Journal des anthropologues

Association française des anthropologues

71 | 1997
Mélanges

La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée

Validity and Reception of Polygamy by the French Judicial Order : a Theoretical and Controversial Question

Edwige Rude-Antoine

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/jda/2523>

DOI : 10.4000/jda.2523

ISSN : 2114-2203

Éditeur

Association française des anthropologues

Édition imprimée

Date de publication : 1 décembre 1997

Pagination : 39-56

ISSN : 1156-0428

Référence électronique

Edwige Rude-Antoine, « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *Journal des anthropologues* [En ligne], 71 | 1997, mis en ligne le 01 décembre 1998, consulté le 21 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/jda/2523> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/jda.2523>

Ce document a été généré automatiquement le 21 décembre 2020.

Journal des anthropologues

La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée

Validity and Reception of Polygamy by the French Judicial Order : a Theoretical and Controversial Question

Edwige Rude-Antoine

- 1 Le phénomène migratoire soulève un ensemble d'interrogations sur la capacité d'un État de droit à gérer, tout en respectant les principes démocratiques, la présence d'institutions étrangères. Dans l'expérience juridique française, les situations de polygamie ne sont pas nouvelles. La politique coloniale préservant « les statuts locaux », « les coutumes », reconnaissait (sans doute pour des raisons d'opportunité politique) le mariage polygamique. Les pays anciennement colonisés ou sous protectorat, devenus États indépendants, ont gardé des liens avec la France ; l'immigration a projeté la question de la polygamie dans l'hexagone. Elle y touche des familles originaires d'Afrique sub-saharienne, d'appartenance soninké, alpular, toucouleur, de trois nationalités (malienne, sénégalaise, mauritanienne) et de manière périphérique les familles algériennes, marocaines et turques¹.
- 2 Le juriste doit, malgré les risques, évaluer l'incompatibilité de cette institution avec les exigences du système juridique français. Comment comprendre la place réservée à la polygamie sans la rapporter aux discussions sur la spécificité de la culture ? Comment ne pas penser que ce modèle d'alliance matrimoniale n'a *a priori* aucune valeur en France en raison d'une atteinte aux rapports égalitaires entre l'homme et la femme ? Comment ne pas penser que le simple fait de masculinité assure le droit à des prérogatives ? La France n'échappe pas à ce débat et le juriste internationaliste, placé au coeur de contradictions entre tolérance et refus de l'intolérance, peut refuser la polygamie et ses effets. Toutefois, il est nécessaire de souligner que, dans la société française, le mariage monogamique s'est

désacralisé. Les juristes font même remarquer que depuis quelques décennies, une polygamie de fait se développe : polygamie successive que le divorce autorise, union libre à caractère adultérin. J'ai choisi volontairement, pour ne pas me laisser emporter dans un débat passionnel, d'aborder cette institution en termes juridiques et de tenter de montrer comment l'anthropologie peut guider le juriste dans sa réflexion.

Monogamie et polygamie

- 3 Pour le juriste, la polygamie n'est pas facile à définir entre son sens étymologique et son acception commune. Le terme « polygamie » est souvent confondu avec celui de « bigamie » : l'époux bigame est celui qui contracte un second mariage avant la dissolution du précédent alors que sa loi personnelle lui impose la monogamie. L'époux polygame est celui dont les mariages simultanés sont autorisés par son statut personnel. A travers la notion de polygamie, c'est la pratique de la polygynie dont il est question ici.
- 4 Dans l'immigration, certaines femmes vivent très difficilement cette situation polygame. Au contact des travailleurs sociaux en particulier, elles prennent conscience de la dualité des systèmes, ce qui peut les amener à entreprendre des démarches devant la loi française (en vue d'une séparation ou d'un divorce), mais aussi à une contestation des pratiques légitimées dans le contexte d'origine. Cette prise de conscience n'exclut pas la nécessité pour le juriste de rechercher des solutions aux problèmes juridiques et sociaux posés. Le magistrat est pris entre deux logiques juridiques, deux législations, et doit trancher la question.
- 5 Rien n'est plus éclairant qu'une lecture de diverses législations. Dans certains pays, le législateur permet aux époux de choisir entre l'union monogamique ou polygamique. Seul le code de statut personnel tunisien, parmi tous ceux des pays arabes, a aboli en 1957 ce modèle matrimonial et se rapproche ainsi des exigences énoncées dans le code civil français. La pratique de la polygamie y est considérée comme une infraction pénale réprimée par une peine d'amende et d'emprisonnement ou par l'une de ces deux peines. Son interdiction est légitimée par l'impossibilité d'observer une équité parfaite entre les épouses². Estimant que les conditions sociales et les mœurs ont évolué, le législateur tunisien considère que la polygamie ne correspond plus aux idées actuelles et provoque souvent des ruptures dans les liens familiaux. Ainsi, le code tunisien a été le premier texte dans un pays arabo-musulman à adopter une position audacieuse et controversée sur une question sociale aussi sensible. Le code marocain justifie le maintien de la polygamie pour tenir compte du respect des « croyances » et ne pas brusquer les « valeurs traditionnelles ». Le code algérien de la famille l'a permise malgré les constantes protestations des mouvements féministes.
- 6 Si la polygamie demeure ainsi autorisée en Algérie comme au Maroc, elle est soumise à une condition d'équité, laissée à la libre appréciation du mari, en son for et conscience. Le code marocain régit l'union polygamique en exigeant que la première épouse soit consultée sur un deuxième mariage projeté (c'est-à-dire qu'elle accepte de devenir co-épouse) et que la seconde femme soit avertie du mariage déjà existant (c'est-à-dire qu'elle accepte aussi de devenir co-épouse). Si l'une ou l'autre n'ont pas été informées de cette réalité, elles sont habilitées à requérir le divorce pour dol évident et/ou préjudice grave. Le code marocain permet également un droit d'option pour la femme à la condition de monogamie : ceci doit être mentionné dans le contrat. Le code algérien exige également l'information préalable et le consentement des épouses. La polygamie au Maroc est d'une

fréquence décroissante ; en Algérie elle est quasiment tombée en désuétude. Lorsqu'elle est maintenue, elle est surtout liée à la possibilité pour le mari de bénéficier d'un remariage anticipé.

- 7 Dans les États d'Afrique sub-saharienne, la polygamie est une institution de droit coutumier qui a été reconnue par les autorités coloniales. Les lois actuelles ne sont pas convergentes. La loi ivoirienne a supprimé la polygamie et reprend la formulation du Code civil français « Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent » (Article 147 du Code civil français). Selon le Code civil sénégalais (Article 133), il est possible de conclure son mariage sous trois régimes : celui de la polygamie, auquel cas l'homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses ; celui de la limitation de polygamie et celui de la monogamie. Si l'homme ne souscrit pas à l'une de ces options, le mariage est placé sous le régime de la polygamie. Ces options sont définitives. L'homme peut seulement restreindre par une nouvelle option une limitation antérieure de polygamie. La nullité doit être prononcée lorsque le mari ne peut plus contracter une nouvelle union en raison de ces dispositions (Article 141-6 du Code civil sénégalais). Le Mali limite également à quatre le nombre d'épouses (Article 7 du code malien). Si un homme contracte une cinquième union, elle sera nulle (Article 8). Il est possible d'opter pour le mariage monogamique. L'homme peut toutefois réviser son contrat avec le consentement exprès de son épouse (Article 7 alinéa 2).
- 8 Ainsi, du fait de l'immigration, des droits et des coutumes étrangers pénètrent l'ordre juridique français. En effet, selon l'article 3 du Code civil français, par réciprocité, la jurisprudence déduit que toute personne étrangère, quel que soit son lieu de résidence est soumise pour son statut personnel à la loi du pays dont elle possède la nationalité. Toutefois, si l'étranger est autorisé à demander le bénéfice de sa loi personnelle, cette loi étrangère considérée non conforme aux exigences de l'ordre public international peut être évincée partiellement ou totalement. Apparaît alors un véritable dilemme : doit-on tolérer des situations de polygamie sur le territoire français au nom du respect des cultures, ou les refuser au risque de porter atteinte aux droits des femmes et de nier l'effectivité d'une situation juridique étrangère. C'est sans doute là où l'anthropologie du droit montre tout son intérêt en permettant de mieux comprendre l'institution étrangère et par ricochet de trouver des solutions plus adaptées à la réalité sociale.

Débats sur la validité du mariage polygamique

- 9 La recherche d'une adaptation des systèmes juridiques est facilitée si les critères d'interprétation sont clairs. Ainsi, en France, un officier d'état civil ne peut pas célébrer le mariage d'un étranger engagé dans les liens d'un mariage antérieur non dissout³. Ce mariage serait nul, même si les lois personnelles des futurs époux admettent la polygamie. Le mariage célébré dans les locaux des services consulaires étrangers en France et enregistré par le consul est valable au regard de l'ordre juridique étranger, mais nul au regard de l'ordre juridique français.
- 10 Le Code pénal, dans son article 340, considère le mariage bigame célébré en France comme un délit instantané, le délai de prescription étant de trois ans à partir du jour de la célébration du mariage. Souligner cette infraction, c'est insister sur les difficultés liées à la poursuite de tout polygame s'engageant dans un lien de mariage en France alors que la loi française interdit cette célébration. Du fait des complications internationales de transcription, ou encore des difficultés à établir un élément intentionnel, bien souvent le

polygame est relaxé. Ceci peut avoir des incidences sur la transcription du mariage polygame à l'état civil. Il en a été ainsi dans une décision du Tribunal de grande instance de Créteil du 26 avril 1989⁴. Selon le vieil adage, « le criminel tient le civil en état », le juge pénal est aussi le juge civil. Autrement dit, dans ce jugement, le tribunal correctionnel ayant prononcé la relaxe, rien ne s'oppose à ce que soit transcrite en marge de l'état civil français la seconde union.

- 11 Toutefois, si la loi française interdit cette célébration en France, les juges admettent que le second mariage régulièrement célébré à l'étranger n'est pas nul. L'ordre public dont l'effet se trouve atténué ne s'oppose pas à ce que ce mariage produise un certain nombre de conséquences sur le sol français. Cependant, ceci doit être nuancé. Ainsi, le 21 juin 1967, le Tribunal de grande instance de la Seine⁵ n'a pas reconnu le mariage célébré au Cameroun entre une Française célibataire et un Camerounais déjà marié, bien que les lois du mari et de la première épouse permettent l'union avec une deuxième femme : « Ce serait faire une distinction entre la polygamie active interdite aux Français de sexe masculin et la polygamie passive admise de la Française... Ce que ne veut pas l'article 147 du code civil, c'est qu'un Français, qu'il soit homme ou femme, se trouve engagé dans les liens d'un mariage polygamique » (Bischoff, 1980 : 91). Ce serait remettre en cause la vision légale française du mariage.
- 12 La validité du mariage polygamique est appréciée au regard de la situation des époux au moment de la célébration. Or, ne devrait-on pas considérer que chacune des épouses est concernée par les autres unions contractées par le mari ? Cette remarque explique le courant actuel des juristes hostiles à la compétence du principe de la loi nationale des époux pour régir les conditions de fond du mariage. Une lecture détaillée des décisions jurisprudentielles montre une absence de consensus des juges sur l'interprétation de l'article 147 du Code civil. L'empêchement de bigamie bilatéral prévu par cet article n'a pas toujours protégé la femme de nationalité française, première épouse d'un mari dont le statut autorise la polygamie et qui contracte une seconde union.

Femme de nationalité française et polygamie passive

- 13 L'affaire Baaziz fait généralement référence : après l'accession de l'Algérie à l'indépendance, un mari français de confession musulmane retourne en Algérie, acquiert la nationalité algérienne et contracte, sans que le précédent mariage n'ait été dissout, une seconde union avec une femme algérienne, conformément à la loi de ce pays. Au décès du mari, la première épouse obtient du Tribunal de grande instance de Lyon, le 11 juin 1979, que soit supprimée sur l'acte de décès la mention du second mariage. Saisie, la Cour d'appel de Lyon reconnaît la validité de principe du deuxième mariage sans d'ailleurs préciser dans quelles limites la seconde épouse peut faire usage de sa qualité de veuve sur le territoire français. Le 17 février 1982, la Cour de cassation confirme que l'exception d'ordre public n'empêche pas la seconde union d'être valide et rejette le pourvoi formulé par la première épouse. Les aléas de la procédure ont conduit cette affaire devant le Cour de cassation le 6 juillet 1988⁶ : ce mariage polygame contracté à l'étranger ne peut produire des effets en France. La Cour estime que l'article 29 de la Convention franco-algérienne du 19 janvier 1965, prévoyant en cas de décès de l'époux bigame le partage de la rente due au conjoint survivant à parts égales entre les deux épouses, ne peut être appliqué. Elle marque une limite à la reconnaissance du mariage polygamique. Ne pouvant se placer sur le terrain de la validité du second mariage, elle intervient sur la

compatibilité des effets de celui-ci avec l'ordre public français. Toutefois, on peut regretter que la Cour n'ait pas choisi tout simplement de prononcer la nullité⁷ de la seconde union et d'autoriser la seconde épouse de bonne foi à se prévaloir du bénéfice du mariage putatif⁸. Cette solution aurait eu l'avantage de sauvegarder les grands principes de la société française sans causer un préjudice à une seconde épouse, veuve et de bonne foi. Évaluée en vertu d'un critère spatio-temporel, la contrariété à l'ordre public d'un mariage polygame doit-elle être appréciée avec d'autant plus de fermeté que l'une des épouses est de nationalité française ? N'y-a-t-il pas risque d'un subjectivisme excessif ? L'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1990⁹ encourage en outre les juges à tenir compte de la bonne foi des époux. Ainsi a-t-il été admis, en application des dispositions des articles 270 et suivants du Code civil¹⁰, à la suite de l'annulation d'un mariage pour bigamie, que la femme puisse toucher une prestation compensatoire. Ce problème a multiplié les propositions doctrinales. L'inégalité de l'union polygamique dans le cas d'une femme de nationalité française a été ressentie comme inadmissible, dans le cas d'une femme étrangère dont la loi personnelle admet la polygamie comme tolérable. En droit français, traditionnellement, l'interdiction du mariage polygamique est un empêchement bilatéral susceptible de résulter de la loi personnelle des futurs époux¹¹. L'exigence de la monogamie vise à protéger la première épouse¹². Elle puise alors dans le caractère monogamique du premier mariage un empêchement au second. C'est ainsi qu'en l'état actuel du droit, une femme française ne peut épouser un homme déjà marié. Par contre, il peut arriver qu'elle contracte un mariage avec un homme qui, par la suite, épousera une autre femme dans un pays qui l'y autorise. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation en a également limité les effets.

Difficulté de la recherche d'une règle pour résoudre le conflit de lois

- ¹⁴ La polygamie implique, si on veut bien y réfléchir, une redéfinition de la loi qui détermine sa validité : ne serait-il pas préférable, plutôt que de ne considérer que le second mariage, de s'interroger sur le caractère du premier ? L'exigence monogamique doit-elle se déduire de la loi régissant les effets du premier mariage, de la loi du lieu de sa célébration ou de la loi personnelle de la première épouse ? La doctrine diverge. Les juristes ont ainsi recherché une loi mieux adaptée à la réalité du caractère polygamique du mariage. Aucune solution n'est totalement satisfaisante : ni la loi du lieu de célébration, dite trop fortuite, ni la loi personnelle de la première épouse. La possibilité pour un homme de statut polygamique de contracter une seconde union est subordonnée à l'aptitude du mari à devenir polygame, mais aussi à la nature du premier mariage. La décision de la Cour de cassation du 17 février 1982 (affaire Baaziz) révèle bien les failles du système qui retient la loi personnelle des futurs époux : en l'espèce, ni la loi du mari, ni celle de la seconde épouse ne s'opposaient à cette union plurale. Seule, la loi régissant la première épouse aurait pu l'empêcher. Mais cette application de la loi personnelle ne protégerait pas de la polygamie une femme étrangère dépendant d'un statut personnel autorisant cette forme matrimoniale, quand bien même elle vivrait en France et la refuserait. Le rattachement à la loi du domicile commun régissant les effets du premier mariage de deux époux de nationalités différentes présente aussi des inconvénients. Le transfert de domicile est chose facile, la loi du domicile peut quant à son contenu être fort discordante avec les lois nationales des époux (en l'espèce de l'épouse). Dans un jugement du 8 avril 1987, le Tribunal de grande instance de Paris a choisi cette solution : un Algérien contracte un premier mariage devant l'officier d'état civil français avec une Libanaise de

confession chrétienne, puis un second mariage avec une Algérienne au consulat d'Algérie. Le juge a recherché la loi applicable aux effets du premier mariage¹³. Dans cette même décision, le tribunal fait aussi référence, à titre subsidiaire, à la loi du lieu de célébration : « il convient au surplus d'observer que la situation serait identique si la compétence de la loi du lieu de célébration était retenue puisque dans cette hypothèse la loi française s'appliquerait nécessairement ». Le rattachement à la loi du lieu de célébration éviterait les cas de polygamie passive. Mais si l'épouse peut s'en remettre à la nature même de l'autorité célébrant le mariage, il peut être encore reproché le caractère fortuit du lieu de sa célébration.

- 15 Béatrice Bourdelois (1993) propose la « *lex matrimonii* », c'est-à-dire la loi de localisation objective du premier mariage. Sa proposition s'appuie sur l'analyse de diverses législations de pays arabes à obédience musulmane et de pays d'Afrique sub-saharienne qui permettent aux époux d'opter au moment du mariage entre un statut polygame et un statut monogame. Elle repose encore sur le constat d'une place grandissante de l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans les rapports personnels et familiaux. Elle préconise alors de rechercher si objectivement le premier mariage permet ou non la réalisation de la seconde union. Il serait possible de se rallier à cette proposition fort séduisante si l'égalité des époux à tous les instants de la constitution de leur mariage était pleinement assurée. Mais nous l'avons constaté, il n'en est pas toujours ainsi. De plus, comme l'affirment très justement Bertrand Ancel et d'autres juristes, la théorie de la localisation objective est délicate à mettre en oeuvre et demande beaucoup au juge pour que soit déterminée la loi applicable (Ancel, 1993 : 121). Yves Lequette, Hélène Gaudemet-Tallon présentent une autre solution, celle de la « multilatéralisation » de cet empêchement¹⁴. Ils s'appuient sur l'article 3 alinéa 3 du Code civil. Ainsi, la validité de la polygamie ne pourrait être reconnue que si les lois du mari et des épouses ne s'y opposent pas. L'ordre des mariages est ainsi sans importance. Si l'une des épouses du premier ou du second mariage est monogame, la polygamie serait interdite.
- 16 La solution choisie aura un impact considérable puisqu'elle répondra à la présence d'une institution étrangère que la société française réprouve. Comment concilier le droit reconnu au polygame par son statut personnel et la réalité vécue des femmes et des enfants ?

La polygamie : une reconnaissance mitigée

- 17 Certains des effets psychologiques et sociaux des situations de polygamie dans le contexte de l'immigration ont été mis en évidence par des enquêtes sociologiques et anthropologiques, en particulier la velléité des femmes à reconquérir une marge d'autonomie. La polygamie ne peut cependant pas être juridiquement reprochée au mari qui exerce des droits reconnus par sa loi personnelle. Le législateur français ne peut pas dicter un modèle familial au législateur étranger. Il peut cependant limiter la venue des familles polygames sur son territoire. Ainsi, avec la loi du 24 août 1993, a été restreint le regroupement familial des familles polygames¹⁵. Les juges français peuvent reconnaître certains effets du mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger et apporter ainsi une protection aux familles polygames.

Le choix du législateur : un regroupement familial restreint

- 18 Par la loi du 24 août 1993, l'ordre juridique français manifeste son souci de ne plus voir se développer une institution qu'il réprouve. Il cherche à résoudre les problèmes sociaux et humains que pose sur le territoire français la situation polygamique. Il ne permet plus l'entrée et l'installation sur le sol français de plusieurs épouses et d'enfants de différents lits. Ceci ne résout pourtant pas tout. Au regard de ce texte, l'époux peut toujours profiter du retour momentané pendant les vacances de l'épouse vivant en France pour en faire venir une autre. C'est pourquoi le groupe de travail interdisciplinaire sur la polygamie de la Cimade a proposé quelques mesures dans un rapport intitulé *Polygamie, des femmes et des enfants* (1990) : « en cas de séjour au pays d'origine, afin d'éviter la venue d'une autre épouse, la femme, résidant en France, pourrait informer la mairie de son voyage et de celui de ses enfants. Aucun certificat d'hébergement ne serait délivré à une autre épouse ou aux enfants de celle-ci pendant son absence ; lorsqu'une co-épouse est dans l'obligation de quitter le foyer avec ses enfants, elle devrait pouvoir accéder à une structure intermédiaire d'accueil et d'accompagnement pour quelque temps. Les allocations familiales devraient lui être automatiquement attribuées. Le mari ne devrait pouvoir faire venir une autre épouse au titre du regroupement familial sans avoir fait la procédure de divorce ou de séparation de fait ». Les enjeux sont importants. Ils ne sont pas seulement juridiques, ils sont aussi sociaux ; ils ne sont pas uniquement individuels, ils sont aussi collectifs. Ils interrogent les juristes sur la signification qu'ils souhaitent donner à la polygamie. Il faut dire que la loi du 24 août 1993 a eu des effets inattendus : pour faire venir une seconde épouse, certains hommes répudient ou divorcent avec la première tout en continuant à cohabiter avec celle-ci. Même en limitant le regroupement familial de ces familles, les juges auront toujours à connaître ces mariages, soit de ménages installés de longue date, soit dans la gestion des relations familiales entre d'une part les épouses et leurs enfants qui demeurent dans le pays d'origine et d'autre part l'épouse et ses enfants établis en France.

Les effets de la polygamie et la réponse des juges

- 19 Par l'effet atténué de l'ordre public¹⁶, le droit au versement d'une créance alimentaire¹⁷ et les droits successoraux¹⁸ ont pu être reconnus ; le préjudice résultant du décès du mari dû à la faute d'un tiers¹⁹ peut être réparé.
- 20 Toutefois, cette attitude d'ouverture connaît des limites, notamment en matière d'assurances sociales. Ainsi, la seconde épouse ne peut pas bénéficier comme ayant droit de son mari des prestations des assurances maternité-maladie, alors que les prestations sont déjà attribuées à ce titre à une autre femme²⁰. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 1^{er} mars 1973²¹ confirme cette position en se fondant sur le régime général de la Sécurité sociale et la Convention franco-algérienne intervenue en cette matière et non sur la notion d'ordre public. Cette solution consistant à considérer que seule l'épouse pour laquelle l'assuré a introduit la première demande doit bénéficier des prestations sociales, vaut-elle encore alors même que depuis la loi de 1978, les organismes sociaux²² admettent qu'un même assuré peut conférer la qualité d'ayant droit à la fois à son épouse et à sa concubine ? Quoiqu'il en soit, le droit français repose sur le principe de territorialité : l'attribution des prestations sociales est étroitement liée à la résidence sur le territoire national, quelle que soit la nationalité des résidents. Lorsque le père

polygame est assuré social, si tous les enfants sont pris en charge au titre de l'assurance maladie, le principe est de ne considérer comme ayant droit qu'une seule des épouses. Toutefois, lorsque l'épouse pour laquelle le mari a introduit une demande est retournée dans son pays d'origine, l'autre épouse, si elle réside en France, peut se prévaloir de sa qualité d'ayant droit de son mari au regard du régime français de la Sécurité sociale. La chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mars 1990²³ confirme un courant jurisprudentiel peu enclin à une pleine reconnaissance des effets du mariage polygame. En l'espèce, le retour de la première épouse en Algérie a permis à la seconde résidant en France d'obtenir seule le droit aux prestations. Au titre de l'assurance maternité, il en est de même : une seule des épouses a la qualité d'ayant droit. Les frais d'hospitalisation pour la naissance d'un enfant ne sont pas pris en charge et aucune prestation au titre de maternité n'est attribuée aux autres épouses. Seule l'adhésion à une assurance volontaire permet la protection des autres épouses. Les allocations familiales sont versées en contrepartie de la présence d'enfants dans la famille. Le père étant allocataire, le calcul des allocations comptabilise tous les enfants quel que soit le statut de leur mère. Ainsi, la femme du polygame n'est pas une épouse à part entière. Dans le domaine de la protection sociale, la jurisprudence a peu de sollicitude à l'égard de la seconde épouse.

- 21 Dans une autre situation, les juges ont eu à connaître la polygamie. C'est une première en ce sens où il est fait application de la Convention franco-marocaine de 1981²⁴. L'affaire concerne deux époux de nationalité marocaine mariés au Maroc en 1950 et domiciliés en France. La femme intente une action en divorce pour faute, notamment pour attitude injurieuse à son égard par le fait d'avoir épousé au Maroc en 1973 une seconde puis en 1982 une troisième épouse. Les juges ont invoqué l'article 4 de la Convention²⁵ et estimé que « l'état actuel des mœurs et la conception française de l'ordre public international sont manifestement incompatibles avec la reconnaissance de la polygamie ».

Conclusion

- 22 Je rejoindrai la position du juriste Bertrand Ancel : si « le droit français s'accommode de l'union polygamique comme produit d'importation, il n'adhère pas au modèle polygamique. L'union polygamique est connue et, dans une certaine mesure, reconnue parce que le droit international privé a consenti l'effort d'élargir les catégories qu'il emprunte au droit civil ; il y a eu internationalisation du concept de mariage. Mais cet effort n'emporte pas abdication des valeurs et principes sur la base desquels le droit interne français organise la vie sociale en ce pays. (...) Il se produit ainsi une dématérialisation ou une formalisation du mariage (qui) ne crée guère de difficulté aussi longtemps que l'union polygamique évolue dans son milieu et dans son système juridique d'origine. En revanche, il se produit forcément des grincements et des frictions lorsque l'union polygamique doit jouer dans un milieu et dans un système juridique professant la monogamie. La cohérence à laquelle par nature tend ce système oppose alors des résistances qui prennent la forme de problèmes d'ajustement que les internationalistes dénomment volontiers problèmes de substitution et problèmes d'adaptation » (Ancel, 1993 : 113).
- 23 Bien sûr, une évolution se réalise sous nos yeux. Le droit français, attaché à la monogamie, se montre de plus en plus conciliant, dans l'ordre interne, à l'égard de certaines situations proches de cette union plurielle. Depuis la loi du 11 juillet 1975,

l'adultère n'est plus ni un délit, ni une cause péremptoire de divorce. La loi du 3 juillet 1972 accorde à l'enfant adultérin, concurremment avec le conjoint et les enfants légitimes, des droits successoraux. Un divorcé peut être tenu au même moment d'une obligation alimentaire envers ses conjoints successifs et ceux-ci pourront avoir à se partager une pension de réversion²⁶. En matière de responsabilité, la jurisprudence reconnaît à la concubine une possibilité d'indemnisation lors du décès de son concubin, même si celui-ci était marié ou qu'elle-même le soit²⁷. Selon un jugement du tribunal de Riom, la veuve et la concubine d'un même homme mortellement blessé au cours d'un accident ont pu réclamer ensemble pour elles-mêmes et leurs enfants de substantiels dommages-intérêts²⁸. On a donc ainsi donné une certaine légitimité à des configurations familiales très diversifiées.

- 24 Ces évolutions permettent-elle de conclure, comme certains le font, que l'institution du mariage monogamique n'a plus en France qu'une dimension formelle ? Certes, non. Même si des esprits libres en font une critique, le mariage représente encore une base sur laquelle la communauté nationale organise sa vie sociale. Il répond à des valeurs et principes constitutionnels comme le principe d'égalité. Aussi ne peut-on accueillir trop hâtivement des pratiques étrangères estimées inégalitaires.
- 25 Toutefois, l'internationalisation du concept de mariage n'a pas permis une équivalence absolue. Le traitement des situations de polygamie par la notion d'ordre public n'est pas non plus totalement satisfaisant. L'essentiel est sans doute d'affirmer le principe d'égalité qui pourrait très bien s'accomplir dans la putativité. Il ne s'agit pas de nier la réalité de ces situations mais de prendre conscience que la recherche d'une adaptation ne se fait pas à tout prix. Il ne faut pas non plus oublier ce que révèlent les travaux anthropologiques, notamment que ces pratiques sur le territoire français engendrent de graves problèmes humains et sociaux pour les femmes et les enfants. Il est donc essentiel pour le juriste qui gère ces questions d'altérité de s'appuyer sur une représentation du réel qui oriente l'activité intellectuelle vers d'autres univers conçus comme des données objectifs possédant en eux-mêmes leurs propres logiques et cohérence.

BIBLIOGRAPHIE

BERQUE J., 1990. *Le Coran*. Paris, Sindbad.

BISCHOFF J.-M., 1980-1981. « le mariage polygamique en droit international privé », in *Travaux du comité français de Droit international privé*, vol. 2.Paris, CNRS.

BOURDELOIS B., 1993. *Le mariage polygamique en droit international privé français*. Paris, GLM-Joly.

CIMADE, 1990. *Polygamie des femmes et des enfants*. Paris, rapport de groupe de travail.

FADLALLAH I., 1977. *La famille légitime en droit international privé, le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*. Paris, Dalloz. Thèse publiée, n° 198.

POIRET C. & GUÉGAN C., 1992. *L'habitat des familles polygames en région Île-de-France*. Étude réalisée à la demande du FAS, du Plan construction et architecture et du GIAPP, Paris.

QUIMINAL C. & BODIN C., 1993. « Mode de construction des ménages polygames et vécu de la polygamie en France », *Migrations Études*, octobre, 41.

RUDE-ANTOINE E., 1990. *Le mariage maghrébin en France*. Paris, Karthala.

RUDE-ANTOINE E.(dir.), 1992. *L'immigration face aux lois de la République*. Paris, Karthala.

RUDE-ANTOINE E., 1997. *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*. Paris, Odile Jacob.

TIMERA M., 1993. *Les immigrés soninké dans la ville*. Paris, EHESS. Thèse.

NOTES

1. Il s'avère difficile de quantifier le nombre de familles polygames vivant en France. Selon les auteurs (Poiret et Guégan, 1992 ; Quiminal et Bodin, 1992 ; Timera, 1993) ce chiffre oscille entre 3 500 et 21 000 dont 3 à 15 000 en Île-de-France. En particulier, 10% des hommes soninké vivaient en France en familles polygames. Rappelons également que l'île de Mayotte, française, reconnaît légalement la polygamie.

2. L'argument d'une polygamie imposée par le Coran est d'ailleurs fortement contesté. « Épousez ce qui vous plaira d'entre les femmes, par deux, ou trois, ou quatre. Mais si vous craignez de n'être pas juste, alors seulement une » (Sourate IV, Les femmes, verset 3, cité par Berque, 1990 : 95). L'islam a ainsi déclaré licite le mariage avec quatre épouses en exigeant la stricte égalité entre les épouses et en rappelant combien il est difficile d'être équitable. C'est d'ailleurs le raisonnement que tiennent, en France, certains marabouts critiquant la polygamie.

3. TGI Paris, 22 janvier 1968, *Clunet*, 1969.406, note Ph. Kahn ; Lyon, 21 mai 1974, *D.*, 1975.9, note P. Guiho ; Paris, 21 juin 1991, *D. s.*, 1991, inf. rap. 218. Selon cette arrêt « si certains effets peuvent être reconnus en France à un statut personnel polygamique commun aux deux époux, la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce qu'un étranger marié contracte en France un nouveau mariage avant la dissolution du premier, même si cette union est conforme à son statut personnel ». On peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de s'appuyer sur l'article 147 du Code civil pour justifier cette orientation.

4. TGI Créteil, 26 avril 1989, *Edi-Data*, n° 89-43658 ; TGI Paris, 9 mai 1989, *Edi-Data*, n° 89-23337 ; E. Garcon, *Code pénal annoté*, art. 340, n° 8 ; J. Robert, v° Bigamie, art. 340.

5. TGI Paris, 21 juin 1967, *RCDIP*, 1968.294, note H. Battifol ; *Rec. gen. lois*, 1969.77, note Droz.

6. Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *RCDIP*, 1989.70, note Y. Lequette.

7. A propos de l'action en nullité, on notera un arrêt de la Cour de cassation en date du 31 janvier 1990 où la Cour déclare que lors de l'action en nullité, la personne n'ayant plus la qualité de conjoint ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 188 du Code civil (aux termes de cet article, l'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui) et doit justifier d'un intérêt à agir.

8. Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1990, *JCP*, 1991.II.21774, note F. Moneger. En dépit d'une décision le frappant de nullité, et compte tenu de la bonne foi des parties, le mariage putatif produit ses effets juridiques.

9. Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1990, *JCP*, 1991.II.21774, note F. Moneger.

10. Selon ces dispositions, en cas de dissolution du mariage par divorce, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire.

11. H. Battifol & P. Lagarde, *Traité*, t. 2, n° 414 ; TGI Lyon, 21 mai 1974, *D.*, 1975.9, note Guiho ; TGI Seine, 21 juin 1967, *RCDIP*, 1968.294, note H. Battifol.

12. I. Fadlallah, 1977 ; M. Ponsard sous arrêt Chemouni, C. Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963, *Clunet*, 1963.986.

13. TGI Paris, 17^e ch., 8 avril 1987, *RCDIP*, 1988.73, note Y. Lequette.
14. *Rev. Crit.*, 1983.277 et 1989.78, notes Y. Lequette ; H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. cour La Haye* 1991, I, n°72.
15. Le Conseil d'état (arrêt Montcho, 11 juillet 1980, *Ajda*, 1980.548) a approuvé le jugement d'un tribunal administratif ordonnant le sursis à exécution d'une décision préfectorale qui refusait à une seconde épouse le droit de s'établir en France pour y rejoindre son mari cohabitant déjà avec une autre épouse et lui enjoignait de quitter le territoire. L'article 30 de la loi du 24 août 1993 a apporté des modifications importantes en matière de cohabitation des épouses. Selon cet article, ne peut bénéficier du regroupement familial l'épouse d'un étranger polygame et les enfants de celle-ci lorsque cet étranger réside déjà sur le territoire français avec une autre épouse. En conséquence, le titre de séjour sollicité ou obtenu par cette épouse peut être, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour d'un ressortissant polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'une épouse ou ses enfants peut être également retiré. Selon la circulaire du 7 novembre 1994 relative au regroupement familial émanant du ministre des Affaires sociales, de la Santé et de la Ville et du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, à propos des enfants de polygames, seuls les enfants du demandeur et de son conjoint admis au titre du regroupement familial peuvent bénéficier du regroupement. Son exclus par conséquent les enfants d'un autre conjoint non admissible au regroupement familial sauf lorsque celui-ci est décédé ou déchu de ses droits parentaux.
16. L'exception d'ordre public peut jouer contre la naissance en France d'une situation juridique ou contre l'efficacité en France de situations nées à l'étranger et conformes à la loi étrangère si son contenu est contraire aux principes fondamentaux du droit français. Le juge peut admettre les effets d'une situation régulièrement créée à l'étranger même si cette situation ne pourrait naître sur le sol français. On parle alors d'effet atténué de l'ordre public en matière de droits acquis.
17. Depuis la célèbre affaire Chemouni et les deux arrêts de la Cour de cassation du 28 janvier 1958 et du 19 février 1963, certains effets d'un mariage polygame célébré au pays d'origine régulièrement peuvent être reconnus en France par le biais de l'effet atténué de l'ordre public (dans ce cas, il s'agit du droit au versement d'une créance alimentaire). *Cass. civ. 1^{re}*, 28 janvier 1958, *D.*, 1958.265, note Lenoan ; *Rev. crit.*, 1958.110, note Jambu-Merlin ; *Clunet*, 1958.776, note A. Ponsard ; *JCP*, 1958.II.10488, note L. Lucas ; *Gr. arrêts dr. int. pr.* 31. Une seconde épouse fait une demande de contribution aux charges du mariage contre un Tunisien de confession israélite. Son mariage est célébré en Tunisie selon la loi mosaïque formant son statut personnel : *Cass. civ. 1^{re}*, 19 février 1963, *Rev. crit.*, 1963.559, note G. H. ; *Clunet*, 1963.986, note A. Ponsard ; *Rec. gen. lois*, 1963.315, note Droz ; *Gr. arrêts dr. int. pr.* 32. Dans ce second arrêt Chemouni, la Cour de cassation invite le droit civil français à prendre en charge l'union polygamique régulièrement contractée à l'étranger. Le mari avait acquis la nationalité française au cours de la procédure ; voir aussi E. Rude-Antoine, 1990 et 1997.
18. Bendeddouche, *Cass. civ. 1^{re}*, 3 janvier 1980, *Rev. crit.*, 1980.331, note H. Batiffol ; *Clunet*, 1980.327, note M. Simon-Depitre ; *D.*, 1980.549, note Poisson-Drocourt ; *Gr. arrêts dr. int. pr.*, 59 ; voir aussi Kaci, Paris, 8 novembre 1983, *Rev. crit.*, 1984.476, note Y. Lequette ; *Clunet*, 1984.881, note M. Simon-Depitre ; *Rép. Defrénois*, 1984.571, note M.-L. Revillard.
19. En matière de responsabilité civile, s'il n'existe aucune décision française, en revanche, en Belgique, la Cour d'appel de Liège par un arrêt du 23 avril 1970 a estimé que deux épouses peuvent réclamer réparation du préjudice résultant du décès de leur mari dû à la faute d'un tiers : Cour d'appel de Liège, 23 avril 1970, 4^e ch., *R.*, 1975.54, note Graulich.
20. C. d'appel de Chambéry, 17 octobre 1961, *R.*, 1962.496.
21. Sefouni, *Cass. ch. soc.*, 1^{er} mars 1973, *Rev. crit.*, 1975.57, note P. Graulich ; *Clunet*, 1974.834, note de la Pradelle.
22. Circulaire CNAM n° 794-78 du 4 octobre 1978.

23. Meguellati, Cass. ch. soc., 8 mars 1990, *Rev. crit.* 1991.694, note J. Deprez.
24. TGI Orléans, 17 mai 1984, *Rev. crit.*, 1986.307, note F. Moneger.
25. Article 4 : « La loi de l'un des deux États désignés ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».
26. Art. 38 à 45 loi n° 78.753 du 17 juillet 1978, *D.*, 1978.324.
27. Paris, 10 novembre 1976, *D.*, 1978.458, note.
28. Riom, 9 novembre 1978, *JCP.*, 1979.II.19107, note.
-

RÉSUMÉS

L'auteur montre combien il est complexe de déterminer le degré souhaitable d'ouverture à des valeurs et des institutions juridiques héritées d'autres sociétés. C'est le cas de la polygamie.

The author demonstrates that to determine the appropriate welcoming of values and judicial institutions inherited from other societies can be very complex. Polygamy is a prime example.

AUTEUR

EDWIGE RUDE-ANTOINE

CNRS/URMIS