loger, difficultés financières (à quoi auront-elle droit si leur union est dissoute par une répudiation ?), précarité, puisqu'elles ne seront dans tous les cas pas certaines de voir leur titre de séjour se renouveler, et souvent ignorance de leurs droits. L'intégration des femmes immigrées a donc été une fois de plus mise de côté. Pourquoi ne pas instaurer, comme l'a suggéré le Haut conseil à l'intégration²⁵, la remise à titre individuel de la carte de résident pour ces femmes ? De plus, afin d'atteindre réellement l'objectif d'intégration annoncé par les réformateurs, la seule éradication de la polygamie n'est

²⁰ CE, 24 janvier 1994, *D* 1995, p 108.

²¹ Articles 15 bis et 30 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, *op.cit.* (note n° 6).

²² TODD (E), *Le destin des immigrés*, Points, 1994, p 388.

²³ Le Monde daté 9 février 2002, article de Bertrand BISSUEL : « Divorcer ou vivre sans papier : le dilemme des femmes de polygames ».

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Rapport du Haut conseil à l'intégration, *op. cit.* (note n° 12), p 21.

pas suffisante. Le Haut Conseil à l'intégration a en effet récemment rappelé au gouvernement toutes les difficultés des femmes immigrées lorsqu'elles se trouvent confrontées à la persistance de traditions telles que le mariage forcé, la répudiation, l'excision ou encore le retrait de leurs enfants. De toute évidence, un grand travail doit encore être accompli pour l'intégration des femmes immigrées.

Plus qu'un problème d'intégration, la polygamie provoque aussi un rejet moral. « L'Islam, avec sa polygamie, fût-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit²⁶. » Le doyen Carbonnier exprimait ainsi toute la répulsion d'une civilisation envers cette institution. Pourquoi un tel rejet ? Un polygame est un homme marié simultanément à plusieurs femmes.²⁷ La polygamie, fondée sur la tradition coranique²⁸, est autorisée dans la plupart des pays arabes. Il existe différentes formes de polygamie et, dans des pays tel que le Maroc, celle-ci est encadrée de manière à offrir plus de protection à la femme²⁹. En France, la polygamie successive est autorisée, puisque toute personne peut divorcer et se remarier. Certains auteurs³⁰ voient dans la reconnaissance des effets du concubinage (notamment l'indemnisation de la concubine d'un homme marié victime d'un accident³¹) une tolérance envers l'expression d'une forme de polygamie. Ainsi, il semblait naturel à madame Poisson-Drocourt³² que le juge français se montrât indulgent face aux unions polygamiques à une époque où, dans l'ordre interne des situations pouvant être rapprochées de la polygamie sont permises. Elle rappelle ainsi

²⁶ CARBONNIER (J), « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *mélanges Ripert*, Dalloz, 1950, p 341.

²⁷ Définition du Larousse en cinq volumes, éd. 1998.

²⁸ Selon le Coran (33 ; 50), cité par M'SALHA (M), *RIDC*, 2001, p 171, le messager de Dieu aux Arabes avait le droit d'épouser autant de femmes qu'il voulait. Aucune limitation de nombre n'est prévue dans le Coran à ce propos : « ...c'est là un privilège pour toi à l'exclusion des autres croyants... ». Mr M'SALHA explique en outre que, « pour ce qui est des autres musulmans, les juristes se sont basés sur le troisième verset de la quatrième sourate du Coran pour permettre la pratique polygamique ».

²⁹ Monsieur M' SALHA, dans son article précité, explique que l'article 29 du Code du statut personnel marocain autorise le recours à la polygamie mais que, dans un souci de protection de la femme, l'article 30 dispose : « dans tous les cas, si une injustice est à craindre envers les épouses, le juge refusera l'autorisation de la polygamie » et « la femme a le droit de demander à son futur mari de s'engager à ne pas lui adjoindre une coépouse et à lui reconnaître le droit de dissolution du mariage au cas où cet engagement serait violé ». Enfin, pour que la femme puisse s'engager en connaissance de cause, il est également stipulé que « la première épouse doit être avisée de l'intention de son époux de lui joindre une autre épouse. De même cette dernière doit être avisée que son époux est déjà marié ».

³⁰ ANCEL (B), « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, op.cit.* (note n°17), p 105.

³¹ Riom, 9 nov. 1978, *JCP*, 1979.II, p 19107, note ALMAIRAC.

³² D 1980, p 549, note sous cass.civ. 3 janvier 1980 et 18 décembre 1979.

que depuis 1975³³ l'adultère n'est plus un délit, ni une cause péremptoire de divorce, que la loi du 3 janvier 1972³⁴ accorde à l'enfant adultérin, concurremment avec le conjoint et les enfants légitimes, des droits successoraux, qu'un divorcé peut être tenu au même moment d'une obligation alimentaire envers ses conjoints successifs, ou encore que, si un mariage entaché de bigamie est déclaré nul et putatif après le décès de l'un des conjoints, l'autre viendra à sa succession en concours avec le conjoint dont le mariage est valable. Ce mode de vie ne nous serait donc pas aussi étranger que veut le laisser entendre le doyen Carbonnier ? En réalité, ce qui est rejeté dans l'institution de la polygamie est le privilège masculin qu'elle traduit. A la différence du concubinage, la polygamie est une institution inégalitaire car elle n'est ouverte qu'à l'homme. La simple arithmétique révèle une inégalité quantitative mais aussi qualitative : un homme peut « valoir » jusqu'à quatre femmes. Derrière cette multiplication des mariages se cache une inégalité plus fondamentale : le simple fait de la masculinité assure la suprématie et confère l'autorité sur la femme. « Comme le père dispose de ses filles, le mari domine ses épouses « en vertu de la préférence que Dieu leur a accordé sur elles. » »³⁵. Cette institution est donc contraire au principe de non discrimination entre l'homme et la femme consacré par le préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁶, l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme³⁷ et la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes³⁸. Cet argument confirme l'inévitable fin de la polygamie en France. Récemment, le législateur a d'ailleurs supprimé la polygamie (et la répudiation) à Mayotte malgré la reconnaissance du statut local spécifique (à majorité musulmane).³⁹

³³ Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/AREAR.htm>

³⁴ Loi n°72-3 du 3 janvier 1972, <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/AREAA.htm>

³⁵ ANCEL (B), *loc.cit* (note n°30).

³⁶ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 217 A (II), 10 décembre 1948 ; <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>.

³⁷ Conventions Européenne de Sauvegarde Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950 ; <http://www.justice.gouv.fr/textfond/europol1.htm>.

³⁸ Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Résolution 34/180 du 18 décembre 1979 en vigueur le 3 septembre 1981 ; <http://untreaty.un.org/French/TreatyEvent2001/1.htm>.

³⁹ Loi n° 2003-660, 21 juill. 2003, de programme pour l'outre-mer : *JO*, 22 juill. 2003. Le législateur a toutefois prévu un régime de transition relativement doux puisque la loi n'entrera en vigueur qu'à partir du 1^{er} janvier 2005 et seulement pour les personnes qui accéderont alors à l'âge requis pour se marier. Le législateur ne mettant pas fin à la situation de polygamie actuelle et laissant le choix aux personnes qui ont déjà l'âge requis pour se marier.

Ce mouvement de rejet de la polygamie est pourtant récent. Celle-ci, à l'instar de la répudiation, a longtemps bénéficié d'une large tolérance devant le for français. La réception en France de ces institutions est la conséquence de la mise en œuvre de la tradition « nationaliste », appelée aussi « personnaliste » du droit international privé français. Celle-ci signifie que c'est la loi de la nationalité d'une personne qui est compétente pour régir les questions relatives à son statut personnel. En droit français le statut personnel couvre l'état et la capacité. Cette règle du droit international privé est tirée de l'article 3 alinéa 3 du Code civil qui dispose : « les Lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers. » Très vite cet article fut bilatéralisé. On considéra donc que l'étranger résidant en France était lui aussi soumis à sa loi nationale. Appliquée au mariage, cette règle a pour conséquence que celui-ci n'est valide que si les lois des deux époux appliquées cumulativement le permettent. Quant aux effets du mariage, ils sont soumis à la loi de la nationalité commune des époux, à défaut à la loi du domicile commun des époux, ou à loi du for qui a vocation subsidiaire⁴⁰.

Différents arguments justifient l'application de la loi nationale : le respect de l'identité culturelle, la permanence et la certitude de la nationalité ; autant légitiment la compétence de la loi du domicile : l'assimilation de l'immigré à son pays d'adoption, la coïncidence des compétences juridictionnelles et législatives, l'unité de la loi applicable aux familles « mixte »...⁴¹ Certains pays (notamment les pays de Common law) ont été influencés par le territorialisme, d'autres (la plupart des pays d'Europe) ont opté pour le nationalisme⁴². Mais peu importe la voie qui a été empruntée, l'essentiel étant d'obtenir un ensemble cohérent. Les positions contradictoires de deux domaines du droit international privé (entendu en son sens large), celui du droit des étrangers interdisant la polygamie en France, et celui des règles de conflit de lois permettant sa reconnaissance, mettent sérieusement en cause la cohérence de notre système. La coexistence de deux droits antagonistes étant difficilement viable, chacun d'eux aura nécessairement un impact sur l'évolution et

⁴⁰ Arrêt Rivière, 17 avril 1953, *D* 1953.1, p 181, note BATIFFOL ; *JCP*, 1953.II, p 7863, note BUCHET ; *RCDIP* 1953, p 412, note BATIFFOL ; *JDI*, 1953, p 860, note PLAISANT.

⁴¹ Sur les avantages de la loi du domicile ou de la loi de la nationalité : LOUSSOUARN et BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz 2001, p 173.

⁴² AUDIT (B), *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} éd., coll. Droit civil, 2000, p 113 et s.

la mise en œuvre de l'autre. Quel sera l'impact du droit des étrangers sur l'évolution du droit international privé face aux unions polygamiques ?

Jusqu'à une dizaine d'années les effets de la polygamie étaient politiquement tolérés en France. Aucune divergence n'apparaissait entre un droit des étrangers indifférent à cette question et le droit international privé relativement peu troublé par la cohabitation insolite de deux systèmes juridiques antagonistes. L'acceptation d'institutions contraires aux valeurs de la République risquait de devenir une aberration politique à l'heure où, dans les pays de droit musulman, nombreux sont ceux qui militent pour un abandon de ces institutions et pour une occidentalisation de leur droit. La loi Pasqua, à l'instar du droit communautaire et européen, a mis fin à la tolérance des autorités publiques envers l'installation en France de familles polygames. On assistera donc rapidement au déclin des effets des unions polygamiques en France. Mais aucune réforme n'a été entreprise pour adapter le droit international privé à ce changement. Le rejet de la polygamie assumé par le droit des étrangers n'a pas été soutenu par le droit privé qui, en théorie et dans une certaine mesure, tolère que les institutions de la polygamie et de la répudiation soient reconnues en France. Cet état de fait risque d'avoir des conséquences intolérables si l'éradication de la polygamie devait passer par une recrudescence des répudiations, toujours reconnues par le droit international privé⁴³! Fort heureusement, par cinq arrêts de principe⁴⁴, la Cour de cassation a récemment affirmé que l'ordre public international s'opposait, à la reconnaissance des effets de la répudiation, contraire au principe d'égalité des époux consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors du moins que la femme était domiciliée en France. L'harmonie du statut personnel des étrangers polygames en reste néanmoins ébranlée. Quelle sera la réaction du droit international privé face à cette réforme du droit des étrangers ? L'évolution de la politique d'immigration aura-t-elle et doit-elle avoir un impact sur notre droit international privé ? Cette question serait sans intérêt si l'on ne tentait pas de prendre conscience et d'évaluer l'ampleur et la nature du contentieux lié à la polygamie en droit des conflits de loi et en droit des étrangers, ainsi que les positions

⁴³ Une partie de la doctrine a en effet soutenue que l'ordre juridique français devait accepter la polygamie s'il ne voulait pas faire le lit de la répudiation. Voir LAGARDE, *RFDA*, 1996, p 532 note sous TA Besançon, 29 juin 1995.

⁴⁴ Cass.civ. 17 février 2004, *D* 2004, n° 12, p 815 et s.

antagonistes de ces deux domaines du droit international privé⁴⁵ face à cette institution. Nous décrirons ainsi le déclin des effets des unions polygamiques en France dans une première partie. Ce n'est qu'après avoir dressé un bilan du droit positif concernant cette question que nous pourrons y porter un regard plus prospectif, afin de savoir si l'évolution de la politique d'immigration pourrait avoir des conséquences sur le droit international privé français et plus précisément sur la règle de conflit de lois applicable aux unions polygamiques. Nous constaterons ainsi, dans une seconde partie, la remise en cause de cette règle de conflit.

PREMIERE PARTIE : LE DECLIN DES EFFETS RECONNUS AUX UNIONS POLYGAMIQUES EN FRANCE

Si la polygamie est, en France, un phénomène marginal, certains de ces effets sont encore invoqués devant le juge français. Des manifestations de la polygamie perdurent donc sous différents aspects (I). Elles sont cependant fortement limitées aujourd'hui (II).

I) LES MANIFESTATIONS DE LA POLYGAMIE EN FRANCE

Le juge français peut se retrouver confronté à une situation de polygamie dans différents contextes. Tout d'abord, il peut se trouver face à une épouse à qui l'union polygamique a été imposée et qui veut se dégager de cette union. Il s'agit donc ici du contexte d'une polygamie non-consentie, où la femme se retrouve « prise dans une

⁴⁵ Entendu en son sens large.

union polygamique, comme prise au piège »⁴⁶ (A). Il peut ensuite s'agir d'une union polygamique contractée valablement à l'étranger et dont l'une des épouses réclame les effets devant le juge français (B). Dans ce dernier cas la co-épouse demanderesse n'est pas prise au piège dans ce mariage polygamique, elle connaît souvent dès le jour de son mariage, la condition qui sera la sienne. Elle attend simplement du juge français qu'il fasse produire à cette union certains effets.

A) LA POLYGAMIE IMPOSEE

Comment est-il possible qu'une femme, française ou étrangère se retrouve, malgré elle, engagée dans une union polygamique ? Une telle hypothèse s'explique par l'existence d'une philosophie de tolérance en droit international privé (1) Quels sont les moyens d'action pour une femme se retrouvant dans une telle situation ? (2)

1) DES PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE FONDES SUR UN ESPRIT DE TOLERANCE

La coexistence de deux principes du droit international privé, inspirés d'une philosophie d'accueil et de tolérance de la loi étrangère, explique que la situation d'une femme impliquée malgré elle dans une union polygamique soit possible. Ces deux principes sont, tout d'abord, celui de l'ordre public atténué (a), et ensuite, celui de l'application distributive des lois nationales (b).

a- le principe de l'ordre public atténué

Si une femme se retrouve prise, malgré elle, dans une union polygamique, c'est que cette dernière lui est opposable, que le juge français considère cette union comme valide. Or, selon une jurisprudence constante, les unions polygamiques célébrées sur le territoire français n'ont jamais été considérées comme valides. Un tel engagement

⁴⁶ ANCEL (B), *loc.cit.* (note n°18).

est nul car il est contraire à l'ordre public.⁴⁷ Il s'oppose en effet à la conception fondamentale du mariage exprimée en France dans l'article 147 du Code civil qui dispose : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».⁴⁸

En revanche, si un homme contracte, en conformité avec son statut personnel, une union polygamique à l'étranger, celle-ci pourra être considérée par le juge français comme valide, et donc, opposable à la première épouse. Cette solution se justifie par le principe de l'ordre public atténué. Ce principe est apparu de façon empirique au XIX^{ème} siècle⁴⁹ et a été formulé en 1953 dans l'arrêt Rivière⁵⁰. Il a permis l'ouverture de la France aux institutions originellement contraires à l'ordre public international français, tel que la polygamie. L'essence de ce principe tient dans la nécessité de respecter les droits acquis à l'étranger. Ce principe apparaît nécessaire pour assurer à chaque individu une continuité de son statut personnel, par-delà ses déplacements à travers différents pays. C'est aussi le respect de la souveraineté étrangère qui exige de ne pas remettre en question l'application qu'un Etat étranger a fait de son droit.⁵¹ L'ordre public atténué s'applique à la question de savoir si le contrat de mariage est valide ou est nul. A l'inverse, c'est l'effet plein de l'ordre public qui pourra éventuellement être mis en œuvre par le juge français afin de vérifier s'il peut déduire de ce mariage les droits, devoirs et obligations qui lui sont liés.⁵²

Le grand libéralisme des années soixante et soixante-dix a conduit à l'utilisation systématique du principe de l'ordre public atténué, si bien que le respect des droits acquis était octroyé sans même que le soupçon de fraude à la loi soit éveillé dans l'esprit des juges.

⁴⁷ Grenoble, 23 janv. 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 54, note LECUYER.

⁴⁸ Paris, 2 fév. 1956, *JCP* 56.II, p 9229 note P.G. ; Lyon, 21 mars 1974, *D.*75, p 9 note GHIHO ; TGI Paris 22 janvier 1968, *JDI* 1969, p 406 note KAHN.

⁴⁹ Cass. Civ. 28 février 1860, Bulkley, *D.* 1960.1, p 210 concl. DUPIN ; ANCEL et LEQUETTE, *GAJDIP*, Dalloz, 4^{ème} éd.2001, n°4.

⁵⁰ Cass. Civ. 17 avril 1953, *op.cit.* (note n°38) : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger. ».

⁵¹ GRAULICH, in *RCDIP*, 1975, p 59, rapporte ce passage de l'ouvrage de Mr L. VON BAR, *Theorie und Praxis des IPR*, 2^{ème} éd. 1890 : « le seul droit que nous puissions jamais avoir, c'est de (...) trancher et de supprimer ces rameaux et ces rejetons [d'une situation créée à l'étranger] qui se produisent sur notre territoire : le tronc qui se retrouve dans le ressort d'une autre souveraineté [nous] échappe (...) ».

⁵² Le problème de la contrariété à l'ordre public des effets du mariage polygame valablement célébré à l'étranger sera abordé plus loin.

La jurisprudence s'est par la suite montrée plus nuancée dans la reconnaissance de l'opposabilité par une seconde épouse des effets d'un mariage valablement contracté à l'étranger. La cour de cassation ne semble plus appliquer de façon systématique l'ordre public atténué car elle combine en quelque sorte ce principe avec celui de l'ordre public de proximité. Ainsi les juges considèrent que si certains effets des unions polygamiques peuvent se produire en France, ils ne peuvent être opposés à la première épouse si celle-ci est française. Le professeur Lagarde rapproche cette démarche consistant à faire valoir l'idée de proximité de la situation avec le for de la notion allemande de *Inlandsbeziehung*. L'*Inlandsbeziehung* signifie que l'ordre public est relatif et intervient avec plus de force contre une loi étrangère choquante lorsqu'il existe des liens étroits entre la situation et le for.

Puisque cette démarche est appliquée aux effets du mariage, on peut penser qu'un tel raisonnement est applicable à sa validité. En effet, le limiter aux seuls effets de l'union semble une position hypocrite car qu'est-ce qu'un mariage valide s'il est dénué de tous ses effets ? Certes, considérer systématiquement qu'une union polygamique impliquant une première épouse française est nulle car contraire à l'ordre public pourrait priver la seconde épouse d'avantages dont elle aurait pu bénéficier sans nuire à la première épouse. Mais ces cas sont rares : à part le cas des indemnités obtenues par l'engagement de la responsabilité civile d'un tiers⁵³, les deux épouses devront se partager ce dont la première épouse aurait du bénéficier seule. Enfin, comme l'a souligné le professeur Lagarde, la formulation du principe de l'effet atténué dans l'arrêt Rivière laisse « la possibilité d'opposer l'ordre public, ne serait-ce qu'à titre exceptionnel, même à une situation créée à l'étranger ». En effet il est simplement énoncé dans cet arrêt que : « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger. »

La jurisprudence n'a pas encore utilisée cette possibilité ! De plus, si l'application en France de *Inlandsbeziehung* permet de protéger une française du piège de la polygamie elle ne met pas à l'abri une étrangère résident sur le territoire français de ces risques, surtout si elle est elle-même de statut personnel musulman.

⁵³ Cf. *infra*.

L'ordre public ne sera donc pas toujours là pour évincer la loi qui s'applique à la validité du mariage. Le principe de l'ordre public atténué permet qu'un homme de statut personnel musulman puisse retourner dans son pays d'origine, ou dans un quelconque autre état de droit musulman, afin de contracter, en toute liberté, un deuxième (ou un troisième...) mariage, sans consulter sa première épouse, et lui imposer par la suite ce nouveau « statut ». Mais au lieu de manipuler le remède aléatoire qu'est celui de l'ordre public, beaucoup d'auteurs se sont attaqués à la source de tous ces maux : la loi applicable à la validité de l'union polygamique. En effet, la seconde raison pour laquelle une femme est susceptible de se retrouver impliquée passivement dans une union polygamique est l'application distributive des lois nationales.

b- l'application distributive des lois nationales

La validité du nouveau mariage est totalement indépendant du statut personnel de la première épouse, c'est-à-dire de ce qui est dicté par sa loi nationale.

Certes, la bigamie constitue un empêchement bilatéral : afin de vérifier si une union bigame est valide, le juge doit vérifier si la loi nationale de l'homme, comme celle de la femme, permet une telle union. De ce point de vue c'est donc le principe de l'application cumulative des lois nationales qui est mis en œuvre. Mais la loi nationale de la première épouse ne sera pas consultée car le juge ne procède pas à une application cumulative de toutes les lois nationales.

Cette approche de la loi applicable à la validité d'une union polygamique a été déduite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Baaziz⁵⁴. Dans cet arrêt, une française dont le mari avait acquis la nationalité algérienne à l'indépendance et contracté un second mariage en Algérie, demandait à ce que la seconde épouse ne puisse se prévaloir en France de cette qualité. La Cour lui répondit que ce second mariage n'était pas nul et qu'il pouvait produire effets en France dès lors que cela ne portait pas atteinte à l'ordre public international. L'originalité de cet arrêt n'était pas de permettre qu'une union polygamique produise des effets en France, cette question ayant été abordée antérieurement à de

⁵⁴ Cass.Civ. 17 février 1982, *RCDIP*, 1983, p 275 note LEQUETTE ; *JDI*, 1983, p 606 note KAHN.

nombreuses occasions⁵⁵, mais de montrer que la validité de cette union et, par suite, la reconnaissance en France de cette union, était totalement indépendante de la nationalité de la première épouse. Il ne s'agit cependant que d'une déduction car, comme le souligne monsieur Lequette⁵⁶, les parties et les juges n'ont pas porté le débat sur le problème de la loi applicable (la loi personnelle de l'un des époux, la loi des effets du mariage...) mais sur celui de la contrariété à l'ordre public et de la fraude à la loi.

Si cette règle jurisprudentielle n'a jusqu'à présent fait l'objet d'aucun revirement, elle a souvent été critiquée. En effet, cette règle de conflit aboutit au résultat choquant de lier la femme à une union polygamique non-consentie ; de plus, elle paraît mal fondée.

En effet, la raison d'être de l'empêchement édicté par l'article 147 du Code civil est, de toute évidence, la protection de la première épouse, la préservation du premier mariage. La prohibition de la polygamie est inhérente au contrat de mariage. Si la permission de la polygamie doit être rattachée au statut personnel avant que l'homme ait contracté toute union, cela ne devrait plus être le cas dès lors qu'il s'est juridiquement engagé dans une union monogamique. En décider autrement consiste à légitimer la violation de l'engagement monogame lors du mariage. Nombre d'auteurs ont ainsi rappelé que l'exigence de la monogamie est « surtout l'un des caractères du premier mariage ».⁵⁷

Afin d'éviter la création de cette situation choquante d'union polygamique non-consentie, ces auteurs ont proposé de nouvelles règles de conflit de lois. Pour les uns la loi compétente pour décider de la validité du second mariage est la loi des effets du premier mariage⁵⁸, pour d'autres, ce doit être la loi du lieu de célébration⁵⁹, ou

⁵⁵ Pour exemple : Cass. Civ. 3 janvier 1980 et 18 décembre 1979, *D.*, 1980, p 549, note POISSON-DROCOURT ; arrêt Chemouni, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *GAJDIP* ANCEL et LEQUETTE, 4^{ème} éd. Dalloz 2001, n° 30-31, p 277, dans cet arrêt la première épouse était pourtant une française mais l'argument de l'inopposabilité n'avait pas été soulevé par cette dernière, qui ne prenait pas partie à l'affaire.

⁵⁶ LEQUETTE, *loc.cit* (note n° 54).

⁵⁷ FADLALLAH, *la famille légitime en droit international privé*, Dalloz 1977, n°198 : « la relation née du premier mariage ne saurait être effacée par un changement individuel de statut. » ; BISCHOFF, *Le mariage polygamique en droit international privé*, Trav.com.fr.dr.int.pr., 1980-1981, Vol.2, p.91 et s.

⁵⁸ FADLALLAH, *op.cit.* (note n°57), n°198.

⁵⁹ BISCHOFF, *loc.cit.* (note n° 57) ; Béatrice BOURDELOIS, *in Mariage polygamique et droit positif français*, Joly 1993, p. 44, explique que c'est le choix qui a été fait en droit anglais : un mariage est monogamique en droit s'il est célébré dans un pays, qui, comme l'Angleterre, prohibe la polygamie, il

encore, la loi nationale de la première épouse⁶⁰. Plus récemment, une nouvelle solution à ce conflit s'est construite, mettant en avant l'aspect contractuel du mariage et se fondant sur le principe d'autonomie de la volonté⁶¹. Ces propositions n'ont cependant toujours pas été adoptées par les juges.

Dans sa démarche d'acceptation de la validité de telles unions, le juge français continue de combiner le principe de l'ordre public atténué avec celui d'une application distributive des lois nationales. La seule loi applicable à la validité du second mariage est celle des conditions de fond de ce dernier et le principe de l'application atténuée de l'ordre public empêche l'éviction de cette loi. Par ce procédé, une femme étrangère ou française peut se retrouver victime de la polygamie. Dès lors que peut-elle faire afin de défendre ses intérêts ?

2) Les moyens d'actions de l'épouse impliquée involontairement dans une union polygamique

Les moyens d'action seront différents selon qu'il s'agit de la première épouse (b) ou de la seconde épouse (a).

a- les moyens d'actions de la seconde épouse impliquée involontairement dans une union polygamique

Il s'agit ici de l'hypothèse où une femme épouse un homme en ignorant que celui-ci était déjà marié. Cette hypothèse implique que le statut personnel de celui-ci lui autorise la polygamie. En effet, dans le cas contraire le mariage serait nul, la loi de la nationalité du mari prohibant une telle union.

est virtuellement polygame s'il est célébré dans un pays autorisant la polygamie, sauf si le statut personnel des deux époux l'interdit.

⁶⁰ LEQUETTE, *op.cit* (note n°54), p 277.

⁶¹ Ces thèses seront expliquées ci-après, cf. p.60.

▪ **Si la loi personnelle de la seconde épouse prohibe la polygamie :**

Si la loi personnelle de la seconde épouse impliquée involontairement dans l'union polygamique prohibe la polygamie, ce second mariage sera nul. C'est en effet la qualification d'empêchement bilatéral qui est le plus souvent retenue par la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne la prohibition de l'article 147 du Code civil⁶². Comme l'écrivait Henri Batiffol : « La loi française, en prescrivant la monogamie, l'entend des deux parties et non pas seulement de son ressortissant ; il paraît difficile de méconnaître au point de départ qu'il s'agit de la formation d'un lien auquel l'une et l'autre parties doivent être aptes. »⁶³ Si certains auteurs ont soutenu que l'empêchement de bigamie était unilatéral, la Cour de cassation a fait sien la thèse contraire.⁶⁴ Cette union sera nulle, que la femme l'ait contractée de plein gré ou non. Le cas qui nous intéresse tout particulièrement est celui où l'union polygamique n'a pas été contractée de plein gré. La seconde épouse, victime d'une tromperie de la part de son mari pourra-t-elle bénéficier de la putativité permise selon l'article 201 du Code civil⁶⁵ ? Une question préalable intervient ici : quelle est la loi applicable aux effets de la nullité du mariage ? Lorsqu'un effet particulier du mariage est mis en cause par la nullité, la loi applicable à cet effet est compétente. En revanche, lorsque le problème porte sur un effet général de la nullité, c'est la loi qui édicte la nullité du mariage - la loi de la condition violée- qui est compétente⁶⁶. La loi compétente est donc la loi nationale de la femme car c'est bien elle qui prohibe la polygamie. Si cette femme est française, la loi applicable aux effets de la nullité est donc la loi française, ce qui doit être approuvé ! Si, en fait, il est montré qu'elle ne pouvait avoir connaissance du premier mariage, rien ne s'oppose à ce qu'elle bénéficie de la

⁶² Béatrice Bourdelois, *in Mariage polygamique et droit positif français, op.cit.* (note n°2), p 6 et s. s'attache à distinguer l'interdiction civile de l'article 147 du Code civil de la polygamie et conteste les arrêts annulant des unions polygamiques sur ce fondement. Mais que l'on opte pour l'application classique de la loi applicable à la validité du mariage ou pour une mise en œuvre (en effet contestable) de l'article 147, on aboutit, dans les deux cas, à la nullité de l'union.

⁶³ Cité par MASSIP (J), *Petites affiches* 11 avril 2003, n° 73, p 17.

⁶⁴ Cass. Civ. 1^{er}, 24 septembre 2002 : « si le mariage contracté à l'étranger en état de bigamie pour l'un ou les deux époux n'est pas obligatoirement nul en France, c'est à la condition que les lois nationales de chacun d'eux autorisent la bigamie », *Petites affiches loc.cit.* (note n° 61).

⁶⁵ « Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux. »

⁶⁶ Cette question a longtemps été controversée en doctrine et a fait l'objet d'une jurisprudence hésitante mais l'arrêt Moreau, Cass.civ., 6 mars 1956, a finalement tranché, *D* 1958.709, note BATIFFOL ; *JCP*, 1956.II, p 9549, note WEILL ; *RCDIP*, 1956, p 305, note FRANCESKAKIS. Voir aussi, Cass.civ. 16 juillet 1998, *D.* 1999, p 51, note FAUVARQUE-COSSON, *JDI*, 1999, p 125, note COURBE, *JCP* 1999.II, p 10032, note MUIR WATT, *RCDIP*. 1999, p 508, note LEQUETTE.

putativité. Le mariage putatif lui permettra par exemple de bénéficier d'une pension alimentaire ou de réversion.

Dans l'arrêt du 24 septembre 2002⁶⁷, la seconde épouse, de nationalité française, s'était engagée de plein gré dans une union polygamique. Son mariage déclaré nul, elle avait invoqué la putativité sur le moyen qu'elle ignorait que la bigamie était un empêchement bilatéral. Ce moyen fut rejeté par la Cour de cassation. Cette solution doit être approuvée, la polygamie étant contraire à l'ordre public, le bénéfice de la putativité ne doit être accordé qu'aux victimes de la polygamie.

▪ **Si la loi personnelle de la seconde épouse autorise la polygamie :**

Si la loi personnelle de la seconde épouse autorise la polygamie, celle-ci peut-elle invoquer la nullité de son union ? La loi compétente est la loi nationale de cette épouse. Il faudra consulter le droit étranger afin de savoir s'il existe dans un tel cas une cause de nullité. Le droit marocain, par exemple, ne permet pas qu'une femme s'engage malgré elle dans une union polygamique⁶⁸.

Si, selon la loi nationale de l'épouse, l'union contractée présente une cause de nullité, il faudra consulter de nouveau cette loi afin de savoir si l'épouse lésée peut bénéficier de la putativité, ou d'avantages s'y apparentant.

Comme nous l'avons vu, bon nombre des effets du mariage sont assimilés à des lois de police. Ce constat permet de soulever la question suivante : les dispositions du Code civil relatives à la putativité peuvent-elles avoir ce caractère de loi d'application immédiate ? En réalité les juges refusent de considérer l'article 202 du Code civil comme tel⁶⁹, il est donc peut probable que l'article 201 du Code civil soit appliqué comme une loi de police. I

Dans le cas où la seconde épouse est prise, malgré elle, dans une union polygamique, le problème porte sur l'existence d'une cause de nullité. Tout autre sera le moyen

⁶⁷ *Précité* (note n° 62).

⁶⁸ M'SALHA (M), *RIDC*, 2001, p 171 précise qu'il est stipulé dans le Coran que « la première épouse doit être avisée de l'intention de son époux de lui joindre une autre épouse. De même cette dernière doit être avisée que son époux est déjà marié ».

⁶⁹ Paris, 23 février 1996, *D.* 1997, som., p 278, note BOTTIAU, à l'origine du pourvoi menant à l'arrêt précité (note n°64) du 16 juillet 1998 adoptant la même solution.

d'action pour la première épouse se retrouvant involontairement dans une union polygamique.

b- les moyens d'actions de la première épouse impliquée involontairement dans une union polygamique

Selon l'arrêt Baaziz⁷⁰, s'il s'agit de la première épouse qui se retrouve impliquée malgré elle dans une union polygamique, celle-ci ne peut pas invoquer la nullité de son propre mariage.

Pour la Cour de cassation, appréciant la validité de ce premier mariage au jour où il est célébré, celui-ci est valide, car monogame. La théorie anglaise du mariage virtuellement polygamique⁷¹ devrait permettre que la première épouse puisse invoquer la nullité et la putativité de son mariage. En effet, si son époux a pu se remarier c'est bien que cette première union était potentiellement polygamique et donc nulle (dans la mesure où son statut personnel lui interdisait la polygamie). Cette théorie n'ayant pas été adoptée par le droit français, la demanderesse ne dispose plus que d'un seul moyen d'action, la demande en divorce pour faute.

•Si le statut personnel de la première épouse prohibe la polygamie :

Si la demanderesse est française, elle pourra intenter une demande en divorce pour faute. En effet, les juges affirment qu'en privant la première épouse du bénéfice de l'union monogamique le mari commet volontairement une injure grave envers sa femme, « constituant une violation manifeste et durable des devoirs et obligations résultant du mariage, de nature à rendre intolérables les liens du mariage. »⁷²

Il est nécessaire de noter dès à présent, afin de porter un regard global sur la situation de cette épouse lésée, que la Haute juridiction a souhaité réserver une protection au bénéfice de cette dernière. Elle a ainsi considéré que, « la conception de l'ordre public français s'opposait à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par

⁷⁰ Cass.Civ. 17 février 1982, *RCDIP*, 1983, p 275, note LEQUETTE ; *JDI* 1983, p 606 note KAHN.

⁷¹ Voir à propos de cette théorie, BOURDELOIS (B), *Mariage polygamique et droit positif français*, *op. cit.* (note n°2), p 120 et s.

⁷² TGI de la Seine, 12 nov. 1965, *RCDIP*, 1966, p 624, note DECROUX.

celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci »⁷³, nous verrons ultérieurement la portée de cette décision.

•Si le statut personnel de la première épouse autorise la polygamie :

Si le statut personnel de la demanderesse permet la polygamie, celle-ci pourra tout de même obtenir un divorce pour faute, l'ordre public pouvant s'opposer à l'application de la loi normalement compétente⁷⁴. D'autre part, si les époux habitent tous deux en France et qu'aucune convention ne s'oppose à l'application de la loi française, celle-ci sera compétente sur le fondement de l'article 310 alinéa 2 du Code civil. La demanderesse pourra dans ce cas invoquer le divorce pour faute au même titre qu'une française.

Le problème de la polygamie peut donc intervenir dans le cas où une femme se retrouve, malgré elle, prise dans une union polygamique. Elle demandera au juge français l'annulation de son mariage ou le divorce pour faute. Le juge français peut avoir à traiter de la polygamie dans un autre contexte. Il s'agit du cas où la femme s'est engagée dans une union polygamique en toute connaissance de cause. Le contentieux sera ici celui des effets des unions polygamiques valablement contractées à l'étranger.

B- LES EFFETS DES UNIONS POLYGAMIQUES VALABLEMENT CONTRACTÉES A L'ÉTRANGER

Selon la nationalité et le domicile des époux, il pourra s'agir d'effets de droit français (1) ou d'effets de droit musulman (2). Une jurisprudence abondante et cohérente existe sur ce thème, car le cas d'une seconde épouse qui réclame devant le juge français la reconnaissance des effets de son union est relativement classique.

⁷³ Cass.Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, Baaziz, où les juges épargnent à la première épouse française d'avoir à partager avec sa concurrente musulmane la rente allouée lors du décès du mari, *RCDIP*, 1989, p 71, note LEQUETTE.

⁷⁴ TGI d'Orléans, 17 mai 1984, *RCDIP*, 1986, p 307, note MONEGER.

1) Les effets de droit français

La loi nationale, ici le droit musulman, compétent pour établir la qualité de conjoint légitime va parfois devoir se combiner avec le droit français compétent pour régir les effets du mariage, ou de façon plus générale, les droits découlant de la qualité d'épouse légitime. Certains des effets de ces unions sont acceptés (a), d'autres ne sont pas reconnus (b).

a) Des effets acceptés

Réserve faite des prestations sociales (effet que nous évoquerons plus loin), il est possible d'affirmer que les effets patrimoniaux du mariage français appliqués à une union polygamique valablement contractée à l'étranger sont acceptés en France. On parle dans ce cas d'une « adaptation » des effets du droit français aux unions polygamiques.

La Cour de cassation a rappelé à plusieurs occasions que deux femmes et leurs enfants respectifs pouvaient venir concurremment à la succession du mari polygame sans que l'ordre public s'en trouve heurté. Cette position a été adoptée dès 1979⁷⁵ par la Cour de cassation dans l'affaire Bendeddouche. Dans cet arrêt, une famille d'algériens polygames s'était installée en France et y avait acquis des immeubles. La loi applicable aux dévolutions successorales des immeubles est la loi du lieu de situation de ces derniers. La loi française était donc en l'espèce compétente. La seconde épouse pouvait hériter puisque, selon sa loi personnelle, elle était l'épouse légitime de cet homme. Mais elle devait venir à la succession, avec ses enfants, selon les règles de dévolutions du droit français. La question qui intervient dès lors est la suivante : comment appliquer ces règles à une famille polygame ? La Cour de cassation n'a pas résolu cette question. Le concours des deux femmes peut s'entendre

⁷⁵ Cass.Civ. 3 janvier 1980 (et 18 décembre 1979), *D* 1980, p 549 note POISSON-DROCOURT, *GAJDIP* ANCEL et LEQUETTE, *op.cit.* (note n°55), n°61 p 573 ; *JDI* 1980, p 337, note SIMON-DEPITRE ; décision de la CA de Paris pour l'affaire Bendeddouche, *RCDIP* 1978, p 507, note BATIFFOL ; dans le même sens : Paris 8 novembre 1983, *RCDIP* 1984, p 18, note LEQUETTE, *Rép. Not.* 1984, art 33284, note REVILLARD, *JDI* 1984, p 881, note SIMON-DEPITRE.

comme d'un cumul de l'émolument dévolu au conjoint par la loi française, chacune recevant un quart de la succession en usufruit ou, au contraire, comme d'une répartition de cet émolument, chacune recevant le huitième de la succession en usufruit. Le système de la répartition bénéficie de la préférence de beaucoup d'auteurs⁷⁶ qui l'estiment plus équitable à l'égard des enfants, car il permet de ne pas diminuer la part héréditaire dévolue à ces derniers. Ce système est d'ailleurs retenu en droit interne pour déterminer la part successorale des deux veuves en cas de mariage bigamique putatif⁷⁷. Il faut cependant nuancer nos propos en rappelant, comme nous l'avons dit précédemment, que ce droit successoral ne sera pas opposable à la première femme si celle-ci est française.

L'arrêt Bendeddouche s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence antérieure selon laquelle l'ordre public ne s'oppose pas à ce que les deux épouses d'un polygame soient admises à demander réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait d'un accident ayant causé la mort de leur mari, ou à ce qu'elles soient toutes les deux créancières d'une pension alimentaire. Ainsi, dans le second volet de l'arrêt Chemouni⁷⁸, la seconde épouse avait pu obtenir le versement d'une pension alimentaire en application de la loi française qui était la loi du domicile commun (la loi de la nationalité commune n'était plus applicable car monsieur Chemouni avait changé de nationalité pour devenir français entre le premier et le second volet de l'affaire). Pour la pension alimentaire, comme pour les dommages et intérêts, c'est le système du cumul qui a été adopté. Les deux épouses bénéficient toutes les deux de ces créances mais les sommes seront certainement évaluées en conséquence.⁷⁹

⁷⁶ BATIFFOL, note sous Paris, 22 février 1978, *RCDIP* 1978, p.507 ; FADLALLAH, note sous TGI Paris 17 juin 1972, *RCDIP* 1975, p. 62 ; REVILLARD (M), *aspects patrimoniaux des secondes familles en droit international privé*, in *Petites affiches*, 8 oct. 1997, n° 121, p. 23 : « les huit enfants de Amar Bensadour se partageront la succession par parts égales, sous réserve de l'usufruit du quart partagé entre les trois épouses (soit 1/12 chacune). »

⁷⁷ POISSON-DROCOURT (E), *op.cit.* (note n° 75), p. 552.

⁷⁸ Cass.civ. 19 février 1963, *RCDIP*, 1963, p. 559 note G.H., *JDI*, 1963, p. 986, note PONSARD, *GAJDIP*, ANCEL et LEQUETTE, *op.cit.* (note n°55), n° 30-31, p. 277.

⁷⁹ Pour la pension alimentaire : TGI Seine, 16 octobre 1967, *JDI*, 1969, note KAHN. Pour le droit à indemnité en cas de décès accidentel du mari (bien que la jurisprudence française ne se soit pas clairement prononcée sur ce point, on enseigne en France la solution du droit Belge) : Liège 23 avril 1970, *JDI*, 1971, p. 865, obs. ABRAHAM et RABINE, *RCDIP*, 1975, p. 54 note GRAULICH ; Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1965, *Bull.civ.I*, p. 377, n°500.

La Convention franco-algérienne sur la sécurité sociale signée à Paris le 1er octobre 1980, et entrée en vigueur le 1er février 1982⁸⁰, prend elle aussi en compte les situations de polygamie pour le versement de pensions de veuves d'invalides ou de rentes d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Dans toutes ces hypothèses, c'est le système de la répartition de la somme entre les épouses qui est appliqué.

b) Des effets non reconnus

La mise en œuvre de certains effets du mariage de droit français aux unions polygamiques a parfois été jugée contraire à l'ordre public. Cette hypothèse est a priori surprenante puisque nous sommes ici dans une application de la loi française. Comment l'ordre public français pourrait-il s'opposer à l'application de notre droit national ? Le raisonnement s'explique en réalité par le fait que la situation est envisagée globalement. Ce n'est pas l'effet en lui-même qui est confronté à l'ordre public mais le résultat de l'application du droit français à une union polygamique. Ces effets vont concerner en toute logique les relations extra-patrimoniales des époux. Comment imposer en effet à une épouse la cohabitation avec une autre femme (avec laquelle une querelle personnelle peut naître...) ?

Il faut cependant relativiser l'intervention de l'ordre public. De nombreux commentateurs ont expliqué les arrêts de la Cour de cassation dans ce domaine par une supposée intervention de l'ordre public. Cependant, la Cour de cassation fait rarement appel à cette notion (et c'est peut-être regrettable comme nous le verrons dans une seconde partie) lorsqu'il s'agit de faire produire des effets à une union polygamique. Il s'agit plutôt d'une possibilité ou d'une impossibilité d'adapter les dispositions du droit français à une telle institution qui justifie cette jurisprudence.

Ainsi, un effet du mariage n'a jamais été adapté à la situation de la polygamie. Il s'agit de la protection sociale dont bénéficie l'épouse de tout travailleur exerçant en France. On ne peut constater qu'une jurisprudence constante de la Cour de cassation

⁸⁰ Décr. N°82-166 du 10 février 1982, texte de l'accord en résumé *in Dict. perm. Droit des étrangers*, Protection sociale, annexe, Algérie, p. 1566.

sur cette question. Plusieurs arrêts concernant des familles polygames d'origine algérienne ont été rendus, tous refusant le droit à la protection sociale pour une femme lorsque la co-épouse avait déjà bénéficié de ces prestations⁸¹. Dans ces arrêts, la Cour de cassation ne se fonde pas sur la question de l'ordre public mais sur des raisons propres à la matière. Elle vise notamment la Convention franco-algérienne sur la sécurité sociale⁸² selon laquelle « le travailleur algérien exerçant une activité salariée en France est soumis à la législation sociale applicable en France »⁸³. Le système français étant fondé sur le modèle familial monogame, elle en déduit que le travailleur algérien n'est assuré que pour une seule de ses épouses.

Cette déduction n'est pas une évidence, la preuve en est qu'elle n'a pas été mise en œuvre pour les pensions de réversions ou les rentes d'accident du travail ou de maladie professionnelles, et bon nombre d'auteurs l'ont dénoncée⁸⁴. Elle est pourtant aisément compréhensible : le système de répartition est appliqué par les caisses dans le cas des pensions de réversions et des rentes. Elles ne perdent donc pas d'argent. Or, ce système est impossible à appliquer à la sécurité sociale : on ne peut pas envisager de partager la couverture de dépenses pour maternités ou maladies. La Cour d'appel de Chambéry a exprimé très clairement ce pragmatisme : « le régime actuel de l'assurance maladie et de l'assurance maternité a été établi sur la base de la famille monogamique française et les cotisations calculées pour établir le risque à couvrir [...] en étendant le régime à la famille polygamique on détruirait cet équilibre, puisqu'on multiplierait le risque sans augmenter la cotisation. »⁸⁵ Au vu de ce genre d'attitude, il est difficile de croire qu'il s'agit là d'une des rares manifestations de l'ordre public en la matière. Il semblerait plutôt que dès que la question de la polygamie touche le domaine public, les règles de droit international

⁸¹ Cass.Soc. 1^{er} mars 1973, *Bull. civ.V*, n° 136, p 122, *Dr. Soc.*, 1973, p 535, note BONNET ; *JDI* 1974, p 834 note DE LAPRADELLE, *RCDIP*, 1975, p 54 note GRAULICH ; Cass. Soc. 8 mars 1990, *RCDIP*, 1991, p 695, note DEPREZ.

⁸² Convention précitée (note n° 78).

⁸³ Cass.Soc. 8 mars 1990, précité (note n° 79).

⁸⁴ DE LAPRADELLE (G), *JDI*, 1974, p 841, note sous cass.soc. 1^{er} mars 1973 : « Cet arrêt encourt le triple reproche de dénaturer l'égalité de traitement visée par le traité [franco-algérien sur la sécurité sociale], de refuser l'application des règles de conflits ordinaires que ce traité appelle, enfin de déboucher sur des solutions pratiques hasardeuses. ». FADLALLAH (I), *RCDIP*, 1975, p 71 note sous cass.soc., 1^{er} mars 1973 : « L'évidence invoquée est celle de la tautologie. Elle repose sur une pétition de principe. On n'est précisément plus en système monogamique dès lors que l'on a reconnu le mariage polygamique étranger ».

⁸⁵ Chambéry, 17 octobre 1961, *RCDIP*, 1962, p 496, note LAMPUE, *J. Cl sécurité sociale*, fasc. 432, n°8, selon lequel l'assuré musulman qui a bénéficié de l'assurance maternité à l'occasion de la naissance du fils de sa première femme ne peut en bénéficier à nouveau à l'occasion de l'accouchement de sa seconde épouse, survenu à une date où le premier mariage n'était pas dissous.

se trouvent évincées. Non seulement la question de la loi applicable n'est pas posée, mais selon les juges il n'est pas nécessaire de justifier cette éviction par le problème de la protection de l'ordre public. On est ici loin du problème de l'affrontement des deux modèles familiaux ou du rejet moral de la polygamie. Au contraire, cette jurisprudence confirme la tolérance de notre droit envers la polygamie car elle ne donne en aucun cas la priorité au premier mariage ! Pourtant il ne s'agit pas non plus d'un simple argument comptable immaculé de toute arrière pensée politique. En effet le système de sécurité sociale prend en compte une situation financièrement analogue à celle de la polygamie. Depuis que la loi du 2 avril 1978 (art. 161-14 du code de la sécurité sociale) a accordé la qualité d'ayant droit à la personne vivant maritalement avec l'assuré, il est admis que celui-ci peut ouvrir des droits en même temps à son épouse en titre et à sa compagne « dès lors que cette dernière est à sa charge totale, effective et permanente ».⁸⁶ Il semble qu'en réalité, sans que ne puisse être invoqué l'ordre public, cette jurisprudence, aux arguments faibles voire inexistantes, soit une simple manifestation, peut-être inconsciente, d'« un vieux fond de répulsion »⁸⁷, envers une telle institution.

Désormais la Cour de cassation aura beaucoup moins de mal à se justifier sur ce point. En effet, en droit français, les prestations sociales ne sont versées qu'aux étrangers résidant régulièrement en France. Les polygames ne pouvant plus séjourner régulièrement en France, le problème ne se pose plus. Mais, là encore, il est aisé d'envisager que cette situation juridique entraînera des comportements de clandestinité comme le fait d'accoucher sous le nom de la seule épouse prise en charge. De plus, une injustice persiste : le moyen par lequel sera désignée l'épouse qui pourra bénéficier de cette protection. Avant la loi de 1993 le bénéfice de la protection était accordé à la première patiente (maladie ou accouchement). Une autre solution s'y substitue désormais, tout aussi arbitraire : celle qui bénéficiera de la protection sera celle qui aura été choisie par le mari, l'autre en étant dépourvue.

Cette réforme du droit des étrangers a aussi un impact sur la prise en charge des enfants issus des différentes unions. Avant 1993, si l'une des épouses n'était pas couverte par l'assurance maladie et maternité, ses enfants bénéficiaient des prestations maladies et comptaient pour le calcul des allocations familiales,

⁸⁶ DEPREZ (J), *RCDIP*, 1991, p 701, note sous Cass.soc. 8 mars 1990.

⁸⁷ Selon l'expression de monsieur DEPREZ, *id.*, p 702.

puisqu'ils sont considérés comme des enfants légitimes, en application de leur loi nationale. Depuis la loi Pasqua, ces enfants ne bénéficient plus du droit au regroupement familial. S'ils obtiennent malgré tout un droit de séjour en France et qu'ils sont pris en charge par leur père, ils continueront sans doute de bénéficier du régime de sécurité sociale. En revanche, s'ils sont contraints de retourner avec leur mère dans leur pays d'origine, à quel régime de protection seront-ils affiliés ? Ils peuvent en effet demeurer partiellement à charge de leur père si celui-ci verse une pension alimentaire, et donc, en théorie, être encore protégé par le régime français de sécurité sociale. La question des effets de la polygamie en France se transforme mais ne disparaît pas !

Si le juge français doit parfois adapter le droit français aux situations de polygamies, il a parfois aussi à mettre en œuvre les effets de droit musulmans attachés à de telles situations.

2) Les effets de droit musulman

Si les époux sont tout deux de même nationalité (algérienne, marocaine...) le juge français devra appliquer le droit musulman aux effets de cette union. Certains effets sont acceptés (a), d'autres rejetés (b). A titre préliminaire il faut cependant rappeler le constat du Haut conseil à l'intégration⁸⁸ selon lequel « le juge français n'appliquerait toutefois que très rarement (...) la loi étrangère. » Ceci s'explique par l'obstacle qui réside dans la mise en œuvre d'un droit peu familier, voir totalement inconnu, mais cette éviction des règles du droit international privé n'est pas justifiable.

⁸⁸ Rapport précité (note n° 12), p. 12., il se fonde ici sur une étude de la mission « droit et justice » : *l'étranger et le droit de la famille*, la documentation française, 1999, confirmée par une audition effectuée auprès de magistrats.

a) Des effets acceptés

Le mariage musulman donne naissance à diverses obligations, à l'égard du mari, tout comme à l'égard de la femme. Messieurs Milliot et Blanc⁸⁹ ramènent à six les obligations du mari : « le mari doit cohabiter avec sa femme ; le mari doit consommer le mariage et ne pas cesser, par la suite, de s'acquitter du devoir conjugal [...] ; le mari, s'il a plusieurs femmes, doit procéder entre elle a un partage de ses nuits ; le mari doit subvenir à l'entretien de sa femme ; il doit s'abstenir à son égard de tout mauvais traitement, de sévices présentant un certain caractère de gravité ; il doit autoriser sa femme à recevoir la visite de son père, de sa mère , et d'une manière générale, de tout parent au degré prohibé, de même qu'à visiter ces personnes. » Toujours selon ces auteurs, les obligations de la femme sont au nombre de cinq : « la femme doit obéissance au mari ; elle doit habiter au domicile conjugal ; elle doit être fidèle au mari ; la femme ne peut disposer, dans l'intérêt exclusif d'un tiers de ses biens, sans l'assentiment de son mari (rite malékite) ; elle peut, le cas échéant, être obligé de vaquer elle-même au soin du ménage ». Les effets extra-patrimoniaux du mariage musulman sont radicalement différents de ce que connaît le droit français et les droits occidentaux en général. On pourrait donc s'attendre à un rejet de ces effets par l'ordre juridique français. Mais, en réalité, comme le souligne le professeur Déprez⁹⁰, les occasions pour ce dernier de s'opposer à ce qu'un mari se prévale de ses prérogatives patriarcales reconnues par le droit musulman sont réduites dans la mesure où ce type de litige n'est pas porté devant le prétoire, « que ce soit pour des raisons de pudeur, de sauvegarde de l'intimité du foyer, ou de résignation de la femme, surtout si elle est mal intégrée dans la société française, ou analphabète, ou économiquement dépendante du mari »⁹¹. Il n'est donc guère d'exemple en jurisprudence d'affaire opposant des conjoints musulmans sur des problèmes d'inégalité entre époux ou de subordination de la femme dans la vie du ménage. Il existe en revanche une jurisprudence concernant les effets patrimoniaux du mariage musulman.

⁸⁹ MILLIOT (L) et BLANC (F-P), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz 2001, 660 pp, p 318 à 342.

⁹⁰ DEPREZ (J), « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé », *in famille-Islam-Europe, op.cit.* (note n°5) p 71.

⁹¹ *Ibid.*

En 1958, dans le premier volet de la célèbre affaire Chemouni⁹², la seconde épouse d'un israélite tunisien vivant en France avec ce dernier et le reste de la famille demandait au juge français que son mari soit condamné à lui payer une pension alimentaire car il l'avait abandonnée, elle et ses enfants, pour vivre seul avec sa première femme. Dans cette affaire la pension alimentaire a été accordée sur le fondement du droit tunisien. La Cour d'appel avait rejeté la demande de madame Chemouni-Krieff en affirmant : « la loi mosaïque tunisienne, qui accorde des aliments à la deuxième femme, se heurtant à l'ordre public français, n'est pas applicable en France ». Le jugement de la Cour d'appel fut cassé : selon la Haute juridiction, le simple fait d'octroyer une créance alimentaire découlant de la qualité d'épouse légitime, même s'il s'agit de la seconde épouse, n'est pas contraire à l'ordre public.

b) Des effets non reconnus

Les secondes familles existantes dans le cadre d'une polygamie peuvent conduire à l'application du droit musulman qui reconnaît en matière successorale une inégalité de parts entre héritiers de sexe masculin et de sexe féminin. Supposons qu'un polygame décédé ait été domicilié en Algérie et laisse un actif mobilier (parts de société, fonds de commerce, compte bancaire) en France. La succession mobilière est soumise à la loi du dernier domicile du défunt, donc à la loi algérienne. Parmi les héritiers, les fils recevront la part double de celles des filles. L'ordre public français s'opposera à l'application de cette discrimination contenue dans la loi étrangère.⁹³

Les juges ont aussi interdit au mari polygame d'imposer à sa première femme non consentante la venue d'une seconde épouse au domicile conjugal en France⁹⁴. Les

⁹² Cass.Civ.28 janvier 1958, *RCDIP*, 1958, p 110, note JAMBU-MERLIN, *JDI*, 1958, p 776, note PONSARD, *D*, 1958, p 265 note LENOAN, *JCP*, 1958, II, p 10488 note LOUIS LUCAS, *GAJDIP op.cit.* (note n°55) N° 31.

⁹³ REVILLARD, *op.cit.* (note n° 75), n° 250 ; *J.-Cl.Dr. int.* Fasc. 557-A n° 90.

⁹⁴ TGI Versailles 31 mars 1965, *JDI*, 1966, p 97, note PONSARD ; rappr. Paris, 23 février 1987, *D* 1987, som.com.p 349, note AUDIT. En l'espèce un algérien avait deux femmes. La première apprenant l'existence du second mariage, introduisit une demande en divorce pour adultère. Le mari rétorqua en demandant le divorce à son profit au motif que sa femme avait abandonné le domicile conjugal. Autrement dit, il lui reprochait de ne pas avoir cohabité avec lui et l'autre épouse. Le tribunal de Versailles répondit que « le mari ne peut imposer à sa deuxième femme la présence d'une deuxième épouse au domicile conjugal ».

tribunaux français ne pouvaient naturellement pas prêter main forte à une polygamie forcée. Néanmoins, selon madame Bourdelois⁹⁵, ces décisions reposeraient sur un contresens quant à l'interprétation du droit étranger, les systèmes qui connaissent la polygamie imposant à l'homme de constituer pour chacune de ses épouses un foyer distinct. La manifestation en France de cet effet disparaît depuis l'interdiction du regroupement familial des polygames, et c'est bien le seul !

Si le droit international privé permet aux juges français de faire produire aux unions polygamiques de tels effets en France, ce type de contentieux risque de se raréfier. En effet, l'évolution actuelle du droit des étrangers et du droit conventionnel plaide en faveur d'une limitation des effets de la polygamie.

II) LA LIMITATION DES EFFETS DE LA POLYGAMIE

Cette limitation s'illustre tant par l'évolution du droit des étrangers (A) que par celle du droit européen (B).

A) LA LIMITATION DE CES EFFETS PAR LE DROIT DES ETRANGERS

Les réformateurs du droit des étrangers ont choisi de limiter autant que possible les manifestations de la polygamie en France en interdisant le regroupement familial pour les polygames (1). Ces nouvelles dispositions législatives ont abouties à une véritable négation de la règle de conflit applicable aux effets des unions polygamiques en France (2).

1) L'interdiction du regroupement familial pour les polygames

Dès 1976, le gouvernement montra la nécessité d'affirmer le droit au regroupement familial pour les étrangers (a). En 1993, les réformateurs introduisant ce dernier dans un texte ayant valeur législative le soumirent cependant à des conditions précises, et en exclurent les familles polygames (b).

⁹⁵ BOURDELOIS (B), Thèse *préc.* (note n°2), n°511, p. 247.

a- Le droit au regroupement familial : un droit acquis depuis longtemps par les étrangers

La venue des familles immigrées fut une réalité sociologique avant d'être une réalité juridique. Ce n'est en effet que tardivement qu'un cadre, ne serait-ce que réglementaire, fut élaboré. A l'origine, le gouvernement a accordé aux étrangers la possibilité de faire venir leur famille en raison de la situation démographique issue de la seconde guerre mondiale. L'immigration familiale n'était alors encadrée que par de simples circulaires ministérielles⁹⁶, l'ordonnance de 1945 étant muette sur ce point. Le regroupement familial a d'abord été réglementé par des accords bilatéraux, tel que l'accord franco-algérien de 1968⁹⁷. Par un décret 76/383 du 29 avril 1976 le gouvernement a instauré un véritable droit au séjour au bénéfice de la famille « immédiate » du travailleur étranger. Dès lors, les membres de la famille du travailleur étranger déjà installé en France ne pouvaient se voir refuser l'accès au territoire ou l'octroi d'un titre de séjour, que pour des motifs déterminés par ce même décret.

Il existe dès lors dans notre droit positif un véritable droit au regroupement de l'étranger et de sa famille. Son exercice va cependant poser problème dans un contexte de récession. C'est pourquoi le gouvernement qui, quelques mois auparavant avait affirmé ce droit, tenta très vite de le restreindre en adoptant le décret du 10 novembre 1977⁹⁸ qui excluait du droit au séjour les étrangers demandeurs d'emploi. Cependant, dans l'esprit du juge administratif, le regroupement familial était devenu un droit pour les étrangers. Le Conseil d'Etat reconnut ainsi dans l'arrêt GISTI du 8 décembre 1978⁹⁹ que le droit à une vie familiale normale était un principe général du droit découlant du Préambule de la Constitution de 1946 selon

⁹⁶ Par ex. circ. Du ministère de la santé de 1947, citée par Jault-Seseke (F), in *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, *op.cit.* (note n° 11).

⁹⁷ Voir *Le regroupement familial en droit comparé...*, *loc.cit* (note n°96). Toute une série d'accords bilatéraux vont ainsi être conclus à cette époque, des pays du Maghreb à l'Afrique noire, mais aussi l'Espagne et le Portugal, Voir LABAYLE, « Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale », *RFDA* 1993, p 514, *op.cit.* (note n° 16).

⁹⁸ LABAYLE (H), *Id.*

⁹⁹ In *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, LONG (M), WEIL (P) et BRAIBANT (G), 14^{ème} éd. Dalloz 2003, p 636 ; *Dr. soc.* 1979, p 57, conc. DONDOUX ; *AJDA* 1979 (3), p38 obs. DELVOVE, *RCDIP* 1979, p 139, *D* 1979, p 661, note HAMON.

lequel « la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle » et impliquait pour les étrangers le droit d'être rejoint par leur famille. Il a donc annulé dans cet arrêt le décret du 10 novembre 1977 qui violait ce principe général du droit à mener une vie familiale normale.

La question de la reconnaissance du droit à une vie familiale normale pour les polygames et du bénéfice du regroupement familial pour les différentes épouses et leurs enfants s'est rapidement posée au Conseil d'Etat. Le problème était de savoir si ce droit impliquait pour un étranger la possibilité de vivre une vie de famille telle que son droit et sa culture d'origine le lui permettaient. Le 11 juillet 1980¹⁰⁰, dans un arrêt retentissant, l'arrêt Montcho, le Conseil d'Etat n'hésita pas à reconnaître le droit au regroupement familial d'un étranger polygame. Tandis que l'autorité administrative n'accordait ce droit qu'à un seul conjoint, le juge administratif préféra se placer non du point de vue de l'ordre public français mais de celui de la loi personnelle des intéressés et préserver l'unité de la cellule familiale et la vie familiale effective qui en découlait. Le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville considérait dans ses conclusions que le droit à une vie familiale normale ne pouvait se concrétiser que dans le respect de la loi nationale de son titulaire. Cette décision était donc incontestable car elle permettait la protection d'un droit fondamental, mais aussi parce qu'elle respectait la démarche classique en droit international privé de la qualification en sous-ordre. En effet, selon ce principe jurisprudentiel, une fois désignée la loi applicable au fond du litige (ici la loi nationale est désignée car le problème a été qualifié par la loi du for et rattaché au statut personnel), si une nouvelle qualification est nécessaire, elle doit s'opérer en vertu de cette loi (la loi nationale en l'espèce). Cette solution a été appliquée dans le domaine du droit des biens ou encore des successions¹⁰¹. On la retrouve aussi dans un arrêt GISTI¹⁰² du Conseil d'Etat relatif aux droits des étrangers. Dans cette affaire un problème s'était posé quant à l'application d'un accord franco-algérien selon lequel les « enfants

¹⁰⁰ *RCDIP* 1981 p 658, note BISCHOFF, *JCP* éd. G.1981, II, p 19629, *AJDA* 1980 concl. ROUGEVIN-BAVILLE, p 548, note FEVER PINAULT.

¹⁰¹ Voir notamment sur ce point AUDIT (B), *Droit international privé, op.cit.* (note n°42), n° 204 et suivant.

¹⁰² C.E. 29 juin 1990, *RCDIP* 1991, p 61 note LAGARDE. Dans cet arrêt le commissaire du gouvernement avait toutefois réfuté la thèse du requérant en considérant que l'interprétation de cet accord franco-algérien devait se faire par comparaison avec l'accord qu'il venait remplacer, ce dernier visant les enfants de moins de 18 ans.

mineurs » devaient bénéficier du regroupement familial. La question se posait de savoir s'il s'agissait de la minorité de droit algérien ou de droit français. Dans ses conclusions le commissaire du gouvernement a rappelé qu' « appliquée à des enfants algériens, la notion de mineur sans autre précision renvoie normalement au droit algérien. »

Le 13 août 1993, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi Pasqua¹⁰³, le Conseil Constitutionnel affirma le caractère constitutionnel de ce principe en déclarant : « Considérant que le deuxième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que : « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale... »¹⁰⁴. Cette consécration constitutionnelle conforte ainsi le statut des étrangers en précisant qu'une loi ne saurait remettre en cause le principe du droit au regroupement familial.

Le bénéfice du droit au regroupement familial se justifie ainsi par l'exercice d'un droit fondamental. Mais il s'appuie aussi sur une autre explication qui aujourd'hui se trouve être antagoniste. Cette explication est relative aux finalités des politiques d'immigration qui varient en fonction des périodes de récession et de l'évolution démographique. Or le but des politiques d'immigration, depuis plusieurs années, était de limiter la venue des étrangers en France. Le regroupement familial, expression du droit fondamental de mener une vie familiale normale, devint donc un droit conditionné. L'objectif d'intégration de la politique d'immigration justifia notamment l'exigence de la condition de monogamie.

b-L'interdiction récente du regroupement familial pour les polygames

L'arrêt Montcho fut très contesté et donna corps à un véritable débat politico-juridique. Le Premier ministre, le 10 avril 1992, exprima son souhait de suivre les

¹⁰³ Loi du 24 août 1993 précitée (note n° 6).

¹⁰⁴ DCC n°93-325 du 13 août 1993, *op.cit.* (note n°17).

suggestions du Haut Conseil à l'intégration sur l'interdiction du regroupement familial et du séjour permanent pour les mariages polygamiques¹⁰⁵.

Une réponse législative fut finalement apportée. La loi du 24 août 1993, en même temps qu'elle permit pour la première fois d'introduire le droit au regroupement familial dans un texte à valeur législative (l'ordonnance de 1945), posa des limites à l'exercice de ce dernier. En effet, à l'instar du décret du 29 avril 1976, la loi de 1993 précise que ce droit n'est pas absolu puisqu'il doit être exercé dans les limites du respect de l'ordre public. Dans l'arrêt GISTI de 1978¹⁰⁶, le Conseil d'Etat avait d'ailleurs accordé au gouvernement la possibilité de définir les conditions d'exercice de ce droit (en d'autres termes de le limiter) pour en concilier le principe avec les nécessités de l'ordre public et de la protection sociale des étrangers et de leurs familles. Diverses restrictions ont donc été apportées au regroupement familial (entendu en son sens large, c'est-à-dire, en tant que droit de retrouver sa famille, mais aussi droit de ne pas en être séparé) au nom de la sauvegarde de l'ordre public par le législateur.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 août 1993¹⁰⁷, a approuvé cette solution et a permis de mieux déterminer les considérations d'ordre public susceptibles de limiter le droit au regroupement familial. Il a ainsi censuré deux dispositions de la loi, l'une refusant le droit au regroupement familial à l'étranger titulaire d'une carte de séjour portant la mention étudiant, l'autre imposant une durée de deux ans à compter de la dissolution ou de l'annulation d'un mariage pour pouvoir bénéficier du regroupement familial pour son nouveau conjoint. La sauvegarde de l'ordre public justifie en revanche que l'on exige que les ressources de l'étranger souhaitant bénéficier de la venue de sa famille atteignent un montant au moins égal au SMIC. De même le législateur et le Conseil constitutionnel ont considéré que le regroupement familial devait être soumis à la condition de l'absence de polygamie. Selon l'article 15 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la carte de résident ne peut être délivrée à un étranger vivant en état de polygamie ou à son conjoint. La précision touchant à « l'état de polygamie » montre que l'on ne doit pas recourir à la notion de mariage « potentiellement » polygamique. Le Conseil

¹⁰⁵ LABAYLE (H), Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale, *op.cit.* (note n° 16), p 531.

¹⁰⁶ Arrêt précité (note n° 99).

¹⁰⁷ Décision précitée (note n° 17).

constitutionnel l'a d'ailleurs confirmé en indiquant que cette disposition n'était applicable qu'aux étrangers vivant en France « en état » de polygamie.¹⁰⁸ Il a approuvé le législateur en affirmant que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraire à la Constitution ». Cette réforme est donc un coup d'arrêt à la jurisprudence Montcho qui avait jugé que pour un étranger polygame, une vie familiale normale impliquait la présence de ses épouses et que cette présence ne heurtait pas l'ordre public.

Le législateur français a, en faisant ce choix, emboîté le pas de nombreux pays européens. La directive du Conseil de l'Union européenne du 22 septembre 2003¹⁰⁹ cautionne d'ailleurs cette option puisque selon son considérant 11 : « le nécessaire respect des principes et valeurs recommandés par les états membres, (...) justifie que des mesures restrictives puissent être opposées aux demandes de regroupement familial de ménages polygames. »

Ainsi, en Allemagne, la première phrase du § 17 de la réforme de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers a été interprétée comme excluant du droit au regroupement familial les membres de la famille issus d'une union polygamique¹¹⁰. Cette réforme révèle en effet le fondement du regroupement familial pour le réformateur allemand. Il s'agit de « l'établissement et la sauvegarde de la communauté de vie familiale en République fédérale telle quelle est protégée par l'article 6 de la Loi Fondamentale ». Les commentaires officiels de cette loi ont indiqué que ce renvoi à l'article 6 de la Loi Fondamentale avait pour fonction de limiter la protection aux familles monogames. Le réformateur allemand s'est cependant montré moins strict que notre législateur, car, en l'absence de dispositions plus claires, les autorités administratives allemandes pourront user de leur pouvoir d'appréciation et octroyer un titre de séjour à une seconde épouse qui voudrait rejoindre ses enfants.

¹⁰⁸ La circulaire du 8 septembre 1993 précise qu'il sera demandé aux étrangers dont le droit national admet la polygamie une déclaration sur l'honneur par laquelle ils attestent ne pas vivre en France en état de polygamie. GUIMEZANES (N) L'arrêt de l'immigration en France ? JCPG 1994, I, p 3728.

¹⁰⁹ Directive 2003/86/CE du conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial ; JOCE n° L 251 du 03/10/2003 p. 0012 - 0018.

¹¹⁰ JAULT-SESEKE (F), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, op.cit. (note n°11), n° 188 et s.

Cette comparaison est l'occasion de souligner la rigueur du système instauré par la loi de 1993. En effet, celle-ci est formelle : la carte de résident ne peut être délivrée à un étranger vivant en état de polygamie. La formulation est telle que les autorités administratives ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation. De plus, la polygamie constitue un obstacle aux autres cas de délivrance d'un titre de séjour¹¹¹ ou même une cause de retrait¹¹². Les autorités administratives ont, semble-t-il, fait le choix d'une application sévère de la loi, application qui a été approuvée par le juge administratif. Il a en effet été jugé que « la protection des droits acquis par la délivrance de la carte de résident obtenue antérieurement à 1993 ne joue plus quand il s'agit de demander le renouvellement de la carte [...], l'administration pouvant légalement refuser le renouvellement de la carte de résident d'un ressortissant vivant en état de polygamie ou de ses conjoints quelle que soit la date de délivrance de ce titre de séjour. »¹¹³. Une telle application de la loi conduit à remettre en cause la communauté de vie des étrangers ayant bénéficié avant 1993 du regroupement familial, et organisé leur vie familiale en France.

L'opinion publique est loin d'être unanime face à ce choix législatif. Il soulève bien entendu des questions d'ordre politique et sociologique mais il est au cœur d'une problématique juridique car il aboutit à nier une règle de conflit.

¹¹¹ Les articles 14 et 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoient plusieurs cas de délivrance d'un titre de séjour et l'article 15 *bis* introduit une restriction générale à ces textes en interdisant la délivrance d'une carte de résident à « un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie » ainsi qu'au conjoint d'un tel ressortissant. Il semble que le préfet soit dans une situation de compétence liée car il est prévu qu'une carte délivrée en méconnaissance du texte doit être retirée. La situation de polygamie effective fait donc obstacle à la délivrance de la carte de résident quel que soit le titre dont peut se prévaloir l'étranger, parent d'un enfant français par exemple.

¹¹² C'est la sanction employée pour garantir la prohibition du regroupement familial polygamique et qui s'applique à celui qui aurait voulu contourner la règle en faisant venir des épouses hors regroupement familial pour établir une situation de fait dans l'espoir d'établir une éventuelle régularisation. L'article 30 alinéa 2 prévoit alors que les autres épouses ne pourront obtenir de titre de séjour ou se le verront retirer et que l'époux se verra retirer son titre.

¹¹³ Arrêt GISTI, 18 juin 1997, req. N° 162517, classé en B ; CAA Douai 12 novembre 2002, *AJDA*, 28 avril 2003, p 851. Les juges du Palais Royal ont refusé d'adopter le raisonnement par analogie qui aurait consisté à s'appuyer sur l'article 37 de l'ordonnance lequel dispose que le retrait ne s'applique « qu'à des étrangers ayant reçu un titre de séjour après l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993 ». Ils laissent tout de même un pouvoir discrétionnaire aux autorités administratives dans ce cas précis du refus de renouvellement du titre de séjour puisque les juges ont employé le verbe « pouvoir » en non « devoir ».

2) Une union privée de ses effets

A travers ces dispositions, l'intention claire du législateur était de limiter les effets de la polygamie en France, par la suppression explicite d'un des effets principal de l'union (a), mais aussi à travers la suppression par ricochet de ses autres effets (b).

a- La suppression explicite d'un des effets principal de l'union

La règle de conflit permettait, comme nous l'avons vu, que les unions polygamiques valablement contractées à l'étranger produisent la plupart de leurs effets en France. Désormais, en empêchant les couples polygames de vivre ensemble, c'est l'effet principal de cette union qui est ignoré. Monsieur Bischoff, en commentant l'arrêt Montcho, soulignait que le principe de cet arrêt posait « la condition première et fondamentale de la reconnaissance en France des mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger. » Depuis 1993 cette condition n'existe plus !¹¹⁴

b- La suppression par ricochet des autres effets

Mais cette négation des droits acquis grâce au droit international privé risque de ne pas s'arrêter là. Certes, en théorie, la seconde épouse, retournée ou restée dans son pays d'origine, bénéficiera toujours des autres droits qui lui ont été reconnus, tels que le droit de succession, le droit d'indemnisation ou le droit à une pension alimentaire. Mais, en pratique, celle-ci aura-t-elle les moyens de faire valoir ses droits ? Elle peut en effet se retrouver en situation irrégulière, n'ayant pu obtenir le renouvellement de sa carte de séjour. Il est évident qu'elle ne saurait, dans une telle situation, se prévaloir de ses droits. Si l'épouse a été contrainte de retourner dans son pays ou n'a pas pu rejoindre son mari, les difficultés rencontrées pour bénéficier des effets d'une union qui n'en a plus que le nom seront-elles surmontables ?...

¹¹⁴ RCDIP 1981 p 658.

Un autre problème réside dans le manque d'information des femmes concernées. Dans son rapport¹¹⁵, le Haut conseil à l'intégration (tout en rappelant l'existence d'associations relais, de bureaux régionaux de ressources juridiques internationales créés en 1996 à Paris, Lyon et Marseille, et d'un guide pratique d'information sur les droits des femmes étrangères ou d'origine étrangère diffusé en 1998, et réactualisé en 2002 par l'association Lyonnaise Femmes contre l'intégrisme...) signale que « cette matière reste trop peu connue des femmes concernées et peut-être aussi des intervenants sociaux qu'elles rencontrent ou côtoient . »

Si au niveau interne les familles polygames ne bénéficient pas d'une protection de leur vie familiale, la question s'est posée de la protection de ses familles par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés Fondamentales (CEDH). L'analyse aboutit à un indéniable constat : l'absence de protection conventionnelle du droit à la vie familiale pour les polygames.

B) L'ABSENCE DE PROTECTION CONVENTIONNELLE DES UNIONS POLYGAMES.

L'article 8 de la CEDH consacre le droit pour toute personne au respect de sa vie privé et familiale. Il s'agit a priori d'un droit fondamental, inhérent à la personne, dont l'exercice ne peut être entaché de discrimination. Les prémices de ce droit fondamental au respect de la vie familiale auraient pu permettre une protection conventionnelle de la vie familiale des polygames (1). Cette hypothèse n'a pas été réalisée (2).

1) Les prémices d'un droit fondamental ou l'espérance d'une protection conventionnelle de la vie familiale pour les polygames

La consécration conventionnelle du caractère fondamental du droit à mener une vie familiale normale s'est illustrée par la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH¹¹⁶ au droit des étrangers (a) et par l'élargissement de la notion de droit à

¹¹⁵ Rapport précité (note n° 12) en sa page 8.

¹¹⁶ L'article 8 de la CEDH dispose : « 1. toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans

une vie familiale (b). Ces deux éléments auraient pu permettre une protection de la vie familiale des polygames par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) en sanctionnant la législation qui interdit le regroupement familial des polygames.

a- L'applicabilité de l'article 8 de la CEDH au droit des étrangers

La question de l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH s'est posée dès lors que l'insuffisance de la protection de la vie familiale des étrangers en droit interne s'est faite ressentir. Si la jurisprudence constitutionnelle s'était efforcée depuis les années 80 de renforcer la protection des droits et libertés individuels des étrangers en France¹¹⁷ et, si le Conseil d'Etat avait affirmé l'existence d'un principe général du droit pour toute personne vivant sur le territoire français de mener une vie familiale normale¹¹⁸, on ne pouvait que constater l'inexistence d'une identité de droit entre nationaux et étrangers. Plusieurs décisions le prouvent. Ainsi, le Conseil constitutionnel considérait dans la décision du 3 septembre 1986 que, si le Préambule de la constitution de 1946 assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement, « il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public ». Le Conseil d'Etat a lui même remis en cause cette égalité entre nationaux et étrangers en affirmant dans l'arrêt du 23 septembre 1988¹¹⁹ que les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent une législation spécifique et que, le moyen tiré de ce que le régime applicable aux étrangers doit être aligné sur celui des nationaux doit de ce fait être écarté. La position traditionnelle du Conseil d'Etat dans les années 80 selon laquelle : « la mesure d'éloignement n'était pas susceptible par son objet de porter atteinte à la vie familiale de l'individu et [que] le refus de ce motif contribuait également à écarter l'invocation du principe général

l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

¹¹⁷ VANDENDRIESSCHE (X), in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, *op.cit.* (note n° 17), p 54.

¹¹⁸ CE, 8 déc. 1978, GISTI et autres, précité.

¹¹⁹ CE, 23 septembre 1988, ministre de l'intérieur/Mme Robalo-Lopès, Req. 77.464, RDP 1990-3, p882.

du droit [de mener une vie familiale normale] » est un élément de plus montrant la discrimination des étrangers face au droit à une vie familiale normale.

La protection de la vie familiale des étrangers en droit commun était donc insuffisante car elle ne garantissait pas contre les incursions éventuelles du législateur. La protection pouvait varier au gré des changements politiques¹²⁰, d'où la nécessité de l'intervention de la CEDH afin de combler cette lacune dans la protection des droits des étrangers. Cette intervention de la CEDH dans le domaine du droit des étrangers n'a pourtant pas toujours été de soit. En effet, aucun droit propre aux étrangers ne figure dans le corps de ce texte. Seul l'article 4 du protocole additionnel 4¹²¹ et l'article 7§2 du protocole additionnel n°7¹²² interviennent dans ce domaine. Le cantonnement de ces dispositions aux Protocoles additionnels illustre l'absence de volonté unanime des Etats de soumettre le droit des étrangers aux exigences des juges européens.

La CEDH est pourtant vouée à intervenir dans ce domaine puisque dans son article 1^{er} les Hautes Parties contractantes s'engagent à l'égard de « toutes personnes relevant de leur juridiction ». Les nationaux comme les étrangers doivent donc pouvoir bénéficier de ces droits. De plus, de façon constante, le juge européen assure une protection « par ricochet » des droits garantis par la CEDH. C'est pourquoi, dès 1967, la Commission européenne des droits de l'homme est intervenue dans ce domaine en établissant un lien entre l'expulsion et le droit à une vie familiale normale.¹²³ L'applicabilité de l'article 8 s'est très vite étendue à toute la matière. En 1985, à l'occasion de l'affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali¹²⁴, la Cour consacra l'application de l'article 8 au droit au regroupement familial, c'est-à-dire, au droit pour l'étranger de rejoindre sa famille résidant régulièrement sur le territoire

¹²⁰ Rudolph D'HAËM *in L'entrée et le séjour des étrangers en France, op. cit.* (note n° 8), p 19 montre que depuis 1981 chaque alternance politique entraîne une modification de l'ordonnance de 1945 dans un sens plus ou moins libéral, chaque nouvelle loi portant le nom du ministre (le plus souvent de l'intérieur) de la nouvelle majorité qui a présenté le texte au parlement.

¹²¹ Protocole n°4 de la CEDH, 16 septembre 1963, entré en vigueur le 3 mai 1974.

¹²² Protocole n°7 de la CEDH, 22 novembre 1984, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988.

¹²³ X, Y, Z c/ Royaume-Uni, 15 décembre 1967, req.3324/67, *Annuaire de la Convention* 1967, p 529 ; BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, 8^{ème} éd., 2002, Dalloz, n° 136 p 376. .

¹²⁴ CourEDH Arrêt du 28 mai 1985, Cour plénière, série A, n° 94, BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH, op.cit* (note n° 123), n° 144, p 388.

d'accueil. Trois ans plus tard, en 1988, lors de l'affaire Berrehab¹²⁵, la Cour confirme sa position à propos du cas d'un ressortissant marocain immigré au Pays-Bas, père divorcé d'un enfant néerlandais, auquel les autorités administratives avaient refusé le renouvellement du permis de séjour. Le droit à une vie familiale normale, consacré par la CEDH induit dès lors le droit pour la famille de demeurer réunie. Enfin, en 1990, dans l'arrêt Moustaquim c/ Belgique¹²⁶, la Cour condamna la France qui avait prononcé une mesure d'éloignement du territoire à l'encontre d'un jeune délinquant marocain, immigré de la « seconde génération ».

Sous l'influence de la Cour, le Conseil d'Etat, qui refusait obstinément d'appliquer l'article 8 aux mesures de police des étrangers, a du revenir sur sa jurisprudence. Il le fit dans l'arrêt Belgacem¹²⁷ où il met pour la première fois en balance les nécessités de l'ordre public avec le droit pour l'étranger de demeurer avec sa famille.

L'intervention du juge européen conduit nécessairement à un renforcement de la protection de la vie familiale des étrangers, ces derniers pouvant invoquer la violation de l'article 8 de la CEDH suite à une mesure de police. Nous verrons cependant que le caractère relatif de ce renforcement a conduit à nier l'hypothèse d'une protection conventionnelle de la vie familiale des polygames. Cette hypothèse était pourtant probable aux vues de l'application généralisée de l'article 8 constatée ci-dessus et de l'élargissement de la notion de vie familiale que l'on peut constater dans la jurisprudence de la Cour.

b- Du droit à une « vie familiale normale » au droit au respect de « sa vie privée et familiale »

La consécration du droit pour les étrangers au respect de leur vie familiale en tant que droit fondamental a eu pour conséquence d'élargir la notion de vie familiale

¹²⁵ CourEDH 21 juin 1988, Berrehab, A. 138, cité par Labayle (H), in « Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale », *RFDA*, 1993, p 522, BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, *op.cit.* n° 145 p 392.

¹²⁶ CourEDH, Arrêt Moustaquim du 18 février 1990, BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, *op.cit.* n°146, p 394.

¹²⁷ Arrêt Belgacem, *Rec Lebon*, p 493, JCP 1992, II, 21832, note Icard ; *D.* 1991, p. 399 note Prétot, *AJDA* 1991, p 551, note JULIEN-LAFERRIERE, *RFDA* 1991, p 497.

puisque un droit de nature réglementaire a laissé place à un droit de nature supra-législative.

La notion de vie familiale pour les étrangers n'avait en effet, jusqu'en 1967, été abordée que par les textes du droit des étrangers. L'ordonnance de 1945 ainsi que les décrets et circulaires d'application ont une conception restrictive de la vie familiale. Selon ces textes, seuls pourront être protégés par le droit à une vie familiale normale, les membres de la famille « nucléaire ». La définition textuelle des bénéficiaires du droit à une vie familiale normale repose sur les articles 5, 15, et 25 de l'ordonnance de 1945 et sur les dispositions spécifiques du décret du 29 avril 1976 modifié relatif au regroupement familial. Il s'agit :

- du conjoint de l'étranger séjournant régulièrement ;
- du conjoint du ressortissant français ;
- des enfants mineurs d'étrangers séjournant régulièrement, ;
- d'étranger exerçant (même partiellement) l'autorité parentale d'un enfant français ;
- des enfants étrangers d'un ressortissant français jusqu'à l'âge de 21 ans ;
- des ascendant d'un ressortissant français.

Il faut, de plus, toujours selon ces règles, que cette famille soit « normale ». Dans l'expression droit à une vie familiale « normale », l'emploi de l'adjectif « normale » semble à première vue anodin. Il semble garantir un minimum vital : tout le monde a le droit de vivre normalement en famille. Pourtant, aux vues de l'application qu'en fait le juge administratif et des textes relatifs au droit des étrangers, on constate que la formulation de ce droit est en réalité défavorable à ces derniers. L'adjectif normal n'est pas là pour illustrer le minimum auquel toute personne a droit. Il signifie en réalité que pour qu'un étranger puisse bénéficier de ce droit, il faut que sa famille réponde à des critères de conformité, qui viennent restreindre ce droit et porter atteinte à son caractère fondamental. Il s'agit de critères économiques : l'étranger doit disposer de « ressources stables et suffisantes »¹²⁸, mais aussi de critères sociologiques et culturels, le Conseil constitutionnel ayant précisé que : « les

¹²⁸ Décret n° 76- 383 du 29 avril 1976 relatif aux conditions d'entrées et de séjour en France des membres des familles autorisées à résider en France, *JO* 2 mai 1976 p 2628 modifié par le décret n° 84-1080 du 4 décembre 1984, *JO* 5 Décembre 1984 p 3733.

conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie »¹²⁹.

Cette conception restrictive que l'on trouve tant en droit communautaire qu'en droit français des étrangers s'explique par le caractère réglementaire des textes qui abordent cette question. Le droit conventionnel, qui tend à faire du droit à mener une vie familiale un droit fondamental, donne forcément une nouvelle dimension à la notion de famille. De plus, l'indétermination de la notion de famille dans la convention donne à cet instrument une plasticité suffisante pour pouvoir être invoquée dans des situations variées. Les juges de Strasbourg peuvent ainsi se détacher de la définition juridique traditionnelle de la vie familiale (que l'on trouve dans les textes tels que l'ordonnance de 1945) pour apprécier au cas par cas son existence. Ils mettent l'accent sur la réalité, l'effectivité de la vie familiale. « La vie familiale doit être préexistante et effective, elle doit être caractérisée par des relations réelles et suffisamment étroites parmi ses membres ». La Cour ne souhaite pas restreindre sa protection aux frontières d'une définition rigoureuse de la vie familiale. Elle souhaite cerner pour chaque cas la réalité de leur vie familiale.¹³⁰ Une famille peut ainsi être composée d'un couple non marié vivant « maritalement »¹³¹. De même, aucune discrimination ne doit être faite entre l'enfant légitime et l'enfant naturel¹³². Le lien d'adoption bénéficie bien sûr lui aussi de la protection¹³³. La Cour tient compte, pour définir la composition de la famille, de l'existence de frères et sœurs¹³⁴. Le lien familial entre parents et enfants n'est pas interrompu par l'accession de ces derniers à la majorité mais persiste dès lors que les relations familiales ne sont pas effectivement coupées¹³⁵. Le divorce¹³⁶ ou la fin de la vie commune des

¹²⁹ DCC n°93-325 du 13 août 1993, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325dc.htm>.

¹³⁰ Voir la définition de la notion de la vie familiale en droit français et selon la CEDH par Julien-Laferrière (F) in « Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ? » D. 1992, p 291.

¹³¹ Arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali précité (note n° 124).

¹³² CourEDH, Keegan c. Irlande, arrêt du 26 mai 1994, série A, n° 290, cité par Mr Coussirat-Coustère in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, p 50.

¹³³ Rect. 9993/_2, x.c. France déc. 5 octobre 1982, D.R. 31, p 242 cité par Mr Coussirat-Coustère, ouvrage op.cit., p 51.

¹³⁴ Arrêt Moustaqim précité (note n° 126).

¹³⁵ Id.

¹³⁶ Arrêt Berrehab CEDH 21 juin 1988, A. 138, cité par Labayle (H), in *Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale*, précité, p 522 ; BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, op.cit., n° 145, p 392.

parents¹³⁷ n'affectent pas non plus ce lien. L'atteinte portée aux liens unissant un couple homosexuel par des mesures d'immigration tombe aussi sous le coup de l'article 8 de la CEDH.¹³⁸

Outre le lien de parenté, ce qui ressort de la conception européenne de la vie familiale est l'effectivité et l'intensité du lien. Cette recherche de l'effectivité conduit la Cour à considérer sous l'angle de la vie familiale certaines situations qui relèveraient plutôt de la vie privée. Si, comme nous l'avons vu, l'emploi de l'adjectif « normal » dans la formulation française du droit à une vie familiale a eu des répercussions défavorables aux étrangers, l'expression européenne du droit à « une vie privée et familiale » n'est pas moins anodine. Les effets de la formulation sont ici, au contraire, favorables au droit des étrangers, car elle entraîne un élargissement de la protection. En effet le juge européen envisage le droit à la vie privé et le droit à une vie familiale comme ne faisant qu'un bloc, indivisible. Il va donc prendre en compte, pour juger qu'un arrêt porte atteinte au droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, des éléments qui relèvent en réalité de l'existence d'une vie privée. L'arrêt Nasri¹³⁹ illustre très bien cette attitude de la Cour qui utilise essentiellement des éléments qui s'apparentent à la vie privée, tels la durée du séjour, la langue, la scolarité, le travail...

La nouvelle dimension que les juges strasbourgeois ont donnée au droit à une vie familiale normale pour les étrangers a laissé croire en l'efficacité d'un recours des polygames devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cet espoir a cependant été déçu.

¹³⁷ CourEDH, Arrêt Cef Nasri c/ France, 13 juillet 1995 ; BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, 5^{ème} éd. 1996, annexe E, n° 297 p 592.

¹³⁸ B.c. Royaume-Uni, déc. 10 février 1990, *D.R.*64, p 278 ; S.c. Royaume-Uni, déc. 14 mai 1986, *D.R.*47, p 274 ; BERGER (V), *op.cit.* 5^{ème} éd. n° 812-822, p 305 et 310.

¹³⁹ Arrêt Nasri c/ France du 13 juil 1995, BERGER (V), *op.cit.* 5^{ème} éd. n°297, p 592. Voir cependant l'article de Mme Van Muyler, «Le droit au respect de la vie privée des étrangers », *RFDA* 2001, p 799 dans lequel elle montre que la Cour tend désormais à dissocier le contrôle du droit à la vie privée de celui du droit à la vie familiale.

2) L'espoir déçu du recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Le refus de faire bénéficier les polygames de l'article 8 de la CEDH s'explique par le caractère relatif de la protection conventionnelle (a) et par la formation d'un ordre public européen en tant qu'émanation des droits internes de la communauté européenne (b).

a- Une protection conventionnelle relative

La polygamie est un élément caractéristique de la vie familiale des étrangers en France. Ce mode de vie peut-il être protégé au titre des droits fondamentaux. Cette question en soulève une autre : le droit à la vie familiale est-il un droit fondamental ? Telle est la **question** formulée par Mr Vandendriessche dans l'ouvrage intitulé : *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*¹⁴⁰. La réponse est difficile, car définir la notion de droit fondamental peut donner lieu à un large débat. En tout état de cause, on peut affirmer que ce droit n'est pas un droit absolu. En effet, l'article 8 alinéa 2 de la CEDH pose d'emblée des limites à la protection du droit énoncé car il autorise les ingérences de l'état dans l'exercice par un individu de son droit au respect de la vie familiale. Cette ingérence est permise si elle est prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique. Le simple fait de remplir les conditions de l'ingérence prévues par l'alinéa 2 ne suffit pas à légitimer cette dernière, encore faut-il que l'atteinte portée soit juridiquement proportionnée au but poursuivi.

Cette ingérence est donc, a priori, bien encadrée. Mais, de façon générale, on peut constater que l'ingérence de l'état dans la vie familiale est, en réalité, largement légitimée par la convention. L'alinéa 2 de l'article 8 de la CEDH fait une liste exhaustive des cas dans lesquels il peut y avoir une ingérence : cette ingérence doit être nécessaire à la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-

¹⁴⁰ X. VANDENDRIESSCHE : « Le droit à la vie familiale est-il un droit fondamental ? », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, op.cit.(note n°17), p.53.

être économique du pays, de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales, de la santé ou de la morale ou des droits et liberté d'autrui. On constate que le contenu de cette clause est si large qu'il est finalement possible, en théorie, de légitimer la plupart des ingérences de l'état dans la vie familiale¹⁴¹. De plus l'état bénéficie d'une marge d'appréciation sur le plan du choix entre les moyens de l'ingérence et de la mise en œuvre des moyens choisis.

La protection de la famille par l'article 8 est d'autant plus limitée lorsqu'on se trouve dans le domaine de la police des étrangers. Dans ce cas, l'état bénéficie d'une grande marge d'appréciation en raison de sa souveraineté en la matière : la Cour EDH n'a de cesse d'affirmer que « les états contractants ont en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités internationaux y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »¹⁴². Cette affirmation souligne l'importance de la souveraineté des états en la matière et exclut d'emblée l'existence d'un contrôle large des ingérences de l'Etat par la CourEDH. A l'inverse, elle implique forcément un large pouvoir d'appréciation de l'Etat quant au caractère nécessaire de son ingérence dans l'exercice du droit à mener une vie familiale normale. De plus, selon la jurisprudence de la Cour, les décisions relatives à l'entrée, au séjour ou à l'éloignement des étrangers sont présumées correspondre à l'un des buts légitimant l'ingérence, ce qui favorise évidemment la légitimation.

Un état contractant, pour ne pas être sanctionné en raison du non respect de ses engagements conventionnels, doit respecter des obligations de ne pas faire, mais aussi de faire. Il est ainsi communément admis que l'article 8 ne se contente pas de « prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, mais qu'il peut engendrer des obligations positives à la charge de l'Etat »¹⁴³. Mais il ne semble pas qu'il faille compter parmi ces obligations le regroupement familial. Les

¹⁴¹ Caroline PICHERAL dans son ouvrage *L'ordre public européen, droit communautaire et droits européens des droits de l'homme*, la documentation française, coll. Monde européen et international, Paris 2001, p 48, montre le contournement du caractère limitatif de ces listes de buts légitimes justifiant une ingérence de l'état.

¹⁴² LABAYLE (H), in *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme*, ouvrage écrit sous la direction de Hugue FULCHIRON, LGDJ, 1999, p 98.

¹⁴³ Cour EDH, arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A, n° 31, p.15 ; BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH, op.cit.* 8^{ème} éd., n° 132, p 365. Voir également, SUDRE (F), *Droit international européen des droits de l'homme*, PUF, 2^{ème} éd. 1995, p 148 et s.

jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Commission européenne des droits de l'homme s'accordent pour refuser de faire découler de la convention un droit au regroupement familial¹⁴⁴. La Cour va même jusqu'à être moins exigeante que le juge constitutionnel. En effet, alors que le Conseil constitutionnel affirme que le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale « comporte la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs »¹⁴⁵, la Cour a pour seule exigence envers l'Etat qu'il vérifie si cette vie peut être menée ailleurs avec succès¹⁴⁶.

La protection de la vie familiale des étrangers par la CEDH est donc très relative et, dans ce contexte, les familles polygames n'ont pas été épargnées. La CourEDH a en effet affirmé la liberté de l'Etat dans son attitude face aux unions polygamiques. Selon elle, « l'Etat ne peut pas être tenu, au regard de la convention, de reconnaître pleinement les mariages polygames qui sont contraires à son propre ordre juridique »¹⁴⁷. L'absence, pour les familles polygames du bénéfice d'une protection conventionnelle se précise si l'on observe la manière dont l'ordre public européen se dessine.

b- Un ordre public européen s'opposant à la polygamie

Malgré les faiblesses que présente la protection conventionnelle de la vie familiale des étrangers, la législation française sur le regroupement familial des polygames ne semble tout de même pas, a priori, rentrer dans le moule des exigences de la CEDH en la matière. Selon la CEDH, il est en effet nécessaire, comme nous l'avons vu, que l'atteinte à la vie familiale soit proportionnée au but poursuivi. Le juge administratif doit donc contrôler cette condition s'il ne veut pas que l'Etat français soit sanctionné par la Cour. Or, depuis la loi Pasqua de 1993, le contrôle normal du juge administratif est écarté pour toutes les mesures d'immigration concernant les unions

¹⁴⁴ Décision de la commission du 24 avril 1965, req n° 1855/63, *Ann. Conv.*, vol VIII, p 203 : « le droit pour une personne de pénétrer et de s'établir dans un pays dont elle n'est pas ressortissante n'est pas garanti en tant que tel par la convention ».

¹⁴⁵ LABAYLE (H) in *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *op.cit.* (note n° 142), p 105.

¹⁴⁶ Dans ce sens : arrêt Güll contre Suisse, CEDH, 19 février 1996, BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, *op.cit.* 5^{ème} éd. n° 28 p 599.

¹⁴⁷ Req. 14501/89, Alilouch El Abasse c. Pays-Bas, déc. 6 janvier 1992, D.R.72, p 128.

polygamiques. Le Conseil d'Etat a, de plus, décidé, dans l'arrêt Sakho qu'une femme en situation de polygamie n'était pas fondée à se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la CEDH¹⁴⁸. Dans cette affaire, une femme était entrée irrégulièrement en France pour rejoindre son mari qui y résidait avec une première épouse. Un arrêté préfectoral lui avait refusé la délivrance du titre de séjour prévue à l'article 15, 3°, de l'ordonnance de 1945 en se fondant sur son entrée et son maintien irréguliers sur le territoire français, d'une part, et sur sa situation matrimoniale, d'autre part. Considérant que l'arrêté violait l'article 8 de la CEDH, le Tribunal administratif de Châlons-sur-Marne l'avait annulé. Pour le Conseil d'Etat l'arrêté d'expulsion était légal, aux motifs que : « Mme Sakho est la seconde épouse de M. Sakho, lequel réside en France, et qu'elle vit en état de polygamie [et] qu'elle ne peut ainsi utilement se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour contester le bien-fondé du second des motifs retenus par le préfet ».

La référence à l'article 15, 3° de l'ordonnance de 1945 attire l'attention puisqu'elle permet de comprendre des éléments de fait importants, l'arrêt étant lui-même pauvre de précisions. En l'espèce, la requérante sollicitait un titre de séjour en qualité de mère d'un enfant français résident en France¹⁴⁹ et non en invoquant sa qualité d'épouse d'un étranger autorisé au séjour. En annulant la décision des premiers juges, le Conseil d'Etat reconnaît, conformément à la lettre de l'article 15 bis de l'ordonnance, que la situation de polygamie en France oblige le préfet à refuser la délivrance de la carte de résident quel que soit le titre auquel l'étranger pourrait en bénéficier, sans qu'aucun contrôle de proportionnalité n'ait lieu. La requérante est ainsi privée de l'examen individuel tel qu'il résulte habituellement du mécanisme de l'article 8 de la CEDH. La formulation du texte dicte-t-elle une telle démarche

¹⁴⁸ CE 29 décembre 2000, Sacko, *AJDA* 2003, jurisprudence, p 851. Confirmé ultérieurement dans l'arrêt Lakhal, C.E 2 octobre 1996, req. juris-data n° 156257, texte intégral in *Juridisque Lamy* (cité par Mr Farge in *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle* p 65.) : « Mme Lakhal est l'épouse de Mr Lakhal, lequel réside en France avec une seconde épouse et les enfants nés de ces deux unions ; que, par suite, en raison de la situation de polygamie de son mari, elle ne peut utilement se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et soutenir que l'arrêté attaqué porterait à son droit au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté. ».

¹⁴⁹ Article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 : « Sauf si la présence de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public, la carte de résident est délivrée de plein droit, sous réserve de la régularité du séjour : (...) A l'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résident en France, à la condition qu'il exerce même partiellement l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienne effectivement à ses besoins. »

pourtant inhabituelle en droit des étrangers ? Selon M. Farge¹⁵⁰, « rien n'imposait d'abandonner le contrôle de proportionnalité entre le but poursuivi par la mesure en cause et la nécessité de protéger la vie familiale des étrangers ». Cependant, si le Conseil d'Etat avait procédé autrement, de toute évidence, il aurait été à l'encontre de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 qui consacre l'interprétation du droit à mener une vie familiale normale en fonction des normes de la société d'accueil, et de la politique d'intégration mise en place par le pouvoir législatif. Or l'objectif du législateur était clairement d'empêcher le regroupement familial des polygames afin de combattre les effets néfastes de la jurisprudence Montcho. Le seul espoir résidait donc dans une intervention de la Cour européenne des droits de l'homme.

Celle-ci devrait exiger la présence d'un réel contrôle de proportionnalité entre l'atteinte aux droits de l'individu et celle portée à l'ordre public. La Commission européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs sanctionné à plusieurs reprises, sur le fondement de l'article 13 de la Convention (relatif au droit à un recours effectif), le caractère restreint du contrôle exercé par le juge administratif sur les décisions d'éloignement des étrangers, qui était assimilé à un contrôle inefficace (article 26 de la Convention). La Cour devrait sanctionner une telle discrimination dans l'exercice du droit à mener une vie familiale. Rien ne peut, conventionnellement, justifier cette discrimination.

Il semble pourtant qu'elle n'en prenne pas le chemin. L'étude de la prise de position de la CourEDH sur le droit des étrangers à mener une vie familiale normale nous montre que les exigences européennes semblent s'adapter aux évolutions des droits internes des pays de l'Union¹⁵¹. Les limites de « l'effet moteur » de la CourEDH se traduisent à travers la façon dont l'ordre public européen se construit dans ce domaine. Cet ordre public apparaît en effet comme une simple émanation des droits internes. C'est la révélation de valeurs européennes prééminentes qui permet d'en dessiner les contours. Il n'existe donc pas d'ordre public européen autonome. L'absence de prise de position de la Cour face aux sujets non consensuels le prouve.

¹⁵⁰ *In Le statut familial des étrangers (...), op.cit.* (note n°4), p 66.

¹⁵¹ Monsieur COUSSIRAT-COUSTERE, *in Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, op.cit.* (note n° 133), p 48, montre que l'évolution du droit européen en la matière accompagne plutôt que précède celle du droit interne.

La jurisprudence de la Cour n'est souvent qu'une « tentative de conciliation des traditions nationales »¹⁵². Le rejet unanime des unions polygamiques par les pays de l'union laissait donc présager la faiblesse de la protection conventionnelle qui leur serait réservée.

Nous avons expliqué l'état actuel du droit face aux unions polygamiques. Si certains effets se manifestent et se manifesteront toujours devant le juge français, tout est mis en œuvre afin que le droit français ne soit plus directement concerné par le problème de la polygamie. La position du législateur ne semble pas justifiable car elle porte atteinte impunément à un droit fondamental. Que penser notamment de la situation des enfants des femmes polygames qui devront choisir entre leur père ou leur mère et qui risquent d'être séparés de leur fratrie ? Les dispositifs tendant à supprimer la polygamie en France semblent cependant solidement ancrés, l'orientation similaire des différents pays européens et la présence d'une directive européenne en ce sens le prouvent. Le droit public est donc intervenu de façon radicale là où le droit international privé ne semblait pas vouloir évoluer. Plusieurs questions surgissent : le droit des conflits de lois devait-il réagir avant que n'intervienne le droit des étrangers ? Le droit international privé doit-il évoluer afin de se mettre en harmonie avec ce dernier ? Au contraire, le principe de la compétence de la loi nationale applicable au statut personnel est-il encore pertinent et l'existence d'une contradiction au sein d'une même matière, le droit international privé au sens large du terme, est-elle viable ?

¹⁵² COUSSIRAT-COUSTERE (V), id.

SECONDE PARTIE : LA REMISE EN CAUSE D'UNE REGLE DE CONFLIT

L'article 3 alinéa 3 du Code civil pose un principe fondamental de solution de conflit de lois : l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale. Cet article est inchangé depuis 1804. Pourtant la solution proposée est peu à peu vidée de son contenu, si bien que l'on ne pourra que constater la fragilisation de la valeur juridique de la règle de conflit applicable aux unions polygamiques (I) et nous interroger sur un éventuel changement de solution (II).

I) LA FRAGILISATION DE LA VALEUR JURIDIQUE DE LA REGLE DE CONFLIT APPLIQUEE AUX UNIONS POLYGAMIQUES

Le professeur Déprez, introduisant la première partie de son cours intitulé « droit international privé et conflit de civilisations »¹⁵³, souligne qu'en Europe « de nombreux accrocs sont portés à la compétence ou à l'application effective des lois nationales au statut personnel ; la territorialité n'hésit[ant] pas à s'affirmer, et bien au-delà du traditionnel mais exceptionnel recours à l'ordre public. » Cette affirmation se vérifie en matière de mariage des étrangers, où le domaine d'application de la règle de conflit s'est vu restreint d'une part à cause du développement du territorialisme (A), d'autre part en raison de l'éviction fréquente de la loi nationale par l'ordre public (B).

A) LE DEVELOPPEMENT DU TERRITORIALISME

Le territorialisme est la démarche selon laquelle on applique la loi du lieu de situation de l'objet ou, en ce qui concerne l'état des personnes, la loi du domicile,

¹⁵³ DEPREZ (J), « Droit international privé et conflit de civilisations, aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCDAl* 1988, IV.

sans tenir compte de la nationalité des parties. Le développement du territorialisme s'illustre tant à travers des règles substantielles (1) que des règles de conflits (2).

1) Les règles substantielles relatives aux mariages des étrangers

Les règles substantielles s'opposent aux règles de conflits en ce qu'elles régissent directement le fond du droit sans poser la question de la loi applicable au litige. Elles restreignent par conséquent le champ d'application de la loi nationale des étrangers. Les lois de police, aussi appelées lois d'application nécessaire ou immédiate, peuvent se rattacher à cette catégorie. Comme leur nom l'indique, ces règles résolvent le fond du litige, sans qu'il soit nécessaire pour cela de se poser la question de la loi applicable à ce dernier. Le caractère de loi de police a été reconnu à certaines dispositions du Code civil relatives au mariage. Ces dispositions du Code civil (a), tout comme les dispositions de la loi du 24 août 1993 (b), sont des règles substantielles illustrant le développement du territorialisme au détriment du personalisme, dans le domaine du mariage des étrangers.

a- Les dispositions du Code civil relatives au mariage d'application territoriale

Selon la jurisprudence Rivière¹⁵⁴, les effets du mariage sont en principe soumis à la loi de la nationalité commune des époux et à défaut, à celle de leur domicile commun, ou à la loi du for, qui a vocation subsidiaire. Les effets du mariage sont, principalement, les obligations qui en découlent (chapitre V du titre V du Code civil) et les droits et devoirs respectifs des époux (chapitre VI du même titre). Dans l'arrêt Cressot du 20 octobre 1987¹⁵⁵, la Cour de cassation a vidé de son contenu le domaine d'application de la loi des effets du mariage en énonçant que « les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivant du Code civil sont d'application territoriale ». Cet arrêt fut critiqué et sa portée discutée. Tout d'abord, le terme « d'application territoriale » est à définir. Le concept de loi

¹⁵⁴ Cass.Civ. 1^{ère} 17 avril 1953 précité supra note 40.

¹⁵⁵ Cass.Civ. 1^{ère} 20 octobre 1987 *JDI*, 2, 1988, p 447 note HUET ; *RCDIP* 1988, p 541, note LEQUETTE.

territoriale est apparu au Moyen-Age, à cette époque toutes les lois applicables étaient des lois territoriales : la loi de la seigneurie s'appliquait aux personnes qui y étaient domiciliées et à elles seules. Aujourd'hui on dit que le champ d'application de ces lois est à l'exacte mesure du territoire de l'Etat qui les édicte¹⁵⁶. Les commentateurs de l'arrêt Cressot sont restés dubitatifs face à l'emploi de ce concept par la Haute juridiction. Ils ont conclu de façon unanime que cette dernière avait entendu donner à ces dispositions du Code civil le caractère de loi de police. Ceci n'allait pas de soi car toutes les lois d'application territoriale ne sont pas des lois de police. Une loi de police se présente comme une loi à impérativité renforcée qui s'applique aux personnes désignées par la règle de conflit normalement applicable (en l'occurrence les personnes de nationalité française) mais aussi à toutes les personnes qui se situent sur le territoire français. A l'inverse, le champ d'application d'une loi territoriale peut se limiter aux personnes se situant sur le territoire et à elles seules. Il semble évident que ni le législateur, ni les juges, n'aient voulu empêcher un français domicilié à l'étranger, de bénéficier du régime matrimonial primaire établi par les articles 212 et suivant. C'est pourquoi l'on a pu déduire qu'il s'agissait là de la reconnaissance du caractère de loi de police de ces dispositions.

Il n'existe pas de définition qui permette d'identifier avec certitude une loi de police. L'auteur grec Francescakis les a décrites comme « des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »¹⁵⁷. Or, dans les Etats modernes, on peut dire que toutes les lois se proposent de garantir ces intérêts. L'identification de ces lois doit donc se faire de manière empirique, par un examen au cas par cas de chaque disposition législative, les cas où le législateur se prononce sur la nature de la loi étant très rares¹⁵⁸. La qualification globale opérée par les juges dans l'arrêt Cressot a donc paru à tous hasardeuse, arbitraire, et contraire à la raison qui prescrit la prudence dans ce domaine, pour éviter notamment d'être accusé de nationalisme dans l'application du droit français.

¹⁵⁶ LEQUETTE (Y), *RCDIP* 1988, p 543, note précitée (note n° 155).

¹⁵⁷ AUDIT (B), *Droit international privé, op.cit.* (note n° 42), p 100.

¹⁵⁸ On peut citer pour exemple l'article 311-15 du Code civil : « Toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère. »

Avant que la Haute juridiction ne s'exprime sur la question, la doctrine avait déjà tenté de déterminer quelles dispositions du statut de base des époux pouvaient être lues comme des lois de police. Plusieurs auteurs ont montré, grâce à une analyse au cas par cas de ces dispositions, que certaines d'entre elles semblaient avoir vocation à s'appliquer sur tout le territoire, sans discrimination selon la nationalité des individus, « une telle discrimination mettant en cause l'objectif même poursuivi par le législateur »¹⁵⁹. Le caractère de loi de police a ainsi été reconnu à l'article 215 al 3, sur la restriction des pouvoirs des époux dans leur droit à disposer du logement familial et des meubles meublants dont il est garni¹⁶⁰, à l'article 220 sur les pouvoirs ménagers des époux¹⁶¹, et aux articles 221 et 222 instituant des présomptions de pouvoirs pour ouvrir un compte en banque et pour accomplir un acte sur un bien meuble détenu individuellement par un époux¹⁶². Monsieur Fadlallah rappelle aussi que les textes fondés sur l'urgence sont nécessairement d'application territoriale : « le juge des référés, saisi en vertu de l'article 220-1, doit remédier à « la situation de crise » qui aura éclaté en France. Le péril justifie les mesures urgentes »¹⁶³.

Certes ces mêmes auteurs ont dénié le caractère de loi de police à certaines autres règles du statut de base des époux, comme l'article 214 du Code civil (sur la contribution aux charges du mariage), l'article 212 du Code civil (obligation de secours, de fidélité et d'assistance), et l'article 215, alinéa 1 et 2 (communauté de vie et choix de la résidence de la famille)¹⁶⁴. Il n'en reste pas moins qu'une importante partie du régime matrimonial primaire a été soustrait du champ de compétence de la loi des effets du mariage. La loi des effets du mariage est donc en partie vidée de son

¹⁵⁹ FADLALLAH (I), *La famille légitime en droit international privé*, op. cit., (note n° 57), p 133.

¹⁶⁰ Auteurs cités par monsieur FADLALLAH : MAYER, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., n.433, note 126 et n. 438 ; BATIFFOL et LAGARDE, *Droit international privé*, 7^{ème} éd., t.II, n 676 ; HOLLEAUX, FOYER et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, n 785. KARAQUILLO, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française du droit international privé*, 1977, n 329 ; FADLALLAH, op.cit. p 144 et RCDIP 1979, p 754 ; REVILLARD, *Droit international privé et pratique notarial*, 1977, n 33, DROZ, *D. Rép.dr.int.*, V Régimes matrimoniaux, n 217.

¹⁶¹ Auteurs cités par monsieur FADLALLAH : BATIFFOL et LAGARDE op.cit. N 437, note 3et n. 631-1 ; MAYER loc.cit ; HOLLEAUX, FOYER et GEOUFFRE DE LA PRADELLE loc.cit. ; DROZ op.cit., n 215 ; BISCHOFF, *D. Rép.dr.int.*, V Mariage, n 217 ; MESTRE, *J.Cl.dr.int.fasc.546-D*, n 130 ; LEQUETTE, note *JDI* 1978, p 325 ; POISSON-DROCOURT, note *RCDIP* 1977, p 710.

¹⁶² BATIFFOL et LAGARDE op.cit .n 631-1 ; MAYER loc.cit. ; HOLLEAUX, FOYER, et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, loc.cit. ; KARAQUILLO, op.cit., n 326 ; DROZ, op.cit. N 214 ; REVILLARD, op.cit. N 32.

¹⁶³ FADLALLAH *Loc. cit.* note 159.

¹⁶⁴ HUET, note précitée.

contenu, les effets français du mariage vont fréquemment se substituer aux effets du droit musulman normalement compétent.

Le développement des lois de police en matière de mariage des étrangers est un premier élément qui contribue à fragiliser la règle de conflit applicable aux unions polygamiques. La loi Pasqua de 1993 en est un deuxième.

b- Des règles du droit des étrangers restreignant le domaine d'application de la loi nationale

La loi de 1993 et la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 signifient que le droit à une vie familiale normale, tout comme la qualité de conjoint, éléments qui se rattachent pourtant au statut personnel, doivent s'interpréter en fonction des critères de la loi française et non de la loi nationale de l'étranger. La question préalable de la nature du lien matrimonial unissant les parties ne se pose plus ; il n'y a donc plus à appliquer de règle de conflit et donc de loi étrangère.

Ces règles substantielles se substituent à la mise en œuvre de la règle de conflit en principe applicable aux unions polygamiques. La valeur juridique de cette règle jurisprudentielle s'en trouve affaiblit. Elle l'est d'autant plus que se développe en droit commun et en droit conventionnel, de nouvelles règles de conflit de nature territorialiste.

2) Le développement des règles de conflit territorialistes relatives aux mariages des étrangers

Ces règles sont apparues tant en droit commun (a) qu'en droit conventionnel (b).

a- En droit commun

On assiste en droit commun au développement de nombreuses règles de conflit concourant à réduire le champ d'application du statut personnel musulman¹⁶⁵. Tout d'abord il faut noter que le domaine du statut personnel est beaucoup plus réduit dans les droits européens qu'en droit musulman, ce qui limite par là même son domaine.

¹⁶⁵ DEPREZ, *RCADI*, 1988, t IV, p 143, *op.cit.* (note n° 153).

C'est ainsi, par exemple, que les relations patrimoniales et en particulier les successions font partie du statut personnel en droit musulman alors qu'ils correspondent au statut réel en droit français.

De plus, la loi des effets du mariage s'est vue vidée d'une grande partie de sa substance puisqu'on lui a soustrait le divorce et la filiation légitime au cours de leur réforme respective¹⁶⁶. Avant 1975 la règle de conflit applicable au divorce était celle des effets du mariage. La nouvelle solution dont dispose l'article 310¹⁶⁷ est fortement marquée par le territorialisme puisqu'elle délimite le champ d'application de la loi française en lui donnant un double rattachement qui ne peut pas être bilatéralisé. Le législateur a souhaité étendre les cas d'application de la loi française au divorce. Les champs d'application des lois étrangères en général, et du statut personnel musulman en particulier, se trouvent par conséquent réduits. Avant la réforme de 1972, la filiation légitime était elle aussi soumise à la loi des effets du mariage¹⁶⁸. Les réformateurs de la filiation ont souhaité introduire de nouvelles règles de conflits dans le but notamment de favoriser l'établissement de la filiation par un système de rattachement alternatif. Si les articles 311-14, 311-16 et 311-17 du Code civil conservent le critère de rattachement de la nationalité, ce n'est plus la loi des effets du mariage qui est systématiquement compétente. De plus le système de rattachement alternatif adopté par le législateur permet de faire prévaloir les solutions consacrées par le droit interne. L'article 311-15 du Code civil relatif à la possession d'état a, quant à lui, été consacré en tant que loi de police et se détache donc du rattachement à la loi nationale.

L'esprit de ces réformes est donc marqué par une influence importante du territorialisme. La tradition nationaliste est donc ici encore remise en cause. Par ricochet la règle de conflit applicable aux unions polygamiques s'en trouve de

¹⁶⁶ Loi du 3 janvier 1972 sur la filiation et loi du 12 juillet 1975 sur le divorce et la séparation de corps.

¹⁶⁷ Article 310 du Code civil : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française : lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ; lorsque les époux ont, l'un et l'autre leur domicile sur le territoire français ; lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

¹⁶⁸ Cass.civ.1^{ère} 4 novembre 1958, *RCDIP*, 1959 p 303, note FRANCESCOAKIS, *JDI* 1959, p 788, note PONSARD. Sur les critiques qui avaient été adressées à ce système, FRANCESCOAKIS, « Une extension discutable de la jurisprudence Rivière ; l'application de la loi du domicile commun à la filiation légitime », *RCDIP* 1956, p 254.

nouveau fragilisée. Cette réaction territorialiste s'exprime en outre à l'échelle internationale par le développement du rattachement domiciliaire dans les conventions internationales.

b- En droit conventionnel

Les obligations alimentaires entre époux auxquelles on peut assimiler, au plan international, la contribution aux charges du mariage, relèvent aux termes de l'article 4 de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973¹⁶⁹ de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliment. La Cour de cassation a appliqué cette convention à un couple marocain résidant en France¹⁷⁰. L'application de la règle de conflit traditionnellement applicable aux unions polygamiques est ainsi, une fois de plus, contournée.

Outre le développement des règles substantielles et des règles de conflit se substituant à la mise en œuvre de la loi du mariage ou de la loi des effets du mariage, un autre élément contribue à la fragilisation de la règle de conflit actuelle : les incursions de l'ordre public.

B) UNE LOI NATIONALE FREQUEMMENT EVINCEE

Le statut personnel est un des domaines de prédilection de l'exception d'ordre public (1), en effet, le droit de la famille, tout ce qui touche au mariage, au divorce et à la filiation, est un domaine dans lequel les règles impératives sont nombreuses. Mais la polygamie apparaît comme un îlot inexplicablement épargné par celle-ci (2).

¹⁶⁹ Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives à l'exécution des obligations alimentaires, ratifiée par la France le 19 juillet 1977, et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1977 ; <http://www.hcch.net/f/status/stat23f.html#fr>

¹⁷⁰ Cass.1^{ère} civ. ,12 juillet 1992, *RCDIP* 1993, p 269, note COURBE ; *JCP* 1993, éd.G, II, 22138, note DEPREZ.

1) Le statut personnel, domaine de prédilection de l'ordre public

Dans la théorie générale des conflits de lois, l'ordre public est une technique particulière dont l'effet est d'écarter un droit étranger compétent et de lui substituer la loi du for, c'est-à-dire du juge saisi du litige. Cet instrument est employé par le juge chaque fois que le droit étranger contient des dispositions qui paraissent choquantes et contreviennent à des normes qu'il estime essentielles. Cela se produit lorsque le droit étranger méconnaît des principes qui ont aujourd'hui une valeur universelle ou lorsqu'une loi étrangère va à l'encontre d'une politique législative destinée à assurer des impératifs considérés comme particulièrement forts dans l'ordre juridique du juge saisi. Cet instrument du droit international privé a été utilisé dans le domaine du statut personnel de façon traditionnelle (a), mais aussi selon un modèle renforcé (b).

a- Les interventions traditionnelles de l'ordre public dans le statut personnel

La sensibilité de l'ordre public a toujours été grande à propos des conditions de fond nécessaires à la validité du mariage. L'ordre public intervient dans ce domaine à l'encontre des lois plus permissives que la loi française mais aussi à l'encontre des lois étrangères plus exigeantes. Gérard Légier¹⁷¹ illustre la position du droit français vis-à-vis d'un droit étranger moins exigeant quant aux conditions de validité du mariage en se référant aux quatre exemples qui suivent.

Une loi étrangère qui fixe un âge inférieur à celui que prévoit le droit français pour pouvoir se marier doit, selon le point de vue qui prévaut en France, être écartée car elle contrevient à notre ordre public. De même, une loi étrangère plus souple quant au consentement requis auprès des parents pour les mineurs en âge de se marier peut, dans certains cas être écartée. Il va de soit que les juges écarteront une loi étrangère qui admettrait le mariage d'une personne incapable de manifester une volonté réelle, ou qui se montrerait trop permissive au sujet des empêchements résultant de la

¹⁷¹ Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 1999, t1, p 293, « Les rapports familiaux et l'ordre public au sens du droit international privé ».

parenté et de l'alliance¹⁷². A l'inverse, ce même auteur montre que dans certaines hypothèses la loi étrangère sera évincée car elle est trop exigeante au regard de l'ordre public français. Il arrive ainsi que le droit étranger prévoit un empêchement qu'ignore la loi française. En ce cas, l'ordre public interviendra dès que cet empêchement heurtera notre ordre moral, politique ou social. Il en est notamment ainsi des lois prohibant le mariage entre personnes de confessions différentes. La Cour de Paris a ainsi rappelé que « l'ordre public français s'oppose aux obstacles de nature religieuse qu'une loi étrangère établit à l'encontre de la liberté matrimoniale, telle la loi marocaine qui interdit le mariage d'une marocaine avec un non-musulman »¹⁷³.

L'ordre public intervient également à l'encontre de lois plus permissives que la loi française en matière de divorce. Ainsi une loi qui permettrait de divorcer pour maladie grave du conjoint serait évincée. C'est surtout à propos de la répudiation unilatérale que l'ordre public s'est manifesté. La jurisprudence, approuvée par la doctrine, a clairement décidé qu'une répudiation prononcée en France était sans valeur¹⁷⁴. On trouve aussi en jurisprudence des cas d'éviction de loi applicable au divorce trop restrictive face à ce droit. Ainsi, dans un arrêt Bendoleba¹⁷⁵ la loi camerounaise fut évincée car elle établissait une discrimination sexuelle : l'adultère de la femme était une cause de divorce, mais celui du mari ne l'était pas. Cette loi privait l'épouse du droit de se prévaloir de l'adultère de son mari. C'est en raison de cette discrimination qu'elle a été déclarée contraire à l'ordre public.

Dans certains cas l'effet plein de l'ordre public tel qu'il vient d'être envisagé ne peut se concevoir, mais on ne peut pas, malgré tout, envisager l'application de la loi étrangère en raison des liens particuliers entre la situation juridique et l'ordre

¹⁷² En revanche l'ordre public ne devrait pas intervenir dans l'hypothèse où le droit étranger admet la validité d'une union qui, en vertu du droit français, est prohibée mais qui néanmoins peut-être autorisée par une dispense.

¹⁷³ Paris 9 juin 1995, *D* 1996, p 171 obs. AUDIT.

¹⁷⁴ Aix 21 janvier 1981, *RCDIP* 1982, p 297, note LEGIER et MESTRE : selon la Cour un divorce prononcé en France par un tribunal rabbinique et s'assimilant à une répudiation pure et simple est « radicalement contraire aux principes d'ordre public du droit français en la matière et ne saurait avoir le moindre effet en France ». L'éviction de la loi admettant la polygamie a également été fondé sur l'existence d'un « ordre public procédural » selon lequel le divorce en France à obligatoirement un caractère judiciaire, il ne peut être prononcé que par une juridiction étatique et les autorités religieuses ou consulaires sont incompétentes pour en connaître : Paris 7 juillet 1959, *RCDIP* 1960, p 354, note LOUSSOUARN, dans le même sens : TGI Paris, 26 janvier 1978, *RCDIP* 1979, p 111 note D.H.

¹⁷⁵ Paris, 28 juin 1973, *RCDIP* 1974, p 505, note FOYER.

juridique du juge saisi. Ici encore la loi étrangère sera évincée, non pas par le jeu de l'effet plein de l'ordre public, mais par celui de l'ordre public de proximité. Ce dernier correspond à une extension du domaine de l'ordre public car il écarte l'application de certaines lois étrangères qui ne sont pas, en principe, contraire à l'ordre public.

b- Une incursion renforcée par le développement de l'ordre public de proximité

La notion d'ordre public de proximité a été développée en réaction aux critiques encourues par le principe de l'ordre public atténué. La doctrine¹⁷⁶ dénonçait le détournement de ce principe constituant une fraude à l'ordre public atténué. Elle a donc imaginé une autre approche des situations juridiques créées à l'étranger : plutôt que de s'attacher de façon mécanique au lieu de création de la situation, elle proposa de rechercher dans chaque espèce si la situation présentait ou non des liens étroits avec la France, notamment en raison de la nationalité française des intéressés. Cette démarche est apparue dans différentes décisions relatives au statut personnel. La première manifestation concerna le divorce. Dans un arrêt du 2 avril 1981¹⁷⁷, la Cour de cassation énonça que, la loi étrangère qui interdisait le divorce était « contraire à la conception française de l'ordre public international qui impose la faculté pour un français domicilié en France, de demander le divorce ». Deux éléments étaient ici réunis afin de justifier l'éviction de la loi étrangère : la nationalité française et le domicile en France de celui qui demande le divorce.

Le droit de la filiation est lui aussi concerné par l'ordre public de proximité. La cour de cassation a déclaré à propos de lois étrangères prohibant l'établissement d'une filiation naturelle : « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation ne sont en principe pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant

¹⁷⁶ Voir ANCEL et LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 1998, p 243 : « La facilité actuelle des déplacements confère, en effet, aux individus une quasi-ubiquité qui prive la notion d'effet atténué de l'ordre public d'une partie de sa raison d'être. »

¹⁷⁷ *JDI*, 1981 p 812, note ALEXANDRE ; *D* 1982.I.R., p 196 ; *Gaz.Pal.*, 1981.2 p 828, note LISBONNE.

français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente »¹⁷⁸. Ici il suffit que l'enfant soit français ou ait sa résidence en France pour que l'ordre public de proximité intervienne.

Le principe d'application de la loi nationale au statut personnel des étrangers, et par conséquent, les règles de conflit applicables aux unions polygamiques, sont de toute évidence affaiblis par les incursions fréquentes de l'ordre public dans cette matière. On aurait pu penser que le statut musulman, par les principes qui sont les siens dans les relations familiales et qui s'opposent radicalement à ceux du droit familial français, aurait quelques difficultés à passer à travers le contrôle des juges du point de vue de l'ordre public. Pourtant, à bien y regarder, il semble que la polygamie, symbole du principe de prépondérance maritale qui sous-tend tout le droit de la famille musulman, ait été relativement épargnée par les incursions de l'ordre public.

2) La polygamie, un îlot relativement épargné par l'ordre public

Certes, la polygamie n'a pas échappé aux incursions de l'ordre public (a). Cependant il est nécessaire de relativiser les interventions de l'ordre public qui ont parfois été amplifiées par la doctrine. En jurisprudence on peut en effet constater un certain effacement de l'ordre public face à cette institution (b).

a- Les interventions de l'ordre public relatives au mariage polygamique

La manifestation la plus éloquente en jurisprudence de l'ordre public face à la polygamie est celle selon laquelle ce dernier s'oppose à la célébration d'une telle union en France. La jurisprudence est ferme et d'une grande clarté sur ce point. On peut citer par exemple la motivation d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 21 juin 1991 : « la conception française de l'ordre public s'oppose à ce qu'un étranger

¹⁷⁸ Cass.civ. I, 10 février 1993, *RCDIP*, p 620, note FOYER.

marié contracte en France un nouveau mariage avant la dissolution du premier, même si cette union est conforme à son statut personnel»¹⁷⁹.

La jurisprudence s'est aussi clairement opposée, au nom de l'ordre public à la reconnaissance d'effets personnels de l'union polygamique¹⁸⁰. Gérard LÉGIER explique fort justement que, ce à quoi s'oppose l'ordre public « c'est la prérogative du mari de contraindre une épouse à l'obligation de fidélité ou de cohabitation. Mais si les différentes personnes concernées exécutent volontairement les obligations nées de l'union, l'ordre public n'a pas à intervenir. Il sert seulement à éviter une polygamie forcée »¹⁸¹.

Les occasions de faire intervenir l'ordre public dans ce domaine sont cependant rares. En effet il n'est guère d'exemples en jurisprudence d'affaires opposant des conjoints musulmans sur des problèmes d'inégalité entre époux ou de subordination de la femme dans la vie du ménage. Selon monsieur Déprez¹⁸², les occasions d'opposer l'ordre public à un mari qui se prévaudrait de prérogatives patriarcales reconnues par sa loi nationale sont réduites dans la mesure où ce type de litige n'est pas porté devant le prétoire, que se soit pour des raisons de pudeur, de sauvegarde de l'intimité du foyer, ou de résignation de la femme, surtout si elle est mal intégrée dans la société française, ou analphabète, ou économiquement dépendante de son mari.

¹⁷⁹ D. 1991, p 218. Dans le même sens : TGI Paris 22 janvier 1968, *JDI* 1969, p 406, note Ph. K ; Lyon 21 mai 1974, *D* 1975, p 9, note P. GUIHO (le motif tiré de l'ordre public apparaissait ici en complément d'un autre, puisque la femme étant en l'espèce française, le mariage était nul en vertu de la loi française compétente) ; La solution est d'ailleurs vérifiée sur le plan administratif par l'interdiction pour l'officier d'état civil de célébrer des unions polygamiques. En outre, sur le plan pénal, l'étranger qui contracte en France un mariage polygamique encourra les sanctions pénales frappant le délit de bigamie : Trib. Correct. Villefranche sur Saône 6 novembre 1951, *RCDIP* 1954, p 764, note Y.L. Il en est encore ainsi même lorsque l'union a été célébrée par un agent diplomatique ou consulaire étranger : le délit de bigamie est également répréhensible car considéré comme commis sur le territoire français (TGI Paris 8 avril 1987, *RCDIP* 1988, p 73 note LEQUETTE). Un arrêt isolé et d'interprétation délicate a toutefois admis la validité d'une union polygamique célébrée devant le consul du Maroc : Paris 5 avril 1990, *D.* 1990, p 424, note F. BOULANGER, l'espèce est particulière car l'époux s'était remarié avec l'une des femmes dont il avait divorcé.

¹⁸⁰ Tribunal de Versailles, 31 mars 1965, *op.cit* N°71.

¹⁸¹ LÉGIER, *op.cit* (note n°171). p 307. Rappr : note A.P., *JDI*, 1966, p 97 et arrêt Montcho précité où le Conseil d'Etat avait écarté l'argument de l'administration qui avait refusé le regroupement familial polygamique pour des « considérations tirées de l'ordre public ».

¹⁸² « statut personnel et pratiques familiales des musulmans en France, aspect de droit international privé » in *famille-Isam-Europe, Le droit confronté au changement*, FOBLETS (M-C), *op.cit.* (note n°5), p 71.

Le regard porté sur la manifestation de l'ordre public dans le statut personnel des étrangers ne serait pas objectif si l'on s'abstenait de souligner un certain effacement de l'ordre public face à la polygamie.

b- L'effacement ponctuel de l'ordre public face à cette institution

Cet effacement est tout d'abord le résultat d'une fidélité à un raisonnement qui a fait ses preuves et a été poli par plus d'un siècle de précédents jurisprudentiels : celui de l'ordre public atténué. Cette notion a été illustrée par les espèces que nous avons déjà envisagées. Il s'agit en effet des arrêts qui reconnaissent la validité d'unions polygamiques célébrées à l'étranger conformément à la loi nationale des intéressés et qui accordent à la seconde épouse le bénéfice de droit dont l'attribution procède, en principe de la qualité de conjoint. Il en a été ainsi pour la liquidation d'un régime matrimonial ou d'une succession, l'exécution d'une obligation alimentaire, l'octroi d'une indemnité de veuve ou d'une pension de réversion ou encore pour la légitimité des enfants¹⁸³. Dans ces arrêts l'ordre public s'efface en permettant qu'une union polygamique soit reconnue par l'ordre juridique français comme valide. L'effet atténué de l'ordre public constitue donc un empêchement à l'intervention de l'ordre public : dès lors que la situation juridique a été créée à l'étranger, l'ordre public n'a pas à être invoqué.

Ce dernier peut cependant être invoqué, dans la seconde partie du raisonnement, lorsqu'il s'agit de décider de la contrariété ou, à l'inverse, de la conformité de l'effet invoqué, à l'ordre public international. Cependant, à ce stade aussi, l'incursion de l'ordre public est rare, voire absente. En effet, l'octroi d'une part de la succession, l'exécution d'une obligation alimentaire, ou l'octroi d'une pension de réversion à la seconde épouse ne sont pas, en principe, contraires à l'ordre public¹⁸⁴. La question du bénéfice des prestations sociales pour la seconde épouse est une question à part. Comme nous l'avons vu, un tel bénéfice ne lui a jamais été octroyé. Fallait-il y voir une des rares manifestations de l'ordre public confronté à cette institution ? Certains

¹⁸³ Voir les arrêts précités à propos des effets des unions polygamiques valablement contractés à l'étranger.

¹⁸⁴ Hormis les cas où les juges combineront l'application de l'ordre public atténué avec celui de l'ordre public de proximité.

auteurs ont expliqué de la sorte la jurisprudence de la Haute juridiction sur ce point. Pourtant cette dernière ne s'est jamais clairement fondée sur la notion d'ordre public dans les attendus de ces arrêts. Elle ne juge d'ailleurs pas nécessaire d'y appliquer les règles du droit international privé. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} mars 1973, elle les évince sans scrupules en énonçant : « au regard du régime français de sécurité sociale, la deuxième épouse de Séfouni ne pouvait ouvrir droit aux prestations sollicitées quels que fussent le statut personnel de Séfouni et la régularité de sa situation matrimoniale ». Cette façon de contourner l'application du statut personnel de l'intéressé ne ressemble en rien à une mise en œuvre de l'ordre public. Ce dernier intervient en effet a posteriori, après que la règle de conflit ait été mise en œuvre. Or ici, cette règle de conflit est de toute évidence ignorée. Un argument de bon sens, soulevé par monsieur de La Pradelle confirme cette analyse. L'auteur remarque qu'il serait tout à fait aberrant de trouver la polygamie plus choquante en matière de sécurité sociale qu'en droit civil : « peut-on soutenir sérieusement que le remboursement par la sécurité sociale française des soins dispensés à la seconde épouse d'un algérien heurte l'ordre public, alors que l'action en exécution du devoir de secours de la seconde femme d'un français polygame, parce que naguère de nationalité tunisienne, laisse cet ordre public indifférent »¹⁸⁵. Ce n'est donc sans doute pas l'ordre public qui a pu justifier l'inapplication de la loi nationale aux questions de sécurité sociale. La Cour de cassation se justifie d'ailleurs par d'autres arguments aussi divers que contestables. Ainsi elle se fonde tantôt sur une interprétation critiquable d'une convention franco-algérienne¹⁸⁶, tantôt sur un argument comptable peu justifiable¹⁸⁷.

La polygamie reste donc le dernier bastion épargné par l'ordre public, mais ce bastion n'est pas inébranlable et la règle de l'application de la loi nationale aux unions polygamiques est fragilisée. En effet la multiplication des règles disparates concernant le statut personnel réduit à une peau de chagrin les cas d'application de la règle de conflits de loi applicable aux effets du mariage, ce qui affaiblit sa valeur juridique. De plus elle pose le problème de la coordination de la loi applicable aux effets du mariage et l'ensemble des règles concernant notamment le régime primaire

¹⁸⁵ G DE LA PRADELLE, *JDI* 1974, p 834 note sous Cass.soc. 1^{er} mars 1973.

¹⁸⁶ Cass.soc. 1^{er} mars 1973, note G DE LA PRADELLE, *op.cit* et, 8 mars 1990, note DEPREZ.

¹⁸⁷ Cass.soc. 17 octobre 1961, note LAMPUE.

ou les obligations alimentaires pour les enfants, qui se réfèrent, elles, à la loi de la résidence habituelle. Comment faire coexister les effets du mariage polygamique qui s'appliqueront en vertu de la désignation de la loi nationale et les effets obligatoires du mariage français ? L'incohésion et le caractère incomplet du statut de la femme prise dans une union polygamique, mais aussi l'incohésion de la règle de conflit avec les objectifs politiques de notre société que sont la suppression de la polygamie imposée et l'intégration des étrangers musulmans, conduisent à s'interroger sur la nécessité d'un changement de solution. Va-t-on vers un abandon de la jurisprudence Rivière ?

II) UN MAINTIEN SOUHAITABLE DE LA SOLUTION

La polygamie, comme il l'a été montré, est source d'un contentieux important qui n'a pas trouvé de réponse juridique satisfaisante. La précarité à laquelle doivent faire face les familles polygames, et tout particulièrement les secondes épouses, ainsi que l'absence d'un système de conflit de lois harmonieux ont amené certains auteurs à revendiquer la nécessité d'un changement de la loi applicable à la validité du mariage polygamique. Mais les solutions de substitution proposées présentent elles aussi des inconvénients (A). La modification de la loi applicable à la validité du mariage ne semble pas être la réponse idéale. Au contraire, sous certaines conditions, son maintien paraît viable (B).

A) DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION PRESENTANT ELLES AUSSI CERTAINS INCONVENIENTS

Différentes thèses ont été proposées afin de permettre une meilleure harmonie au sein du statut personnel des polygames. Certaines étaient influencées par l'esprit de tolérance envers la polygamie caractérisant la jurisprudence des années 80, et paraissent actuellement trop tolérantes (1). D'autres solutions, plus radicales (2) permettraient au droit international privé de s'accorder avec la politique d'immigration menée à travers la réforme du droit des étrangers.

1) Des thèses trop tolérantes envers la polygamie

Deux thèses, marquées par le courant de pénétration du droit international privé par le principe de l'autonomie de la volonté ont été publiées la même année. L'une prônant la recherche de la loi compétente par faisceau d'indices (a), l'autre préconisant la prise en compte de la volonté explicite des parties (b).

a- La recherche de la loi compétente par faisceau d'indices

Béatrice Bourdelois¹⁸⁸ formule une règle de conflit à plusieurs étages. Dans un premier stade, il convient, selon cet auteur, de consulter la loi nationale de chacun des époux sur sa capacité de conclure une union polygamique. Si la loi nationale du mari lui permet de conclure une telle union, et dans ce cas seulement, il conviendra de procéder dans un second temps, à la localisation de son premier mariage afin d'en déterminer la nature, mono- ou polygamique. Cette localisation peut être déduite de la loi nationale commune des époux, en ce sens que s'ils sont tous deux de statut polygamique, le mariage sera « virtuellement polygamique ». A défaut, cette localisation pourra résulter d'un ensemble d'indices concordants : si par exemple la loi personnelle de l'épouse et la loi du domicile commun relèvent de systèmes monogamiques, le mariage sera réputé comme tel. A défaut d'indices concordants, le mariage sera déterminé par la loi de l'autorité ayant célébré le mariage, à moins dans tous les cas que le mari n'ait contracté un engagement de monogamie.

Comme l'a souligné Paul Lagarde¹⁸⁹, ce système présente le défaut d'être « intrinsèquement inégalitaire ». En effet il prend en considération, au départ la seule loi de l'époux, ce qui a pour conséquence regrettable qu'une femme de statut personnel monogamique, puisse être réputée avoir consenti à être engagée dans les liens d'une union polygamique.

¹⁸⁸ BOURDELOIS (B), *Le mariage polygamique en droit international privé français, op.cit.* (note n°2).

¹⁸⁹ LAGARDE (P), « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Mélanges F. Rigaux, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, t.22, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 275.

A côté de cette conséquence majeure de la solution proposée par Béatrice Bourdelois il faut noter que cette dernière ne permet pas d'éradiquer les effets nuisibles de la polygamie en France. En effet si, par la mise en œuvre du faisceau d'indices le mariage est reconnu valide, il pourra, en l'état du droit positif, produire effets en France, et les problèmes posés par cette institution ne seront pas résolus. Au contraire, l'objectif qui sous-tend cette thèse est de n'annuler que les mariages subséquents qui sont contraires aux prévisions raisonnables de la première épouse et de permettre à toutes celles qui le souhaitent de goûter « au délice du harem »¹⁹⁰. Cette solution semble donc trop tolérante envers l'institution de la polygamie pour répondre aux attentes de la politique d'immigration et d'intégration actuelle.

Monsieur Gutman a lui aussi proposé une solution utilisant la technique du faisceau d'indices. Selon lui la validité au fond du second mariage devrait avoir pour exigence, comme le veut la solution actuelle, la convergence des lois personnelles des seconds époux. Mais il faudrait en outre, constater que la première situation matrimoniale entretient des liens plus étroits avec un pays de polygamie au moment de la conclusion du second mariage. Ainsi « la technique du faisceau d'indices, que l'on rencontre déjà en doctrine pour désigner la troisième loi applicable à la validité du mariage polygamique, se verrait-elle employée pour déterminer, non la nature monogamique du premier mariage au moment de la formation de celui-ci, mais la localisation de la première situation matrimoniale au moment de la formation de la seconde union »¹⁹¹. Si cette solution offre l'avantage de mettre un frein aux polygamies importées à la suite d'un bref séjour dans le pays d'origine, elle se montre, là encore, trop permissive, envers les unions polygamiques. On voit donc difficilement comment, dans le contexte actuel, elle pourrait être adoptée par le législateur.

Ces thèses n'ont pas été les seules à avoir fait le choix d'une grande permissivité face au statut personnel des musulmans. Concomitamment à la thèse de madame Bourdelois, un doctorant Belge proposait de donner à la volonté des époux un plus grand rôle dans la détermination de la loi applicable au mariage.

¹⁹⁰ Selon l'expression de DROZ, Rec.gén.lois, 1969, p 80.

¹⁹¹ Monsieur GUTMANN cité par FARGE (M), in *Le statut personnel des étrangers...op.cit* (note n° 4), p 172.

b- La prise en compte de la volonté explicite des parties

En 1991, Jean-Yves Carlier¹⁹², conscient des problèmes posés par l'immigration croissante dans son pays d'étrangers de statut musulman, proposa une nouvelle solution, consistant à accorder aux intéressés, en matière de statut personnel, une faculté d'option entre leur loi nationale et la loi de leur résidence habituelle, cette dernière étant déclarée applicable en l'absence de choix exprimé. Cette thèse se situe dans la lignée d'un mouvement doctrinal¹⁹³ en faveur de l'octroi aux époux dans le domaine des effets du mariage d'une *electio juris* conférée à titre principal, qu'ils pourraient exercer entre leur loi nationale et la loi de leur domicile ou de leur résidence habituelle.

Il semble à première vue extravagant d'introduire une telle notion dans le domaine du statut personnel où les droits en cause sont indisponibles et où l'on doit donc appliquer d'office la règle de conflit.¹⁹⁴ Certains auteurs ont cependant mis en exergue un mouvement de pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé. On peut noter par exemple l'article 311-16 alinéa 2 qui permet au requérant de choisir la loi applicable à la légitimation par autorité de justice¹⁹⁵. La détermination de la volonté des parties est cependant la façon la plus pertinente de savoir si le premier mariage était virtuellement polygame¹⁹⁶, ou au contraire, monogamique en droit. Si les juges montrent que le premier mariage était monogamique en droit, ils pourraient valablement en déduire que cette première union est un empêchement à tout autre mariage. Cette solution permet de mettre fin à un des effets redoutés de la polygamie en France : celui pour une première épouse, de se trouver prise malgré elle dans une union polygamique.

¹⁹² CARLIER (J-Y), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Thèse Louvain la Neuve, 1991, Bruylant, Bruxelles, 1992, cité par LAGARDE in « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation », *op.cit.* (note n°189).

¹⁹³ GANNAGE (P), « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille. », *RCDIP* 1992, p430, n 11.

¹⁹⁴ Civ.1^{ère}, 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, *RCDIP* 99, p 707, 1^{ère} esp., note Muir-Watt.

¹⁹⁵ Art 311-16 alinéa 2 du Code civil : « La légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant. »

¹⁹⁶ Sur cette notion de mariage virtuellement polygamique, voir Béatrice Bourdelois, *op.cit.* P44 et s.

Si ces deux solutions permettent d'éviter certaines incohérences que présentent les règles de conflits relatives aux statuts personnels des musulmans, elles ont été développées à une période où les droits des pays européens accueillent sans trop de réticence les effets des unions polygamiques. La politique d'immigration et d'intégration souhaitant, à l'heure actuelle, mettre un coup d'arrêt au développement de ces institutions et de ses effets néfastes, le droit international privé devra sans doute s'éloigner de ces mouvements doctrinaux. On peut d'ailleurs noter que Jean-Yves Carlier justifiait le recours à l'autonomie de la volonté en matière de statut personnel par la « privatisation » des relations familiales qu'il faut entendre comme l'appartenance de la vie familiale à la sphère privée de la personne¹⁹⁷. Or, comme nous l'avons souligné, la polygamie ne concerne pas que le domaine privé mais aussi la politique d'intégration et d'immigration.

D'autres thèses ont été développées qui permettraient sans doute d'offrir une réponse mieux adaptée au double objectif qu'est l'éradication des effets nuisibles de la polygamie d'une part, et l'harmonisation du statut personnel des musulmans, d'autre part.

2) Des thèses plus radicales

Jean Déprez a suggéré d'abandonner le rattachement du statut personnel à la loi nationale pour adopter celui du domicile (a). Mais peut-être est-il plus sage de rechercher des solutions spécifiques au cas particulier de la polygamie (b).

a- Le rattachement du statut personnel au domicile

Face à ces problèmes liés à l'immigration, Jean Déprez¹⁹⁸ proposa l'abandon pur et simple du rattachement du statut personnel à la loi nationale et l'adoption du rattachement à la loi du domicile.

¹⁹⁷ Voir LAGARDE *RCDIP* 1993, p 520.

¹⁹⁸ DEPRez (J), « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCADI*, t 217 (1988-IV), pp.200 à 217 ; *RCDIP* 1991, p 695 et s., spéc. p 711.

Cette thèse semble trop radicale car, si elle permet de résoudre sans concession le problème de la polygamie, elle crée parallèlement une perturbation dans la continuité et l'harmonie du statut personnel des monogames. Il faut donc rechercher une solution qui soit propre au cas particulier de la polygamie.

b- La recherche d'une solution spécifique au cas particulier de la polygamie

Monsieur Riad¹⁹⁹ proposa, afin de résoudre les problèmes liés à la coexistence de la communauté musulmane et des autres communautés, l'élaboration d'un code européen de droit musulman. Selon lui la solution réside dans l'application des règles matérielles concernant le statut personnel des musulmans et qui seront appliquées à tous les musulmans étrangers résidant en Europe. Le principe de ce Code serait inspiré entièrement de la Shari'a dans son interprétation contemporaine la plus conciliable avec les principes de valeurs universelles. Ce code devrait éviter les principales discriminations dont on accuse le droit musulman, à savoir la discrimination sur la base du sexe et la discrimination sur la base de la religion. Monsieur Riad propose ainsi de limiter la polygamie à des cas exceptionnels « comme le véritable esprit du droit musulman l'a voulu ». Il souligne d'ailleurs qu'il est possible de soutenir que le but final du droit musulman était d'interdire la polygamie.

D'autres réponses pourraient être apportées par le biais d'une modification de la mise en œuvre de la règle de conflit traditionnelle. Il s'agit tout d'abord de remettre en cause l'application distributive des lois nationales instaurée depuis l'arrêt Baaziz²⁰⁰. De nombreux auteurs ont critiqué l'absence de prise en compte de la loi nationale de la première épouse dans l'appréciation de la validité du second mariage. Rien n'empêche d'appliquer cumulativement les trois lois nationales ce qui permettrait de limiter et simplifier le contentieux lié à la polygamie. La nécessité de ne plus ignorer la loi nationale de la première épouse s'est d'ailleurs ressentie à travers l'arrêt Baaziz du 6 juillet 1988 selon lequel les effets d'un mariage polygamique contracté à l'étranger ne pouvaient être opposés à la première épouse française. L'application

¹⁹⁹ RIAD (F), « Pour un Code européen de droit musulman », in *Le statut personnel des musulmans en droit comparé et Droit international privé*, Bruylant, BXL, 1992, p 379 et s.

²⁰⁰ Arrêt *Précité* (note n° 54).

cumulative de la loi de tous les intéressés a été préconisée par monsieur Lequette. Selon lui, il est nécessaire que l'empêchement de bigamie devienne « non bilatéral, mais trilatéral : l'union polygamique étant une relation à trois (ou plus), sa validité serait subordonnée à son admission par la loi personnelle de tous les intéressés, mari, deuxième épouse, mais aussi première épouse »²⁰¹. Cependant cette application cumulative des lois nationales ne permettrait pas d'obtenir l'harmonie du statut des polygames, puisque, si les lois nationales des trois personnes impliquées dans cette union autorisent la polygamie, l'opposition entre le droit des étrangers qui interdit la polygamie et le droit international privé qui reconnaît la validité de ces unions ressurgit. En outre, seule la femme française est protégée grâce à ce système ; or l'objectif est d'empêcher la polygamie subie par toutes les femmes, de quelque nationalité qu'elle soit.

Dans cet optique des auteurs ont proposé une autre manière de prendre en compte le premier mariage en superposant un rattachement spécial à l'application distributive des lois personnelles. Afin de savoir si le premier mariage tolère ou non que l'un de ses membres contracte une nouvelle union, il a été suggéré de se référer soit à la loi du lieu de célébration²⁰², soit à la loi des effets du premier mariage²⁰³. Mais là encore on voit que la protection des femmes victimes de la polygamie n'est pas absolue. Ainsi, si l'on retient la loi des effets du mariage, une française pourrait se retrouver dans une situation de polygamie pour peu qu'elle soit domiciliée dans le pays d'origine du mari.

Il serait aussi possible d'envisager une remise en cause de la qualification *lege fori*. Celle-ci a conduit à l'extension de la catégorie de qualification « mariage » afin d'y englober les unions polygamiques et de pouvoir leur appliquer les règles de conflit correspondantes. Cette extension est-elle une erreur ? Est-elle à l'origine des incohérences que l'on cherche aujourd'hui à éradiquer ? Il serait envisageable de rattacher les unions polygamiques à la catégorie des contrats. La dualité du mariage, entre statut et contrat, pourrait ici être pleinement exploitée. Il s'agirait alors de rechercher quelle était la volonté des parties au premier mariage et quelles étaient les

²⁰¹ LEQUETTE cite par FARGE (M), in *Le statut personnel des étrangers...*, *op.cit.* (note n° 4), p 174.

²⁰² BISCHOFF (J-M), cité par FARGE (M), in *Le statut personnel des étrangers...*, p 167.

²⁰³ FADLALLAH, *ibid.*

prévisions légitimes de la première épouse. Mais cette démarche rejoint les thèses exposées ci-dessus et, d'une certaine façon, leurs écueils.

B) UNE REGLE DE CONFLIT VIABLE

La suppression de la règle de conflits en vigueur présente plusieurs inconvénients (1) et son maintien semble possible (2).

1) Les inconvénients de la suppression

La modification de la règle de conflit applicable aux unions polygamiques porterait atteinte à deux objectifs différents, mais tous deux fondamentaux, du droit international privé selon que cette modification ne concernerait que la loi applicable aux unions polygamiques ou, au contraire, qu'elle concernerait la loi applicable au mariage, en général. Elle nuirait, dans le second cas, à la coordination des systèmes islamistes et français (a), et, dans le premier cas, au respect des ensembles législatifs (b).

a- Une atteinte à la coordination des systèmes islamistes et français

La coordination des systèmes est un objectif prégnant en droit international privé. De nombreux auteurs considèrent, avec Monsieur Batiffol²⁰⁴, que le droit des conflits de loi a pour première mission la conciliation des intérêts des personnes privées « qui ne doivent pas faire l'objet de solutions successives contradictoires selon la nationalité du juge saisi »²⁰⁵. Cet objectif est à rapprocher de l'idéal universaliste des internationalistes²⁰⁶. Pour beaucoup d'entre eux, en effet, l'objectif premier de cette matière est de répondre à « la nécessité plus pressante d'une cohérence accrue dans

²⁰⁴ Monsieur BATIFFOL a notamment appliqué cet objectif à la théorie du renvoi en expliquant ce mécanisme par la nécessité de coordonner les différentes règles de conflit mises en jeu dans une situation donnée, voir LOUSSOUARN ET BOUREL, *Droit international privé, op.cit.* (note n° 41), p 245.

²⁰⁵ FARGE (M), *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle op.cit.*, p 530.

²⁰⁶ Sur cet idéal, voir LOUSSOUARN et BOUREL, *op.cit.* (note n°41), p 88.

le traitement de ces relations afin que les individus puissent se mouvoir dans un milieu juridique d'une relative homogénéité et que leur libre épanouissement ne souffre pas de la division du monde en état souverain »²⁰⁷. Modifier la loi applicable aux unions polygamiques en passant plus largement, par une modification de la loi applicable au mariage, consisterait à porter une double atteinte à la coordination entre les systèmes islamistes et français.

En effet, le choix du rattachement du mariage polygamique au statut personnel et, par conséquent, à la loi nationale est conforme au respect d'une certaine coordination entre le système français et les systèmes islamistes. En effet, en Islam, c'est le rattachement du statut personnel à la loi nationale qui prévaut²⁰⁸. La coordination des systèmes de conflit de lois entre l'Islam et les pays d'Europe avec laquelle cette dernière est le plus souvent en relation est, selon l'expression de monsieur Déprez « un gage d'harmonie »²⁰⁹. Plus concrètement, elle permet d'éviter les situations « boiteuses » où un droit est reconnu dans un ordre juridique donné et pas dans un autre.

De plus, par un effet d'écho, la modification de la règle de conflit dans le but de supprimer la réception des unions polygamiques dans l'ordre juridique français pourrait conduire à empêcher qu'un français dans un pays de droit musulman se voit appliquer, en ce qui concerne son statut personnel, sa loi nationale. Ceci porterait une seconde atteinte à l'idéal de coordination.

Il semble donc que seul le choix du rattachement de la loi nationale à l'ensemble du statut familial assure une telle coordination. Si la modification de la règle de conflit devait se restreindre au seul cas de la polygamie cette atteinte à la coordination des deux systèmes serait sans doute évitée mais on risquerait alors, une fois de plus, de porter atteinte au respect des ensembles législatifs.

b- Une atteinte au respect des ensembles législatifs

Le principe du respect des ensembles législatifs est lui aussi fondé sur la recherche de cohérence. Il ne s'agit plus ici de la cohérence entre deux ordres juridiques

²⁰⁷ LEQUETTE cité par FARGE in *Le statut familial des étrangers en France...op.cit.* p 531.

²⁰⁸ Voir Déprez, *RCDAl* 1988, IV, p 39 et s. *op.cit.* (note n° 153).

²⁰⁹ *Ibid.*

distincts, mais d'une harmonie au sein même du système juridique français. En effet, pour beaucoup de civilistes « le droit de la famille constitue un système où tout se tient : une interaction s'exerce entre les institutions »²¹⁰. Si la loi désignée n'est pas la même pour telle ou telle institution du statut familial des incohérences risquent d'apparaître. Monsieur Fadlallah a ainsi montré le risque qu'il y avait à ne pas appliquer la même loi à la répudiation et à la polygamie : « dans les sociétés musulmanes la polygamie était un rempart contre la répudiation, un moyen de maintenir à l'épouse âgée son statut, à maints égards prédominant en fait »²¹¹.

En France, l'interdiction de la polygamie risque d'entraîner une recrudescence des répudiations. Fort heureusement, la jurisprudence a récemment réagi pour pallier ce décalage entre le rejet des unions polygamiques et la persistance de la reconnaissance, dans l'ordre juridique français, des répudiations. En effet, par cinq arrêts d'une importance considérable, rendus le 17 février 2004²¹², la Cour de cassation a arrêté sa position sur l'accueil en France des répudiations musulmanes. Elle y refuse de donner effet en France aux répudiations algériennes et marocaines, parce qu'elles méconnaissent le principe d'égalité des époux proclamé par le protocole n°7 du 22 novembre 1984 à la convention européenne des droits de l'homme.

Deux arguments sont susceptibles de s'opposer à l'importance donnée à la recherche d'une harmonie des ensembles législatifs. D'une part, comme nous l'avons vu, les législateurs contemporains, qu'ils soient nationaux ou internationaux, ne se préoccupent plus guère, en droit international privé, du respect des ensembles législatifs puisqu'ils n'hésitent pas à pulvériser le statut familial dans une pluralité de rattachements, parfois alternatifs. Si ce phénomène consistant à établir une règle de conflit spécifique pour chaque domaine du droit des personnes et de la famille est prégnant, il est pour autant critiqué. Une règle de conflit supplémentaire n'est donc pas souhaitable.

²¹⁰ FARGE (M) *in Le statut familial des étrangers en France... op.cit.* p 533.

²¹¹ FADIALLAH, « Lien conjugal et rencontre de civilisations », *in Le statut personnel des Musulmans, Droit comparé et droit international privé*, Travaux de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, sous la direction de J-Y CARLIER et M VERWILGHEN, p 343 et spéc., p 344, cité par FARGE (M), *in Le statut personnel des étrangers... p 526.*

²¹² *Op.cit* (note N° 44).

Le second argument consisterait à considérer que le changement de la règle de conflit, qu'il soit relatif aux unions polygamiques ou au mariage en général, ne gâcherait pas l'harmonie de la situation familiale des étrangers polygames, celle-ci ayant été déjà très fortement compromise par l'interdiction du regroupement familial polygamique. Mais, à cet argument, il est possible d'opposer l'idée selon laquelle le droit international privé doit rester stable, c'est-à-dire, à l'abri des aléas des politiques d'immigration et des réformes du droit des étrangers. Le choix du maintien de la règle de conflit consiste à choisir l'indépendance du droit international privé face au droit des étrangers et à refuser que le second ait un impact sur le premier. Les législateurs feront-ils ce choix ou seront-ils tentés, comme a pu le proposer la doctrine, par un changement de la règle de conflit ? Selon nous, le maintien de la règle de conflit actuelle est possible.

2) Un maintien possible

Le maintien à l'avenir de cette règle de conflit présente plusieurs intérêts (a), mais il n'est envisageable qu'à certaines conditions (b).

a- L'intérêt du maintien

Face à l'intenable tolérance de la jurisprudence envers cette institution qu'est la polygamie, les législateurs de 1993²¹³ n'ont pas hésité à prendre les devants en adoptant des mesures qui s'apparentent à un rejet en bloc de la polygamie. Les règles du droit international privé n'auraient-elles plus leur place dans le contentieux des unions polygamiques, qui semble, depuis cette réforme, s'être soumis entièrement aux exigences du droit public ?

Ne plus reconnaître les effets des unions polygamiques en droit privé reviendrait à créer une situation intolérable pour les femmes prises dans une union polygamique, qui ne pourraient plus revendiquer les droits découlant de leurs statuts d'épouses légitimes. Il est donc indispensable que la reconnaissance du statut personnel de ces femmes soit maintenue afin qu'elles puissent invoquer leurs unions polygamiques

²¹³ Cf Loi Pasqua du 24 août 1993, *op.cit.* (note n°6).

sur le plan de l'obligation alimentaire ou en vue de faire valoir leurs droits dans le partage d'une succession ou d'une indemnité de responsabilité. En outre, si une des unions n'était pas reconnue en France, les enfants issus de cette dernière seraient eux aussi victime d'une discrimination car ils ne seraient plus considérés en France comme des enfants légitimes. Cette différence de traitement à l'égard des enfants doit cependant être relativisée puisque, aujourd'hui, le droit français tend à supprimer toutes formes de discrimination entre filiation naturelle et légitime.

Le maintien de la réception des effets des unions polygamiques en France apparaît nécessaire mais il doit, afin d'éviter les écueils liés à la polygamie imposée à une femme, être conditionné.

b- Les conditions du maintien

L'état actuel du droit qui permet qu'une femme, française ou étrangère, puisse se retrouver prise, malgré elle, dans une union polygamique, n'est pas tolérable. La règle de conflit personnaliste, afin de ne plus aboutir à des résultats choquants, devrait se détacher du principe de l'ordre public atténué. La jurisprudence, dans l'arrêt de principe du 6 juillet 1986²¹⁴, s'est déjà engagée dans ce mouvement grâce à la mise en œuvre de l'ordre public de proximité. Mais, dans cette espèce, seule la femme française était protégée. Face à la persistance de certaines injustices, des auteurs²¹⁵ ont proposé, non pas de modifier la règle de conflit, mais d'accentuer les exigences de l'ordre public. Selon monsieur Déprez²¹⁶, l'ordre public devrait avant toute chose s'employer à empêcher le mari de se prévaloir en France de son statut polygamique, tout en laissant aux épouses la possibilité de l'invoquer afin de faire valoir leur droit. Le professeur souligne qu'il est bien sûr inenvisageable de généraliser le recours à l'ordre public car « cela ne ferait que frapper les femmes d'un déni de justice supplémentaire »²¹⁷ alors que cette institution, de part son existence même, en fait déjà des victimes. L'avantage de l'ordre public réside dans

²¹⁴ Arrêt précité.

²¹⁵ LEQUETTE (Y) et ANCEL (B), *GAJDIP* 1998, p 243-244.

²¹⁶ DEPRez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspect de droit international privé » *in famille-Islam-Europe op.cit.* (note n°5), p 97.

²¹⁷ *Ibid.*

sa souplesse. Celle-ci permet de rétablir l'égalité face à une institution intrinsèquement sexiste. Cette souplesse permet aussi d'envisager l'ordre public comme un « soin palliatif », permettant de combler les lacunes que peut présenter la règle de conflit actuelle face aux unions polygamiques, jusqu'au jour où la polygamie ne fera plus qu'appartenir à l'histoire du droit. Entre tolérance et rejet des unions polygamiques, le choix du maintien de la règle de conflit actuelle accompagné d'un renforcement modulable de l'ordre public est donc sans doute, la solution qui correspondrait le mieux à l'état actuel de la société et du droit.

Enfin, du point de vue administratif, il serait souhaitable d'exiger un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée à la vie de ces femmes et l'atteinte à l'ordre public. Or, selon un arrêt récent « l'administration est tenue de refuser le renouvellement de la carte de résident d'un ressortissant étranger vivant en état de polygamie ou de ses conjoints, quelle que soit la date de délivrance de son titre de séjour »²¹⁸. Une évolution de cette jurisprudence est à espérer.

²¹⁸ Douai, 12 novembre 2002, *op.cit.* (note n° 7).

CONCLUSION

Au terme de cette réflexion nous pouvons donc affirmer que le droit des conflits de loi n'est pas insensible à l'évolution de la politique d'immigration et du droit des étrangers. Cet impact s'illustre à deux niveaux. Tout d'abord, la force juridique de la règle de conflit personnaliste applicable aux unions polygamiques, et, de façon plus générale, au statut personnel des étrangers, a été fragilisée par la réforme de 1993 qui conduit à une mise en exergue des fondements territorialistes du droit international privé. D'autre part, si, malgré cette valorisation du territorialisme, la règle de conflit actuelle semble devoir perdurer, elle s'accompagnera sans doute, à l'avenir d'un renforcement de l'ordre public face à la polygamie.

L'impact de la politique d'immigration sur le droit des conflits de loi semble donc réel mais relatif. Il semble ainsi peu probable que le législateur décide de modifier la règle de conflit actuelle afin d'harmoniser droit des étrangers et droit des conflits de lois. Un regard de l'autre côté de la frontière permettra de conforter cette opinion : les législateurs Belges, n'ont pas estimé nécessaire, de modifier et de codifier, à l'occasion de la récente réforme du droit de la famille belge, les règles applicables aux problèmes liés à la polygamie. Il paraît d'ailleurs important et rassurant que le droit international privé face preuve d'une plus grande stabilité que le droit des étrangers. Qu'advierait-il en effet de la sécurité juridique dont doivent bénéficier ces derniers si le droit des conflits de loi variait au grès des soubresauts de la politique d'immigration de leur pays d'accueil ?

Si une certaine stabilité de la règle de conflit est souhaitable, il faut cependant aller au-delà de la notion de règle de conflit neutre et objective. Le législateur accompagné, par de nombreux auteurs, considère désormais qu'une règle de conflit peut être bien plus qu'un instrument neutre et abstrait. En ce qui concerne la polygamie, le droit des conflits de loi peut être une arme efficace pour défendre les objectifs politiques d'intégration des musulmans et d'éradication des effets néfastes de la polygamie

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrage généraux

- ANCEL (B) et LEQUETTE (Y), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Dalloz, 4^{ème} éd. 2001, 805 pp.
- AUDIT (B), *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} éd., coll. Droit civil, 2000, 941pp.
- BATIFFOL (H) et LAGARDE (P), *Droit international privé*, 7^{ème} éd. Tome II, 1983, LGDJ, 681 pp.
- BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, 8^{ème} éd. (2002), Dalloz, 747pp et 5^{ème} éd. (1996), Dalloz, 618 pp.
- BOULANGER (F), *Droit civil de la famille, aspects interne et internationaux*, 2^{ème} éd. Tome I, 1992, 305 pp.
- BLANC (F-P), *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, 130pp.
- COURBE (P), *Droit international privé*, Armand Colin, coll. compact droit, 2000, 405 pp.
- GUTMANN (D), *Droit international privé*, Dalloz, coll. Cours, 2000, 2^{ème} éd., 271pp.
- LONG (M), WEIL (P) et BRAIBANT (G), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p 14^{ème} éd. Dalloz, 2003, 893 pp.
- LOUSSOUARN et BOUREL (P), *Droit international privé*, 7^{ème} éd., précis Dalloz, 2001, 811pp.
- MAYER (P) et HEUZE (V), *Droit international privé*, 7^{ème} éd. Montchrestien, Domat droit privé. 2001, 697 pp.
- MILLIOT (L) et BLANC (F-P), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, 660 pp.

- MONEGER (F), *Droit international privé*, Litec, coll. objectif droit, 2001, 249 pp.
- PANSIER (F-J) et GUELLATY (K), *Le droit musulman*, PUF, Que sais-je, 2000, 124 pp.

Ouvrage spéciaux, thèses, cours et travaux collectifs

- BOURDELOIS (B), *Mariage polygamique et droit positif français*, éd Joly, 1993, 385pp.
- Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé, sous la direction de J-Y CARLIER et M VERWILGHEN, p 343, travaux de la faculté de droit de l'université de la faculté catholique de Louvain, 397pp.
- DEPREZ (J) : -*Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé*, in Famille, Islam, Europe, le droit confronté au changement, p 57, sous la direction de M-C Foblet, L'harmattan, 1996, 293pp.
 - Statut personnel et pratique familiales des étrangers musulmans en France, aspect de droit international privé*, in Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé, sous la direction de J-Y CARLIER et M VERWILGHEN, p 343, travaux de la faculté de droit de l'université de la faculté catholique de Louvain, 397pp.
 - Droit international privé et conflits de civilisations, aspect méthodologiques, Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1988, IV.
- FARGE (M), *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, 837 pp.
- FADLALLAH (I), *La famille légitime en Droit international privé*, Dalloz 1977.
- *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme*, ouvrage écrit sous la direction de Hugue FULCHIRON, LGDJ, 1999, 383pp.

- JAULT-SESEKE (F), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1996, 412pp.
- MERCIER (P), *Conflit de civilisation et Droit international privé, polygamie et répudiation*, Droz 1972
- PICHERAL (C), *L'ordre public européen, droit communautaire et droits européen des droits de l'homme*, la documentation française, coll. Monde européen et international, Paris 2001, 426 pp.
- SCHNAPPER (D), *La France de l'intégration*, NRF, Gallimard, 1991, 195pp
- SUDRE (F), *Droit international européen des droits de l'homme*, PUF, 2^{ème} éd. 1995, 304 pp.
- TODD (E), *Le destin des immigrés*, Points, 1994, 133 pp.

Etudes doctrinales et articles

- BISSUEL (B), *Divorcer ou vivre sans papier : le dilemme des femmes de polygames*, le Monde, 9 février 2002.
- CARBONNIER (J), *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in Mélanges Ripert, Dalloz, 1950, p. 325 et s.
- COURBE (P), *Le rejet des répudiations musulmanes*, D 2004, p 815.
- GANNAGE (P), *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, RCDIP, 1992, p 425.
- GUIMEZANES (N) : -*L'arrêt de l'immigration en France ?* JCP éd.G 1994, I, p 3728
 - Les étrangers et les récentes réforme du droit de l'immigration et de la nationalité*, JDI, 1994, p 60.
 - La situation en France des étrangers non communautaire à l'aube de l'année 2003*, JDI, 1, 1993, p 5 et s.
- LABAYLE (H), *Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale*, RFDA, 1993, p 511.
- LAGARDE (P) : -*La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in Mélanges F. Rigaux, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t.22, Bruylant, Bruxelles, 1993, p 263 et s.

-Commentaire sur l'ouvrage de Jean-Yves CARLIER (*Autonomie de la volonté et statut personnel*), RCDIP, 1993, p 519.

- LEGIER (G), *Les rapports familiaux et l'ordre public au sens du droit international privé*, RRJ, 1999, t 1, p 293.
- MONEGER (F), *La polygamie en question...*, JCP éd.G, I, 1990, p 3460.
- M'SALHA (M), *Qu'en est-il aujourd'hui de la polygamie et de la répudiation en droit marocain ?*, RIDC, 1, 2001, p 171.
- REVILLARD (M), *Aspects patrimoniaux des secondes familles en droit international privé*, Les Petites Affiches, 8 octobre 1997, n° 121, p 23.
- ROUAULT (M-C), *Commentaire de la loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration*, ALD, 1994, p 100.
- SAUVAGE (F), *Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses d'un mari polygame depuis la loi du 3 décembre 2001*, Défrénois 2003, p 1470.

Acte de colloques et de congrès

- *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du LERADP, Université de Lille II, LGDJ, 1996, 220 pp.
- JULIEN SAINT AMAND-HASSANI (S), Rapport du 95^{ème} congrès des notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999, *Demain la famille, familles internationales, droit conventionnel en DIP*, JCP 1999, p 588.
- *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Colloque du LERADP, Université de Lille II, LGDJ, 1993, 268 pp.

Jurisprudence

2002

Douai, 12 novembre 2002, *AJDA* 2003, p 851.

Cass.civ. 1^{ère}, 24 septembre 2002, *Petites affiches* 11 avril 2003, n° 73, p 17, note Massip.

2001

Grenoble, 23 janvier 2001, *Dr.fam.*2002, n° 54, note Lécuyer.

2000

CE, 29 décembre 2000, arrêt Sacko, *AJDA* 2003, jurisprudence, p 851.

1999

Cass.1^{ère} civ., 26 mai 1999, arrêt Mutuel du Mans, *RCDIP* 1999, p 707, note Muir-Watt.

1998

Cass.civ. 16 juillet 1998, *D* 1999, p 51, note Fauvarque-Cosson, *JDI* 1999, p 125 note Courbe, *JCP* 1999.II, p 10032, note Muir Watt, *RCDIP* 1999, p 508 note Lequette.

1996

Paris, 23 janvier 1996, *D* 1997 somm., p 278 note Mme Bottiau.

Paris 9 juin 1995, *D* 1996, p 171 obs. Audit.

1994

Paris 7 juin 1994, *D* 1994, p 177.

CE, 24 janvier 1994, *D* 1995, p 108.

1993

Cons.const. 13 août 1993, *RCDIP* 1993, p 597.

Cass.civ. 10 février 1993, *RCDIP*, p 620, note Foyer.

1992

Cass.1^{ère} civ. 12 juillet 1992, *RCDIP* 1993, p 269, note Courbe ; *JCP* 1993, éd.G, 22138, note Déprez.

1991

Paris, 21 juin 1991, *D* 1991, p 218.

1990

Paris 5 avril 1990, *D* 1990, p 424, note Boulanger.

Cass.soc. 8 mars 1990, *RCDIP* 1991, p 703, note Déprez.

1988

CE, 23 septembre 1988, ministre de l'intérieur/Mme Robalo-Lopès, *RDP* 1990-3, p 882.

Cass.1^{ère} civ. 6 juillet 1988, arrêt Baaziz, *RCDIP* 1989, p 71, note Lequette.

1987

Cass. 1^{ère} civ. 20 octobre 1987, *JDI*, 2, 1988, p 447 note Huet ; *RCDIP*, 1988, p 541, note Lequette.

TGI Paris 8 avril 1987, *RCDIP* 1988, p 73, note Lequette.

Paris, 23 février 1987, *D* 1987, som.com., p 349, note Audit.

1984

TGI Orléans, 17 mai 1984, *RCDIP* 1986, p 307, note Monéger.

1982

Cass.civ. 17 février 1982, *RCDIP* 1983, p 275 note Lequette ; *JDI* 1983 p 606 note Kahn.

1981

Cass.civ. 2 avril 1981, *JDI*, 1981, p 812, note Alexandre ; *D* 1982.I.R, p 196 ; *Gaz.Pal.*, 1981.2 828, note Lisbonne.

Aix, 21 janvier 1981, *RCDIP* 1982, p 297 note Légier et Mestre.

1980

CE, 11 juillet 1980, arrêt Montcho, *RCDIP* 1981, p 658, note Bischoff, *JCP* éd.G. 1981, II, p 19629 ; *AJDA* 1980 concl. Rougevin-Baville, p 548, note Fever Pinault.

Cass. civ. 3 janvier 1980, *D* 1980, p 549 note Poisson-Drocourt.

1979

Cass. civ. 18 décembre 1979, *D* 1980, p 549 note Poisson-Drocourt.

1978

CE, 8 décembre 1978, arrêt GISTI, *GAJA*, 9^{ème} éd., n°110 ; *Dr.soc.*1979, p 57, conc. Dondoux ; *AJDA* 1979 (3), p 38 obs. Delvové, *RCDIP* 1979, p 139, *D* 1979, p 661, note Hamon.

Riom, 9 novembre 1978, *JCP*, 1979.II, p 19107, note Almairac.

Paris, 22 février 1978, *RCDIP* 1978, p 507, note Batiffol.

TGI Paris 26 janvier 1978, *RCDIP* 1979, p 111, note D.H.

1974

Lyon, 21 mai 1974, *D.* 75, p 9 note Ghiho.

1973

Paris, 28 juin 1973, *RCDIP* 1974, p 505, note Foyer.

Cass.soc. 1^{er} mars 1973, *Bull.civ.V*, n°136, p 122 ; *Dr. soc.*, 1973, p 535, note Bonnet ; *JDI* 1974, p 834, note de la Pradelle ; *RCDIP* 1975 p 54, note Graulich ; *RCDIP* 1975, p 71, note Fadlallah.

1972

TGI Paris, 17 juin 1972, *RCDIP* 1975, p 62, note Fadlallah.

1970

Liège, 23 avril 1970, *JDI* 1971, p 865, obs. Abraham et Rabine, *RCDIP*, 1975, p 54, note Graulich.

1968

TGI Paris 22 janvier 1968, *JDI* 1969, p 406 note Kahn.

1967

TGI de la Seine, 16 octobre 1967, *JDI* 1969, note Kahn.

1965

TGI de la Seine, 12 novembre 1965, *RCDIP* 1966, p 624, note Decroux.

TGI Versailles 31 mars 1965, *JDI* 1966, p 97, note Ponsard.

Cass. 1^{ère} civ., 4 octobre 1965, *Bull.civ.I*, p 377, n°500.

1963

Cass.1^{ère} civ. 19 février 1963, arrêt Chemouni, *RCDIP* 1963, p 559, *JDI*, 1963, p 986, note Ponsard.

1961

Chambéry, 17 octobre 1961, *RCDIP* 1962, p 496, note Lampué.

1959

Paris 7 juillet 1959, *RCDIP* 1960, p 354, note Loussouarn.

1858

Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1958, *RCDIP*, 1959, p 303, note Francescakis ; *JDI* 1959, p 788, note Ponsard.

Cass. 1^{ère} civ. 28 janvier 1958, *RCDIP* 1958, p 110 note Jambu Merlin, *JDI* 1958, p 776, note Ponsard, *D* 1958, p 265 note Lenoan, *JCP* 1958, II, 10488 note Louis Lucas, *GAJDIP* ...

1956

Cass.civ. 6 mars 1956, arrêt Moreau, *D* 1958.709, note Batiffol ; *JCP*, 1956.II, p 9549 note Weill, *RCDIP*, 1956, p 305, note Francescakis.

Paris, 2 février 1956, *JCP* 1956. II, p 9229 note P.G.

1953

Cass.1^{ère} civ.17 avril 1953, *D* 1953.1, p 181, note BATIFFOL, *JCP*, 1953.II, p 7863, note Buchet, *RCDIP* 1953, p 412, note BATIFFOL, *JDI*, 1953, p 860, note Plaisant.

1951

Trib.Correct.Villefranche sur Saône 6 novembre 1951, *RCDIP* 1954, p 764, note Y.L.

1860

Cass.civ. 28 février 1860, Bulkley, *S.* 1860.1, p 210 concl. Dupin ; *GAJDIP* Ancel et Lequette, Dalloz, 4^{ème} éd.2001, n°4.

TABLE DES MATIERES

PREMIERE PARTIE : LE DECLIN DES EFFETS RECONNUS AUX UNIONS POLYGAMIQUES EN FRANCE.....	12
I) LES MANIFESTATIONS DE LA POLYGAMIE EN FRANCE.....	12
A) LA POLYGAMIE IMPOSEE.....	13
1) des principes de droit international privé fondés sur un esprit de tolérance.....	13
a- le principe de l'ordre public atténué	13
b- l'application distributive des lois nationales.....	16
2) Les moyens d'actions de l'épouse impliquée involontairement dans une union polygamique.....	18
a- les moyens d'actions de la seconde épouse impliquée involontairement dans une union polygamique.....	18
b- les moyens d'actions de la première épouse impliquée involontairement dans une union polygamique.....	21
B- LES EFFETS DES UNIONS POLYGAMIQUES VALABLEMENT CONTRACTEES A L'ETRANGER.....	22
1) les effets de droit français	23
a) des effets acceptés.....	23
b) des effets non reconnus.....	25
2) les effets de droit musulman	28
a) des effets acceptés.....	29
b) des effets non reconnus.....	30
II) LA LIMITATION DES EFFETS DE LA POLYGAMIE	31
A) LA LIMITATION DE CES EFFETS PAR LE DROIT DES ETRANGERS.....	31
1) l'interdiction du regroupement familial pour les polygames.....	31
a- le droit au regroupement familial : un droit acquis depuis longtemps par les étrangers.....	32

b- l'interdiction récente du regroupement familial pour les polygames	34
2) une union privée de ses effets	38
a- la suppression explicite d'un des effets principal de l'union	38
b- la suppression par ricochet des autres effets	38
B) L'ABSENCE DE PROTECTION CONVENTIONNELLE DE CES UNIONS.....	39
1) Les prémices d'un droit fondamental ou l'espérance d'une protection conventionnelle de la vie familiale pour les polygames	39
a- l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH au droit des étrangers	40
b- du droit à une « vie familiale normale » au droit au respect de « sa vie privée et familiale ».....	42
2) l'espoir déçu du recours devant la Cour européenne des droits de l'homme	46
a- une protection conventionnelle relative	46
b- un ordre public européen s'opposant à la polygamie	48

SECONDE PARTIE : LA REMISE EN CAUSE D'UNE REGLE DE CONFLIT..... 52

I) LA FRAGILISATION DE LA VALEUR JURIDIQUE DE CETTE REGLE DE CONFLIT.....	52
A) LE DEVELOPEMENT DU TERRITORIALISME	52
1) Les règles substantielles relatives aux mariages des étrangers.....	53
a- les dispositions du Code civil relatives au mariage d'application territoriale.....	53
b- des règles du droit des étrangers restreignant le domaine d'application de la loi nationale	56
2) le développement des règles de conflit territorialiste relatives aux mariages des étrangers.....	56
a- en droit commun	56
b- en droit conventionnel	58
B) UNE LOI NATIONALE FREQUEMMENT EVINCEE	58
1) le statut personnel, domaine de prédilection de l'ordre public	59
a- les interventions traditionnelles de l'ordre public dans le statut personnel	59
b- une incursion renforcée par le développement de l'ordre public de proximité	61

2) la polygamie, un îlot relativement épargné par l'ordre public.....	62
a- les interventions de l'ordre public relatives au mariage polygamique.....	62
b- l'effacement ponctuel de l'ordre public face à cette institution.....	64
II) UN MAINTIEN SOUHAITABLE DE LA SOLUTION	66
A) DES SOLUTIONS DE SUBSTITUTION PRESENTANT ELLES AUSSI CERTAINS INCONVENIENTS	66
1) des thèses trop tolérantes envers la polygamie	67
a- la recherche de la loi compétente par faisceau d'indices	67
b- la prise en compte de la volonté explicite des parties.....	69
2) des thèses plus radicales	70
a- le rattachement du statut personnel au domicile	70
b- la recherche d'une solution spécifique au cas particulier de la polygamie.....	71
B) UNE REGLE DE CONFLIT VIABLE.....	73
1) les inconvénients de la suppression	73
a- une atteinte à la coordination des systèmes islamistes et français	73
b- une atteinte au respect des ensembles législatifs	74
2) un maintien possible	76
a- l'intérêt du maintien	76
b- Les conditions du maintien	77