



**HAL**  
open science

# L'ordre public et le référent islamique. Usages d'un standard juridique en contextes européen et nord-africain

Nathalie Bernard-Maugiron, Baudouin Dupret

► **To cite this version:**

Nathalie Bernard-Maugiron, Baudouin Dupret. L'ordre public et le référent islamique. Usages d'un standard juridique en contextes européen et nord-africain. *Les Cahiers de la justice*, 2013, N° 3 (3), pp.153-167. 10.3917/cdlj.1303.0153 . hal-04112004

**HAL Id: hal-04112004**

**<https://hal.science/hal-04112004>**

Submitted on 31 May 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Public Domain

## L'ORDRE PUBLIC ET LE RÉFÉRENT ISLAMIQUE. USAGES D'UN STANDARD JURIDIQUE EN CONTEXTES EUROPÉEN ET NORD-AFRICAIN

[Nathalie Bernard-Maugiron](#), [Baudouin Dupret](#)

Daloz | « Les Cahiers de la Justice »

2013/3 N° 3 | pages 153 à 167

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996213039

DOI 10.3917/cdlj.1303.0153

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2013-3-page-153.htm>  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

© Dalloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

## CHRONIQUES

# { La justice dans le débat démocratique

---





## L'ordre public et le référent islamique Usages d'un standard juridique en contextes européen et nord-africain

par Nathalie Bernard-Maugiron et Baudouin Dupret

**Nathalie Bernard-Maugiron**, Directrice de recherche à l'IRD, codirectrice de l'IISM/EHESS

**Baudouin Dupret**, Directeur du centre Jacques Berque à Rabat et directeur de recherche au CNRS

L'analyse de la législation contemporaine des pays arabes en matière de droit de la famille mais aussi de droit international privé bat en brèche la perception d'un « droit musulman » uniforme. L'analyse de la réception de ce droit dans les pays européens montre, pour sa part, l'ampleur de la résistance au transfert de valeurs de pays étrangers, notamment par le biais de l'immigration. L'article propose une réflexion sur l'étude comparative entre pays européens et pays nord-africains d'une part, mais aussi à l'intérieur de chacun de ces deux ensembles. Il permet de déterminer les cas où l'exception d'ordre public s'oppose à la création d'un droit ou à l'effet d'un droit acquis à l'étranger. Une démarche nouvelle est indispensable si l'on veut appréhender les valeurs de l'autre dans leur contexte national plutôt que d'en traiter seulement lorsqu'elles viennent heurter un ordre public étranger.

*An analysis of contemporary legislation in the Arab countries in terms of family law, but also international private law, dispels the perception of a uniform "Muslim law". And an analysis of the way this law is received in European countries shows the scale of resistance to the transfer of values from foreign countries, most notably through immigration. The article offers thoughts on a comparative study of European and North African countries, but also within each of these two subsets. It determines cases where the public order exception is opposed to the creation of a right, or the effect of a right, acquired abroad. A new approach is indispensable in order to understand the values of others in their national context, rather than only when they come up against foreign public order.*

Il était intéressant de mener cette étude de manière comparée, entre pays européens et pays nord-africains, d'une part, mais aussi à l'intérieur de chacun de ces deux blocs que l'on a sans doute par trop tendance à considérer de manière monolithique. Mettre en perspective trois pays du nord de la

Méditerranée (Belgique, Espagne, France) et trois pays du Sud (Égypte, Maroc, Tunisie) offre l'avantage considérable d'observer sur un même pied les ressemblances et les différences qui les caractérisent, sans aucune forme d'essentialisme culturel ou juridique. L'étude comparée de la législation et de la

jurisprudence de ces six pays a permis également de déterminer les cas où l'exception d'ordre public s'opposait à la création d'un

« Une de nos hypothèses principales était qu'il existe une grande différence entre ce qui est souvent considéré en Europe comme "le droit musulman de la famille" et les systèmes juridiques effectivement en vigueur. »

droit ou à l'effet d'un droit acquis à l'étranger. Si les phénomènes de conflits de valeurs en matière de droit de la famille ne sont pas nouveaux, il y avait sans doute lieu d'adopter une démarche nouvelle pour les aborder. On pouvait ainsi se demander si, pour mieux comprendre les valeurs de l'autre, quel qu'il soit, il n'était pas nécessaire de les appréhender dans leur contexte national plutôt que d'en traiter seulement lorsqu'elles viennent heurter un ordre public étranger.

Nous nous sommes donc intéressés au droit de la famille tel qu'il est légiféré et appliqué dans des pays nord-africains, de nos jours. Une de nos hypothèses principales était qu'il existe une grande différence entre ce qui est souvent considéré en Europe comme « le droit musulman de la famille » et les systèmes juridiques effectivement en vigueur. Étudier le droit d'États tels que l'Égypte, la Tunisie et le Maroc permettait de mettre en valeur la diversité de ces législations. La Tunisie a réformé son droit dans les années 50, ce qui ne signifie pas pour autant que la référence au droit musulman y ait totalement disparu, la réforme s'étant faite au nom d'une interprétation particulière de la *charia* et les juges disposant d'un large pou-

voir d'interprétation. L'Égypte et le Maroc continuent, chacun différemment, à appliquer, en matière de statut personnel, des normes d'inspiration religieuse, mais ces normes ont été partiellement ou totalement codifiées. L'étude de l'application de la notion d'ordre public dans les jurisprudences tunisienne, égyptienne et marocaine face à des normes et décisions d'origine étrangère nous a montré en outre qu'il n'existait pas, dans les pays nord-africains, d'ordre public musulman homogène.

Nous nous sommes aussi intéressés aux pays européens, qui sont confrontés au transfert de valeurs de pays étrangers, notamment par le biais de l'immigration. Ce phénomène, loin d'être nouveau, a toutefois pris de l'ampleur ces dernières années, en raison notamment des crispations croissantes des différentes parties concernées, comme ont pu le révéler les débats autour du voile ou la votation suisse contre les minarets. L'analyse des principales règles de droit international privé adoptées par ces pays met en évidence de grandes similitudes dans leur attitude face à des normes en provenance d'un pays musulman, mais également des différences aussi bien législatives que jurisprudentielles.

## L'ordre public des pays européens face à un droit réputé musulman

Les codes du statut personnel des pays arabes peuvent avoir vocation à s'appliquer en Europe lorsque des étrangers en prove-

nance de pays arabes, installés par le biais de l'immigration, veulent se marier, divorcer, avoir un enfant, hériter, etc. Beaucoup de pays européens acceptent en effet, en matière de droit de la famille, d'appliquer la loi nationale des étrangers, donc, en l'occurrence, des normes en provenance d'un pays arabe. Les règles de conflits de lois et de juridictions conduisent alors à l'introduction d'institutions porteuses d'autres valeurs, ce qui comporte le risque d'exaspérer les antagonismes entre systèmes juridiques. La coordination des systèmes juridiques du nord et du sud de la Méditerranée dans le domaine du droit de la famille est en effet particulièrement difficile, car s'y affirment les particularités des systèmes de valeurs propres à chaque pays. La notion d'ordre public est alors souvent invoquée pour repousser la loi étrangère, lorsque son contenu heurte les principes fondamentaux de l'État du for. Cette notion est de création essentiellement jurisprudentielle, attribuant ainsi un rôle considérable aux magistrats. Même dans un pays comme la Belgique qui a codifié le droit international privé, la mesure et l'opportunité de recourir à l'ordre public demeurent une compétence des juges.

On constate que les pays du nord de la Méditerranée semblent partager un grand nombre de valeurs. La notion d'ordre public s'y oppose à l'application de règles étrangères d'inspiration islamique, comme le

devoir d'obéissance de l'épouse, la répudiation, la polygamie, l'interdiction pour une musulmane d'épouser un non musulman, la révocation unilatérale de la répudiation par le mari pendant la période de viduité ou l'absence de consentement au mariage par la future mariée<sup>1</sup>. Il faut noter également l'influence de la législation communautaire européenne, qui tend à unifier de plus en plus les normes applicables. De plus, la montée en puissance des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas en faveur de l'application de normes étrangères d'origine islamique.

La notion d'ordre public atténué permet toutefois de reconnaître certains effets à des actes qui ont été conclus ou prononcés à l'étranger. Les pays du nord de la Méditerranée acceptent ainsi, par exemple, de reconnaître certains effets aux unions polygamiques valablement célébrées à l'étranger, tels que l'établissement de la filiation à l'égard des enfants, le droit aux aliments, le droit aux obligations alimentaires entre

**« La notion d'ordre public est alors souvent invoquée pour repousser la loi étrangère, lorsque son contenu heurte les principes fondamentaux de l'État du for. »** }

conjoints, le droit au partage d'une pension de retraite ou d'une succession ainsi que la

1. V. Natalie Joubert et Estelle Gallant, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la Méditerranée » ; Miguel Gardeñes Santiago, « L'application en Espagne du droit des États de tradition islamique en ce qui concerne le mariage et les crises

matrimoniales. Règles de conflit de lois et ordre public » ; Jean-Yves Carlier et Caroline Henricot, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? » in Nathalie Bernard-Maugiron & Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*

possibilité pour deux veuves d'obtenir des dommages et intérêts à la suite du décès accidentel de leur époux<sup>2</sup>. En revanche, la jurisprudence refusera le plus souvent d'admettre la pluralité d'épouses en ce qui concerne les prestations d'origine étatique (ex. les prestations sociales ou familiales, le droit de séjour), au nom de l'ordre public.

## L'ordre public des pays arabes face aux législations étrangères

Les pays musulmans sont également confrontés à des normes en provenance d'autres pays et, là aussi, les dispositions législatives étrangères ou le jugement étranger peuvent heurter les valeurs locales et entraîner le recours à l'exception d'ordre public international pour s'opposer à leur application ou à leurs effets dans le pays d'accueil. Le Maroc et l'Égypte présentent, à cet égard, de nombreux points communs. L'ordre public y reste à connotation religieuse et les valeurs fondamentales à défendre par l'application de cette notion ont pour source la *charia* islamique<sup>3</sup>. La sphère d'application du droit international privé y est restreinte par le choix de la nationalité comme critère de rattachement prépondérant, voire exclusif. Alors que les pays du nord de la Méditerranée tendent de plus en plus à adopter le rattachement au domicile ou à la résidence, en se fondant sur

une présomption d'intégration et d'assimilation des étrangers dans le pays d'accueil, la nationalité a toujours, au sud de la Méditerranée, les faveurs du législateur et du juge. À partir du moment où un Égyptien ou un Marocain est partie à un différend, les tribunaux égyptiens et marocains se déclarent compétents pour en connaître, même s'il réside à l'étranger depuis des années. De plus, la loi du for s'applique automatiquement, à partir du moment où l'un des époux a la nationalité de cet État. De même, lorsque la situation juridique implique une personne de confession musulmane, le juge applique le droit local, d'inspiration islamique, c'est-à-dire le droit marocain au Maroc, indépendamment de la loi personnelle des deux parties étrangères et du lieu de leur domicile<sup>4</sup>. Ce privilège réservé aux musulmans est destiné à garantir l'application de la loi religieuse, mais il rend la coordination avec d'autres systèmes juridiques très difficile, en faisant prévaloir l'appartenance religieuse sur l'appartenance nationale et en écartant tout recours aux lois étrangères. De plus, si la religion constitue, de fait, le critère principal de rattachement, elle n'est pas évoquée dans les textes qui désignent le plus souvent la nationalité (du mari) comme critère de rattachement.

La loi étrangère ne trouvera guère à s'appliquer que lorsque les parties au litige sont toutes les deux étrangères et toutes les deux non musulmanes. Dans cette hypo-

2. *Ibid.*

3. V. Mohamed Loukili, « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in Mohamed Abdel-Wahab, « L'ordre public en droit international privé égyptien de la

famille », in Nathalie Bernard-Maugiron & Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*

4. *Ibid.*



thèse, en effet, les pays arabes font généralement preuve d'une assez grande ouverture aux lois étrangères et l'exception d'ordre public ne trouve que rarement à s'appliquer : « En dehors des cas de conflits mixtes où un musulman est partie au procès, le juge est très libéral en ce sens qu'il est disposé à appliquer et faire respecter toutes les lois étrangères pratiquement sans restrictions. L'exception de l'ordre public est affirmée dans les textes législatifs ou mentionnée dans les décisions des tribunaux presque pour mémoire ou en tant que garde-fou théorique »<sup>5</sup>. On voit ainsi comment les appartenances culturelle et religieuse peuvent conduire à des difficultés inter-culturelles en droit de la famille.

Rares sont donc les cas où l'exception d'ordre public est soulevée au sud de la Méditerranée pour écarter l'application d'une loi étrangère, puisque les règles de conflits de lois, qui auraient pu désigner une telle loi, ne sont pratiquement jamais applicables, en raison des privilèges de nationalité et de religion. Quand elle trouve à s'appliquer, essentiellement dans les questions d'*exequatur* de décisions rendues par des tribunaux étrangers ou des actes dressés par des officiers d'autres pays, l'exception d'ordre public est essentiellement basée sur des fondements religieux, écartant la loi étrangère qui consacre une règle incompatible avec les principes fondamentaux du droit musulman.

5. Charfi M., « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », Académie de droit international, *Recueil des cours*, 1987, III, tome 203, p. 404.

La question de l'invocation de l'ordre public face à des institutions d'origine musulmane se pose également dans les relations intra-arabes. Le cas de la Tunisie est, de ce point de vue, symptomatique, puisque non seulement elle a interdit la polygamie et la répudiation, mais que des étrangers établis sur son sol ne peuvent non plus y recourir, au nom de la protection de l'ordre public tunisien<sup>6</sup>. Ce dernier s'opposera à la célébration en Tunisie d'une union polygamique devant les autorités diplomatiques et consulaires étrangères, même si elle est autorisée par la loi nationale d'une ou des parties étrangères. De même, la répudiation y est considérée comme contraire à l'ordre public en ce qu'elle viole notamment le principe d'égalité entre l'homme et la femme. Elle ne pourra donc intervenir sur le territoire tunisien, même lorsque la loi nationale des deux époux la reconnaît. En ce qui concerne l'*exequatur* de décisions étrangères, la Tunisie reconnaît la notion d'ordre public atténué, puisqu'elle accepte de donner des effets à un mariage polygamique célébré à l'étranger, lorsque la loi nationale des deux époux reconnaît la polygamie. La seconde épouse pourra ainsi succéder à son époux et devrait pouvoir aussi toucher une pension alimentaire. Par contre, les décisions étrangères de répudiation seront toujours considérées comme contraires à l'ordre public tunisien.

Même dans ce pays, où le législateur l'a officiellement écarté, le fait religieux s'est

6. V. Monia Ben Jemia, Souhayma Ben Achour et Meriem Bellamine, « L'ordre public en droit international privé tunisien de la famille », in Nathalie Bernard-Maugiron & Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*

réintroduit à travers des pratiques administratives et judiciaires traditionalistes et timides, particulièrement en ce qui concerne le mariage d'une musulmane avec un non-musulman, où l'on constate un attachement à une notion d'ordre public d'inspiration plus religieuse. Alors même que le code de la famille ne stipule pas expressément un tel empêchement à mariage, des notaires et officiers d'état civil ont interprété de façon extensive l'article 14 du code du statut personnel relatif aux empêchements à mariage, pour y inclure l'interdiction du mariage d'une musulmane avec un non-musulman à la suite d'une circulaire du ministre de la Justice de 1973. Il est vrai toutefois que les juges du fond tunisiens tendent à valider de tels mariages célébrés à l'étranger et à ordonner leur transcription sur les registres d'état civil <sup>7</sup>.

Dans des pays comme l'Égypte, où coexistent plusieurs lois dans le domaine du droit de la famille en fonction des communautés religieuses, le concept d'ordre public peut se manifester dans les rapports de droit interne, lorsque la loi applicable aux musulmans a vocation à s'appliquer également à des non-musulmans n'appartenant pas à la même communauté et au même rite. La Cour de cassation égyptienne a alors autorisé le juge à écarter la loi applicable aux musulmans si elle heurtait trop les principes fondamentaux du christianisme, comme l'autorisation du mari de prendre une seconde épouse. On constate toutefois que

le juge parle de « valeurs fondamentales » qui s'opposeraient à l'application de la loi des musulmans, et non « d'ordre public ». L'idée que des valeurs chrétiennes puissent faire partie de l'ordre public égyptien serait peut-être trop audacieuse. Certes, le christianisme comprend un certain nombre de principes fondamentaux, mais la Cour de cassation ne les élève pas au rang de règles d'ordre public. Par contre, la protection des principes musulmans, comme l'interdiction du mariage entre le non-musulman et la musulmane, l'interdiction de l'apostasie, l'interdiction du témoignage d'un non-musulman contre un musulman, le droit du musulman à la polygamie et à la répudiation, semblent bien faire partie de l'ordre public égyptien. L'influence du droit musulman peut s'expliquer par le fait que l'islam est religion d'État ou qu'elle est aussi la religion de la majorité des Égyptiens. La *charia* est ainsi considérée comme composante de l'ordre public. Ce dernier peut être défini comme les principes essentiels pour l'immense majorité de la société égyptienne, à savoir les musulmans. Bien que la Cour de cassation égyptienne affirme que c'est un concept séculier qui s'applique à tous les Égyptiens, quelle que soit leur religion, il semble bien exister un lien entre ordre public et valeurs musulmanes, même si la doctrine et la jurisprudence sont réticentes à le reconnaître <sup>8</sup>.

En pratique, on constate que de nom-

7. *Ibid.*

8. V. M. Berger, « Public Policy and Islamic Law: the Modern Dhimmi in Contemporary Egyptian Family Law », *Islamic Law and Society*, 2001, 8, 1, p. 88-136.

breux pays du sud de la Méditerranée comme le Maroc ou l'Égypte refusent systématiquement de reconnaître et d'exécuter des décisions étrangères ou des actes étrangers, même quand il existe des conventions entre les pays, comme c'est le cas entre l'Égypte et la France. Une nouvelle procédure doit alors être entamée dans le pays du conjoint, avec souvent un jugement différent de celui rendu au nord de la Méditerranée. C'est particulièrement vrai des jugements relatifs à la garde des enfants, suite à un divorce. De telles situations débouchent sur des « imbroglios dramatiques [qui] sont d'autant plus difficiles à démêler que chaque parent est en situation régulière au regard de l'ordre juridique de son propre pays, s'appuie sur une décision de justice lui attribuant la garde et peut ignorer les jugements rendus dans le pays de l'adversaire. Dans les faits, c'est celui qui a les enfants sous la main qui a toutes les chances de l'emporter et les décisions judiciaires rendues en sens contraire dans l'un et l'autre pays ne font que donner bonne conscience à chacun des antagonistes en lui fournissant un titre juridique qui légitime son attitude mais qu'il aura bien du mal à mettre en œuvre s'il doit en poursuivre l'exécution sur le territoire étranger »<sup>9</sup>. Même la Tunisie, où la reconnaissance de jugements étrangers pose moins de difficultés, s'est longtemps montrée réticente à accepter l'*exequatur* de décisions étrangères octroyant la garde

d'enfants de divorcés à la mère étrangère résidente à l'étranger, au motif qu'elle ne pourrait assurer à l'enfant une éducation musulmane<sup>10</sup>. Le refus d'*exequatur* de décisions étrangères crée également de gros problèmes d'incohérences dans les rapports privés, puisque l'état de la personne peut être différent selon le pays dans lequel elle se situe.

## Des conceptions contrastées

On constate également que le contenu de la notion d'ordre public peut être totalement en opposition entre les deux rives de la Méditerranée. Ainsi, alors que l'exception d'ordre public s'opposera en Europe à l'application du principe musulman d'interdiction du mariage d'une musulmane avec un non-musulman, au sud de la Méditerranée,

**« Le contenu de la notion d'ordre public peut être totalement en opposition entre les deux rives de la Méditerranée. »**

née, le juge refusera d'accorder l'*exequatur* à un mariage prononcé à l'étranger entre un non-musulman et une musulmane, au nom de la protection de son ordre public. De même, le juge égyptien écartera, au nom de l'ordre public, une loi étrangère permettant à des non-musulmans d'hériter de musulmans, alors que le juge européen écartera,

9. J. Deprez, « Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », Académie de La Haye, *Recueil des cours*, 1988, IV, p. 129.

10. V. Monia Ben Jemia, Souhayma Ben Achour et Meriem Bellamine, *op.cit.*

au nom du principe de non-discrimination, la loi égyptienne interdisant à des non-musulmans de venir à la succession de musulmans. L'ordre public peut donc servir à des conceptions opposées, « mettant en lumière les divergences fondamentales entre les systèmes juridiques des États, dans les domaines où se manifestent profondément les traditions, les croyances, les philosophies des diverses sociétés »<sup>11</sup>.

Les droits internes des pays du Nord tendent parfois à évoluer et à se rapprocher des droits des pays du sud de la Méditerranée. C'est le cas en ce qui concerne la pension de veuvage en Belgique, où les épouses successives d'un même mari entrent en concurrence pour le partage de sa retraite (ce qui se rapproche, toutes proportions gardées, de la polygamie), ou de la récente évolution du droit belge du divorce permettant à l'un des époux d'imposer à l'autre le divorce pour « cause de désunion irrémédiable » dès qu'une séparation d'un an est démontrée, qui rappelle la répudiation à l'initiative de l'un ou l'autre des conjoints, que l'on trouve maintenant au Maroc<sup>12</sup>.

## Les dimensions sociologiques et politiques de la notion d'ordre public

La question de l'ordre public présente une forte dimension sociologique et politique,

reflétée par les réajustements constants que connaît cette notion à la fois au nord et au sud de la Méditerranée. L'application trop rigide de cette notion pour rejeter avec fermeté des institutions étrangères, jugées à tort ou à raison contraires aux droits fondamentaux, risque de mener à des résultats doublement préjudiciables pour la femme, que de telles mesures visaient pourtant à protéger. Ainsi, par application de l'exception d'ordre public, ne sont pas reconnues les répudiations prononcées à l'étranger lorsque l'épouse n'a été ni convoquée ni entendue. Or, de fait, la femme répudiée est séparée de son époux qui ne partage plus le même domicile et ne pourvoit plus aux charges du ménage. Elle n'a donc plus de soutien financier de son mari, ne touche pas de pension alimentaire d'épouse divorcée et ne peut même pas s'engager dans une nouvelle union conjugale, puisqu'elle est considérée comme toujours mariée dans son pays de résidence. Elle se retrouve malgré elle toujours engagée, juridiquement, dans une union conjugale dont les effets, de fait, ont cessé depuis la répudiation. « Il est permis de s'interroger sur l'opportunité de ce résultat. Indépendamment de la sauvegarde des grands principes, il n'est pas certain en effet que l'intérêt de l'épouse répudiée réside dans le prolongement d'une union dont son conjoint a manifesté par son acte le peu de cas qu'il faisait »<sup>13</sup>. L'épouse répudiée se retrouve donc contrainte à introduire une requête en

11. P. Gannagé, « Regards sur le droit international privé des États du Proche-Orient », *RIDC*, 2000, 2, p. 427.

12. V. Jean-Yves Carlier et Caroline Henricot, *op.cit.*

13. R. El-Husseini, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP*, 1999, 88 (3), p. 449.

divorce en bonne et due forme dans le pays de son domicile, procédure longue et coûteuse où elle devra assumer les honoraires d'un avocat. Les femmes « se trouvent généralement dans un état de dénuement difficilement compatible avec un retour devant les tribunaux français en vue d'obtenir le plus souvent une dissolution du mariage déjà acquise dans le pays d'origine »<sup>14</sup>. De plus, le mari refusera quasiment toujours de prendre part à la procédure, puisqu'il considère l'union rompue depuis le jour de la répudiation. La femme se retrouve donc dans une situation de « double victimisation »<sup>15</sup>. Cette attitude est celle de la plupart des pays européens (sauf l'Espagne, semble-t-il), mais également de la Tunisie. Pourquoi ne pas privilégier alors « le réalisme au détriment de l'idéalisme »<sup>16</sup> en acceptant, par exemple, de reconnaître la dissolution de l'union conjugale lorsque l'épouse y a consenti *a posteriori* et en réclame le bénéfice ? Ce constat mène à une question subsidiaire : une femme qui aurait fait rajouter dans son contrat de mariage une clause l'autorisant à s'auto-répudier pourra-t-elle utiliser cette faculté et faire reconnaître la rupture de son union conjugale en Belgique, en Espagne ou en France ? Ou bien le juge européen en refusera-t-il l'*exequatur*, au nom du principe d'égalité et des droits de la défense, l'auto-répudiation ayant eu lieu devant l'officier d'état civil en dehors de la présence de l'époux et sans son consentement ?

14. R. El-Husseini, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *op. cit.*, p. 451.

15. V. Jean-Yves Carlier et Caroline Henricot, *op. cit.*

Une approche davantage sociologique du droit international privé devrait permettre une plus grande ouverture aux dimensions personnelles et sociales de ces situations et une atténuation de la perception purement juridique et mécanique du droit international privé<sup>17</sup>. Une meilleure connaissance des droits internes de la famille des pays arabes et de leur fonctionnement réel, des sociétés arabo-musulmanes et de leurs valeurs, permettrait au juge européen d'avoir une vision plus précise et exacte des enjeux culturels et religieux des systèmes étrangers dont il est amené à appliquer les normes ou à reconnaître les jugements.

## L'ordre public comme standard juridique

Que l'on parle d'ordre public, de bonnes mœurs ou de valeurs fondamentales, ce sont à chaque fois des standards interprétatifs auxquels il est fait référence pour moduler l'application de la loi.

**« Souvent, l'ordre public est saisi par des acteurs du droit, voire des "entrepreneurs" de droit, pour faire valoir une certaine conception idéologique de leur système national. »**

La notion de standard juridique peut se définir, spécifiquement, comme « terme ou locution inséré dans une règle de droit ou un acte juridique quelconque, en référence à un

16. *Ibid.*, p. 452.

17. En ce sens, J. Deprez, « Droit international privé et conflits de civilisation... », *op. cit.*, p. 219 et s.

état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation » et, plus généralement, comme « notion du langage juridique à contenu indéterminé ou variable »<sup>18</sup>. Empruntée au langage ordinaire, la notion de standard, qui contient l'idée de « modèle conforme à la normale », semble correspondre, dans le langage juridique, au « besoin d'isoler une certaine catégorie d'expressions normatives caractérisées par l'absence de toute prédétermination et l'impossibilité de les appliquer sans procéder au préalable à une appréciation ou une évaluation, c'est-à-dire en plaçant le fait auquel on les rapporte sur une échelle de valeurs » (*ibid.*). Le modèle devient sans doute, en matière juridique, hypothétique, à construire, quoique, en termes de représentations de ceux qui y ont recours, il paraisse davantage préconstitué. Toujours est-il que l'utilité du standard est d'ouvrir, dans le champ normatif, « un espace d'indétermination » autorisant celui qui doit appliquer la règle à davantage d'appréciation de l'état d'une chose, de ses qualités ou d'un comportement.

Souvent, l'ordre public est saisi par des acteurs du droit, voire des « entrepreneurs » de droit, pour faire valoir une certaine conception idéologique de leur système national. L'islam, les droits de l'homme, la *charia* ou le principe d'égalité deviennent alors une ressource au service d'une « cause » à défendre, celle des valeurs fondamentales d'une société auxquelles il est interdit de

déroger<sup>19</sup>, une définition de la morale publique.

Les droits fondamentaux, au nord de la Méditerranée, ou la référence à la *charia*, en Afrique du Nord et au Proche-Orient, appartiennent à ces standards juridiques. La question touche à un ensemble de critères au contenu incertain, dans la mesure où il est impossible de déterminer formellement, complètement et rigoureusement le sens qu'il convient de leur attacher. Le contenu de la *charia*, par exemple, est loin de s'entendre de manière univoque, et la connaissance que peut en avoir le juge se situe bien souvent à l'intersection d'un savoir technique et du sens commun. On se retrouve ainsi dans le cadre de la détermination du positivement indéterminable, avec cette conséquence que le sens que le juge donnera au « standard », au « principe général » ou à toute autre norme de ce type sera fonction de considérations propres à son entendement de l'ordre juridique et à son désir d'en renforcer la cohérence, bref à sa compréhension d'un système dont il veut assurer à la fois la congruence logique et l'harmonie idéologique<sup>20</sup>.

Il faut noter, enfin, qu'avec les années l'analyse du profil démographique des communautés musulmanes en Europe montre l'importance accrue d'une descendance née sur le territoire européen, et non plus d'une population liée à une migration récente ou à des regroupements familiaux. Les pays du nord de la Méditerranée se trouvent donc

18. P. Oriane, « Standard juridique », in A.J. Arnaud et al. (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 581.

19. J.A. Carty, D. Carzo et M. Jori, « Ordre » in A.J. Arnaud et al. (éd.), *op. cit.*

20. F. Ost et M. Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 138.

de plus en plus confrontés à des situations où les parties musulmanes ont la nationalité du pays européen où elles sont nées et résident, même si elles conservent aussi très souvent la nationalité du pays d'origine. Enfin, du fait de l'intégration, tant par la résidence que par la nationalité, de nouvelles générations d'immigrés musulmans ou du fait des conversions à l'islam, la condition juridique des musulmans ne relève plus seulement du droit international privé et du statut des étrangers, mais doit être réfléchi également dans un contexte d'absence d'extranéité étatique. Il est donc nécessaire d'imaginer les repositionnements de l'ordre public face à un « islam européen ». Par exemple, en droit interne comme en droit international privé, la notion d'accommodement raisonnable ou plus exactement réciproque mériterait d'être mieux explorée. « Alors que l'exception d'ordre public entend souligner qu'un ordre organise la supériorité d'un système sur l'autre, auquel il fait exception, l'accommodement raisonnable ou réciproque tente de mettre en œuvre une coordination des systèmes ».

## L'attitude du juge et des professionnels du droit

Le juge européen a du mal à accéder à la connaissance de la législation et encore plus

de la jurisprudence des pays d'Afrique du Nord et du Proche-Orient en matière de droit de la famille<sup>21</sup>. Il cherche alors très souvent un moyen juridique pour écarter

**« Alors que l'exception d'ordre public entend souligner qu'un ordre organise la supériorité d'un système sur l'autre, auquel il fait exception, l'accommodement raisonnable ou réciproque tente de mettre en œuvre une coordination des systèmes . »**

l'application du droit étranger au profit de son droit national, s'évitant ainsi une recherche longue et souvent infructueuse des règles amenées à s'appliquer au litige qui lui est soumis. Même si la loi nationale des époux est désignée comme compétente par la règle de conflits, elle sera souvent écartée au profit de la loi du lieu de résidence, par application de la notion de proximité (nationalité du pays de résidence ou même résidence habituelle sur le territoire européen d'un des conjoints). En cas de besoin, le recours à l'exception d'ordre public permettra également au magistrat d'écarter l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflits de lois. Enfin, la tentation sera grande d'arguer de l'impossibilité de prouver le droit étranger pour en écarter son application au profit de la loi du for, qui s'appliquera à titre subsidiaire.

Le magistrat, dont la charge de travail est considérable, ne parvient pas à libérer le temps nécessaire pour procéder à de telles

21. V. Natalie Joubert, « L'application de la loi étrangère : modes de fonctionnement des magistrats français dans leur confrontation aux droits des pays arabes » ; Marta Poblet, « Formation des magistrats, connaissance et application du

droit étranger par les juges en Espagne », Marie-Claire Foblets, « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », in Nathalie Bernard-Maugiron & Baudouin Dupret (dir.), *op.cit.*



recherches et n'en a souvent les moyens ni matériels ni financiers. De nombreuses diffi-

**« Le juge européen a du mal à accéder à la connaissance de la législation et encore plus de la jurisprudence des pays d'Afrique du Nord et du Proche-Orient en matière de droit de la famille. »**

cultés se posent en effet aux juges, liées à la vérification de l'authenticité des documents soumis provenant de l'étranger ou à l'exactitude de leur traduction. L'insuffisance de la formation en droit international privé de même que le manque de compétences linguistiques jouent également un rôle et pourraient être compensés par la voie de la formation continue des juges<sup>22</sup>. Il serait également primordial de rendre disponibles des informations précises et actualisées sur le droit interne de la famille des pays du sud de la Méditerranée, à la fois des traductions des textes de lois et des arrêts de principe de la jurisprudence, ainsi que des études académiques de ces textes, par des spécialistes de ces thématiques. Les techniques modernes de l'information, et notamment Internet, pourraient être utilisées pour rendre ces textes plus accessibles. Un observatoire du droit dans les pays du sud de la Méditerranée pourrait être créé aux fins de documentation, numérisation et mise en ligne de toute l'information juridique utile. Il faudrait également encourager la coopération bilatérale et multiplier les programmes d'entraide spécifique entre pays du nord et du sud de la

22. V. Marta Poblet, *op.cit.*

23. V. Marie-Claire Foblets, *op.cit.*

Méditerranée, éventuellement via l'Union européenne.

Les avocats, eux non plus, n'ont pas toujours les moyens d'accéder aux sources du droit étranger et à sa jurisprudence. Beaucoup omettent donc, volontairement ou non, d'invoquer la règle étrangère même dans des situations où elle est appelée, en vertu de la règle de conflit, à s'appliquer. Une initiation au droit contemporain des pays d'Afrique du Nord et du Proche-Orient pourrait donc être offerte dans le cadre de la formation initiale des avocats ou de leur formation continue.

Les pays européens pourraient manifester une plus grande ouverture et une plus grande tolérance face à des règles d'inspiration religieuse. Une solution pourrait être d'accorder une place plus importante au principe de l'autonomie de la volonté<sup>23</sup>. L'option de droit, ouverte en Belgique aux parties qui peuvent choisir (par exemple, entre la loi de leur nationalité commune ou la loi belge) le droit applicable à certains aspects de leur vie conjugale, comme le divorce, pourrait aussi représenter une solution<sup>24</sup>. Elle nécessite toutefois que les parties aient gardé un rattachement avec le pays d'origine, par la possession de sa nationalité. Mais certains auteurs proposent d'aller plus loin et d'accepter que les époux concluent au civil, au moment du mariage, un contrat contenant les stipulations qu'ils souhaitent voir agencer leur union, par exemple en ce qui concerne une distribution

24. *Ibid.*



équitable des avoirs entre eux, ou des stipulations permettant de contrecarrer certains effets discriminatoires du droit successoral. Cette contractualisation du mariage permettrait aux parties de convenir de garanties et d'affirmer leur validité tant sur le plan civil que sur celui religieux <sup>25</sup>. Elle pourrait égale-

ment consister en l'insertion de clauses stipulant pour l'épouse le droit au divorce en cas de remariage de son mari, ce qui renforcerait sa position au cas où celui-ci y procéderait dans un pays musulman autorisant la polygamie. Elle bénéficierait donc en priorité à la femme <sup>26</sup>.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*