Le juge et les unions mixtes (colonies françaises et italiennes, fin du XIXè siècle-1945)

Florence Renucci

I. Le juge français et la gestion des unions mixtes ; A. La protection de la citoyenne ; B. L'assimilation de la famille au droit commun ; II. Le juge italien et la limitation des unions mixtes; A. La légitimation des enfants hors mariage ; B. Vers une interdiction des unions mixtes.

Les premières possessions italiennes sont acquises à la fin du XIXè siècle et au début du XXè siècle. L'Érythrée est constituée en colonie en 1890, la Somalie en 1908 et la Libye en 1911[1]. En 1936, le gouvernement fasciste conquiert l'Éthiopie et crée *l'Africa orientale italiana*. L'empire italien est, au regard de la colonisation française, peu étendu. Il n'existe que durant une période restreinte puisque la Seconde Guerre mondiale en précipite la chute. Les deux nations sont pourtant confrontées à des questions juridiques communes. L'immigration métropolitaine vers l'outre-mer provoque logiquement des contacts entre les populations, notamment la formation d'unions dites « mixtes » entre sujets et citoyens. Les unions légitimes sont nettement moins nombreuses que les unions de fait qui se développent essentiellement en Afrique noire et en Indochine[2].

Ces unions engendrent des interrogations sur la condition juridique des membres de la famille mixte. Les sujets français et italiens se différencient en effet des citoyens essentiellement sur deux points : ils n'ont pas les mêmes droits politiques[3] et ne sont pas soumis à la loi commune en

---

[1] Pour une mise en perspective analytique de la colonisation italienne, se référer à l'ouvrage de référence de Nicola Labanca (N. LABANCA, *Oltremare*. *Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002).

[2] Cf. les chiffres mentionnés par Gilles DE GANTES, « Histoire sociale et représentation contemporaine du passé colonial français. Une étude de cas : les métis franco-vietnamiens », Actes du colloque international *Points de contact entre les cultures, hérités du fait colonial* (Toulon, mars 2007), à paraître.

[3] Pour une réflexion sur les notions de citoyenneté et de nationalité dans les colonies, voir Christian BRUSCHI, « La nationalité dans le droit colonial », *Procès*, 1988, pp. 30 et s. Sur les conditions d'accession à la citoyenneté : Florence RENUCCI, « L'accession des indigènes à la citoyenneté entre assimilation et réformisme : les mesures légales prises par l'Italie et la France en 1919 », Actes du colloque international *Sujet et citoyen* (Lyon, septembre 2003), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2004, pp. 393-420 ; *id.,* « La strumentalizzazione del concetto di cittadinanza in Libia negli anni trenta », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2004-2005, n°33-34, pp. 319-342.

matière de statut personnel[4]. Comment, dans ces conditions, déterminer la loi du mariage ? Quel sera le statut de l'épouse si les lois des conjoints divergent ? Dans ce cas, le droit international n'est en principe pas applicable puisque les colonies sont soumises à la pleine souveraineté française ou italienne[5]. Le juge colonial se situe au cœur du dénouement de ces conflits. En l'absence de législation précise, il possède une marge d'interprétation très importante. Pour déterminer les solutions qu'il met en œuvre, nous avons procédé à un dépouillement systématique des décisions publiées. Ces sources ne se présentent pas de façon homogène. Dans les colonies françaises, elles sont abondantes avant 1940, puis inexistantes. À l'inverse, dans les colonies italiennes, l'essor de la jurisprudence ne date que de la fin des années trente. Leur étude met en évidence une opposition de fond qui s'explique par des conceptions divergentes de la « mission » du magistrat et, plus généralement, de la politique coloniale. Pour le juge français, les unions mixtes doivent être encadrées tout en servant une politique d'assimilation juridique (I). Pour son homologue italien, elles doivent être limitées (II).

I. Le juge français et la gestion des unions mixtes

La jurisprudence française imprimée porte sur les unions légitimes mixtes. Elle n'aborde les unions de fait qu'indirectement, en s'intéressant au statut des enfants nés de ces relations. Le législateur n'est jamais intervenu directement pour régler spécifiquement la question des mariages mixtes, bien que ce projet ait pu être envisagé. Le 10 mars 1925, une proposition de loi visant à régler les conflits mixtes est déposée à la Chambre des députés. Le vote a lieu le 16 mars 1928 sur les rapports de Roux-Freissineng et de Mallarmé[6]. Elle est finalement abandonnée. En 1931, le ministre des Colonies, Paul Reynaud, adresse une missive aux gouverneurs des colonies et aux commissaires de la République au Togo et au Cameroun pour leur demander leurs avis sur un futur décret relatif aux mariages mixtes[7]. Un

[4] Les règles des droits locaux concernant l'état, la capacité et plus largement les relations familiales continuent en effet de s'appliquer dans les colonies françaises et italiennes. Cf. Louis-Augustin BARRIÈRE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, éditions universitaires de Dijon, 1993 ; Jean-Christophe CAREGHI, *Le statut personnel des Vietnamiens en Indochine de 1887 à 1954*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001 ; F. RENUCCI, *Le statut personnel des indigènes en Algérie et en Libye (1919-1943)*, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille III, 2005.

[5] Les pays de protectorat et sous mandat font exception à cette règle. Pour cette raison, ils ne seront pas étudiés ici. Leur particularité risquant d'entraîner des confusions, ils feront l'objet d'un article à part entière.

[6] « Projet de loi du 10 mars 1925 », *Journal Officiel (JO). Documents parlementaires de la Chambre des députés*, 1925, pp. 1540-1541.

[7] « Lettre du ministre des Colonies aux gouverneurs des colonies et aux commissaires de la République au Togo et au Cameroun, Paris, le 7 septembre 1931 », Centre des Archives

projet est rédigé[8], mais le ministre revient sur sa décision en invoquant la supériorité de la jurisprudence pour résoudre les conflits interpersonnels[9]. Cette dernière empêche la cristallisation des solutions juridiques. L'absence de décret dans cette matière a, en outre, « l'avantage de faciliter au juge l'examen approfondi des situations particulières et de lui laisser la possibilité de tenir compte, dans ses décisions, de la condition différente des divers éléments de la population des territoires de l'Afrique occidentale française »[10]. Les juges vont donc bénéficier dans ce domaine d'une liberté d'action conséquente. Leur préoccupation concerne, tout d'abord, la protection de la citoyenne dans le mariage mixte.

A. La protection de la citoyenne

Dans les colonies, les sujets et les citoyens sont français, mais ils n'ont ni les mêmes règles en matière de statut personnel, ni les mêmes droits politiques[11]. Le mariage mixte peut donc entraîner des conflits dans ces domaines. Les autorités coloniales s'inquiètent particulièrement des effets des unions lorsqu'elles concernent une citoyenne et un sujet. La femme suit en principe la condition de son mari, ce qui signifie qu'elle devient sujette. Cette solution est difficilement envisageable dans le cadre colonial puisqu'elle entraîne un rapport de domination inversée. Afin d'éviter cette situation, la jurisprudence conclut généralement que la citoyenne conserve sa qualité[12]. Pourtant, dans son jugement du 8 juillet 1925, le tribunal de Mytho affirme en première instance que la « femme qui épouse un Annamite [de Cochinchine] suit la condition de son mari » en s'appuyant sur le décret du 7 février 1897 applicable aux étrangers[13]. Le jugement est

---

d'Outre-Mer (CAOM), AOF, 23G15, 14MIOM3219 (microfilm), p. 5. La proposition du ministre intervient dans une période qui se caractérise par une recrudescence de l'outil législatif dans les colonies. De plus, elle s'inscrit dans un projet plus vaste d'adaptation à ces territoires de la loi sur la nationalité de 1927.

[8] « Projet de décret », slnd, CAOM, AOF, 23G15, 14MIOM3219 (microfilm).

[9] « Lettre du ministre des Colonies au gouverneur général de l'Afrique occidentale française, Paris, le 19 juillet 1932 », CAOM, AOF, 23G15, 14MIOM3219 (microfilm), p. 2.

[10] *Op. cit.*

[11] Les sujets ont la nationalité française et non la citoyenneté française.

[12] Cour d'appel d'Alger, 30 juin 1919, *Journal de Robe (JR)*, 1921, p. 39 ; Cour d'appel d'Alger, 14 janvier 1931, *Revue Algérienne (RA)*, 1932, II, p. 34 ; tribunal de Sidi-Bel-Abbès, 14 février 1933, *RA*, 1941, II, p. 17. En 1923, le procureur général, chef du service judiciaire de l'AOF, soutenait également la thèse du maintien de la qualité de citoyenne (cf. « Lettre du procureur général, chef du service judiciaire de l'AOF au gouverneur général de l'Afrique occidentale française, Dakar, le 28 septembre 1923 », CAOM, AOF, 23G15, 14MIOM3219 (microfilm), p. 4).

[13] Tribunal de Mytho, 8 juillet 1925, *Penant (P.)*, 1926, I, p. 272. Décret du 7 février 1897, *P*, 1897, III, p. 43.

infirmé par la Cour d'appel de Saïgon le 9 avril 1926[14]. Marie Nguyen van Tru « n'a pas perdu sa qualité de française en épousant l'Annamite Thai minh Phat, qui, étant sujet français, n'est pas un étranger »[15]. Quatre ans plus tard, dans un arrêt du 11 juillet 1930, la Cour confirme ses conclusions en justifiant le maintien de sa qualité de française à une femme, Huynh thi Nhon Dussol, qui a épousé un Annamite de Cochinchine sujet français[16].

La décision du tribunal de Mytho peut se comprendre de deux façons. Elle met en évidence la confusion entre le statut de sujet et celui d'étranger et, plus généralement, la difficulté à s'accorder en droit colonial sur des définitions juridiques précises et à les employer correctement. Ce phénomène n'est pas propre à la jurisprudence. Il est également perceptible dans la législation et la doctrine. Il résulte en grande partie de l'originalité de l'application du droit dans les colonies et de sa grande complexité. Un second motif peut expliquer la décision du juge : la volonté de tenir compte du fait sociologique plutôt que du fait juridique. Bien qu'il soit très difficile de le prouver, le magistrat a pu considérer que la citoyenne française, qui a bénéficié de cette qualité en tant que fille d'un Annamite devenu citoyen français, évolue dans un milieu de sujets[17]. Il lui semble donc adéquat de l'assimiler à la condition juridique de son mari.

Pour les juges, l'union légitime impliquant un ou une citoyen(ne) français(e) sur le sol français doit être célébrée devant l'officier d'état civil français pour être valide au regard du droit commun[18]. Le mariage mixte est soumis à la loi française qui connaît la monogamie[19] et, à partir de 1884, le divorce[20]. Dans la pratique, certaines de ces unions ne sont pas célébrées dans de telles conditions. La jurisprudence tend alors généralement à considérer le mariage comme nul[21]. Ce résultat comporte des inconvénients. Les intéressés peuvent être de bonne foi, or la nullité de leur union risque

---

[14] Cour d'appel de Saïgon, 9 avril 1926, *P.*, 1926, I, p. 269.

[15] *Op. cit.*, p. 276.

[16] Cour d'appel de Saïgon, 11 juillet 1930, *P.*, 1931, I, p. 15.

[17] Tribunal de Mytho, 8 juillet 1925, *op. cit.*, p. 271.

[18] La loi commune est la loi française. Les règles des droits locaux encore en vigueur dans les colonies n'ont été préservées qu'à titre exceptionnel. Cf. tribunal de Tizi-Ouzou, 20 juin 1878 confirmé en appel par la Cour d'appel d'Alger, 26 mai 1879, *Dalloz Périodique (DP)*, 1880, I, p. 161 ; tribunal d'Alger, 4 janvier 1879, *Bulletin Judiciaire d'Algérie (BJA)*, 1879, p. 29. *Contra* : tribunal d'Alger, 14 avril 1874, *Jurisprudence Algérienne (JA)*, 1874, p. 26.

[19] Cf. Cour de cassation (chambre criminelle), 14 février 1929, *RA*, 1929, II, p. 87.

[20] Ce raisonnement vaut également pour un Annamite qui s'est marié en France avec une citoyenne française sous l'empire de la loi française (tribunal de première instance d'Hanoï, 16 mars 1929, *P.*, 1930, I, p. 146).

[21] Cour de cassation (chambre civile), 5 janvier 1910, *Sirey (S.)*, 1912, I, p. 249 ; Cour d'appel de Saïgon, 9 avril 1926, *op. cit.*, p. 268 ; Cour d'appel de Saïgon, 30 septembre 1927, *Dareste (D.)*, 1928, III, p. 58 ; Cour d'appel de Saïgon, 11 juillet 1930, *op. cit.*, p. 9.

d'entraîner des conséquences juridiques graves, notamment sur les enfants issus du mariage. De surcroît, un individu peut par ce moyen sciemment abuser sa future épouse[22]. Ces situations engendrent donc une insécurité juridique que les magistrats souhaitent éviter[23]. Pour résoudre ce problème, ils utilisent deux méthodes. La première est employée à plusieurs reprises par la Cour d'appel de Saïgon. Elle consiste à déclarer irrecevable la demande par les époux de la nullité du mariage en s'appuyant sur l'article 196[24] du Code civil[25]. La seconde, très répandue, consiste à déclarer que le mariage nul vaut comme mariage putatif, c'est-à-dire qu'il produit des effets civils à l'égard des époux et des enfants à condition, précise l'article 201 du Code civil, qu'il ait été contracté de bonne foi[26]. Cette solution a été adoptée à de nombreuses reprises en Algérie[27]. La Cour d'appel de Saïgon l'applique dans son arrêt du 11 juillet 1930[28]. Dans ce cadre, la jurisprudence s'est montrée particulièrement protectrice en permettant à la femme d'accéder à tous les effets du mariage putatif alors qu'ils n'étaient pas prévus par sa propre loi[29].

La solution du mariage putatif ne fait toutefois pas l'unanimité. La Cour d'appel de Nîmes, dans un arrêt du 17 juin 1929[30] confirmé en cassation[31] et très critiqué par une partie de la doctrine[32], refuse de

---

[22] Cf. tribunal d'Alger, 1er juillet 1872, *JR*, 1872, p. 203 ; Cour d'appel d'Alger, 26 mai 1879, *op. cit.*, p. 161 ; tribunal d'Alger, 31 juillet 1886, *RA,* 1890, II, p. 118 ; Cour d'appel d'Alger, 5 avril 1906, *RA*, 1907, II, p. 233 ; Cour d'appel d'Alger, 17 novembre 1906, *RA*, 1908, II, p. 46 ; justice de paix d'Alger, 13 mai 1914, *RA*, 1915, II, p. 208.

[23] « Considérant enfin que l'annulation demandée, susceptible de graves inconvénients puisque rien ne garantit l'époux contre un revirement de volonté de son conjoint, et qu'un événement fortuit peut survenir rendant impossible une nouvelle célébration du mariage… » (Cour d'appel de Saïgon, 9 avril 1926, *op. cit.*, p. 275).

[24] « Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte ».

[25] Cf. Cour d'appel de Saïgon, 9 avril 1926, *op. cit.* et 30 septembre 1927, *op. cit.* La Cour s'appuie dans les deux cas sur l'incompétence *relative* de l'officier d'état civil compétent pour les sujets et sur l'existence de la possession d'état. Dans son arrêt du 11 juillet 1930, la même Cour n'utilise que partiellement ce raisonnement en raison de l'absence de possession d'état.

[26] La Cour d'appel d'Alger et le tribunal de Blida ont également reconnu des effets putatifs à des mariages inexistants (Cour d'appel d'Alger, 12 novembre 1924, *RA*, 1925, II, p. 117 ; tribunal de Blida, 31 décembre 1931, *RA*, 1932, II, p. 105).

[27] Cour d'appel d'Alger, 1er juillet 1872, *op. cit.*, p. 203 ; Cour d'appel d'Alger, 13 février 1903, *RA*, 1904, II, p. 141 ; Cour d'appel d'Alger, 5 avril 1906, *op. cit.*, p. 233 ; justice de paix d'Alger, 13 mai 1914, *op. cit.*, p. 208.

[28] Cour d'appel de Saïgon, 11 juillet 1930, *op. cit.*, p. 16.

[29] Tribunal de Tizi-Ouzou, 20 juin 1878, confirmé par la Cour d'appel d'Alger le 26 mai 1879 (*op. cit.*, p. 161).

[30] Cour d'appel de Nîmes, 17 juin 1929, *P.*, 1930, I, p. 54.

[31] Cour de cassation (chambre des requêtes), 14 mars 1933, *P.*, 1933, I, p. 213.

l'appliquer. En l'espèce, M. de Lavallière, administrateur à Kankan (Guinée française), épouse deux sœurs sujettes selon leur loi personnelle (le droit musulman). Il a avec elles trois enfants qu'il reconnaît. En 1921, le père établit ses enfants en métropole et pourvoit à leur éducation. À sa mort, le partage de la succession suscite un litige. Jean, Gaston et Paulette de Lavallière plaident que l'union entre leur père et mères doit produire les effets d'un mariage putatif, ce qui reviendrait à les faire bénéficier des droits d'enfants légitimes. La Cour reconnaît la bonne foi des deux femmes - et non de l'époux - mais refuse de reconnaître le caractère putatif du mariage en s'appuyant sur un argument qui se retrouvera aussi fréquemment dans la jurisprudence italienne : l'absence de conscience chez la sujette d'Afrique noire de ce qu'est et implique le mariage dans sa dimension juridique et morale. La Cour affirme ainsi « que l'ignorance complète dans laquelle se trouvaient les dames Kaba d'un état des personnes tout différent du leur, permet d'avoir la certitude qu'elles n'envisageaient nullement la fondation d'une famille au sens de la loi française »[33]. Le juge insiste sur le fait que ces deux sœurs ne pouvaient avoir de sentiments pour de Lavallière et qu'elles n'étaient liées à sa personne que pour des raisons matérielles[34] ou par simple obéissance[35]. Derrière ce motif d'opportunité s'en dissimule peut-être un autre : la crainte d'ouvrir la voie à une multitude de litiges liés au comportement sexuel des métropolitains partis travailler en Afrique noire[36].

---

[32] Cf. en particulier la note de Henry SOLUS sous l'arrêt du 17 juin 1929 dans *S.*, 1929, II, p. 129. Pour la Cour de cassation : H. SOLUS, note sous Cour de cassation, 14 mars 1933, *op. cit.*, pp. 213-215.

[33] Cour d'appel de Nîmes, 17 juin 1929, *op. cit.*, p. 59.

[34] « Elles n'attendaient de leur union qu'un établissement plus ou moins durable leur assurant les avantages matériels et une protection personnelle » (*ibid.*).

[35] « Il est surabondamment démontré que l'observation de certaines coutumes et l'accomplissement des rites par l'effet desquels une femme noire peut, sans être consultée, être livrée à un Européen pour un temps déterminé, n'implique nullement l'existence d'un mariage ; (…) elle fait naître des rapports tout différents ne créant aucun lien entre le père et leurs enfants et sur la nature desquels aucune erreur n'a pu exister dans l'esprit de quiconque et en particulier des femmes soumises passivement à la volonté du chef ayant toute autorité sur elles » (*ibid.*, pp. 60-61).

[36] On remarquera que le bâtonnier de l'ordre des avocats Roger Valabrègue, qui commente en note l'arrêt, est pour sa part très explicite sur ce point : « Admettre le contraire, ce serait exposer le fonctionnaire colonial, qui a beaucoup voyagé et beaucoup aimé lors de ses voyages, qui serait ensuite rentré en France, assagi, pour y fonder une famille légitime, à se voir opposer, au bout d'un temps très long, des déclarations d'indigènes de divers pays, qui le feraient considérer comme marié depuis longtemps dans les diverses parties de notre empire colonial avec de multiples femmes qui lui auraient donné de nombreux enfants légitimes. Ensuite, toute cette colonie féminine de petites amies viendrait, en portant chacune pour tout bagage une déclaration de deux amis indigènes, réclamer la qualité de femme légitime, et, après la mort du fonctionnaire, cette tribu de veuves et d'enfants réclamerait sa place dans la famille légitime et au gouvernement de multiples pensions… » (R. VALABRÈGUE, note sous Cour d'appel, 17 juin 1929, *op. cit*., p. 57).

Les décisions étudiées indiquent que la jurisprudence a un rôle globalement protecteur du statut de la femme – plus particulièrement de la citoyenne. Mais ce n'est pas son unique objectif. Elle se préoccupe également de l'assimilation juridique de la famille mixte au droit commun.

B. L'assimilation de la famille au droit commun

En matière de mariage mixte, il est nécessaire de différencier plusieurs cas de figure. Première hypothèse, un citoyen épouse une sujette. La jurisprudence tend alors à conclure que la femme suit la condition de son mari[37]. On trouve pourtant une décision contraire du tribunal de première instance de Saïgon du 8 juin 1925[38]. Le juge conclut qu'une sujette française qui épouse un citoyen français ne change pas de condition. L'absence de motivation juridique pertinente et la précision opérée par le tribunal que le citoyen est « d'origine annamite » semble indiquer que le magistrat a privilégié l'influence supposée du milieu d'origine plutôt que le droit[39]. Une seconde hypothèse peut se présenter : un sujet accède à la citoyenneté alors qu'il est déjà marié. L'union légitime célébrée selon la loi locale demeure valide. Suivant les colonies et les époques, il n'est rien changé à la qualité et au statut personnel de l'épouse[40], à moins que celle-ci ne l'ait explicitement demandé[41] ou, au contraire, elle est assimilée à la nouvelle condition de son époux[42]. La dernière hypothèse est le mariage entre une citoyenne et un sujet. Dans ce cas, la qualité du mari ne varie pas. En Indochine, cette situation permet légalement à l'époux qui le désire d'obtenir la citoyenneté à condition qu'un enfant soit né de cette union[43].

---

[37] Cour d'appel d'Alger, 17 novembre 1906, *op. cit.*, p. 46 ; Cour de cassation (chambre civile), 15 février 1921, *P.*, 1921, I, pp. 150-151.

[38] Tribunal de première instance de Saïgon, 8 juin 1925, *P.*, 1927, I, p. 56.

[39] J. Mérimée développait déjà une analyse semblable relativement à cette décision (J. MÉRIMÉE, *De l'accession des indochinois à la qualité de citoyen français*, Thèse, Droit, Toulouse, 1931, p. 113, note 14).

[40] Cour de cassation (chambre civile), 30 décembre 1907, *RA*, 1908, p. 15.

[41] À condition évidemment qu'un texte prévoit cette possibilité. C'est le cas de l'article 2 dernier alinéa de la loi du 4 février 1919 applicable en Algérie (*JO*, 27 décembre 1919, p. 15169). Cour de cassation (chambre civile), 26 octobre 1904, *P.*, 1905, I, p. 74 ; Cour de cassation (chambre civile), 15 février 1921, *op. cit.*, pp. 150-151.

[42] Tribunal de Tizi-Ouzou, 12 mars 1896, *RA*, 1896, II, p. 341 ; Cour d'appel de Madagascar, 13 juin 1928, *P.*, 1935, I, pp. 110-113. En AOF, par exemple, le décret du 25 mai 1912 le prévoit dans un cas précis : « L'accession des sujets français de l'AOF à la qualité de citoyen français est personnelle. Néanmoins, la femme mariée sous l'empire de la loi française, suit la condition du mari. Suivent aussi la condition de leur père les enfants mineurs issus de cette union et qui auront été inscrits sur les registres d'état civil » (article 6 du décret du 25 mai 1912, *D.*, 1912, I, p. 650).

[43] L'article 1 alinéa 4 du décret du 14 octobre 1936 dispose que les « sujets français qui ont épousé, dans les formes prévues par le Code civil, une Française, en cas d'existence d'enfant issu de ce mariage » peuvent acquérir la citoyenneté française à leur demande. Cf. *D.*, 1937, I, p. 129.

Quelle est enfin la condition de l'enfant ? L'hypothèse problématique pour les autorités est la troisième, c'est-à-dire l'enfant issu d'une union entre une citoyenne et un sujet français. En effet, le mineur acquiert le statut de son père qui prédomine en droit[44]. La question se pose en Algérie et la jurisprudence conclut logiquement en ce sens[45] jusqu'à un arrêt de la Cour d'appel d'Alger du 13 février 1903[46]. Pour justifier que l'enfant légitime suive la condition de sa mère citoyenne, la Cour invoque son intérêt. Il « ne saurait [en effet se trouver] dans une situation plus défavorable que l'enfant naturel »[47]. Ce raisonnement conduit à deux réflexions. D'une part, il montre comment le juge utilise un argument d'opportunité pour parvenir à l'assimilation de l'enfant au statut de la mère citoyenne, considéré comme supérieur. D'autre part, l'arrêt conduit à donner à la citoyenne des droits supérieurs à ceux dont elle devrait bénéficier au regard de la loi. Lorsque cette solution s'impose dans les années trente[48], des magistrats insistent sur le fait qu'il existe deux statuts personnels de valeur inégale et que celui qui est considéré comme « le plus civilisé » doit prévaloir en droit[49].

Les juges ont également dû résoudre des litiges concernant des enfants nés de relations mixtes hors mariage. Lorsque le père citoyen français reconnaît son enfant, il lui transmet sa qualité et son statut[50]. En Indochine, les autorités coloniales sont confrontées à des abus concernant des reconnaissances frauduleuses moyennant compensation financière. Elles tentent de les empêcher en autorisant par circulaire le ministère public à contester la reconnaissance[51]. Une grande partie de la jurisprudence

---

[44] Toutefois, l'acquisition par le mineur de la condition de son père qui a accédé à la citoyenneté postérieurement à sa naissance n'est pas toujours automatique (cf. Cour d'appel de Saïgon, 28 octobre 1927, *P.*, 1927, I, p. 122 ; Cour d'appel de l'AOF, 20 juin 1930, *P.*, 1931, I, p. 143). D'après la Cour d'appel d'Alger, le mineur suit la condition de son père que celui-ci soit devenu citoyen avant ou après sa naissance. La juridiction parvient à cette conclusion pour des raisons d'équité : « On ne comprendrait pas qu'une solution plus rigoureuse que pour les étrangers fut appliquée aux enfants d'un indigène qui est déjà français » (Cour d'appel d'Alger, 12 novembre 1924, *op. cit.*, p. 121).

[45] Tribunal d'Alger, 20 juin 1836, *JA*, 1836, p. 15 ; tribunal d'Alger, 14 mai 1880, *BJA*, 1881, p. 78.

[46] Cour d'appel d'Alger, 13 février 1903, *op. cit.*, p. 141.

[47] *Ibid.*, p. 146.

[48] Tribunal de Blida, 31 décembre 1931, *op. cit.*, p. 106 ; tribunal de Blida, 1er juin 1935, *RA*, 1936, II, p. 150 ; Cour d'appel d'Alger, 1er février 1933, *RA*, 1933, II, p. 72. *Contra* : Cour d'appel d'Alger, 14 janvier 1931, *op. cit.*, p. 34.

[49] Cour d'appel d'Alger, 1er février 1933, *op. cit.* et Cour d'appel d'Alger, 29 juin 1938, *RA*, 1941, II, p. 21.

[50] H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p. 79.

[51] Se référer, par exemple, à la circulaire du 8 avril 1909 du gouverneur de Cochinchine (*D.*, 1911, III, p. 178, en note).

considère toutefois que le ministère public n'est pas visé par l'article 339 du Code civil selon lequel l'action en contestation est ouverte à tous ceux qui y ont intérêt[52]. Face à la résistance des juges, une série de décrets voit le jour[53]. Les archives de l'AOF comportent une affaire détaillée de reconnaissance frauduleuse qui date de 1944[54]. Elle est particulièrement intéressante car elle met en exergue la place des éléments extrajudiciaires dans la décision de contester ou non l'acte. La fraude est extrêmement facile à prouver puisque l'instituteur, M. Sirot, qui prétend reconnaître « une fillette métisse », Andrée Aoua, est arrivé pour la première fois en AOF en 1942, alors que l'adolescente est née en 1929. Si les intentions de l'instituteur sont présentées comme louables, deux éléments déterminants convainquent les représentants de l'administration et de la justice d'agir : l'opinion publique[55] et l'intérêt supposée de la mineure[56].

Le juge français a donc essentiellement un rôle de gestion des mariages mixtes. Bien que les unions entre citoyennes et sujets inquiètent

---

[52] Cour d'appel d'Indochine, 18 novembre 1910, *D.*, 1911, III, p. 178 ; Cour d'appel d'Indochine, 8 septembre 1911, *D.*, 1912, III, p. 117 ; Cour de cassation (chambre civile), 17 décembre 1913, *P.*, 1914, I, p. 115 ; Cour d'appel d'Indochine, 27 février 1914, *D.*, 1915, III, p. 200. La doctrine critique cette jurisprudence en lui opposant que l'ordre public est intéressé et doit prévaloir (se référer notamment à la note de GOURBEIL sous Cour d'appel d'Indochine, 18 novembre 1910, *op. cit.*, p. 179). À l'inverse, les juges privilégient « l'honneur et le repos des familles ».

[53] Cf. décret du 7 novembre 1916 pour Madagascar (*P.*, 1917, III, p. 14) ; décret du 18 janvier 1918 pour l'AEF (*P.*, 1918, III, p. 111) ; décret du 28 mars 1918 pour l'Indochine (*P.*, 1918, III, p. 155) ; décret du 24 avril 1919 pour les établissements de l'Océanie (*P.*, 1919, III, p. 183) ; décret du 15 décembre 1922 pour l'AOF, la Nouvelle Calédonie et les établissements français de l'Inde (*P.*, 1923, III, p. 143). Les deux premiers textes ne prévoient pas un droit de contestation du ministère public, mais une procédure d'homologation particulièrement contraignante. Les trois derniers décrets complètent pour leur part l'article 339 du Code civil.

[54] Pour des précisions supplémentaires sur les reconnaissances frauduleuses, se reporter à l'article de Vincente Fortier dans le présent ouvrage.

[55] « Mais dans l'esprit des personnes ignorantes de l'infirmité dont serait atteint ce fonctionnaire, le bon renom de l'enseignement public ne risque-t-il pas de pâtir d'une reconnaissance fictive de maître à élève, préparée dans l'enceinte scolaire en cachette du directeur de l'école » (« Lettre du gouverneur du Niger au juge de paix à compétence étendue de Niamey, Niamey, le 19 avril 1945 », CAOM, AOF, 23G13, 14MIOM3218 (microfilm)). L'argument est repris par le procureur général (« Lettre du procureur général, chef du service judiciaire, au gouverneur général de l'AOF, Dakar, le 17 mai 1945 », CAOM, AOF, 23G13, 14MIOM3218 (microfilm)).

[56] « Enfin, n'est-il pas permis de se demander si, dans l'intérêt bien compris de la jeune Andrée, il ne serait pas préférable de la laisser poursuivre ses études à la colonie en vue de la faire accéder à un emploi administratif en AOF plutôt que de la voir partir pour la France où les conditions matérielles d'existence sont actuellement si précaires » (« Lettre du gouverneur du Niger au juge de paix à compétence étendue de Niamey, Niamey, le 19 avril 1945 », *op. cit.*).

parfois les autorités, elles n'envisagent pas leur interdiction[57]. Des documents que nous avons découverts dans le dossier personnel d'Henry Solus à l'ENFOM montrent toutefois que le gouvernement de l'État français cherche en 1941 des solutions pour empêcher *en fait* les mariages mixtes entre citoyennes françaises et sujets indochinois en France[58]. Le juge italien semble avoir un rôle différent de celui de son homologue transalpin. Son objectif prioritaire est la limitation des unions mixtes. Le débat sur l'interdiction *en droit* des mariages mixtes dans les colonies émerge au début du XX^{è} siècle. Il se concrétisera par des mesures racistes dans les années trente.

II. Le juge italien et la limitation des unions mixtes

Dans les colonies italiennes d'Afrique noire, les mariages mixtes sont rares, contrairement aux concubinages entre sujettes et citoyens et aux unions célébrées selon les coutumes locales. Beaucoup d'enfants naissent de ces relations. En se fondant sur l'ancien article 4 du Code civil italien et l'article 5 du Code civil pour l'Érythrée publié en 1909 mais jamais entré en vigueur[59], Adelgiso Ravizza, juge en Érythrée, qui écrit en 1916 un article intitulé « Matrimoni misti e meticci nella colonia Eritrea »[60], indique que les enfants reconnus par leur père citoyen, sont citoyens[61]. Ces enfants reconnus, issus de relations mixtes, seraient, d'après le recensement de

---

[57] Cf. Emmanuelle SAADA, *La question des métis dans les colonies françaises : socio-histoire d'une catégorie juridique*, Thèse, Sciences sociales, EHESS Paris, 2001, p. 81. À propos des sujets algériens et de l'AOF en France et de la réaction de l'administration à de possibles unions, se référer à CAOM, Affaires Politiques (AFFPOL), c. 903, d. 3.

[58] CAOM, 1ECOL/134/29.

[59] Cf. Vittorio SCIALOJA, « Il codice civile per la colonia Eritrea », *Rivista di Diritto Civile (Riv. Dir. Civ.),* 1909, pp. 361-391 et du même auteur « Ancora sul codice civile per la colonia Eritrea », *Riv. Dir. Civ.*, 1909, pp. 733-736 ; « Bozzi di stampa del Codice civile », Archivio Storico del Ministero dell' Africa Italiana (ASMAI), Eritrea, posizione 12/6, fascicoli 52 al 54 ; Maria Letizia SAGÙ, « Sui tentativi di codificazione per la colonia Eritrea », *Clio*, octobre-décembre. 1986, n. 4, pp. 567-616.

[60] Adelgiso RAVIZZA, « Matrimoni misti e meticci nella colonia Eritrea », *Rivista d'Italia*, 1916, pp. 333-362.

[61] Cette interprétation est finalement confirmée par l'article 19 de la loi du 6 juillet 1933, n. 199, qui sera abrogé quelques années plus tard. Il faut noter que ce raisonnement s'applique même lorsque l'enfant a également été reconnu par sa mère sujette. En 1938, Ernesto Cucinotta le justifie en s'appuyant non pas sur des raisons de droit public, mais de droit privé. Il reprend en effet l'argument d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine françaises des années trente selon lequel c'est la loi personnelle la plus évoluée qui doit prévaloir (Ernesto CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Roma, ed. del « Foro italiano », 1938 (3^{è} éd.), p. 270). Il commet toutefois une erreur dans le cas qu'il cite en écartant l'argument de droit public : l'enfant ne devient pas citoyen parce que le statut personnel de son père prévaut, mais parce que sa qualité de citoyen prévaut. Devenu citoyen, l'enfant est nécessairement soumis au droit commun et, donc, au même statut personnel que son père.

1931, au nombre de 515, tandis que la colonie compte en outre 2471 hommes possédant la citoyenneté italienne et 1717 femmes[62]. En 1938, il y aurait – selon les données recueillies par Gianluca Gabrielli – 2518 enfants issus de relations mixtes dont 1291 sont « reconnus donc citoyens italiens ». Ils se trouvent essentiellement en Érythrée (2095 individus)[63]. Certains citoyens italiens veulent permettre à leurs fils et/ou à leurs filles de jouir des droits que le Code civil ne réserve pas, à l'époque, aux enfants naturels. Pour parvenir à ce résultat, les requérants doivent légitimer leurs enfants, mais le droit italien ne l'autorise pas lorsque le mariage est possible. Or, ils ne désirent pas épouser une sujette érythréenne ou somalienne. Une partie de la jurisprudence tente alors de contourner cette interdiction.

A. La légitimation des enfants hors mariage

En droit italien, l'enfant ne peut être légitimé que par le mariage de ses parents, à moins que cette union soit impossible à réaliser. En Érythrée les requérants ne se trouvent pas dans cette situation. Ils ne veulent simplement pas épouser la mère de leurs enfants car ils envisagent souvent de se marier dès leur retour en métropole avec une citoyenne italienne. Ravizza explique leur attitude par une prétendue légèreté de mœurs des sujettes qui ne désirent d'ailleurs pas, selon lui, s'engager dans une union légitime.

Le Code civil érythréen, dont l'objectif est d'adapter les lois métropolitaines au terrain colonial, prévoit de modifier le droit commun. La légitimation « d'un fils né de l'union de deux personnes, dont l'une est citoyen ou étranger et l'autre sujet ou assimilé » peut être accordée par décret royal alors que le mariage est possible (article 209)[64]. Le Code civil érythréen n'entrant pas en vigueur, cette nouvelle règle ne s'applique finalement pas dans les colonies. En 1910, Giuseppe Conciatori, greffier près le tribunal de la colonie, présente une demande à la Cour d'appel de Rome afin de légitimer ses trois fils nés d'une relation avec une sujette.

---

[62] CASTELLANO, « La popolazione italiana dell'Eritrea dal 1924 al 1940 », *Rivista italiana di demografia e statistica*, 1948, p. 532.

[63] Gianluca GABRIELLI, « Un aspetto della politica razzista nell'impero : il « problema dei meticci » », *Passato e presente*, mai-août 1997, n. 41, pp. 96-97.

[64] « La légitimation peut être accordée par décret royal dans les conditions suivantes : 1° qu'elle soit demandée par les deux parents ou l'un des parents ; 2° que le parent qui la demande n'ait pas d'enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent, ni de descendants de ceux-ci ; 3° que le même parent se trouve dans l'impossibilité de légitimer l'enfant par mariage subséquent ; 4° que le requérant s'assure du consensus du conjoint lorsqu'il est marié. Il n'est pas nécessaire de remplir la condition numéro trois du présent article quand il s'agit de légitimer un enfant né de l'union de deux personnes lorsque l'une est citoyenne et l'autre sujette coloniale » (*Codice civile per la colonia Eritrea*, Roma, tipografia dello Stato, 1909, pp. 47-48). Les numéros des articles du Code civil érythréen cités dans cette étude sont ceux de la version définitive publiée en 1909 et non ceux de la version préparatoire.

Celle-ci est encore vivante, il pourrait donc se marier avec elle. Le 15 décembre 1910, sur réquisitoire conforme du ministère public, la Cour d'appel de Rome accueille favorablement sa requête. Le rédacteur de l'attendu, Appiani, qui a séjourné plusieurs années dans les colonies, remarque tout d'abord que la « diversité de race » doit dans ce cas être considérée comme un empêchement et, par conséquent « rendre impossible le mariage »[65]. Cette inégalité est également morale et culturelle. La conception du mariage est présentée comme très différente en droit italien et dans le droit local[66]. On a pu constater que la Cour d'appel de Nîmes utilisera un argument semblable en 1929. Les enfants de Conciatori sont finalement légitimés par décret royal du 15 avril 1915. D'autres colons italiens se présentent devant la Cour d'appel de Rome qui déclare leurs requêtes admissibles le 3 mars 1916. Elle aura sur ce point une jurisprudence constante[67]. À l'inverse, la Cour d'appel de Turin retenant que l'impossibilité de se marier doit être légale et non morale considère que la différence de « races » ne constitue pas l'obstacle absolu et indépassable prévu par la loi[68]. L'interprétation de la Cour d'appel de Rome triomphe momentanément. Les articles 19 et 20 de la loi du 6 juillet 1933 n. 999 pour l'Érythrée et la Somalie autorisent le citoyen italien à légitimer ses fils nés d'une relation avec une sujette bien que le mariage avec celle-ci soit possible. La Cour d'appel de l'AOI parvient encore à cette conclusion dans un arrêt du 4 août 1937 alors que la loi de 1933 a été abrogée par le décret-loi du 1er juin 1936 n. 1019[69]. Finalement, la loi du 13 mai 1940 n. 822 interdit la simple reconnaissance par le citoyen d'un enfant né d'une relation avec une sujette[70].

La Cour d'appel de Rome a donc reconnu aux citoyens implantés dans les colonies des droits dont ils n'auraient pu bénéficier en métropole afin de légitimer leurs enfants sans qu'ils n'aient à épouser les mères sujettes. Cette solution correspond à la politique des autorités coloniales italiennes peu favorables aux mariages mixtes. Cette méfiance se retrouve dans la rédaction du Code civil de l'Érythrée et surtout dans la législation de la fin des années trente.

---

65 Cité par RAVIZZA, *op. cit.*, p. 351.

66 *Ibid.*, pp. 351-352.

67 Cour d'appel de Rome, 27 juin 1924, *Foro Italiano (FI)*, 1924, I, p. 818. Cf. également la note d'Ernesto CUCINOTTA, « L'impossibilità del matrimonio nelle legittimazione dei meticci », *FI*, 1936, I, p. 1303.

68 Cour d'appel de Turin, 17 octobre 1925, *FI*, 1925, I, p. 806.

69 Cour d'appel de l'AOI, 4 août 1937, *FI*, 1938, I, p. 420. Sur le requérant et les arguments de la Cour qui justifie sa conclusion au nom de l'intérêt de l'enfant, se référer à Barbara SÒRGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Napoli, Liguori editore, 1998 (dernière édition : 2002), pp. 213-214.

70 Cette loi ne fut abrogée de façon effective qu'en 1952.

B. Vers une interdiction des unions mixtes

Durant les discussions qui ont lieu lors de l'élaboration du Code civil de l'Érythrée, est envisagée la possibilité de soumettre l'ensemble des mariages mixtes à une autorisation préalable du gouverneur. Finalement, l'article 71 dispose que seuls les mariages entre citoyennes italiennes et sujets coloniaux seront soumis à cette règle[71]. Il est particulièrement difficile de déterminer si la jurisprudence s'est appuyée sur le Code dans la mesure où la retranscription des décisions ne nous est pas parvenue. Toutefois, un indice de la pratique est donné par Ravizza. Ce juge est hostile aux mariages mixtes pour une raison idéologique : ils signifient une « égalisation des deux races au détriment évident du prestige politique de l'État colonisateur »[72]. Il reconnaît pourtant qu'en l'absence de publication du Code civil érythréen dans les conditions prévues par la loi de 1903, celui-ci ne peut être appliqué. Les mariages mixtes ne sont donc pas prohibés ou limités puisque le Code civil italien ne prévoit pas de telles mesures. Comme le remarque le magistrat, cette interprétation est confirmée par le fait que le dernier alinéa de l'article 42 du décret royal du 10 décembre 1914 n. 1510 dispose que lorsqu'un fonctionnaire contracte un mariage avec une sujette, il est considéré comme démissionnaire[73]. Si un mariage mixte peut avoir de telles conséquences sur un fonctionnaire, cela signifie qu'il n'est pas interdit[74]. Deux ans plus tard, un décret gubernatorial du 13 juin 1916 s'inscrit dans cette voie séparatiste afin de limiter les rapports entre citoyens et sujets. La ville d'Asmara est divisée en quatre zones. La première de ces zones est exclusivement destinée aux citoyens italiens et, plus généralement, aux Européens. Les sujets coloniaux ne sont autorisés à y habiter qu'en qualité de membres de la famille ou de domestiques.

La situation ne paraît pas évoluer jusqu'à la fin des années trente. En 1936, la conquête de l'Éthiopie conduit à une radicalisation de la politique fasciste concernant les mariages et les relations mixtes de type conjugal puisque ce territoire doit devenir une véritable colonie de peuplement[75]. Le séparatisme de la période libérale se transforme en une politique raciste institutionnalisée et basée sur la répression pénale. Le décret-loi n. 880 du 19 avril 1937 sanctionne « les rapports de type conjugal entre citoyens et

---

[71] *Codice civile per la colonia Eritrea*, *op. cit.*, p. 21.

[72] RAVIZZA, *op. cit.*, p. 338.

[73] *Ibid.*

[74] *Ibid.*

[75] GABRIELLI, « Un aspetto della politica razzista nell'impero : il « problema dei meticci » », *op. cit.*, p. 89.

sujets »[76]. Son unique article dispose que « le citoyen italien qui entretient dans le royaume ou dans les colonies des relations de type conjugal avec une personne sujette de l'Afrique orientale italienne ou étrangère appartenant à des populations qui ont des traditions, des coutumes et des concepts juridiques et sociaux analogues à ceux des sujets de l'Afrique Orientale Italienne est puni d'une peine d'emprisonnement de un à cinq ans »[77]. Ce décret est converti en loi le 30 décembre 1937[78] avec une modification[79]. Il vise à préserver le « prestige » de la « race » et de la civilisation italiennes[80] et à empêcher les naissances d'enfants issus de ces relations mixtes en raison d'une prétendue « infériorité biologique »[81]. Un arrêt isolé de la Cour d'appel pour l'AOI du 4 août 1937 mentionne que le mariage entre un citoyen et une sujette est moralement et socialement condamnable et ne devrait pas être autorisé puisque les relations de type conjugal ne le sont pas[82]. Ni la jurisprudence ni la doctrine ne soutiennent cette thèse. Pourtant, quelques mois plus tard, les mariages entre personnes de « races » différentes sont interdits en métropole et dans les colonies par le décret-loi du 17 novembre 1938 n. 1728 intitulé « Mesures pour la défense de la race italienne ». Enfin, la loi du 29 juin 1939 n. 1004 étend la prohibition de relations de type conjugal avec des Libyens[83].

Si l'interdiction des mariages mixtes entre citoyens et sujets n'engendre pas, à notre connaissance, de litiges devant les tribunaux, il en va différemment des relations de type conjugal, c'est-à-dire des unions de fait. La jurisprudence de la période fasciste est, contrairement à celle de l'époque précédente, accessible, car elle a été recueillie et publiée dans

---

[76] Décret-loi n. 880 du 19 avril 1937, *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno*, Roma, tipografia dello Stato, vol. III, 1937, p. 2364.

[77] *Op. cit.*

[78] Loi n. 2590 du 30 décembre 1937, *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno*, *op. cit.,* vol. VIII, 1937, p. 6909.

[79] Le passage allant de « ou étrangère » jusqu'à « de l'Afrique orientale italienne » est remplacé par « ou assimilée ».

[80] Durant la période libérale, le prestige consiste avant tout en la supériorité de civilisation. Au cours de la période fasciste les auteurs insistent le plus souvent sur la supériorité de « race » et de « civilisation » qui doit être absolument préservée. Pour une tentative de définition du « prestige » du colonisateur italien à cette époque, cf. Enrico SANTACROCE, « Il reato di relazione di indole coniugale del cittadino con persona suddita dell'AOI o assimilata », *La Giustizia penale*, 1939, III, pp. 762-763.

[81] Tribunal d'Addis Abeba, 13 janvier 1938, *FI*, II, 1938, p. 280 ; Cour d'appel d'Addis Abeba, 13 décembre 1938, *GI*, 1939, II, p. 76.

[82] Cour d'appel pour l'AOI, 4 août 1937, *Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano e dei Rapporti di Famiglia (RDMIRF)*, 1938, p. 126.

[83] Loi n. 1004 du 29 juin 1939, *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno*, Roma, tipografia dello Stato, vol. IV, 1939, p. 2747. Avant la loi du 29 juin 1939, la question s'était posée de savoir si la loi de 1937 concernait les Libyens (cf. Tribunal pénal de Rome, 2 juin 1939, *Rivista di diritto coloniale*, octobre-décembre 1939, n. 4, p. 649)

diverses revues comme *Razza e Civiltà* ou la *Rivista del diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia*. Trois raisons peuvent expliquer cette inégalité dans le traitement des sources. En premier lieu, les litiges portant sur des relations *more uxurio* concernent parfois les juridictions métropolitaines. De plus, elles sont au cœur d'un processus visant à restaurer le « prestige de la race ». Cette crainte d'atteinte au prestige du colonisateur existe déjà sous la période libérale. Toutefois, elle devient particulièrement visible et pressante lorsque le régime fasciste tente de mener une véritable politique d'implantation des colons dans les territoires ultramarins. L'atteinte au « prestige de la race » est, de surcroît, clairement basée, à partir de cette époque, sur des motivations racistes et entraîne des mesures pénales d'envergure. Enfin, l'ultime raison qui peut expliquer ce déséquilibre est l'essor plus général que connaît le droit colonial italien à partir des années trente.

Une cinquantaine de sentences a été imprimée[84]. Le problème essentiel qui se pose aux magistrats devant l'imprécision de la loi est la définition d'une relation de type conjugal. Deux décisions retiennent, dans un premier temps, l'attention du milieu judiciaire. Elles sont indiquées dans plusieurs revues juridiques et sont annotées. La première est une décision du 13 janvier 1938 du tribunal d'Addis Abeba[85]. Pour le juge, le caractère conjugal de la relation peut être établi sur la base d'un élément matériel et d'un élément moral. Le premier est l'existence de rapports sexuels continus et habituels. Le second élément est lui-même subdivisé en un aspect externe – la cohabitation, c'est-à-dire le lit, le repas et l'aide réciproque – et un aspect interne, l'*affectio maritalis*, défini comme la volonté de vivre pour un certain temps comme mari et femme. Cette dernière condition est, pour le tribunal, concluante[86]. Dans son jugement du 19 novembre 1938, le tribunal de Gondar retient que l'élément matériel suffit à prouver l'existence d'une relation de type conjugal[87]. Il est toutefois défini *lato sensu* puisqu'il regroupe à la fois les rapports sexuels et la communauté de vie. Quant à l'*affectio maritalis*, elle peut être utilisée en cas de doutes sur l'élément matériel, mais ne doit pas être nécessairement prouvée. Le juge justifie son analyse en expliquant que « le lien spirituel est inhérent (…) à l'élément matériel qu'est la communauté de vie, puisqu'il est assez difficile ou même impossible de concevoir une communauté de vie qui ne soit pas cimentée par ce lien spirituel particulier »[88]. Durant cette période, la jurisprudence apparaît divisée sur l'utilisation de l'*affectio maritalis*, mais à partir de

[84] Cf. GABRIELLI, « La persecuzione delle « unioni miste » (1937-1940) nei testi delle sentenze pubblicate e nel dibattito giuridico », *Studi piacentini*, n. 20, 1996, p. 87.
[85] Tribunal d'Addis Abeba, 13 janvier 1938, *op. cit.*, p. 278.
[86] *Ibid.*, p. 279.
[87] Tribunal de Gondar, 19 novembre 1938, *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, p. 85.
[88] *Op. cit.*, p. 90.

l'arrêt de la Cour d'appel d'Addis Abeba du 13 décembre 1938[89] la nécessité de la seule preuve matérielle prévaut[90]. Deux décisions, l'une du tribunal de Rome du 2 juin 1939[91] et l'autre du tribunal d'Asmara du 31 décembre 1939, font figure d'exceptions[92].

En cas de relations de type conjugal, seul le citoyen italien risque d'être condamné à une peine variant - selon la loi - de un à cinq ans d'emprisonnement. L'individu issu de la « civilisation la plus élevée » doit s'en montrer digne[93]. Derrière cette explication se dessine également l'image du sujet-enfant qui doit être éduqué et ne peut encore être considéré comme responsable de ses actes[94]. Dans un premier temps, les juridictions appliquent la lettre de la loi en ne prévoyant que la responsabilité du citoyen[95]. Cette absence d'accusation contre l'indigène suscite des protestations de la part de la doctrine. Manfredini qui est procureur du roi à Addis Abeba en 1937, insiste sur le fait que l'indigène est complice du délit et doit donc être puni[96]. L'article 18 de la loi du 29 juin 1939 lui donne raison en disposant que les sujets qui commettent des actes préjudiciables au « prestige de la race italienne » qui ne sont pas déjà prévus comme délits, seront condamnés pour ces faits[97].

Dans l'article de Gianluca Gabrielli concernant les unions mixtes, les condamnations pour relations de type conjugal constituent une réalité indéniable. Pourtant, la lecture des travaux de certains anthropologues et

---

89 Cour d'appel d'Addis Abeba, 13 décembre 1938, *op. cit*.

90 Cour d'appel d'Addis Abeba, 3 janvier 1939, *FI*, 1939, II, p. 139 ; Cour d'appel d'Addis Abeba, 7 février 1939, *Razza e civiltà (REC)*, I, 1940, n. 5, p. 551 ; Cour d'appel d'Addis Abeba, 14 février 1939, *REC*, I, 1940, n. 5, p. 549 ; Cour d'appel d'Addis Abeba, 13 juin 1939, *REC*, I, 1940, n. 5, p. 556 ; Tribunal de Harar, 13 septembre 1939, *REC*, I, 1940, n. 5, p. 677 ; Cour d'appel d'Addis Abeba, 3 octobre 1939, *RDMIRF*, 1940, p. 112.

91 Tribunal pénal de Rome, 2 juin 1939, *op. cit.*, p. 649.

92 Tribunal d'Asmara, 31 décembre 1939, *REC*, I, 1940, n. 5, p. 554. Gabrielli avance plusieurs hypothèses pour expliquer ces exceptions (cf. GABRIELLI, « La persecuzione delle « unioni miste » (1937-1940)… », *op. cit.*, pp. 100-101).

93 Cf. l'extrait du projet de loi à ce propos dans GABRIELLI, *ibid.*, p. 95.

94 Ce n'est qu'une des facettes de la représentation du sujet.

95 Tribunal d'Addis Abeba, 13 janvier 1938, *op. cit.*, p. 280 ; tribunal de Gondar, 19 novembre 1938, *op. cit.*, p. 85.

96 Manfredini publie beaucoup sur le sujet : « Problemi di diritto penale coloniale nell'Africa orientale italiana. Il delitto di madamato », *La Scuola positiva. Rivista di diritto e procedura penale*, 1938, vol. XVIII, 1938, I, pp. 3-15 ; « La difesa della razza in AO. La nozione del delitto di madamato e il concorso dell'indigena nel reato », *Rivista Penale (RP)*, 1938, pp. 1294-1297 ; « Ancora alcune questioni in tema di madamato », *RP*, 1939, pp. 611-613 ;

97 Loi n. 1004 du 29 juin 1939, *op. cit.*, p. 2748.

historiens peut laisser penser que les lois répressives sont peu appliquées[98]. Fabienne Le Houérou[99] et Irma Taddia[100] citent des témoignages contemporains selon lesquels les unions *more uxurio* ne cessent pas avec les lois raciales – les gendarmes et les officiers étant souvent eux-mêmes dans cette situation. Pour s'en assurer, il faut, tout d'abord, comparer le nombre de relations mixtes avec le nombre de procès. En 1940, la population italienne est de 75000 personnes en Érythrée (59000 hommes et 16000 femmes). Le nombre de sujettes érythréennes vivant avec des citoyens italiens s'élève à 15000 en 1940[101]. Cela signifie que 25% de la population masculine italienne vit avec une sujette. Si l'on compare ce pourcentage au nombre de procès (qui concernent à la fois l'Érythrée, l'Éthiopie et la Somalie), il est évident que la répression judiciaire paraît faible. De surcroît, la moitié des décisions aboutit, d'après Gabrielli, à un non-lieu[102]. La politique coercitive des autorités ne doit pourtant pas être sous-estimée. Celle-ci paraît nécessairement limitée en raison du nombre important de contrevenants. De même, les décisions de justice ne préjugent pas de la répression sur le terrain, une partie des personnes suspectées n'ayant sans doute pas fait l'objet de poursuites devant un tribunal. Enfin, il est envisageable que l'ensemble des décisions n'ait pas été publié[103].

Les relations de type conjugal peuvent également engendrer des menaces, des sanctions politiques (retrait de la carte du parti national fasciste), des mesures disciplinaires ou d'éloignement[104]. Cette dernière méthode est légalement adoptée pour les étrangers assimilés aux citoyens italiens par la loi n. 822 du 13 mai 1940. Elle leur interdit de séjourner dans les colonies italiennes lorsqu'ils sont mariés avec une sujette, qu'ils ont un

---

98 En particulier : Giulia BARRERA, *Colonial Concubinage in Eritrea*, PAS Working Papers n. 1, 1996, p. 43. Cf. également de cet auteur : « Mussolini's colonial race laws and state-settler relations in AOI (1935-1941) », *Journal of modern italian studies*, n. 3, août 2003, pp. 425-443.

99 Fabienne LE HOUÉROU, *L'épopée des soldats de Mussolini en Abyssinie (1936-38) : les « ensablés »*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 97.

100 Irma TADDIA, *La memoria dell'impero. Autobiografie d'Africa orientale*, Manduria, Lacaita, 1988, pp. 90 et s.

101 BARRERA, *op. cit.*, p. 43.

102 GABRIELLI, *La persecuzione delle « unioni miste »..., op. cit.,* p. 101.

103 Un document d'archives découvert par Gabrielli indique que dans les deux premières décades du mois de septembre 1938 vingt-six personnes ont été dénoncées et arrêtées pour délit de relation de type conjugal dans la seule ville d'Addis Abeba, en Éthiopie. Seules six des personnes citées figurent parmi les décisions publiées (GABRIELLI, *La persecuzione delle « unioni miste »..., ibid.,* p. 88). La disproportion entre le nombre de personnes inquiétées ou susceptibles de l'être et le nombre de procès conduit à se demander quelle est la proportion des décisions non publiées.

104 Sur ces pratiques en métropole : GABRIELLI, « Africani in Italia negli anni del razzismo di Stato », dans Alberto BURGIO (dir.), *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia (1870-1945)*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 209-211.

fils né d'une relation extraconjugale avec une sujette ou qu'ils en ont adopté un[105].

Conclusion

Cette étude a permis de mettre en évidence une divergence de fond entre les magistrats français et italiens dans le traitement des unions mixtes. Elle s'explique par la politique menée par les deux gouvernements. Ces unions sont encadrées par le juge français qui y voit souvent – mais non systématiquement - un moyen d'assimilation. Dans les colonies italiennes, elles sont limitées jusqu'aux années trente, pour être finalement interdites par des textes qui s'échelonnent entre 1937 et 1939. Émerge également une divergence de méthode. Pour la jurisprudence française, la protection de l'enfant s'accompagne ou découle d'une protection de l'union dont il est le fruit. Cette conception explique l'application du mariage putatif ou de l'article 196 du Code civil. À l'inverse, la jurisprudence italienne contourne l'union. La légitimation de l'enfant hors mariage, alors même que celui-ci est possible, en constitue une parfaite illustration.

Ces deux expériences coloniales connaissent pourtant des similitudes. Les juges français et italiens évoquent à propos des sujettes d'Afrique noire un même motif pour ne pas donner à leur union de valeur légale. Ces femmes ne seraient pas capables d'appréhender la dimension spirituelle et sociale du mariage. On peut donc se demander s'il n'existe pas, dans des proportions différentes, une attitude commune de rejet des unions légales entre citoyen(ne)s et sujets français ou italiens d'Afrique Noire. De même, dans les deux cas, il n'y a pas d'unanimité de la jurisprudence concernant la résolution des conflits mixtes ; les droits des citoyens sont considérés comme supérieurs et, par conséquent, sont privilégiés ; la prise en compte du milieu social oriente de temps à autre davantage la décision du magistrat que la logique juridique.

Enfin, la jurisprudence coloniale peut anticiper des changements législatifs. Dans les possessions françaises, la plupart des magistrats n'a pas accepté que le ministère public soit compris dans les personnes pouvant contester des reconnaissances frauduleuses. Les autorités sont intervenues pour y remédier. Or, en métropole, il faut attendre la loi du 3 janvier 1972 complétée par la loi du 5 juillet 1996 qui modifie l'article 339 du Code civil pour aboutir à une réforme semblable[106].

---

[105] Loi du 13 mai 1940 n. 822, *Gazzetta ufficiale*, 17 juillet 1940, n. 166, p. 866. Précisons pour les chercheurs qui n'ont pas accès directement aux sources italiennes qu'il est possible sur le site www.infoleges.it de consulter une partie des bulletins de la *Gazzetta ufficiale* datant des années trente.

[106] Cf. *Le Code civil français. Évolution des textes depuis 1804*, Paris, Sirey, 2000, p. 133.