



Synthèse

Politiques législatives et pratiques judiciaires
du statut personnel : la référence à l'ordre public comme standard
de régulation et révélateur de conflits de valeurs
dans les relations avec les pays arabo-musulmans.

Nathalie Bernard-Maugiron
(IRD, UMR 201 *Développement et sociétés*)
Baudouin Dupret (Cnrs, *ENS Cachan*)

Juin 2010

Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit & Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

I. PROBLEMATIQUE RETENUE – OBJECTIFS

Les pays européens en général, et la France en particulier, sont confrontés au transfert de valeurs de pays étrangers 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 islamique et du voile intégral ou la votation suisse contre les minarets. D'autres questions récurrentes continuent d'entraîner des conflits de valeurs culturelles, morales ou religieuses essentiellement avec des principes en provenance de pays musulmans. C'est le cas de la polygamie, de la répudiation, de la tutelle matrimoniale ou de l'empêchement à mariage tiré de la différence de religion. Le problème de la garde des enfants nés de mariages mixtes a également entraîné des conflits douloureux dont les médias se sont souvent fait l'écho. Il faut toutefois noter qu'avec les années, le profil démographique des communautés musulmanes en Europe est de plus en plus le fait 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 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.

Ce programme de recherche a étudié les politiques législatives et les pratiques judiciaires de plusieurs pays européens face à des normes de statut personnel en provenance de pays arabes. Si le droit musulman, et en particulier le droit musulman du statut personnel, ont généré une abondante littérature dans des genres variés (technique, doctrinal, militant), peu d'attention a toutefois été accordée jusqu'à présent à la réalité contemporaine de la place de ce droit et à la référence qui y est faite dans les pays arabes, ainsi qu'à sa dimension pratique à travers l'étude de la jurisprudence. L'analyse de la législation contemporaine interne de ces pays en matière de droit interne de la famille mais aussi de droit international privé montre l'ampleur des différences entre ces droits et bat en brèche la perception d'un « droit musulman » qui serait appliqué de façon uniforme dans tous les pays du sud de la Méditerranée.

L'analyse de la référence à l'ordre public comme standard de régulation sert de révélateur de conflits de valeurs dans les relations entre les pays des deux rives de la Méditerranée. Les règles de conflits de lois et de juridictions conduisent en effet à l'introduction d'institutions porteuses d'autres valeurs. L'étude comparée de la législation et de la jurisprudence de six pays (Belgique, Egypte, Espagne, France, Maroc, Tunisie) permet de déterminer les cas où l'exception d'ordre

public s'oppose à la création d'un droit ou à l'effet dans l'un de ces pays d'un droit acquis à l'étranger.

II. ENONCIATION ET JUSTIFICATION DES CHOIX METHODOLOGIQUES EFFECTUES

L'étude du droit de la famille par le biais du droit international privé présente une originalité incontestable. Si de nombreux travaux ont été consacrés à l'étude des règles de droit international privé français, belge ou espagnol, ceux consacrés à l'Egypte restent cependant fragmentaires voire inexistants. S'agissant du Maroc ou de la Tunisie, le tableau est plus riche, bien qu'il n'ait pas encore été systématisé. Eclatement des contextes, problème d'accès aux sources, surdétermination religieuse de l'analyse, autant de facteurs qui, parmi d'autres, expliquent la difficulté à produire un tableau des différents droits de la famille, de leur administration nationale, des pratiques qu'ils induisent et de leur confrontation à d'autres systèmes de droit et de valeurs.

Si les phénomènes de conflits de valeurs en matière de droit de la famille ne sont pas nouveaux, nous avons toutefois proposé une démarche nouvelle pour les aborder. Pour mieux comprendre les valeurs de l'autre, n'est-il pas nécessaire de les appréhender dans leur contexte national, au lieu de ne les côtoyer que lorsqu'elles viennent heurter notre ordre public ? Nous avons donc tout d'abord étudié le droit de la famille tel qu'il est légiféré et appliqué dans les pays musulmans de nos jours. Il existe en effet, et cela constitue l'une des hypothèses principales de cette étude, 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. L'étude de trois pays – l'Egypte, la Tunisie et le Maroc – a permis de mettre en valeur la diversité de ces législations. La Tunisie a sécularisé son droit dans les années 50, ce qui ne signifie pas pour autant que la référence au droit islamique y ait totalement disparu, du fait entre autres du large pouvoir d'interprétation donné au juge. L'Egypte et le Maroc continuent, chacun différemment, à appliquer en matière de statut personnel des normes d'origine religieuse, mais ces normes ont été partiellement ou totalement codifiées. L'étude de ces droits nationaux s'est faite non seulement à travers les codes de la famille, mais aussi par l'analyse de leur application et de leur interprétation par les tribunaux.

Le second volet de cette étude a consisté en une analyse des principales règles de droit international privé adoptées au nord et au sud de la Méditerranée et aux cas d'application de la notion d'ordre public. Si les pays européens présentent de grandes similitudes dans leur attitude face à des normes en provenance d'un pays musulman, l'idée qu'il existerait dans les pays

arabes un ordre public musulman homogène doit quant à elle être contestée, au vu des différences importantes dans l'attitude des jurisprudences tunisienne, égyptienne et marocaine face à des normes et décisions d'origine étrangère.

Dans un troisième temps, a été approfondie l'analyse de l'attitude des magistrats face à des normes d'origine étrangère. Comment le juge européen connaît-il l'existence et prouve-t-il le contenu des règles du droit étranger qu'il est amené à appliquer ? A-t-il les moyens d'accéder aux textes de loi et de jurisprudence originaux ? Quel type de formation initiale et continue les magistrats suivent-ils en matière de droit étranger ?

Toutes les équipes se sont retrouvées pour une réunion de concertation, qui s'est tenue au Caire les 1^{er} et 2 mars 2010. Cette rencontre a permis aux participants de présenter leurs rapports, de les discuter devant un public de spécialistes, d'en confronter les résultats et de dresser les premières conclusions, dans la perspective de la publication des résultats des travaux.

III. TERRAINS OU DONNEES AYANT SERVI DE SUPPORT A LA RECHERCHE

La recherche était structurée autour de deux groupes de pays : trois pays du nord de la Méditerranée (Belgique, Espagne, France) et trois pays du sud de la Méditerranée (Egypte, Maroc, Tunisie). L'insistance a été mise particulièrement sur la dimension empirique du travail. Chaque équipe nationale était composée de quelques uns des meilleurs spécialistes de droit interne/droit international privé national, pour la plupart professeurs dans les facultés de droit. Leurs rapports se sont basés sur les derniers développements législatifs et judiciaires dont ils avaient une parfaite maîtrise, exposant même de façon dynamique les contradictions qui ont pu apparaître dans la jurisprudence, que ce soit entre les juridictions supérieures et les juridictions inférieures ou entre des tribunaux relevant du même degré de juridiction, ce qui montre bien qu'il s'agit d'un domaine où le droit est « vivant », en évolution constante.

IV. PRINCIPALES CONCLUSIONS

Si la notion d'ordre public a été codifiée en Belgique et en Tunisie, elle continue ailleurs à être de création essentiellement jurisprudentielle. On constate que les pays européens semblent de moins en moins confrontés à l'application d'une loi étrangère. Les règles de conflits de lois tendent en effet à éviter l'application de la loi nationale des époux et, même si cette dernière a vocation à s'appliquer, 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 compétente en vertu de la désignation faite 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 de résidence, qui s'appliquera à titre subsidiaire.

Quant au contenu même de cette notion, on constate que les pays du nord de la Méditerranée semblent partager un grand nombre de valeurs communes. La notion d'ordre public s'oppose à l'application d'institutions étrangères, comme le devoir d'obéissance de l'épouse, la révocation unilatérale de la répudiation par le mari pendant la période de viduité, la répudiation, la polygamie, l'interdiction pour une musulmane d'épouser un musulman ou l'absence de consentement au mariage par la future mariée. Il faut noter également l'importance de la législation communautaire, qui tend à unifier de plus en plus les normes applicables.

La notion d'ordre public atténué s'appliquera au moment de l'exequatur de certaines décisions étrangères, les pays du nord de la Méditerranée acceptant 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 conjoints, le droit au partage d'une pension de retraite ou d'une succession ainsi que le droit pour deux veuves d'obtenir des dommages et intérêts à la suite du décès accidentel de leur époux. En revanche, la jurisprudence refusera le plus souvent d'admettre la pluralité d'épouses en ce qui concerne les prestations d'origine étatique (ex. prestations sociales ou familiales), au nom de l'ordre public.

Au sud de la Méditerranée, le Maroc et l'Égypte présentent 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 *shari'a* islamique. La sphère d'application du droit international privé se voit restreinte par le choix de la nationalité ou de la religion 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, la nationalité et la religion ont donc toujours, au sud de la Méditerranée, les faveurs du législateur et du juge. A partir du moment où un Égyptien ou un Marocain est partie au différend, les tribunaux égyptiens et marocains se déclarent compétents pour en connaître, même s'il réside à l'étranger depuis des années. De même, lorsque la situation juridique implique une personne de confession musulmane, le juge applique le droit « musulman » local, c'est-à-dire le droit marocain si l'étranger musulman réside au Maroc, indépendamment de la loi personnelle de la partie étrangère non musulmane. Un tel privilège réservé aux ressortissants de pays musulmans rend la

coordination avec d'autres systèmes juridiques très difficile. On voit ainsi comment l'appartenance culturelle et religieuse peut conduire à des difficultés interculturelles 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 comme compétente ne sont pratiquement jamais applicables en raison des privilèges de nationalité et de religion. L'exception d'ordre public ne trouve guère à s'appliquer que dans les questions d'exequatur rendues par des tribunaux étrangers ou des actes dressés par des officiers étrangers, qui doivent être reconnus ou exécutés au sud de la Méditerranée.

La question de l'invocation de l'ordre public face à des institutions d'origine musulmane se pose également dans les relations intra-pays arabes. La Tunisie est, de ce point de vue, symptomatique puisque non seulement elle a interdit la polygamie et la répudiation, mais elle a interdit le recours à ces deux institutions par des étrangers établis sur son sol, au nom de la protection de l'ordre public tunisien. 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 national et notamment au 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 tout de même 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 en Tunisie, où le législateur a écarté le fait religieux, ce dernier s'est 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, les magistrats, 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, il est vrai, d'une circulaire du ministre de la justice de 1973. De même, la Tunisie refuse quasi systématiquement l'exequatur

de décisions étrangères octroyant la garde d'enfants de divorcés à la mère étrangère résidente à l'étranger, parce qu'elle ne peut pas assurer à l'enfant une éducation musulmane. De telles décisions ne prennent pas en considération l'intérêt réel de l'enfant ni les conditions concrètes et particulières qui entourent sa situation.

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 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.

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 ainsi 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.

V. PISTES DE REFLEXIONS OUVERTES. REFORMULATIONS OPEREES

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 la notion d'ordre public 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. Elle se retrouve donc contrainte à introduire une requête en 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. De plus, son 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. Cette attitude est celle de la plupart des pays européens (sauf l'Espagne semble-t-il) mais également de la Tunisie. Pourquoi ne pas accepter 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 ?

Le programme de recherche a accordé une place importante à la dimension sociologique, mais le « droit en action » mériterait une étude de terrain plus poussée et plus systématique, particulièrement en ce qui concerne la connaissance et la preuve du droit étranger par les magistrats. Il serait en effet très important d'approfondir la question de la formation des magistrats, des conditions de la pratique du droit de la famille, des modes de fonctionnement de la justice, de la possibilité pour le juge d'exercer un pouvoir discrétionnaire et sur son usage des lois de référence et des arrêts de jurisprudence.

VI. APPLICATIONS ENVISAGEABLES

Il est ressorti des travaux de recherche que le juge européen cherche très souvent un moyen juridique d'écartier l'application du droit étranger, s'évitant ainsi une recherche longue et souvent infructueuse des règles amenées à s'appliquer au litige qui lui est soumis. Le magistrat, dont la charge de travail est considérable, ne parvient pas à libérer le temps nécessaire pour procéder à de telles recherches et n'en a souvent les moyens ni matériels ni financiers. De nombreuses difficultés 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 compétence linguistique jouent également très certainement un rôle et pourraient être compensés par la voie de la formation continue des juges. 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 textes de lois mais aussi les arrêts de principe devraient être rendus disponibles, puisque le juge étranger doit en principe se conformer à l'interprétation du droit donnée dans l'ordre juridique étranger par la jurisprudence étrangère. Les techniques modernes de l'information, et notamment internet, pourraient être utilisés 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 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 arabes pourrait donc être offerte dans le cadre de la formation initiale des avocats ou de leur formation continue.

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 ».

Les pays européens pourraient manifester une plus grande ouverture et une plus grande tolérance face à des règles religieuses. Une solution pourrait être d'accorder une place plus importante au principe de l'autonomie de la volonté. L'option de droit, ouverte en Belgique aux parties qui peuvent choisir (p. ex. 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 être une solution. 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 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 religieux. Elle pourrait également 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.
