
DE L'ORDRE PUBLIC À L'ACCOMMODEMENT RÉCIPROQUE

PROPOS COUSUS SUR L'ISLAM, LES FEMMES ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Jean-Yves CARLIER *

Dans le cours des années quatre-vingt, je me suis rendu, comme jeune chercheur, dans les pays du Maghreb. Je travaillais, avec Michel Verwilghen, sur la question du statut personnel des migrants, ressortissants de pays du Maghreb, en Belgique en particulier et en Europe en général. En Tunisie, les voix convergentes de Mohamed Charfi et de Mohamed Hachem me conduisirent très vite vers Kalthoum Meziou qui, en 1982, avait soutenu sa thèse sur "Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français : le cas du divorce des couples mixtes". Kalthoum Meziou non seulement offrit ses compétences et sa rigueur en réponse à mes questions, mais accepta très vite de participer au dialogue que nous tentions d'établir entre juristes de différents pays. Celui-ci aboutit au colloque qui s'est tenu en Belgique, à Louvain-la-Neuve, en mai 1991 sur le thème "Le statut personnel des musulmans en Europe. Un statut juridique spécifique ?"¹ Les interventions de Kalthoum Meziou y furent unanimement appréciées tant pour l'élégance de la forme que pour la pertinence du fond². Depuis, les écrits sur ce sujet se sont multipliés, des deux côtés de la Méditerranée. Kalthoum Meziou a développé ses talents et sa rigueur d'analyse, notamment dans d'autres domaines du droit international privé, dont l'arbitrage international. C'est toutefois à ce premier sujet que je souhaite revenir pour le présent hommage et ce pour deux motifs. D'une part,

* Professeur à l'Université catholique de Louvain et à l'université de Liège, avocat.

¹ J.-Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992. Ont notamment participé à ces travaux, pour la Tunisie : Kalthoum Meziou et Mohamed Hachem ; pour le Maroc : Abderrazak Moulay R'Chid et Salima El Mernissi ; pour l'Algérie : Mohamed Mahieddin et Ali Mebroukine ; pour l'Égypte : Fouad Riad, Hisham Sadek et Hafiza El Haddad ; pour l'Allemagne : Omaia Elwan et Bruno Menhoffer ; pour la France : Ibrahim Fadlallah.

² "Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille", *idem*, pp. 247-274 et "Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel", *idem*, pp. 275-309.

je crois que tout professeur demeure attaché à ses premières recherches, ne fût-ce que parce que l'évolution de ses propres positions sur le sujet lui permet de mesurer le chemin parcouru tant par lui-même que par le contexte qui l'entoure. La dédicataire de ce texte l'a prouvé encore en 2004 en dirigeant et en participant activement aux travaux organisés à Tunis sur le thème "Polygamie et répudiation dans les relations internationales"³. D'autre part, le sujet n'a pas perdu de son actualité, comme le montrent trois décisions récentes des deux cours suprêmes de Belgique, commentées ci-dessous, qui ont trait à la polygamie et à la répudiation. Comme l'indique le sous-titre, ces propos se construiront autour de la question récurrente de la prise en considération par des États de droit laïque d'institutions liées au droit musulman, en particulier lorsque, directement ou indirectement, elles conduisent à attribuer un statut d'infériorité aux femmes. Illustrée par la pratique des jurisprudences belges, la première partie interrogera la difficulté de ces situations (I. Des pratiques difficiles), alors que la deuxième partie tente de proposer des cadres théoriques qui ne peuvent faire l'économie de cette complexité (II. Une théorie complexe). Ce faisant, je tente de renouer avec l'esprit d'ouverture et de respect mutuel qui anima ces premières rencontres. Non que cet esprit se soit perdu mais que l'évolution du contexte, de part et d'autre de la Méditerranée, conduit parfois à des positions très tranchées, qualifiées tantôt d'absolutisme des droits de l'homme, tantôt de relativisme culturel. Des voies médianes, qui ne sont pas faciles et requièrent l'adresse d'un funambule sur l'arc-en-ciel, pour reprendre la belle image d'Hélène Gaudemet-Tallon, me paraissent possibles⁴. D'une certaine manière, sans nier la nécessité d'ordonnement de la vie en société, rôle du droit en général et du droit international privé en particulier, il s'agit, selon le titre de cette modeste contribution, d'évoluer de la rigidité d'un ordre public unilatéral, imposé par l'État aux particuliers, vers un accommodement réciproque qui tienne compte des intérêts particuliers et des intérêts collectifs.

I. DES PRATIQUES DIFFICILES DANS LA JURISPRUDENCE BELGE

Lorsqu'on aborde en droit international privé les difficultés suscitées par l'application ou la réception de droits d'origine musulmane dans les ordres juridiques laïcisés, c'est en général la question de la polygamie et celle de la

³ *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, Actes de la table ronde organisée à Tunis le 16 avril 2004, Tunis, Éd. AB Consulting, 2006.

⁴ H. Gaudemet-Tallon, "Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)", *Cours général, RCADI*, t. 312, 2005, pp. 9-488.

répudiation qui sont retenues. Le "conflit" est réel⁵. Même s'il n'est pas nécessairement "de civilisation", il correspond au sens technique des conflits de lois et de juridictions en droit international privé. Les théories du "choc des civilisations" donnent toutefois à l'expression "conflits de civilisations" un sens dérivé négatif qui me conduit, avec Patrick Kinsch, à en éviter l'usage⁶. Parler de rencontres de droits différents ne nie ni les différences, ni les difficultés. C'est, il est vrai, en relativiser l'opposition à deux égards. D'une part, la difficile rencontre de droits différents n'est pas nécessairement la conséquence de "civilisations" ou même de cultures juridiques différentes. Certes, lorsque Savigny construit le système multilatéral de droit international privé fixant la recherche du siège de toute situation juridique comportant des éléments d'extranéité par le moyen de facteurs de rattachement, il raisonne, comme le titre même de son ouvrage en plusieurs volumes l'indique, dans le cadre d'un système juridique européen commun, issu du droit romain⁷. Cela n'en exclut nullement les conflits. Qu'il suffise, dans le domaine qui nous intéresse de la famille internationale, de songer aux conflits entre droits des États européens hier en matière de divorce, demain en matière de mariage de personnes de même sexe. Dans le cadre des pays arabes, c'est dans le même sens que Kalthoum Meziou s'interroge en avant-propos du colloque de Tunis : "Peut-on parler de choc de civilisations ou de conflit de cultures ? ", lorsque les questions de droit international privé soulevées par la polygamie et la répudiation se posent entre la Tunisie et d'autres pays arabes et musulmans⁸. D'autre part, lorsque sont en cause les "conflits" entre droits d'États où l'Islam est religion d'État et droits laïcisés, le fait que les exemples soient systématiquement tirés de deux institutions, la polygamie et la répudiation, indique *a contrario*, qu'il n'y va pas d'un conflit généralisé, même s'il y a d'autres difficultés, par

⁵ P. Mercier, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Droz, 1972 ; 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*, t. 211, 1988, pp. 9-372 ; M.-Cl. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005.

⁶ P. Kinsch, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *RCADI*, t. 318, 2005, p. 264 et M.-Cl. Najm, *op. cit.*, note 5, p. 3. Voir aussi P. Gannagé, "La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales", *RCADI*, t. 164, 1979, pp. 339-423, les travaux de l'Institut de droit international, session de Cracovie, vol. 71-I, Paris, Pedone, 2005, pp. 7-115 avec le rapport de P. Lagarde sur "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille" et S. Vrellis, "Conflits ou coordination de valeurs en droit international privé", *RCADI*, t. 328, 2007, pp. 175-486, en faveur d'une *Wertungsjurisprudenz* fondée sur des valeurs fondamentales.

⁷ F.C. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und comp., 1849, t. VIII (livre III), traduc. fr. Ch. Guessoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1851.

⁸ *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, *op. cit.*, note 3, p. 7.

exemple en matière de filiation et de succession. La polygamie et la répudiation sont probablement surinvesties par la théorie au regard de la réalité d'ensemble. Je ferai toutefois de même car c'est sans doute en scrutant l'extrême que l'on peut mieux voir le général et le plus proche, pour autant qu'on accepte d'y revenir. Trois décisions des cours suprêmes de Belgique, en 2007 et en 2009, relatives à la répudiation (A) et à la polygamie (B) permettent de mesurer les difficultés pratiques soulevées par ces questions.

A. RÉPUDIATION

En 2007, à six mois d'intervalle, la Cour de cassation de Belgique prononce deux arrêts qui concernent le premier (B.A.) la répudiation, le second (H.A.) la polygamie⁹. La première affaire (B.A.) concerne une pension alimentaire après répudiation. En première instance et en appel, les juges du fond avaient accordé une pension alimentaire à une Marocaine répudiée au Maroc par son mari belgo-marocain, alors que les parties résidaient en Belgique. Les juges du fond avaient écarté l'application de la loi marocaine ignorant la pension alimentaire après répudiation et appliqué le droit belge en soulignant "le rattachement de la situation des parties à l'ordre juridique du for (belge) après neuf ans de vie commune en Belgique où sont nés les enfants". La Cour casse, considérant que la loi belge prévoyant la pension alimentaire après divorce "n'est pas une disposition d'ordre public international". Il est frappant de relever qu'aucune des décisions, ni au fond ni en cassation, ne met en cause la reconnaissance en Belgique du jugement marocain ayant acté la répudiation, confirmant de la sorte implicitement la reconnaissance d'une répudiation lorsque c'est, comme en l'espèce, la femme qui s'en prévaut. Or, si cette jurisprudence existait en Belgique¹⁰, elle fut écartée dans le nouveau Code de droit international privé de 2004 (ci-après Codip) par une clause d'ordre public spécifique à la reconnaissance des répudiations¹¹. L'article 57 du Codip stipule que : "§1^{er}. Un

⁹ Cass. b., 18 juin 2007, B.A. c. B.F. (C.04.0430.F/1) et 3 décembre 2007, H.A. c. Office national des pensions (S.06.0088.F/1), accessibles sur www.cass.be, publiés avec une note J.-Y. Carlier, "Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé", dans la *Revue générale de droit civil belge*, 2008, p. 525. Pour un commentaire distinct de chaque arrêt, le premier, P. Wautelet, "La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire", *Jurisprudence de Liège, Mons, Bruxelles*, 2008, p. 822 ; le second, C. Henricot, "Les effets du mariage polygamique sur les droits sociaux", *Revue trimestrielle de droit familial*, 2008, p. 825.

¹⁰ Cass. b., 29 avril 2002, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2003, p. 94, note J.-Y. Carlier.

¹¹ J.-Y. Carlier, "Le Code belge de droit international privé", *RCDIP*, 2005, p. 11 ; M.-Cl. Foblets, "Article 57", in J. Erauw, M. Fallon et al. (dir.), *Le Code de droit international privé commenté*, Bruxelles, Bruylant, Intersentia, 2006, p. 306 ; Fl. Colienne, "La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit internatio-

acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.

§ 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes :

- 1°. L'acte a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi ;
- 2°. Lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage ;
- 3°. Lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage ;
- 4°. La femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage ...".

On retiendra ici deux aspects de la disposition. Le premier est le rejet de principe de la reconnaissance des répudiations. Le libellé du premier paragraphe et le caractère cumulatif des conditions du second paragraphe, parmi lesquelles figurent la proximité (2° et 3°) et l'acceptation par la femme (4°), l'indiquent clairement. Le deuxième aspect, qui est la conséquence du premier, est l'introduction d'une proximité de principe plus que de localisation. La proximité, par nationalité ou résidence d'une partie, exigée pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public n'est pas tant une proximité avec l'ordre juridique du for (belge), mais avec tout "État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage". Par exemple, la répudiation effectuée au Maroc, entre Marocains, ne serait pas reconnue en Belgique si l'un des époux résidait en Tunisie, même si c'est la femme qui s'en prévaut. Au demeurant, cela serait conforme à la jurisprudence tunisienne qui, après avoir dès 1977 rejeté l'application du droit marocain au divorce entre une Tunisienne et un Marocain en Tunisie¹², a également rejeté, en 2000, la demande d'*exequatur* d'une répudiation égyptienne formulée par la femme, considérant que : "si la requête de la femme aux fins de l'*exequatur* constitue un consentement donné à la violation de ses droits

nal privé", *Revue générale de droit civil belge*, 2005, p. 445 ; P. Wautelet, "La répudiation répudiée", *Revue de la faculté de droit de Liège*, 2004, p. 457.

¹² Trib. 1^{re} Inst. Tunis, 19 avril 1977, *Clunet*, 1979, p. 652, note M. Charfi et *RTD*, 1977, p. 91, note A. Mezghani (exception d'ordre public écartant l'application de la loi marocaine), cité par K. Mezouli in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, *op. cit.*, note 1, p. 289 ; Cass. civ. Tunis, 16 juin 1987, n° 17297, *Bull.*, 1987, p. 223, cité par A. Mezghani, *Droit international privé. États nouveaux et relations privées internationales*, Cérès, Tunis III, 1997, pp. 156 et 342.

de défense ... cette requête ne peut voiler la contrariété de la répudiation à l'ordre public tunisien du fond au sens du droit international privé"¹³.

La jurisprudence tunisienne considère d'une certaine manière que, si l'ordre public procédural peut être couvert par la volonté, l'ordre public des droits fondamentaux, en l'occurrence du principe d'égalité, ne peut l'être ni par la volonté ni par un éloignement (non proximité) de la situation par rapport au for. Du reste, l'article 36, alinéa 3 du Code tunisien de droit international privé écarte expressément le critère de proximité en stipulant que "l'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige"¹⁴, à la différence de l'article 21 du Codip belge qui prévoit que l'incompatibilité manifeste avec l'ordre public "s'apprécie en tenant compte, notamment de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge". Toutefois, en élargissant à l'article 57 du Codip le champ spatial de la proximité du for vers tout État "dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution", le législateur belge, tout en maintenant la logique de proximité, la fait nécessairement glisser du champ spatial d'un ordre juridique vers le champ matériel des droits fondamentaux, ce qui est assez proche de l'orientation prise par la jurisprudence française¹⁵. Pourquoi alors la Cour de cassation de Belgique n'a-t-elle pas écarté tout simplement la reconnaissance de cette répudiation, ce qui lui évitait de se prononcer sur le caractère d'ordre

¹³ Trib. 1^{re} Inst. Tunis, 27 juin 2000, *RTD*, 2000, p. 425, note M. Ben Jemia, cité par S. Ben Achour, "L'ordre juridique tunisien face à la répudiation islamique", in *Polygamie et répudiation dans les relations internationales*, *op. cit.*, note 3, p. 48 ; par A. Mezghani, "Quelle tolérance pour les répudiations ?", *Rev. int. dr. comp.*, 2006, p. 70 ; par P. Kinsch, *op. cit.*, note 6, *RCADI*, 2005, p. 276 et par L. Gannagé, "À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 284. Tendance confirmée par Trib. 1^{re} Inst. Tunis, 1^{er} décembre 2003, n° 47564, inédit cité par S. Ben Achour, *idem*, p. 49.

¹⁴ Texte in *RCDIP*, 1999, p. 382. Il s'agit toutefois ici de l'exception d'ordre public figurant dans le titre V, relatif à "la loi applicable", non de celle figurant à l'article 11 sous le titre III, consacré à "l'exequatur". Dans son commentaire, Mohamed Hachem critique cette disposition, *idem*, p. 240.

¹⁵ Parmi les nombreuses décisions et publications, voir pour les synthèses et commentaires récents, S. Vrellis, *op. cit.*, p. 301 ; P. Kinsch, *op. cit.*, p. 268 ; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 414 ; P. Lagarde, rapport pour l'IDI, *op. cit.*, note 6, et "Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial", in *Festschrift für H.J. Sonnenberger*, Munich, Verlag C.H. Beck, 2004, p. 481 ; R. El-Husseini Begdache, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, LGDJ, 2002 ; L. Gannagé, *Mélanges en l'honneur de Gaudemet-Tallon*, *op. cit.*, 2008, p. 264 ; M.-L. Niboyet, "Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes", *Rev. int. dr. comp.*, 2006, p. 27 et H. Fulchiron, "Ne répudiez point ... : pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004", *idem*, p. 7. Pour des commentaires des arrêts du 17 février 2004 de la Cour de cassation de France, voir J.-P. Marguenaud, *Rev. trim. dr. civ.*, 2004 ; H. Fulchiron, *JCP*, 2004, II, 10128 ; L. Gannagé, *Clunet*, 2004, p. 1200 ; P. Courbe, *D.*, 2004, Chron., p. 815 ; P. Hammje, *RCDIP*, 2004, p. 423. Voir aussi Cass. fr., 3 janvier 2006, *RCDIP*, 2006, p. 627, note M.-Cl. Najm.

public ou non de la pension alimentaire après divorce ? Techniquement, l'explication est simple. Si le nouveau Code de droit international privé était déjà en vigueur au moment où la Cour de cassation statue, "les articles concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères ... s'appliquent aux décisions rendues ... après l'entrée en vigueur" du Codip (article 126, § 2). C'est donc la date de la décision du pays d'origine qui doit être prise en considération et, en l'espèce, le jugement marocain actant la répudiation était antérieur à l'entrée en vigueur du Codip. Fondamentalement, l'explication est toutefois plus complexe. Rien n'empêchait, en effet, la Cour de cassation de s'inspirer de l'article 57 du Codip pour rejeter la reconnaissance de la répudiation, d'autant que la jurisprudence antérieure n'était pas certaine. À l'inverse, consciemment ou non, la Cour de cassation semble marquer son désaccord avec le législateur belge tant qu'elle le peut encore, en soutenant une tendance de sa jurisprudence antérieure qui acceptait la reconnaissance de la répudiation au motif que l'épouse s'en prévaut. Cette tendance se lit aussi à l'article 65, § 2, litt. c, de la loi suisse de droit international privé qui stipule que : "Article. 65 [...] 2. La décision [de divorce ou de séparation de corps] rendue dans un État dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité n'est reconnue en Suisse que : [...] lorsque l'époux défendeur a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse"¹⁶.

L'attitude de la Cour de cassation de Belgique est toutefois paradoxale. En reconnaissant en amont la répudiation, elle semble veiller aux intérêts de la femme, en faisant droit à sa volonté pour couvrir l'exception d'ordre public fondée sur l'inégalité. En revanche, en rejetant en aval le caractère d'ordre public de la pension alimentaire après divorce, malgré la proximité manifeste de la situation avec l'ordre juridique belge, elle supprime toute possibilité d'aliments adaptés à sa situation en Belgique, considérant qu'il "était établi que ce don de consolation avait bien été versé par le demandeur à la défenderesse, de sorte que celle-ci était remplie des droits que lui octroie le droit marocain". La femme marocaine est ainsi doublement discriminée au regard de la femme belge, une première fois dans la dissolution du mariage, une deuxième fois dans ses droits aux aliments.

Les décisions relatives à la polygamie créent des conséquences similaires.

B. POLYGAMIE

La deuxième affaire (*H.A.*) relève du contentieux, devenu classique en Belgique, entre les veuves d'un travailleur marocain et l'Office national des pensions pour le bénéfice de la pension de survie. Dès 1970, les juridictions

¹⁶ Texte in *RCDIP*, 1988, p. 409.

du travail permettent à deux veuves d'obtenir des dommages et intérêts à la suite d'un accident du travail¹⁷. Lorsqu'il s'agira d'une pension de survie à charge de l'État, celle-ci sera attribuée aux deux veuves marocaines. C'est une notion d'effet atténué de l'exception d'ordre public qui est retenue, considérant que "l'exercice d'un droit régulièrement acquis à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international belge pour la seule raison que celui-ci ferait obstacle à la naissance de ce droit en Belgique"¹⁸. Mais, dans le souci d'éviter un surcoût pour le système belge de sécurité sociale, la pension sera partagée entre les deux veuves. C'est ce que prévoyait depuis 1968 la convention signée avec le Maroc, précisant que "la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré"¹⁹. La femme marocaine n'était-elle pas ainsi doublement discriminée au regard de la femme belge, en subissant la polygamie au moment du mariage et en ne bénéficiant que d'une demi-pension au moment du veuvage ? Saisie de cette question au regard du principe d'égalité inscrit dans la Constitution belge et dans les instruments internationaux ratifiés par la Belgique, la Cour constitutionnelle avait, dans un arrêt *Haouach*, évité de répondre considérant que l'inégalité trouvait sa source non dans le droit belge, mais dans le droit marocain, dont elle ne pouvait connaître²⁰. La question se fit plus épineuse lorsque vinrent en concurrence une épouse belge, généralement d'origine marocaine, et une épouse marocaine. Telle est l'hypothèse soumise à la Cour de cassation dans l'affaire *H.A.* La Cour confirme la décision de l'Office national des pensions et de la juridiction du fond qui, afin de ne pas discriminer l'épouse belge, lui attribue l'intégralité de la pension de survie et refuse toute pension à la veuve marocaine. Le motif principal est ainsi libellé : "L'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage valide-ment contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie"²¹.

¹⁷ Liège, 23 avril 1970, *Rev. crit. jur. belge*, 1971, note G. Van Hecke.

¹⁸ Cour trav. Mons, 8 septembre 2005, *Journal des tribunaux du travail*, 2006, p. 16.

¹⁹ Art. 24, § 2 de la convention générale sur la sécurité sociale entre le royaume de Belgique et le royaume du Maroc, signée à Rabat le 28 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, *Moniteur belge*, 1970, p. 8113.

²⁰ Cour const. b., 4 mai 2005, n° 84/2005, *Haouach*, accessible sur www.arbitrage.be. Cette position avait été critiquée en doctrine, considérant que l'inégalité trouvait aussi sa source dans le droit belge étant la convention précitée entre la Belgique et le Maroc et le droit international privé. J.-Y. Carlier, *Le journal du juriste*, n° 42, 24 mai 2005 ; H. Storme, *Rechtskundig Weekblad*, 2005-2006, p. 725.

²¹ Cass. b., 3 décembre 2007, *op. cit.*, note 9. Les juridictions du fond avaient déjà refusé l'octroi d'une pension alimentaire à la deuxième épouse marocaine d'un Marocain, dont la

On notera qu'à la différence de l'arrêt précédent relatif à la répudiation, la Cour porte ici son attention sur l'institution elle-même (la polygamie), ce qu'elle refusait là (pour la répudiation). Cela lui permet de porter sa censure en amont des effets qui sont par principe refusés même s'il y est fait référence. D'autre part, la Cour retient ici un facteur de proximité qu'elle a rejeté là. Bien qu'en l'espèce, s'agissant d'une Belge, il y va d'une proximité avec le for, la référence à "une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie" est une formulation de proximité élargie comme celle de l'article 57 du Codip relatif à la répudiation. Cela demeure toutefois une proximité de nationalité qui s'apparente davantage au privilège du même nom qu'à la proximité de principe. Car les juridictions du fond, écartant la proximité de résidence, maintiennent le partage de la pension de survie entre deux épouses marocaines dont l'une réside en Belgique et l'autre au Maroc. La femme marocaine devient l'objet d'une triple discrimination : par la polygamie dans le mariage, par une demi-pension dans le veuvage et par l'absence de toute pension dans le veuvage si une autre épouse est belge. À l'inverse, il faut reconnaître que si la pension était partagée entre l'épouse marocaine et l'épouse belge, c'est cette dernière qui subirait une discrimination au regard des autres femmes belges.

Toutefois, rendant la pratique encore plus difficile, la Cour constitutionnelle de Belgique fut à nouveau saisie de la conformité de la convention belgo-marocaine au principe d'égalité, spécifiquement en ce qu'elle pourrait conduire au partage de la pension de survie même à l'égard d'une deuxième épouse belge. Dans un arrêt *El Haddouchi* du 4 juin 2009, qui peut paraître *a priori* totalement opposé à la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle, acceptant cette fois de se prononcer, estime que la convention belgo-marocaine n'est pas contraire au principe d'égalité. La Cour considère que : "compte tenu de ce que le régime de pension légale ne prévoit pas qu'une pension puisse être versée intégralement à plusieurs bénéficiaires, il n'est pas disproportionné que, même lorsqu'il s'agit de prendre en compte les effets d'une situation de polygamie à l'égard de la pension de survie, il ne soit pas prévu qu'une pension de survie intégrale sera versée à chacun des conjoints survivants"²².

La Cour, pour justifier sa position fait une interprétation téléologique de la convention belgo-marocaine qui tendait à "supprimer les obstacles à l'occupation de travailleurs de nationalité marocaine en Belgique. [...] Le législateur a, d'une part, tenu compte de l'hypothèse dans laquelle, sur la base de la nationalité marocaine de l'assuré –et plus précisément du fait

première épouse était belge, Civ. Bruxelles, 20 novembre 1990, *Journal des tribunaux*, 1991, p. 283.

²² Cour const. b., 4 juin 2009, n° 96/2009, *El Haddouchi*, pt. B.7.2, accessible sur www.arbitrage.be.

que le droit marocain autorise la polygamie-, plusieurs veuves peuvent être simultanément bénéficiaires d'une pension de survie et a, d'autre part, évité que cette hypothèse donne lieu au versement intégral de cette pension à plus d'une personne. Eu égard à ce but, il n'est pas injustifié que, d'une part, le conjoint survivant qui est seul appelé à la pension de survie puisse prétendre à l'intégralité du montant de la pension et que, d'autre part, deux ou plusieurs conjoints survivants qui sont appelés à une pension de survie ne puissent prétendre qu'à une part de cette pension"²³.

Certes, une analyse plus détaillée permet de considérer qu'il n'y a pas opposition radicale entre les deux décisions. D'une part, la Cour constitutionnelle, respectant les compétences qui lui sont propres, refuse de se prononcer sur "un contrôle direct au regard de l'ordre public international belge" qui relève des compétences des juridictions du fond sous contrôle de la Cour de cassation. D'autre part, le cas d'espèce à partir duquel la Cour constitutionnelle répond à une question préjudicielle du juge du fond concerne une Marocaine devenue belge alors que l'espèce soumise à la Cour de cassation concernait une Belge de naissance²⁴. Il n'empêche, les termes généraux dans lesquels la Cour constitutionnelle s'exprime, le refus de condamner cet effet de la polygamie comme contraire au principe d'égalité laisse entendre que la Cour constitutionnelle a une position sensiblement différente de celle de la Cour de cassation, préférant l'égalité entre épouses au privilège de nationalité.

Cette position de la Cour constitutionnelle qui, sans l'exprimer ouvertement, limite l'usage de l'exception d'ordre public à l'encontre des effets socio-économiques de la polygamie est cohérente avec la position adoptée par la même Cour, un an plus tôt, à propos des effets de la polygamie quant au droit de séjour en Belgique sur la base du regroupement familial. Appliquant de façon stricte une directive européenne, la Belgique avait étendu le refus de séjour non seulement "au conjoint d'un étranger polygame lors-

²³ *Idem*, pts. B.6 et B.7.1.

²⁴ Selon l'article 3 du Codip, en cas de plurinationalité d'une personne, retenir la nationalité du for belge est une obligation, alors que selon l'article 3 de la convention de La Haye du 12 avril 1930 pour la codification du droit international en matière de nationalité, "un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des États dont il a la nationalité comme son ressortissant". C'est d'ailleurs sur cette base que, avant l'entrée en vigueur du Codip, le mariage au consulat de Tunisie à Bruxelles entre des époux dont l'un est tunisien et l'autre belgo-tunisien a été jugé valide alors que le droit belge n'admet la validité des mariages consulaires que lorsque les deux époux ont la nationalité du consulat concerné (Liège, 28 juin 1991, *Revue du droit des étrangers*, 1991, p. 220, note M.-Cl. Foblets). À l'inverse, dans l'espèce soumise à la Cour constitutionnelle, la nationalité marocaine commune aux parties n'est pas retenue, la veuve belgo-marocaine étant considérée comme belge. Sur ce débat en France, voir Fr. Monéger, "Les musulmans devant le juge français", *Clunet*, 1994, p. 348.

qu'un autre conjoint de celui-ci séjourne déjà dans le royaume", mais aussi "aux enfants issus, dans le cadre d'un mariage polygame, d'un étranger et d'une autre épouse que celle séjournant déjà dans le royaume"²⁵. Appliquant le principe d'égalité entre enfants, la Cour constitutionnelle annule cette dernière restriction, considérant que : "le regroupement familial d'un enfant avec ses auteurs est lié à l'établissement du seul lien de filiation. Le critère des circonstances de la naissance de l'enfant et de la situation conjugale de ses parents ne présente aucune pertinence ni avec l'objet de la disposition, ni avec l'objet de la défense de l'ordre public international belge ou européen, dès lors que les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leurs parents et que le regroupement familial, en ce qui les concerne, n'est pas un effet du mariage de ceux-ci, mais bien un effet du lien de filiation qui les lie à leur auteur établi ou autorisé à séjourner en Belgique"²⁶.

On peut considérer que la Cour constitutionnelle de Belgique adopte ici une autre position en détachant le sort des enfants du lien du mariage polygamique pour le rattacher au seul lien de filiation. On peut aussi considérer que la Cour constitutionnelle développe une position cohérente d'application limitée de l'exception d'ordre public aux effets de la polygamie et s'oppose à la Cour de cassation dans une manière de guerre des juridictions suprêmes qui n'est pas neuve²⁷. De même, si on compare les différences d'approches au sein même de la Cour de cassation entre les deux affaires relatives respectivement à la répudiation et à la polygamie, on constate, du point de vue de l'exception d'ordre public, des divergences notables. Celles-ci auraient pu s'expliquer en théorie. En effet, dans la première, on se trouve dans un ordre public à effet atténué sur la reconnaissance d'un jugement étranger de dissolution du lien conjugal tandis que, dans la seconde, ce serait, en principe, un ordre public de conflit de lois applicables à la validité du mariage. Or, tout en dictant des solutions diffé-

²⁵ Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JOCE, 3 octobre 2003, L 251, p. 12, art. 4, § 4, et considérant n° 10, loi belge du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, telle que modifiée, art. 10, § 1, al. 2 (accessible sur www.dofi.fgov.be). Pour un commentaire de la directive européenne, C. Urbano de Sousa, "Le regroupement familial au regard des standards internationaux", in Fr. Julien-Lafferrière, H. Labayle et Ö. Edström (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 127.

²⁶ Cour const. b., 26 juin 2008, n° 95/2008, pt. B.21, accessible sur www.arbitrage.be.

²⁷ Pour un autre exemple de désaccord entre les deux juridictions suprêmes à propos de l'accès des réfugiés aux tribunaux belges dans le cadre de la loi de compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité, voir J.-Y. Carlier, "Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits", *RCADI*, t. 332, 2007, p. 327 ; O. De Schutter, "Les affaires *Total* et *Unocal* : complexité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme", *Annuaire fr. drt. int.*, 2006, p. 1.

rentes, la Cour semble adopter une démarche similaire consistant simplement à s'interroger sur les effets à donner en Belgique à une institution qui a créé une situation de droit à l'étranger. Ainsi, s'agissant de la polygamie, la Cour de cassation n'affirme ni la nullité ni l'inexistence du mariage, mais "s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage valide-ment contracté à l'étranger", alors même que ces effets trouvent leur source dans le droit belge formalisé par la convention belgo-marocaine. L'ordre public international viendrait ainsi censurer le droit belge, ce qui n'aurait guère de sens et m'a conduit à écrire ci-dessus que c'est bien, en amont, la polygamie qui est rejetée par le procédé de refus de reconnaissance d'un acte public étranger. Si l'on considère alors qu'il y va de deux procédés de droit international privé équivalents, par refus de reconnaissance d'un jugement (actant la répudiation) ou d'un acte public étranger (actant le mariage polygame), on est frappé par l'autre différence entre les deux approches, la première écartant toute évaluation de la proximité avec l'ordre juridique belge, alors même que le juge du fond la faisait, la seconde s'y référant.

Quelle que soit l'analyse que l'on porte sur ces approches, toutes démontrent la difficulté des pratiques en la matière, qui diffèrent tantôt selon les effets concernés par l'institution islamique, tantôt selon les juridictions qui ont à en connaître. Cette variabilité, dont l'examen s'est ici limité à quelques aspects parmi d'autres de deux institutions seulement, invite à la prudence lorsqu'il faut la convertir en approche théorique²⁸.

II. UNE THÉORIE COMPLEXE

Telle une baudruche que l'on gonfle et dégonfle à merci, selon l'expression de François Rigaux, l'exception d'ordre public peut prendre des formes et des dimensions variées (A). Elle permet d'adapter les règles de conflits de lois ou de juridictions aux nécessités que la société du for saisi estime fondamentales. Elle est donc particulièrement utilisée dans le sujet qui nous occupe : la rencontre de droits ayant des conceptions très différentes de la famille, en particulier pour les deux institutions évoquées de la répudiation et de la polygamie. Néanmoins, quelle que soit la forme adoptée, cette exception traduit la volonté unilatérale d'un ordre qui entend s'imposer. Une conception plus bilatérale, que je qualifierais d'accommodement réciproque, traduit mieux l'évolution démocratique des sociétés contemporaines, fondées sur la négociation permanente d'un droit en évolution.

²⁸ Parmi les dernières publications qui tentent des "voies d'une conciliation" par "la prise en compte de la complexité", voir H. Fulchiron, *RIDC*, 2006, *op. cit.*, note 15, p. 20.

Comme tout autre droit, le droit international privé se doit d'y être attentif (B).

A. L'ORDRE PUBLIC

Il n'est pas possible ici de reprendre toutes les analyses des différents aspects que peut prendre l'ordre public en droit international privé²⁹. On notera simplement que dans la rencontre entre l'Islam et le droit laïcisé, en particulier au regard des deux institutions évoquées ci-dessus, la répudiation et la polygamie, deux tendances majeures s'affrontent : un ordre public de principe se référant aux droits fondamentaux et, en particulier, au principe d'égalité, et un ordre public de proximité acceptant de modaliser les principes en fonction des liens entre la situation et l'ordre juridique du for. Les deux positions sont louables et défendables et s'apparentent aux débats entre l'universalisme et le particularisme. La première position, s'appuyant sur les acquis des droits de l'homme et de la modernité, rejette le "relativisme"³⁰ et le "sociologisme"³¹ qui conduisent, au nom du respect des identités culturelles et de la recherche de l'harmonie internationale, à faire des concessions inacceptables sur des principes fondamentaux, en particulier dans les relations entre l'Europe et le monde arabe et musulman dans un européocentrisme qui, "d'une certaine manière [consiste à] prescrire des régimes contre l'obésité à des sociétés qui sont frappées par la famine", selon la belle formule de Léna Gannagé. Et le constat n'est pas faux. Le risque existe qu'en baissant le bouclier des droits de l'homme que constitue l'exception d'ordre public, face à des institutions qui les nient, l'épée des mêmes droits s'en trouve singulièrement émoussée pour conduire les luttes en faveur de l'égalité menées dans les pays d'origine, en particulier par les femmes. En termes simples, comment supprimer la répudiation au Maroc si j'en accepte les effets en Belgique ? Cet ordre public de principe est un ordre public de combat à l'image de la jurisprudence tunisienne refusant la reconnaissance d'une répudiation égyptienne, même

²⁹ Les travaux de Paul Lagarde demeurent fondamentaux : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, et, spécifiquement sur ce sujet, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française", in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263. Pour une synthèse et des références, voir Fr. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 304-326.

³⁰ L. Gannagé, "À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux", in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, op. cit., note 13, p. 265 ; A. Mezghani, *Droit international privé*, op. cit., note 12, p. 340.

³¹ L. Gannagé, *idem*, p. 283.

si c'est la femme qui la demande³². Cet ordre public de principe pourra, éventuellement, être modalisé en fonction de certaines hiérarchies introduites au sein des droits de l'homme³³. Au sommet de cette hiérarchie, on pourrait placer les droits de l'homme "définis par le droit international public général"³⁴ qui entrent dans le *jus cogens* équivalent de l'ordre public en droit international public. Mais, outre que la liste de ces interdits absolus est limitée (génocide, esclavage, meurtre, torture, détention arbitraire, discrimination raciale), l'intérêt commun sur lequel ils se fondent repose-rait, selon le regard lucide d'un auteur de droit international public, "moins sur la défense de ce qui est commun que sur la préservation de ce qui est particulier"³⁵. Ce constat n'est que plus vrai pour l'ordre public de droit international privé.

Par une manière de renversement du principe et de l'exception, l'ordre public de proximité met l'accent sur la modalisation du jeu de l'exception en fonction de l'existence ou non de liens. La nature et le point d'attache de ces liens peuvent varier. S'agissant de la nature du lien, ce sera généralement la nationalité et la résidence habituelle, pris cumulativement ou alternativement. S'agissant du point d'attache, ce fut dans un premier temps uniquement l'ordre juridique du for à partir des théories allemandes et autrichiennes de la *Binnenbeziehung* et de l'*Inlandsbeziehung* déjà analysées par Paul Lagarde en 1959³⁶. Il s'agit de vérifier si la loi ou l'institution "étrangère perturbe véritablement l'ordre juridique du for" car il y va d'une situation "qui est suffisamment ancrée dans cet ordre juridique"³⁷. Cette approche, qui traduisait le rôle classique de sauvegarde d'intérêts nationaux par l'ordre public, s'est élargie précisément sous l'influence de références communes aux droits de l'homme. Il peut être question de liens avec

³² P. Kinsch, *op. cit.*, note 6, *RCADI*, 2005, p. 276, qui ajoute que cette approche de combat "se comprend peut-être eu égard à la situation particulière, politique et géographique de l'État tunisien".

³³ L. Gannagé, *op. cit.*, note 13, p. 281, et *La hiérarchie des normes et des méthodes de droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001 ; P. Hammje, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP*, 1997, p. 1 ; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, note 5, *RCADI*, 2005, p. 409 ; Fr. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; *contra* : P. Kinsch, *op. cit.*, note 6, *RCADI*, 2005, p. 247. Pour une classification, plus qu'une hiérarchisation, des droits de l'homme en fonction du rôle qu'ils jouent dans l'institution de la démocratie, voir Ph. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, en partic. pp. 125 à 141.

³⁴ P. Kinsch, *op. cit.*, note 6, *RCADI*, 2005, p. 223.

³⁵ J. Verhoeven, "Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 334, 2008, p. 228.

³⁶ *Op. cit.*, note 27. Pour une étude détaillée, N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, Litec, 2007.

³⁷ N. Joubert, *op. cit.*, note 36, p. 146.

l'ordre public européen, comme dans la décision précitée de la Cour constitutionnelle de Belgique relative aux enfants issus de mariages polygamiques³⁸. L'Europe visée sera parfois celle de l'Union européenne mais aussi, de manière plus crédible compte tenu de la référence aux droits de l'homme, celle de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il peut aussi être question, plus largement, de tout ordre juridique dont le droit ne permet pas, ou permet, telle institution selon qu'il s'agisse d'un ordre public négatif³⁹ ou positif⁴⁰. En élargissant de la sorte son champ d'application, l'ordre public de proximité rejoint davantage l'ordre public de principe, mais il demeure ce que Patrick Kinsch appelle très correctement une "atténuation des exigences des droits de l'homme en fonction de l'extranéité de la situation"⁴¹.

Quelles réponses apportent ces deux tendances –ordre public de principe et ordre public de proximité–, si elles sont appliquées aux deux espèces soumises à la Cour de cassation de Belgique et examinées ci-dessus ?

Dans la première espèce, la femme postule une pension alimentaire après répudiation. L'ordre public de principe refuserait la reconnaissance de la répudiation et inviterait la femme à revendiquer ses droits dans le cadre du mariage ou à introduire une nouvelle procédure en divorce. Il m'est arrivé, en qualité d'avocat, de devoir suggérer cela à des Marocaines voulant demander, en Belgique, des aliments à la suite d'une répudiation dont elles avaient été l'objet au Maroc. Leur étonnement ne cédait guère devant mes explications du respect du droit à l'égalité, qui leur imposait ou de retourner vivre avec un homme qu'elles ne voulaient plus voir ou d'entamer, à leurs frais, une nouvelle procédure en divorce. Notre attachement de principe au respect des droits de l'homme faisait alors également figure de richesse d'obèses en présence de famine. L'ordre public de proximité permettrait, si l'éloignement est suffisant, de reconnaître la répudiation, mais comment justifier que, en un temps bref, cet éloignement disparaît et qu'un ordre public de proximité permet d'écarter les effets –ou plutôt l'absence d'effet– de la répudiation et d'accorder des aliments ? Cela conduit la Cour

³⁸ *Op. cit.*, note 26.

³⁹ C'est le cas de l'article 57, § 2, 3° du Codip belge précité contre la reconnaissance de la répudiation.

⁴⁰ C'est le cas de l'article 46, § 2 du Codip belge pour la validité du mariage de personnes de même sexe. Cette clause d'ordre public prévoit que l'application d'une disposition du droit normalement désigné comme applicable à la formation du mariage (loi nationale de chacun des époux) "est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage". Pour une analyse pertinente du rapprochement de ces deux dispositions, voir H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, note 5, *RCADI*, 2005, p. 428.

⁴¹ P. Kinsch, *op. cit.*, note 6, *RCADI*, 2005, p. 247.

de cassation de Belgique à ne pas examiner la proximité et à refuser simplement tout caractère d'ordre public international aux aliments après dissolution du mariage. On le constate, ni l'ordre public de principe ni l'ordre public de proximité ne rendent "justice" à la femme qui, comme le juge du fond qui avait fait droit à sa demande, trouvera "particulièrement choquant d'admettre qu'après trente-deux ans de mariage, [l'homme] puisse de par sa seule initiative abandonner son épouse et la laisser sans aucune ressource"⁴². Il serait certes possible de modaliser l'exception d'ordre public en scindant la dissolution et ses effets, en reconnaissant celle-là, donnant effet à la volonté de la femme et en refusant ceux-ci⁴³.

Dans la deuxième espèce, une veuve marocaine revendique une pension de survie après le décès de son époux polygame également marié à une Belge. L'ordre public de principe invite à refuser la validité du mariage polygamique et partant ses effets. L'ordre public de proximité considère de même si, comme en l'espèce, il y a des liens suffisants avec le for par résidence et nationalité. Au demeurant, sauf à augmenter les dépenses des finances publiques en accordant l'intégralité de la pension aux deux veuves, rendre "justice" à la veuve marocaine en lui accordant la moitié de la pension revient à sanctionner la veuve belge qui, elle aussi, ne bénéficierait que d'une demi-pension. Cette "sanction" découlant de la convention belgo-marocaine n'est toutefois pas jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle. Le jeu de l'exception d'ordre public en devient difficile, sinon impossible. Du reste, cette difficulté n'est pas limitée à la rencontre d'ordres juridiques très différents ou jugés tels. Hier, le mariage posthume admis en France était considéré comme "bizarrerie" en Belgique, même si la Cour de cassation en a admis les effets atténués⁴⁴. Aujourd'hui, le mariage de personnes de même sexe admis en Espagne, aux Pays-Bas et en Belgique est "bizarrerie" en France. La doctrine s'interroge, tel mariage contracté en Belgique sera-t-il reconnu comme mariage ou comme partenariat enregistré⁴⁵? En ira-t-il de même, compte tenu de l'ordre public de proximité, lorsque l'un, voire les deux conjoints, seraient français? Dans le cadre de l'Union européenne, ces questions seront liées à la libre circulation des personnes et au principe d'égalité entre citoyens de l'Union. Dans plusieurs jurisprudences, la Cour de justice des Communautés européennes a déjà fait appel à la notion de "lien réel", similaire au principe de proximité, pour

⁴² Motif reproduit dans l'arrêt Cass. b., 18 juin 2007, *op. cit.*, note 9.

⁴³ Cass. fr., 28 novembre 2006, *RCDIP*, 2006, p. 584, note N. Joubert accordant une pension alimentaire après un "divorce" marocain.

⁴⁴ Cass. b., 2 avril 1981, *Josi*, *Rev. crit. jur. belge*, 1983, note Fr. Rigaux.

⁴⁵ Sur ces questions, voir P. Courbe, "L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé", in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, *op. cit.*, note 13, p. 713.

décider si des citoyens européens doivent ou non bénéficier de certains droits dans un autre État membre⁴⁶. Ces interrogations dépasseront, bien sûr, le territoire européen. Quelle sera la position de la jurisprudence et de la doctrine tunisiennes sur la validité d'un mariage célébré en Belgique entre deux personnes de même sexe, dont l'une a la nationalité tunisienne ? L'ordre public de principe, qui inviterait à retenir les motifs du législateur belge qui y voit un approfondissement du principe d'égalité, ne cédera-t-il pas la place à un ordre public de proximité ?

Il n'est pas certain que, si affiné soit-il, l'ordre public joue encore son rôle de "concilier valeurs fondamentales du for et respect des cultures étrangères"⁴⁷. C'est qu'il met peut-être plus l'accent sur "l'ordre" que sur l'intérêt "public". La notion d'"accommodement" développée à propos de situations publiques plus que privées répondrait peut-être mieux aux défis contemporains.

B. L'ACCOMMODEMENT RÉCIPROQUE

La notion d'accommodement raisonnable s'est développée principalement dans la jurisprudence canadienne à partir de 1985, "comme solution à la violation des droits et libertés, et en particulier aux droits à l'égalité"⁴⁸. Ce principe d'égalité, que l'on croit parfois "moderne", est fondé sur le principe aristotélien de l'égalité qui prévoit de traiter de façon identique des situations similaires, mais aussi de façon différente des situations distinctes. Il est intégré dans les jurisprudences de la plupart des juridictions suprêmes, lorsqu'elles s'interrogent sur l'existence d'une discrimination.

Quoique distincte, la notion d'accommodement raisonnable s'apparente au principe de proportionnalité. Elle a concerné, dans un premier temps, les relations de travail en invitant l'employeur à effectuer des accommodements, par exemple dans les horaires pour respecter certaines pratiques culturelles ou religieuses, pour autant que l'accommodement n'emporte pas, pour l'employeur, une "contrainte excessive". C'est en cela que l'accommodement doit être "raisonnable".

Par la suite, dans le cadre de la construction au Canada d'une société multiculturelle, inscrite officiellement dans une loi de 1988⁴⁹, l'accommodement raisonnable s'est étendu à l'espace public et aux rapports entre des groupes

⁴⁶ Voir J.-Y. Carlier, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 125.

⁴⁷ H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, note 5, *RCADI*, 2005, p. 439.

⁴⁸ M.-P. Robert, "De la prise en compte de la diversité culturelle par le droit pénal : l'expérience canadienne", in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit. Actes des XX^{es} Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 283.

⁴⁹ Loi sur le multiculturalisme canadien, *Law Report of Canada*, 1985, C.24.

de personnes et les autorités. L'accommodement raisonnable répond aux demandes qui caractérisent une nouvelle phase de la modernité. La cohésion sociale ne se fait plus tant sur l'assimilation par similitude que sur la reconnaissance des différences en vue précisément de l'intégration⁵⁰. Il est admis, par exemple dans la jurisprudence canadienne, qu'un membre de la police montée de religion sikh puisse porter le turban et non le célèbre chapeau de l'uniforme. De même, il est admis qu'à l'école, des jeunes sikhs puissent porter sur eux le kyrpan, poignard traditionnel, pour autant que, étant scellé dans son fourreau, il ne puisse avoir d'autre usage que symbolique⁵¹. En revanche, il a été refusé de bénéficier d'un permis de conduire sans photo aux membres de la communauté huttérite dont la religion interdit de se laisser photographier⁵². La majorité des juges de la Cour suprême du Canada (quatre contre trois) ont estimé qu'en l'espèce, l'accommodement était déraisonnable et que ceux qui ne pouvaient, en raison de leurs convictions, se soumettre à la règle générale du permis de conduire avec photo trouveraient d'autres moyens de déplacement. La Cour prend en effet en considération le fait que "la plupart des règlements d'un État moderne pourraient être contestés par différentes personnes [et que] ... donner suite à chacune de ces revendications ... pourrait nuire gravement à l'universalité ... au détriment de l'ensemble de la population". Ce motif de principe, allié à la faible majorité de la Cour, montre que la notion d'accommodement raisonnable n'est pas univoque. Elle est interrogée dans la doctrine canadienne⁵³ et débattue dans la société canadienne⁵⁴. Celle-ci demeure, dans son ensemble, attachée au principe, même si des divergences d'interprétation existent⁵⁵. Ainsi, l'extension de ces accommodements vers la défense culturelle qui permet de faire valoir des motifs identitaires pour bénéficier, au pénal, de l'acquittement ou de circonstances atténuantes est plus largement contestée⁵⁶. La notion d'accommodement

⁵⁰ A. Bastenier, *Qu'est-ce qu'une société ethnique ?*, Paris, PUF, 2004.

⁵¹ C.S. Can., *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] CSC 6 (2 mars 2006).

⁵² CS Can., *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson*, [2009] CSC 37 (24 juillet 2009).

⁵³ A. Sachar, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001.

⁵⁴ Commission consultative sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (dite commission Bouchard-Taylor), *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, accessible sur www.accommodements.qc.ca.

⁵⁵ Fr. Crépeau et I. Atak, "Les politiques migratoires au Canada et en Europe : des convergences manifestes à terme", in *L'étranger face au droit*, op. cit., note 48, p. 319.

⁵⁶ En faveur : A.D. Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2003. *Contra* : M.-P. Robert, op. cit., et F. Brion, "Contre la défense culturelle : de la discrimination positive à la décriminalisation", in J.-Y. Carlier (dir.), *L'étranger face au droit*, op. cit., note 48, p. 261. Pour la jurisprudence, voir M.-Cl. Foblets et A.D. Renteln (dir.), *Multicultural Jurisprudence. Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

raisonnable n'est pas en soi une notion plus simple que l'ordre public. Comme celle-ci, elle comporte de nombreuses "difficultés de mise en œuvre"⁵⁷. Comme pour l'ordre public, par l'accommodement raisonnable, "les tribunaux arbitrent les conflits de droits en fonction de règles subtiles élaborées progressivement"⁵⁸. Le mot accommodement n'est pas à entendre au sens commun de soumission ou de concession. La définition correcte de l'accommodement est, selon le *Litttré*, l'"action de mettre d'accord des hommes", ce que le *Robert* traduit par les synonymes de "compromis" et de "conciliation". En droit international privé, je qualifierais l'accommodement de réciproque plutôt que de raisonnable, de façon à mettre l'accent sur la bilatéralité de la démarche.

D'abord, l'accommodement au sens de "compromis" est réciproque entre les personnes et la société représentée par l'État et, en particulier, par l'État du for en cas de litige international. Cette réciprocité permet de prendre en considération non seulement les intérêts collectifs, rôle assigné à l'ordre public, mais aussi les intérêts de la personne concernée. Ainsi, une place peut être faite au-delà de l'égalité de principe à la volonté réelle de la femme concernée par les effets d'une répudiation ou d'un mariage polygamique, en manière telle que des droits peuvent lui être reconnus plutôt que niés. L'article 65, § 2, lettre c, de la loi suisse de droit international privé, reproduit ci-dessus, prévoit la reconnaissance de tout divorce lorsque la partie discriminée le demande elle-même⁵⁹. La jurisprudence belge faisait de même avant que l'article 57 du Codip n'introduise le cumul des conditions de volonté et d'absence de proximité. Et l'accommodement étant réciproque, il est possible que la part abandonnée à la volonté de la personne ne soit pas identique dans tout ordre juridique, considérant qu'une société, qui doit encore combattre tel type de pratique traditionnelle avec laquelle son droit positif a rompu, ne puisse y faire droit de la même façon qu'une société qui ne serait pas mise en danger par des cas minoritaires⁶⁰. L'évolution de la vie sociale et du droit interne de la famille influencent bien évidemment la place donnée à l'autonomie de la volonté dans les relations familiales, qu'elles soient internes ou internationales⁶¹. Telle recherche du "compromis" entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel n'est en rien contraire à une juste compréhension de l'universalité des droits de l'homme. Dès 1968, la Cour européenne des droits de l'homme soulignait, sous la plume de René Cassin, que la convention européenne des droits de

⁵⁷ H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, note 5, *RCADI*, 2005, p. 428.

⁵⁸ Fr. Crépeau et I. Atak, *op. cit.*, note 5, p. 346.

⁵⁹ LSDIP, art. 65, in *RCDIP*, 1988, p. 409.

⁶⁰ Ce que Patrick Kinsch appelle une "approche de combat", qui permet de justifier la jurisprudence tunisienne, non l'article 57 du Codip belge, *op. cit.*, note 6, *RCADI*, 2005, p. 276.

⁶¹ P. Courbe, *op. cit.*, note 45, *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, p. 708.

l'homme "implique un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers"⁶². De même, en droit international privé comme dans les autres disciplines du droit, "toute réalisation des valeurs fondamentales ... présuppose ... la liberté de la personne concernée"⁶³.

Ensuite, l'accommodement réciproque, dans le deuxième sens de "conciliation", permet la conciliation entre les ordres juridiques concernés par ces situations privées internationales et permet la "coordination entre les systèmes ... qui reste l'objectif spécifique du droit international privé"⁶⁴. Cette conciliation est de deux ordres. Elle consiste, d'abord, à tenir compte des évolutions du droit étranger par une meilleure connaissance du droit comparé. Il est ainsi regrettable que le législateur belge, lorsqu'il a adopté son nouveau Code de droit international privé, dont l'article 57 précité relatif à la répudiation, ait totalement ignoré les évolutions du Code marocain de la famille en préparation, ignorant l'introduction du *Chiqaq*, forme de "divorce caprice" ouvert aux deux époux, tel que le connaît le droit tunisien. L'autre forme de conciliation consiste, une fois les divergences ciblées, à mesurer les accommodements réciproques possibles, c'est-à-dire des accommodements acceptés de part et d'autre dans la mesure où ils ne constituent pas des "contraintes excessives". Par exemple, du côté des sociétés européennes, se mettent-elles en péril si elles acceptent la présence de témoins musulmans pour le mariage devant l'officier de l'état civil d'étrangers musulmans ? À l'inverse, les sociétés arabes et musulmanes se mettent-elles en péril si elles acceptent une clause dans l'acte de mariage qui, comme la clause qui permet d'opter pour la monogamie, opte pour un mode égalitaire de dissolution du lien conjugal en cas de discorde, comme le *Chiqaq* en droit marocain⁶⁵ ?

Ces accommodements peuvent être qualifiés de préventifs. Ils prennent acte du fait que l'on ne se situe plus, comme au Moyen-âge selon la classification de Bartole, dans une opposition entre les statuts odieux et les statuts favorables. Reconnaissons que les évolutions du droit sont considérables, tant dans les systèmes de droit laïque que dans les systèmes de droit musulman. La Belgique qui, aujourd'hui, autorise le mariage de personnes de même sexe, même si elles n'ont pas la nationalité belge, refusait hier encore, en 1978, le divorce par consentement mutuel entre un Anglais et une

⁶² Cour eur. DH, 23 juillet 1968, aff. *linguistique belge*, Série A, n° 6, pt. 5.

⁶³ S. Vrellis, "Conflit et coordination de valeurs en droit international privé", *RCADI*, t. 328, 2007, p. 241.

⁶⁴ H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, note 5, *RCADI*, 2005, p. 429.

⁶⁵ M.-Cl. Foblets et J.-Y. Carlier, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 132.

Italienne au motif que la loi italienne ne le permettait pas, privilégiant de la sorte l'indissolubilité du mariage⁶⁶. De l'autre côté de la Méditerranée, la Tunisie d'abord, le Maroc ensuite et de façon différente, ont connu des évolutions considérables du droit de la famille⁶⁷. De façon plus générale, une partie de la doctrine de droit musulman interroge sérieusement les rapports entre l'Islam et les droits de l'homme. Certains prônent une approche fonctionnelle de réinterprétation du Coran, distinguant les versets de la période des fondements à la Mecque des versets de la période politique à Médine. D'autres, de façon plus radicale, proposent la séparation de la loi humaine et de la loi divine, considérant que la vraie foi ne peut être imposée comme religion d'État et ne peut se vivre que dans un État laïc⁶⁸. Au-delà, en cas de conflit, ce sont les juges qui pèseront les accommodements réciproques possibles. Ainsi, les juridictions allemandes autorisent la répudiation devant les tribunaux en présence de témoins musulmans après que le jugement civil ait été prononcé, comme dans de nombreux pays, le mariage religieux est autorisé après le mariage civil. L'objectif est d'assurer la validité de la dissolution du lien conjugal dans les deux ordres juridiques, y compris pour l'épouse⁶⁹. Si telle démarche n'est plus nécessaire pour un pays comme le Maroc, qui a imposé la procédure judiciaire pour la répudiation et reconnaît les divorces prononcés à l'étranger, elle peut demeurer utile pour des pays qui ne reconnaîtraient pas la dissolution du lien conjugal de ses ressortissants de religion musulmane lorsque celle-ci est prononcée par le seul juge civil. Mieux que l'"accident inévitable" qu'est l'ordre public⁷⁰, il s'agit, par l'accommodement réciproque, comme par la proportionnalité, de mesurer l'équilibre possible entre les intérêts individuels et collectifs inhérents à tout litige, d'une part, et entre les intérêts collectifs d'ordres juridiques distincts, propres aux litiges internationaux, d'autre part. Plus que l'ordre public, qui demeure très national quels que soient les

⁶⁶ Cass. b., 14 décembre 1978, *Bigwood II*, *Pasicrisie*, 1979, I, p. 445.

⁶⁷ Au Maroc, comme l'envisageait Agderrazak Moulay R'Chid dès 1985, l'évolution du nouveau Code de la famille de 2004 s'inscrit davantage dans une "interprétation progressive de l'Islam". A. Moulay R'Chid, *La condition de la femme au Maroc*, Rabat, éd. de la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, 1985, p. 538.

⁶⁸ Un auteur soudanais, enseignant aux États-Unis, a lui-même évolué de la première à la seconde tendance dans ses deux ouvrages. A. An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation. Civil Liberties, Human Rights and International Law*, New-York, Syracuse University Press, 1990 et *Islam and the Secular State. Negotiating the future of Sharia*, Harvard University Press, 2008. Pour une synthèse des questions, voir K. Kreuzer, "International Instrument of Human Rights and Sharia Law", in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, op. cit., note 13, p. 343.

⁶⁹ K. Siehr, "Divorces of Muslim Marriages in Secular Courts", in *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, op. cit., note 13, p. 811.

⁷⁰ J. Foyer, "Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde", in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dallz, 2005, p. 302.

qualificatifs dont il se pare, l'accommodement réciproque s'inscrit dans la construction d'une société, nationale et internationale, démocratique, qui accepte, de façon effective, que "le droit est essentiellement œuvre humaine", comme le rappelait Kalthoum Meziou en 1991, en exposant l'évolution du droit tunisien de la famille lors du colloque que j'évoquais au début du présent article. Cette construction est permanente et probablement plus délicate encore en droit international privé que dans d'autres disciplines du droit, tiraillés que nous sommes entre ce qu'un amoureux des deux rives de la Méditerranée appelait "la souffrance de n'avoir pas tout en commun et le malheur d'avoir tout en commun"⁷¹.

⁷¹ Albert Camus, *Carnets II*, février 1938, in *Œuvres complètes*, Gallimard, "Bibliothèque de la Pléiade", vol. II, 2006, p. 849.