

## RELIGION ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA FAMILLE DANS LES PAYS DU PROCHE-ORIENT

par

**Marie-Claude NAJM\***

L'importance du facteur religieux en droit interne de la famille, dans les pays du Proche-Orient, n'est plus à démontrer. C'est en effet sur une base communautaire que s'effectue la répartition des compétences entre les divers statuts religieux en vigueur dans l'ordre interne. La question qui se pose ici est la suivante : ce facteur religieux a-t-il également des répercussions sur le droit international privé de la famille ?

C'est un fait que le caractère confessionnel des systèmes juridiques proche-orientaux a largement contribué à empêcher l'émergence d'un système de conflit de lois analogue à celui des pays occidentaux. En effet, jusqu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, le pluralisme législatif et juridictionnel, en vigueur dans l'ordre interne, se trouvait transposé en droit international privé<sup>1</sup>. Le régime des capitulations révélait bien l'importance qui a toujours été attachée au principe de la personnalité des lois dans les pays du Proche-Orient du fait de la conception religieuse des statuts personnels. La norme religieuse, destinée aux fidèles d'une confession déterminée, peut difficilement être étendue à ceux qui n'en partagent pas la croyance. La naissance même des conflits de lois se trouvait donc paralysée. Certes, plusieurs systèmes juridiques cohabitaient sur un même territoire, mais il s'agissait d'une simple juxtaposition de systèmes totalement séparés. Chaque juridiction appliquait sa propre loi, elle n'avait pas à proprement parler à résoudre des conflits de lois.

Aujourd'hui les Etats du Proche-Orient ont adhéré à la théorie moderne du droit international privé. Mais leur droit garde des traces importantes du passé. Le système conflictualiste occidental, greffé sur les systèmes proche-orientaux, subit des déformations importantes dues à la tradition de la personnalité des lois et, surtout, au caractère religieux de l'ordre juridique. Dans ces pays, en effet, le droit interne de la famille est toujours constitué par une multitude de lois confessionnelles. Le droit international privé subit fortement les conséquences de ce défaut de sécularisation et d'unification.

L'incidence du facteur religieux varie cependant suivant les Etats. Il faut ainsi distinguer, parmi les Etats du Proche-Orient, deux catégories de systèmes :

- ceux où l'Etat lui-même est confessionnel, dépositaire des préceptes d'une religion déterminée. C'est le cas, par exemple, de l'Egypte, de la Jordanie, et, sous certaines réserves, de la Syrie. Les constitutions de ces pays prévoient,

---

\* Assistante à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph, Avocat à la Cour.

<sup>1</sup> V. à ce sujet Ch. CARDAHI, *La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (Etude juridique et historique)*, RCADI 1937, II, p.507 - A. FATTAL, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1958 ; P. ARMINJON, *Le droit international privé en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam*, J.1912, p. 698 et 1030; *Origine, source et nature des capitulations*, J. 1905, p.123 et 922 ; DU RAUSAS, *Le régime des capitulations dans l'Empire ottoman*, Paris, 1910-1911.

d'une part, que l'Islam est la religion de l'Etat (la constitution syrienne dit seulement que l'Islam est la religion du président de la république) et, d'autre part, que la *charia* est la source principale du droit<sup>2</sup>. Le pluralisme communautaire n'efface pas le caractère prédominant du droit musulman, qui l'habilite à faire fonction de droit commun.

- ceux où l'Etat n'est pas lié à une confession déterminée et garde une neutralité à l'égard des divers statuts communautaires qui régissent le droit de la famille. C'est le cas du Liban, où le pluralisme égalitaire interdit de reconnaître à l'un des statuts religieux internes une quelconque supériorité sur les autres. Cet état entraîne en droit international privé toutes les spécificités liées à l'absence de *lex fori*.

Par ailleurs, alors qu'au Liban le droit international privé demeure essentiellement d'origine jurisprudentielle, les pays du Proche-Orient ont codifié leurs règles de conflit de lois.<sup>3</sup> Le Code civil égyptien (1949) a donné l'exemple<sup>4</sup> et a été suivi - pratiquement "copié" - dans les Etats voisins : en Syrie, en Jordanie, mais aussi en Iraq, en Libye, au Koweït, aux Emirats Arabes Unis et même dans le projet de code unifié proposé par la Ligue des Etats arabes<sup>5</sup>.

Une présentation exhaustive de tous les cas d'intervention du facteur religieux en droit international privé, nécessairement descriptive, serait fastidieuse. Il nous semble qu'une vision plus synthétique peut mieux faire ressortir l'influence de l'élément religieux sur les **principes** mêmes du droit international privé, et, surtout, **la diversité des mécanismes par lesquels la religion peut intervenir dans ce droit**. Nous verrons donc dans un premier temps comment la donnée religieuse peut expliquer et fonder les règles de droit international privé, sans trop nous attarder sur cette **interférence du facteur religieux (I)**.

Il nous paraît en revanche plus intéressant de voir comment ce facteur religieux, même lorsqu'il n'apparaît pas de manière immédiate dans les règles, peut se réintroduire de manière plus indirecte, à travers des mécanismes dont il détourne alors la fonction habituelle. Cet aspect fera l'objet de notre deuxième partie, la **résurgence du facteur religieux (II)**.

De fait, les codes ne sont pas tout le droit international privé. Les règles de rattachement, aux techniques abstraites et apparemment neutres, peuvent ressembler au modèle classique universel ; mais l'essentiel se trouve souvent dans la philosophie qui inspire l'interprétation, dans les politiques jurisprudentielles et les courants doctrinaux qui sous-tendent les solutions et qui n'apparaissent pas toujours dans les motivations.

## I - L'INTERFERENCE DU FACTEUR RELIGIEUX

Ces interférences se manifestent dans la structure de la règle de conflit, comme dans son interprétation et son fonctionnement.

---

<sup>2</sup> *Recueil des Constitutions des pays arabes*, Cedroma (USJ), Bruylant, 2000.

<sup>3</sup> P. GANNAGE, *Observations sur la codification du droit international privé dans les Etats de la Ligue arabe*, Etudes en l'honneur de R. AGO, 1987, p.105.

<sup>4</sup> E. ABDALLAH, *Présentation du droit international privé égyptien*, Bull. du CEDEJ, n°13, p.195 ; M.-H. LOUTFI, *Jurisl. Droit comparé, Egypte*, Fasc. 2, 1996.

<sup>5</sup> S.A. ALDEEB ABOU-SALHIEH, *Dispositions relatives au droit international privé dans le projet de Code arabe unifié des transactions préparé par la Ligue des Etats arabes*, R. 1984, p.383.

## A - DANS LA STRUCTURE DE LA REGLE DE CONFLIT

La structure religieuse du droit interne de la famille provoque un effet direct sur les éléments et les catégories de rattachement en droit international privé.

### 1. Le choix de l'élément de rattachement.

Le facteur religieux conduit à adopter des rattachements exclusivement personnels dans les matières du droit de la famille.

#### a) Recours à la loi nationale.

Dans les pays du Proche-Orient, le pluralisme des statuts personnels empêche l'adoption de rattachements territoriaux, notamment celui du domicile.

D'une part, il paraît inconcevable de faire échapper le national du for, domicilié à l'étranger, à l'emprise de la loi religieuse qui lui est normalement applicable.

D'autre part, le recours au domicile suppose un droit laïcisé et unifié qui puisse être étendu aux étrangers. Comment appliquer la loi du domicile - loi religieuse du for - à l'étranger domicilié dans le pays du for, en l'absence d'une législation unifiée en matière de statut personnel ? Même si cela est techniquement possible dans les Etats confessionnels, du fait de la prééminence du droit musulman, ce droit reste inadapté pour régir des étrangers qui ne sont pas ses destinataires.

L'application de la loi nationale dans les matières du droit de la famille revêt donc le caractère d'un principe.

Le rattachement par la nationalité dans les relations internationales prolonge ainsi le rattachement par la confession dans les conflits internes. Il manifeste l'importance de la tradition personaliste dans les Etats du Proche-Orient, à une époque pourtant où la loi du domicile et celle de la résidence connaissent un développement important dans les solutions nationales et les conventions internationales.

#### b) Recours à la volonté des parties.

Dans les systèmes multiconfessionnels, la volonté des parties peut avoir un rôle dans la détermination des éléments de rattachement qui commandent la désignation de la loi applicable<sup>6</sup>.

Le droit libanais en offre un exemple intéressant, dans l'hypothèse des mariages entre Libanais ou entre Libanais et étrangers, à travers la forme de célébration du mariage comme critère révélant la volonté des époux. Au Liban le législateur et la jurisprudence se sont fondés sur la forme de célébration du mariage pour régler le conflit entre la loi religieuse libanaise et la loi civile étrangère. Ainsi, lorsque le mariage a été contracté à l'étranger dans les seules formes civiles de la loi étrangère, il est soumis à la compétence des tribunaux civils (art.79 nouv. code proc. civ.) et régi par la loi civile étrangère (art.25 de l'arrêté n°146/LR du 18 nov. 1938)<sup>7</sup>. Ces dispositions peuvent conduire à soumettre l'ensemble du statut matrimonial à une loi étrangère avec laquelle la situation entretient des liens très ténus : ainsi, nombre de jeunes libanais font un voyage du week-end à Chypre pour s'y marier. La solution peut paraître surprenante au regard des principes de base du droit international privé, mais elle s'explique par le fait que le législateur libanais n'a toujours pas pu introduire un statut civil du mariage en droit interne. Les diverses propositions visant à instaurer le mariage civil - même facultatif - se sont toujours

---

<sup>6</sup> P. GANNAGE, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, R. 1992, p.425.

<sup>7</sup> Cette règle ne s'applique pas, cependant, dans le cas où les deux époux sont de confession musulmane et l'un d'eux au moins de nationalité libanaise.

heurtées au refus des autorités religieuses, traditionnellement opposées à la laïcisation du droit de la famille et au rétrécissement corrélatif de leurs compétences.

## **2. L'étendue de la catégorie de rattachement.**

Le caractère religieux du statut personnel en droit interne conditionne l'étendue de la catégorie de rattachement en droit international privé. Il est logique que les matières soumises en droit interne aux seuls droits confessionnels soient celles qui en droit international privé constituent le "statut personnel" régi par la loi nationale. Le statut personnel ne couvre pas seulement l'état, la capacité, les relations de famille, mais aussi le droit patrimonial de la famille : régimes matrimoniaux et successions.

Cette évolution extensive est donc due au caractère religieux de la notion de statut personnel dans les pays du Proche-Orient. Ainsi, la réglementation, dans le Coran, des successions et des testaments, a conduit à attacher ces institutions à la foi et donc à justifier l'extension du domaine du statut personnel, d'autant plus que le législateur a toujours eu du mal à légiférer dans ces matières, par crainte de heurter les susceptibilités religieuses. D'ailleurs, pour indiquer les matières du statut personnel, le législateur égyptien a utilisé l'expression "les matières religieuses".

Il faut cependant indiquer que l'Etat, qui a le souci de laïciser et d'unifier le droit, réussit mieux à le faire dans les matières du droit patrimonial de la famille, qui relèvent moins directement des données religieuses. Ex: le régime des biens des époux, que la jurisprudence au Liban et en Syrie a soumis, en l'absence de texte, à la compétence des tribunaux civils et aux dispositions du droit civil des obligations<sup>8</sup>; ou encore le droit successoral, laïcisé et unifié par le législateur libanais en 1959, bien que la réforme n'ait pas pu être étendue aux communautés musulmanes et druze.

## **B - DANS L'INTERPRETATION ET LE FONCTIONNEMENT DE LA REGLE DE CONFLIT.**

Le caractère religieux des systèmes proche-orientaux en droit de la famille emporte des conséquences sur les mécanismes d'interprétation et de fonctionnement des règles de conflit. Quelques exemples permettront de le vérifier.

### **1. Le mécanisme de la qualification.**

En l'absence d'un droit laïcisé du for dans les systèmes confessionnels, le juge est parfois tenu de procéder à une qualification *lege causae*<sup>9</sup>.

En effet, à quels concepts du for recourir en présence de plusieurs droits religieux égaux comme au Liban? Ainsi, en soumettant au droit français les conditions de fond du mariage de deux Français célébré au Liban devant un prêtre catholique, la jurisprudence libanaise a adopté la qualification française (distinction fond/forme du mariage) et non celle du droit religieux libanais (qui lie fond et forme du mariage et qui aurait abouti en l'espèce à soumettre tout le régime du mariage à la loi confessionnelle).

Même dans les Etats musulmans, où la qualification selon les concepts du for est techniquement possible sur la base du droit musulman, elle ne se ferait qu'au prix d'une dénaturaison du droit laïque étranger. Les codes proche-orientaux ont certes opté pour le système classique de la qualification *lege fori*, mais il ne pourra s'agir en fait que d'une simple qualification globale, superficielle, qui vise l'institution dans son

---

<sup>8</sup> V. pour cette jurisprudence, *Le droit libanais*, tome I, LGDJ 1963, p.56 - I. NAJJAR, *Droit patrimonial de la famille, droit matrimonial-successions*, 1997, p.29 et s..

<sup>9</sup> P. GANNAGE, *La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales*, RCADI 1979, III, p.339, spéc. p.368 et s.

ensemble (ex: le mariage) afin de choisir la loi applicable. Une fois celle-ci désignée, les qualifications, plus précises, des divers éléments de l'institution (ex: fond/forme du mariage), devront se faire suivant la loi désignée, sous peine de dénaturer la signification des droits étrangers<sup>10</sup>.

En fait, l'intérêt du problème des qualifications se manifeste sur un autre plan. Dans les matières qui sont au croisement du statut personnel et du régime des biens et des obligations, la qualification revêt ici un aspect fonctionnel marqué: elle est mise au service de la politique de laïcisation du droit poursuivie par l'Etat. Au Liban, dans le cadre du conflit interne comme du conflit international, les juges civils, de manière précise même si elle est inavouée, utilisent le procédé des qualifications pour étendre le domaine de la compétence civile et de l'applicabilité de la loi laïque<sup>11</sup>.

## **2. Le rejet du renvoi.**

Dans les systèmes confessionnels, le juge refuse de faire jouer le renvoi de la loi étrangère à la loi confessionnelle du for. Cette solution manifeste le refus de soumettre à une loi religieuse des personnes à qui cette loi ne s'adresse pas.

Ainsi la jurisprudence libanaise a refusé le renvoi de la loi étrangère à la loi libanaise dans les matières du statut personnel; elle l'a même refusé dans le domaine des successions<sup>12</sup>, alors pourtant qu'une partie de la doctrine estime que la loi successorale de 1959, loi civile, peut constituer le droit commun libanais en la matière et donc être étendue aux étrangers.

Certes le rejet du renvoi s'explique, au Liban, par l'impossibilité d'opérer un choix parmi les diverses lois religieuses du droit libanais auquel renvoie le droit étranger. Mais même dans les pays où le droit musulman constitue le droit commun, le renvoi a été rejeté, pour éviter l'application intempestive du statut musulman à des personnes ou des familles totalement étrangères à l'Islam<sup>13</sup>. Les codes proche-orientaux rejettent ainsi de manière absolue le renvoi (art.27 code égyptien, art.29 code syrien, art.28 code jordanien,...). Cette rigidité est excessive. En effet, elle exclut le renvoi même en dehors des matières du statut personnel. Elle l'exclut de même lorsqu'il conduit à l'application d'une loi tierce laïque, alors que l'admission de ce renvoi au second degré aurait permis de réaliser l'harmonie internationale des solutions.

## **3. Le rôle effacé de l'ordre public dans sa fonction classique.**

- au Liban.

Dans sa fonction classique d'éviction d'une loi étrangère dont le contenu s'avère choquant pour le juge du for, l'ordre public n'est pas appelé à jouer un rôle important en droit international privé libanais. En effet, les infiltrations des droits étrangers sont moins redoutables dans un pays où l'unité du droit interne n'est pas encore réalisée.

Par ailleurs l'égalité des différents droits communautaires ne permet à aucun d'eux de constituer un système de référence susceptible d'être comparé au droit étranger et de mettre en échec les dispositions de ce droit. Enfin, sur quelle base choisir entre les différents statuts religieux celui qui sera substitué à la loi étrangère évincée?

---

<sup>10</sup> P. GANNAGE, *Observations sur les codifications...*, op. cit., p.114.

<sup>11</sup> Ass. Plén. , 3 janvier 1991, RJI 1990/1991, p.46.

<sup>12</sup> Cass. civ. 28 mai 1998, Rec. HATEM, t.215, p.11, obs. W. KASSIR.

<sup>13</sup> Il est significatif de noter que la solution a été expressément consacrée dans le nouveau code tunisien de droit international privé, alors même que le droit tunisien, largement laïcisé, aurait pu envisager à travers le renvoi une coordination avec les droits étrangers. La solution montre en tout cas que le droit musulman, même modernisé, semble trop spécifique pour être étendu aux non-musulmans. Pour le nouveau code, v. M. EL ARBI HACHEM, *Le code tunisien de droit international privé*, R.1999, p.227 (texte du code p.382).

Ce n'est qu'assez exceptionnellement, lorsque le juge pourra dégager, de l'ensemble des statuts communautaires en vigueur au Liban, une conception fondamentale commune, que la loi étrangère contraire à cette conception sera rejetée au nom de l'ordre public international libanais<sup>14</sup>. Cela étant, les risques d'intervention de cet ordre public pourraient être désormais plus élevés, du fait du développement des droits fondamentaux dans les pays occidentaux, lequel conduit à consacrer des solutions pouvant provoquer une réaction commune de refus au Liban (ex : loi étrangère qui établit une égalité totale entre l'enfant adultérin et l'enfant légitime, ou qui autorise le transsexuel à faire rectifier la mention de son sexe sur les registres d'état civil...).

- dans les Etats confessionnels.

La jurisprudence dans les Etats musulmans témoigne d'un grand libéralisme. L'Islam, malgré sa vocation universelle, n'a pas cédé à l'impérialisme idéologique et n'impose pas son modèle familial aux étrangers. Dans les rapports entre étrangers, la loi étrangère est accueillie très largement, même si elle s'oppose aux conceptions fondamentales de l'Islam<sup>15</sup>. Contrairement aux enseignements de Savigny et de Bartin, le défaut absolu de communauté juridique laisse ici le juge indifférent.

C'est pourtant justement par le biais de l'ordre public que nous assistons à la résurgence du facteur religieux.

## **II- LA RESURGENCE DU FACTEUR RELIGIEUX**

La résurgence du facteur religieux peut se constater, mais de manières différentes, dans le système libanais comme dans les autres Etats du Proche-Orient.

### **A- DANS LE SYSTEME LIBANAIS**

Si l'ordre public dans sa fonction classique est rarement mis en œuvre, il joue cependant un rôle spécifique au système libanais, surtout en matière de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers.

Le régime de l'exequatur en droit libanais est libéral : il ne comporte notamment pas de contrôle de la loi appliquée par le juge étranger. Le risque est donc important de voir les dispositions particulièrement impératives de la loi libanaise, spécialement les prescriptions du droit religieux, méconnues dans les relations internationales.

La jurisprudence libanaise a donc utilisé l'ordre public afin de remédier au libéralisme du système de l'exequatur et de préserver les exigences impérieuses du droit religieux libanais<sup>16</sup>.

C'est ainsi que les tribunaux civils ont refusé d'accorder l'exequatur à des jugements étrangers ayant prononcé le divorce en application de la loi civile étrangère, dans l'hypothèse d'un mariage religieux contracté au Liban entre Libanais, ou entre

---

<sup>14</sup> V. pour cette jurisprudence, P.GANNAGE, *Juriscl. Droit comparé, Liban*, Fasc.5, p.8.

<sup>15</sup> M. CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, RCADI 1987, III, p.321, spéc. p.350 et s. ; J. DEPRez, *Droit international privé et conflits de civilisations, Aspects méthodologiques, Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, RCADI 1988, IV, p.19, spéc. p.43 et s.

<sup>16</sup> P. GANNAGE, *Exequatur des jugements étrangers et protection des dispositions impératives du droit du for*, POEJ 1975-1977, p.133.

Libanais et étrangers<sup>17</sup>. Ce n'est certes pas le contenu en soi de la loi étrangère qui a provoqué la mise en œuvre de l'ordre public, contenu qui ne peut choquer le juge libanais alors que le divorce existe dans de nombreux statuts familiaux applicables en droit interne. L'ordre public a ici pour mission d'assurer directement l'application de la loi religieuse libanaise, sur la base de rattachements spécifiques (nationalité libanaise, forme religieuse du mariage...). Il joue le rôle d'une loi de police, loi religieuse particulièrement impérative dont il faut assurer l'application.

Dans un arrêt inédit du 24 février 1992, la Cour d'appel du Mont-Liban a rejeté la demande d'exequatur d'un jugement français prononçant, sur le fondement de l'article 310 du code civil français, le divorce de deux époux libanais mariés en la forme religieuse au Liban et domiciliés en France. La Cour se fonde sur des motifs significatifs : elle observe que les juridictions civiles françaises ne pouvaient exercer une compétence refusée aux juridictions civiles libanaises, car les règles de compétence judiciaire désignant les autorités religieuses revêtent un caractère d'ordre public international. Lorsqu'en droit interne la compétence des juridictions communautaires s'impose par rapport aux tribunaux civils libanais eux-mêmes, *a fortiori* doit-elle s'imposer par rapport aux juridictions civiles étrangères.

De même, la Cour d'appel du Mont-Liban<sup>18</sup> a rejeté l'exequatur d'un jugement belge prononçant l'adoption plénière d'un enfant libanais par un couple belge, le droit des communautés chrétiennes ne connaissant qu'un genre d'adoption, sans rupture des liens avec les parents par le sang. Cette exigence - posée par le droit religieux - serait donc particulièrement impérative : on ne saurait priver un enfant de sa famille d'origine.

L'ordre public préserve ainsi la compétence exclusive des tribunaux religieux libanais et, surtout, le caractère impératif des lois religieuses, lorsque leur domaine au Liban s'étend aux relations familiales internationales. Ce n'est donc pas le seul contenu de la loi étrangère qui déclenche le jeu de l'ordre public, mais le fait que la situation se rattache - d'une manière ou d'une autre, selon les cas - à la loi religieuse.

Cette fonction originale de l'ordre public aboutit à priver les droits étrangers de toute vocation à s'appliquer et ne relève pas, en tout cas, de la conception classique de l'ordre public d'éviction.

## **B- DANS LES ETATS CONFESIONNELS**

La donnée religieuse apparaît rarement de manière ouverte, directe, dans les codifications. Mais elle resurgit de manière indirecte, sous la forme d'un privilège de nationalité ou par le biais de l'exception d'ordre public.

### **1. Les critères apparents.**

Les codes des Etats musulmans du Proche-Orient présentent les règles de conflit bilatérales comme étant le principe; ces règles peuvent donc conduire indifféremment à l'application de la loi du for ou de la loi étrangère.

Par ailleurs, ces codes adoptent le rattachement par la nationalité, lien juridique essentiellement laïque, et non par l'appartenance religieuse. L'adoption, dans ces Etats, de codes de la nationalité modernes, sans couleur religieuse, avait déjà constitué une véritable rupture par rapport au droit musulman. Cela signifie en effet que les non-nationaux sont des étrangers même s'ils sont musulmans.

---

<sup>17</sup> Trib. Mixte Bey. 30 novembre, inédit - CA Mont-Liban 19 février 1991, Al Adl 1990/1991, p.196 ; CA Mont-Liban, 24 février 1992, inédit ; CA Békaa 30 avril 1997, RJL 1997, p.915.

<sup>18</sup> Arrêt du 10 juin 1987, Rec. Hatem 1988, vol. 194, p.209.

## 2. Les critères implicites.

Le critère de l'appartenance religieuse apparaît :

- à travers les règles de conflit unilatérale ;
- et à travers le jeu de l'ordre public, qui aboutit à conférer à ces règles unilatérales, un champ d'application exorbitant.

Prenons un exemple: les articles 12 et 13 du code civil égyptien soumettent les matières du mariage et du divorce à des règles de conflit bilatérales désignant la loi nationale (des époux ou du mari). Mais aux termes de l'article 14 du même code, le droit égyptien est nécessairement applicable à la formation, aux effets et à la dissolution du mariage, dès lors que l'un des conjoints est égyptien au moment de la conclusion du mariage. Ce texte, qui édicte un privilège de nationalité, a été repris dans les autres codes (art.15 code jordanien - art.15 code syrien).

On a reproché à l'article 14 de faire double emploi avec l'article 28, qui prévoit le rejet de la loi étrangère si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs en Egypte<sup>19</sup> (idem art. 29 code jordanien, art. 30 code syrien). En effet, l'objectif de protection du système du for aurait pu être atteint, et avec plus de souplesse, par la voie de l'ordre public. Celui-ci permettrait d'exclure non pas *a priori* toutes les lois étrangères, mais au cas par cas celles qui heurtent les principes fondamentaux de l'ordre juridique égyptien. La loi étrangère ne devrait donc pas être évincée du seul fait qu'elle contredit une règle impérative du droit égyptien, et plus particulièrement du seul fait qu'elle est contraire à la loi musulmane. D'ailleurs les travaux préparatoires égyptiens, et à leur suite les travaux préparatoires jordaniens, précisent que la notion d'ordre public dont il est question ici diffère de celle qui concerne les rapports juridiques sans éléments d'extranéité. Avec l'article 14 au contraire, le juge est lié par la rigidité de la règle de rattachement. Le privilège est choquant parce qu'il est systématique.

Certes les règles de conflit unilatérales et inégalitaires ne sont pas le propre des Etats confessionnels. Evoquons simplement l'article 310 du code civil français qui consacre une compétence législative exorbitante de la *lex fori*. L'Institut de droit international, lors de sa session de Saint-Jacques de Compostelle, a d'ailleurs recommandé le rejet de telles règles<sup>20</sup>.

En réalité, présenté formellement comme la consécration d'un privilège de nationalité, l'article 14 camoufle un privilège de religion. Car en l'absence d'un droit laïque unifié, le droit égyptien applicable dès lors qu'un des époux est égyptien est forcément le droit confessionnel. Le privilège de religion, en vigueur dans l'ordre interne, est réintroduit dans l'ordre international.

On aurait pu penser, en effet, que le but d'un privilège de nationalité est de favoriser le justiciable national dans un conflit mixte. Un exemple simple permet de vérifier le contraire. Si le conflit oppose un mari égyptien à une femme étrangère, le droit égyptien est déjà compétent par simple application de la règle de conflit ; le privilège est de toute façon inutile. Mais si le conflit oppose une femme égyptienne et un mari étranger, et si la loi nationale du mari est une loi laïque qui prône l'égalité des époux, le privilège de nationalité aboutit ici à priver la femme égyptienne des dispositions favorables de la loi étrangère. Le privilège se retourne donc contre la partie égyptienne. Ceci prouve qu'en réalité le but de ce privilège n'est pas de protéger les nationaux mais simplement de satisfaire un intérêt politique, la fidélité à la tradition islamique, laquelle consacre l'application du droit musulman dans les conflits mixtes<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *La jurisprudence égyptienne et les conflits de lois en matière de statut personnel*, J. 1960, p.822.

<sup>20</sup> Ann. de l'Institut, vol. 63, II, p.332.

<sup>21</sup> M. CHARFI, *op. cit.*, p.415.

L'étude de la jurisprudence égyptienne permet d'ailleurs de vérifier que le privilège de nationalité a été appliqué comme un privilège de religion.

Dans le cas du mariage entre un Egyptien non-musulman et un étranger lui aussi non-musulman mais d'une autre confession, l'article 14 aurait normalement dû conduire à l'application du statut confessionnel (non-musulman) de l'époux égyptien. Or les tribunaux ont appliqué dans ce cas le statut musulman, par transposition pure et simple de la solution des conflits interpersonnels dans l'ordre interne<sup>22</sup>.

Par ailleurs, l'article 14 ne vise que les matières du mariage et du divorce. Mais le juge a fait appel à l'ordre public dans les autres domaines du statut personnel en considérant qu'on ne peut pas priver un musulman de son statut. Ainsi la Cour de cassation égyptienne a décidé que pour la succession d'un *de cuius* musulman de nationalité française, l'égalité entre les héritiers des deux sexes prévue par le droit français était contraire à l'ordre public<sup>23</sup>.

Cet exemple montre d'ailleurs - et ceci est particulièrement important - que la solution a été appliquée aux étrangers musulmans, et ce même s'ils sont ressortissants d'Etats laïques soumis d'après leur loi nationale à un statut civil (ex: Turcs). L'extension de la solution aux étrangers est plus grave lorsqu'il s'agit du statut personnel familial que lorsqu'il s'agit du statut personnel individuel, car le droit musulman se trouve alors applicable même à l'autre partie au procès qui n'est ni nationale du for ni musulmane.

Il suffit alors qu'un étranger se déclare musulman ou se convertisse à l'Islam pour pouvoir éluder l'application de sa loi nationale et se voir appliquer le droit musulman. Cette jurisprudence est d'autant plus critiquable que le droit égyptien tient compte du changement de religion d'une partie en cours d'instance s'il s'agit d'une conversion à l'Islam. Cette rétroactivité est génératrice de désordres puisqu'elle bouleverse les situations acquises. Ainsi, le mariage régulièrement contracté d'une non-musulmane sous l'empire de sa loi personnelle devient nul si elle se convertit à l'Islam. Le non-musulman qui se convertit à l'Islam rend les membres non convertis de sa famille incapables de lui succéder.

Le recours à la fraude à la loi aurait permis d'écarter ces résultats lorsque les conversions ont été dictées par le seul souci de détourner les dispositions de la loi d'origine. La jurisprudence égyptienne, qui fait application de la notion de fraude à la loi dans les différentes matières du droit international privé, a cependant refusé d'y recourir pour les changements de religion. Elle a estimé que le contrôle de la fraude remet en cause la foi intime du converti et se trouve interdit en Islam<sup>24</sup>.

C'est ainsi que des étrangers convertis à l'Islam ont été admis à utiliser la polygamie, la répudiation<sup>25</sup>. Pourtant ces institutions, simples tolérances de la loi, peuvent difficilement être regardées comme des principes fondamentaux de l'Islam. Comment y voir alors un élément constitutif de l'ordre public musulman ? Plusieurs auteurs ont proposé, à juste titre, d'introduire une différenciation à cet égard et de limiter le jeu de l'ordre public aux seules prescriptions essentielles du droit musulman<sup>26</sup>.

Quels enseignements peut-on tirer de cette jurisprudence, dont on suppose qu'elle sera également suivie dans les pays qui ont "reçu" le code égyptien?

---

<sup>22</sup> Trib. du Caire, 26 février 1952, Rev. égypt. dr. intern. 1953, p.154 ; Cass. égypt. 17 novembre 1960, Recueil des arrêts de la Cour de cassation, 15ème année, p.583.

<sup>23</sup> Cass. égypt. 27 mai 1964, Rec., 15ème année, t.2, p.227.

<sup>24</sup> Cass. égypt. 3 décembre 1936, Rec., 5ème année, p.118.

<sup>25</sup> A. K. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971.

<sup>26</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, op. cit., p.842.

La jurisprudence s'appuie sur l'ordre public pour substituer, en bloc, la loi musulmane du for à la loi nationale. La notion d'ordre public emprunte donc une coloration subjective et religieuse : elle impose l'application du droit musulman dès lors qu'une des parties est musulmane. L'intervention de l'ordre public est davantage liée ici à la confession des plaideurs (élément de rattachement) qu'à la teneur de la loi étrangère évincée (élément matériel)<sup>27</sup> : une même disposition pourra être accueillie ou rejetée selon la confession des parties. La notion même d'ordre public est altérée, elle revêt le caractère d'une loi d'application immédiate fondée sur un critère religieux.

L'ordre public n'est plus un obstacle exceptionnel à l'application de la loi étrangère compétente, il supprime le principe même de l'application de cette loi et se transforme en un véritable élément de rattachement.

Alors que la règle de conflit désigne la loi nationale de l'étranger, et non sa loi religieuse, la jurisprudence égyptienne aboutit à détruire tout le système conflictuel égyptien. Cette rigidité est inhérente aux systèmes pénétrés de religion et contraste de manière frappante avec le libéralisme des solutions lorsque le litige concerne des étrangers non-musulmans.

Plus important encore : la consécration, par les Etats confessionnels du Proche-Orient, du rattachement par la confession, refoule l'extranéité de la situation et fonde directement la compétence du droit musulman. Nationalité et domicile sont ravalés au rang de rattachements subsidiaires, qui ne jouent que si aucune des parties n'est musulmane.

Lorsqu'une partie est musulmane, le juge statue en définitive, comme si l'affaire était de pur droit interne, faisant totalement abstraction de l'élément d'extranéité que constitue la nationalité étrangère de l'autre partie. Il raisonne en dehors de tout système conflictuel. L'étranger musulman n'est pas considéré comme un étranger mais comme un musulman.

Ces solutions révèlent l'originalité de la notion de rapport international dans les Etats confessionnels. Le droit international privé musulman substitue aux références étatiques que constituent la nationalité, le domicile, la résidence..., le rattachement à une communauté sociologique, la *Umma* ou communauté des fidèles musulmans. C'est l'appartenance à la *Umma* qui fonde à elle seule la compétence du droit musulman quelle que soit la nationalité des parties. La solution se comprend dans la logique du droit musulman, mais non dans celle du droit international privé. La *Umma* est en effet une entité purement sociologique qui ne rentre dans aucun des cadres du droit international privé<sup>28</sup>.

Cette conception fait de l'appartenance religieuse dans les pays du Proche-Orient une dimension essentielle du droit international privé, où se mêlent l'identité nationale, la *Umma* et la culture arabo-musulmane.

Soulignons ici que le problème ne réside pas dans l'application de la loi musulmane dans les relations internationales, mais dans le fait que cette application se fait de manière directe, non en tant que loi intégrée dans un système étatique.

Les solutions adoptées par la jurisprudence dans les pays musulmans ont ainsi fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales. Certains auteurs insistent sur la nécessité de distinguer le rattachement national (lequel doit l'emporter en droit international privé) et le rattachement religieux (lequel doit être cantonné aux conflits internes)<sup>29</sup>. Les travaux préparatoires du code civil égyptien n'indiquent t-ils pas d'ailleurs que la loi nationale est le seul critère retenu ?

---

<sup>27</sup> P. GANNAGE, *Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille (solutions françaises et proche-orientales)*, Mélanges L. BOYER, 1996, p.209.

<sup>28</sup> J. DEPRez, op. cit., p.135 et s.

<sup>29</sup> A.K. ELGEDDaway, op. cit., p.182 et s.

## CONCLUSION

Le poids du facteur religieux montre en définitive que le règlement du conflit de lois n'est pas fondé sur les seules données juridiques. Si le conflit de lois n'engage pas la souveraineté des Etats, il engage en tout cas leurs intérêts. Dans les Etats du Proche-Orient, ces intérêts manifestent l'importance de l'ordre public religieux.

Il ne faut cependant pas exagérer l'argument du caractère politique du droit international privé. Les conflits de lois sont d'abord affaire d'intérêts particuliers. Dans ses "Aspects philosophiques du droit international privé" (Dalloz, 1956), le Doyen Batiffol démontre que les solutions du droit international privé doivent réaliser un certain équilibre entre les intérêts privés des parties, les intérêts généraux de l'Etat du for et les intérêts propres à l'ordre international.

Or certaines des solutions adoptées par la jurisprudence libanaise et, surtout, par les jurisprudences des Etats musulmans, en transposant l'exclusivisme du droit religieux dans les relations internationales, n'assurent pas toujours des solutions équilibrées pour la sauvegarde des intérêts des parties. Elles sacrifient la prévisibilité et l'harmonie internationale des solutions, ce qui est particulièrement fâcheux en droit de la famille où l'état des personnes requiert une grande stabilité.

Ces solutions ont en tout cas l'intérêt de montrer qu'en droit de la famille, la donnée religieuse est particulièrement présente. Mais elles montrent également que lorsque le droit est rivié à une religion, il est condamné à s'enfermer sur lui-même.

La séparation, nécessaire, du droit et de la religion, ne conduit pas à ignorer les dimensions religieuses du droit - notamment en droit de la famille où sont le plus ancrés les particularismes culturels et religieux - car celles-ci restent présentes dans les règles à travers des normes de médiation, telles que la morale, le droit naturel, les bonnes mœurs... Cette séparation impose simplement de rechercher le droit, non pas dans les Révélations, mais dans la raison.