



Master

2016

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

Un aperçu de la réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse :  
transplantations juridiques en droit de la famille

---

Wack, Clara

**How to cite**

WACK, Clara. Un aperçu de la réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse :  
transplantations juridiques en droit de la famille. Master, 2016.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:128693>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 19:42



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**  
FACULTÉ DE DROIT

**Mémoire de Master (hors séminaire)**  
Sous la direction du Professeur Alexis Keller

Clara Wack

Le 29 janvier 2016

# **Un aperçu de la réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse**

*Transplantations juridiques en droit de la famille*

# TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b>I. NOTIONS DE DROIT MUSULMAN</b>	<b>7</b>
<b>A. Prémises</b>	<b>7</b>
1. <i>Un « droit » musulman</i>	7
2. <i>« Un » droit musulman</i>	11
<b>B. Sources du droit musulman</b>	<b>11</b>
<b>C. Écoles juridiques</b>	<b>12</b>
<b>D. Mariage, divorce et leurs effets : quelques institutions et normes spécifiques</b>	<b>13</b>
1. <i>Mariage et divorce : éléments généraux</i>	13
2. <i>Polygamie</i>	14
3. <i>Répudiation</i>	16
4. <i>Mabr (dot)</i>	17
<b>E. Conclusion intermédiaire</b>	<b>19</b>
<b>II. LA RECONNAISSANCE DES DECISIONS ETRANGÈRES DE DROIT MUSULMAN</b>	<b>20</b>
<b>A. Propos liminaires</b>	<b>20</b>
<b>B. Cadre juridique suisse de la reconnaissance des décisions étrangères</b>	<b>21</b>
1. <i>Notion et effets de la reconnaissance</i>	21
2. <i>Sources</i>	22
3. <i>Notion de décision étrangère</i>	23
4. <i>Conditions de la reconnaissance</i>	24
a) <i>Compétence en matière de reconnaissance</i>	25
b) <i>Décision inattaquable ou définitive</i>	26
c) <i>Ordre public</i>	27
5. <i>Conditions spécifiques au prononcé du mariage et au divorce</i>	30
<b>C. L'intervention de l'ordre public dans quelques cas choisis de droit du mariage et du divorce</b>	<b>31</b>
1. <i>Mariages polygamiques</i>	32
a) <i>Exposé du problème</i>	32
b) <i>Reconnaissance d'un mariage lorsque l'un des époux est déjà marié</i>	32
c) <i>Reconnaissance d'un mariage temporairement polygamique</i>	34
d) <i>Reconnaissance de certains effets d'un mariage polygamique</i>	35
2. <i>Répudiation</i>	37
a) <i>Exposé du problème</i>	37
b) <i>Répudiation : une décision apte à la reconnaissance en Suisse ?</i>	38
c) <i>Compatibilité de la répudiation avec l'ordre public matériel</i>	39
d) <i>Compatibilité de la répudiation avec l'ordre public procédural</i>	40
e) <i>Circonstances concrètes et Binnenbeziehung</i>	41
f) <i>Notre opinion</i>	42
<b>D. Conclusion intermédiaire</b>	<b>43</b>
<b>III. L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET LE DROIT MUSULMAN DE LA FAMILLE</b>	<b>44</b>
<b>A. Propos liminaires</b>	<b>44</b>
<b>B. L'arbitrage : définition, caractéristiques et avantages</b>	<b>45</b>
<b>C. Le droit musulman appliqué par des tribunaux arbitraux : la controverse</b>	<b>47</b>
1. <i>Contexte</i>	47
2. <i>Le débat en Ontario, Canada</i>	48
3. <i>Le débat en Grande-Bretagne</i>	51

4.	<i>L'arbitrage religieux aux États-Unis</i>	56
5.	<i>Note conclusive</i>	58
<b>D.</b>	<b>Cadre juridique suisse de l'arbitrage international</b>	<b>59</b>
1.	<i>Étape préliminaire : le cadre normatif applicable</i>	59
2.	<i>Validité de la convention d'arbitrage quant au fond : le consentement des parties</i>	61
3.	<i>Arbitrabilité</i>	65
4.	<i>Une sentence arbitrale conforme à l'ordre public</i>	69
a)	<i>La réserve d'ordre public dans l'arbitrage</i>	69
b)	<i>Le <i>mahr</i> et l'ordre public suisse</i>	71
c)	<i>Tentative de réponse : pistes de réflexion dans l'examen de la réception du <i>mahr</i></i>	75
<b>E.</b>	<b>Conclusion intermédiaire</b>	<b>78</b>
	<b>CONCLUSION FINALE</b>	<b>79</b>
	<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>83</b>
<b>A.</b>	<b>Doctrine</b>	<b>83</b>
1.	<i>Ouvrages</i>	83
2.	<i>Contributions dans un ouvrage collectif ou une revue</i>	84
3.	<i>Publications en ligne</i>	86
<b>B.</b>	<b>Travaux préparatoires</b>	<b>88</b>
<b>C.</b>	<b>Articles de presse</b>	<b>88</b>
<b>D.</b>	<b>Sources électroniques</b>	<b>89</b>
	<b>JURISPRUDENCE ET SENTENCES ARBITRALES</b>	<b>90</b>
<b>A.</b>	<b>Suisse</b>	<b>90</b>
1.	<i>Arrêts du Tribunal fédéral publiés au Recueil officiel</i>	90
2.	<i>Autres arrêts du Tribunal fédéral</i>	91
3.	<i>Arrêts du Tribunal administratif fédéral</i>	91
4.	<i>Arrêts d'autorités cantonales</i>	91
5.	<i>Pratique de l'administration fédérale</i>	92
<b>B.</b>	<b>Canada</b>	<b>92</b>
<b>C.</b>	<b>États-Unis d'Amérique</b>	<b>92</b>
<b>D.</b>	<b>France</b>	<b>92</b>
<b>E.</b>	<b>Cour européenne des droits de l'homme</b>	<b>92</b>
	<b>TABLE DES ABBRÉVIATIONS</b>	<b>93</b>

# UN APERÇU DE LA RECEPTION DU DROIT MUSULMAN DANS L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE

## *Transplantations juridiques en droit de la famille*

*Parmi ses Signes :  
il a créé pour vous, tirées de vous,  
des épouses  
afin que vous reposiez auprès d'elles  
et il a établi l'amour et la bonté entre vous (...)*

Coran, Sourate 30, Verset 21<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

Le droit peut se concevoir de différentes manières. Certains systèmes de droit présentent des traits communs et peuvent être apparentés à une certaine conception du droit. L'on parle ainsi de conceptions romane, germanique, anglo-saxonne, islamique, hindouiste<sup>2</sup>. Certaines conceptions peuvent reposer sur des fondements similaires. L'on se réfère par exemple, plus généralement, à une seule conception occidentale du droit, trouvant ses fondements dans les principes de la démocratie moderne<sup>3</sup>. Celle-ci peut paraître très éloignée d'autres conceptions du droit, prévalant dans d'autres parties du monde. Malgré cet éloignement conceptuel, le monde globalisé et la mobilité des individus à l'époque actuelle amènent différents systèmes, différentes conceptions à se rencontrer. Selon la terminologie employée par Duncan KENNEDY, l'on assisterait ainsi à une mondialisation du droit<sup>4</sup>. La vague la plus récente de cette mondialisation (1945-2000) résulterait de la tendance à penser la technique juridique comme la conciliation pragmatique de considérations contradictoires dans un système de droit donné<sup>5</sup>.

Le droit international privé est une branche du droit née de la nécessité, dans un monde où les situations juridiques comportent toujours plus souvent des éléments d'extranéité, de régler les conflits de lois. Il rapproche, concilie différents ordres juridiques qui se rencontrent lorsqu'une

---

<sup>1</sup> Traduction reprise de KLOPFENSTEIN, p. 13.

<sup>2</sup> Pour une classification des différentes « familles de droit », cf. ZWEIGERT/KÖTZ, p. 63 ss.

<sup>3</sup> BUSSANI/MATTEI, p. 384 ss.

<sup>4</sup> KENNEDY, le titre de la publication étant « *Three Globalizations of Law and Legal Thought : 1850-2000* ».

<sup>5</sup> KENNEDY, p. 22 et 63 ; cf. FOURNIER, p. 23-24 pour un passage traduit.

situation juridique, en raison des acteurs qu'elle implique, du lieu où elle se produit ou du lieu où se déploient ses effets, comporte une attache avec plus d'un droit national. Le droit international privé est au cœur de la mondialisation du droit : mis à l'œuvre, il permet aux règles de droit relevant d'un certain ordre juridique de produire des effets dans un autre ordre juridique. Ainsi, certaines règles de droit migrent d'un ordre juridique à l'autre : les transplantations juridiques s'opèrent. Dans le présent travail, c'est ainsi par le prisme du droit international privé que nous envisageons la réception dans l'ordre juridique suisse d'institutions qui lui sont étrangères.

La conciliation de considérations contradictoires peut être plus ou moins ardue. Certaines règles peuvent ainsi mener à des résultats incompatibles, et ressortir à des conceptions semblant diamétralement opposées. Pour beaucoup, le système de droit musulman apparaît incompatible avec les systèmes occidentaux. Nombre de personnes réagiraient avec indignation en apprenant que la sharia pourrait être appliquée en Suisse. Une telle réaction, cependant, résulte de la méconnaissance du fait que le système légal, par le biais du droit international privé, permet à des lois étrangères de trouver application en Suisse. Nous avons choisi, dans ce travail, de nous intéresser au droit musulman, dont la réception en Suisse soulève des questions particulières, en raison de certaines de ses caractéristiques, ou de sa perception en Occident.

D'une part, le droit musulman relève d'une conception juridique où droit et religion sont entremêlés. Sa réception dans un ordre juridique laïc pose la question de l'étendue de la liberté de religion. Dans une ère « postlaïque », l'État ne serait pas défini à l'opposé de la religion, mais en tant que garant de la liberté de religion, devant ainsi permettre aux différentes influences religieuses de coexister<sup>6</sup>. L'État neutre vis-à-vis de la religion garantirait ainsi le droit des musulmans de s'en remettre aux préceptes de la sharia s'ils le souhaitent (tout comme celui d'autres communautés religieuses de s'en remettre aux préceptes de leur religion)<sup>7</sup>. D'autre part, le droit musulman est souvent perçu en Occident comme perpétuant une image rétrograde de la femme comme n'étant pas l'égal de l'homme. La réception en Suisse du droit musulman pose ainsi la question du respect de l'égalité de traitement entre l'homme et la femme et de l'interdiction des discriminations. L'analyse de la réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse révèle ainsi des aspirations contradictoires interagissant au sein même du système de droit suisse et, plus généralement, occidental : peut-on favoriser dans la même mesure le multiculturalisme et l'égalité des sexes ? Ceci nous ramène à la considération de Duncan KENNEDY : la mondialisation du droit implique de

---

<sup>6</sup> ERIE, p. 89-90, se référant à HABERMAS.

<sup>7</sup> ERIE, p. 90, se référant notamment à AN-NA'IM Abdullahi Ahmed, *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge (Harvard University Press) 2008.

concilier des considérations contradictoires. Ce travail ne se prononce pas sur la possibilité de concilier ces différents impératifs. Néanmoins, en s'attardant sur certains aspects de la réception du droit musulman en Suisse, il tente de mettre en avant quelques-unes des aspirations en jeu.

Dans ce cadre, le domaine familial est un terrain d'études intéressant. La conception de la famille peut varier considérablement selon les contextes géographiques et temporels. Le voyage de familles vers un nouvel ordre juridique peut amener des conceptions de la famille relevant de différents systèmes de droit à se rencontrer. Les affaires familiales sont souvent attribuées au domaine du privé, dans lequel il est assez largement considéré que chacun peut agir selon ses propres convictions, religieuses notamment. La tendance, cependant, est à extraire les affaires familiales du domaine purement privé, notamment pour des considérations liées aux droits fondamentaux (égalité de traitement, bien de l'enfant par exemple). Nous avons choisi de nous pencher sur la réception, dans l'ordre juridique suisse, d'institutions relevant du droit musulman régissant les affaires familiales, afin d'examiner comment les tribunaux suisses sont parvenus à concilier ou non des conceptions entrant en contradiction, et à quels nouveaux défis ils pourraient être confrontés dans ce domaine.

Nous procéderons en premier lieu par une introduction au droit musulman. Ce travail implique en effet de nous intéresser à une conception du droit divergente de celle prévalant en Suisse. Il n'expose cependant que certaines notions de base. Nous nous attarderons en particulier sur certaines institutions de droit musulman dont nous examinerons ensuite plus en détail la réception en Suisse.

En second lieu, la plus large partie de notre travail portera sur l'analyse en droit suisse de deux différents mécanismes de droit international privé permettant la réception de règles de droit étrangères : la reconnaissance des décisions étrangères d'abord, l'arbitrage international ensuite. Le premier de ces mécanismes régit la manière dont une décision, rendue à l'étranger, par hypothèse en application du droit musulman, peut être amenée à produire ses effets en Suisse. Le second permet de résoudre certains litiges en privé et en application d'un droit choisi, en extrayant ces litiges de la compétence des tribunaux étatiques. Nous tenterons, pour chacun de ces mécanismes, d'illustrer nos propos par l'examen de la réception d'institutions particulières de droit musulman. Un autre mécanisme important de droit international privé n'est pas traité dans ce travail : l'application directe du droit étranger devant les tribunaux étatiques suisses. Nous avons préféré en effet nous concentrer sur les deux mécanismes mentionnés. D'abord, en l'état, c'est essentiellement

par la reconnaissance des décisions étrangères que les tribunaux suisses ont été amenés à se prononcer sur la réception du droit musulman dans certains domaines du droit de la famille. Nous nous sommes ainsi intéressés à certaines décisions qu'ils ont rendues. En matière d'arbitrage, nos recherches nous ont amenés inversement à considérer que la résolution en Suisse d'un litige familial en application du droit musulman restait encore un cas d'école. À l'étranger, cependant, le recours à l'arbitrage par les communautés musulmanes a déjà été le sujet de controverses. Nous examinerons la situation juridique en Suisse à la lumière des préoccupations manifestées dans ce débat.

Par l'analyse de la réception, en Suisse, tant par l'intermédiaire de la reconnaissance des décisions étrangères que par celui de l'arbitrage international, d'institutions de droit musulman dans le domaine du droit de la famille, nous espérons tester, dans certains cas concrets, la possibilité de concilier des considérations contradictoires. La conciliation n'est pas toujours aisée, cependant, et nous nous contenterons, parfois, de mettre en évidence les contradictions.

## I. NOTIONS DE DROIT MUSULMAN

### A. Prémisses

Avant de présenter une introduction au droit musulman ainsi qu'aux différentes institutions examinées dans le présent travail, il convient de s'attarder sur deux prémisses : la qualification du droit musulman comme un « droit » et la référence au droit musulman comme à « un » droit.

#### 1. Un « droit » musulman

Peut-on parler d'un « droit » musulman ? Cette première question est importante pour l'analyse, par le biais du droit international privé<sup>8</sup>, de la réception des préceptes de la sharia ayant trait à la vie familiale dans l'ordre juridique suisse. Le droit international privé trouve son utilité dans la coexistence d'ordres juridiques nationaux, reposant sur différents systèmes de droit. En effet, ceux-ci peuvent entrer en collision, en raison de la présence d'éléments d'extranéité dans un grand

---

<sup>8</sup> La LDIP indique, à son art. 1 al. 1, qu'elle régit, en matière internationale, en sus du droit applicable (*lit. b*) – à savoir le droit international privé au sens étroit – également la compétence des autorités judiciaires et administratives suisses (*lit. a*), les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères (*lit. c*), la faillite et le concordat (*lit. d*) et l'arbitrage international (*lit. e*) – à savoir des éléments de procédure civile internationale. Nous considérons ainsi la notion « droit international privé » dans un sens large, comme couvrant tous ces éléments (cf. KNOEPLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, p. 8-9).

nombre de situations juridiques<sup>9</sup>. Aussi nous faut-il examiner si la sharia constitue un système de droit qui peut être amené à s'appliquer lorsqu'une situation impliquant la Suisse présente des éléments d'extranéité.

Nous sommes conscients que cet examen aborde la sharia du point de vue du droit suisse. Cette approche se justifie par le but de notre analyse : examiner la compatibilité de certaines institutions admises selon la sharia dans l'ordre juridique suisse même. La question posée prend là tout son sens : nous considérons en Suisse que le droit doit se distinguer de la religion. Ainsi, les règles religieuses et les règles de droit forment deux corps distincts. Selon la conception occidentale du droit, en effet, le droit n'émane pas de Dieu, mais des hommes : le peuple, souverain, décide directement ou indirectement des lois<sup>10</sup>. Cette conception est le fruit d'une lutte visant à séparer l'Église de l'État ; elle est à la base de la démocratie moderne<sup>11</sup>. La conception musulmane considère en revanche que le droit est une émanation de Dieu<sup>12</sup>. Et il nous est difficile, en Suisse, d'admettre que des règles religieuses puissent former du droit. Il est néanmoins des matières où, même en droit suisse, le domaine légal et le domaine religieux se confondent. Notre droit du mariage a longtemps ressorti au domaine religieux (jusqu'à ce que la compétence en la matière passe entièrement à la Confédération, avec l'entrée en vigueur du CC le 1<sup>er</sup> janvier 1912 ; auparavant, les règles de l'Église pouvaient encore trouver application), et reste fortement empreint de la tradition chrétienne<sup>13</sup>. Nous pouvons dès lors entrevoir, même dans notre propre ordre juridique, des intersections entre droit et religion.

Si notre point de départ est le droit suisse, nous devons cependant prendre un peu de recul. Pour qualifier un système normatif étranger de « droit », ce dernier doit revêtir les caractéristiques d'un droit dans son propre ordre juridique, et non répondre à une conception prévalant dans d'autres parties du monde<sup>14</sup>. Le droit peut se définir comme un ensemble de règles au caractère normatif et obligatoire, régissant les relations sociales<sup>15</sup>. La sharia opère comme un système normatif, qui dit

---

<sup>9</sup> CR LDIP/CL-UCHER, LDIP 1 N 1 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, p. 4, se référant à GRAVESON Ronald Harry, *The Conflict of Laws: Private International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Londres (Sweet and Maxwell) 1969.

<sup>10</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 4.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> GEISER, p. 252.

<sup>14</sup> LALANI/PRETELLI, p. 107.

<sup>15</sup> Cf. LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 5, définissant le droit comme « un ensemble de règles générales et abstraites indiquant ce qui doit être fait dans un cas donné, édictées ou reconnues par un organe officiel, régissant l'organisation et le déroulement des relations sociales et dont le respect est en principe assuré par des moyens de contrainte organisés par l'État ».

aux musulmans comment se comporter<sup>16</sup>. Le chaykh ‘Abd al-Wahhâb KHALLAF, ancien Professeur de la Faculté de droit de l’Université du Caire, écrivait ainsi en 1942 :

*« Tous les spécialistes des sciences religieuses musulmanes (« oulamâ »), par-delà les divergences d’écoles, s’accordent sur le fait que l’ensemble des dires et actes humains, qu’ils soient relatifs aux pratiques rituelles ou aux relations sociales, qu’ils relèvent du domaine pénal ou du statut personnel, qu’ils se rapportent à quelque type de contrat ou à quelque comportement que ce soit, sont soumis à des prescriptions définies par la sharia, la Loi islamique [...]. Ce sont ces prescriptions juridiques se rapportant aux dires et actes humains, dont certaines sont tirées des Textes alors que d’autres sont le fruit d’une déduction fondée sur l’interprétation, qui constituent le droit musulman (fiqh) »<sup>17</sup>.*

Le terme « droit musulman » peut cependant revêtir deux sens différents. D’une part, il peut se référer aux domaines du rituel, de la moralité et du droit (« *Sharia in its totality* »), comme dans l’emploi qu’en fait le chaykh KHALLAF ci-dessus. D’autre part, il peut se référer à la normativité légale de la sharia (« *Sharia in a narrow sense* »), c’est-à-dire aux règles de la sharia ayant force obligatoire dans un ordre juridique considéré<sup>18</sup>. Dans ce travail, nous emploierons le terme de « droit musulman » dans ce second sens, tandis que le terme « sharia » sera compris dans son sens large, englobant tous les aspects normatifs.

Le droit musulman opère comme droit positif dans un grand nombre d’États. Comme nous l’explique ALDEEB, parmi les vingt-deux pays formant la Ligue arabe<sup>19</sup>, tous excepté le Liban mentionnent dans leur Constitution l’islam comme religion d’État, et quatorze citent la sharia ou la loi islamique comme une (voire la) source principale du droit<sup>20</sup>. En sus, la Constitution de quatre des trente-cinq pays non-arabes<sup>21</sup> qui, avec les membres de la Ligue arabe, sont membres de l’Organisation de la conférence islamique (OCI), s’y réfèrent également<sup>22</sup>. Nonobstant la mention

---

<sup>16</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 4.

<sup>17</sup> KHALLÂF, p. 13-14.

<sup>18</sup> PETERS/BEARMAN, p. 1.

<sup>19</sup> Algérie, Arabie Saoudite, Bahreïn, Djibouti, Égypte, Émirats arabes unis, Irak, Jordanie, Koweït, Liban, Lybie, Maroc, Mauritanie, Oman, Palestine, Qatar, Somalie, Soudan, Syrie, Tunisie, Union des Comores, Yémen.

<sup>20</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 8 et 15 ss, annexe intitulée « Les dispositions constitutionnelles en rapport avec l’Islam », répertoriant les dispositions constitutionnelles des États membres de l’Organisation de la conférence islamique (OCI).

<sup>21</sup> Afghanistan, Albanie, Azerbaïdjan, Bangladesh, Bénin, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Cameroun, Côte d’Ivoire, Gabon, Gambie, Guinée, Guinée Bissau, Guyana, Indonésie, Iran, Kazakhstan, Kirghizstan, Malaisie, Maldives, Mali, Mozambique, Niger, Nigeria, Ouganda, Ouzbékistan, Pakistan, Sénégal, Sierra Léone, Suriname, Tadjikistan, Tchad, Togo, Turkménistan, Turquie.

<sup>22</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 8 et 15 ss.

de l'islam comme religion d'État et de la loi islamique comme source du droit dans bon nombre des cinquante-sept États membres de l'OCI, seuls certains domaines du droit sont en réalité formellement soumis au droit musulman dans ces pays<sup>23</sup>. Ainsi, dans les États arabo-musulmans (à l'exception de la Turquie, où le droit musulman a progressivement entièrement cédé le pas au droit étatique), le domaine principal restant soumis au droit musulman est celui du statut personnel, incluant le droit de la famille et des successions<sup>24</sup>. Par exemple, le code civil égyptien – lequel a été repris par différentes législations arabes<sup>25</sup> – précise à son art. 1 al. 2 :

*« A défaut d'une disposition législative applicable, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman. A défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité »* (nous soulignons)<sup>26</sup>.

Or, le domaine du statut personnel n'est pas couvert par la loi civile égyptienne. Pour la communauté musulmane, il est régi par les principes du droit musulman<sup>27</sup>. Outre ce domaine, dans certains pays, les délits que mentionne la sharia demeurent soumis à des sanctions de droit musulman ; celui-ci intervient qui plus est dans divers autres domaines juridiques où, comme source du droit, il permet de déterminer ce qui est légal ou ne l'est pas<sup>28</sup>.

Ainsi, même si elle reflète une conception différente qui veut que la loi émane de Dieu, la sharia intervient sans nul doute comme un « droit » dans les domaines qu'elle régit, une intervention plus ou moins large selon l'ordre juridique national considéré. Elle revêt une fonction normative et régit les sociétés, une science extensive est née de son étude, elle est consacrée dans les Constitutions et lois des pays dans lesquels elle s'applique. Sans nul doute peut-on ainsi parler de « droit musulman » et admettre que la sharia instaure un « système de droit ».

---

<sup>23</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 8.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Code civil de la République arabe d'Égypte du 29 juillet 1948 (version française disponible sur le site : < [www.sami-aldeeb.com](http://www.sami-aldeeb.com) >).

<sup>27</sup> ALDEEB, *Les régimes matrimoniaux*, p. 1. Ce dernier explique qu'en Égypte, le droit de la famille en particulier est régi par les lois propres aux différentes communautés religieuses présentes en Égypte.

<sup>28</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 8 ; cf. également JAHEL, p. 15, qui mentionne par exemple que même dans certains États ayant adopté, en droit commercial, des textes législatifs n'interdisant pas la perception d'intérêts, leurs tribunaux ont tendance à refuser d'appliquer lesdits textes, la sharia interdisant cette pratique.

## 2. « Un » droit musulman

La seconde question qui se pose est : peut-on parler d'« un » droit musulman unifié ? Comme observé ci-dessus (section I.A.1.), les Constitutions de plusieurs pays arabo-musulmans mentionnent la sharia ou la loi islamique comme source de leur droit. Ces termes se réfèrent aux prescriptions divines, contenues dans les textes religieux de l'islam ou déduites de ceux-ci, applicables aux comportements humains de tous les musulmans<sup>29</sup>. Dans les États arabo-musulmans, le droit musulman interagit avec le droit étatique : comme nous l'avons vu par exemple, le droit musulman s'applique lorsque le code civil égyptien reste silencieux. Il est donc utile de préciser d'abord que s'il est fait référence au « droit musulman » comme unique, chaque État a cependant son propre droit étatique et s'entend comme un ordre juridique à part entière. L'étendue de la normativité légale de la sharia pourra ainsi varier selon les ordres juridiques. Comme mentionné toutefois, l'approche poursuivie est similaire dans bon nombre des États arabo-musulmans, le droit musulman y trouvant en particulier formellement application en matière familiale.

Précisons encore que la référence à « un » droit musulman ne fait pas fi des différents courants et interprétations existant dans l'étude du droit musulman (voir section I.C.) ; en particulier, nous nous rallions aux opinions selon lesquelles les institutions régies par le droit musulman de la famille, notamment celles traitées dans le présent travail, ne sont ni autonomes ni immuables, et estimons qu'il existe un pluralisme interne au droit musulman et à ses institutions, celles-ci étant amenées à évoluer et varier selon des facteurs géographiques et sociopolitiques<sup>30</sup>.

### **B. Sources du droit musulman**

Les sources primaires du droit musulman sont le Coran et la Sunna<sup>31</sup>. Le Coran rassemble les révélations d'Allah au prophète Mahomet par l'intermédiaire de l'ange Gabriel (cf. notamment Coran, Sourate 2, Verset 97 : « Quiconque est ennemi de Gabriel doit connaître que c'est lui qui, avec la permission d'Allah, a fait descendre sur ton cœur cette révélation qui déclare véridiques les

---

<sup>29</sup> KHALLAF, p. 18.

<sup>30</sup> FOURNIER, p. 26 et 32 ss. Cette auteure cite notamment Ziba MIR-HOSSEINI, dont les travaux offrent une alternative à une approche formaliste des institutions de droit musulman. Freddy KLOPFENSTEIN, de la même manière, défend par exemple une interprétation « ouverte aux réalités humaines » et évolutive du Coran (KLOPFENSTEIN, p. 13). Saïd RAMADAN, en revanche, considère que « les règles fondamentales et invariables du droit islamique sont uniquement celles prescrites par la *Shari'a* (le Coran et la Sunna), qui sont très peu nombreuses. Quoique tous les ouvrages juridiques rédigés pendant plus de treize siècles soient très riches et indispensables, ils doivent toujours être subordonnés à la *Shari'a* et peuvent être remis en question par tous les Musulmans » (RAMADAN, p. 37).

<sup>31</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 6 ; ALKHAMEES, p. 256.

messages antérieurs et qui sert aux croyants de guide et d'heureuse annonce »<sup>32</sup>. Il est pour les musulmans « la source mère, la source sacrée, le Livre Saint (...) la Loi de l'Islam, dans sa forme originelle »<sup>33</sup>. La Sunna est la seconde source principale du droit musulman<sup>34</sup>. Elle désigne les paroles et les actes du Prophète, ainsi que les actes et paroles d'autrui que ce dernier a acceptés<sup>35</sup>. Ces paroles et actes ont fait l'objet de récits oraux, appelés *hadiths*, dont la retranscription a débuté après la mort du Prophète, dans le but de préserver ses conseils et son exemple pour les générations suivantes<sup>36</sup>. La Sunna a été compilée dans différents recueils privés, et les groupes musulmans se réfèrent chacun pour l'essentiel à leur propre recueil<sup>37</sup>. L'autorité juridique de la Sunna vient d'abord du Coran lui-même, qui ordonne dans plusieurs versets aux musulmans d'obéir au Prophète (cf. notamment Coran, Sourate 3, Verset 32 : « Obéissez à Dieu et à son Messager »).

Subordonnés au Coran et à la Sunna, dont le caractère est divin, interviennent, dans l'ordre, comme principales sources secondaires (ou dérivées) le consensus (*ijmâ*) et le raisonnement analogique (*qiyâs*), dont le caractère est rationnel<sup>38</sup>. Le mot arabe *ijmâ* se réfère au consensus ou à l'accord des experts qui, à une même époque, se sont efforcés d'interpréter les Textes (le Coran et la Sunna), après la mort du Prophète : d'abord ses compagnons, puis ceux qui leur ont succédé<sup>39</sup>. Le mot arabe *qiyâs* se réfère quant à lui au raisonnement analogique. Lorsqu'aucune prescription applicable à un cas juridique donné ne peut être trouvée dans les Textes, il faut chercher si un consensus existe sur la question ; à défaut d'un tel consensus, par recours au raisonnement analogique, l'on peut comparer le cas à un autre semblable pour lequel une prescription existe<sup>40</sup>.

### C. Écoles juridiques

Malgré le fait que les textes fondateurs de la sharia soient les mêmes pour tous les musulmans, leur interprétation n'est pas uniforme<sup>41</sup>. Les musulmans sont divisés en plusieurs écoles juridiques (au singulier *madhhab*)<sup>42</sup>. Cette division et l'émergence de ces écoles juridiques sont expliquées de différentes manières. Joseph SCHACHT et Christopher MELCHERT estiment que les écoles

---

<sup>32</sup> BURTON, p. 9.

<sup>33</sup> MILLIOT/BLANC, p. 78.

<sup>34</sup> KHALLAF, p. 30 et 59.

<sup>35</sup> KHALLAF, p. 53.

<sup>36</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 7 ; MILLIOT/BLANC, p. 78 ; PETERS/BEARMAN, p. 28.

<sup>37</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 7.

<sup>38</sup> ALKHAMEES, p. 256 ; MILLIOT/BLANC, p. 105.

<sup>39</sup> KHALLAF, p. 67 ; MILLIOT/BLANC, p. 79-80.

<sup>40</sup> KHALLAF, p. 77.

<sup>41</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 7 ; ALKHAMEES, p. 256.

<sup>42</sup> ALDEEB, *Rapports entre droit et religion*, p. 7 ; PETERS/BEARMAN, p. 41.

juridiques se sont d'abord formées par zones géographiques, les différentes doctrines naissant de pratiques et de besoins politiques propres à une région spécifique. Au sein de ces zones, certains juristes se sont élevés au-dessus des autres en raison de leur intense activité littéraire. S'est ainsi opérée une transformation des écoles juridiques régionales en écoles à caractère personnel<sup>43</sup>. Wael B. HALLAQH estime en revanche qu'il n'y avait dans les temps anciens pas d'écoles de pensée régionales, mais des juristes individuels développant une abondance de doctrines non contraignantes pour leurs adeptes ; au fil du temps, ces juristes se sont réunis en groupes de juristes, au sein desquels sont nées des doctrines auxquelles ont été attribuée une autorité tant épistémique que sociale<sup>44</sup>. Ainsi, la formation des différentes écoles juridiques dites classiques reste controversée. Elles sont répertoriées ainsi : les quatre écoles du courant sunnite, à savoir les hanafites, les malikites, les chafrites et les hanbalites (qui regroupent environ 90% des musulmans), les trois écoles du courant chi'ite, que forment les jafarites, les zaydites et les isma'élites, ainsi que l'école ibadite<sup>45</sup>.

#### **D. Mariage, divorce et leurs effets : quelques institutions et normes spécifiques**

Cette section porte sur certaines institutions ou normes de droit musulman relevant du droit de la famille, plus précisément du droit du mariage, du divorce et de leurs effets. Leur réception dans l'ordre juridique suisse par le biais de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères ou de l'arbitrage international sera traitée plus en détail dans les sections II et III.

##### **1. Mariage et divorce : éléments généraux**

À titre liminaire, nous précisons que le mariage, en droit musulman, est un contrat<sup>46</sup>. Il est soumis à certaines conditions de validité, à savoir l'absence d'empêchement, le consentement au mariage ainsi que certaines conditions de formes<sup>47</sup>. S'agissant de ce dernier élément, bien que le mariage ne soit pas un contrat purement consensuel (à savoir, pour lequel l'échange de volonté suffit), il ne nécessite pas, comme en Suisse, la célébration par un officier de l'état civil ; le consentement doit cependant être échangé devant deux témoins<sup>48</sup>. Si l'une de ces conditions fait défaut, le mariage est

---

<sup>43</sup> PETERS/BEARMAN, p. 42-43.

<sup>44</sup> PETERS/BEARMAN, p. 44-45.

<sup>45</sup> ALDEEB, Rapports entre droit et religion, p. 8 ; PETERS/BEARMAN, p. 42.

<sup>46</sup> AHMAD NASIR, p. 44 ; SCHACHT, p. 137.

<sup>47</sup> AHMAD NASIR, p. 49 ss, 57 ss et 62 ss ; MILLIOT/BLANC, p. 273.

<sup>48</sup> MILLIOT/BLANC, p. 298.

soit nul (la nullité sera constatée par jugement), soit irrégulier, c'est-à-dire qu'il sera dissous par répudiation, dans la mesure où le vice est considéré irrémédiable<sup>49</sup>.

La dissolution du mariage par divorce (par opposition à la dissolution par décès, en adoptant ici une terminologie de droit occidental) peut prendre différentes formes en droit musulman. L'époux peut déclarer répudier son épouse (*talaq*) ; il peut aussi dissoudre le mariage par le serment de continence (*aila*, serment de s'abstenir de toute relation sexuelle avec sa femme) ou par le « serment du dos » (*zihar*, assimilation injurieuse de la femme par son mari à une femme avec laquelle le mariage lui est interdit)<sup>50</sup>. Le divorce peut encore résulter de l'accord des deux époux (« répudiation convenue »)<sup>51</sup>. Enfin, le divorce peut intervenir par une décision judiciaire (il s'apparente dans ce cas au divorce de droit occidental), soit dans le but d'établir l'adultère de l'épouse et d'empêcher que le mari soit pris pour le père d'un enfant qui n'est pas le sien (*li'an*), soit pour certains motifs<sup>52</sup>. Parmi ceux-ci, l'on trouve les « vices rédhibitoires », à savoir la maladie grave de l'un des époux (le vice existait chez la femme avant le mariage, l'époux n'en a eu connaissance qu'après et ne l'a pas accepté, ou le vice, chez l'homme, antérieur ou non au mariage, est apparu après le mariage à la femme, qui ne l'a pas accepté), et l'« inaccomplissement des obligations du mariage » (par exemple l'adultère de l'épouse ou le manquement du mari à son obligation d'entretien)<sup>53</sup>. Dans certains cas précis, la dissolution judiciaire peut être décidée d'office par le juge (par exemple si l'époux maltraite sa femme)<sup>54</sup>.

## 2. Polygamie

Le droit musulman et le droit suisse connaissent tous deux des empêchements au mariage<sup>55</sup>. Certains de ces empêchements sont d'ailleurs similaires dans les deux systèmes de droit : tel est le cas de la parenté. En droit musulman, la parenté (de sang, de lait ou d'adoption) fait obstacle au mariage dans un plus grand nombre de cas qu'en droit suisse, puisque par exemple, selon le droit musulman, un homme ne peut pas épouser sa tante ou sa cousine<sup>56</sup>, tandis que l'art. 95 al. 1 CC ne mentionne que les parents en ligne directe et les frères et sœurs. L'alliance en ligne directe, soit le lien entre le mari et la fille ou la mère de la femme avec laquelle il a valablement contracté mariage,

---

<sup>49</sup> AHMAD NASIR, p. 75 ; MILLIOT/BLANC, p. 305.

<sup>50</sup> AHMAD NASIR, p. 106 ; MILLIOT/BLANC, p. 350 ss.

<sup>51</sup> AHMAD NASIR, p. 106 ; MILLIOT/BLANC, p. 380 ; SCHACHT, p. 139.

<sup>52</sup> AHMAD NASIR, p. 106 ; MILLIOT/BLANC, p. 384 ss.

<sup>53</sup> AHMAD NASIR, p. 106 ; MILLIOT/BLANC, p. 390 ss et 395 ss.

<sup>54</sup> AHMAD NASIR, p. 106 ; MILLIOT/BLANC, p. 393 ss.

<sup>55</sup> MILLIOT/BLANC, p. 274 ss.

<sup>56</sup> MILLIOT/BLANC, p. 273-274.

représente également un empêchement au mariage en droit musulman<sup>57</sup> (l'on parle aussi de « combinaison »)<sup>58</sup> ; il n'en est rien en droit suisse. Le droit musulman connaît également des empêchements d'ordre religieux (« N'épousez pas les femmes polythéistes avant qu'elles croient », Coran, Sourate 2, Verset 221)<sup>59</sup>.

En revanche, si l'existence d'un mariage antérieur non dissous empêche le remariage en droit suisse (art. 96 CC), seule la polyandrie – à savoir le fait pour une même femme d'avoir plusieurs partenaires sexuels à la fois – est interdite selon la sharia<sup>60</sup>. Pour ce motif, en droit musulman, la femme n'a pas le droit d'être mariée simultanément avec plusieurs hommes. En revanche, selon le Coran, « il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez » (Coran, Sourate 4, Verset 3) ; il est toutefois ajouté : « vous ne pourrez jamais être équitable entre vos femmes, même si vous en êtes soucieux » (Coran, Sourate 4, Verset 3)<sup>61</sup>. Selon l'interprétation traditionnelle du Coran, un musulman a le droit d'avoir jusqu'à quatre épouses<sup>62</sup>. Cette règle prévaut encore dans plusieurs pays musulmans, tels que l'Arabie saoudite, la Côte d'Ivoire et de nombreux autres pays d'Afrique de l'Ouest<sup>63</sup>. Les versets coraniques précités ont néanmoins donné lieu à diverses interprétations. Tandis que la Tunisie et la Turquie ont aboli la polygamie (celle-ci restant cependant une réalité en Turquie), plusieurs pays arabo-musulmans ont adopté des mesures pour la limiter<sup>64</sup>. Parmi ces mesures, l'on trouve le droit pour la femme d'inclure une condition au contrat de mariage empêchant le mari de se marier à une autre femme, le droit pour la femme de demander le divorce en cas de mariage avec une autre femme (soumis ou non à l'existence d'une condition au contrat de mariage), ou encore l'examen de certaines conditions à l'admissibilité de la polygamie par le juge<sup>65</sup>. Au Maroc, par exemple, « la polygamie est interdite [...] lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse » (art. 40 du Code marocain de la famille)<sup>66</sup>. En sus, même en l'absence d'une telle exigence de l'épouse, le tribunal n'autorise la polygamie que si sa justification objective et son caractère exceptionnel sont établis et si le demandeur dispose de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins de deux

---

<sup>57</sup> MILLIOT/BLANC, p. 276.

<sup>58</sup> SCHACHT, p. 138.

<sup>59</sup> MILLIOT/BLANC, p. 277 ss.

<sup>60</sup> MILLIOT/BLANC, p. 279.

<sup>61</sup> ALDEEB, p. 11.

<sup>62</sup> MILLIOT/BLANC, p. 279 ; SCHACHT, p. 138.

<sup>63</sup> Courrier international 23 septembre 2005.

<sup>64</sup> ALDEEB, Rappports entre droit et religion, p. 11 ; Courrier international 7 juillet 2011.

<sup>65</sup> ALDEEB, Rappports entre droit et religion, p. 12.

<sup>66</sup> Dahir N° 1-04-22 du 12 Hija 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi N° 70-03 portant Code de la famille (Texte disponible sur le site : < [www.consulatdumaroc.ca](http://www.consulatdumaroc.ca) >).

foyers (art. 41 du Code marocain de la famille). Pour se prononcer, le tribunal doit convoquer l'épouse à laquelle le mari entend adjoindre une co-épouse (art. 43 du Code marocain de la famille). En Algérie, la polygamie n'est admise que si la première épouse y consent, et la Jordanie la soumet à certaines restrictions, comme l'Irak, qui n'admet la polygamie que si la première épouse souffre d'une maladie sexuellement transmissible ou de stérilité<sup>67</sup>.

### 3. Répudiation

La répudiation peut, selon la terminologie employée ici, se référer soit à l'acte unilatéral du mari par lequel il dissout le mariage, soit à la dissolution du mariage convenue par les époux.

La répudiation de l'épouse par l'époux (*talaq*) est le cas de dissolution du mariage le plus commun<sup>68</sup>. Elle résulte de la prononciation d'une formule particulière, qui peut différer selon les écoles<sup>69</sup>. Elle peut être révocable ou irrévocable. La répudiation révocable est unique (la formule ne doit être prononcée qu'une seule fois) et ne peut intervenir que si le mariage a été consommé. Elle ne provoque pas immédiatement la dissolution du mariage, mais la séparation physique des époux. L'épouse devra faire une retraite de continence (la durée de cette retraite varie selon les écoles juridiques), pendant laquelle le mariage continuera d'exister. L'époux peut « rétracter la répudiation » et les époux reprendront alors la vie commune. A la fin de la retraite, l'époux peut également réitérer sa répudiation, qui produira les mêmes effets que la première<sup>70</sup>. La répudiation devient irrévocable d'abord si, à la fin de la retraite de continence ayant suivi la répudiation révocable, le mari ni ne persiste, ni ne se rétracte. Par ailleurs, si le mariage n'a pas été consommé et que le mari répudie l'épouse, la répudiation sera irrévocable. Dans le cas d'un mariage consommé, la répudiation est irrévocable lorsque le mari a répudié à trois reprises, par répudiations uniques et successives, ou si le mari prononce trois fois la formule de répudiation à la suite, sans période de continence<sup>71</sup>.

La répudiation peut également intervenir d'un commun accord (« répudiation convenue ») ; elle est en général alors provoquée par la femme, puisque l'époux peut répudier unilatéralement<sup>72</sup>. Celle-ci, pour obtenir le consentement du mari, devra en général lui offrir une compensation, en

---

<sup>67</sup> Jeune Afrique 23 septembre 2011.

<sup>68</sup> SCHACHT, p. 139.

<sup>69</sup> MILLIOT/BLANC, p. 370.

<sup>70</sup> MILLIOT/BLANC, p. 355 ss.

<sup>71</sup> MILLIOT/BLANC, p. 360 ss.

<sup>72</sup> MILLIOT/BLANC, p. 380.

abandonnant par exemple la partie de la dot (*mabr*) qu'elle n'a pas encore reçue (*kali*), ou en lui rapportant la dot déjà versée, par paiement d'une somme d'argent ou par remise d'un objet de valeur (*kebul*) (au sujet de la dot, cf. ci-dessous section I.D.4) ; les époux peuvent également renoncer réciproquement à toute créance l'un envers l'autre (*mubâraâ*)<sup>73</sup>.

#### 4. *Mabr* (dot)

Le mot arabe *mabr* (en français, dot) se réfère au paiement dû à l'épouse par son mari comme effet du mariage<sup>74</sup>. Ce devoir de l'époux relève d'une prescription coranique (Coran, Sourate 4, Versets 24 et 25 et Sourate 5, Verset 5)<sup>75</sup>. Selon l'interprétation classique de la sharia, la dot est une condition à la validité du mariage, même si l'interprétation n'est pas uniforme quant aux effets d'un mariage contracté en l'absence de *mabr*. En effet, traditionnellement, les Malékites considéraient que si les époux ne s'étaient pas entendus sur la constitution d'une dot, le mariage serait irrégulier ; selon les Hanafites, les Chafrites et les Hanbalites en revanche, le vice serait « réparé » par le droit à une dot « dite de parité ou d'équivalence (*mithl*), dont la coutume détermine le montant en rapport avec les dots qui ont été constituées aux femmes de la famille de l'épouse ou de sa condition »<sup>76</sup>. Cette interprétation classique, selon laquelle le *mabr* est une condition du mariage, s'apparente selon certains auteurs à une conception du mariage comme s'agissant « d'un contrat ayant pour objet le contrôle de la sexualité de l'épouse, sans pour autant en avoir la possession »<sup>77</sup>. Le *mabr* correspondrait ainsi au prix à payer en échange de la sexualité de la femme, comme dans un contrat de vente<sup>78</sup>. Dans un certain nombre de législations modernes cependant, le *mabr* n'est pas mentionné comme une condition au mariage, de sorte que ne soient pas intégrées au mariage des considérations de prix ou de salaire ; selon celles-ci, un mariage reste valide même si rien n'a été stipulé s'agissant du *mabr*<sup>79</sup>. Selon cette interprétation moderne, le *mabr* ne serait donc pas une condition au mariage, mais un effet du mariage, ce qui n'affaiblit cependant en rien le droit de la femme à le recevoir : ce droit existe même si rien n'est dit dans le contrat à son sujet ou si une clause contractuelle – laquelle serait dès lors nulle – prévoit que la femme y renonce<sup>80</sup>.

---

<sup>73</sup> AHMAD NASIR, p. 106 ; MILLIOT/BLANC, p. 380 ; SCHACHT, p. 139.

<sup>74</sup> AHMAD NASIR, p. 83.

<sup>75</sup> FOURNIER, p. 34.

<sup>76</sup> MILLIOT/BLANC, p. 292.

<sup>77</sup> FOURNIER, p. 40, citant AL-HILLI Muhaqqiq, juriste chiite (1205-1277).

<sup>78</sup> FOURNIER, p. 39, se référant au cheikh KHALIL, juriste malikite (mort en 1305).

<sup>79</sup> AHMAD NASIR, p. 83.

<sup>80</sup> AHMAD NASIR, p. 84.

Les écoles sunnites s'accordent pour considérer que le droit au *mahr* naît soit de la consommation réelle du mariage, soit de la mort de l'un des époux avant la consommation<sup>81</sup>. Si l'époux meurt, l'épouse a droit à l'entier de la dot, et si l'épouse meurt, la dot est due à ses héritiers, après déduction d'une part qui revient à l'époux<sup>82</sup>. Si l'époux répudie l'épouse avant la consommation, celle-ci n'a droit qu'à la moitié du *mahr* (ou, si le *mahr* n'avait été stipulé, au *mut'a*, un ensemble de vêtements au titre d'indemnité)<sup>83</sup>. Enfin, l'épouse n'aura pas droit au *mahr* du tout si le mari l'a répudiée avant la consommation pour certains motifs d'irrégularité du mariage (à savoir si la femme n'était pas pubère ou si elle était démente ou faible d'esprit), ou si le mariage a été dissous avant sa consommation en raison d'un acte imputable à l'épouse<sup>84</sup>. À noter que si la répudiation par l'époux intervient après la consommation, le *mahr* reste dû. Le *mahr* est en général divisé en deux parties, l'une prompte, l'autre différée. Les époux peuvent convenir de la date à laquelle la seconde partie deviendra exigible ; à défaut d'une telle convention, le paiement interviendra soit au divorce, soit à la mort de l'un des époux<sup>85</sup>. Comme mentionné plus haut cependant (section I.D.3.), si la répudiation est convenue, l'épouse devra généralement renoncer à la partie différée du *mahr* (*mahr-kali*), ou rapporter le *mahr* déjà reçu (*mahr-kuhl*). De plus, certains faits peuvent emporter, selon les écoles, la perte du droit au *mahr*. Tel est le cas de l'adultère de la femme, de son apostasie ou d'une grossesse antérieure au mariage<sup>86</sup>. Si l'épouse avait déjà touché le *mahr* ou une partie de celui-ci, dans les cas mentionnés, elle doit restituer ce qu'elle a reçu<sup>87</sup>.

L'institution du *mahr* divise les féministes musulmanes ; FOURNIER parle à ce titre de « fracture féministe interne »<sup>88</sup>. Selon elle, les « féministes islamiques », d'une part, considèrent le *mahr* comme symbole d'émancipation et de renforcement de la condition féminine dans les pays musulmans ; les « féministes libérales laïques », d'autre part, y voient la vente de la sexualité féminine<sup>89</sup>. Au-delà de l'institution juridique du *mahr*, les féministes du premier groupe considèrent que les révélations au Prophète auraient mis fin à une Arabie préislamique au modèle patriarcal, en consacrant l'indépendance de la femmes ; elles contestent ainsi les interprétations patriarcales qui ont été faites des Textes, et entendent « établir la légitimité des interprétations émancipatoires »<sup>90</sup>. Le *mahr* représenterait ainsi pour celles-ci une preuve de respect pour la femme, et non l'achat de sa

---

<sup>81</sup> AHMAD NASIR, p. 89.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> AHMAD NASIR, p. 91 ss ; SCHACHT, p. 141.

<sup>84</sup> AHMAD NASIR, p. 93-94.

<sup>85</sup> AHMAD NASIR, p. 86 ; SCHACHT, p. 141.

<sup>86</sup> MILLIOT/BLANC, N 351.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> FOURNIER, p. 39 ss.

<sup>89</sup> FOURNIER, p. 39.

<sup>90</sup> FOURNIER, p. 40-41, et les références citées.

sexualité ; la femme ne serait plus l'objet d'une vente, comme dans la société préislamique, mais une « partie contractante à part entière » dans le mariage<sup>91</sup>. Le *mahr* consacrerait également le droit à la propriété que l'islam garantit à la femme, au contraire de ce qui prévalait à l'époque préislamique<sup>92</sup>. Selon les féministes du second groupe, en revanche, le *mahr* renforce la domination de l'homme dans la famille ; la femme resterait bien l'objet d'une vente, la dot correspondant à une « valeur marchande », dépendant de facteurs tels que son âge, son apparence ou son statut social<sup>93</sup>. Cette argumentation est également renforcée par le fait que le droit au *mahr* prend en principe effet avec la consommation du mariage.

Nous noterons que le *mahr* représente ce qui, en droit musulman, s'apparente le plus à une forme de régime matrimonial comme on le connaît en droit suisse. En effet, il n'existe pas, en droit musulman, de régime matrimonial à proprement parler : il n'existe pas de communauté des biens<sup>94</sup>. En revanche, il est fréquent qu'une partie de la dot soit réservée à une date ultérieure au mariage et que sa répartition entre les époux n'intervienne qu'à la dissolution du mariage, tout comme la liquidation du régime matrimonial. À noter que selon le droit musulman, en plus du *mahr*, l'épouse a droit, pendant la durée du mariage, à l'entretien (*nafaqa*), à moins que ce droit soit suspendu, ce que le mari peut faire dans certaines circonstances<sup>95</sup>.

## E. Conclusion intermédiaire

Cette introduction aux fondements du droit musulman nous paraît importante dans notre analyse des possibles effets que ce droit pourrait déployer dans l'ordre juridique suisse. En se limitant à mettre en avant certaines caractéristiques principales, cette section consacrée au droit musulman vise à nous préparer à la rencontre de systèmes de droit différents. En particulier, la présentation des institutions du mariage, avec un accent sur les règles régissant la polygamie, du divorce, en nous concentrant sur la répudiation, et de la dot ou *mahr*, nous servira à mieux comprendre les implications de la réception de celles-ci en Suisse. Examinons à présent le premier mécanisme par lequel le droit musulman pourrait être reçu en Suisse : la reconnaissance des décisions étrangères.

---

<sup>91</sup> FOURNIER, p. 42, et les références citées.

<sup>92</sup> FOURNIER, p. 43 ; MILLIOT/BLANC, p. 294.

<sup>93</sup> FOURNIER, p. 44, et les références citées.

<sup>94</sup> SCHACHT, p. 141 ; ALDEEB, Les régimes matrimoniaux, p. 1.

<sup>95</sup> SCHACHT, p. 141.

## II. LA RECONNAISSANCE DES DECISIONS ETRANGÈRES DE DROIT MUSULMAN

### A. Propos liminaires

La première facette de l'analyse de la réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères appliquant le droit musulman<sup>96</sup>. Dans un monde globalisé où la population est mobile, la question des effets extraterritoriaux d'une décision rendue dans un État se pose en effet fréquemment. C'est dans le contexte de la reconnaissance des décisions étrangères que les tribunaux suisses ont le plus eu affaire au droit musulman. Il existe ainsi des développements jurisprudentiels et doctrinaux dans ce domaine, c'est pourquoi nous avons souhaité nous pencher sur cette question dans le cadre du présent travail : ceux-ci nous serviront à comprendre comment les tribunaux suisses abordent le droit musulman, et comment leurs décisions permettent ou au contraire empêchent la transplantation en Suisse de certaines institutions ou normes de droit musulman. Ces développements pourront se révéler utiles dans l'étude de la validité en droit suisse de sentences arbitrales appliquant le droit musulman (cf. section III).

Commençons avec un exemple. L'époux X et l'épouse Y se sont mariés dans l'État d'Aphoria, dont ils sont tous deux ressortissants. Dans l'État d'Aphoria, les affaires familiales sont régies par le droit musulman. Nos deux époux, après quelques années de vie commune à Aphoria, viennent s'établir en Suisse. Leur mariage y déploie-t-il également ses effets ? En d'autres termes, le mariage de X et Y est-il reconnu en Suisse ? D'intuition, la réponse semble évidente : deux personnes mariées à l'étranger le sont également en Suisse.

Mais qu'en est-il si l'époux X, polygame, était déjà marié au moment de son mariage avec Y ? Ou encore si l'époux X, avant de venir seul s'établir en Suisse, a répudié l'épouse Y, restée à Aphoria ? Les époux restent-ils mariés au regard du droit suisse, ou la répudiation est-elle reconnue ? L'époux X pourrait-il contracter un nouveau mariage en Suisse ? Ces changements dans la donnée pourraient bien ébranler notre première intuition.

---

<sup>96</sup> Nous nous contenterons, dans le présent travail, du terme « reconnaissance », nos considérations valant également pour la procédure d'exécution des décisions étrangères.

Tout n'est donc pas aussi évident qu'il n'y paraît. En effet, une décision rendue par une autorité étatique est un acte souverain ; en application du principe de territorialité, une telle décision ne déploie directement d'effets que dans le pays où elle a été rendue (État d'origine de la décision)<sup>97</sup>. Ce n'est que si un autre État (l'État requis) y consent, par le mécanisme de la reconnaissance des décisions étrangères, que la décision en question pourra également y être effective<sup>98</sup>.

La reconnaissance des décisions étrangères poursuit un but de sécurité juridique. Les parties intéressées par une décision doivent pouvoir compter sur son caractère définitif, également au-delà des frontières de l'État d'origine de la décision. Le mécanisme de la reconnaissance des décisions étrangères offre ainsi un compromis entre la nécessité d'éviter les « rapports juridiques boiteux »<sup>99</sup> et le respect de la souveraineté de l'État requis, qui pourra refuser la reconnaissance dans certaines circonstances qui heurteraient les fondements de son droit.

Nous commencerons par définir le cadre juridique général régissant la reconnaissance des décisions étrangères en Suisse, en apportant quelques précisions s'agissant de la reconnaissance des mariages et des divorces prononcés à l'étranger. En particulier, nous examinerons plus en détail les limites à la reconnaissance d'une décision étrangère dont les effets sont jugés incompatibles avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse. Nous présenterons enfin une analyse de la réception en Suisse de deux types de situations relevant du droit de la famille et admises en droit musulman : le mariage polygamique et la répudiation.

## **B. Cadre juridique suisse de la reconnaissance des décisions étrangères**

### 1. Notion et effets de la reconnaissance

La reconnaissance d'une décision étrangère vise à en étendre les effets juridiques au territoire d'un État requis<sup>100</sup>. Selon le Tribunal fédéral, « [par] leur reconnaissance, les décisions étrangères déploient en principe en Suisse les mêmes effets qu'elles ont, selon le droit étranger, dans l'État où elles ont été prononcées »<sup>101</sup>. Le premier des effets possibles est l'entrée en force de chose jugée ou l'effet *res judicata*, qui signifie que le même état de fait ne peut faire l'objet d'une nouvelle décision.

---

<sup>97</sup> CHK IPRG-SCHRAMM/BUHR, LDIP 25 N 1.

<sup>98</sup> ZK IPRG-VOLKEN, LDIP 25-32 N 9-10.

<sup>99</sup> ATF 116 II 625, consid. 4 a).

<sup>100</sup> SPÜHLER/RODRIGUEZ, N 323.

<sup>101</sup> ATF 112 III 213, *in* SJ 1996 680, consid. 4 b, et les références citées.

Par ailleurs, une décision peut être formatrice, c'est-à-dire qu'elle a pour effet de modifier une situation juridique préexistante (par exemple la célébration du mariage, le prononcé du divorce ou encore l'adoption) ou constatatoire, c'est-à-dire qu'elle fait le constat d'une situation juridique. Une décision peut encore avoir un caractère exécutoire, lorsqu'elle ordonne une prestation (par exemple le paiement d'une somme d'argent)<sup>102</sup>. Les trois premiers types d'effets mentionnés s'étendent à l'État requis par la simple reconnaissance de la décision ; le caractère exécutoire d'une décision, cependant, devra en sus faire l'objet d'une déclaration du caractère exécutoire, par une procédure appelée *exequatur*<sup>103</sup>. Le droit suisse parle ainsi conjointement de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, sans faire de différence entre les conditions de l'une ou de l'autre action<sup>104</sup>.

Il est utile de préciser que les effets d'une décision ne peuvent être restreints au seul motif que le droit suisse ne les connaît pas ; tel ne sera le cas que si la décision est « impossible à transposer dans une catégorie de droit suisse », ou si les effets d'une décision étrangère sont incompatibles avec l'ordre public suisse (cf. section II.B.4.c ci-dessous)<sup>105</sup>. La reconnaissance des décisions étrangères implique ainsi une « transposition dans les catégories juridiques » de l'État requis, rendant nécessaires certaines adaptations ; lorsqu'une institution étrangère n'existe pas en droit suisse, elle sera dès lors (dans la mesure du possible) assimilée à une institution équivalente<sup>106</sup>. Cette transposition ou assimilation sera en principe la tâche du juge ; il est néanmoins des cas où la loi indique directement quelle est l'institution équivalente en droit suisse. Par exemple, l'art. 45 al. 3 LDIP précise qu'un mariage entre deux personnes du même sexe sera reconnu en Suisse en la forme du partenariat enregistré.

## 2. Sources

En droit suisse, les règles régissant la reconnaissance d'une décision trouvent leur source soit dans la LDIP (art. 25 ss), soit dans les traités internationaux auxquels la Suisse est État partie (la LDIP réservant l'application de traités internationaux, art. 1 al. 2 LDIP).

D'une part, la reconnaissance de certaines décisions peut être soumise aux règles prévues dans des accords internationaux spécialement applicables en raison du domaine juridique concerné, tels que les Conventions de la Haye (par exemple la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la

---

<sup>102</sup> CHK IPRG-SCHRAMM/BUHR, LDIP 25 N 1.

<sup>103</sup> SPÜHLER/RODRIGUEZ, N 323.

<sup>104</sup> KNOEPFLER /SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 717f.

<sup>105</sup> CR LDIP/CL-UCHER, LDIP 25 N 32.

<sup>106</sup> CR LDIP/CL-UCHER, LDIP 25 N 33.

reconnaissance des divorces et des séparations de corps<sup>107</sup>), lorsque tant la Suisse que l'État d'origine d'une décision sont parties à la Convention en question.

D'autre part, une décision peut trouver sa source dans un traité international applicable à la reconnaissance dans un État partie de décisions rendues par un autre État partie, indépendamment du domaine juridique concerné. Ainsi, lorsqu'une décision est rendue par un État partie à la CL (autre que la Suisse), elle est reconnue en application de la CL (aux conditions des art. 32 ss). Si elle est rendue par un État (autre que la Suisse et non partie à la CL) avec lequel la Suisse a conclu un accord bilatéral sur la reconnaissance des décisions judiciaires, c'est l'accord en question qui s'appliquera<sup>108</sup>. L'on mentionnera encore que la Suisse a conclu par le passé des accords bilatéraux sur la reconnaissance et l'exécution des décisions avec des États désormais parties à la CL. L'entrée en vigueur de la CL a rendu ces accords largement obsolètes. Ils restent toutefois potentiellement applicables dans les domaines non visés par la CL, dans la mesure où ces domaines ne sont pas non plus couverts par une Convention de la Haye et où la LDIP n'est pas plus favorable<sup>109</sup>. Toutes les autres décisions étrangères, soit celles qui ne sont pas soumises à l'application de règles internationales, sont soumises aux art. 25 ss LDIP<sup>110</sup>.

### 3. Notion de décision étrangère

La reconnaissance a en principe pour objet les « décisions étrangères », terminologie utilisée tant dans la LDIP que dans la CL. L'art. 25 LDIP se contente de ces termes, sans donner davantage de précisions quant à la nature des décisions visées. L'art. 25 CL précise en revanche que la notion de décision est indépendante de la dénomination qui lui est donnée. Cette précision sémantique ne crée toutefois aucune différence entre la LDIP et la CL<sup>111</sup>. Dans les deux cas sont visées les décisions rendues par des autorités étatiques juridictionnelles, qu'il s'agisse d'autorités judiciaires, administratives ou religieuses<sup>112</sup>, ou encore de juridictions gracieuses (art. 31 LDIP). Certains actes peuvent même être reconnus sans émaner d'une autorité, tels que le divorce privé (cf. section II.C.2.b), pour autant que cela soit légal dans l'État d'origine<sup>113</sup>. Outre les décisions, les transactions judiciaires peuvent aussi faire l'objet de la reconnaissance, à condition qu'elles soient

---

<sup>107</sup> Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (RS 0.211.212.3).

<sup>108</sup> Cf. RS 0.276 pour un aperçu des différentes conventions internationales relatives à l'exécution des jugements en vigueur en Suisse

<sup>109</sup> BUCHER/BONOMI, N 241.

<sup>110</sup> CHK IPRG-SCHRAMM/BUHR, LDIP 25 N 4.

<sup>111</sup> BUCHER/BONOMI, N 242.

<sup>112</sup> BUCHER/BONOMI, N 242 et 244.

<sup>113</sup> CHK IPRG-SCHRAMM/BUHR, LDIP 25 N 8.

assimilées aux décisions judiciaires dans leur État d'origine (art. 30 LDIP, voir également l'art. 58 CL qui soumet toutefois les transactions judiciaires aux règles applicables à l'exécution des actes authentiques)<sup>114</sup>.

Dans la CL (art. 57), les actes authentiques ne sont pas « assimilés » aux décisions étrangères, mais sont soumis à un régime « allégé » : s'ils sont exécutoires dans l'État d'origine, ils pourront être déclarés exécutoires sur simple requête et, dès lors, exécutés dans l'État requis (selon la procédure des art. 38 ss CL). La LDIP manque quant à elle quelque peu de clarté quant au sort qu'elle réserve aux actes authentiques. En effet, elle ne prévoit pas de règles générales pour les actes authentiques étrangers, mais seulement pour les actes étrangers concernant l'état civil (art. 32 LDIP). Il est toutefois admis que les actes non juridictionnels qui ne concernent pas l'état civil déploient leurs effets de la même manière que ceux qui concernent l'état civil, selon la procédure prévue à l'art. 32 LDIP<sup>115</sup>. Au contraire de ce que prévoit la CL, ils ne seront admis en Suisse que s'ils remplissent les conditions de la reconnaissance.

Lorsqu'une décision étrangère répond à la définition donnée ou lorsqu'il s'agit d'un acte également soumis au régime de la reconnaissance des décisions étrangères, se pose la question du respect des conditions de la reconnaissance.

#### 4. Conditions de la reconnaissance

S'agissant de l'examen des conditions de la reconnaissance, nous précisons que le présent travail se concentre sur les dispositions de la LDIP (art. 25 ss). En effet, les décisions étrangères appliquant le droit musulman sont généralement rendues dans des États avec lesquels la Suisse n'a pas conclu d'accords internationaux applicables. Il peut cependant arriver que des décisions appliquant le droit musulman soient rendues dans certains États européens, leur reconnaissance étant alors soumise en Suisse aux art. 32 ss CL<sup>116</sup>. Une comparaison avec la CL sera donc également présentée lorsqu'elle est jugée pertinente en raison de différences notables. Par ailleurs, la présente section

---

<sup>114</sup> BUCHER/BONOMI, N 243.

<sup>115</sup> BUCHER/BONOMI, N 254.

<sup>116</sup> En effet, comme c'est le cas en Suisse, il peut arriver que le tribunal d'un État partie à la CL tranche un litige en application du droit musulman (c'est aspect, relevant de l'application directe du droit musulman devant les tribunaux du for, n'est cependant pas traité dans le présent travail). La reconnaissance en Suisse du jugement ainsi rendu sera, dans un tel cas, soumise aux conditions de la CL. Nous relevons également le cas particulier de la Grèce, qui admet, en Thrace occidentale, territoire cédé après la Première guerre mondiale, que les citoyens de confession musulmane règlent leurs affaires familiales selon le droit musulman (cf. Orient XXI Magazine du 19 août 2014). Ainsi, la potentielle reconnaissance d'une décision grecque appliquant le droit musulman serait soumise à la CL.

portant notamment sur la reconnaissance de divorces (ou d'institutions assimilées au divorce) prononcés à l'étranger (cf. section II.C.2 au sujet de la répudiation), nous apporterons quelques précisions relatives à la Convention de la Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, mais n'examinerons pas les autres conventions de la Haye. Il est utile de préciser à cet égard que la réserve d'ordre public (cf. section II.B.4.c), qui représente le principal élément de l'examen de la reconnaissance de décisions qui appliquent le droit musulman, est également intégrée dans les différents accords internationaux conclus par la Suisse sur la reconnaissance des décisions.

Selon l'art. 25 LDIP, la reconnaissance d'une décision étrangère est soumise en Suisse à trois conditions cumulatives : la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'État dans lequel la décision a été rendue était donnée (*lit. a*), la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou est définitive (*lit. b*), et il n'y a pas de motif de refus au sens de l'art. 27 LDIP (*lit. c*).

Si l'une des trois conditions de la reconnaissance fait défaut, la décision étrangère ne sera pas reconnue en Suisse et n'y revêtira donc pas la force de chose jugée. Il serait dès lors possible d'introduire une nouvelle procédure entre les mêmes parties et sur le même objet devant le juge suisse<sup>117</sup>.

Les deux premières conditions ne seront traitées que brièvement ; dans l'examen de la réception en Suisse d'une décision valablement prononcée à l'étranger, c'est la condition d'ordre public qui est déterminante.

#### *a) Compétence en matière de reconnaissance*

Aux termes de la première condition, la compétence de l'autorité dont émane la décision doit être donnée dans l'État d'origine. Le contrôle porte uniquement sur la compétence indirecte, c'est-à-dire sur l'existence d'un « lien juridictionnel » suffisant entre l'état de fait et les parties avec l'autorité qui a rendu la décision, de l'avis de l'État requis, la Suisse<sup>118</sup>. Il importe peu que l'autorité de l'État d'origine ayant rendu la décision se considère elle-même compétente : la compétence à raison du lieu et de la matière dans l'État d'origine n'est pas examinée<sup>119</sup>. Un tel examen limité à la compétence internationale facilite donc la reconnaissance (*favor recognitionis*), tout en assurant un minimum de

---

<sup>117</sup> OTHENIN-GIRARD, N 435.

<sup>118</sup> BUCHER/BONOMI, N 256.

<sup>119</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 149.

contrôle, de manière à pouvoir refuser la reconnaissance de jugements rendus par une autorité dont la compétence était fondée sur des liens très lâches avec le litige<sup>120</sup>.

L'art. 26 *lit.* a, 2<sup>ème</sup> phr. LDIP prévoit, au titre de règle générale, qu'un lien juridictionnel suffisant existe si le défendeur a son domicile dans l'État dans lequel la décision a été rendue. Cette règle générale ne s'applique toutefois qu'en l'absence d'une disposition de la LDIP spécifique à une matière déterminée (art. 26 *lit.* a, 1<sup>ère</sup> phr. LDIP). Il est ici fait référence aux règles spécifiques prévues à la fin de chaque chapitre ou section de la LDIP ; selon les domaines, le législateur a entendu faciliter plus ou moins la reconnaissance, en définissant la compétence internationale de manière plus ou moins large<sup>121</sup>.

La CL, quant à elle, prévoit qu'« il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'État d'origine » (art. 35 al. 3). En effet, le « système d'efficacité des jugements » instauré par la CL veut que les États parties à la CL se fassent confiance et assume que tous respectent les règles de compétence prévue par la CL<sup>122</sup>. Certaines exceptions sont prévues, mais ne concernent pas les domaines du droit de la famille (cf. art. 35 al. 1 CL).

#### *b) Décision inattaquable ou définitive*

Selon la deuxième condition, une décision étrangère est reconnue si elle ne peut plus être remise en cause par le biais d'un recours ordinaire ou si elle est définitive (art. 25 *lit.* b LDIP). Cette condition implique que seules les décisions qui revêtent une certaine stabilité peuvent être reconnues<sup>123</sup>. La CL, ne prévoit aucune condition telle, mais indique que l'autorité devant laquelle est invoquée la reconnaissance d'une décision « peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire » (art. 37 al. 1 CL).

La notion de « recours ordinaire » se réfère à un moyen de droit entraînant un nouvel examen du litige ; si un tel examen est en cours ou si le délai pour le faire valoir n'est pas encore échu, la décision ne sera pas reconnue<sup>124</sup>. Au contraire, une décision susceptible de « recours extraordinaire » peut être reconnue. Cette notion peut se définir comme un moyen de droit qui dépend d'événements qui ne sont pas prévisibles au moment où la décision est rendue (vrais *nova*),

---

<sup>120</sup> BUCHER/BONOMI, N 256.

<sup>121</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 150.

<sup>122</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, CL 1-79, N 20 ; BUCHER/BONOMI, N 266.

<sup>123</sup> BK IPRG-DAEPPEN/MABILLARD, LDIP 25 N 31.

<sup>124</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 25 N 15.

ou encore d'événements que seuls des tiers pouvaient connaître et qui n'ont pas pu être invoqués pendant le délai de recours ordinaire (*faux nova*)<sup>125</sup>.

La condition alternative du caractère définitif de la décision vise les décisions pour lesquelles aucune voie de recours ordinaire n'était disponible. Dans un tel cas, la décision est définitive si elle met fin à la procédure<sup>126</sup>.

### *c) Ordre public*

Enfin (et surtout, en ce qui concerne notre analyse), une décision étrangère n'est reconnue que si elle n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public suisse (art. 25 *lit. c cum* 27 al. 1 LDIP). La condition consacre la réserve d'ordre public, laquelle assure une fonction de rejet de jugements étrangers qui, en raison de leur contenu ou de la procédure selon laquelle ils ont été rendus, violent les valeurs fondamentales du droit suisse<sup>127</sup>. La réserve d'ordre public est au cœur de l'analyse de la reconnaissance des décisions étrangères, en particulier dans les domaines du droit de la famille. Lorsqu'une décision rendue par une autorité souveraine étrangère prend effet en Suisse, deux ordres juridiques différents se rencontrent, chacun empreint de la société qu'il régit. La réserve de l'ordre public sert alors de rempart là où les deux ordres juridiques sont trop difficilement réconciliables. En matière familiale en particulier, les représentations que se font différentes sociétés de la famille peuvent largement diverger, selon l'espace géographique et temporel auxquels elles appartiennent. La réserve d'ordre public sert de garante ; elle vise à protéger la conception suisse actuelle de la famille, lorsqu'une décision étrangère viendrait l'altérer trop profondément.

Il convient d'abord de préciser que l'ordre public en droit international privé est une notion autonome, à distinguer des terminologies similaires applicables en droit matériel suisse<sup>128</sup> ; pour cette raison, l'on emploie fréquemment la terminologie d'ordre public international<sup>129</sup>.

L'ordre public est une notion juridiquement indéterminée : de l'aveu même du Tribunal fédéral, « elle ne se prête guère à une définition passe-partout »<sup>130</sup>. Les tentatives de le définir font recours

---

<sup>125</sup> ZK IPRG-VOLKEN, LDIP 25 N 55.

<sup>126</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 25 N 20.

<sup>127</sup> CHK IPRG-SCHRAMM/BUHR, LDIP 27 N 1.

<sup>128</sup> Par exemple, selon l'art. 19 al. 2 CO, les conventions qui dérogent au texte de la loi de manière à heurter l'ordre public sont nulles ; cette notion d'ordre juridique interne se réfère aux dispositions impératives du droit suisse. Or, celles-ci ne font pas nécessairement partie de l'ordre public international (cf. OTHENIN-GIRARD, N 137).

<sup>129</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 17 N 2.

<sup>130</sup> ATF 132 III 389, consid. 2.2.2.

à d'autres notions indéterminées<sup>131</sup> : valeurs essentielles<sup>132</sup>, principes juridiques fondamentaux<sup>133</sup>, mœurs ou sentiment du droit<sup>134</sup> par exemple. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral explique : « le législateur helvétique, au moment de choisir les termes d'"ordre public", avait [...] forcément à l'esprit le système de valeurs qui prévaut dans la partie du monde où se trouve le pays dont il est chargé d'édicter les lois et les principes qui constituent le fondement de la civilisation à laquelle appartient ce pays »<sup>135</sup>. Ainsi, l'ordre public international se détermine du point de vue suisse, en référence à un système de valeurs qui prévaut en Suisse. Il se détermine aussi selon un certain espace temporel ; comme les valeurs dominantes en Suisse auxquelles il se réfère, il est appelé à évoluer<sup>136</sup>.

Afin de rendre le contenu de l'ordre public international suisse, difficilement saisissable, plus prévisible (car « peut-être la prévisibilité du droit n'y trouve-t-elle pas son compte »<sup>137</sup>), le Tribunal fédéral a dressé une liste non exhaustive de principes relevant de l'ordre public : la fidélité contractuelle (*pacta sunt servanda*), le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables<sup>138</sup>.

La réserve d'ordre public intervient comme une « clause d'exception », de sorte qu'elle ne trouve qu'une application restrictive<sup>139</sup>. Lorsqu'elle intervient dans le cadre de la reconnaissance d'une décision étrangère, en application de l'art. 27 LDIP, elle doit être examinée avec encore davantage de retenue ; l'on parle ainsi d'ordre public atténué<sup>140</sup>. Selon le Tribunal fédéral, « la notion d'incompatibilité avec l'ordre public suisse doit recevoir, en matière d'exécution de jugements étrangers, une interprétation plus étroite que lorsqu'il s'agit de l'application directe de la loi étrangère par le juge suisse »<sup>141</sup>. Cette exigence de retenue découle de la présence du mot « manifestement » à l'art. 27 al. 1 LDIP<sup>142</sup> (qui fait défaut à l'art. 17 LDIP en matière d'application de droit étranger)<sup>143</sup>. Cette différence se justifie par le fait que « l'on a affaire à des rapports juridiques qui ont force de

---

<sup>131</sup> ATF 64 II 88, consid. 5.

<sup>132</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 27 N 1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4P.221/1991 du 13 mars 1992, consid. 2 a).

<sup>133</sup> ATF 120 II 155, consid. 6 a).

<sup>134</sup> ATF 117 II 494, consid. 7.

<sup>135</sup> ATF 132 III 389, consid. 2.1.

<sup>136</sup> OTHENIN-GIRARD, N 476.

<sup>137</sup> ATF 132 III 389, consid. 2.2.2

<sup>138</sup> ATF 120 II 155, consid. 6 a) et les références citées.

<sup>139</sup> ATF 134 III 661, consid. 3.1. ; ATF 121 III 246, consid. 3 c).

<sup>140</sup> BUCHER/BONOMI, N 270ss.

<sup>141</sup> ATF 109 Ib 232, consid. 2 a).

<sup>142</sup> Le texte de l'art. 27 al. 1 LDIP a la teneur suivante : « La reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse » (nous soulignons).

<sup>143</sup> BUCHER/BONOMI, N 271.

chose jugée ou qui sont définitivement acquis à l'étranger »<sup>144</sup>. La retenue avec laquelle est examiné l'ordre public dépend du lien de rattachement (*Binnenbeziehung*) de la cause avec la Suisse<sup>145</sup>. De l'avis d'OTHENIN-GIRARD, auquel nous nous rallions, c'est en fait surtout de la proximité de la cause avec la Suisse que dépend l'effet atténué de l'examen de la reconnaissance<sup>146</sup>. Plus les liens sont étroits, plus restrictif sera le test. L'ordre public est ainsi une notion relative. En revanche, « plus un principe est fondamental et l'atteinte portée par la décision grave, moins se manifeste l'exigence de la « *Binnenbeziehung* » ». Il existe ainsi un « noyau dur » de l'ordre public, qui ne peut subir aucune relativisation ; la seule saisine du juge suisse suffit alors à créer un lien de rattachement suffisant pour appliquer les valeurs les plus fondamentales de notre ordre juridique (dignité humaine, noyau dur des droits fondamentaux notamment)<sup>147</sup>.

Les motifs de refus qui forment la réserve de l'ordre public au sens de l'art. 27 LDIP peuvent se classer en deux catégories : l'ordre public matériel (art. 27 al. 1 LDIP) et l'ordre public procédural (art. 27 al. 2 LDIP).

L'examen de la compatibilité de la décision avec l'ordre public matériel est effectué d'office par l'autorité compétente<sup>148</sup>. Cet examen ne porte pas sur une norme ou une institution juridique en des termes abstraits, mais sur les effets qu'une décision concrète produirait si elle était reconnue ; c'est le résultat qu'aurait la reconnaissance qui détermine si la décision est ou non compatible avec l'ordre public suisse<sup>149</sup>. L'ordre public matériel se réfère au contenu de la décision étrangère<sup>150</sup>, à savoir aux règles et principes essentiels de l'ordre juridique suisse qui ne touchent pas aux aspects de procédure.

L'ordre public procédural n'est examiné que si une partie invoque sa violation<sup>151</sup>. Les motifs de refus sous l'empire de l'ordre public procédural mentionnés à l'art. 27 al. 2 LDIP forment une liste exhaustive : l'absence de citation régulière (*lit. a*), la violation des principes fondamentaux du droit suisse de procédure (*lit. b*), le non-respect du principe de *res judicata* (*lit. c*).

---

<sup>144</sup> ATF 116 II 625, consid. 4 a).

<sup>145</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 147.

<sup>146</sup> OTHENIN-GIRARD, N 309.

<sup>147</sup> OTHENIN-GIRARD, N 382.

<sup>148</sup> ATF 122 III 344, consid. 4 c).

<sup>149</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 27 N 5 ; BÜCHLER/LATIF, p. 151-152 ; cf. ATF 120 II 155, consid. 6 a).

<sup>150</sup> OTHENIN-GIRARD, N 458.

<sup>151</sup> KNOEPFER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 727a, et les références citées.

## 5. Conditions spécifiques au prononcé du mariage et au divorce

En sus du cadre général présenté ci-dessus, la reconnaissance des mariages prononcés à l'étranger est réglée spécifiquement à l'art. 45 LDIP. Le principe est celui de la reconnaissance des mariages valablement prononcés à l'étranger (idée de la *favor matrimonii*, art. 45 al. 1 LDIP)<sup>152</sup>. Ainsi, un lien juridictionnel avec l'État national ou de domicile d'un (ou des deux) époux n'est pas nécessaire<sup>153</sup>.

En général, le prononcé du mariage s'opère, plutôt que par décision, par un acte concernant l'état civil. En vertu de l'art. 32 LDIP, un tel acte étranger est assimilé à une décision étrangère ; il sera transcrit dans les registres suisses de l'état civil s'il remplit les conditions de la reconnaissance. Il en découle que la deuxième condition ne requiert pas d'examen approfondi en matière de prononcé du divorce, puisqu'il n'est pas question d'une décision sujette à recours.

S'agissant de la condition d'ordre public, l'art. 45 al. 3 LDIP prévoit qu'un mariage ne sera pas reconnu s'il a eu lieu à l'étranger pour éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse. Est ainsi sanctionnée la « fraude à la loi », impliquant qu'un rapport étroit (*Binnenbeziehung*) existe avec la Suisse<sup>154</sup>. Cette disposition opère comme un motif spécifique de refus relatif à l'ordre public suisse<sup>155</sup>. Elle fait référence aux causes absolues d'annulation prévues à l'art. 105 CC<sup>156</sup>. Ainsi, un mariage prononcé à l'étranger dans le but d'éluder les dispositions suisses sur l'annulation du mariage ne sera pas reconnu en Suisse ; ceci ne signifie toutefois pas encore qu'un mariage célébré à l'étranger en violation d'une clause absolue d'annulation ne sera pas reconnu, le critère déterminant ici étant celui de l'intention frauduleuse.

S'agissant de la reconnaissance d'un divorce étranger, l'art. 65 LDIP se contente de préciser dans quels cas la première condition de la compétence internationale est considérée comme remplie. À l'inverse de ce qui vaut pour le prononcé du mariage, la LDIP exige un lien juridictionnel avec l'État du domicile ou de la résidence habituelle, ou avec l'État national de l'un des époux (art. 65 al. 1 LDIP). Elle admet néanmoins également la reconnaissance d'une décision si l'un de ces États l'a lui-même reconnue (art. 65 al. 1 *in fine* LDIP). En revanche, si la décision a été rendue dans un État dont aucun époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité, l'art. 65 al. 2 LDIP impose des conditions supplémentaires.

---

<sup>152</sup> BUCHER/BONOMI, N 639.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> FF 2002 3469, p. 3514.

<sup>155</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 156.

<sup>156</sup> FF 2011 2045, p. 2054.

Nous soulignons que la reconnaissance d'un divorce étranger est régie par la Convention de la Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps et non par la LDIP lorsque le divorce en question a été prononcé dans un État partie à la Convention. Selon son art. 1 al. 1, celle-ci s'applique à la reconnaissance des divorces et des séparations de corps qui sont acquis à la suite d'une procédure judiciaire ou autre officiellement reconnue dans l'État d'origine de la décision. Cela signifie que la Convention est applicable aux divorces administratifs, religieux ou législatifs, le concours d'une autorité étant nécessaire<sup>157</sup>. À l'origine, ce champ d'application était entendu comme excluant les divorces strictement consensuels ou résultant d'une déclaration unilatérale, ceux-ci ne comportant pas d'intervention officielle qui puisse s'apparenter à une procédure<sup>158</sup>. Cependant, cette Convention doit être interprétée à la lumière de l'évolution du droit du divorce : son champ d'application s'étend tant aux divorces fondés sur une simple déclaration devant une autorité qu'aux divorces strictement privés pour lesquels l'intervention de l'autorité se limite à produire des effets déclaratoires ou probatoires, sans être constitutive du divorce<sup>159</sup>.

### **C. L'intervention de l'ordre public dans quelques cas choisis de droit du mariage et du divorce**

La présente section se concentre sur la reconnaissance de décisions appliquant le droit musulman dans certaines situations précises. Notre analyse porte plus spécifiquement sur deux institutions de droit musulman dont la compatibilité avec l'ordre public matériel a été examinée par les tribunaux suisses afin d'admettre ou non leur reconnaissance : le mariage polygamique et la répudiation. Nous procéderons à partir des éléments de théorie générale présentés ci-dessus (en particulier au sujet de la réserve d'ordre public, cf. section II.B.4.c). Cet examen nous permettra de discerner comment les tribunaux suisses appréhendent et reçoivent le droit musulman en matière familiale, plus spécifiquement s'agissant de questions ayant trait aux domaines du droit du mariage et du divorce.

---

<sup>157</sup> FF 1975 II 1381, p. 1383-1384 ; CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 65 N 25.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 65 N 25.

## 1. Mariages polygamiques

### *a) Exposé du problème*

La reconnaissance en Suisse d'un mariage polygamique valablement prononcé à l'étranger pose la question de la conformité de la polygamie avec l'ordre public suisse. La polygamie heurte l'ordre juridique suisse à plusieurs égards.

En premier lieu, le droit suisse consacre le principe de la monogamie, qui trouve un ancrage tant en droit pénal qu'en droit civil. En droit pénal, l'art. 215 CP sanctionne tant celui qui contracte en Suisse un mariage alors qu'il était déjà marié que celui qui contracte en Suisse un mariage avec une personne déjà mariée. Selon le Tribunal fédéral, « le dommage à raison duquel la bigamie [respectivement la polygamie] a été érigée en infraction est défini comme l'atteinte portée au principe du mariage monogamique, qui est à la base de l'institution du mariage telle qu'elle est conçue dans notre pays ». En droit civil, l'art. 96 CC interdit la polygamie en exigeant que toute personne qui veut se remarier établisse que son précédent mariage a été annulé ou dissous. En outre, l'art. 105 ch. 1 CC prévoit que l'existence d'un précédent mariage non dissous est une cause absolue d'annulation du mariage subséquent, si bien que l'autorité cantonale compétente peut l'annuler, d'office ou sur demande de toute personne intéressée (art. 106 al. 1 CC).

En second lieu, la polygamie étant, dans les États de droit musulman, un droit exclusivement masculin, elle n'est pas conforme au principe constitutionnel d'égalité des sexes, auquel la loi doit pourvoir en particulier dans le domaine de la famille (art. 8 al. 3 Cst.)<sup>160</sup>. Elle viole également le principe de non-discrimination (art. 8 al. 2 Cst., art. 14 CEDH)<sup>161</sup>.

### *b) Reconnaissance d'un mariage lorsque l'un des époux est déjà marié*

L'art. 45 al. 2 LDIP indique clairement qu'un mariage contracté à l'étranger dans l'intention d'éluder l'art. 105 ch. 1 CC est contraire à l'ordre public. En revanche, la LDIP reste muette sur la reconnaissance d'un mariage polygamique en l'absence de fraude à la loi. Il revient donc au juge d'exercer son pouvoir d'interprétation en la matière.

---

<sup>160</sup> Voir également l'énoncé du problème dans OTHENIN-GIRARD, N 659.

<sup>161</sup> Arrêt CourEDH dans la cause *Partisi [Parti de la prospérité] et autres c. Turquie* du 13 février 2003, Recueil 2003-II, par. 128.

À notre connaissance, la première décision rendue en Suisse concernant la compatibilité de la polygamie avec l'ordre public suisse date de 1959. L'autorité de surveillance argovienne en matière d'état civil avait refusé de reconnaître en Suisse un mariage unissant valablement à l'étranger une épouse et son époux bigame, considérant que la polygamie violait l'ordre public et que ce mariage n'était donc pas valide en Suisse<sup>162</sup>.

C'est dans un arrêt datant de 1984 que le Tribunal fédéral a considéré pour la première fois qu'un empêchement au mariage résultant de l'existence d'un premier mariage non dissous relevait de l'ordre public<sup>163</sup>. Il devait alors se prononcer sur la décision de refus de l'autorité cantonale de surveillance de transcrire le mariage d'un ressortissant marocain avec une ressortissante suisse prononcé à Londres dans les registres suisses d'état civil. L'autorité cantonale avait considéré que le divorce intervenu dans le cadre du précédent mariage de l'époux n'avait pas d'effet en Suisse, car il avait été prononcé par une ambassade marocaine. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision, estimant que, si un premier mariage était encore valable, le second devrait être considéré comme inexistant en Suisse « car un tel empêchement relève de l'ordre public suisse »<sup>164</sup>. Il ne s'est toutefois pas prononcé sur la reconnaissance du mariage sous l'angle de la validité d'un mariage polygamique, le mari ne cherchant pas à se prévaloir de la polygamie dans le cas d'espèce, puisque l'existence de deux mariages simultanés résultait d'un divorce invalide<sup>165</sup>.

À notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'est ainsi jamais prononcé sur le principe de la reconnaissance en Suisse des mariages polygamiques légalement prononcés à l'étranger. Il est intéressant de relever cependant que la Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans son arrêt *Refah Partisi [Parti de la prospérité] et autres c. Turquie*, que tout État partie pouvait « légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public [...] (par exemple les règles permettant la discrimination basée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie) trouvent application sous sa juridiction »<sup>166</sup>.

Au regard des développements jurisprudentiels existants, combinés avec les écrits doctrinaux sur le sujet, examinons si un mariage polygamique valable à l'étranger pourrait produire certains effets en Suisse.

---

<sup>162</sup> Résumé de la décision par HALLER, p. 333 ss ; décision également mentionnée par PIOTET, p. 774.

<sup>163</sup> ATF 110 II 5, consid. 2. a).

<sup>164</sup> ATF 110 II 5, consid. 2. a).

<sup>165</sup> OTHENIN-GIRARD, N 669.

<sup>166</sup> Arrêt CourEDH dans la cause *Refah Partisi [Parti de la prospérité] et autres c. Turquie* du 13 février 2003, Recueil 2003-II, par. 128.

*c) Reconnaissance d'un mariage temporairement polygamique*

La pratique existante nous permet d'abord de considérer que lorsqu'un mariage a été polygamique, mais ne l'est plus au moment où la question de sa reconnaissance en Suisse se pose, l'autre (ou les autres) mariage(s) ayant été dissous, le mariage doit être reconnu<sup>167</sup>. C'est la solution retenue dans un arrêt du Tribunal cantonal vaudois de 1996. Il s'agissait d'un mariage prononcé à l'étranger en 1990 entre une Marocaine et un Algérien, alors que ce dernier était déjà marié d'un précédent mariage, qui avait cependant été dissous en 1992<sup>168</sup>. Le Tribunal devait examiner, au titre de question préalable, si le (second) mariage pouvait être reconnu, afin de déterminer si ce mariage pouvait faire l'objet d'une demande en divorce. Dans ce cadre, le Tribunal s'est référé à deux thèses alors défendues en doctrine. Selon la première, les causes absolues d'annulation du mariage, telles que la polygamie, appartiennent à l'ordre public suisse. Selon certains défenseurs de cette première thèse néanmoins, une « règle de rejet absolue » ne saurait être instaurée lorsque la validité d'un mariage polygamique se pose à titre préalable, la non-reconnaissance ayant des effets injustes. En adoptant cette approche, « la conformité avec l'ordre public doit s'apprécier au jour où se pose la question préalable de la reconnaissance du mariage »<sup>169</sup>. Or, dans le cas en question, le mariage n'était alors plus polygamique. Sa reconnaissance n'aurait donc pas été contraire à l'ordre public selon cette approche. C'est cette solution qu'avait retenue le Tribunal civil du district de Lausanne dans un arrêt similaire antérieur<sup>170</sup>. Selon la seconde thèse (le Tribunal se référant notamment à PIOTET), la validité du mariage dépend de l'introduction d'une action en annulation du mariage<sup>171</sup>. Selon le droit suisse, applicable à l'action en annulation devant un tribunal suisse selon la LDIP (à l'époque en application par analogie de l'art. 61 al. 1 LDIP, la même solution étant aujourd'hui prévue à l'art. 46 al. 2 LDIP de sorte que l'analogie n'est plus requise), l'annulation du mariage n'a pas d'effet rétroactif ; le mariage demeure valable et continue de produire ses effets jusqu'à son annulation. En l'espèce, l'épouse n'avait pris aucune conclusion tendant à l'annulation du mariage. Ainsi, en l'état, le mariage demeurerait valable. Considérant que les deux thèses aboutissaient au même résultat, le Tribunal, sans se prononcer en faveur de l'une ou de l'autre, a jugé que le mariage devait être reconnu.

---

<sup>167</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 163.

<sup>168</sup> Tribunal cantonal VD, du 21 octobre 1996, *in* JdT 1997 III 87.

<sup>169</sup> Tribunal cantonal VD, du 21 octobre 1996, *in* JdT 1997 III 87, consid. 1a).

<sup>170</sup> Tribunal du district de Lausanne, arrêt non publié du 16 juin 1967, mentionné par OTHENIN-GIRARD, N 673.

<sup>171</sup> À noter que la loi parlait alors improprement d'action en nullité. Ceci a été rectifié dans la révision du code civil suisse de 1995 (FF 1996 I 1-231, p. 14).

Dans un cas similaire, la Commission de recours en matière fiscale bâloise a reconnu le premier mariage en Suisse d'un ressortissant tunisien, quand bien même ce dernier avait conclu un second mariage en Tunisie, ce second mariage étant déjà dissous lorsque s'est posée la question de la reconnaissance du premier<sup>172</sup>.

Ainsi, tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent largement à admettre que le vice de polygamie est guéri si le mariage n'est plus polygamique au moment où se pose la question de sa reconnaissance<sup>173</sup>.

*d) Reconnaissance de certains effets d'un mariage polygamique*

La situation est toutefois différente lorsqu'un mariage demeure polygamique et est revendiqué comme tel par l'un des époux, c'est-à-dire lorsque l'union polygamique a été valablement prononcée à l'étranger. Comme indiqué plus haut, le Tribunal fédéral considère que le principe de la monogamie appartient à l'ordre public suisse (cf. section C.1.b). Dans un arrêt non publié du 13 juin 2013, il indique : « [de] jurisprudence et pratique constantes, la Suisse considère comme contraire à l'ordre public le mariage bigame et refuse de procéder à l'inscription du second mariage dans les registres d'état civil »<sup>174</sup>. Dans le même sens, le Conseil fédéral a considéré, dans son message concernant les luttes contre les mariages forcés, que « selon la conception dominante, l'ordre public suisse est manifestement violé en cas de bigamie »<sup>175</sup>.

Le refus d'inscrire le mariage dans les registres d'état civil ne signifie toutefois pas encore qu'un mariage polygamique doive, dans tous les cas, être tenu pour inexistant. En effet, il est certains cas où la non-reconnaissance du mariage produirait un résultat injuste. Il serait par exemple injuste que la deuxième épouse, venue s'établir avec son époux polygame en Suisse, n'ait aucun droit dans la succession de ce dernier, ou soit privée de l'entretien auquel elle aurait droit en tant qu'épouse. La non-reconnaissance, dans de tels cas, agirait à contresens de considérations liées à la condition féminine, qui se trouvent pourtant à la racine même des motifs de refus de la polygamie. À cet égard, l'Office fédéral de la justice, relevant qu'il n'existait pas de jurisprudence sur les effets que pourraient produire, en Suisse, des unions polygamiques, s'est prononcé sur la question dans un

---

<sup>172</sup> Commission de recours en matière fiscale BS, du 24 février 2000, *in* BStPra 4/2002 p. 262, mentionné par BÜCHLER/LATIF, p. 163.

<sup>173</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 163.

<sup>174</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_792/2012 du 6 juin 2013, consid. 3.1.1.

<sup>175</sup> FF 2011 2045, p. 2055.

avis de 1981<sup>176</sup>. Ce dernier, estimant que « la non-reconnaissance pure et simple [était] trop restrictive », s'est prononcé en faveur de « la reconnaissance quant à certains effets », plus précisément la « reconnaissance de principe, limitée à certains effets », conformément au système français<sup>177</sup>. Comme OTHENIN-GIRARD, nous approuvons cette approche, et estimons que certains effets de l'union devraient être reconnus en Suisse<sup>178</sup>. L'examen de la compatibilité de la reconnaissance d'un mariage prononcé à l'étranger avec l'ordre public doit ainsi s'examiner au cas par cas, selon l'effet de l'union considéré.

Le Tribunal administratif fédéral a déjà eu à se prononcer sur le droit au regroupement familial dans le domaine de l'asile. Dans un arrêt de 2012, celui-ci a admis que, si la polygamie était contraire à l'ordre public, « cela ne [signifiait] pas que le mariage polygame [était] privé de tout effet et considéré comme inexistant en Suisse », tout en relevant que la doctrine était divisée quant aux conditions et à l'étendue de la reconnaissance de certains effets<sup>179</sup>. Le Tribunal a néanmoins refusé de reconnaître des effets au mariage polygamique en matière d'asile familial :

*« La reconnaissance d'un mariage polygame [...] ne heurterait pas seulement de manière insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse, mais produirait encore d'autres effets manifestement indésirables en permettant à des réfugiés d'étendre considérablement leur cercle familial sans qu'ils soient en mesure de pourvoir à l'entretien de leur famille élargie »<sup>180</sup>.*

S'agissant des effets patrimoniaux liés au mariage, à savoir les droits de succession, la liquidation du régime matrimonial et l'entretien, leur reconnaissance dans le cas d'un mariage polygamique ne s'oppose pas à l'ordre public suisse<sup>181</sup>. En effet, comme déjà mentionné, il apparaîtrait injuste de refuser tout droit à la seconde épouse, alors que celle-ci pouvait compter à l'étranger sur la validité de l'union. Nous notons néanmoins que la *Binnenbeziehung* peut jouer un rôle : si deux époux ont des liens étroits avec la Suisse, l'affirmation pourrait potentiellement, dans un cas concret, être relativisée<sup>182</sup>. En effet, dans un tel cas, les époux ne pourraient pas tellement compter sur la validité de leur mariage, ceux-ci étant familiers avec les principes prévalant en Suisse ; un tel cas impliquerait toutefois probablement une fraude à la loi et serait donc rejeté pour ce motif.

---

<sup>176</sup> Office fédéral de la justice, 9 novembre 1981, in JAAC 1981 no 72 p. 408 ss.

<sup>177</sup> Office fédéral de la justice, 9 novembre 1981, in JAAC 1981 no 72 p. 408 ss, p. 418.

<sup>178</sup> OTHENIN-GIRARD, N 683.

<sup>179</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-1002/2008 du 27 mars 2012, consid. 4.5.4.

<sup>180</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-1002/2008 du 27 mars 2012, consid. 4.5.6.

<sup>181</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 165 ; OTHENIN-GIRARD, N 693-694.

<sup>182</sup> OTHENIN-GIRARD, N 685.

À noter que d'autres effets, notamment dans le domaine des assurances sociales, pourraient être considérés. Nous ne les aborderons cependant pas dans le présent travail.

## 2. Répudiation

### *a) Exposé du problème*

La reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger pose problème dans l'ordre juridique suisse principalement pour deux raisons.

Premièrement, en droit suisse, le divorce requiert une intervention étatique : il ressortit exclusivement à la compétence des tribunaux<sup>183</sup>. Or, la dissolution du mariage par répudiation ne demande, en droit musulman, aucune intervention telle ; il ne s'agit pas d'une décision judiciaire, mais d'une simple déclaration, qui peut intervenir en privé ou devant une autorité, dont l'intervention potentielle ne sert qu'à certifier que le mariage est bien dissous.

Deuxièmement, la répudiation unilatérale (*talaq*) est un droit exclusivement masculin : tandis que l'homme peut, seul, décider de mettre fin au mariage, la répudiation n'est à disposition de l'épouse celle-ci s'entend avec son époux pour dissoudre l'union (répudiation convenue). L'institution est dès lors discriminatoire et contrevient, comme la polygamie, à l'égalité des sexes.

Il convient de préciser qu'une répudiation prononcée en Suisse en application d'un droit étranger n'est pas valable, car contraire à l'ordre public au sens de l'art. 17 LDIP<sup>184</sup>. Ainsi, et cela semble évident, un époux ne pourra prononcer trois fois la formule *talaq* en Suisse et ainsi mettre fin au lien conjugal avec son épouse. En revanche, cela ne signifie pas encore qu'une répudiation valablement prononcée à l'étranger, dans un État avec lequel la cause a un lien de rattachement suffisamment étroit au regard du droit suisse (cf. sections II.B.4.a, au sujet de la compétence internationale, et II.B.5, au sujet des règles spécifiques à la reconnaissance des divorces) ne puisse être reconnue en Suisse. La situation est en effet différente : la répudiation est en force à l'étranger et a déjà déployé des effets. Examinons donc comment une répudiation ayant mis fin au mariage à l'étranger est reçue dans l'ordre juridique suisse.

---

<sup>183</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 169.

<sup>184</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 172 ; OTHENIN-GIRARD, N 755.

*b) Répudiation : une décision apte à la reconnaissance en Suisse ?*

La première question traitée en jurisprudence a porté sur l'aptitude d'une répudiation à être reconnue en Suisse. La répudiation n'exige pas d'intervention étatique pour entraîner la dissolution du mariage, et constitue ainsi une forme de divorce privé. L'on peut dès lors se demander s'il s'agit bien d'une décision pouvant être reconnue. Dans un arrêt rendu en 1962, le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître la répudiation unilatérale d'une Suisseuse par son époux égyptien prononcée dans l'ambassade d'Égypte à Moscou, alors que l'épouse avait consenti mais n'avait pas participé à la répudiation<sup>185</sup>. Il a en effet considéré que l'art. 7g al. 3 de l'ancienne loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC) conditionnait la reconnaissance à l'intervention d'une autorité dotée d'un pouvoir d'examen des motifs et du pouvoir d'accorder ou de refuser le divorce, laquelle faisait défaut en matière de répudiation<sup>186</sup>. Il ajoutait également que le fait qu'une partie n'ait pas l'occasion de se faire entendre violait les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse<sup>187</sup>. Le Tribunal fédéral a confirmé cette approche dans un arrêt non publié datant de 1971 et dès lors refusé de reconnaître la dissolution du mariage par répudiation unilatérale<sup>188</sup>. De la même manière, dans un arrêt de 1984 (déjà mentionné dans la section 2.C.1.b, au sujet de la polygamie), le Tribunal fédéral a considéré qu'« un divorce prononcé en Suisse par une ambassade étrangère ne saurait être invoqué devant les autorités suisses »<sup>189</sup>.

Un arrêt de 1996 a cependant marqué un revirement dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux modes privés de dissolution du mariage<sup>190</sup>. Le cas portait sur un mariage entre une Suisseuse et un Ghanéen, dissous au Ghana selon le droit coutumier. Attestaient de la dissolution une inscription au registre ghanéen ainsi qu'une déclaration sous serment du père et du neveu du mari. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait d'un divorce privé, car l'intervention d'une autorité étatique n'avait consisté qu'en l'inscription au registre ghanéen<sup>191</sup>. Il a en revanche estimé qu'avec l'entrée en vigueur de la LDIP, la pratique antérieure restrictive relative aux divorces privés n'avait plus lieu d'être ; dès lors, les modes privés de dissolution du mariage pouvaient être reconnus au titre de décision étrangère au sens des art. 25ss et 65 LDIP<sup>192</sup>. Cela signifie que les modes privés

---

<sup>185</sup> ATF 88 I 48.

<sup>186</sup> ATF 88 I 48, consid. 2.

<sup>187</sup> ATF 88 I 48, consid. 2.

<sup>188</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 1971, mentionné par OTHENIN-GIRARD, N 778.

<sup>189</sup> ATF 110 II 5, consid. 2. a) (*op. cit.* n. 163).

<sup>190</sup> OTHENIN-GIRARD, N 792 ; ATF 122 III 344.

<sup>191</sup> ATF 122 III 344, consid. 3.

<sup>192</sup> ATF 122 III 344, consid. 3. b) et c).

de dissolution du mariage correspondent à des « décisions étrangères de divorce » au sens de l'art. 65 al. 1 LDIP. De la même manière, ceux-ci devraient également être susceptibles de reconnaissance au sens de la Convention de la Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (cf. section II.B.5). Nous relevons cependant qu'excepté l'Égypte, aucun État arabo-musulman n'est partie à cette Convention.

Si cette décision ne signifie pas encore que la répudiation puisse être reconnue en Suisse, elle signifie néanmoins que la reconnaissance de la répudiation ne peut être refusée au motif que celle-ci est un acte privé de dissolution du mariage, qui n'exige pas l'intervention d'une autorité pour prendre effet.

*c) Compatibilité de la répudiation avec l'ordre public matériel*

Sur le plan de l'ordre public matériel, la répudiation, lorsqu'elle est unilatérale, apparaît problématique en raison de son caractère inégalitaire. Un tribunal neuchâtelois a ainsi considéré en 1989 qu'une répudiation intervenue à la requête du mari seulement était contraire au principe de l'égalité de l'homme et de la femme<sup>193</sup>. Il a cependant relevé que, si la répudiation avait eu lieu avec l'accord de l'épouse, laquelle souhaitait que la dissolution du mariage soit retranscrite dans son état civil national, l'on pouvait se demander si la non-reconnaissance de la répudiation n'irait pas à l'encontre de ses intérêts, en exigeant que celle-ci introduise une procédure de divorce en Suisse<sup>194</sup>. En raison des liens avec la Suisse (*Binnenbeziehung*) étroits dans le cas concret et considérant que la répudiation n'avait pas permis à l'épouse de faire valoir ses droits, le Tribunal n'a pas admis la reconnaissance, au motif que celle-ci était contraire à l'ordre public. Ces considérations dénotent bien que, si la répudiation heurte notre sens de la justice, en ce qu'une simple déclaration unilatérale de l'époux suffit, sa non-reconnaissance peut également parvenir à un résultat indésirable. BUCHER écrit, à ce titre :

*« Dans l'hypothèse où la vie conjugale est rompue de toute manière, le refus de reconnaître la répudiation oblige le conjoint ainsi « protégé » à intenter une action en divorce en Suisse, avec le risque de se voir soumis à l'exigence du délai de séparation de l'art. 114 [CC], alors que souvent l'autre époux peut librement se refaire une nouvelle vie à l'étranger (...) »<sup>195</sup>.*

---

<sup>193</sup> Tribunal civil du district de Neuchâtel, arrêt non publié du 3 octobre 1989, mentionné par OTHENIN-GIRARD, N 795.

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> CR LDIP/CL-UCHER, LDIP 65 N 20.

Bien que le Tribunal fédéral n'ait jamais adopté cette approche, il a cependant relevé, dans un arrêt de 2000, qu'il fallait « considérer les choses *in concreto*, et non pas rejeter l'institution de la répudiation de façon générale et abstraite »<sup>196</sup>.

Il découle également de ces considérations que le consentement de l'épouse à la répudiation pourrait jouer un rôle dans sa reconnaissance. En 2005, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer sur la conformité avec l'ordre public suisse d'un divorce intervenu en l'absence d'une des parties, l'épouse ayant donné procuration à un avocat. La Haute Cour a considéré que, dans la mesure où le consentement au divorce de l'épouse était clairement documenté par une procuration, laquelle pouvait emporter la conviction du juge quant à la volonté réelle de l'épouse, il n'était pas contraire à l'ordre public de reconnaître le divorce prononcé en son absence<sup>197</sup>. BÜCHLER et LATIF sont ainsi d'avis que, dans la mesure où l'épouse était d'accord avec la répudiation (que celle-ci soit convenue ou unilatérale), la reconnaissance de la dissolution de l'union conjugale devrait a priori être accordée<sup>198</sup>. OTHENIN-GIRARD relève également que le consentement de l'épouse à la répudiation pourrait être un élément qui favorise sa reconnaissance. Il pourrait ainsi être considéré, dans un cas concret, que la reconnaissance d'une répudiation ne serait pas contraire à l'ordre public, l'épouse ayant donné son accord à la répudiation. Encore faut-il, cependant, que l'ordre public procédural ne s'oppose pas à la reconnaissance, et que la cause ne présente que des liens lâches avec la Suisse.

#### *d) Compatibilité de la répudiation avec l'ordre public procédural*

Déjà dans la décision du Tribunal fédéral de 1962 précitée (cf. section II.C.2.b), ce dernier relevait que la répudiation ne permettant pas à l'épouse de faire valoir ses droits devant une autorité, elle heurtait les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse<sup>199</sup>. Dans une décision de 1966, le Tribunal du district de Lausanne a également estimé que « sous réserve d'une répudiation causée, soumise à validation ou susceptible de recours dans des procédures contradictoires », la répudiation ne saurait être reconnue en Suisse, en ce qu'elle « ne permet pas à chacun des époux de se défendre devant une autorité qui instruit la cause »<sup>200</sup>. De la même manière, comme déjà mentionné (cf. section II.C.2.c), un tribunal neuchâtelois a considéré en 1989 que la répudiation était

---

<sup>196</sup> ATF 126 III 327, consid. 4. b), et les références citées.

<sup>197</sup> ATF 131 III 182, consid. 4.3.

<sup>198</sup> BÜCHLER/LATIF, p. 172-173.

<sup>199</sup> ATF 88 I 48, consid. 2 (*op. cit.* n. 185)

<sup>200</sup> Tribunal du district de Lausanne, arrêt non publié du 2 décembre 1966, mentionné par OTHENIN-GIRARD, N 783.

manifestement contraire à l'ordre public suisse, n'offrant pas les garanties procédurales suffisantes à l'épouse<sup>201</sup>.

En effet, la répudiation intervient sans citation régulière de l'épouse (art. 27 al. 1 *lit.* a LDIP), et sans que celle-ci soit entendue et fasse valoir ses droits, en violation des droits fondamentaux de procédure (art. 27 al. 2 *lit.* b LDIP). Nous rappelons cependant que l'ordre public procédural n'intervient pour empêcher la reconnaissance que si une partie l'invoque (cf. section II.B.4.c). Le tribunal saisi ne peut dès lors d'office refuser la reconnaissance d'une répudiation au motif qu'elle contrevient à l'ordre public formel. Ainsi, dans l'hypothèse où c'est l'épouse qui souhaite obtenir la retranscription de la dissolution du mariage en Suisse, celle-ci n'invoquerait vraisemblablement pas la violation de l'ordre public formel.

*e) Circonstances concrètes et Binnenbeziehung*

Dans un arrêt daté de 2000 déjà mentionné (section II.C.2.c), le Tribunal fédéral a refusé la reconnaissance d'une répudiation prononcée au Liban par une déclaration unilatérale du mandataire d'un époux suisse, converti à l'islam, marié avec une ressortissante libanaise<sup>202</sup>. L'épouse avait demandé le divorce quelques semaines plus tard en Suisse ; le mari avait alors invoqué l'effet de chose jugée, au vu de la répudiation déjà prononcée et authentifiée par un acte rendu par un tribunal libanais. C'est la *Binnenbeziehung*, à savoir les liens de la cause avec le for, qui a été déterminante dans le cas d'espèce : si le lien de l'intimée avec la Suisse était certes récent et peu étroit, celle-ci vivait néanmoins en Suisse depuis plus d'un an avec deux enfants de nationalité suisse. Ce lien faisait dès lors obstacle à la reconnaissance de la répudiation, celle-ci étant, dans le cas précis, incompatible avec l'ordre public suisse<sup>203</sup>.

Cette décision rappelle que la répudiation n'est pas en soi incompatible avec l'ordre public, l'incompatibilité avec l'ordre public suisse devant s'analyser *in concreto*<sup>204</sup>. Comme l'écrit OTHENIN-GIRARD :

*« Le juge examinera dans chaque cas d'espèce si la reconnaissance, principale ou préalable, de la répudiation qui lui est soumise heurte l'ordre public suisse, compte tenu des circonstances*

---

<sup>201</sup> Tribunal civil du district de Neuchâtel, arrêt non publié du 3 octobre 1989, mentionné par OTHENIN-GIRARD, N 795 (*op. cit.* n. 193).

<sup>202</sup> ATF 126 III 327 (*op. cit.* n. 196).

<sup>203</sup> ATF 126 III 327, consid. 4. c).

<sup>204</sup> ATF 126 III 327, consid. 4. b), et les références citées.

*de la dissolution et des liens que les parties entretiennent avec la Suisse au moment où il statue et au moment où la répudiation a été prononcée »<sup>205</sup>.*

*f) Notre opinion*

Nous favorisons également une approche pragmatique de la reconnaissance de l'institution de la répudiation. Si, comme mentionné, elle heurte certainement tant l'ordre public procédural que matériel suisse, le refus de la reconnaissance apparaît dans certains cas trop restrictif et peut contrevenir à l'intérêt de la partie qu'il entend protéger. Tel pourrait être le cas lorsque l'épouse a donné son consentement à la répudiation et que la transcription de la dissolution du mariage dans les registres d'état civil est dans son intérêt. En effet, celle-ci pourrait lui permettre d'éviter une procédure de divorce et possiblement de devoir attendre la fin du délai d'attente, alors que la séparation a déjà pris effet et que son époux a déjà refait sa vie. Dans un tel cas, nous sommes d'avis que la reconnaissance devrait être accordée. Cependant, même si l'épouse avait consenti à la répudiation, cette institution choque notre sentiment de justice notamment car elle ne permet pas aux époux de se faire entendre au sujet des conséquences du divorce. À cet égard, il convient de relever que la reconnaissance de la dissolution de l'union conjugale, tout en permettant d'éviter à l'épouse l'inconvénient d'une procédure de divorce en Suisse, peut s'accompagner d'un jugement complétant la décision étrangère de divorce (art. 64 LDIP) ; l'épouse peut ainsi faire valoir ses droits pour ce qui concerne les conséquences de la dissolution du mariage<sup>206</sup>. Il est à noter cependant que, dans la mesure où les conséquences du divorce seraient dans de nombreux cas soumises au droit ayant rendu la répudiation possible, le règlement de celles-ci pourrait être moins favorable que si le droit suisse s'appliquait. Il conviendrait dès lors de s'assurer, dans la reconnaissance d'une répudiation, que celle-ci n'aboutirait pas à priver l'épouse de certains droits que le divorce de droit suisse lui garantirait.

Nous notons enfin que la *Binnenbeziehung* peut s'opposer à la reconnaissance, même dans un cas où la demande de transcription de la répudiation dans les registres d'état civil en Suisse émane de l'épouse, laquelle ne subirait aucun tort eu égard aux conséquences du divorce si la répudiation était reconnue (par exemple car le mariage n'a duré qu'un an et qu'elle n'aurait dès lors pas droit, selon le droit suisse, à l'entretien). L'on peut ainsi imaginer le cas d'une ressortissante suisse mariée à un ressortissant égyptien, tous deux ayant vécu en Suisse pendant leur mariage. Tous deux pourraient par hypothèse s'entendre pour mettre fin au mariage en Égypte par répudiation, afin d'éviter

---

<sup>205</sup> OTHENIN-GIRARD, N 809.

<sup>206</sup> CR LDIP/CL-BUCHER, LDIP 65 N 21.

l'inconvénient d'une procédure en Suisse. Dans un tel cas, le lien étroit avec la Suisse devrait vraisemblablement empêcher la reconnaissance.

#### **D. Conclusion intermédiaire**

Notre analyse nous a permis d'examiner, à la lumière de la pratique et de la doctrine suisses, les effets que la polygamie et la répudiation pourraient produire en Suisse. Elle ne conduit pas à un résultat tranché : les institutions ne sont ni à rejeter, ni à recevoir absolument. Au contraire, il convient d'examiner, dans un cas concret, les implications de la reconnaissance d'un mariage polygamique ou d'une répudiation valablement prononcés à l'étranger. Cependant, l'examen sera restrictif. La pratique des tribunaux suisses montre bien que, dans le domaine familial, des institutions conçues très différemment de leurs équivalents suisses y déploieront avec peine leurs effets.

Revenons-en à l'exemple des époux X et Y, introduit en début de partie (cf. section II.A). Dans le premier scénario, X, au moment de son mariage avec Y dans l'État d'Aphoria, était déjà marié, Aphoria admettant la polygamie. Si X et Y viennent s'établir en Suisse, leur mariage ne sera pas retranscrit dans les registres suisses de l'état civil. En revanche, si leur mariage venait à être dissous dans l'État d'Aphoria, les droits patrimoniaux de l'épouse Y devraient être garantis. Ainsi, si X décède, alors qu'il était domicilié en Suisse avec l'épouse Y, leur mariage devrait produire en Suisse les effets liés aux droits d'Y dans la succession de son époux.

Dans le second scénario, X a répudié Y à Aphoria avant de venir seul s'établir en Suisse ; peut-il se remarier en Suisse ? En principe, la tendance serait à refuser la reconnaissance en Suisse de la dissolution du mariage entre X et Y, de sorte que ce mariage constituerait un empêchement à contracter un nouveau mariage en Suisse. Cependant, si l'épouse Y avait consenti et participé à la répudiation, la réponse pourrait-être relativisée. Si X a un lien étroit avec la Suisse, ce lien pourrait cependant s'opposer à la reconnaissance. La réponse négative pourrait également être relativisée si c'est Y qui, après la répudiation, s'établit seule en Suisse et souhaite se remarier. Si celle-ci a consenti à la répudiation et souhaite voir retranscrite en Suisse la dissolution de son mariage avec X, il pourrait être envisagé de reconnaître la répudiation.

Nos observations relatives à la réception, par les tribunaux suisses, d'institutions de droit musulman dans le domaine du droit de la famille par le biais de la reconnaissance des décisions étrangères, en

particulier sous l'angle de la réserve d'ordre public, nous serviront dans notre examen du second mécanisme envisagé : l'arbitrage international.

### III. L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET LE DROIT MUSULMAN DE LA FAMILLE

#### A. Propos liminaires

La Suisse s'est fait un nom parmi les meilleures places d'arbitrage dans le monde. Ce succès est principalement dû à la philosophie libérale avec laquelle elle a légiféré en la matière ; l'on dit en effet que la loi suisse applicable à l'arbitrage international (c'est-à-dire le chapitre 12 de la LDIP) est extrêmement « *arbitration-friendly* », en raison de la grande liberté qu'elle laisse aux parties dans la détermination de la procédure, ainsi que de la faible quantité de dispositions impératives qu'elle contient<sup>207</sup>. La Suisse a ainsi développé une expertise en matière d'arbitrage et fait un véritable business de l'arbitrage commercial. Mais au-delà des litiges commerciaux, le libéralisme que sa loi consacre permet également de soumettre d'autres types de litiges à l'arbitrage, notamment en matière familiale, ainsi que de choisir le droit matériel applicable.

Reprenons nos époux X et Y, mariés dans l'État d'Aphoria puis venus s'établir en Suisse. Tous deux sont de confession musulmane. Imaginons qu'après quelques années, ceux-ci souhaitent divorcer. Dans quelles limites leur serait-il possible de soumettre un litige survenu entre eux s'agissant des conséquences patrimoniales du divorce à un tribunal arbitral en Suisse, qui devrait rendre sa décision en application du droit musulman ? Plus précisément, si les époux se disputaient concernant le droit de l'épouse Y à la partie du *mahr* non encore reçue, pourraient-ils soumettre ce litige à l'arbitrage ? La sentence ainsi rendue serait-elle admissible et exécutoire en Suisse ?

Avant de présenter plus en détail le cadre juridique suisse de l'arbitrage international, en nous attachant sur les éléments pertinents dans l'examen de l'arbitrage en matière familiale selon le droit matériel musulman<sup>208</sup>, et d'étudier, à titre d'exemple, le cas du droit de l'épouse au *mahr*, nous commencerons par exposer les avantages que l'arbitrage pourrait présenter pour nos époux X et

---

<sup>207</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 163.

<sup>208</sup> Nous précisons que, si la question de l'application du droit musulman à l'arbitrage commercial peut également se poser, nous nous concentrons ici sur l'arbitrage en matière familiale.

Y. Nous examinerons également la controverse existante autour de l'admissibilité de tribunaux arbitraux appliquant le droit musulman : s'il semble qu'il s'agisse, à l'heure actuelle en Suisse, d'un cas d'école, la question a déjà fait débat dans plusieurs autres ordres juridiques.

## **B. L'arbitrage : définition, caractéristiques et avantages**

L'arbitrage est un mécanisme de résolution des différends ; il est une alternative à la résolution des différends par les tribunaux, et constitue ainsi une forme de justice privée<sup>209</sup>. Il peut se définir ainsi : « *arbitration is a consensual method of dispute resolution resulting in binding decisions made by private individuals who are chosen by the parties and empowered to adjudicate disputes in lieu of the courts* »<sup>210</sup>. L'arbitrage se distingue d'autres mécanismes de résolution des différends tels que la médiation, par laquelle une tierce partie aide les parties en litige à parvenir à un accord et les assiste dans la négociation, sans que cette intervention ne soit contraignante pour elles<sup>211</sup>.

L'arbitrage repose sur une base volontaire et consensuelle, un accord entre les parties, lequel prend la forme d'un contrat : la convention d'arbitrage, pierre angulaire de tout arbitrage<sup>212</sup>. Par cette convention, les parties décident d'extraire leur litige à la compétence des tribunaux étatiques, pour la remettre en des mains privées : celles du tribunal arbitral<sup>213</sup>. Le tribunal arbitral est composé d'une ou de plusieurs personne(s) privée(s), les arbitres, nommés par les parties au litige soit directement (les parties se mettent d'accord sur un arbitre unique ou choisissent chacune un arbitre, lesquels arbitres élus devront se mettre d'accord sur un troisième arbitre, le président du tribunal arbitral), soit indirectement (par une institution d'arbitrage, une institution privée chargée du pouvoir de nomination ou un tribunal étatique)<sup>214</sup>. Ces arbitres tirent leur compétence uniquement de la convention d'arbitrage ; ils agissent comme personnes privées, sans porter aucun pouvoir étatique<sup>215</sup>. Les parties au litige sont libres de choisir le siège du tribunal arbitral, ainsi que la procédure d'arbitrage applicable, selon le principe de l'autonomie des parties<sup>216</sup>. Au terme de cette procédure, les arbitres rendent une décision, appelée sentence arbitrale, qui revêt les mêmes effets

---

<sup>209</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.19.

<sup>210</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.16.

<sup>211</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 36-37.

<sup>212</sup> BERGER/KELLERHALS, p. 1 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.17.

<sup>213</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 3-4.

<sup>214</sup> BERGER/KELLERHALS, p. 2.

<sup>215</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 12.

<sup>216</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 19 et 23.

que le jugement d'un tribunal étatique ; elle est finale, contraignante, exécutoire, et déploie l'autorité de chose jugée (effet *res judicata*)<sup>217</sup>.

Pourquoi deux parties telles que nos époux X et Y pourraient vouloir, alors qu'ils sont domiciliés en Suisse, soumettre un litige survenu entre elles à la compétence d'un tribunal arbitral avec siège en Suisse plutôt que d'un tribunal étatique suisse ? L'arbitrage présente plusieurs avantages. Lorsqu'un litige éclate entre des partenaires commerciaux de pays différents, la voie arbitrale est très souvent choisie pour des motifs de neutralité (il n'est ainsi point besoin de s'en remettre aux tribunaux nationaux ou du domicile/siège de l'une des parties). Elle est également favorisée en raison du caractère exécutoire de la sentence arbitrale, qui s'étend « virtuellement partout », grâce à la Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York)<sup>218</sup>, ratifiée par presque tous les États du monde ; ce n'est au contraire pas le cas des jugements rendus par les tribunaux étatiques<sup>219</sup>. L'arbitrage présente également des avantages en termes de confidentialité, non négligeables en matière commerciale.

Pour des époux de confession musulmane domiciliés en Suisse, il peut être intéressant de soumettre un litige survenu entre eux à l'arbitrage. En effet, l'arbitrage a l'avantage de permettre aux parties de choisir qui va trancher leur litige. Celles-ci peuvent ainsi choisir des individus aux connaissances particulières, légales ou linguistiques par exemple, ou encore en raison de leur familiarité avec une certaine culture ou d'autres facteurs pertinents pour le litige en cause, par exemple une certaine religion<sup>220</sup>. Cette liberté pourrait ainsi permettre à nos époux X et Y de désigner comme arbitre une personne à l'autorité religieuse (un Imam) ou un juriste affilié à une certaine école de droit musulman, ainsi que de choisir l'arabe, par hypothèse, comme langue de procédure. Cet avantage va de pair avec la qualité de la sentence rendue, les arbitres étant souvent choisis pour leur expertise particulière<sup>221</sup>. Tandis que les époux X et Y pourraient potentiellement également demander à l'autorité compétente en Suisse de trancher leur litige selon le droit musulman, ceci présenterait un plus grand risque d'erreur, les juges suisses n'étant pas familiers avec ce droit, et pourrait impliquer davantage de temps passé aux recherches, voire des frais additionnels dus à la nécessité de recourir à des experts ou à des interprètes.

---

<sup>217</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 25 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.18.

<sup>218</sup> RS 0277.12.

<sup>219</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.39 et 1.42.

<sup>220</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.41.

<sup>221</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 1.40.

## C. Le droit musulman appliqué par des tribunaux arbitraux : la controverse

### 1. Contexte

Dans un grand nombre d'ordres juridiques nationaux à la politique légale libérale, la loi prévoit la possibilité qu'un droit différent du droit national s'applique. L'application d'un droit étranger peut notamment intervenir par le biais de l'arbitrage, soit parce que les parties l'ont choisi comme droit matériel applicable, soit parce que le tribunal arbitral considère que la cause présente des liens étroits avec le droit en question<sup>222</sup>.

Les ordres juridiques musulmans n'admettent pas cette possibilité : les musulmans ont en principe l'obligation de régler leurs différends selon le droit musulman, à moins que cela leur soit impossible, par exemple lorsqu'ils se trouvent à l'étranger et dès lors soumis à un système de droit non musulman<sup>223</sup>. En revanche, lorsque le système de droit en question donne la liberté aux parties, par l'arbitrage, de choisir le droit applicable, celles-ci devraient recourir à l'arbitrage<sup>224</sup>.

L'application du droit musulman par le biais de l'arbitrage dans un ordre juridique laïc a donné lieu à d'importants débats et à une remise en question de la législation, principalement au Canada, dans la province de l'Ontario, et en Grande-Bretagne. La question a également été largement discutée aux États-Unis, où le recours à l'arbitrage religieux est courant<sup>225</sup>. Les défenseurs de la possibilité pour des communautés religieuses, par exemple musulmanes, de recourir à l'arbitrage (ce que SCHACHAR appelle « *privatized diversity* », par opposition à une inclusion de ces groupes dans le domaine public) fondent essentiellement leurs arguments sur le principe de la liberté religieuse : le respect de cette liberté consiste à ne pas intervenir dans son exercice, ce qui implique notamment de laisser les membres d'un groupe religieux régler leurs différends en privé, selon leurs croyances<sup>226</sup>. Pour d'autres, l'application d'un droit religieux, musulman ou autre, mettrait en danger les principes et les droits garantis dans les États laïcs<sup>227</sup>. Certains rétrécissent le débat aux seuls tribunaux arbitraux appliquant le droit musulman, notamment en raison du caractère rétrograde, contraire aux droits de l'homme et discriminatoire à l'égard des femmes souvent attribué à la sharia<sup>228</sup>. Les opposants à l'arbitrage religieux comme ceux qui s'opposent plus spécifiquement à

---

<sup>222</sup> Cf. art. 187 LDIP par exemple.

<sup>223</sup> ALKHAMEES, p. 258, et les références citées.

<sup>224</sup> ALKHAMEES, p. 259, et les références citées.

<sup>225</sup> LOWRY, p. 164.

<sup>226</sup> SHACHAR, p. 577.

<sup>227</sup> LOWRY, p. 164, et les références citées.

<sup>228</sup> BAKHT, p. 21 ; The Guardian 8 février 2008.

l'arbitrage selon le droit musulman revendiquent ainsi soit l'exclusion du droit de la famille des domaines qui peuvent être soumis à l'arbitrage, soit que l'arbitrage en matière familiale ne soit autorisé qu'en application du droit local<sup>229</sup>.

Avant d'examiner quel est l'état de la situation légale en droit suisse, nous examinerons quelle a été l'issue de ce débat en Ontario, Canada et en Grande-Bretagne, ainsi que la manière dont les États-Unis abordent l'arbitrage religieux. En effet, alors que l'arbitrage en application du droit musulman n'est qu'au stade de l'hypothèse théorique en Suisse, ces trois ordres juridiques y ont déjà eu affaire en pratique, ont débattu de la question et adopté des solutions différentes. Le débat a été engendré par la perception négative de l'islam dans l'opinion publique, une perception qui ne relève quant à elle pas de l'hypothèse en Suisse, comme en dénote l'acceptation en 2009 de l'initiative « contre la construction de minarets ». L'utilité, dans ce travail, de nous intéresser à la situation légale prévalant dans ces trois ordres juridiques réside dans l'opportunité que cette comparaison nous offre d'appréhender le débat avec un certain recul, avant de voir la Suisse en proie à l'émotion si le cas d'école venait à se concrétiser. Ainsi, nous évaluerons la situation légale en Suisse (cf. section III.D), à la lumière de la comparaison.

## 2. Le débat en Ontario, Canada

En 2003, la province de l'Ontario au Canada a connu de vifs débats après que la *Canadian Society of Muslims* ait annoncé qu'un conseil d'arbitrage musulman (*Darul Qada*), sous le nom d'« *Islamic Institute of Civil Justice* » (IICJ), avait été établi. Le but de cet institut était d'offrir des services d'arbitrage et de médiation en application du droit musulman, notamment en matière familiale, conformément à la pratique générale admettant, sur la base de l'*Arbitration Act* de 1991, le recours à l'arbitrage par des groupes religieux<sup>230</sup>.

L'*Arbitration Act* de 1991 a été rédigé comme un acte uniforme, dont la reprise par les différentes provinces canadiennes a été encouragée, sans être obligatoire ; l'Ontario a été la première province à l'adopter<sup>231</sup>. Il reflète une tendance favorable à l'arbitrage, admettant la compétence des tribunaux arbitraux pour un large éventail de litiges et réduisant le contrôle exercé par les cours étatiques<sup>232</sup>. Il ne s'agit pas d'une loi limitée à l'arbitrage commercial : elle est également applicable en matière

---

<sup>229</sup> BAKHT, p. 21.

<sup>230</sup> BROWN, p. 343 ; CHOKSI, p. 793-794.

<sup>231</sup> BOYD, Rapport, p. 10-11.

<sup>232</sup> BOYD, Rapport, p. 11.

familiale et de successions. L'*Arbitration Act* de 1991 permet aux parties de choisir les règles de droit applicables pour trancher le litige<sup>233</sup>. Certaines limites à l'arbitrage sont également prévues : tout d'abord, l'arbitrage n'est admis que sur la base d'une convention d'arbitrage valable et pour les litiges couverts par ladite convention<sup>234</sup>. Deuxièmement, l'arbitrage n'est admis que pour les affaires privées, de sorte que certains litiges impliquant l'État ne peuvent y être soumis. Tel est le cas des infractions pénales et des actes modifiant l'état civil<sup>235</sup>. Troisièmement, l'*Arbitration Act* de 1991 permet aux parties de recourir, pour certains motifs, contre une sentence arbitrale, ce qui implique que les tribunaux étatiques conservent un certain contrôle sur le contenu et la procédure des décisions rendues par des tribunaux arbitraux<sup>236</sup>. Enfin, il est des domaines où les tribunaux étatiques conservent leur juridiction et peuvent, lorsque les circonstances le justifient, refuser d'exécuter des sentences arbitrales : tel est le cas en matière de droit de garde des enfants par exemple, où l'État reste « *parens patriae* », en charge du bien de l'enfant<sup>237</sup>.

Cette loi offrait ainsi (avant d'être remaniée) un espace pour la résolution de litiges familiaux selon des règles de droit religieuses. Après son entrée en vigueur, plusieurs tribunaux religieux compétents en matière familiale ont ainsi été établis par des communautés juives et catholiques<sup>238</sup>. Les communautés musulmanes entendaient faire de même par le biais de l'IICJ. À l'appui de cet institut, il a été avancé que la possibilité de régler certains litiges conformément à des croyances propres, dans le cadre du système judiciaire de la province, représentait un moyen d'intégration sociale<sup>239</sup>. Le projet a toutefois suscité de fortes oppositions dans l'opinion publique, après que les médias se sont emparés de l'affaire, traduisant une certaine anxiété face au droit musulman, jugé abusif à l'égard des femmes<sup>240</sup>. Le procureur en fonction, Michael Brant, et la ministre déléguée à l'époque à la condition féminine, Sandra Pupatello, ont alors mandaté l'ancienne procureur et ancienne ministre déléguée à la condition féminine Marion Boyd pour diriger une commission chargée de rendre un rapport sur l'usage de l'arbitrage en matière familiale et de successions et son impact sur les personnes vulnérables (ci-après : le rapport BOYD)<sup>241</sup>. Afin d'émettre des recommandations, Marion Boyd a mené de nombreuses consultations avec les parties prenantes. Le résultat de ces consultations met en avant les arguments invoqués de part et d'autre.

---

<sup>233</sup> BOYD, Rapport, p. 12.

<sup>234</sup> BOYD, Rapport, p. 13-14.

<sup>235</sup> BOYD, Rapport, p. 14.

<sup>236</sup> BOYD, Rapport, p. 14-15.

<sup>237</sup> BOYD, Rapport, p. 16.

<sup>238</sup> The Guardian 8 février 2008.

<sup>239</sup> CHOKSI, p. 794.

<sup>240</sup> BOYD, Rapport, p. 3 ; BROWN, p. 343.

<sup>241</sup> BOYD, Rapport, p. 5 ; BROWN, p. 343 ; CHOKSI, p. 796.

Les opposants à l'IICJ ont d'abord avancé, comme argument général, que le recours à l'arbitrage en matière familiale serait contraire à la Charte canadienne des droits et libertés et dès lors inconstitutionnel, car il serait discriminatoire d'admettre l'usage d'un autre droit que le droit canadien dans ce domaine<sup>242</sup>. Le rapport BOYD réfute cependant cet argument, expliquant que la Charte n'est pas applicable aux relations entre privés, mais seulement aux actions entreprises par le gouvernement ; même lorsqu'un tribunal estime être lié par une décision privée, l'action resterait privée et non gouvernementale<sup>243</sup>. À l'encontre de l'arbitrage musulman plus spécifiquement, le « *Canadian Council of Muslim Women* » notamment a argumenté que l'application du droit musulman présenterait des risques pour l'égalité des sexes, en raison de son caractère intrinsèquement patriarcal qui serait à la source d'un déséquilibre du pouvoir entre homme et femme lorsqu'un litige naît<sup>244</sup>. Ce déséquilibre compromettrait le consentement éclairé à l'arbitrage, faisant courir le risque de pressions limitant le consentement volontaire<sup>245</sup>. Se référant à une étude extensive conduite par le groupe « *Women Living Under Muslim Laws* » intitulée « *Knowing Our Rights: women, family, laws and customs in the Muslim World* », le rapport BOYD indique toutefois : « *It is clear from the exhaustive comparisons provided, that the same verses of the Quran appear to bring very different results, depending upon the history of the law in the particular jurisdiction* »<sup>246</sup>.

À l'inverse, à l'appui du recours à l'arbitrage en matière familiale, beaucoup ont indiqué que l'arbitrage en matière familiale était devenu plus courant que l'usage du système judiciaire, en raison des avantages qu'il présente. En particulier, l'arbitrage serait un outil précieux pour réduire le nombre de litiges, permettant d'arriver à un arrangement à plus courte échéance et à moindre coût tout en assurant la confidentialité de la procédure<sup>247</sup>. Plus spécifiquement, les partisans de l'arbitrage religieux, selon les recherches conduites par Marion Boyd, ont tous souligné l'importance pour les croyants « *to have the opportunity to live in the world according to their beliefs, even if those choices affect their material well being* », se fondant parfois sur le droit à la liberté de religion<sup>248</sup>.

Sur la base des consultations menées, Marion Boyd a compilé un rapport intitulé « *Dispute resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion* ». La conclusion de ce rapport est que la possibilité pour les groupes minoritaires de recourir à l'arbitrage doit être maintenue, dans la mesure où

---

<sup>242</sup> BOYD, Rapport, p. 31.

<sup>243</sup> BOYD, Rapport, p. 71-72.

<sup>244</sup> BOYD, Rapport, p. 48 ; CHOKSI, p. 802.

<sup>245</sup> CHOKSI, p. 802.

<sup>246</sup> BOYD, Rapport, p. 42.

<sup>247</sup> BOYD, Rapport, p. 38.

<sup>248</sup> BOYD, Rapport, p. 63-64.

l'autonomie individuelle est garantie : « *It is important to seek solutions that respect not only the rights of minority groups within Ontario, but also help individuals within that minority exercise their individual rights with ease* »<sup>249</sup>. Le rapport BOYD recommande ainsi de conserver tant la possibilité de soumettre des litiges en matière familiale et de successions à l'arbitrage que celle d'appliquer un droit religieux pour résoudre des litiges. Parallèlement, il recommande une série de garanties. Certaines modifications législatives et réglementaires visant à assurer la nature consensuelle des clauses d'arbitrage sont ainsi recommandées, par exemple prévoyant qu'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de mariage n'est valable que si reconfirmée par écrit au moment du litige et avant que l'arbitrage ait lieu, ou encore exigeant qu'un certificat de conseil juridique indépendant ou une renonciation explicite au conseil juridique indépendant soit produit<sup>250</sup>. Malgré le premier soutien que ce rapport et ses recommandations ont d'abord reçu du gouvernement, l'opinion publique n'en fut pas rassurée pour autant et le premier ministre de l'époque, Dalton McGuinty, finit par introduire, en février 2006, le « *Family Statute Law Amendment Act* », interdisant l'application d'un droit autre que celui de l'Ontario dans tout arbitrage en matière familiale<sup>251</sup>. Ainsi, l'usage de l'arbitrage religieux en matière familiale, auparavant légal, n'est plus permis en Ontario depuis 2006<sup>252</sup>. Ce changement est le résultat de la préoccupation grandissante de l'opinion face à la possibilité que la sharia soit appliquée dans un ordre juridique laïc et démocratique.

### 3. Le débat en Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne comme ailleurs en Europe de l'Ouest, l'immigration musulmane a pris de l'ampleur après la Deuxième guerre mondiale. La demande de main d'œuvre était alors forte en Europe occidentale et les employeurs privés ont activement recruté des travailleurs à l'étranger afin de maintenir le cap de la croissance économique<sup>253</sup>. La Grande-Bretagne en particulier a adopté des politiques libérales d'immigration envers les citoyens de ses colonies<sup>254</sup>. En raison des mouvements migratoires induits par ces politiques, la Grande-Bretagne compte aujourd'hui un grand nombre de musulmans parmi sa population<sup>255</sup>. Ces politiques d'immigration se sont accompagnées, dès les années 1960, de campagnes visant l'intégration des migrants musulmans dans le respect de leur « identité culturelle »<sup>256</sup>. L'approche adoptée, en écho à ce que l'État colonial avait instauré en Inde

---

<sup>249</sup> BOYD, Executive Summary, p. 1.

<sup>250</sup> BOYD, Executive Summary, p. 4-5.

<sup>251</sup> CHOKSI, p. 796.

<sup>252</sup> CHOKSI, p. 797.

<sup>253</sup> FETZER/SOPER, p. 2 ; LEPORE, p. 676.

<sup>254</sup> LEPORE, p. 676.

<sup>255</sup> Environ 2,8 million de personnes en 2011, The Guardian 11 février 2015.

<sup>256</sup> LEPORE, p. 677.

notamment, a consisté à permettre aux différentes communautés de régler certaines affaires, en particulier les affaires maritales, conformément à leurs propres règles et traditions<sup>257</sup>. Ainsi, dès les années 1980, des institutions communautaires locales ont été créées en Grande-Bretagne, offrant des services de conseil et de médiation<sup>258</sup>. Un certain nombre d'entre elles se sont réunies en 1997 en une seule organisation nationale, le « *Muslim Council of Britain* »<sup>259</sup>. Cette organisation a donné l'impulsion à la discussion relative à l'arbitrage selon le droit musulman en Grande-Bretagne et un certain nombre de tribunaux arbitraux musulmans (*sharia courts*) ont été établis conformément à l'*Arbitration Act* de 1996, tels que le *Muslim Arbitration Tribunal* (MAT) en 2007<sup>260</sup>.

L'arbitrage en Grande-Bretagne est ainsi réglé par l'*Arbitration Act* de 1996. Cette loi a été élaborée avec pour objectif principal de réduire le rôle joué par les tribunaux étatiques dans la procédure arbitrale en laissant une large autonomie aux parties dans l'aménagement de la procédure<sup>261</sup>. L'*Arbitration Act* de 1996 permet aux parties de choisir le droit matériel applicable pour trancher le litige ; selon la jurisprudence, il est en particulier admis de choisir des règles religieuses<sup>262</sup>. Selon cette loi, un tribunal arbitral ne sera compétent que si la convention d'arbitrage est valable, le tribunal arbitral valablement constitué et le litige arbitral, c'est-à-dire pouvant être valablement soumis à l'arbitrage<sup>263</sup>. En effet, en Grande-Bretagne également, il est des litiges qui ne peuvent être soumis à l'arbitrage, car l'intérêt public recommande que l'État conserve une compétence exclusive à leur égard<sup>264</sup>. L'examen de l'arbitrabilité d'un litige s'opère au cas par cas ; il est toutefois certains domaines qui, ayant fait l'objet de discussions en jurisprudence, ne peuvent généralement pas être soumis à l'arbitrage<sup>265</sup>. Ainsi, en matière familiale, les affaires ayant trait à l'état civil ou à la garde des enfants ne sont pas arbitrables ; en revanche, les aspects financiers ou liés à la propriété peuvent être soumis à l'arbitrage et le sont d'ailleurs fréquemment<sup>266</sup>.

Alors que le MAT existait depuis 2007, ce n'est qu'en 2008 que le recours à l'arbitrage en application du droit musulman est devenu le sujet d'une importante controverse en Grande-Bretagne, lorsque l'Archevêque de Canterbury et le *Lord Chief Justice* se sont prononcés tous deux en faveur de

---

<sup>257</sup> BOWEN, p. 416 (« *Indian personal status laws were conceived not as merely positive law, the legal force of which would arise from their enactment, but as restatements of already existing practices* »).

<sup>258</sup> BOWEN, p. 418.

<sup>259</sup> LEPORE, p. 677.

<sup>260</sup> LEPORE, p. 680.

<sup>261</sup> LEW/HOLM, N 36-37.

<sup>262</sup> FLANNERY, N 10-11 ; SHEPPARD, N 25

<sup>263</sup> FLANNERY, N 17.

<sup>264</sup> LEW/MARSDEN, N 1-3.

<sup>265</sup> LEW/MARSDEN, N 5.

<sup>266</sup> LEW/MARSDEN, N 33-34.

l'admissibilité de mécanismes de justice alternatifs permettant d'appliquer des codes religieux, par exemple dans le domaine matrimonial<sup>267</sup>. La couverture médiatique des opinions ainsi exprimées a fait prendre conscience au public que des institutions rendant des décisions en application du droit musulman existaient déjà et agissaient conformément à la loi en vigueur<sup>268</sup>. Les propos de l'Archevêque et du *Lord Chief Justice* ont été perçus comme suggérant l'instauration d'un système légal distinct du système légal britannique, contraire à l'idéal selon lequel chacun doit être soumis au même droit (« *one law for all* »)<sup>269</sup>. Comme au Canada, la possibilité de recourir à l'arbitrage selon le droit musulman a été largement critiquée, et le débat ainsi suscité a révélé des préoccupations similaires à celles manifestées en Ontario<sup>270</sup>. La sharia serait intrinsèquement inégalitaire vis-à-vis de la femme, et la domination exercée par l'homme sur la femme dans la vie familiale au sein des communautés musulmanes empêcherait la femme de consentir librement et de manière éclairée à l'arbitrage<sup>271</sup>. La doctrine met encore en avant un autre élément : l'effet contraignant de l'arbitrage religieux impliquerait une obligation pour les parties de s'en remettre à la religion, sans possibilité de changer d'avis, ce qui n'est pas admissible dans un ordre juridique laïc<sup>272</sup>.

L'arbitrage religieux tel que permis et réglementé en Grande-Bretagne a toutefois aussi été cité en exemple<sup>273</sup>. Il a ainsi été argumenté que le MAT offrait non seulement les garanties nécessaires face aux oppositions soulevées, mais aurait également un impact positif sur la violence domestique et les mariages forcés<sup>274</sup>. En effet, le MAT a ouvert le débat sur la question des mariages forcés au sein de la communauté musulmane. En particulier, il a invité les citoyens britanniques musulmans faisant venir un époux de l'étranger en Grande-Bretagne à faire une déposition volontaire auprès d'experts qualifiés, déclarant que le mariage ne résultait pas de la contrainte<sup>275</sup>. Cette action pour remédier aux problèmes socio-culturels auxquels font face les femmes musulmanes illustrerait l'impact du MAT dans la lutte contre le sexisme<sup>276</sup>. Le MAT offrirait ainsi une structure de confiance pour appréhender les difficultés auxquelles les femmes musulmanes peuvent être confrontées. Il a également été argumenté que la tolérance vis-à-vis de tribunaux arbitraux

---

<sup>267</sup> MACEOIN/GREEN/ADDISON, p. viii-ix.

<sup>268</sup> MACEOIN/GREEN/ADDISON, p. ix.

<sup>269</sup> CHOKSI, p. 815 ; MACEOIN/GREEN/ADDISON, p. 1.

<sup>270</sup> MACEOIN/GREEN/ADDISON, p. ix.

<sup>271</sup> MACEOIN/GREEN/ADDISON, p. 4.

<sup>272</sup> MACEOIN/GREEN/ADDISON, p. 7.

<sup>273</sup> CHOKSI, p. 810.

<sup>274</sup> *Ibid.*

<sup>275</sup> CHOKSI, p. 820-821.

<sup>276</sup> CHOKSI, p. 826.

musulmans faciliterait l'intégration des musulmans, leur permettant de participer et de contribuer plus largement au système légal dans son ensemble<sup>277</sup>.

Comme en Ontario, l'admissibilité de tribunaux arbitraux musulmans en Grande-Bretagne a été débattue dans la branche législative. En mai 2012, la baronne Cox a introduit au sein de la *House of Lords* une proposition législative intitulée « *Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill* », dont il a été donné lecture une deuxième fois à la *House of Lords* en octobre de la même année<sup>278</sup>. À cette occasion, la baronne Cox a indiqué que l'objet de sa proposition était de remédier à deux problèmes étroitement liés : « *the suffering of women oppressed by religiously sanctioned gender discrimination in this country; and a rapidly developing alternative quasi-legal system which undermines the fundamental principle of one law for all* »<sup>279</sup>. Dans son intervention, la baronne Cox a d'une part avancé que certaines femmes musulmanes n'étaient pas au courant de leur possibilité d'agir devant d'autres tribunaux, ni du fait qu'elles disposaient de droits différents de ceux prévus par la sharia en vertu du droit anglais ; d'autre part, elle s'est déclarée préoccupée par le développement d'un système quasi-légal parallèle intrinsèquement discriminatoire à l'égard des femmes. Afin d'y remédier, sa proposition législative prévoyait que quiconque se déclarerait faussement compétent pour trancher certains litiges serait pénalement punissable<sup>280</sup>. D'autre part, elle permettait aux tribunaux étatiques d'annuler des sentences arbitrales s'ils estimaient, en se fondant sur des preuves, que le consentement n'était pas véritable<sup>281</sup>. En sus d'autres mesures tendant à prévenir la violence et l'inégalité de traitement à l'égard des femmes, le texte proposé prévoyait que l'arbitrage ne serait pas valable si la convention d'arbitrage ou la procédure contenait des éléments discriminatoires envers elles<sup>282</sup>. Eu égard aux domaines arbitrables, la proposition visait à modifier l'*Arbitration Act* de 1996 d'une part en y précisant que les affaires pénales n'étaient pas arbitrables, et d'autre part de sorte qu'aucune affaire familiale ne puisse plus être arbitrale.

La procédure ne s'est toutefois pas poursuivie après cette seconde lecture. La proposition a certes reçu des échos positifs lors du débat d'octobre 2012, mais plusieurs parlementaires ont émis des réserves, notamment quant à la manière dont elle était rédigée, estimant que celle-ci pourrait

---

<sup>277</sup> CHOKSI, p. 810 ; LEPORE, p. 690.

<sup>278</sup> Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL] 2012-13 (texte et procédure disponibles sur : < services.parliament.uk >).

<sup>279</sup> *House of Lords*, 19 octobre 2012, colonne 1682.

<sup>280</sup> Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL] 2012-13, Part 5.

<sup>281</sup> Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL] 2012-13, Part 3.

<sup>282</sup> *House of Lords*, 19 octobre 2012, colonne 1685 ; Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL] 2012-13, Part 1, 2 et 4.

produire des effets non désirables, voire s'avérer contre-productive. Le *Lord Bishop of Manchester* s'est exprimé ainsi :

« *As currently drafted, the Bill appears to present anomalies which could create problems for those who are well aware of their rights, are independently advised and want to approach their faith tribunals for adjudication in a matter which they believe to be covered by the rules of their faith* »<sup>283</sup>.

Étant donné que certaines femmes pourraient être contraintes de recourir à l'arbitrage, la proposition rend difficile, voire impossible pour toutes les femmes, y compris celles qui consentent à l'arbitrage librement et de manière éclairée, de régler certaines affaires selon leurs croyances. Ceci pourrait même mener à la stigmatisation des femmes musulmanes<sup>284</sup>. À la suite du débat parlementaire, le gouvernement a également exprimé ses réticences face à la proposition, estimant que celle-ci représentait un frein à la promotion du recours aux mécanismes alternatifs de résolution des différends, une promotion également désirable dans les affaires familiales<sup>285</sup>. Répondant d'autre part à l'allégation selon laquelle l'établissement de tribunaux arbitraux musulmans irait à l'encontre du principe de l'égalité devant la loi, le gouvernement a précisé qu'un tribunal arbitral ne pouvait être compétent, et un droit différent du droit local appliqué, que si les parties s'étaient ainsi accordées et avaient choisi de se lier de cette manière ; cette possibilité étant offerte à tous les citoyens, chacun était égal devant la loi<sup>286</sup>. Le gouvernement a enfin estimé qu'alors que la proposition risquait de produire des effets non-désirés, le but recherché était en réalité déjà réalisé par la législation en vigueur, interdisant la discrimination sur la base du genre et restreignant suffisamment les domaines pouvant être soumis à l'arbitrage<sup>287</sup>. Les arguments des opposants à la proposition semblant l'avoir emporté, la procédure s'est arrêtée après la seconde lecture, de sorte que l'*Arbitration Act* de 1996 n'a pas été modifié.

Après l'échec de sa première tentative, la baronne Cox a soumis une nouvelle fois sa proposition en juin 2014, sans que celle-ci ne reçoive cette fois-ci de seconde lecture<sup>288</sup>. Elle a réitéré sa tentative en juin 2015 : une deuxième et une troisième lecture par la *House of Lords* ont alors eu lieu,

---

<sup>283</sup> *House of Lords*, 19 octobre 2012, colonne 1694.

<sup>284</sup> *House of Lords*, 19 octobre 2012, colonne 1694.

<sup>285</sup> Law & Religion UK 24 octobre 2012.

<sup>286</sup> Law & Religion UK 24 octobre 2012.

<sup>287</sup> Law & Religion UK 24 octobre 2012.

<sup>288</sup> Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL] 2014-15 (texte et procédure disponibles sur : < services.parliament.uk >).

respectivement en octobre 2015 et en janvier 2016<sup>289</sup>. La proposition législative devra à présent être considérée à la Chambre des communes (*House of commons*). Ainsi, si le débat jusqu'ici n'a pas abouti à un changement de la politique britannique libérale en matière d'arbitrage, la situation pourrait bien changer. La solution envisagée diffère cependant de celle adoptée au Canada : tandis que le Canada a restreint l'arbitrage en matière familiale en supprimant le choix du droit matériel applicable en la matière, la Grande-Bretagne envisage d'interdire tout arbitrage en matière familiale.

#### 4. L'arbitrage religieux aux États-Unis

Aux États-Unis, les groupes religieux tant juifs que chrétiens et que, plus récemment, musulmans ont régulièrement recours à l'arbitrage en matière familiale, afin que des décisions obligatoires et conformes aux préceptes de leur religion soient rendues<sup>290</sup>. Avant d'expliquer plus en avant les bases juridiques de ce phénomène, il convient d'apporter deux précisions. Premièrement, les préceptes religieux n'ont pas le même caractère normatif selon ces différentes religions : alors que les tribunaux arbitraux juifs et musulmans se réfèrent à des préceptes ayant une normativité légale, formant des systèmes de droit, les tribunaux arbitraux chrétiens appliquent les principes de la religion chrétienne, dont le caractère normatif relève de la morale et qui n'ont pas force de droit<sup>291</sup>. Dans les deux cas néanmoins, il est admissible de régler des litiges en application des préceptes religieux aux États-Unis. Deuxièmement, nous nous référons, en matière d'arbitrage, au droit fédéral plutôt qu'au droit des États. En effet, l'arbitrage aux États-Unis est largement réglé par le *Federal Arbitration Act* (FAA) et le *Uniform Arbitration Act* (UAA). La tolérance de l'arbitrage religieux a néanmoins connu des courants contraires dans divers États, tendance illustrée par une votation de 2010 dans l'État d'Oklahoma qui a débouché sur l'introduction dans la Constitution étatique d'un amendement interdisant aux tribunaux de prendre en considération le droit musulman (comme d'ailleurs le droit international) dans leurs décisions. Cet amendement n'est toutefois jamais entré en vigueur, la Cour d'appel du 10<sup>ème</sup> circuit l'ayant jugé contraire à la Constitution des États-Unis<sup>292</sup>.

Le recours à l'arbitrage religieux aux États-Unis est le résultat de l'interprétation jurisprudentielle qu'a donnée la Cour suprême des États-Unis de la première partie du premier amendement de la Constitution, appelée « *Establishment clause* ». Cette clause consacre le principe de la séparation de

---

<sup>289</sup> Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill [HL] 2015-16 (texte et procédure disponibles sur : < services.parliament.uk >).

<sup>290</sup> LOWRY, p. 164, et les références citées.

<sup>291</sup> LOWRY, p. 165, et les références citées.

<sup>292</sup> Thinkprogress 10 janvier 2012.

l'Église et de l'État et celui la liberté religieuse ; elle se lit ainsi : « *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof* ». La Cour suprême a jugé à plusieurs reprises que le respect de ces principes impliquait que le juge n'intervienne pas dans des litiges intra-confessionnels, à moins que ceux-ci puissent être résolus sans aucune application de préceptes religieux, mais en application de principes légaux à caractère séculier (l'on parle à ce titre de « *neutral-principles-of-law approach* »)<sup>293</sup>. Ainsi, si des parties entendent régler un litige entre elles selon des préceptes religieux, elles ne peuvent en référer aux tribunaux étatiques. L'arbitrage, comme mécanisme alternatif de règlement des différends, a ainsi été perçu comme une niche intéressante, permettant aux membres d'un groupe religieux d'exercer librement leur religion, sans toutefois compromettre le principe de laïcité de l'État.

Le droit américain admet donc que des parties choisissent de régler leurs différends familiaux selon le droit (ou les préceptes) relatif à leur religion, par exemple selon le droit musulman, plutôt que selon le droit local, par le recours à l'arbitrage<sup>294</sup> (« *current U.S. arbitration doctrine provides a hospitable framework for such religious arbitration* »<sup>295</sup>). Le critère décisif dans l'admissibilité de l'arbitrage repose sur la relation contractuelle entre les parties : en matière de divorce, où les parties à la convention d'arbitrage sont les deux seules parties concernées par la décision, l'arbitrage religieux est une « option viable »<sup>296</sup>. Ainsi, une sentence arbitrale rendue concernant un accord pré-nuptial soumis aux règles de droit juives (*halacha*) a été exécutée par un tribunal étatique, un précédent qui rend difficile de contester une sentence arbitrale religieuse qui serait rendue en la matière<sup>297</sup>. En matière de succession ou de droit de garde, en revanche, la relation contractuelle est moins caractérisée<sup>298</sup>. En effet, en matière successorale, si la clause d'arbitrage résulte d'un testament, des parties qui n'ont pas consenti à recourir à l'arbitrage pourraient se voir contraintes de procéder par cette voie<sup>299</sup>. En matière de droit de garde, les effets de la décision arbitrale s'étendent à l'enfant, qui n'est pas partie à la convention d'arbitrage<sup>300</sup>. Il n'est toutefois pas évident qu'un arbitrage dans ces deux derniers domaines soit inadmissible. Les tribunaux américains ont en effet très peu de marge de

---

<sup>293</sup> LOWRY, p. 161-162 ; Supreme Court of the United States, arrêt *Presbyterian Church v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church* du 27 janvier 1967, 393 U.S. 450 (« *To reach those questions would require the civil courts to engage in the forbidden process of interpreting and weighing church doctrine* ») ; Supreme Court of the United States, arrêt *Jones v. Wolf* du 2 juillet 1979, 443 U.S. 595 (« *As a means of adjudicating a church property dispute, a State is constitutionally entitled to adopt a "neutral principles of law" analysis involving consideration of the deeds, state statutes governing the holding of church property, the local church's charter, and the general church's constitution. The First Amendment does not require the States to adopt a rule of compulsory deference to religious authority(...)* »).

<sup>294</sup> LOWRY, p. 176-177.

<sup>295</sup> HELFAND, p. 1252.

<sup>296</sup> LOWRY, p. 177, et les références citées.

<sup>297</sup> LOWRY, p. 168 ; Court of Special Appeals of Maryland, arrêt *Lang v. Levi* du 1<sup>er</sup> avril 2011, 16 A.3d 980.

<sup>298</sup> LOWRY, p. 177, et les références citées.

<sup>299</sup> MURPHY, p. 13.

<sup>300</sup> LOWRY, p. 177, et les références citées.

manœuvre pour annuler une sentence arbitrale, en raison de l'étroitesse des motifs de recours disponibles combinée avec les principes garantis par l'« *Establishment clause* »<sup>301</sup>. En matière de successions, il n'est pas de précédent qui établisse une solution claire à l'admissibilité de l'arbitrage religieux. Dans bon nombre d'États, il appert néanmoins qu'une clause d'arbitrage provenant d'un testament ne serait pas valable, une base contractuelle faisant défaut. Deux États, l'Arizona et la Floride, ont cependant adopté, respectivement en 2007 et en 2008, des législations exigeant le respect des clauses d'arbitrage contenues dans des testaments ou dans des actes constitutifs de trusts, ouvrant la voie vers une nouvelle tendance<sup>302</sup>. D'autre part, il a été admis qu'un tribunal arbitral religieux pouvait trancher des questions relatives à la garde d'un enfant, mais dans la mesure où l'État, en tant que « *parens patriae* », conserve le droit de revoir de telles sentences à la requête d'une partie<sup>303</sup>. Cette jurisprudence n'est pas constante toutefois, et dans certains cas les tribunaux étatiques ont refusé d'exécuter une sentence arbitrale portant sur la garde d'un enfant<sup>304</sup>.

Comme nous allons le voir, le droit suisse de l'arbitrage connaît des similitudes avec le droit états-unien, en raison de la philosophie libérale, axée sur l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté contractuelle, qui sous-tend chacun de ces deux corps de droit. Comme en droit américain, la base contractuelle, à savoir le consentement de toutes les parties, est cruciale pour la validité d'une convention d'arbitrage en droit suisse. Il est néanmoins d'importantes différences, en particulier s'agissant des domaines qui peuvent valablement être soumis en Suisse à l'arbitrage.

## 5. Note conclusive

Nos observations relatives aux différentes approches possibles de l'admissibilité de l'arbitrage, notamment par la communauté musulmane, pour régler certains litiges familiaux nous amènent à nous interroger sur la situation légale prévalant en Suisse. Comme mentionné en début de travail (section I.A.1), nous considérons que le droit musulman est bien un droit, dont les parties peuvent potentiellement requérir l'application pour trancher un litige. Cette question ne sera dès lors pas approfondie plus en détail. Cependant, la controverse évoquée nous conduira à porter notre attention principalement sur le consentement à l'arbitrage, la possibilité en Suisse de soumettre un litige familial à l'arbitrage, et le rempart de l'ordre public.

---

<sup>301</sup> LOWRY, p. 177, et les références citées.

<sup>302</sup> LOWRY, p. 175-176 ; MURPHY, p. 13 et 42-43.

<sup>303</sup> LOWRY, p. 172 ; Colorado Court of Appeals, arrêt *In re Marriage of Popack* du 3 février 2000, 998 P.2d 464.

<sup>304</sup> LOWRY, p. 172 ; Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, arrêt *Cohen v. Cohen* du 26 juillet 1993, 600 N.Y.S.2d 996.

## D. Cadre juridique suisse de l'arbitrage international

Après avoir présenté à la lumière de débats ayant eu lieu à l'étranger la controverse que suscitent tant la possibilité, pour des groupes religieux, d'accéder à l'arbitrage, que la possibilité de soumettre à l'arbitrage des litiges relevant du droit de la famille, intéressons-nous au cas suisse. Si le recours à l'arbitrage afin de régler des affaires familiales en application du droit musulman (ou, plus généralement, de règles de droit religieuses) n'est pour l'instant qu'un cas d'école en Suisse, le débat y relatif dans d'autres ordres juridiques amène des questions intéressantes s'agissant de la législation suisse : comment la question du consentement est-elle réglée ? Quels types de litiges peuvent valablement être soumis à l'arbitrage ? Quels sont les remparts contre une décision qui choque les valeurs fondamentales de la Suisse, par exemple parce qu'elle consacre une inégalité entre l'homme et la femme ?

Nous illustrerons nos propos à l'aide de l'exemple de nos époux X et Y, afin de mieux saisir la portée concrète des normes étudiées. Pour rappel, nos deux époux, après s'être mariés dans l'État d'Aphoria, se sont établis en Suisse. Ils veulent désormais se séparer et s'entendent donc pour obtenir le divorce en Suisse<sup>305</sup>. Cependant, ils ne s'accordent pas sur le droit à l'épouse de recevoir la partie du *mahr* qu'elle n'avait pas reçue au moment du mariage. L'épouse Y estime que l'obtention du divorce n'affecte pas son droit au *mahr*, tandis que l'époux X estime que, comme dans le cas d'une répudiation convenue, son épouse doit y renoncer. X et Y se mettent dès lors d'accord pour que leur litige soit tranché par un tribunal arbitral, conformément au droit musulman. En fonction de la convention des époux, la sentence relative à la répartition du *mahr* intervient au titre de liquidation du régime matrimonial. Examinons dès lors dans quelle mesure nos deux époux pourraient parvenir à une sentence arbitrale valide en Suisse.

### 1. Étape préliminaire : le cadre normatif applicable

L'une des difficultés du droit de l'arbitrage est la multiplicité des règles qui entrent en considération. Lorsque nous parlons dans ce travail d'arbitrage en application du droit musulman, nous nous référons au droit matériel applicable, c'est-à-dire aux règles de droit qui permettent de trancher le litige. Cependant, d'autres corps de règles sont simultanément applicables. En effet, l'arbitrage

---

<sup>305</sup> Le divorce en Suisse est soumis au droit suisse, à moins que les deux époux aient une nationalité commune et qu'un seul soit domicilié en Suisse, auquel cas le droit national est applicable au divorce (art. 61 al. 1 et 2 LDIP). En l'espèce, X et Y sont tous deux domiciliés en Suisse. Le droit suisse est donc applicable à leur divorce.

trouve sa source dans l'accord des parties en la forme d'un contrat. Ce contrat déterminera les règles de procédure applicables, en général par une référence à des règles existantes, élaborées par une institution d'arbitrage ou une organisation internationale<sup>306</sup>. En sus, le cadre normatif dans lequel une procédure arbitrale peut avoir lieu doit s'inscrire dans un certain droit national. Aucune procédure arbitrale ne peut avoir lieu en dehors d'un cadre normatif national. L'on parle aussi de *lex arbitri*<sup>307</sup>. Ainsi, l'arbitrage est d'abord encadré par des règles de droit national ; c'est ce cadre qui déterminera si l'arbitrage en tant que tel est admis dans un certain ordre juridique, dans quelles conditions et dans quelles limites. Le cadre normatif comporte également des règles supranationales lorsque l'État en question est lié par des conventions applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères (en particulier la Convention de New York, l'instrument le plus largement utilisé dans ce contexte, ou encore le Protocole de Genève, applicable en Suisse seulement aux sentences arbitrales irakiennes)<sup>308</sup>. En sus de ce cadre normatif, certaines règles choisies par les parties, souvent établies par une institution, viendront régir la procédure arbitrale, à condition qu'elles soient conformes au cadre normatif. Enfin, le litige soumis à l'arbitrage sera tranché en application de certaines règles de droit, potentiellement étrangères, dans la mesure où le cadre normatif permet le choix du droit matériel applicable. Dans la présente section, nous nous intéressons ainsi au cadre normatif de l'arbitrage en Suisse.

En droit suisse, deux régimes distincts peuvent alternativement trouver application au titre de cadre normatif, selon la nature internationale ou interne de l'arbitrage en question<sup>309</sup>. L'arbitrage international est régi par le chapitre 12 de la LDIP, tandis que l'arbitrage interne est réglé par la troisième partie du CPC. Il est cependant possible d'exclure l'application d'un régime au profit de l'autre. Ainsi, dans un arbitrage international, les parties peuvent convenir que les dispositions de la troisième partie du CPC sont applicables (art. 176 al. 2 LDIP). Inversement, dans un arbitrage interne, les parties peuvent s'entendre sur l'application du chapitre 12 de la LDIP (art. 353 al. 2 CPC).

L'arbitrage est international si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse (art. 176 al. 1 LDIP). Le Tribunal fédéral a précisé que les termes « les parties » se réfèrent aux parties à la procédure arbitrale et non à la convention d'arbitrage<sup>310</sup>.

---

<sup>306</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 146.

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 153 et 157.

<sup>309</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 147.

<sup>310</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4P.54/2002 du 24 juin 2002, consid. 3.

Si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse, mais que les conditions de l'arbitrage international ne sont pas réunies, l'arbitrage est interne (art. 353 al. 1 CPC).

Ainsi, en reprenant l'exemple de nos époux X et Y – à considérer que ceux-ci se réfèrent à un tribunal arbitral avec siège en Suisse – le caractère international ou non de l'arbitrage dépendra du moment auquel ils ont conclu leur convention d'arbitrage. Si celle-ci a été intégrée à leur contrat de mariage alors que les époux vivaient encore à Aphoria, aucun d'eux n'avait son domicile en Suisse au moment de la conclusion de la convention. L'arbitrage sera dès lors international et soumis au chapitre 12 de la LDIP. Au contraire, si les parties sont convenues d'en référer à l'arbitrage après s'être établies en Suisse, par exemple au moment où est survenu leur différend, alors l'arbitrage est interne et soumis à la troisième partie du CPC. Dans cette dernière hypothèse, il serait à recommander aux époux d'exclure l'application du CPC en faveur du chapitre 12 de la LDIP. En effet, comme expliqué ci-dessous (cf. section III.C.3), la LDIP offre davantage de liberté aux parties que le CPC quant aux litiges pouvant valablement être soumis à l'arbitrage.

Nous considérerons dans notre analyse principalement les règles prévues au chapitre 12 de la LDIP. Les différences avec la troisième partie du CPC sont minces, et nous nous contenterons de les mettre en évidence lorsqu'elles sont pertinentes pour ce travail, notamment pour démontrer, comme il vient d'être mentionné, qu'il serait préférable pour des parties dans une situation similaire à nos époux X et Y de convenir de l'application du chapitre 12 LDIP, dans l'hypothèse où toutes deux étaient domiciliées en Suisse au moment où elles ont conclu la convention d'arbitrage.

## 2. Validité de la convention d'arbitrage quant au fond : le consentement des parties

La convention d'arbitrage n'est valable que si elle répond à certaines conditions, tant à la forme qu'au fond. Quant à la forme, l'art. 178 al. 1 LDIP précise que la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Quant au fond, l'art. 178 al. 2 LDIP prévoit que la convention d'arbitrage est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. Il s'agit là d'une règle de conflit de lois qui consacre le principe *in favorem validitatis* ; en effet, la convention d'arbitrage sera valable si elle remplit les conditions du droit le

plus favorable parmi les droits énumérés<sup>311</sup>. La doctrine est divisée quant à l'ordre à suivre dans l'examen de la validité de la convention d'arbitrage selon ces différents droits : certains auteurs se prononcent en faveur de l'ordre mentionné dans le texte de la loi, d'autres estiment que le choix du droit est alternatif<sup>312</sup>. Le Tribunal fédéral a rejoint les auteurs de la seconde catégorie et considère qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les différents critères de rattachement<sup>313</sup>. Il est utile de préciser que l'art. 178 al. 2 LDIP ne régit pas l'arbitrabilité du litige, soumise aux conditions de l'art. 177 LDIP, ni la capacité juridique des parties de conclure la convention d'arbitrage, déterminée selon les règles de conflit de lois générales contenues dans la LDIP<sup>314</sup>. Ces deux éléments constituent également des conditions de validité de la convention d'arbitrage quant au fond.

L'art. 178 al. 2 LDIP permet ainsi d'examiner la validité sur le fond de la convention d'arbitrage selon le droit suisse, parmi les alternatives proposées. Dans cette hypothèse, la validité de la convention est essentiellement soumise aux conditions et aux principes d'interprétation généraux prévus dans le code des obligations. Les art. 1 et 2 CO prévoient qu'un contrat est réputé conclu lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté sur tous les points essentiels. Les points essentiels d'une convention d'arbitrage sont (1) le consentement des parties à l'arbitrage, (2) la détermination du litige ou de la relation juridique qui formera l'objet de l'arbitrage<sup>315</sup>. Vu les objections soulevées quant à l'arbitrage en matière familiale selon le droit musulman (cf. section III.C, au sujet de la controverse et des débats ayant eu lieu en Ontario, Canada, et en Grande-Bretagne et de la situation aux États-Unis), notre attention dans la présente section porte sur le premier de ces points essentiels : le consentement des parties.

Afin d'établir si les parties ont consenti à l'arbitrage, conformément à l'art. 18 al. 1 CO, il y a lieu de rechercher leur réelle et commune intention, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. Si l'intention réelle des parties diverge, ou si elle ne peut être établie, en vertu du principe de la confiance, les déclarations ou comportements d'une partie seront interprétés selon le sens que leur donnerait un destinataire de bonne foi dans les mêmes circonstances<sup>316</sup>.

---

<sup>311</sup> BERGER/KELLERHALS, N 368-371.

<sup>312</sup> BERGER et KELLERHALS appartiennent à la première catégorie (BERGER/KELLERHALS, N 372), GIRSBERGER et VOSER à la seconde (GIRSBERGER/VOSER, N 283), tout comme KAUFMANN-KOHLER et RIGOZZI (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 223).

<sup>313</sup> ATF 129 III 727, consid. 5.3.2.

<sup>314</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 280 et 331.

<sup>315</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 297.

<sup>316</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 302 ; ATF 116 Ia 56, consid. 3. b) ; ATF 129 III 675, consid. 2.3.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le consentement des parties doit être interprété selon une approche restrictive, en raison des importantes conséquences que produit une convention d'arbitrage, en particulier puisque les motifs de recours à l'encontre d'une sentence arbitrale à disposition des parties sont limités<sup>317</sup>. Ainsi, en cas de doute sur le consentement d'une partie, selon le droit suisse, la convention d'arbitrage ne sera pas valable. En revanche, dans la mesure où le consentement des parties est établi, le champ d'application de la convention d'arbitrage sera interprété de manière large<sup>318</sup>. Si le premier point essentiel est interprété de manière restrictive, le second est interprété avec davantage de souplesse, de sorte de sauvegarder le consentement des parties de s'en remettre à l'arbitrage une fois que celui-ci est établi.

Comme tout autre contrat, il est possible que la convention d'arbitrage soit entachée d'un vice du consentement. Il se peut en effet qu'une partie ait consenti à l'arbitrage en raison d'une lésion (art. 21 CO), d'une erreur essentielle (art. 23 ss CO), d'un dol (art. 28 CO) ou d'une crainte fondée (art. 29 CO), auxquels cas la convention d'arbitrage peut être invalidée<sup>319</sup>.

L'art. 186 al. 2 LDIP prévoit que l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. Ainsi, si une partie entend contester la compétence du tribunal arbitral au motif que la convention d'arbitrage n'est pas valable, elle devra le faire à titre préalable ; à défaut, elle ne pourra plus contester la validité de la convention d'arbitrage par la suite. Si une partie entend contester la compétence du tribunal arbitral en invoquant un vice du consentement, ce motif ne sera admissible que si le délai d'un an dès la connaissance de l'erreur ou du dol ou dès la dissipation de la crainte fondée prévu à l'art. 31 CO pour se prévaloir du vice du consentement n'est pas encore écoulé ; dans le cas d'une lésion, si un an ne s'est pas écoulé depuis la conclusion de la convention d'arbitrage (art. 21 al. 2 LDIP). Toutefois, s'agissant de la convention d'arbitrage, si ce délai n'est pas encore échu mais qu'une partie entre en matière sur le fond, elle ne pourra plus invalider la convention d'arbitrage après coup<sup>320</sup>.

Revenons-en donc à nos époux X et Y. Imaginons que l'épouse Y n'ait en réalité pas consenti à l'arbitrage, ou que son consentement ait été vicié. Elle souhaite donc invoquer l'exception d'incompétence du tribunal arbitral, au motif que la convention d'arbitrage n'est pas valable.

---

<sup>317</sup> ATF 116 Ia 56, consid. 3. b) ; ATF 129 III 675, consid. 2.3; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_244/2012 du 17 janvier 2013, consid. 4.2.

<sup>318</sup> GIRSBERGER/VOSER, N 303 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_103/2011 du 20 septembre 2011, consid. 3.2.1.

<sup>319</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 235.

<sup>320</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 236.

Admettons selon une première hypothèse que l'épouse Y n'avait pas connaissance, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, des effets que produisait l'arbitrage. Elle n'entendait en effet pas consentir à l'arbitrage, mais à l'intervention d'une tierce personne qui facilite la discussion avec son époux. Ainsi, l'épouse Y pensait en réalité consentir à une médiation, et non à un arbitrage. L'époux X, pour sa part, entendait bien consentir à l'arbitrage. L'intention réelle des parties divergeait. Les manifestations de volonté doivent donc être interprétées selon le principe de la confiance. Ainsi, l'existence d'un accord entre les parties dépendra du sens qu'un tiers de bonne foi aurait attribué aux déclarations et comportements de l'épouse Y dans des circonstances semblables. Si l'épouse Y parvient à démontrer qu'au-delà de l'emploi des termes « arbitrage » dans la convention, un tiers de bonne foi aurait compris de ses déclarations et comportements que celle-ci entendait en réalité obtenir l'aide d'un médiateur, il devrait être retenu que son consentement faisait défaut et que la convention d'arbitrage n'est pas valable. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la détermination du consentement de l'épouse Y à l'arbitrage sera examinée avec prudence. Si un doute subsiste dans la détermination du consentement de l'épouse Y, le doute devrait jouer en faveur de cette dernière. En revanche, s'il est considéré sans doute qu'un tiers de bonne foi n'aurait pu comprendre des déclarations et comportements de l'épouse Y que celle-ci n'entendait pas consentir à l'arbitrage, son consentement sera réputé donné. Cependant, celle-ci dispose d'un second argument (à considérer que le délai est respecté) : puisqu'elle entendait conclure un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir, l'épouse Y peut se prévaloir d'une erreur essentielle (art. 24 al. 1 ch. 1 CO). Si sa confusion résulte d'une mauvaise information donnée intentionnellement par son époux, ou d'une mauvaise information reçue d'un tiers, fait connu de l'époux X à la conclusion de la convention d'arbitrage, l'épouse Y peut également invoquer avoir été induite à contracter par dol (art. 28 CO).

Dans une seconde hypothèse, l'épouse Y a signé la convention d'arbitrage sans être consciente de ses alternatives. Celle-ci pourrait en effet ne pas avoir connaissance de la possibilité d'agir devant une cour étatique, ou ne pas être consciente que la liquidation du régime matrimonial selon le droit suisse pourrait potentiellement lui être plus favorable que la répartition du *mahr* selon le droit musulman. Induite en erreur, elle pourrait même ne pas avoir eu conscience, à la conclusion de la convention d'arbitrage, qu'un tribunal arbitral n'était pas un tribunal étatique. Elle peut encore ne pas avoir su que le droit suisse était également à sa disposition pour régler les effets patrimoniaux de la dissolution de son mariage avec l'époux X. Les mêmes considérations que celles exprimées dans la première hypothèse s'appliquent ici. L'épouse Y pourrait en effet avancer qu'elle n'entendait pas soustraire le litige de la compétence des tribunaux étatiques. Dès lors, elle n'entendait pas

consentir à l'arbitrage. Si elle parvient à éveiller le simple doute quant à la réalité de son consentement, il devrait être retenu que celui-ci faisait défaut. Elle peut également se prévaloir de vices du consentement, à condition que le délai d'un an soit respecté.

Ainsi, si l'épouse Y remet en question la compétence d'un tribunal arbitral en invoquant soit ne pas avoir consenti à l'arbitrage, soit que son consentement était vicié (à condition que le délai soit respecté), celle-ci pourrait obtenir gain de cause selon le droit suisse : il faudrait exclure la compétence du tribunal arbitral. Ceci implique cependant que l'épouse Y soit proprement informée des conséquences de l'arbitrage et des alternatives possibles au plus tard au moment de débiter la procédure d'arbitrage. En effet, si celle-ci n'invoque pas l'exception d'incompétence avant d'avoir procédé au fond, elle ne pourra plus s'en prévaloir plus tard. De plus, pour rappel, même si la convention d'arbitrage n'est pas valable en droit suisse, elle peut l'être en application d'un droit plus favorable (par exemple, car le délai plus court pour invoquer un vice du consentement prévu par un autre droit est échu<sup>321</sup>). La convention serait alors considérée valable en Suisse.

### 3. Arbitrabilité

Comme le consentement à l'arbitrage, l'arbitrabilité est une condition de la validité quant au fond de la convention d'arbitrage et par là même de la compétence du tribunal arbitral<sup>322</sup>. Elle désigne l'aptitude d'une cause d'être tranchée par la voie de l'arbitrage<sup>323</sup>. Il est parfois précisé que cette définition correspond à l'arbitrabilité en son sens objectif (arbitrabilité *ratione materiae*), par opposition à l'arbitrabilité subjective, désignant la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage (arbitrabilité *ratione personae*)<sup>324</sup>. La condition de l'arbitrabilité décrit quels litiges peuvent ou ne peuvent pas être soustraits à la compétence des tribunaux étatiques et restreint ainsi l'autonomie des parties<sup>325</sup>. Elle est régie par la *lex arbitri*<sup>326</sup>.

L'art. 177 al. 1 LDIP prévoit que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Le droit suisse instaure là une règle matérielle de droit international privé, et non une règle de conflit<sup>327</sup>. En matière internationale, le critère d'arbitrabilité est ainsi celui de la

---

<sup>321</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 236, n. 151.

<sup>322</sup> ATF 118 II 353, consid. 3. a).

<sup>323</sup> BUCHER/BONOMI, N 1332 ; ATF 118 II 353, consid. 3. a).

<sup>324</sup> BUCHER/BONOMI, N 1332 ; ATF 118 II 353, consid. 3. a).

<sup>325</sup> CR LDIP/CL-TSCHANZ, LDIP 177 N 2.

<sup>326</sup> BUCHER/BONOMI, N 1332 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 191.

<sup>327</sup> ATF 118 II 353, consid. 3. a).

patrimonialité<sup>328</sup>. Le choix de ce critère manifeste « l'intention du législateur fédéral d'ouvrir largement l'accès à l'arbitrage international »<sup>329</sup>. Ceci implique donc une interprétation extensive de la notion de patrimonialité<sup>330</sup>. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral explique en ce sens :

*« Tombent sous le coup de cette disposition [i.e. l'art. 177 al. 1 LDIP] toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent »<sup>331</sup>.*

En matière interne, l'art. 354 CPC prévoit que l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties ; il soumet ainsi la validité de la convention d'arbitrage au critère de la libre disponibilité de la prétention sur laquelle porte le litige<sup>332</sup>. Dans l'arrêt susmentionné, le Tribunal fédéral a précisé qu'« il est erroné d'assimiler la "nature patrimoniale" [...] à la liberté de disposer [...]. Il s'agit là de deux critères distincts »<sup>333</sup>. Ce second critère doit être déterminé selon le droit matériel qui régit la prétention en cause ; en arbitrage interne suisse, ce sera en général le droit suisse<sup>334</sup>.

En matière interne, le Tribunal fédéral s'est notamment prononcé sur la libre disponibilité des créances du travailleur dans un contrat individuel de travail. Il s'est référé à l'art. 341 al. 1 CO, qui prévoit que le travailleur ne peut pas renoncer, ni pendant la durée du contrat, ni durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective<sup>335</sup>. Il a dès lors considéré que « si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage »<sup>336</sup>. En revanche, « le conflit individuel du travail est une cause de nature patrimoniale aux termes de l'art. 177 al. 1 de la [LDIP] »<sup>337</sup>. Cet exemple démontre bien la différence relative au critère de l'arbitrabilité selon que l'arbitrage est interne, régi par la troisième partie du CPC, ou international, régi par le chapitre 12 de la LDIP : l'autonomie des parties est plus limitée

---

<sup>328</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 200.

<sup>329</sup> ATF 118 II 353, consid. 3. a), et les références citées.

<sup>330</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 203, et les références citées.

<sup>331</sup> ATF 118 II 353, consid. 3. b), et les références citées.

<sup>332</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 195.

<sup>333</sup> ATF 118 II 353, consid. 3. b).

<sup>334</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, N 197.

<sup>335</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_71/2010 du 28 juin 2010, consid. 4.5.

<sup>336</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_71/2010 du 28 juin 2010, consid. 4.6.

<sup>337</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_71/2010 du 28 juin 2010, consid. 4.2.

dans le premier cas que dans le second, et le chapitre 12 de la LDIP plus libéral que la troisième partie du CPC.

Dans un cas comme dans l'autre, les questions liées au statut personnel en droit de la famille (mariage, divorce, droit de garde notamment) ne sont pas arbitrables<sup>338</sup>. En revanche, en sus des prétentions issues du contrat individuel de travail, il existe d'autres litiges qui seraient admis à l'arbitrage selon la LDIP, mais non selon le CPC : tel est le cas par exemple des prétentions issues de contrats avec des consommateurs (en tout cas pour les prétentions du consommateur)<sup>339</sup>. Dans le cas des époux X et Y, la question porte sur l'arbitrabilité des conséquences patrimoniales du divorce. En particulier, selon notre hypothèse, les parties se sont accordées pour que la répartition du *mahr* intervienne au titre de liquidation du régime matrimonial. Ce domaine est-il arbitral ?

Dans un arrêt publié avant l'entrée en vigueur du chapitre 12 de la LDIP (alors que le critère d'arbitrabilité, en matière interne comme internationale, était celui de la libre disponibilité<sup>340</sup>), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur un cas dans lequel deux époux avaient soumis la liquidation de leur régime matrimonial à la sentence d'un arbitre en vue d'une action en divorce<sup>341</sup>. Considérant que les parties voulaient ainsi que la procédure arbitrale et le procès en divorce soient liés, le Tribunal fédéral a décidé que, pour être exécutoire, la sentence arbitrale devait être soumise à l'approbation du juge du divorce comme une convention sur les effets accessoires du divorce, selon l'exigence de l'ancien art. 158 ch. 5 CC<sup>342</sup> (aujourd'hui, le caractère obligatoire de la ratification par le juge d'une convention sur les effets accessoires du divorce est prévu à l'art. 279 CPC). Puisqu'aucune approbation n'avait été donnée dans le cas précis, le Tribunal fédéral, sans se déterminer sur l'arbitrabilité du litige, a considéré que la sentence arbitrale n'était pas exécutoire.

Il peut être déduit de cette jurisprudence que, si les époux entendent soumettre à l'arbitrage un aspect de leur convention sur les effets accessoires du divorce, en particulier la liquidation du régime matrimonial, la sentence arbitrale sera soumise à la ratification du juge du divorce, qui pourra notamment l'écarter si celle-ci lui apparaît « manifestement inéquitable » (art. 279 al. 1 CPC). Cette solution peut être interprétée de deux manières. Certains auteurs sont d'avis que la liquidation du régime matrimonial est une matière arbitrale au sens de l'art. 354 CPC ;

---

<sup>338</sup> BK IPRG-MABILLARD/BRINER, LDIP 177 N 14a ; BK ZPO-WEBER-STECHER, CPC 354 N 39.

<sup>339</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, N 3.47 ; BK ZPO-WEBER-STECHER, CPC 354 N 27.

<sup>340</sup> Art. 5 du Concordat suisse sur l'arbitrage du 27 mars 1969 alors en vigueur.

<sup>341</sup> ATF 87 I 291.

<sup>342</sup> ATF 87 I 291, consid. 2.

celle-ci reste néanmoins soumise à l'approbation du juge du divorce<sup>343</sup>. Il conviendrait en effet de distinguer les notions d'arbitrabilité et de caractère exécutoire : la liquidation du régime matrimonial serait arbitrale en matière interne, mais son caractère exécutoire dépendrait de l'approbation du juge<sup>344</sup>. Pour d'autres auteurs, l'approbation du juge est une condition à l'arbitrabilité du litige : si elle fait défaut, le litige n'est pas arbitral<sup>345</sup>. Les époux ne pourraient disposer des effets patrimoniaux du divorce (tels que la liquidation du régime matrimonial) qu'avec l'approbation du juge. Cette condition se référerait ainsi au critère de la libre disponibilité, qui ne vaut qu'en arbitrage interne.

En matière internationale, il est généralement admis que la liquidation du régime matrimonial répond au critère de la patrimonialité établi à l'art. 177 LDIP et est donc arbitrale<sup>346</sup>. La majorité des auteurs considèrent qu'au contraire de ce qui vaut en matière interne, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'approbation du juge<sup>347</sup>. Cette différence avec l'arbitrage interne semble ainsi soutenir les avis doctrinaux selon lesquels, lorsque la troisième partie du CPC est applicable, l'approbation du juge est une condition de l'arbitrabilité du litige, les parties ne pouvant en disposer. En effet, si l'approbation du juge n'était pas une condition à l'arbitrabilité mais au caractère exécutoire de la sentence arbitrale, celle-ci serait également requise en matière internationale.

S'agissant de nos époux X et Y, ceux-ci sont libres de demander à un tribunal arbitral de trancher la répartition de la partie non payée du *mahr* en lieu et place (ou au titre) de liquidation du régime matrimonial. S'ils n'ont pas exclu l'application de la troisième partie du CPC en faveur du chapitre 12 de la LDIP, ils devraient obtenir l'approbation du juge du divorce pour que le litige soit considéré arbitral, ce qui restreint leur autonomie. Si ceux-ci ont cependant soumis l'arbitrage au chapitre 12 de la LDIP, le litige issu de la répartition du *mahr* de droit musulman est admissible à l'arbitrage, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'approbation du juge. En conséquence, il est préférable pour nos époux X et Y de requérir l'application du chapitre 12 de la LDIP.

---

<sup>343</sup> Notamment : BK ZPO-WEBER-STECHER, CPC 354 N 32 ; voir aussi les opinions doctrinales mentionnées par COURVOISIER, p. 19, n. 30.

<sup>344</sup> BERGER/KELLERHALS, N 208.

<sup>345</sup> Notamment : KOMM. ZPO-WENGER, CPC 354 N 11 ; voir aussi les opinions doctrinales mentionnées par COURVOISIER, p. 19, n. 30.

<sup>346</sup> BUCHER, N 91 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, N 3.47 ; ORELLI, LDIP 177 N 13.

<sup>347</sup> *Ibid.* ; BERGER et KELLERHALS estiment cependant qu'en matière internationale également, la sentence ne serait pas exécutoire si le juge ne l'approuve pas, au motif que cette règle appartiendrait à l'ordre public (BERGER/KELLERHALS, N 208).

#### 4. Une sentence arbitrale conforme à l'ordre public

##### a) *La réserve d'ordre public dans l'arbitrage*

Selon l'art. 190 al. 2 *lit. e* LDIP, une sentence arbitrale peut être attaquée si elle est incompatible avec l'ordre public suisse. De la même manière, une sentence arbitrale ne sera pas exécutoire en Suisse si son exécution contrevient à l'ordre public suisse (art. 5 al. 2 *lit. b* Convention de New York). L'examen de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public suisse n'interviendra donc que si une partie à l'arbitrage recourt contre cette sentence devant le Tribunal fédéral, ou si une partie agit en exécution en Suisse devant l'autorité compétente. Les considérations relatives à la réserve d'ordre public exprimées dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères (cf. section II.B.4.c) restent généralement pertinentes dans l'examen de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public suisse<sup>348</sup>. Nous en ferons ici un bref rappel et nous concentrerons sur certains éléments qui nous semblent particulièrement pertinents pour l'arbitrage en matière familiale selon le droit musulman.

L'ordre public en matière arbitrale se réfère, comme en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, aux principes les plus fondamentaux de l'ordre juridique suisse, et non à l'ordre public interne, un concept plus large<sup>349</sup>. Dans ce contexte également, la jurisprudence distingue l'ordre public procédural de l'ordre public matériel<sup>350</sup>.

S'agissant de l'ordre public procédural, la jurisprudence a précisé que le législateur ne visait pas à créer un code de procédure arbitrale auquel la convention des parties devrait se conformer<sup>351</sup>. En l'état, seul le principe *res judicata* a été jugé comme faisant partie de l'ordre public procédural suisse : ainsi, une sentence arbitrale rendue en dépit d'une décision antérieure ayant l'autorité de chose jugée est contraire à l'ordre public procédural<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> À noter que selon le Tribunal fédéral, l'effet atténué de l'ordre public en matière de reconnaissance de décisions étrangères vaut aussi lorsqu'un tribunal est saisi d'une demande d'exécution portant sur une sentence arbitrale ; il ne s'applique pas en revanche dans l'examen de l'ordre public sous l'angle de l'art. 190 al. 2 *lit. e* LDIP (Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_233/2010 du 28 juillet 2010, consid. 3.2.1). Cette distinction ne crée cependant pas de véritable différence en pratique, puisque le Tribunal fédéral n'admet que dans des cas très limités l'incompatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public suisse.

<sup>349</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 8.188.

<sup>350</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 8.188.

<sup>351</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4P.115/1994 du 30 décembre 1994, *in* Bulletin ASA 13 (1995) 217, mentionné par KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 8.190.

<sup>352</sup> ATF 136 III 345, consid. 2.1.

S'agissant de l'ordre public matériel, le Tribunal fédéral adopte une « approche pragmatique ». Il admet que « peut-être la prévisibilité du droit n'y trouve-t-elle pas son compte », mais explique :

*« Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de cet inconvénient : d'une part, quand bien même elles demeurent relativement floues, les limites de l'ordre public en matière d'arbitrage international n'en ont pas moins été dessinées, fût-ce à grands traits, par une abondante jurisprudence (...); d'autre part, il doit désormais être clair, dans l'esprit de quiconque conclut une convention d'arbitrage donnant lieu à l'application des art. 176 ss LDIP, que ses chances de succès seront extrêmement minces le jour où il voudra attaquer une sentence arbitrale en invoquant le motif de recours prévu à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP »<sup>353</sup>.*

En effet, un seul recours contre une sentence arbitrale au motif que celle-ci était contraire à l'ordre public matériel a été accepté à ce jour, dans le cas d'un arbitrage sportif<sup>354</sup>.

Selon la jurisprudence (comme déjà mentionné sous II.B.4.c), appartiennent notamment à l'ordre public matériel suisse : la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices et la protection des personnes civilement incapables<sup>355</sup>. Le Tribunal fédéral précise en particulier :

*« Est discriminatoire un acte, une mesure ou une décision qui porte atteinte illicitement aux droits de la personnalité de son destinataire, parce que pris uniquement en raison de son sexe, de sa race, de son état de santé, de ses préférences sexuelles, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques »<sup>356</sup>.*

Par ailleurs, il a relevé qu'« il n'hésiterait pas à sanctionner, au titre de la violation de l'ordre public matériel, une sentence qui porterait atteinte au principe cardinal que constitue le respect de la dignité humaine »<sup>357</sup>. La violation de l'art. 27 CC, protégeant contre les engagements excessifs peut également entraîner incompatibilité avec l'ordre public matériel suisse, « dans des cas graves et nets de violation de droits fondamentaux »<sup>358</sup>. Rappelons enfin que la comptabilité d'une sentence

---

<sup>353</sup> ATF 132 III 389, consid. 2.1.

<sup>354</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, N 8.204.

<sup>355</sup> ATF 132 III 389, consid. 2.2.1.

<sup>356</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_370/2007 du 21 février 2008, consid. 5.4.

<sup>357</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_458/2009 du 10 juin 2010, consid. 4.1.

<sup>358</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4P.12/2000 du 14 juin 2000, consid. 5. b) aa).

arbitrale avec l'ordre public matériel s'apprécie au regard du résultat qu'elle produit, et non de ses motifs ou considérants<sup>359</sup>.

*b) Le mahr et l'ordre public suisse*

Dans le cas des époux X et Y, la question de la compatibilité avec l'ordre public (matériel) suisse prend un sens particulier. Considérons qu'à l'issue de la procédure arbitrale, l'arbitre désigné par les époux rende une décision selon laquelle l'épouse doit renoncer à la partie du *mahr* non encore reçue (*mahr-kali*). Quelles seraient les chances de réussite si l'épouse Y décidait de recourir contre la sentence arbitrale, au motif que celle-ci viole l'ordre public suisse ? Selon une seconde hypothèse, imaginons que l'arbitre décide que l'épouse Y doit restituer le *mahr* déjà reçu (*mahr-kebul*). Si l'époux X agit en exécution, le tribunal saisi pourrait-il refuser l'exécution forcée du *mahr* pour le même motif ?

Bien que l'on ait affaire à une sentence arbitrale, portant nécessairement (en ce qui concerne l'arbitrage international en Suisse) sur un litige d'ordre économique, le *mahr* est une institution inexistante en droit suisse et comme nous l'avons vu controversée au sein même de la communauté musulmane. La validation d'une sentence arbitrale donnant effet au *mahr* en Suisse amène ainsi des considérations plus larges liées au multiculturalisme et ses limites. D'où l'intérêt de se questionner sur la compatibilité de telles sentences avec l'ordre public suisse.

Nous précisons d'abord qu'il n'existe pas de jurisprudence suisse portant sur la répartition du *mahr* de droit musulman, et que la doctrine suisse reste elle aussi à notre connaissance muette à cet égard. Certains tribunaux étrangers se sont par contre déjà penchés sur la reconnaissance du *mahr* dans leur ordre juridique, et nous ferons ci-dessous référence à certaines de leurs décisions. Nous présenterons d'abord les arguments de politique juridique à l'appui d'une décision consacrant la compatibilité de la sentence arbitrale avec l'ordre public suisse, ainsi que ceux à l'appui de la décision inverse. Nous présenterons enfin une tentative de solution, à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la réserve d'ordre public dans l'arbitrage.

Le premier argument de politique juridique en faveur de la compatibilité du *mahr* avec l'ordre public suisse peut se fonder sur les principes du multiculturalisme et du pluralisme juridique. En effet, le *mahr* peut être perçu comme une expression religieuse et culturelle de la communauté

---

<sup>359</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 8.205.

musulmane<sup>360</sup>. La reconnaissance de la diversité culturelle et le respect des droits de la minorité musulmane impliquent que cette libre expression soit protégée dans notre ordre juridique<sup>361</sup>. Si deux époux se sont entendus pour régler les effets patrimoniaux de la dissolution de leur mariage conformément à leurs traditions et à leur foi, nier ce choix reviendrait à empêcher la manifestation de leur identité musulmane<sup>362</sup>. Le conception plurale du droit également, qui implique qu'il soit admis, dans un système de droit, que plusieurs ordres juridiques opèrent simultanément dans un même espace, recommande que des institutions inconnues de notre droit puissent y produire leurs effets<sup>363</sup>. Selon cette première approche, le *mahr* devrait être reçu en Suisse en reconnaissance de sa dimension religieuse et culturelle. Conformément à cette approche, la Cour de cassation française, acceptant le *mahr* comme « coutume islamique », a considéré qu'il n'était pas contraire à l'ordre public français<sup>364</sup>.

Le second argument en faveur de la compatibilité du *mahr* avec l'ordre public suisse peut se fonder sur les principes de la liberté contractuelle et de l'égalité devant la loi. FOURNIER parle à ce titre d'« approche libérale de l'égalité formelle »<sup>365</sup>, influencée par les écoles positivistes et formalistes du droit : le droit se distingue de la morale et des idéaux juridiques ; dans la majorité des cas, il permet à lui seul au juge d'accéder à une solution, par le raisonnement rationnel, sans avoir à se référer à d'autres considérations d'ordre moral<sup>366</sup>. Ainsi, sans avoir à concevoir le *mahr* comme relevant de l'islam et sans se questionner sur l'opportunité d'attribuer ou non des effets au droit musulman dans l'ordre juridique suisse, l'acceptation de cette institution peut reposer sur son acception en tant que contrat<sup>367</sup> ; en effet, les parties, en amont de la conclusion du mariage, négocient le *mahr* qui sera dû. Le *mahr* s'apparente ainsi à une clause contractuelle d'un contrat de mariage. Lorsque les époux s'accordent à ce qu'une partie du *mahr* soit payée à la dissolution du mariage, cette clause contractuelle correspond à une convention matrimoniale, un contrat régissant les conséquences patrimoniales de la dissolution de l'union. Puisqu'un tel litige peut valablement être soumis à l'arbitrage, une sentence arbitrale tranchant ce litige est en principe valable en Suisse ; elle ne peut être invalidée pour des considérations liées à l'islam en particulier. En vertu du principe d'égalité

---

<sup>360</sup> FOURNIER, p. 112, qui explique que cette approche a notamment été retenue dans deux arrêts de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (Canada). Dans ces deux cas, la Cour a dû se prononcer sur la possibilité pour l'épouse de requérir l'exécution forcée du paiement du *mahr* qui lui était dû (hors du contexte de l'arbitrage cependant).

<sup>361</sup> FOURNIER, p. 114 et 131.

<sup>362</sup> FOURNIER, p. 112.

<sup>363</sup> FOURNIER, p. 110-111, et les références citées.

<sup>364</sup> Cour de cassation française, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 4 avril 1978, 1978-000137, mentionné par FOURNIER, p. 118.

<sup>365</sup> FOURNIER, p. 132.

<sup>366</sup> Voir notamment HART Herbert, Positivism and the Separation of Law and Morals *in* Harvard Law Review vol. 71, no 4, février 1958, p. 594 ss.

<sup>367</sup> FOURNIER, p. 134-135.

devant la loi, le *mahr* doit être traité de la même manière que toute autre convention matrimoniale ; il ne peut subir de sort différent pour des motifs liés aux traditions et à la croyance dont il émane. Cette approche a notamment été poursuivie dans plusieurs cas sur les continents européen et américain<sup>368</sup>. En particulier, la Cour suprême de l'État de New-York en 1985 a conclu que, puisque les clauses du contrat de mariage portant sur le *mahr* étaient valables, leur exécution pouvait être forcée, indépendamment de la fonction du *mahr* et de son ancrage religieux<sup>369</sup>. De même, dans une décision de 2002, la Cour supérieure de l'État du New Jersey s'interroge : « *Why should a contract for the promise to pay money be less of a contract just because it was entered into at the time of an Islamic marriage ceremony?* »<sup>370</sup>. Elle a ainsi considéré : « *the Mahr Agreement in the case at bar is nothing more and nothing less than a simple contract between two consenting adults. It does not contravene any [...] interests of society* », et ordonné l'exécution forcée du *mahr*<sup>371</sup>.

D'autre part, un argument en faveur d'une décision consacrant l'incompatibilité du *mahr* avec l'ordre public suisse peut se fonder sur le principe de la neutralité religieuse de l'État, un aspect du principe de laïcité. La laïcité implique d'une part la séparation de la religion et de l'État, d'autre part la neutralité religieuse de l'État<sup>372</sup>. En Suisse, la réglementation des rapports entre l'État et l'Église est du ressort des cantons (art. 72 al. 1 Cst.) ; le principe de la séparation de l'Église et de l'État n'est donc pas inscrit dans la Constitution fédérale. Celle-ci garantit cependant la liberté religieuse (art. 15 Cst.), dont découle le principe de la neutralité religieuse de l'État. Ce principe comporte une double dimension. Dans sa dimension négative, la neutralité religieuse de l'État exige qu'il n'intervienne pas dans le domaine des convictions religieuses des individus. Dans sa dimension positive, la neutralité religieuse de l'État lui attribue le rôle de garant de la paix religieuse : celui-ci doit créer un climat favorable au libre exercice de toutes les religions<sup>373</sup>. Tandis que la dimension positive du principe de neutralité agit à l'appui de l'approche fondée sur le multiculturalisme présentée plus haut, l'argument contraire peut être tiré de la dimension négative du principe de neutralité. En effet, il peut en être déduit que l'État ne peut valider des décisions rendues selon des considérations religieuses, au motif qu'il contraindrait ainsi les parties à se conformer à des préceptes religieux ; il interviendrait dès lors dans le domaine de leurs convictions religieuses. Il serait contraire au principe de laïcité que l'État rende obligatoires des règles religieuses dans l'ordre

---

<sup>368</sup> FOURNIER, p. 134.

<sup>369</sup> Supreme Court of the State of New York, arrêt *Aziz v. Aziz*, 488 N.Y.S.2d 123 (1985), mentionné par FOURNIER, p. 137.

<sup>370</sup> Superior Court of the State of New Jersey, arrêt *Odatalla v. Odatalla* du 24 juin 2002, 810 A.2d 93, mentionné par FOURNIER, p. 138.

<sup>371</sup> *Ibid.*

<sup>372</sup> WEBER, p. 1079.

<sup>373</sup> *Ibid.*

juridique suisse. Conformément à cette approche, un juge canadien s'est exprimé ainsi dans une décision de 1998 :

« *Le mahr et la mesure dans laquelle il oblige le mari à effectuer un paiement à sa femme sont essentiellement et fondamentalement des questions religieuses musulmanes. Parce que le mahr est une question religieuse, la résolution de tout différend y afférent et les conséquences du défaut d'honorer l'obligation sont également religieuses dans leur contenu et dans leur contexte (...) je ne peux m'empêcher de penser que l'obligation du mahr est aussi impropre au traitement judiciaire des tribunaux civils que les obligations relatives au mariage chrétien religieux d'aimer, d'honorer et de chérir l'être aimé, d'être fidèle [...] »<sup>374</sup>.*

Il a ainsi refusé d'ordonner l'exécution du *mahr*.

Enfin, l'incompatibilité du *mahr* avec l'ordre public suisse peut se justifier par des considérations liées à l'égalité des sexes. L'intervention du juge serait justifiée par la nécessité de remédier à un déséquilibre de pouvoirs systémique entre l'homme et la femme dans les communautés musulmanes<sup>375</sup>. Le *mahr*, comme institution islamique, consacrerait la domination exercée par les hommes sur les femmes. L'État devrait dès lors intervenir dans sa régulation, de sorte de « produire des résultats qui soient substantiellement égaux »<sup>376</sup>. Afin que la femme soit, à terme, l'égale de l'homme, celle-ci devrait d'abord faire l'objet d'un traitement spécial : c'est l'égalité de résultat qui est visée ici. Ceci pourrait justifier qu'une sentence arbitrale inéquitable vis-à-vis de la femme soit annulée ou déclarée non exécutoire, malgré le consentement de cette dernière à l'arbitrage. Selon cette approche, un tribunal québécois a retenu en 1991, dans le cas d'un *mahr-kebul*, qu'il était discriminatoire que l'épouse qui demande le divorce doive restituer un don reçu au mariage et perde le droit au *mahr* restant, tandis que l'homme n'aurait pas subi de conséquences semblables s'il avait demandé le divorce<sup>377</sup>. Pour remédier à l'inégalité ainsi produite, le Tribunal a considéré que l'épouse n'avait pas à restituer le *mahr* reçu et n'avait pas perdu son droit au *mahr* restant ; elle pouvait dès lors en obtenir l'exécution forcée.

Ces différents arguments ont volontairement été présentés comme excluant ou validant dans tous les cas l'admissibilité d'une sentence prononcée quant au *mahr*. Il est en effet souvent utile de tester

---

<sup>374</sup> FOURNIER, p. 169, citant Ontario Court of Justice, arrêt *Kaddoura v. Hammond*, 44 R.F.L (4th) 228 (1998).

<sup>375</sup> FOURNIER, p. 149.

<sup>376</sup> FOURNIER, p. 150.

<sup>377</sup> Cour d'appel du Québec, arrêt *M.H.D. c. E.A.* du 23 septembre 1991, 500-09-001296-896, mentionné par FOURNIER, p. 153 ss.

un argument sans le relativiser, afin de déterminer s'il est réellement convainquant. Il n'en demeure pas moins que ces arguments ne s'excluent pas mutuellement, et que leur emploi ne mène pas nécessairement à un jugement définitif sur le *mahr* comme abstraitement compatible ou incompatible avec l'ordre public suisse. Ce constat correspond d'ailleurs à l'approche pragmatique poursuivie par le Tribunal fédéral.

c) *Tentative de réponse : pistes de réflexion dans l'examen de la réception du mahr*

Se déterminer sur la manière dont il convient d'appréhender une sentence arbitrale donnant effet au *mahr* dans l'ordre juridique suisse n'est pas chose aisée. À notre avis, la méthode la plus conforme à l'approche suivie par le Tribunal fédéral jusqu'à aujourd'hui est celle appelée plus haut (section III.D.4.b) de la liberté contractuelle et de l'égalité devant la loi. En effet, s'il est vrai que le Tribunal fédéral adopte une approche pragmatique dans son examen de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public suisse, il n'en est pas moins extrêmement réticent à contredire une sentence arbitrale au motif de son incompatibilité avec l'ordre public suisse. Dans la mesure où deux époux ont consenti à s'en remettre à la sentence d'un tribunal arbitral pour régler une cause de nature patrimoniale suffisamment définie, rendue dans le respect de principes fondamentaux de procédure, la sentence devrait être maintenue et exécutoire. Conformément à cette pratique, l'issue ne devrait pas être différente lorsque l'arbitrage porte sur une institution de droit musulman. Cette tendance peut cependant être quelque peu relativisée. En effet, si KAUFMANN-KOHLER et RIGOZZI relèvent que « *it has proven virtually impossible to obtain the annulment of an award for breach of public policy* », ils ajoutent que ceci est dû au fait que les litiges commerciaux, soit la plus grande partie des litiges soumis à l'arbitrage en Suisse, ne relèvent en général pas de considérations liées à l'ordre public<sup>378</sup>. L'on peut dès lors se demander si l'approche ne devrait pas être plus restrictive en matière familiale, le besoin de protection des parties étant plus important dans ce domaine. En effet, si les affaires familiales sont généralement attribuées au domaine du privé (elles relèvent d'ailleurs bien du droit privé), la représentation juridique de la famille transcende les frontières de la sphère purement privée et reflète une certaine aspiration sociale. Celle-ci est en particulier de plus en plus empreinte d'égards pour la condition féminine et l'égalité des sexes. Le domaine familial semble donc davantage imprégné de préoccupations d'ordre public que le domaine commercial. Notre examen de la compatibilité de la polygamie et de la répudiation avec l'ordre public suisse dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères permet

---

<sup>378</sup> KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*, N 8.204.

d'ailleurs également d'envisager qu'en matière familiale, le Tribunal fédéral pourrait bien se montrer plus restrictif qu'en matière commerciale.

Nous admettons ainsi qu'une approche plus restrictive dans l'examen de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public suisse s'avère nécessaire en matière familiale. Voici quelques pistes de réflexions quant à la manière dont la question pourrait être appréhendée à la lumière des différents arguments présentés en amont :

L'idée du pluralisme juridique est présente dans notre système de droit : celui-ci admet qu'il y a plus d'une manière de régler les relations sociales et que d'autres systèmes de droit peuvent produire leurs effets dans l'espace qu'il régit. Cette conception plurale interagit avec les principes de la liberté contractuelle et de l'égalité devant la loi : si notre système de droit permet de requérir l'intervention d'un autre système de droit dans l'ordre juridique suisse, cette possibilité doit être disponible à tous dans la même mesure ; elle doit également être à la portée des minorités. Notre droit permet dès lors à toute partie à un litige, dans la même mesure et selon les mêmes conditions, d'un commun accord avec une autre partie au litige, de soumettre un différend à la sentence d'un arbitre et à certaines règles de droit choisies par elles deux. Ce choix peut être motivé par différentes considérations, potentiellement culturelles et religieuses. Dans la même mesure pour tous, une sentence arbitrale est contraignante à l'égard des parties, à moins d'être annulée ou déclarée non exécutoire pour certains motifs restreints. Ainsi, il serait à notre avis erroné de considérer qu'une institution de droit musulman, en raison de caractéristiques attribuées à l'ordre juridique musulman auquel elle ressortit, ne peut déployer ses effets en Suisse par le biais de l'arbitrage. En particulier, si l'État laïc doit bien s'abstenir d'intervenir dans les convictions religieuses des individus, il ne peut refuser d'appliquer le droit musulman en raison de ses caractéristiques religieuses. En effet, si les règles religieuses forment du droit, elles doivent pouvoir trouver la même application dans l'espace suisse qu'un autre droit. D'autre part, nous estimons que l'institution du *mahr* ne peut être abstraitement rejetée parce qu'elle ancrerait une discrimination systématique à l'égard de la femme. Comme FOURNIER, nous estimons plutôt que « le *mahr* est intrinsèquement pluriel »<sup>379</sup> : il ne représente ni un « symbole de dignité religieuse »<sup>380</sup>, ni au contraire une commercialisation de la sexualité féminine pour toutes les femmes. Afin d'examiner la compatibilité de la régulation du *mahr* par l'arbitrage avec l'ordre public suisse, il convient donc de tenir compte de cette pluralité et de raisonner selon les circonstances concrètes, en tenant compte des conséquences que produirait

---

<sup>379</sup> FOURNIER, p. 62.

<sup>380</sup> FOURNIER, p. 68.

pour la femme en question la validation de la sentence arbitrale. Intervient ainsi la conception de l'égalité substantielle : si le résultat produit par une sentence concrète traduit un déséquilibre profond du pouvoir entre l'homme et la femme dans le couple et apparaît inéquitable ou discriminatoire à l'égard de l'épouse, son incompatibilité avec l'ordre public suisse devrait être retenue.

Eu égard à la condition d'équité, il pourrait être fait référence à ce titre à une disposition déjà mentionnée (cf. section III.D.3, au sujet de l'arbitrabilité du litige) : l'art. 279 CPC. Cet article, à son al. 1, prévoit que le juge ne devrait pas ratifier une convention sur les effets du divorce si elle est manifestement inéquitable. Comme nous l'avons vu en traitant de l'arbitrabilité du litige, en matière interne, un litige n'est arbitral que si le juge a approuvé le recours à l'arbitrage. Ceci découle notamment d'une décision rendue par le Tribunal fédéral il y a plus de cinquante ans<sup>381</sup>. En revanche, cette condition ne s'appliquerait pas, selon la doctrine, à l'arbitrage international. Il pourrait cependant être considéré que, si l'approbation du juge n'est pas nécessaire, une sentence « manifestement inéquitable » au sens de cette disposition devrait être jugée incompatible avec l'ordre juridique suisse. Ceci répondrait aux préoccupations exprimées par le Tribunal fédéral dans la décision susmentionnée. Au regard de la jurisprudence relative à l'art. 279 al. 1 CPC, ceci impliquerait de ne pas admettre une sentence « si sa solution [déroge] à la réglementation légale d'une manière que des considérations d'équité ne [permettent] pas de justifier »<sup>382</sup>.

Pour illustrer nos propos, revenons-en aux trois scénarios présentés en début de section. Dans le premier, la sentence arbitrale nie à l'épouse Y le droit à la partie du *mahr* non encore reçue (*mahr-kali*). Imaginons que selon la convention des parties, cette sentence intervienne au titre de la liquidation du régime matrimonial. Le droit suisse admettant lui aussi que deux époux conviennent du régime matrimonial de la séparation des biens, si, à l'issue du mariage, l'épouse n'a pas de créance au titre de liquidation du régime matrimonial à l'égard de son époux, ceci ne semble pas heurter le sens de l'équité. Cette sentence peut néanmoins poser problème sur le plan de l'interdiction de la discrimination : en effet, la renonciation au *mahr* imposée selon le droit musulman peut être perçue comme étant dissuasive pour la femme qui entend divorcer. Cependant, le *mahr* joue également un rôle dissuasif pour le mari qui doit le payer s'il met fin au mariage. D'autre part, en droit suisse également les créances entre époux à l'issue du mariage peuvent dissuader les époux de divorcer. L'on peut ainsi se demander si une telle sentence serait effectivement discriminatoire.

---

<sup>381</sup> ATF 87 I 291 (*op. cit.* n. 341).

<sup>382</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_599/2007 du 2 octobre 2008, consid. 6.4.1.

Dans le second scénario, la sentence exige que l'épouse Y restitue à X le *mabr* déjà reçu (*mabr-kuhl*). Dans un premier temps, l'on peut se demander si la sentence serait à rejeter pour des considérations d'équité. Si l'épouse dispose d'un meilleur revenu que l'époux, au regard du droit suisse, le fait que son mari ait une créance envers elle à l'issue du mariage ne paraît pas manifestement inéquitable. En revanche, si l'épouse n'a aucune fortune ni aucun revenu, il pourrait être contestable qu'elle soit débitrice envers son mari. Au regard de l'équité, le montant du *mabr* dû pourrait également jouer un rôle. La sentence paraît également discutable sur le plan de la discrimination : en effet, en demandant le divorce, non seulement l'épouse renoncerait à une créance à laquelle elle devrait avoir droit, mais elle devrait en sus restituer un don qui lui a été fait. Si ce don était élevé, le *mabr-kuhl* pourrait véritablement avoir pour effet d'intimider l'épouse qui souhaite divorcer. Il pourrait dans un tel cas être considéré que la sentence produit des effets discriminatoires, ayant une fonction dissuasive à l'égard des femmes qui voudraient divorcer.

Ainsi, nous nous prononçons en faveur d'une approche pragmatique, conforme à celle poursuivie par le Tribunal fédéral jusqu'à présent. Nous estimons cependant qu'en matière familiale, l'analyse doit être plus restrictive que dans l'arbitrage commercial, les affaires familiales relevant davantage de considérations d'ordre public, en particulier eu égard à l'égalité des sexes. Ainsi, l'examen devra porter une attention particulière à l'équité du résultat produit par une sentence arbitrale et ne pas valider une sentence qui traduit une discrimination à l'égard de la femme. Dans l'examen, nous tendons donc à favoriser une approche fondée sur l'analyse du pouvoir réel des parties dans l'union. Si, dans un cas particulier, la validation de la sentence arbitrale produirait un résultat pernicieux pour les femmes, celle-ci devrait être jugée contraire à l'ordre public<sup>383</sup>.

## E. Conclusion intermédiaire

L'analyse de la réception, dans l'ordre juridique suisse, du droit musulman par le biais de l'arbitrage international en matière familiale, exemplifiée à l'aide de l'institution du *mabr*, nous a permis d'entrevoir la difficulté de concilier tant des ordres juridiques qui diffèrent dans une large mesure que des aspirations parfois contradictoires dans un même ordre juridique.

---

<sup>383</sup> Cf. Cour d'appel du Québec, arrêt *M.H.D. c. E.a.* du 23 septembre 1991, 500-09-001296-896 (*op. cit.* n. 377), mentionné par FOURNIER, p. 153, s'exprimant ainsi : « un tribunal québécois de première instance a conclu que le droit islamique syrien ne pouvait s'appliquer au Canada, au motif qu'une telle application aurait un effet pernicieux sur les femmes musulmanes ».

Les controverses qui ont éclaté à l'étranger et les différentes solutions envisagées en Ontario, au Canada, en Grande-Bretagne et aux États-Unis ont révélé les enjeux et les implications de la possibilité pour des communautés de régler, en privé, selon leurs règles et croyances, des litiges familiaux par l'arbitrage. Les arguments avancés de part et d'autre dans ce débat – sur la force desquels nous ne nous prononcerons pas – nous ont menés à nous questionner sur l'aménagement de l'arbitrage dans l'ordre juridique suisse. Nous avons observé que le Tribunal fédéral adoptait une approche restrictive dans son interprétation du consentement des parties à l'arbitrage. Cette approche, à notre sens, offre une certaine garantie par rapport aux préoccupations soulevées en Ontario et en Grande-Bretagne. Nous avons ensuite considéré la possibilité, en droit suisse, de soumettre des litiges familiaux à l'arbitrage, et observé que cela n'était admis, dans l'arbitrage international, que pour les litiges à caractère économique. Enfin, nous avons examiné la possible intervention de l'ordre public suisse. C'était là l'entreprise la plus ardue. Nous avons présenté des pistes de réflexion possibles, dans une tentative de concilier différentes aspirations. Notre analyse nous a menés à conclure que la réserve d'ordre public pouvait servir de rempart face aux sentences discriminatoires et contraires au sens de l'équité.

L'inconvénient de l'arbitrage réside cependant dans le faible contrôle exercé par l'État. C'est là le principe de la justice privée. Ainsi, si les tribunaux suisses amenés à se prononcer sur une sentence arbitrale s'assureront du consentement des parties à l'arbitrage, de l'arbitrabilité du litige et de la compatibilité de la sentence avec l'ordre public suisse, encore faut-il qu'ils soient effectivement saisis de la question. L'arbitrage présente toutefois également des avantages non négligeables, en matière familiale ainsi que pour des motifs d'intégration de communautés minoritaires. Une conciliation est-elle possible ? Peut-on aménager l'arbitrage de sorte qu'il maintienne son caractère libéral, qu'il reste une option dans les litiges familiaux et pour les communautés entendant régler leur litige selon certaines règles de droit qu'ils choisissent, tout en s'assurant qu'il soit bien pratiqué en conformité avec les prescriptions légales ? Nous aurions tendance à répondre favorablement. Cette question pourrait cependant faire l'objet d'une analyse à part entière.

## **CONCLUSION FINALE**

Ce travail a retracé les pérégrinations de différentes institutions issues du droit musulman vers l'ordre juridique suisse. Dans une première partie, il a présenté les grandes lignes d'un système légal traduisant une conception du droit bien différente de celle avec laquelle nous sommes familiers en

Suisse. Notre introduction au droit musulman nous a montré qu'appréhender un nouveau système de droit recèle de difficultés ; cela demande en effet de raisonner hors de modèles connus et de se défaire, autant que possible, des idées préconçues. Nous sommes conscients d'avoir abordé, dans le présent travail, le droit musulman à partir de catégories de droit suisse. Nous avons cependant cherché ensuite à prendre du recul, et à comprendre le système de droit musulman tel qu'il opère dans les ordres juridiques dans lesquels il intervient. Notre introduction au droit musulman a également comporté une présentation de différentes institutions spécifiques au droit de la famille, dont nous souhaitons examiner la réception dans l'ordre juridique suisse.

Ainsi, dans une seconde partie, nous nous sommes intéressés à la réception du droit musulman en Suisse pas le biais de la reconnaissance des décisions étrangères. En portant notre attention essentiellement sur les mariages polygamiques et la répudiation, nous avons examiné dans quelle mesure ces institutions pouvaient déployer des effets en Suisse. Nous avons observé que les tribunaux suisses sont réticents à reconnaître de telles institutions. Ils adoptent néanmoins une approche pragmatique permettant d'envisager, dans certains cas concrets, un terrain intermédiaire entre certaines règles contradictoires relevant de différents ordres juridiques.

Enfin, dans une dernière partie, nous avons envisagé la possibilité en Suisse pour un couple musulman de soumettre un litige d'ordre patrimonial à l'arbitrage. Si cette problématique est intéressante au regard du droit suisse, c'est qu'elle a suscité la controverse à l'étranger, en particulier dans la province de l'Ontario au Canada, en Grande-Bretagne et aux États-Unis. Notre étude nous a conduits à considérer qu'à certaines conditions, un tribunal arbitral en Suisse pourrait valablement trancher un litige patrimonial en matière familiale en application du droit musulman. En nous intéressant enfin de plus près au *mahr* et à sa compatibilité avec l'ordre public suisse, nous avons examiné différentes considérations en jeu et tenté de trouver une certaine conciliation entre elles.

C'est principalement un tiraillement entre deux aspirations présentes dans l'ordre juridique suisse, le multiculturalisme, d'une part, et l'égalité entre l'homme et la femme, d'autre part, qui s'est fait ressentir à la rédaction de ce travail. Soulignant la tension existant entre ces deux éléments, Moller OKIN parvient à la conclusion suivante :

*« (...) when liberal arguments are being made for the rights of groups, special care must be taken to look at intragroup inequalities. It is especially important to look at inequalities*

*between the sexes, since they are more likely to be in many respects less public and therefore less immediately apparent and harder to discern than others. »<sup>384</sup>*

La constatation de contradictions existant entre multiculturalisme et féminisme se fonde cependant sur l'hypothèse que certaines femmes appartenant à des groupes minoritaires seraient les « victimes de leur culture »<sup>385</sup>. Or, un tel jugement peut s'avérer dangereux ; VOLPP estime qu'une telle supposition perpétue une forme de colonialisme.

Ces réflexions reflètent la difficulté de résoudre les contradictions, une difficulté présente lorsque se pose la question de la réception dans un ordre juridique donné d'institutions juridiques relevant de conceptions du droit qui lui sont étrangères. Dans cet exercice, à notre sens, lorsque la tendance est à accepter ou au contraire à refuser une certaine institution, il faut se garder de porter un jugement sur une certaine culture ou une certaine conception juridique. L'exercice demande de faire preuve de pragmatisme, et de ne pas rejeter abstraitement certaines institutions en raison de la conception à laquelle elles se rattachent.

---

<sup>384</sup> MOLLER OKIN, p. 683-684.

<sup>385</sup> VOLPP, p. 1181.



## BIBLIOGRAPHIE

### A. Doctrine

#### 1. Ouvrages

AHMAD NASIR Jamal J., *The Islamic Law of Personal Status*, 3<sup>e</sup> éd., Leiden, Boston (Brill) 2009 (cité : AHMAD NASIR).

BERGER Bernhard/KELLERHALS Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Berne (Stämpfli) 2015 (cité : BERGER/KELLERHALS).

BUCHER Andreas, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1988 (cité : BUCHER).

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing & Lichtenhahn), 2004 (cité : BUCHER/BONOMI).

BURTON John, *The Sources of Islamic Law, Islamic Theories of Abrogation*, Edimbourg (Edinburg University Press) 1990 (cité : BURTON).

BUSSANI Mauro/MATTEI Ugo, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge (Cambridge University Press) 2012 (cité : BUSSANI/MATTEI).

FETZER Joel S./SOPER J. Christopher, *Muslims and the State in Britain, France and Germany*, Cambridge (Cambridge University Press) 2005 (cité : FETZER/SOPER).

FOURNIER Pascale, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident, Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris (Presses de Sciences Po) 2013 (cité : FOURNIER).

GIRSBERGER Daniel/VOSER Nathalie, *International Arbitration in Switzerland*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2012 (cité : GIRSBERGER/VOSER).

JAHEL Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris (Éditions Panthéon-Assas) 2012 (cité : JAHEL).

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/RIGOZZI Antonio, *Arbitrage international, droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Weblaw) 2010 (cité : KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *Arbitrage international*).

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/RIGOZZI Antonio, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland*, Oxford (Oxford University Press) 2015 (cité : KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration*).

KHALLAF ‘Abd Al-Wahhâb, Les fondements du droit musulman, ‘Ilm Ouṣūl Al-Fiqh, Paris (Al Qalam) 1997 (cité : KHALLAF).

KLOPFENSTEIN Freddy, Le Coran, la femme, regards pluriels, Sierre (Éditions à la Carte) 2003 (cité : KLOPFENSTEIN).

KNOEPFLER François/SCHWEIZER Philippe/OTHENIN-GIRARD Simon, Droit international privé suisse, 3<sup>ème</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2005 (cité : KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD).

LE ROY Yves/SCHOENENBERGER Marie-Bernadette, Introduction générale au droit suisse, 4<sup>e</sup> éd., Genève, Zurich, Paris (Schulthess Éditions Romandes, LDGJ) 2015 (cité : LE ROY/SCHOENENBERGER).

MILLIOT Louis/BLANC François-Paul, Introduction à l'étude du droit musulman, 2<sup>e</sup> éd., Paris (Sirey) 1987 (cité : MILLIOT/BLANC).

OTHENIN-GIRARD Simon, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Personnes-Famille-Successions, Thèse présentée à la faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel, Études suisses de droit international/Schweizer Studien zum internationalen Recht vol. 110, Zurich (Schulthess) 1999 (cité : OTHENIN-GIRARD).

PETERS Rudolph/BEARMAN Peri (édit.), The Ashgate Research Companion to Islamic Law, Farnham (Ashgate) 2014 (cité : PETERS/BEARMAN).

RAMADAN Saïd, Le Droit islamique, son envergure et son équité, Paris (Al Qalam) 1997 (cité : RAMADAN).

SCHACHT Joseph, Introduction au droit musulman, Paris (Maisonneuve et Larose) 1999 (cité : SCHACHT).

SPÜHLER Karl/RODRIGUEZ Rodrigo, Internationales Zivilprozessrecht, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2013 (cité : SPÜHLER/RODRIGUEZ).

ZWEIGERT Konrad/KÖTZ Hein, Introduction to Comparative Law, 2<sup>e</sup> éd., Oxford (Clarendon Press) 1992 (cité : ZWEIGERT/KÖTZ).

## 2. Contributions dans un ouvrage collectif ou une revue

BUCHER Andreas (édit.), Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Genève, Bâle, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2011 (cité : CR LDIP/CL-AUTEUR).

BÜCHLER Andrea/FINK Stefan, Eheschliessungen im Ausland, Die Grenzen ihrer Anerkennung in der Schweiz am Beispiel von Ehen Islamischer Prägung, *in* La pratique du droit de la famille (FamPra) [SCHWENZER Ingeborg/BÜCHLER Andrea/COTTIER Michelle, édit.], Berne (Stämpfli) 2008, p. 48 ss (cité : BÜCHLER/FINK).

BÜCHLER Andrea/LATIF Amira, *Partie A Rapports / Islamisches Eheschliessungs- und Scheidungsrecht im Kontext des Internationalen Privatrechts der Schweiz*, in *Annuaire du droit de la migration 2012/2013* [ACHERMANN Alberto/AMARELLE Cesla, CARONI Martina, EPINEY Astrid, KAELIN Walter, UEBERSAX Peter, éd.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 141 ss (cité : BÜCHLER/LATIF).

COURVOISIER Maurice, *Zur Schiedsfähigkeit familienrechtlicher Angelegenheiten*, in *La pratique du droit de la famille (FamPra)* [SCHWENZER Ingeborg/BÜCHLER Andrea/COTTIER Michelle, éd.], Berne (Stämpfli) 2012, p. 20 ss (cité : COURVOISIER).

FLANNERY Louis, *The English Statutory Framework*, in *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* [LEW Julian D.M./BOR Harris/FULLELOVE Gregory/GREENAWAY Joanne, éd.], Alphen-sur-le-Rhin (Kluwer Law International) 2013, p. 207 ss (cité : FLANNERY).

FURRER Andreas/GIRSBERGER Daniel/MUELLER-CHEN Markus (édit.), *Internationales Privatrecht, Art. 1-200 IPRG, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2012 (cité : CHK IPRG-AUTEUR).

GEISER Thomas, *Verbot von Zwangsheiraten : Schutz durch privatrechtliche Sonderregeln ? Vom Umgang mit Ehren aus anderen Kulturen*, in *Zwischen Schutz und Selbstbestimmung Festschrift für Professor Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag* [ROSCH Daniel, WIDER Diana, éd.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 249 ss (cité : GEISER).

GIRSBERGER Daniel/HEINI Anton/KELLER Max/KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich (Schulthess) 2004 (cité : ZK IPRG-AUTEUR).

HALLER E., *Un cas de polygamie lors d'un mariage d'une Suisse avec un musulman*, in *Revue de l'état civil (REC)*, Berne (E. Bühlmann + Co.) 1960, p. 311 ss (cité : HALLER).

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K./BERTI Stephen V. (édit.), *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2013 (cité : BK IPRG-AUTEUR).

KENNEDY Duncan, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* [TRUBEK David M./SANTOS Alvaro, éd.], Cambridge (Cambridge University Press) 2006, p. 19 ss (cité : KENNEDY).

LALANI Shaheezah/PRETELLI Ilaria, *Droit international privé – Private international law / Proof of and Information about Foreign Law*, in *Rapports suisses présentés au XIXe Congrès international de droit comparé Vienne, du 20 juillet au 26 juillet 2014* [HEEKENDORN URSCHELER Lukas, éd.], Zurich (Schulthess) 2014 (cité : LALANI/PRETELLI).

LEW Julian D.M./HOLM Melissa, Development of the Arbitral System in England, *in* Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland [LEW Julian D.M./BOR Harris/FULLELOVE Gregory/GREENAWAY Joanne, édit.], Alphen-sur-le-Rhin (Kluwer Law International) 2013, p. 1 ss (cité : LEW/HOLM).

LEW Julian D.M./MARSDEN Oliver, Arbitrability, *in* Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland [LEW Julian D.M./BOR Harris/FULLELOVE Gregory/GREENAWAY Joanne, édit.], Alphen-sur-le-Rhin (Kluwer Law International) 2013, p. 399 ss (cité : LEW/ MARSDEN).

ORELLI Marielle, *in* ARROYO Manuel (édit.), Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide, Alphen-sur-le-Rhin (Kluwer Law International) 2013 (cité : ORELLI).

PIOTET Paul, Des effets en Suisse d'un mariage polygamique, *in* Contributions choisies, Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80<sup>ème</sup> anniversaire, Zurich (Schulthess) 2004, p. 773 ss (cité : PIOTET).

SHEPPARD Audley, Applicable Substantive Law, *in* Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland [LEW Julian D.M./BOR Harris/FULLELOVE Gregory/GREENAWAY Joanne, édit.], Alphen-sur-le-Rhin (Kluwer Law International) 2013, p. 225 ss (cité : SHEPPARD).

SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2013 (cité : BK ZPO-AUTEUR).

SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph [édit.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2<sup>e</sup> éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2013 (cité : Komm. ZPO-AUTEUR).

WEBER Quirin, Schutz und Integration der religiösen Minderheiten – Stärke des schweizerischen Staatsgedankens, *in* Pratique judiciaire actuelle (PJA/AJP) 2014, p. 1077 ss (cité : WEBER).

### 3. Publications en ligne

ALDEEB Sami, Les régimes matrimoniaux en droits arabe et musulman – cas de l'Égypte et du Maroc : normes matérielles et normes de conflit, *in* Études suisses de droit comparé (E-SDC) no 8 du 11 juin 2007 ([www.isdc.ch](http://www.isdc.ch)) (cité : ALDEEB, Les régimes matrimoniaux).

ALDEEB Sami, Rapports entre droit et religion dans le monde arabo-musulman – Influence du droit musulman en Suisse, *in* Études suisses de droit comparé (E-SDC) no 6 du 15 mai 2007 ([www.isdc.ch](http://www.isdc.ch)) (cité : ALDEEB, Rapports entre droit et religion).

ALKHAMEES Ahmad, International Arbitration and Shari'a Law: Context, Scope, and Intersections, *in* Journal of International Arbitration vol. 28, issue 3, 2011, p. 255 ss ([www.kluwerlawonline.com](http://www.kluwerlawonline.com)) (05.01.2016) (cité : ALKHAMEES).

BAKHT Natasha, Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario's Arbitration Act and its Impact on Women, *in* *Muslim World Journal of Human Rights* vol. 1, issue 1, 2004 ([www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)) (05.01.2016) (cité : BAKHT).

BOWEN John R., How Could English Courts Recognize Shariah, *in* *University of St. Thomas Law Journal* vol. 7, issue 3, art. 3, 2010 ([www.ir.stthomas.edu](http://www.ir.stthomas.edu)) (12.01.2016) (cité : BOWEN).

BROWN Alexandra, Construction of Islam in the Context of Religious Arbitration: A consideration of the « *Shari'ah* Debate » in Ontario, Canada, *in* *Journal of Muslim Minority Affairs* vol. 30, no 3, septembre 2010 ([www.tandfonline.com](http://www.tandfonline.com)) (08.01.2016) (cité : BROWN).

CHOKSI Bilal M., Religious Arbitration in Ontario: Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal, *in* *Journal of International Law* vol. 33, issue 3, 2012, p. 791 ss ([www.scholarship.law.upenn.edu](http://www.scholarship.law.upenn.edu)) (11.01.2016) (cité : CHOKSI).

ERIE Matthew S., Defining Shari'a in China: State, *Abong* and the Postsecular Turn, *in* *Cross-Currents: East Asian History and Culture Review*, E-Journal no 12, septembre 2014 ([www.cross-currents.berkeley.edu](http://www.cross-currents.berkeley.edu)) (04.08.2015) (cité : ERIE).

HABERMAS Jürgen, Notes on Post-Secular Society, *in* *New Perspectives Quarterly* vol. 25, issue 4 du 13 octobre 2008, p. 17 ss ([www.onlinelibrary.wiley.com](http://www.onlinelibrary.wiley.com)) (26.01.2016) (cité : HABERMAS).

HELFAND Michael A., Religious Arbitration and the New Multiculturalism: Negotiating Conflicting Legal Orders, *in* *New York University Law Review* vol. 86, no 5, novembre 2011 ([www.nyulawreview.org](http://www.nyulawreview.org)) (08.01.2016) (cité : HELFAND).

LEPORE Christopher R., Asserting State Sovereignty over National Communities of Islam in the United States and Britain: Sharia Courts as a Tool of Muslim Accommodation and Integration, *in* *Washington University Global Studies Law Review* vol. 11, issue 3, 2012, p. 669 ss ([www.openscholarship.wustl.edu](http://www.openscholarship.wustl.edu)) (11.08.2016) (cité : LEPORE).

LOWRY Evan M., Where Angels Fear to Tread: Islamic Arbitration in Probate and Family Law, a Practical Perspective, *in* *Suffolk University Law Review* vol. XLVI:159 du 24 février 2013 ([www.suffolklawreview.org](http://www.suffolklawreview.org)) (08.01.2016) (cité : LOWRY).

MACEOIN Denis/GREEN David G./ADDISON Neil, Sharia Law or 'One Law For All', juin 2009 ([www.civitas.org.uk](http://www.civitas.org.uk)) (12.01.2016) (cité : MACEOIN/GREEN/ADDISON).

MOLLER OKIN Susan, Feminism and Multiculturalism: Some Tensions, *in* *Ethics* (University of Chicago Press) vol. 108, no 4, juillet 1998, p. 661 ss ([www.jstor.org](http://www.jstor.org)) (26.01.2016) (cité : MOLLER OKIN).

MURPHY Stephen Wills, Enforceable Arbitration Clauses in Wills and Trusts : A Critique, *in* *Ohio State Journal on Dispute Resolution* vol. 26, issue 4, 2011, p. 627 ss ([www.bepress.com](http://www.bepress.com)) (11.01.2016) (cité : MURPHY).

SHACHAR Ayelet, Privatizing diversity: A cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law, *in* *Theoretical Inquiries in Law* vol. 9, no 2 du 25 juin 2008, p. 573 ss ([www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)) (cité : SHACHAR).

VOLPP Leti, Feminism versus Multiculturalism, *in* *Columbia Law Review* vol. 101, no 5, juin 2001, p. 1181 ss ([www.jstor.org](http://www.jstor.org)) (26.01.2016) (cité : VOLPP).

## **B. Travaux préparatoires**

Message du Conseil fédéral relatif à la Convention de la Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps du 27 août 1975, FF 1975 II 1381 (RS 75.074) (cité : FF 1975 II 1381).

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1-231 (RS 95.079) (cité : FF 1996 I 1-231).

Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469 (RS 02.024) (cité : FF 2002 3469).

Message du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 23 février 2011, FF 2011 2045 (RS 11.018) (cité : FF 2011 2045).

## **C. Articles de presse**

BREAKING: 10th Circuit Court Of Appeals Declares Oklahoma's Sharia Ban Unconstitutional, *in* *Thinkprogress* 10 janvier 2012 ([www.thinkprogress.org](http://www.thinkprogress.org)), p. « <http://thinkprogress.org/justice/2012/01/10/401693/oklahoma-sharia-ban-unconstitutional/?mobile=nc> » (11.01.2016) (cité : Thinkprogress 10 janvier 2012).

La charia appliquée en Grèce, *in* *Orient XXI magazine* 19 août 2014 ([www.orientxxi.info](http://www.orientxxi.info)), p. « <http://orientxxi.info/lu-vu-entendu/la-charia-appliquee-en-grece,0643> » (11.09.2015) (cité : *Orient XXI Magazine* 19 août 2014).

La polygamie, une arme contre l'adultère, *in* *Courrier international* 23 septembre 2005 ([www.courrierinternational.com](http://www.courrierinternational.com)), p. « <http://www.courrierinternational.com/chronique/2005/09/22/la-polygamie-une-arme-contre-l-adultere> » (05.01.2016) (cité : *Courrier international* 23 septembre 2005).

Monde musulman : polygamie, la tradition se perd ?, *in* *Jeune Afrique* 23 septembre 2011 ([www.jeuneafrique.com](http://www.jeuneafrique.com)), p. « <http://www.jeuneafrique.com/190128/societe/monde-musulman-polygamie-la-tradition-se-perd/> » (05.01.2016) (cité : *Jeune Afrique* 23 septembre 2011).

Muslim population in England and Wales nearly doubles in 10 years, *in* *The Guardian* 11 février 2015 ([www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)),

« p. <http://www.theguardian.com/world/2015/feb/11/muslim-population-england-wales-nearly-doubles-10-years> » (12.01.2016) (cité : The Guardian 11 février 2015).

Sharia Law in Canada, Almost, *in* The Guardian 8 février 2008 ([www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)), p. « <http://www.theguardian.com/news/blog/2008/feb/08/sharialawincanadaalmost> » (cité : The Guardian 8 février 2008).

Sharia law, the Arbitration Act 1996 and the Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill, *in* Law & Religion UK 24 octobre 2012 ([www.lawandreligionuk.com](http://www.lawandreligionuk.com)), p. <http://www.lawandreligionuk.com/2012/10/24/sharia-law-the-arbitration-act-1996-and-the-arbitration-and-mediation-services-equality-bill/> (cité : Law & Religion UK 24 octobre 2012).

Turquie. La polygamie, quoique interdite, reste une réalité, *in* Courrier international 7 juillet 2011 ([www.courrierinternational.com](http://www.courrierinternational.com)), p. « <http://www.courrierinternational.com/article/2011/07/07/la-polygamie-quoique-interdite-reste-une-realite> » (05.01.2016) (cité : Courrier international 7 juillet 2011).

#### **D. Sources électroniques**

BOYD Marion, Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion du 20 décembre 2004 ([www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca)) (11.01.2016) (cité : BOYD, Rapport).

BOYD Marion, Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion, Executive Summary du 20 décembre 2004 ([www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca](http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca)) (11.01.2016) (cité : BOYD, Executive Summary).

Débats de la Chambre des Lords (*House of Lords*) concernant une *Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill* du 19 octobre 2012, colonnes 1682 ss ([www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk)) (cité : *House of Lords*, 19 octobre 2012).

# JURISPRUDENCE ET SENTENCES ARBITRALES

## A. Suisse

### 1. Arrêts du Tribunal fédéral publiés au Recueil officiel

ATF 64 II 88

ATF 87 I 291

ATF 88 I 48

ATF 109 Ib 232

ATF 110 II 5

ATF 112 III 213, *in* SJ 1996 680

ATF 116 Ia 56

ATF 116 II 625

ATF 117 II 494

ATF 118 II 353

ATF 120 II 155

ATF 121 III 246

ATF 122 III 344

ATF 126 III 327

ATF 129 III 675

ATF 129 III 727

ATF 131 III 182

ATF 132 III 389

ATF 134 III 661

ATF 136 III 345

## 2. Autres arrêts du Tribunal fédéral

Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 1971

Arrêt du Tribunal fédéral 4P.221/1991 du 13 mars 1992

Arrêt du Tribunal fédéral 4P.115/1994 du 30 décembre 1994, *in* Bulletin ASA 13 (1995) 217

Arrêt du Tribunal fédéral 4P.12/2000 du 14 juin 2000

Arrêt du Tribunal fédéral 4P.54/2002 du 24 juin 2002

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_370/2007 du 21 février 2008

Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_599/2007 du 2 octobre 2008

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_458/2009 du 10 juin 2010

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_71/2010 du 28 juin 2010

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_233/2010 du 28 juillet 2010.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_103/2011 du 20 septembre 2011

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_244/2012 du 17 janvier 2013

Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_792/2012 du 6 juin 2013

## 3. Arrêts du Tribunal administratif fédéral

Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-1002/2008 du 27 mars 2012

## 4. Arrêts d'autorités cantonales

Tribunal du district de Lausanne, arrêt non publié du 2 décembre 1966

Tribunal du district de Lausanne, arrêt non publié du 16 juin 1967

Tribunal civil du district de Neuchâtel, arrêt non publié du 3 octobre 1989

Tribunal cantonal VD, du 21 octobre 1996, *in* JdT 1997 III 87

Commission de recours en matière fiscale BS, du 24 février 2000, *in* BStPra 4/2002 p. 262

5. Pratique de l'administration fédérale

Office fédéral de la justice, 9 novembre 1981, *in* JAAC 1981 no 72 p. 408 ss

**B. Canada**

Cour d'appel du Québec, arrêt *M.H.D. c. E.a.* du 23 septembre 1991, 500-09-001296-896

Ontario Court of Justice, arrêt *Kaddoura v. Hammoud*, 44 R.F.L (4th) 228 (1998)

**C. États-Unis d'Amérique**

Supreme Court of the United States, arrêt *Presbyterian Church v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church* du 27 janvier 1967, 393 U.S. 450

Supreme Court of the United States, arrêt *Jones v. Wolf* du 2 juillet 1979, 443 U.S. 595

Supreme Court of the State of New York, arrêt *Aziz v. Aziz*, 488 N.Y.S.2d 123 (1985)

Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, arrêt *Cohen v. Cohen* du 26 juillet 1993, 600 N.Y.S.2d 996

Colorado Court of Appeals, arrêt *In re Marriage of Popack* du 3 février 2000, 998 P.2d 464

Superior Court of the State of New Jersey, arrêt *Odatalla v. Odatalla* du 24 juin 2002, 810 A.2d 93

Court of Special Appeals of Maryland, arrêt *Lang v. Levi* du 1<sup>er</sup> avril 2011, 16 A.3d 980

**D. France**

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 4 avril 1978, 1978-000137

**E. Cour européenne des droits de l'homme**

Arrêt CourEDH dans la cause *Refah Partisi [Parti de la prospérité] et autres c. Turquie* du 13 février 2003, Recueil 2003-II, par. 128

## TABLE DES ABBRÉVIATIONS

al.	Alinéa(s)
Art.	Article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BS	Bâle (canton de)
BStPra	<i>Basellandschaftliche Steuerpraxis</i>
c.	Contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, RS 0.275.12)
ch.	Chiffre(s)
cf.	<i>Confer</i> (comparer)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations), RS 220
consid.	Considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
éd.	Édition
édit.	Éditeur-e(s)
FF	Feuille fédérale
GE	Genève (canton de)
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (c'est-à-dire)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des tribunaux
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
<i>lit.</i>	<i>Littera</i> (lettre)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
N	Numéro(s) marginal(-aux)
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (œuvre citée)
p.	Page(s)
phr.	Phrase(s)
SJ	La Semaine judiciaire
ss	et suivants
TF	Tribunal fédéral suisse
UE	Union européenne
U.S.	<i>United States of America</i> (États-Unis d'Amérique)
VD	Vaud (canton de)