

L'ordre public international à l'épreuve des institutions familiales algériennes¹

Jean Sagot-Duvauroux

Maître de conférences à l'Université

Montesquieu Bordeaux IV

Si la contrariété des institutions familiales de droit musulman avec les valeurs de l'ordre juridique français semble parfois admise dans son principe², l'affectation de l'ordre public international français suppose pourtant un contexte juridique bien particulier. En effet, deux circonstances sont nécessaires pour qu'existe une réelle confrontation entre l'ordre public international et les institutions familiales algériennes.

En premier lieu, pour pouvoir parler de confrontation, il faut que les deux ordres juridiques – français et algérien – entrent en contact à l'occasion d'une situation familiale intéressant des particuliers. Du point de vue de l'ordre juridique français, une telle circonstance se produit lorsque le juge français est amené à appliquer, à donner effet ou même à prendre en considération une norme qui façonne une institution familiale de droit algérien. Concrètement, le juge français peut avoir à tenir compte d'une telle norme dans deux hypothèses.

¹ Contribution présentée lors du colloque organisé les 21 et 22 février 2010 par le Laboratoire des Droits de l'Enfant (LADREN) de l'Université d'Oran sur « *Le droit positif et son effectivité en matière matrimoniale : Les formes de conjugalité* ».

² CEDH, 31 juill. 2001, *Refah Partisi et autres c. Turquie* : « Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la *Shari'a* ».

Tout d'abord, en présence d'un litige qui concerne l'Algérie, le juge français, chargé de régler un litige en première main, doit désigner la loi applicable au moyen de ses règles de conflit de lois. Le rattachement de principe étant, en matière familiale, souvent celui de la nationalité des individus, le juge français doit, dans un certain nombre d'hypothèses, appliquer la loi algérienne. Il s'ensuit alors une confrontation entre l'ordre public français et cette norme générale.

Ensuite, le litige a pu déjà faire l'objet d'une décision rendue par le juge algérien en application de ses propres lois. Si les effets de cette décision sont revendiqués en France, le juge français doit apprécier la compatibilité de cette norme individuelle, que constitue le jugement algérien, avec son ordre public international.

Il y a ainsi confrontation entre l'ordre public international français et les institutions familiales de droit algérien dès lors que le juge français doit mettre en œuvre une norme algérienne, générale ou individuelle.

La seconde circonstance nécessaire à créer un contexte de confrontation entre l'ordre public international français et les institutions familiales algériennes est d'une toute autre nature. Elle tient au contenu de la norme algérienne invoquée devant le juge français. Pour qu'il y ait une véritable confrontation, il faut que cette norme soit, dans son contenu, très différente du droit français de la famille. En effet, l'ordre public international ne se confond pas avec l'ordre public au sens du droit interne. Il est uniquement constitué des conceptions et des valeurs considérées comme fondamentales par l'ordre juridique français et non de l'ensemble de ses dispositions impératives. S'il en allait autrement, cela reviendrait à nier l'essence même du droit international privé puisqu'aucune norme étrangère ne pourrait être appliquée ou recevoir effet dans le cadre de l'ordre juridique français.

Il en résulte que seules les normes algériennes spécialement choquante aux yeux du juge français retiendront notre attention dans le cadre de cette présentation. Ces normes sont celles issues du droit musulman et qui présentent, du point de vue français, un caractère inégalitaire. Ainsi en est-il notamment des lois et des jugements qui consacrent la répudiation, le mariage polygamique ou encore qui prohibent la filiation naturelle ou adoptive. Ces institutions n'étant pas propres au droit algérien, les exemples de confrontation avec l'ordre public international français qui illustreront la démonstration pourront tout aussi bien concerner d'autres ordres juridiques qui les consacrent.

Le contexte de la confrontation entre les institutions algériennes et l'ordre public international français étant posé, toute la question est de savoir quel sort le juge français réserve à ces normes inspirées du droit musulman.

Se contente-t-il de suivre les indications de ses règles ordinaires de droit international privé qui lui indiquent d'appliquer la loi algérienne ou de donner effet aux jugements algériens ou, au contraire, évincent-il de telles normes au nom de son ordre public international ?

En somme tout le problème est de déterminer le seuil de tolérance de l'ordre juridique français à l'égard des institutions familiales de droit algérien.

Pour certains, l'accueil des institutions familiale du droit musulman doit être favorisé au nom du relativisme des valeurs, de la coordination des ordres juridiques et de l'harmonie des solutions par-delà les frontières. Autrement dit, pour reprendre les mots de Batiffol, il faut accepter de voir dans les institutions étrangères des réponses différentes apportées à des mêmes problèmes³.

³ *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, réed. Dalloz, 2002.

Pour d'autres, au contraire, l'ordre public international doit pleinement remplir son rôle et conduire à rejeter systématiquement les institutions familiales de droit musulman dès lors qu'elles s'avèrent contraires à des principes considérés comme universels⁴.

Du point de vue du droit positif, on assiste à une évolution de la conception de l'ordre public international.

Dans la conception classique du droit international privé, l'exception d'ordre public est considérée comme un mécanisme correctif exceptionnel permettant, dans des cas extrêmes, d'écarter une norme étrangère considérée comme manifestement incompatible avec les valeurs les plus fondamentales du for. En d'autres termes, il ne s'agit en aucun cas de juger, d'un point de vue axiologique, les institutions étrangères. Le mécanisme de l'exception d'ordre public est simplement considéré comme un mécanisme de défense, de réaction destiné à sauvegarder la cohésion de l'ordre juridique interne contre l'intrusion de normes étrangères jugées incompatibles avec les conceptions fondamentales françaises.

Pendant très longtemps et jusqu'à peu, c'est cette conception de l'ordre public international qui a prévalu devant les juridictions françaises à l'égard des institutions familiales du droit musulman.

Cependant, depuis peu, et notamment sous l'influence des droits fondamentaux, on assiste à une mutation, voire à une dérive de l'exception d'ordre public. En effet, aujourd'hui c'est presque systématiquement que les institutions familiales du droit musulman sont évincées, rejetées au nom de l'ordre public français. A tel point

⁴ Voir A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003, p. 721, spéc. p. 745.

que l'on peut se demander si l'exception d'ordre public a gardé sa nature d'exception et s'il s'agit toujours d'un mécanisme de protection de la cohésion de l'ordre interne.

C'est cette évolution qu'il convient de présenter en analysant dans un premier temps la fonction classique de l'exception d'ordre public qui a prévalu jusqu'à peu, pour, dans un second temps s'intéresser aux raisons et aux modalités de sa récente mutation.

I- La fonction classique de l'exception d'ordre public

Dans un premier temps, la jurisprudence française a fait preuve d'une certaine tolérance à l'égard des institutions familiale du droit musulman. Ceci ne signifie évidemment pas que les normes de droit musulman étaient systématiquement appliquées sur le territoire français. Il était au contraire unanimement admis que certaines institutions, comme la répudiation ou le mariage polygamique, étaient manifestement contraires aux conceptions fondamentales françaises.

Cependant, le juge français refusait de porter un jugement axiologique sur ces institutions. L'ordre public international n'était en effet conçu que comme un moyen de protéger la cohésion de l'ordre interne menacées par l'intrusion de normes étrangères incompatibles. En aucun cas, il ne s'agissait d'un instrument destiné à faire triompher, au-delà de l'ordre juridique français, des valeurs considérées comme universelles. Cette conception permettait de garantir l'exceptionnalité des mécanismes d'éviction des normes étrangères normalement applicables en vertu des règles du droit international privé⁵.

⁵ Voir S. AKKOUCHE, *L'exception d'ordre public à l'épreuve des institutions familiales de droit musulman*, Mémoire de Master II, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2009.

En effet, ce n'est que lorsqu'un risque de perturbation de l'ordre juridique français était relevé que l'exception d'ordre public était mise en œuvre afin de substituer, à la solution du droit musulman, une solution du droit français. Pour illustrer cette idée, il est possible de relever deux aspects du régime de l'exception d'ordre public : le caractère concret de l'examen de l'institution étrangère, d'une part, et la prise en considération de la configuration internationale de la situation litigieuse d'autre part.

A- L'examen concret de l'institution étrangère

L'exigence d'un examen concret de l'institution étrangère amenait le juge français à faire preuve d'une certaine tolérance à l'égard d'institutions de droit musulman pourtant considérée comme inégalitaires. En effet, en vertu de cette exigence, ce que le juge français devait prendre en considération, pour apprécier la compatibilité avec l'ordre public, n'était pas la norme abstraite de droit musulman, mais le résultat concret de son application aux faits de l'espèce⁶. En d'autres termes, il ne s'agissait pas de porter un jugement sur une institution musulmane prise in abstracto, mais de vérifier que l'application concrète d'une norme ne vienne pas perturber la cohésion de l'ordre juridique français au regard des valeurs qu'il considère comme fondamentales. D'un point de vue pratique, ceci permettait de donner application à des normes du droit de la famille musulman qui seraient pourtant, appréhendées abstraitement, considérées comme contraires à l'ordre public.

⁶ Voir D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, PUF, 2^{ème} éd., 2010, n° 457.

C'est ainsi, par exemple, que les juridictions françaises ont pu considérer comme conformes à l'ordre public certaines répudiations pour lesquelles il apparaissait, après examen concret de la situation, que les droits de l'épouse avaient été garantis. Pour ce faire, le juge français prenait notamment en compte le consentement de la femme⁷, le fait qu'elle ait pu faire valoir ses prétentions au cours d'une procédure loyale et équitable⁸ ou encore le caractère sérieux de la compensation pécuniaire qui lui était accordée⁹.

De la même manière, la Cour de cassation a estimé qu'une loi prohibant l'établissement d'une filiation naturelle n'était pas contraire à l'ordre public international dès lors que l'enfant était assuré de bénéficier des subsides qui lui sont nécessaires¹⁰.

Ces exemples montrent ainsi que l'ordre public international français ne pouvait être opposé aux institutions familiales de droit musulman qu'après un examen concret de l'application des normes. En aucun cas il n'était question d'apprécier de manière abstraite le contenu de ces normes.

Derrière cet aspect du régime de l'exception d'ordre public international, il faut voir une conception particulière de cette notion. L'ordre public international n'a pas pour finalité d'étendre le champ

⁷ Voir par exemple TGI Paris, 5 déc. 1979 (3^{ème} et 4^{ème} esp.), *Rev. crit. DIP* 1981, p. 88.

⁸ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 1979, *Dahar, D.* 1980, p. 550, note E. POISSON-DROCOURT ; *JDI* 1981, p. 597, note Ph. KAHN ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 17, note I. FADLALLAH.

⁹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, *Rohbi, Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, note I. FADLALLAH.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495, note J. FOYER ; *JDI* 1989, p. 703, note F. MONEGER.

d'application de principes considérés comme fondamentaux mais seulement de protéger la cohésion de l'ordre interne au regard de ces principes.

Cette conception du rôle de l'ordre public international est d'ailleurs perceptible à travers un autre aspect de son régime : l'exigence d'un examen approfondi de la configuration internationale de la situation.

B- La prise en considération de la configuration internationale de la situation

Le juge français avait l'habitude de considérer que les exigences de l'ordre public étaient moindres lorsqu'il s'agissait de donner effet à une situation déjà créée à l'étranger que lorsqu'il s'agissait de créer directement une situation en France. Autrement dit, en présence d'une norme de droit musulman considérée comme inégalitaire, le juge français devait procéder à un examen de la configuration internationale de la situation afin de déterminer si l'effet de l'ordre public devait jouer à plein ou être atténué en raison de l'éloignement spatio-temporel du litige. Ainsi, alors même qu'il était inenvisageable qu'un mariage polygamique puisse être prononcé en France même si la loi applicable était celle de la nationalité algérienne des époux, l'ordre public ne s'est pas toujours opposé à ce que certains effets d'une telle union prononcée à l'étranger fussent demandés en France.

Notamment, la seconde épouse a pu être admise à revendiquer en France, à l'encontre du mari, le versement d'une pension alimentaire¹¹, des droits successoraux¹² ou une pension de réversion¹³.

¹¹ Civ. 1^{ère} sect., 19 fév. 1963, *Chemouni*, *JDI* 1963, p. 986, note A. PONSARD.

Ce second aspect du régime de l'exception d'ordre public international montre, encore une fois, que le souci principal du juge français n'était pas de faire triompher certaines de ces conceptions fondamentales par-delà ses frontières, mais bien de préserver la cohésion de l'ordre interne. En effet, dès lors que la situation était éloignée de la France tant d'un point de vue spatial que temporel, le juge considérait qu'il n'y avait aucune raison d'opposer son ordre public aux institutions familiales de droit musulman.

Finalement, d'une manière générale, ce régime juridique, qui privilégie une approche pragmatique, montre que l'ordre public international était simplement considéré comme un bouclier, un mode de défense à l'encontre de normes trop dissemblables. Il en résultait une certaine tolérance à l'égard des institutions familiales du droit musulman et une volonté affichée de favoriser la continuité des situations juridiques par-delà les frontières.

A partir des années 90, cette relative tolérance devait pourtant céder devant une toute autre conception de l'ordre public international. On constate en effet que l'ordre public international constitue de plus en plus un moyen de défendre, non plus la cohésion de l'ordre interne, mais des principes et des règles qui traduisent des valeurs considérées comme universelles. Cette conception est principalement le fruit de l'influence et de l'autorité toujours plus importantes des droits fondamentaux en général, et des droits européens des droits de l'homme en particulier.

¹² Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1980, *Beneddouch*, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note H. BATIFFOL.

¹³ Cass. civ. 1^{ère} 22 avr. 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 374 note P. COURBE ; *JDI* 1987, p. 629, note Ph. KAHN.

II- La fonction renouvelée de l'ordre public international

Afin d'assurer l'objectif d'universalisme des droits consacrés par la Convention européenne, les institutions familiales de droit musulman sont presque rejetées systématiquement par les juridictions françaises au nom de l'ordre public.

En effet, le relativisme des valeurs qui dictait le régime de l'ordre public international est apparu peu compatible avec le caractère absolu des droits fondamentaux qui sont venus enrichir son contenu. De ce fait, le juge français a peu à peu abandonné le pragmatisme qui guidait jusque là son raisonnement. L'appréciation de l'atteinte à son ordre public s'opère à présent de manière abstraite en opposant la norme de droit musulman elle-même à certains droits fondamentaux qu'elle heurte potentiellement¹⁴.

En d'autres termes, il ne s'agit plus d'apprécier, au regard de l'ordre public, le résultat concret de l'application d'une norme mais de porter un jugement axiologique sur les institutions de droit musulman considérées dans l'abstrait.

Certes, l'examen des circonstances de la cause n'est pas totalement exclu, mais le raisonnement du juge est inversé car le résultat concret de l'application de la norme n'en est plus le point de départ. Le juge va au contraire commencer par se livrer à une évaluation abstraite de la conformité de la norme à son ordre public. Il ne tiendra compte des circonstances concrètes que pour sauver, de

¹⁴ F. CADET, *Les transformations méthodologiques de l'ordre public en droit de la famille – Etude comparée France/Espagne*, thèse Toulouse, 2001, décrit cette évolution comme une objectivation de l'exception d'ordre public international.

manière exceptionnelle, une norme au départ considérée comme incompatible avec ses valeurs fondamentales¹⁵.

Le changement peu paraître anodin. Il a pourtant conduit à un rejet presque systématique de certaines institutions familiales du droit musulman. Ainsi, depuis une série d'arrêts du 17 février 2004, la Cour de cassation considère que les répudiations musulmanes sont intrinsèquement contraires au principe d'égalité des époux consacrée par l'article 5 du protocole n°7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶.

Cette fermeté à l'égard des institutions familiales de droit musulman est d'ailleurs d'autant plus réelle que l'universalisme des droits fondamentaux s'accommode également mal de l'atténuation de l'effet de l'ordre public en raison de l'éloignement spatio-temporel du litige. En effet, dès lors que l'on invoque les droits fondamentaux, il devient difficile de laisser produire des effets à des répudiations ou des mariages polygamiques quand bien même ceux-ci ont été prononcés préalablement à l'étranger. C'est pourquoi, la jurisprudence française tient de moins en moins compte de l'éloignement de la situation pour opposer son ordre public aux normes du droit musulman de la famille. Le particularisme des droits fondamentaux conduit en effet le juge français à considérer que son ordre public est atteint par des institutions considérées comme inégalitaires dès que la situation entretient un lien avec la France. Inutile de dire que cette circonstance, qui peut tenir à la nationalité française des parties ou à leur domicile en France, sera le plus souvent constatée puisque le juge français s'est, par hypothèse, reconnu compétent du fait d'un rattachement entre le litige et la France.

¹⁵ Voir S. AKKOUCHE, préc., spéc. p. 83.

¹⁶ Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, *D.* 2004, p. 815, note P. COURBE ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE.

Avec la construction de l'Europe, on peut d'ailleurs craindre une nouvelle extension du domaine de l'exception d'ordre public international. En effet, l'ordre public étant aujourd'hui essentiellement constitués par les droits européens des droits de l'homme, il y a de fortes chances pour que le juge français l'oppose à toute norme de droit musulman applicable à une situation entretenant des liens avec un pays européen quel qu'il soit.

En définitive, il est permis de déceler une véritable évolution dans le rôle joué par l'ordre public international français à l'égard des institutions familiales de droit musulman. Au départ fondé sur un certain relativisme des valeurs et soucieux de préserver l'harmonie internationale des solutions, l'ordre public est devenu un instrument de défense des valeurs fondamentales françaises bien au-delà de nos frontières. L'universalisme des droits fondamentaux étant davantage une croyance qu'une vérité avérée, il est difficile de porter un jugement définitif sur cette évolution. On peut cependant se demander, d'un point de vue technique et juridique, si l'exception d'ordre public international, mécanisme d'exception par nature, constitue un instrument opportun pour garantir l'absolutisme des droits fondamentaux.

Jean Sagot-Duvauroux

Maître de conférences à l'Université Montesquieu Bordeaux IV