



La circulaire interdisant le mariage de la musulmane avec un non musulman : Etude préparée par Selima Ben Khedher .

Une des thématiques choisies est celle du mariage mixte et plus précisément le mariage conclu entre une tunisienne présumée musulmane avec un étranger présumé non musulman .

La circulaire de 1973 interdit la célébration de tel mariage sauf si le futur époux atteste de son islamité et ce par certificat délivré par le mufti de République.

Cette circulaire qui met un empêchement au mariage ,est contraire aux principes d'égalité homme –femmes car telle empêchement n'est pas imposé aux Hommes qui se marient avec des étrangères mais aussi elle constitue une violation au principe de liberté de conscience.

Déjà La constitution de 1 juin de 1959 garantissait dans son article 6 l'égalité entre les citoyens et les citoyennes dans l'exercice de leur droits et la jouissance de leur liberté L'article 5 de la Constitution de 1959 affirme « La République Tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience.... », donc chaque personne a le droit de jouir de sa liberté de conscience.

Le législateur tunisien ne fait pas du droit musulman une source formelle de la législation en général ni du statut personnel en particulier.¹Le pays s'est doté d'une législation moderne dans le domaine du droit de la famille. Le CSP promulgué le 13 aout 1956 et entré en vigueur le 1 janvier 1957 sera applicable à tous les tunisiens quel

que soit leur confession.² Dès l'indépendance, la suppression des juridictions religieuses et l'unification de la justice sera entamée.³

Pour le professeur Mezghani, le législateur en promulguant le CSP a voulu instauré un code laïc. Il a puisé dans le droit musulman pour n'en retenir que les dispositions qui lui semblaient conforme avec l'esprit du code et il en a écarté celles qui lui paraissaient en contradiction avec les buts du législateur.

L'article 1 de la constitution tunisienne de 1959 dispose que « La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la République ».

L'interprétation de la plus logique de cet article c'est que l'islam est la religion de la Tunisie qui représente la nation et non pas l'Etat et plus précisément le gouvernement.

L'interdiction faite à la tunisienne musulmane d'épouser un non musulman s'explique par l'ambigüité des dispositions du CSP relatives aux empêchements matrimoniaux ambiguïté qui s'est traduite en pratique par l'interdiction par voie de circulaire de célébrer de tels mariages.

Comme l'article 88 du CSP relatif aux empêchements successoraux, l'article 5 du CSP pose un problème d'interprétation entre sa version française et Arabe.. En effet, l'article 5 prévoit dans son alinéa premier que : « Les deux époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchement au mariage prévus par la loi. »

La version Arabe –version qui fait foi- emploie les termes empêchements charaïques. Ce terme peut avoir deux significations : soit les empêchements légaux soit les empêchements prévus par le droit musulman et dont fait partie l'interdiction de la musulmane d'épouser un non- musulman.

L'article 5 est ainsi susceptible de recevoir deux interprétations. La première renvoie aux empêchements prévus par la charia et par conséquent conduit à l'introduction de la

² Décret du 13aout 1956, portant promulgation du code du statut personnel. J.O.T n °66 du 17 aout 1956 (en Arabe) ; J.O.T n° 104 du 28 décembre 1956 (en Français).

³ Voir sur cette question Ben Achour (Yadh), « Islam perdu, Islam retrouvé. », *In Annales de l'Afrique du nord*, 1979, vol 18, P .65 et s.

disparité de culte comme empêchement matrimonial⁴. La deuxième interprétation qui a été soutenue par une doctrine moderniste⁵ renvoie aux empêchements légaux prévus par le législateur et qui figure dans les articles 14 à 20 du CSP

En faveur de la deuxième interprétation une jurisprudence conservatrice va s'instaurer. Cette jurisprudence sera inaugurée par l'arrêt Houriya⁶. Dans cette affaire, la cour déclare le mariage de la musulmane avec un non-musulman nul de plein droit. Elle considère que « la femme musulmane qui épouse un non-musulman commet un péché impardonnable, que la loi islamique tient un tel mariage pour nul. »

Comme le déclare la cour, c'est en se basant sur les dispositions du droit musulman et non sur l'article 5 CSP que la cour prononce la nullité du mariage ; droit qui était en vigueur au moment de la célébration du mariage en 1945. En effet, le CSP promulgué en 1956 et entré en vigueur en 1957 n'a pas vocation à régir les situations juridiques antérieures et ceci conformément au principe de la non-rétroactivité des lois.

L'adhésion de la Tunisie à la convention de New-York sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages⁷, ainsi que la ratification de la convention de Copenhague sur la non-discrimination à l'égard des femmes⁸ devait normalement conduire à l'abrogation de cette interprétation. Au contraire, celle-ci sera confortée par la pratique de l'administration qui viendra interdire aux officiers d'état civil de célébrer les mariages entre tunisiennes musulmanes avec des noms musulmans.

Une première circulaire du secrétaire d'Etat à la justice datant du 17 mars 1962 interdit aux officiers d'état civil de célébrer des mariages entre musulmanes et non-musulmans⁹.

⁴ Kerrou (Hichem), « Le mariage de la musulmane avec un non-musulman et la ratification par l'Etat Tunisien de la convention de New-York du 10-12-62 », *RJL*, 1972, p.11-20.

⁵ Parmi ces auteurs on peut citer : Mezghani (Ali), « Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit Musulman classique. », *R.T.D.*, 1975/2, p62 ; Ben Jemia (Monia), « Non-discrimination religieuse et Code du statut personnel tunisien. », *In mélanges en l'honneur du doyen Yadh Ben Achour*, CPU, 2008, p.273-276. Chedly (Lotfi), « Le mariage de la musulmane avec un nom musulman. » », *In mélanges en l'honneur du doyen Yadh Ben Achour*, CPU, 2008, p.441-467.

⁶ Voir supra.

⁷ La loi n°67-41, *J.O.R.T.* Du 21 novembre 1967, p.919. ; publiée par décret n°68-114, *J.O.R.T.*, 1968, p. 476.

⁸ Ratifiée par la loi n°85-68 du 12 juillet 1985, *J.O.R.T.* Du 12-16 juillet 1985, p.919. ; publiée par décret n°91-1821 du 25 novembre 1991, *J.O.R.T.* du 13 novembre 1991, p. 1956.

⁹ Etat civil, *Recueil de textes et circulaires relatifs à l'état civil, au nom et au livret de famille*, ministère de l'intérieur, imprimerie officielle de la République Tunisienne, 1967, p.82.

Elle dispose : « Il nous est parvenu que certains officiers d'état civil célébraient le mariage de musulmanes avec des non musulmans. Or ceci est contraire aux dispositions expresses et implicites du code du statut personnel et particulièrement à celle de son article 5... »

Une deuxième circulaire émanant cette fois-ci du ministre de la justice du 05 novembre 1973¹⁰ viendra interdire aux officiers de l'état civil de célébrer le mariage d'une Tunisienne musulmane avec un non musulman.

Le futur époux désirant se marier en Tunisie avec une tunisienne musulmane devra apporter la preuve de sa conversion à l'Islam et ceci conformément à la circulaire n° 606 du premier ministre du 19 octobre 1973 et à laquelle renvoie la circulaire du ministre de la justice susmentionnée.

En pratique cette conversion se fait par l'obtention d'un certificat d'islamisation délivré par le mufti de la République.

La circulaire est venue interpréter le mot empêchement charaiques par empêchements prévus par le droit musulman et non empêchements légaux.

Il faut rappeler cependant le contexte sociopolitique dans lequel cette circulaire est intervenue. Contexte qui s'est manifesté par la montée d'une opposition islamiste et d'une colère grandissante contre la politique menée par le gouvernement à l'égard de l'islam. Celui-ci dans une tentative de réconciliation à l'égard de l'opposition et de réappropriation du champ religieux essaya alors de céder le pas sur certaines réformes et de montrer ses « bonnes intentions ».¹¹

la circulaire de 1973 est une circulaire réglementaire car elle ne se contente pas seulement d'interpréter l'article 5 CSP mais elle y ajoute une limite qui n'est pas prévue par la loi.

¹⁰ Circulaire du ministre de la justice du 5 novembre 1973, *R.J.L.*, n 9 /novembre 1973, p.83.

¹¹ Voir dans ce sens : Ben Hafedh (Salah), *Système politique et système religieux en Tunisie*, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures de science politique, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques, 1973-1974.

En effet, L'article 5 est venu apporter des limites à une liberté fondamentale qui est le droit de se marier. Il convient alors de l'interpréter de manière restrictive et de lire comme étant un texte limitatif et non énumératif ne renvoyant qu'aux empêchements légaux. Cette interprétation serait d'ailleurs conforme à l'article 540 du COC qui dispose que les limites son d'interprétation stricte¹².

Mais depuis quelques temps une évolution semble s'être amorcée au niveau de la pratique administrative et surtout au niveau de la jurisprudence.

Depuis 1996, certains officiers d'état civil célèbrent des mariages entre musulmanes et non-musulmans sans invoquer la question de la disparité de culte.¹³

Quant à la jurisprudence, un revirement s'est produit dans le sens de l'interdiction de la disparité de culte comme cause d'empêchement matrimonial. Cette évolution a été l'œuvre des juridictions de fond avant qu'elle ne soit consacrée par la haute cour.

En 1999, le tribunal de première instance de Tunis¹⁴ rejette le moyen invoqué de l'empêchement religieux comme entraînant la nullité du mariage de la musulmane avec un non musulman.

Le tribunal déclare un tel mariage valable. Il estime que rien dans le dossier ne prouve que le mari n'est pas musulman et à supposer qu'il ne le soit pas, l'article 5 renvoie seulement aux empêchements légaux. Ceux-ci sont de deux sortes selon l'article 14 ; soit provisoires soit définitifs « Or, le mariage de la musulmane avec un non musulman ne fait pas partie de ces empêchements. »¹⁵

Le jugement du tribunal de première instance de Tunis du 18 mai 2000¹⁶ bien que ne concernant que la matière des successions mérite d'être cité car il a consacré le principe d'égalité comme un principe fondateur de l'ordre juridique tunisien.

¹² Ben Jemia (Monia), *Le jeu de l'ordre public dans les relations internationales privées de la famille*, *Op.cit.* p .217-220.

¹³ Meziou (khalthoum), *J-CL, Droit comparé*, Tunisie, Mariage-filiation, n°8, 1997.

¹⁴ Tribunal de première instance de Tunis, n°26855 du 29 juin 1999, R.T.D, 2000, p. 403 et s, note Souhayma Ben Achour.

¹⁵ *Ibid.* p. 405.

¹⁶ Voir supra.

La cour d'appel dans sa décision du 6 janvier 2004¹⁷. Déclare que « le Législateur tunisien n'a mentionné aucune condition relative à la religion en tant qu'empêchement matrimonial, dans les articles 5 et 14 du code du statut personnel, et que la garantie de la liberté religieuse au sein de l'article 5 de la constitution n'est pas compatible avec la consécration de l'élément religieux comme empêchement matrimonial... »

Cette décision recevra l'aval implicite de la cour de cassation¹⁸. Elle a estimé que la cour d'appel a correctement interprété l'article 5 et ceci conformément à la constitution.

Dans une autre décision datant du 5 février 2009¹⁹, La cour de cassation affirme que la religion de la femme est sans aucune influence sur son droit de se marier.

La cour se base sur l'article 16 alinéa (b) relatif au libre choix du conjoint de la convention de Copenhague du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Convention ratifiée par la Tunisie²⁰ et ayant en vertu de l'article 32 de la constitution une valeur supérieure aux lois

Avec la promulgation de la constitution de la deuxième république le principe d'égalité représente un principe constitutionnel prévu dans le préambule de la constitution du 27 janvier 2014.

En effet , Le principe d'égalité a été constitutionalisé dans le préambule de la constitution du 27 Janvier 2014 étant donné qu'il représente le cadre général déterminant l'identité de l'Etat. Dans ce contexte, la constitution prévoit que :'' L'Etat assure la supériorité de la loi et le respect des libertés, des droits de l'homme, de l'indépendance de la justice, l'égalité dans les devoirs et droits entre tous les citoyens et citoyennes et la justice entre les régions''. Le préambule représente une partie intégrale de la constitution selon son article 145 et ainsi l'une des sources légales sur lesquelles on peut s'appuyer pour réclamer les droits des femmes suivant le contenu de la constitution.

¹⁷ Voir supra, *JDI*, n°4,2005, note Souhayma ben Achour,

¹⁸ Voir supra, Cour de cassation, affaire n°3843-2004 du 20 décembre 2004,

¹⁹ Cour de cassation, affaire n°3843-2004 du 20 décembre 2004, (inédit) (voir annexes)

²⁰ Loi n°85-68 du 12 juillet 1985 portant ratification de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, J.O.R.T n°59, p.919.

L'article 21 de la constitution du 27 Janvier 2014 stipule ce principe lors qu'il prévoit que " Les citoyens et citoyennes sont égaux dans les devoirs et droits, et égaux devant la loi sans discrimination aucune, et l'Etat garantit aux citoyens et citoyennes les droits et libertés individuels et généraux et assure les fondements d'une vie digne".

L'article 46 de la constitution que " l'Etat garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme en ce qui concerne le fait d'assumer toutes les responsabilités et dans tous les domaines"

La liberté de conscience et de culte est inscrite dans l'article 6 de la constitution qui dispose que L'État est gardien de la religion. Il garantit la liberté de croyance, de conscience et le libre exercice des cultes ; il est le garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane. »

L'Etat s'engage à diffuser les valeurs de modération et de tolérance, à protéger les sacrés et à interdire d'y porter atteinte, comme il s'engage à interdire les campagnes d'accusation d'apostasie et l'incitation à la haine et à la violence. Il s'engage également à s'y opposer.

L'article 1 de la constitution tunisienne de 1959 est quant à lui maintenu mais un autre article est ajouté il s'agit de l'article 2 qui dispose que « : La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit. Le présent article ne peut faire l'objet de révision.

Les conventions internationales approuvées par la République Tunisienne sont des sources légales de l'Etat Tunisien qui devait la respecter. Elles ont une valeur supra-législative et infra constitutionnelle.

La levée des réserves à la CEDAW en 2011 relatifs aux 4 articles à savoir 9, 15, 16 et 29 ont été levée et seule la déclaration générale a été maintenu , déclaration selon laquelle le gouvernement tunisien declare qu' il n'adoptera en vertu de la convention aucune décision administrative ou législative qui sera susceptible d'aller à l'encontre du chapitre de la constitution . la version arabe parle de l'article 1

la levée des réserves de l'article 9 alinéa 2 de la CEDAW qui dispose que les états parties accordent à la femme les mêmes droits égaux à ceux de l'Homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants a conduit à la réforme du code de la nationalité modifié par la loi n° 2010 -55 du 1 décembre 2010 « l'enfant né d'une mère tunisienne obtient automatiquement la nationalité tunisienne . Avant la réforme seul le père tunisien pouvait donner la nationalité automatiquement à l'enfant.

La loi intégrale contre la violence adoptée le 11 août 2011 dispose que le « *droit de la femme a une égalité complète et effective* ».

Ainsi la promulgation de la constitution du 27 janvier et la levée des réserves de la CEDAW devaient conduire à annuler cette circulaire non conforme à la constitution et aux conventions internationales dûment ratifiées par la Tunisie.

Sauf que cette circulaire illégale est maintenue en violation flagrante des droits fondamentaux.

Le maintien de cette circulaire malgré l'augmentation du nombre des mariages mixtes célébrés en Tunisie peut être expliqué par le contexte sociopolitique post-révolution et la montée au pouvoir d'un courant islamiste « représenté par le parti Ennahdha qui prône le retour au référent religieux et qui voit dans le mariage de la tunisienne avec un non musulman une sorte d'apostasie.

Le maintien de la circulaire constitue une violation flagrante du principe d'égalité et de non-discrimination basé sur le genre

La circulaire interdisant le mariage d'une tunisienne présumée musulmane avec un non musulman n'est pas légale puisque les ministres ne peuvent pas édicter des normes qui aboutissent à la restriction d'une liberté essentielle, celle de choisir librement son conjoint.

En effet, conformément à la constitution, les textes relatifs aux libertés et droits de l'Homme doivent prendre la forme de lois fondamentales.

L'article 49 de la constitution dispose quant à lui que : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la

Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution.

Pour ce qui est des La femmes de nationalité tunisienne qui se marie avec un étranger en dehors de la Tunisie. ces dernières ne peuvent pas transcrire le mariage dans leur acte de naissance tunisien, car pour faire reconnaître le mariage célébré avec un étranger à l'étranger, le ministère des affaires étrangères ou le consulat de la Tunisie du pays de la célébration du mariage refuse de transcrire l'acte de mariage au motif qu'il ne répond aux conditions « légales » exigées par la loi tunisienne et plus précisément le certificat d'islamité

Malgré les avancés cité ci-dessus en ce qui concerne les droits des femmes et la consécration du principe d'égalité et de non discrimination basé sur le genre, L'empêchement au mariage est maintenu et les officiers d'état civils ne concluent de telles mariages qu'avec la présentation d'un certificat d'islamité ce qui constitue une atteinte grave au principe d'égalité et de non discrimination, de liberté de conscience et une atteinte au droit de choisir librement son conjoint.

Le 13 août 2017 le président de la République Bej Caid Essebsi annonce certaines mesures en faveur de la femme pour l'égalité de l'Héritage et l'annulation de la circulaire et la e président de la République, Béji Caïd Essebsi, a décidé, dimanche 13 août 2017, date anniversaire de la femme, la création d'une Commission auprès de la présidence de la République chargée des libertés individuelles et de l'égalité qui aura pour mission l'élaboration .

Cette commission aura pour mission de l'élaboration d'un rapport sur les réformes inhérentes aux libertés individuelles et de l'égalité conformément aux dispositions de la

Constitution de 2014, aux standards internationaux en matière des droits de l'Homme et aux orientations contemporaines dans le domaine des libertés et de l'égalité.

Le 8 septembre 2017, le Chef du Gouvernement émet un arrêté (décision en date du 8 septembre 2017) pour annuler la circulaire 606 du 19 octobre 73 et ce, parce que cette circulaire est en contradiction avec les dispositions des articles 21 et 46 de la Constitution et sa non-conformité avec les conventions internationales dument ratifiées par la Tunisie et qui ont une valeur supra législatives conformément à l'article 20 de la Constitution et a demandé sur cette base, l'annulation de la circulaire 216 du 5 novembre 73.

Suite à cette décision, les 4 ministères concernés ont diffusé des circulaires aux services concernés pour annuler l'application de la circulaire de 73 et pour diffusion.

Pour la Justice, le ministre a adressé la circulaire aux présidents des cours d'appel, les présidents des tribunaux de première instance, des procureurs généraux, les juges cantonaux et les officiers d'Etat civil.

La circulaire 164 du 8 septembre 2017 annule celle de 1973.

Ce qui veut dire la levée de tous les obstacles empêchant la célébration sur le territoire tunisien d'un mariage d'une tunisienne musulmane avec un non-musulman et l'obligation de l'obtention d'un certificat délivré par le Mufti de la République.

Les femmes tunisiennes peuvent désormais se marier selon la loi tunisienne avec un étranger sans l'obtention de d'un certificat attestant de l'islamité du futur époux.

Aujourd'hui le travail doit se faire pour continuer à sensibiliser et à informer les citoyennes sur les droits et la liberté d se marier sans l'obligation de présenter un certificat d'islamité.

Certaines municipalités continuent de refuser de célébrer des mariages mixtes et demandent à l'époux la présentation d'un certificat d'islamité délivré par le mufti de la République.

Le problème qui se pose aussi est ce lui des mariages célébrés a l'étranger avant le 08 septembre 2017 date de l'annulation de la circulaire

En effet les femmes tunisiennes qui se mariées avec des étrangers en dehors de la Tunisie ne pouvaient pas transcrire leur mariage sur leur acte d'état civil tunisien, Car

le ministère des affaires étrangères ou le consulat tunisien exigés pour la transcription du mariage le certificat d'islamité délivré par le mufti de la République.

Le ministère des affaires étrangères ainsi que les autorités consulaires doivent accepter de transcrire les mariages des tunisiennes célébrés à l'étranger et qui répondent aux exigences légales pour tous les mariages y compris ceux célébrés avant le 08 septembre 2017 et ne plus demander à la citoyenne tunisienne de présenter un certificat d'islamité du mari étranger pour accepter de transcrire le mariage.