

## Les droits fondamentaux face aux droits étrangers (l'exemple du droit international privé français)

par

Léna Gannagé\*

La réception des droits fondamentaux par le droit international privé français est encore trop récente pour que l'on puisse prétendre en fixer les contours avec précision. Tout au plus peut-on constater, sans risquer de faire de pronostics divinatoires, que droits de l'homme et droit international privé ne font pas bon ménage.

Un peu à la manière d'un couple en crise, les droits fondamentaux et les conflits de lois connaissent aujourd'hui des tensions et des velléités de rupture qui conduisent à occulter, trop rapidement sans doute, le fait que leur rencontre s'est d'abord opérée dans un climat de grande sérénité.

L'entrée des droits fondamentaux dans la sphère des conflits de lois coïncide, en effet, avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Un seul article salue alors l'événement. Il paraît aux *Mélanges Ripert* sous la plume d'un certain Lerebours-Pigeonnière<sup>1</sup>. La signature n'est pas fortuite. La déclaration des droits de l'homme est adoptée en décembre 1948 et quelques mois plus tôt, le 25 mai très exactement, la chambre civile vient de rendre, au rapport de Lerebours-Pigeonnières, alors conseiller à la Cour de cassation, un grand arrêt de droit international privé : l'arrêt *Lautour*<sup>2</sup>. C'est un peu l'âge d'or du droit international privé, l'époque où, loin des codifications législatives et conventionnelles, la matière s'élabore en étroite collaboration entre la doctrine et la jurisprudence<sup>3</sup>, où les professeurs de droit, lorsqu'ils ont le privilège d'accéder à la Cour de cassation, succombent à cette tentation ultime d'élever certaines de leurs opinions doctrinales au rang d'un attendu de principe de la haute juridiction. Lerebours-Pigeonnières ne s'en est pas privé. La définition que donne l'arrêt *Lautour* de l'ordre public paraît directement extraite de son précis de droit international privé<sup>4</sup>. On y apprend, en effet, que l'ordre public a vocation à assurer la défense des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».

Cette définition très contestée va trouver grâce aux droits fondamentaux une certaine cohérence. Ceux-ci ressemblent, en effet, à s'y méprendre à ces principes de justice universels qu'évoque l'arrêt *Lautour*. Rien d'étonnant alors, à ce que dans son article aux *Mélanges Ripert*, Lerebours-Pigeonnières propose précisément d'intégrer les droits de

---

\* Professeur à l'Université de Paris 2- Assas.

<sup>1</sup> P. Lerebours-Pigeonnière, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris 1950, p. 255.

<sup>2</sup> Ch. Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, n° 19, p. 168.

<sup>3</sup> Sur cette époque et plus généralement sur le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit international privé, voir B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *R.C.A.D.I.*, 1992, III, p. 333 et s.

<sup>4</sup> Encore que, l'arrêt *Lautour* ne reprenne que partiellement la définition donnée par le précis de *Droit international privé*, qui considèrerait que l'ordre public « réagit à deux points de vue contre les lois étrangères désignées par notre règlement normal des conflits ». Il réagit d'abord « contre l'application de lois étrangères qui méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées, expression de la morale et de la justice objectives que certains auteurs qualifient de principes internationaux... ». Il réagit ensuite contre « L'application des lois étrangères désignées par le règlement normal français lorsque cette application par suite d'une divergence dans les buts moraux, sociaux, économiques... causerait à l'intérêt français un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international et de la solidarité internationale ». L'arrêt *Lautour* a plutôt consacré la première approche retenue par le précis, ce qui explique les critiques formulées à l'encontre du caractère très restreint de la formulation retenue par la Cour de cassation. Voir par exemple la note de Batiffol, *Rev.crit. DIP*, 1949, p. 89.

l'homme au sein de l'exception d'ordre public international. Les droits fondamentaux permettront ainsi de donner à cette notion d'ordre public aux contours quelques fuyants une certaine consistance. Rétroactivement l'arrêt *Lautour* y puise une certaine légitimité.

Les droits fondamentaux trouvent ainsi à travers l'ordre public international leurs premières marques en droit international privé. En somme, ils s'insèrent presque naturellement au sein de la discipline et, pour tout dire, pendant longtemps ils passent inaperçus.

Comment expliquer alors que ces relations d'abord empreintes de grande sérénité aient pris aujourd'hui une tournure largement conflictuelle ?

Ce changement de perspective s'explique en réalité par la conjugaison de plusieurs facteurs. Ce que l'on constate, en premier lieu, c'est la prolifération des droits de l'homme et des instruments qui leur servent de support. Dépasant le cadre étroit des Déclarations et des préambules de constitutions, les droits fondamentaux s'épanouissent désormais dans les conventions internationales, et notamment au sein de la convention européenne des droits de l'homme qui fait une entrée remarquée sur la scène des conflits de lois. Les plaideurs ont d'ailleurs rapidement compris le profit qu'ils pourraient en tirer dans les litiges de droit international privé et ne se privent pas de s'en prévaloir au soutien de prétentions diverses et variées.

On voit ainsi invoqué devant les tribunaux le droit au respect de la vie privée et familiale pour écarter l'application de la loi argentine qui, en matière de transsexualisme, prohibe le changement de sexe à l'état civil<sup>5</sup>. La liberté d'aller et de venir est également sollicitée pour faire échec à la reconnaissance d'une décision britannique relative à la garde des enfants et imposant au parent gardien de résider avec l'enfant en Angleterre<sup>6</sup>. Mais c'est surtout le principe de l'égalité de l'homme et de la femme qui, en matière de statut personnel, connaît un succès considérable. Il est très fréquemment mis en avant par les femmes originaires de pays de droit musulman qui tentent, à travers la convention européenne des droits de l'homme, d'échapper à l'application des règles discriminatoires en vigueur dans leur loi nationale.

Cette prolifération des droits fondamentaux dans les litiges de droit international privé fait craindre un envahissement de la sphère des conflits de lois par les axiomes de la CEDH.

Un vent de panique s'empare des internationalistes. Il se nourrit de postulats tenaces qui relèvent bien souvent davantage de l'affirmation que de la démonstration. L'idée qui tend à s'imposer est que le droit international privé est incompatible avec les droits de l'homme et que cette incompatibilité est irréductible parce qu'elle trouve sa source dans la finalité de chacune des disciplines.

Alors que la discipline des conflits de lois est entièrement orientée vers la coordination des systèmes, vers l'organisation de la diversité ou l'articulation des différences, les droits de l'homme parce qu'ils aspirent à l'universalité sont inévitablement porteurs d'uniformité. Leur donner la part belle en droit international privé, c'est risquer de faire échec à la réception des droits étrangers, d'entraver l'harmonie internationale de solutions, de consacrer dès lors un cloisonnement inacceptable des ordres juridiques<sup>7</sup>.

Ce discours qui se justifie officiellement par des arguments strictement méthodologiques masque mal en réalité l'irruption dans le débat de considérations d'ordre idéologique. Le plus surprenant, en effet, c'est le ralliement qui se fait en doctrine autour de cette condamnation des droits de l'homme, ralliement qui a réussi à rassembler pour des raisons

---

<sup>5</sup> Paris, 14 juin 1994, *Rev.crit. DIP.* 1995. 308, note Y. Lequette.

<sup>6</sup> TGI. Périgueux, 17 mars 1992, *Rev.crit. DIP.* 1993. 650, note B. Ancel ; *JDI.* 1993. 938, note H. Gaudemet-Tallon ; *JCP.* 1993, I, n° 3688, obs H. Fulchiron.

<sup>7</sup> Sur le risque de cloisonnement des ordres juridiques au quel pourrait conduire une application intempestive des droits de l'homme, voir P. Mayer, « La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev.crit. DIP.* 1991. 651 et s, spéc. 669 et s ; Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M-A. Frison Roche, Th. Revet, n°s 134 et s, p. 92 et s.

différentes des courants de pensée qui en dehors du droit international privé sont traditionnellement antagonistes.

Se trouvent, en effet, unis dans un même combat d'une part ceux qui, en matière de conflit de lois comme ailleurs, sont généralement hostiles aux droits de l'homme parce qu'ils redoutent la pulvérisation du système juridique par la montée en puissance des droits individuels et, d'autre part, ceux qui sont fervents partisans du développement des droits fondamentaux dans toutes les disciplines mais qui, portés par la fièvre de l'individualisme, ont créé sur mesure, pour les relations internationales, un droit de l'homme supplémentaire : le droit à la différence.

Cette alliance contre nature a porté ses fruits parce qu'elle a conduit à nourrir une certaine hostilité à l'encontre des droits fondamentaux. Peu à peu et de manière progressive cette hostilité a fini par atteindre la jurisprudence elle-même qui donne l'impression aujourd'hui de procéder à un refoulement des droits fondamentaux. C'est sur la tentation de ce refoulement (I) qu'il convient de revenir en tentant d'en cerner les manifestations et d'en évaluer les dangers (II).

Section I : La tentation du refoulement des droits fondamentaux.

A- La crainte de l'absolutisme des droits fondamentaux.

La méfiance des internationalistes à l'égard des droits fondamentaux a commencé à se manifester avec l'irruption de la Convention européenne des droits de l'homme au sein du contentieux de droit international privé. Très vite, les perturbations méthodologique susceptibles d'être provoquées par celle-ci ont été mises en évidence. L'inquiétude est surtout venue de l'article premier de la convention qui dispose que « Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

La portée d'une telle disposition dans les relations privées internationales est considérable. Désormais, en effet, toute personne, quelle que soit sa nationalité, dès lors qu'elle a saisi valablement le juge français, peut prétendre bénéficier en France des droits garantis par la convention. Cela signifie non seulement qu'elle peut s'opposer à l'application d'une norme française qui violerait les exigences de la convention, mais qu'elle pourrait aussi, pour les mêmes raisons, faire échec à l'application en France d'une norme étrangère. L'extranéité de la norme, le fait qu'elle émane d'un Etat non partie à la convention, n'empêche pas, en effet, d'en vérifier la conformité aux droits de l'homme dès lors que c'est le juge français qui est appelé à en faire application<sup>8</sup>. Il ne s'agit donc pas d'imposer à l'ordre juridique étranger de se plier aux exigences d'une convention à laquelle il n'est pas partie, mais simplement d'empêcher que le juge français, en donnant effet à une loi ou à un jugement étranger contraires aux dispositions de la CEDH, ne se rende complice de la violation de celle-ci<sup>9</sup>.

Sans doute, la portée de cette évolution n'est-elle pas véritablement révolutionnaire compte tenu du fait que la confrontation du droit étranger aux droits de l'homme était déjà susceptible de s'opérer par le biais de l'ordre public. Mais précisément le recours à ce mécanisme avait pour effet de subordonner la protection des droits fondamentaux aux conditions de déclenchement celui-ci. Aussi, le seul fait de constater la contrariété de la loi ou du jugement étranger aux droits de l'homme ne suffisait pas à en justifier l'éviction. Au-delà de la nécessité de vérifier la violation effective et concrète des droits fondamentaux- qui est également requise par la CEDH-, le recours à l'ordre public imposait surtout de s'assurer que la situation entretenait des liens étroits avec le for, à défaut desquels le mécanisme n'intervenait que dans sa version atténuée.

Or, ce qui modifie désormais radicalement les modalités de la confrontation c'est, qu'à s'en tenir aux termes de son article 1<sup>er</sup>, l'application de la CEDH à une situation de droit

---

<sup>8</sup> Voir à cet égard, les observations de P. Mayer, article préc., spéc. p. 653 et s.

<sup>9</sup> Voir à cet égard, l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989 rendu par la Cour de Strasbourg, *Recueil*. Série A, n° 161 et les observations de P. Mayer, article préc., spéc. p. 655.

international privé n'est plus tributaire de l'intensité des liens qu'entretient celle-ci avec le for. Pour que les droits fondamentaux garantis par la convention aient vocation à s'appliquer à un rapport international, il suffit, en effet, que la compétence internationale des tribunaux français soit valablement établie.

Si la convention laisse chaque Etat libre de choisir les moyens d'en assurer la protection, il reste que quels que soient les moyens retenus, ils doivent permettre de garantir la réalisation des objectifs posés par le traité. Dans cette perspective, deux voies sont généralement envisagées. La première consiste à procéder à une confrontation directe de la norme étrangère aux droits fondamentaux garantis par la CEDH. Favorisée par le caractère *self executing* des dispositions de celle-ci, elle paraît le mieux à même d'en assurer l'efficacité<sup>10</sup>. La seconde préfère s'en tenir à une défense plus classique des droits de l'homme qui continuerait de s'opérer par le canal de l'ordre public quitte à adapter le fonctionnement de celui-ci aux exigences de la convention en proposant un renforcement des conditions de son déclenchement<sup>11</sup>.

En toute hypothèse, et quelle que soit la démarche retenue, la convention porte en germe une transformation des modalités d'intervention des droits de l'homme. Un tel changement de perspective ne va pas sans provoquer quelques inquiétudes que vient alimenter assez vite une importante décision rendue par la Cour de Paris le 14 juin 1994<sup>12</sup>.

La Cour était saisie du cas d'un transsexuel né en Argentine de sexe masculin, qui avait conquis péniblement sa féminité au Maroc par les voies médicales appropriées. Il s'était par la suite établi en France, où il avait obtenu une carte de séjour mentionnant qu'il était de sexe féminin, et il demandait devant les tribunaux français la rectification de son acte de son naissance qu'il voulait mettre en conformité avec sa nouvelle identité. Sa demande est d'abord rejetée en première instance, sur le fondement de la loi argentine, loi nationale de l'intéressé, qui ignore le changement de sexe à l'état civil. Mais voilà que le transsexuel obtient satisfaction en appel grâce à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Paris écarte, en effet, la loi argentine en invoquant sa contrariété à l'article 8 de la convention qui garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale.

Dans les milieux feutrés des internationalistes, cette décision fit l'effet d'un véritable cataclysme : voilà un individu qui par la grâce des droits fondamentaux est en mesure de changer d'identité en franchissant les frontières. Femme en France, homme en Argentine, la décision de la Cour de Paris conduit, pour reprendre l'expression désormais célèbre d'Yves Lequette, à multiplier les sexes boiteux<sup>13</sup>.

A son insu la jurisprudence libanaise, est prise à parti. C'est que quelques années plus tôt le tribunal de Beyrouth a refusé à un transsexuel la possibilité de changer de sexe à l'état civil<sup>14</sup> et l'on s'alarme un peu à Paris du sort des transsexuels libanais qui viendraient à réclamer en France la modification de leur acte d'état civil<sup>15</sup>.

En réalité, au-delà de la menace qu'elle faisait planer sur la continuité de l'état des personnes, ce qui paraissait surtout critiquable dans la décision de la Cour de Paris, c'est l'interprétation très extensive qu'elle proposait de l'article 8 de la CEDH. Car en elle-même la prohibition du changement de sexe à l'état civil n'a pas pour objet mais simplement pour effet<sup>16</sup> de porter atteinte à la vie privée et familiale. La contrariété aux droits fondamentaux

---

<sup>10</sup> Sur les avantages que présente la confrontation directe de la norme étrangère aux droits de l'homme par rapport au mécanisme de l'ordre public, voir L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, préface Y. Lequette, spéc. p. 227 et s.

<sup>11</sup> Pour la défense d'une telle orientation, voir notamment P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev.crit. DIP.* 1997. 1 et s., spéc. p. 12.

<sup>12</sup> Paris, 14 juin 1994, *Rev.crit. DIP.* 1995. 308, note Y. Lequette.

<sup>13</sup> Note précitée, spéc. p. 318

<sup>14</sup> Décision du juge unique de Beyrouth du 22 mars 1992, *RTD. civ.* 1994., p. 957.

<sup>15</sup> On signalera simplement ici l'épilogue heureux de cet épisode très particulier des relations franco-libanaises, puisque les juridictions libanaises ont admis très récemment la possibilité pour un transsexuel libanais de changer de sexe à l'état civil.

<sup>16</sup> Sur cette distinction, voir B. Ancel, note précitée sous TGI. Périgueux, 17 mars 1992.

n'est caractérisée qu'au prix d'une sollicitation abusive du droit à la vie privée et familiale que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'imposait même pas en l'espèce<sup>17</sup>.

Or, plutôt que de stigmatiser l'interprétation extensive que fait la Cour de Paris du droit au respect de la vie privée et familiale, ce que l'on prend pour cible ce sont les droits fondamentaux eux-mêmes et l'application directe qu'en auraient fait les juges du fond. On voit ainsi se former à partir de cette décision un amalgame qui aura la vie longue, et qui va s'avérer lourd de conséquences par la suite. L'idée que la convention européenne des droits de l'homme porte en elle un risque de subversion du droit international privé commence à s'imposer. Aussi, va-t-on tenter par tous les moyens d'en cantonner les effets.

## B- Le cantonnement des droits fondamentaux.

Les modalités de ce cantonnement ont elles-mêmes évolué. Ce que la majorité des auteurs préconise, en effet, dans un premier temps, c'est de ramener les droits fondamentaux dans le giron d'un ordre public dénué de toute spécificité<sup>18</sup>. Rejetant dos à dos la thèse de l'application directe des droits de l'homme ainsi que celle de l'adaptation de l'ordre public aux exigences de la CEDH, un courant doctrinal important enseigne ainsi que les dispositions de la convention ne devraient faire l'objet d'aucun traitement de faveur. L'ordre public de facture classique aurait, en effet, vocation à assurer la défense de tout principe essentiel de l'ordre du for quelle que soit la place de celui-ci dans la hiérarchie des normes<sup>19</sup>.

La question de savoir si une telle orientation est compatible avec les exigences de la CEDH ne préoccupe pas vraiment les internationalistes. En particulier le fait que les droits fondamentaux soient, en l'occurrence, portés par une convention internationale qui occupe une place élevée dans la hiérarchie des normes<sup>20</sup> et qui pourrait ne pas s'accommoder du caractère fuyant et malléable à souhait de l'ordre public ne semble pas faire difficulté<sup>21</sup>.

Le recours à celui-ci pour assurer la défense des droits fondamentaux face aux droits étrangers s'impose du seul fait que l'exception, en raison de sa souplesse et de sa flexibilité, permet de satisfaire au mieux les exigences des conflits de lois. Le raisonnement est repris en chœur par tous les auteurs qui se penchent sur la question avec la certitude que l'opportunité de la démarche suffit à en justifier le bien-fondé. La question préalable de sa licéité au regard des exigences du droit conventionnel est ainsi totalement esquivée.

Or, ce qui est préoccupant dans ce recours à l'ordre public c'est qu'il va contribuer à imprégner la défense des droits fondamentaux de tout le relativisme inhérent à la mise en œuvre du mécanisme. Alors que la confrontation directe de la loi ou du jugement étranger à la CEDH impose uniquement au juge de vérifier si oui ou non la contrariété de la norme étrangère aux droits de l'homme est caractérisée, le recours à l'ordre public emporte une appréciation beaucoup plus souple où vont pouvoir s'engouffrer à loisir les considérations politiques et idéologiques. Et précisément, ce qui paraît très significatif ce sont les transformations que connaît à l'heure actuelle le mécanisme sous l'influence des discours qui prônent sans nuances le relativisme des cultures et celui des droits fondamentaux.

---

<sup>17</sup> Le changement de sexe était déjà pris en compte par la carte de séjour qui en France peut valoir pièce d'identité, de sorte que le requérant ne se trouvait pas « quotidiennement placé dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée » comme l'avait constaté la Cour dans l'arrêt *B. contre France*, rendu le 25 mars 1992 avant de condamner l'Etat français pour violation de l'article 8 de la convention.

<sup>18</sup> Sur l'exposé de cette analyse, voir P. Hammje, article préc., spéc. p. 12.

<sup>19</sup> Voir notamment P. Mayer, « La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev.crit. DIP*, 1991. 651 et s, spéc. 660 et 663 ; Y. Lequette, note sous Paris, 14 juin 1995, préc. spéc. 317.

<sup>20</sup> Sur cet argument, voir G. Cohen-Jonathan, « Les rapports entre la convention européenne et les autres traités conclus par les Etats parties », in *The Dynamics of the protection of Human rights in Europe*, Essays in Honour of Henry G. Schermers, Martinus Nijhoff Publishers, p. 79 et s, spéc. p. 107.

<sup>21</sup> Sur la critique de la tendance des internationalistes (de droit privé) à abuser du recours à l'ordre public pour contrôler la licéité du droit étranger aux exigences du droit international public, voir P. Weil, « le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité internationale des actes des Etats étrangers », *AFDI*, 1977. 9 et s.

Ce que l'on constate, en effet, c'est l'émergence d'un ordre public sur mesure propre à la sauvegarde des droits de l'homme qui, loin d'être affiné ou renforcé par rapport à l'ordre public traditionnel, apparaît au contraire singulièrement affaibli par rapport à celui-ci.

L'idée qui tend, en effet, à s'imposer est que les droits de l'homme affirmés par la CEDH ne sont que l'expression d'une certaine culture régionale et n'ont pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des systèmes juridiques<sup>22</sup>. Aussi est-il préconisé de vérifier lors de la mise en œuvre de l'ordre public que le droit fondamental que l'on entend opposer aux droits étrangers a reçu une consécration suffisamment large au plan international pour pouvoir s'imposer dans les relations internationales sans encourir le reproche d'impérialisme

Si l'affirmation, qui ne fait que constater le défaut d'universalité des droits fondamentaux, comporte incontestablement sa part de vérité, elle est tout à fait inappropriée pour décider du statut des droits de l'homme face aux droits étrangers. L'application des premiers dans les litiges internationaux ne se réclame nullement, en effet, d'une quelconque universalité des droits fondamentaux. Elle procède d'abord du souci d'assurer la défense des principes essentiels du for que l'ordre public a pour fonction de garantir.

Que ces principes soient érigés, par ailleurs, au rang de droits fondamentaux ne devrait modifier en rien les fonctions de l'ordre public sauf à admettre, comme on l'a vu plus haut<sup>23</sup>, que celui-ci doive intervenir de manière renforcée pour assurer la défense des droits de l'homme qui sont portés par une convention internationale. Or, le souci de respecter les identités culturelles, aboutit au résultat exactement inverse puisqu'il prône, au nom du droit à la différence, un relâchement de l'ordre public de facture classique dès lors que sont en cause les droits fondamentaux. Aussi, de manière tout à fait inattendue, parmi les principes essentiels de l'ordre du for, les droits de l'homme, se voient affectés d'un statut de second rang dans les relations internationales.

Cette évolution semble recevoir aujourd'hui une confirmation sur le terrain du statut personnel, dans le contentieux très sensible de la reconnaissance des institutions de droit musulman. L'hypothèse qui se pose le plus fréquemment devant les tribunaux est celle de femmes algériennes ou marocaines résidant sur le territoire français, répudiées par leur mari dans leur pays d'origine, et qui tentent de faire échec en France à la reconnaissance de la répudiation.

A partir des années 1990, la Cour de cassation a trouvé dans la convention européenne des droits de l'homme des ressources inespérées pour s'opposer à la reconnaissance de ce mode de dissolution du mariage en mettant notamment en avant le principe de l'égalité de l'homme et de la femme<sup>24</sup>. Cette référence à l'article 5 du protocole n° 7 additionnel à la CEDH représentait pour les femmes originaires de pays musulmans une conquête considérable. La mise en avant du principe de l'égalité des époux constituait, en effet un obstacle beaucoup plus efficace que ceux qui avaient été opposés jusque là à l'encontre des répudiations. D'une part, en effet, le respect de l'ordre public procédural qui imposait la présence de la femme à la procédure n'était pas d'un grand secours pour celle-ci puisqu'il n'atténuait en rien le caractère discrétionnaire de la répudiation. D'autre part, le recours à l'ordre public alimentaire ne s'opérait parfois que malaisément, certains juges du fond craignant, en réévaluant le montant des compensations pécuniaires octroyées à l'épouse, de procéder à une révision au fond du jugement étranger. Aussi, en s'appuyant sur l'article 5 n° 7 additionnel à la CEDH, la haute juridiction permettait de fermer définitivement la porte aux répudiations sauf dans l'hypothèse où c'était la femme elle-même qui réclamait en France la reconnaissance de la dissolution du lien conjugal.

---

<sup>22</sup> Voir en ce sens G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*. 2003. 1 et s, spéc. p. 21.

<sup>23</sup> *supra*. p.

<sup>24</sup> Voir notamment, Civ.1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, *Rev.crit. DIP*. 1995. 105, note J. Déprez ; *D.* 1995. 263, note J. Massip ; *Grands arrêts de droit international privé*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, n° 64, p. 592 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1995, *Rev.crit. DIP*. 1995. 569, note J. Déprez ; *JDI*. 1995. 345, note Ph. Kahn ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 1997, *JDI*. 1998. 110, note Ph. Kahn ; *D.* 1997. 400 et s, note M-L. Niboyet ; *JCP*. 1997. I. 101, obs. H. Fulchiron.

Cette jurisprudence avait été diversement appréciée par les internationalistes et beaucoup n'avaient pas manqué de dénoncer une invocation intempestive de la CEDH qui risquait de rompre le dialogue avec les Etats musulmans.

Sensible sans doute à cette argumentation, la Cour de cassation a infléchi sa position en délaissant la référence au principe de l'égalité des époux, pour assouplir considérablement l'accueil des répudiations<sup>25</sup>. L'argument du relativisme des droits de l'homme l'avait emporté, le principe de l'égalité des époux désertait l'ordre public international qui, du même coup, était singulièrement rétréci. Cet affaiblissement de l'ordre public était d'autant plus remarquable que le libéralisme de la jurisprudence se manifestait à l'égard de situations qui entretenaient des liens étroits avec le for puisqu'elles visaient des époux ayant tous deux leur résidence en France.

L'on croyait que la cause était définitivement entendue. Mais tout récemment, la haute juridiction a opéré un revirement spectaculaire en réintégrant le principe de l'égalité des époux au sein de l'ordre public international<sup>26</sup>.

Ces hésitations reflètent à merveille les atermoiements susceptibles d'être provoqués par l'irruption de considérations d'ordre idéologique au stade de la mise en œuvre de l'ordre public international. Il faut espérer, en toute hypothèse, que la dernière orientation retenue par la haute juridiction puisse s'imposer de manière durable, tant paraît périlleuse l'aventure qui consiste à invoquer le respect des identités culturelles pour justifier la mise en veilleuse des droits fondamentaux.

## II- Les dangers du refoulement des droits fondamentaux.

Animé par le souci de respecter la diversité des cultures et de ne pas imposer dans les relations internationales une conception occidentale du droit des personnes et de la famille, ce cantonnement des droits fondamentaux n'a pas toujours été bien perçu à l'étranger. Les critiques les plus virulentes à l'encontre de la position de la Cour de cassation sont venues de là où on les attendait le moins. Elles sont venues du versant Sud de la Méditerranée, et notamment de la doctrine tunisienne<sup>27</sup>.

C'est que soucieuse de respecter les identités culturelles et de ne pas rompre le dialogue avec les sociétés arabes et musulmans, la jurisprudence française peine à identifier ses interlocuteurs. Comment pourrait-on d'ailleurs le lui reprocher ?

Dans les sociétés du monde arabe qui sont toutes non démocratiques, les contours de l'identité culturelle restent difficiles à définir. Le droit de la famille censé refléter, à sa manière, une certaine part de cette identité le montre bien. Il ne correspond plus dans bon nombre d'Etats de la région aux aspirations d'une frange non négligeable de la société civile et à l'évolution de son mode de vie. A tout le moins, cette distorsion se rencontre-t-elle dans les pays arabes du pourtour méditerranéen comme l'Algérie, le Maroc, le Liban, l'Egypte où l'ouverture sur le monde occidental conduit à une interpénétration croissante des cultures. L'immobilisme du statut personnel qui perdure pourtant dans ces Etats, s'explique moins par l'attachement inconditionnel de la population aux prescriptions des droits religieux que par

---

<sup>25</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 2001, *D.* 2001. II. 3378, note M-L. Niboyet ; *JCP.* 2002. II. 10 039, note Th. Vignal ; *Rev. crit. DIP.* 2001. 704 ; *JDI.* 2002.182, note Ph. Kahn ; *Droit et Patrimoine.* 2001, n° 97, p. 116, obs. F. Monéger ; *Petites Affiches* 2002, n° 108, p. 11, note P. Courbe ; voir aussi la chronique de M. Farge, « Les répudiations musulmanes : le glas de l'ordre public fondé sur le principe d'égalité des sexes », *Droit de la famille*, juillet-août 2002, p. 13 et s.

Voir depuis, Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2001, *Droit et Patrimoine.* 2001, n° 97, p. 116, obs. F. Monéger et Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mars 2002, *JCP.* 2002. II. 10 095, note H. Fulchiron .

<sup>26</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 février 2004, *Dalloz.* 2004., n° 8, *Dernière actualité*, p. 508.

<sup>27</sup> Voir par exemple, l'article de K. Meziou et A. Mezghani, « Les musulmans en Europe, l'application de la loi nationale au statut personnel : essai de clarification », dans les *Cahiers des Droits Maghrébins*, 1995, n° 1, p. 65 et s, spéc. p. 71 ; voir aussi A. Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman », *JDI.* 2003. 721 et s.

l'omnipotence des autorités confessionnelles que l'Etat, qui est dépourvu de toute légitimité démocratique, ne peut prendre le risque de s'aliéner.

Rien d'étonnant alors à ce que le statut personnel en vigueur dans les Etats arabes soit perçu sur le versant Nord de la Méditerranée comme un ensemble de prescriptions religieuses, vouées à l'immobilisme, et que cette perception dicte nécessairement au nom du pragmatisme la position des tribunaux français. A quoi bon refuser de reconnaître en France des institutions discriminatoires dès lors qu'elles s'imposeront éternellement dans les pays de droit musulman ?

Une telle analyse méconnaît pourtant la réalité souvent beaucoup plus complexe des pays arabes et le fait que s'affrontent aujourd'hui autour de la question du statut personnel deux sociétés<sup>28</sup>: une société traditionnelle qui demeure attachée au statut personnel religieux et une société avide de réformes, qui ne renie en rien son identité culturelle, mais qui affranchie de tout complexe à l'égard de l'occident, n'hésite pas à lui emprunter certaines valeurs pour peu qu'elles lui paraissent dignes de considération.

Longtemps présenté par ses adversaires comme une minorité d'intellectuels et de féministes acquis à l'Occident, coupé des réalités locales, et non représentatif de la société arabe, le camp des réformateurs réalise aujourd'hui ses premières conquêtes.

En témoigne d'abord la réforme du code du statut personnel marocain. Si l'on peut regretter que le législateur marocain n'ait pas été jusqu'au bout des nouvelles orientations en supprimant purement et simplement les institutions les plus discriminatoires du droit musulman, il reste qu'un pas important a été franchi, puisque le principe de l'égalité de l'homme et de la femme est désormais inscrit de manière explicite au cœur même de la Moudawanna.

A cela s'ajoute cette jurisprudence audacieuse du tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Tunis qui refuse au nom de l'ordre public tunisien de reconnaître une répudiation intervenue en Égypte alors même que c'est l'épouse répudiée qui en réclame la reconnaissance en Tunisie<sup>29</sup>.

Replacée dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour de cassation sur les répudiations n'est pas neutre. A son insu, elle prend parti dans ce débat sur le statut personnel en privilégiant en France un islam au détriment de l'autre. Aussi, le cantonnement des droits fondamentaux que prône aujourd'hui un courant doctrinal important pourrait-il conduire aux résultats qu'il se proposait de combattre. En affaiblissant l'action des réformateurs, il prend le risque de freiner le rapprochement des systèmes juridiques auquel conduirait nécessairement l'évolution du statut personnel dans les Etats arabes et musulmans.

Plus loin, en poussant jusqu'à ses extrêmes limites l'argument du relativisme de cultures, il autorise toutes les discriminations au nom du droit à la différence. Car s'il est vrai que les particularismes culturels qui fondent la diversité des statuts personnels demeurent une donnée incontournable de la vie internationale, ils ne sauraient occulter l'existence d'un socle minimum de valeurs universelles. Dans le domaine du statut personnel, ces valeurs communes pourraient d'ailleurs se cristalliser autour de la dignité de la personne humaine, dignité qui doit prévaloir au-delà de la diversité des modèles familiaux.

Il y a au demeurant dans ce droit fondamental à la dignité un potentiel considérable de rapprochement des systèmes juridiques dont il n'est pas dit que le monde arabe sera seul bénéficiaire. En empruntant à l'Occident le statut de la femme, l'Orient pourrait lui offrir en retour le statut de ses vieux, car les vents brûlants du désert d'Arabie n'ont jamais balayé en l'espace de quelques jours les milliers de vieillards qu'emportent avec elles les canicules qui s'abattent parfois sur le versant Nord de la méditerranée.

---

<sup>28</sup> Sur la réalité de cet affrontement, voir K. Meziou et A. Mezghani, article préc.

<sup>29</sup> Tribunal de première instance - Tunis - n°34179 du 27 juin 2000, *RTD*. 2000. , p. 426, note M. Ben Jemia.