

REGARDS CRITIQUES SUR LES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ IRAKIEN

Harith AL DABBAGH*

Le Code civil irakien, promulgué le 4 juin 1951, comporte dans ses articles 17 à 33 du chapitre préliminaire, de nombreuses règles du droit international privé sous le titre « les conflits de lois dans l'espace ». Certaines de ces règles concernent la théorie générale du conflit de lois (qualification, renvoi, ordre public), d'autres établissent le rattachement à la loi compétente dans les différents domaines de la vie privée internationale (statut personnel, obligations, propriété, etc.). Le législateur s'est inspiré, dans l'élaboration de ses règles, d'un grand nombre de législations étrangères, en vigueur à la fin du 19^e et au début du 20^e siècle. Toutefois, la réception des méthodes du droit international privé ne s'est pas réalisée de façon pure et simple ; celles-ci ont dû être adaptées aux particularismes de la société irakienne notamment en matière de statut personnel.

Ces textes, bien qu'exprimant lors de l'élaboration du Code civil les théories les plus récentes en la matière, sont restés inchangés en dépit de développements importants survenus sur le plan international depuis la deuxième moitié du siècle dernier dans les domaines économique, social et politique. Cet article propose d'examiner la pertinence des règles de conflit irakiennes à la lumière de l'évolution contemporaine et de l'accroissement des relations privées internationales. Le législateur irakien se trouve aujourd'hui dans l'obligation de répondre à de nouvelles évolutions et de réviser certaines règles de conflit de lois devenues désuètes.

The Iraqi Civil Code, enacted in June 4th 1951, included in the articles 17 to 33 of the preliminary chapter, many rules of the private international law entitled "the conflicts of laws in space". Some of these rules concerned the general theory of conflict of laws (characterisation, renvoi and public policy), while, others determine which of the competing laws should be applied to each issue in the various fields of private

* Maître assistant à la Faculté de droit de l'Université de Mossoul (Irak), doctorant en droit privé à l'Université d'Aix-Marseille III.

international life (personal status, property, obligations). To elaborate these rules, the legislator had imported from the European systems, in force at the end of 19th and the beginning of the 20th century, their methods and techniques of the conflict of laws. However, these methods had been adapted for the particularity of the Iraqi society especially in family law matters.

These provisions, although expressing at the time of the drafting of the Civil code, the most recent theories on the matter, remained unchanged in spite of significant developments occurred on the international level since the second half of last century in the economic, social and political fields. This article proposes to examine the relevance and suitability of the Iraqi rules of conflict in the light of the contemporary evolution and growth of the private international relations. The Iraqi legislator today is urged to follow new evolutions and to revise certain rules concerning the conflict of laws, which became obsolete.

INTRODUCTION

L'histoire des conflits de lois en droit irakien est relativement récente. Pendant toute la durée de l'État musulman, depuis les Omeyyades jusqu'aux Ottomans, en passant par les Abbasides, l'Irak ne connaissait pas le conflit de lois proprement dit. Le droit musulman était alors appliqué à tous les musulmans peu importe le lieu où ils se trouvaient. Mais ayant un caractère officiellement religieux, il n'avait pas vocation générale à s'appliquer aux non-musulmans, notamment aux Juifs et Chrétiens établis sur la terre de l'Islam¹. Le statut du *dhimmi*² garantissait à ceux-ci le maintien de leurs propres législations qui leur étaient appliquées par leurs propres tribunaux. L'autonomie législative et juridictionnelle a été ainsi largement reconnue aux communautés non-musulmanes. Plus tard, cette pratique qui a été suivie quant à la condition des sujets non-musulmans ne pouvait manquer d'influer sur le régime réservé aux étrangers proprement dits, sujets d'un autre prince. L'étranger non-musulman, à l'instar du *dhimmi*, échappait au droit musulman pour ce qui est de son statut familial³. Cette méthode

¹ M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *R.C.A.D.I.*, 1987-III, t. 203, p. 367. L'Islam ordonne « le respect des autres religions et l'obligation de laisser les adeptes des autres religions obéir à leur propre lois [...], les conquérants arabes ont, tout naturellement, laissé les tribunaux ecclésiastiques continuer à fonctionner ». *Ibid.*, p. 363.

² Le pacte de protection : il s'agit des adeptes des religions révélées (juifs, chrétiens et mages) qui vivent sur territoire de l'Islam sous la protection de l'État musulman. Le mot *dhimma* signifie à la fois protection, responsabilité et conscience. V. H. BLEUCHOT, *Droit Musulman*, t.II, Coll. « droit et religion », Aix-en-Provence, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2002, p. 601 et s.

³ J. DEPPEZ, « Droit international privé et conflit de civilisations : les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel – Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.*, 1988-IV, t. 211, pp. 45-46.

personnaliste a trouvé sa concrétisation, entre les XVIème et XIXème siècles, par le régime des capitulations⁴ qui impliquait la reconnaissance aux consuls étrangers d'un pouvoir juridictionnel pour connaître des litiges entre leurs ressortissants et appliquer par conséquent leurs propres lois au sein de l'Empire ottoman⁵.

Certes, plusieurs systèmes juridiques cohabitaient sur un même territoire, mais il s'agissait d'une simple juxtaposition de systèmes totalement séparés. Qu'il fût musulman ou consulaire, chaque juge oeuvrait dans sa sphère respective, appliquant sa loi, mais n'ayant, en principe, ni l'occasion ni la mission d'en appliquer une autre, il n'avait donc pas à résoudre à proprement parler des conflits de lois. Le conflit de lois était absorbé par le conflit de juridictions et se trouvait résolu par l'attribution de la compétence juridictionnelle, celle-ci entraînant nécessairement la compétence législative de l'ordre juridique auquel appartient le juge. Dans un tel système, le juge n'est pas un juge de conflit appelé à chercher la loi applicable au litige, mais un juge qui statue au nom de l'ordre juridique dont il applique nécessairement la loi⁶.

Il faut attendre la dislocation de l'Empire ottoman et la naissance de l'État irakien moderne pour voir s'amorcer le véritable problème de conflit de lois. La Constitution de 1925, appelée encore Loi Fondamentale, a permis pour la première fois l'application de la loi étrangère par le juge irakien. L'article 74 de cette loi prévoyait que « la compétence de la juridiction judiciaire comprend les affaires civiles, commerciales et pénales d'après les lois en vigueur (en Irak). Néanmoins, dans les affaires de statut personnel des étrangers ainsi que dans les affaires civiles et commerciales dont la coutume internationale constante commande l'application d'une loi étrangère, cette loi doit s'appliquer selon une méthode prévue par une loi spéciale ».

Dans cette optique, la loi de statut personnel des étrangers n°87-1931 fut promulguée. Cette loi régissait les relations concernant le droit de la famille, qui comportent un élément étranger ainsi que les cas d'application

⁴ Ce régime garantissait aux étrangers la liberté d'établissement, de circulation, de commerce et surtout leurs accordait l'immunité juridictionnelle. Le privilège accordé aux ressortissants des États européens était établi par différentes conventions; le plus célèbre de ces traités a été signé en 1740 entre l'empereur ottoman et le roi de France et reçu le nom de « Grande Capitulation perpétuelle ». V. M. CHARFI, *op. cit.*, p. 368. Pour plus de détails sur le régime capitulaire, v. Ch. CARDAHI, *La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (étude juridique et historique)*, « Académie du droit international », Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 71 et s.

⁵ F. FITIAN, « les conflits de lois dans l'espace » (en arabe), *Revue Al-Qada*, Bagdad, n° 1 et 2, 1953, p. 24 et s. Le tribunal consulaire compétent était celui du défendeur et ce tribunal appliquait sa propre loi.

⁶ J. DEPPEZ, *op. cit.*, p. 47.

de la loi étrangère. Cependant, les questions qui ont trait aux affaires civiles et commerciales n'y ont pas été incluses.

Plutôt que d'établir un véritable code de droit international privé, le législateur irakien a incorporé dans le Code civil, promulgué le 4 juin 1951, de nombreuses règles de droit international privé dans les articles 17 à 33, sous le titre « les conflits de lois dans l'espace ». Les prescriptions établies couvrent divers domaines du droit international privé, qu'il s'agisse des questions générales comme la qualification, le renvoi et l'ordre public ou des règles qui désignent la loi applicable aux rapports juridiques comportant un élément d'extranéité. Celles-ci concernent notamment le statut personnel, les obligations, les contrats, les biens et les procédures. L'ensemble de ces dispositions a été inspiré du projet préliminaire du Code civil égyptien⁷ qui les avait lui-même empruntées à un grand nombre de législations étrangères, en vigueur à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle⁸. Toutefois, la réception des méthodes du droit international privé ne s'est pas réalisée de façon pure et simple; celles-ci ont dû être adaptées à la configuration économique et sociale du pays. Ces techniques et méthodes ont subi des inflexions et des adaptations commandés par les particularismes de la société irakienne, société multiethnique et multiconfessionnelle. Cela est notamment perceptible dans le domaine du statut personnel où le système dit de la personnalité des lois perdure. Il est inconcevable, cela étant, d'appliquer à un individu une autre loi que celle de la communauté à laquelle il appartient.

Il convient de souligner que les dispositions du Code civil concernant le conflit de lois ne s'appliquent que lorsqu'il n'en est pas autrement disposé par une loi spéciale ou par une convention internationale en vigueur en Irak. Le droit irakien consacre ainsi le principe de la supériorité du traité sur la loi. Les solutions mentionnées dans les traités ratifiés par l'Irak, telles que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises⁹, l'emportent sur les dispositions du Code civil. Ce principe prévu à l'article 29 du Code civil revêt une importance d'autant plus grande

⁷ Cf l'exposé des motifs du Code civil irakien, § 13. Plusieurs législateurs arabes se sont inspirés des dispositions du Code égyptien (art. 10 à 28). V. articles 11 à 30 du C. civ. syrien; art. 9 à 24 C. civ. algérien de 1975; art. 11 à 29 du C. civ. jordanien de 1976, art.10 à 28 du C. civ. des Emirats arabes unis de 1985.

⁸ Parmi ces législations, on peut compter le Code allemand publié en 1896 (art.7-31), l'ancien code civil italien de l'année 1863, ainsi que le nouveau en 1938 et 1942 (art. 17 à 31), le Code civil suisse de 1891, le Code autrichien de 1913, le Code hispanique de 1888 et la loi polonaise de 1926. V. Les travaux préliminaires du code civil égyptien. V. également A. SALAMA, « Cinquante années de règlement des conflits de lois en Egypte: nécessité d'évolution et de spécialisation », in *Actes du Congrès international du cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Égypte, Direction générale de la coopération internationale et culturelle, 1998, p. 205 et s.

⁹ Convention de Vienne 1980. Date de l'adhésion de l'Irak 5 mars 1990. La convention est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991.

qu'aucune disposition en droit irakien ne consacre la primauté des traités internationaux sur le droit interne. On sait que depuis longtemps de nombreuses institutions et organisations internationales, telles que la Conférence de La Haye, œuvrent pour une unification progressive des règles du droit international privé. Ces efforts ont donné naissance à maintes conventions dans différents domaines tels que la procédure civile, la vente mobilière, les accidents de la circulation, la forme des testaments, la protection des mineurs ou encore l'adoption internationale¹⁰. On déplore toutefois que l'Irak demeure absent à la plupart de ces conventions, notamment celles conclues sur l'initiative de la Conférence de La Haye de droit international privé¹¹.

Par ailleurs, pour combler les éventuelles lacunes et prévoir l'avenir, l'article 30 du Code civil précise que les principes du droit international privé les plus répandus seront appliqués dans les cas de conflit des lois qui n'ont pas été prévus par une disposition légale. Ce texte instaure les principes du droit international privé comme source subsidiaire du droit irakien en matière de conflit de lois¹². La place réservée à cette source informelle ne doit pas être minimisée. L'expérience montre que cette codification, assez laconique, des règles de conflit de lois est loin de recouvrir toutes les sortes des rapports juridiques qu'engendre l'évolution des relations internationales. La jurisprudence joue, dans ce domaine, un rôle créateur important en se fondant sur les principes généraux de droit international privé, ce qui lui permet d'adopter ce qu'elle estime nécessaire pour suivre l'évolution de cette branche du droit. Le rapprochement peut être souligné à cet égard avec la récente jurisprudence française qui se fonde aujourd'hui sur ces principes, soit pour asseoir des solutions déjà constantes, soit pour justifier des évolutions estimées nécessaires¹³.

Cette étude a pour objet de retracer les règles du droit international privé irakien, plus de cinquante ans après leur entrée en vigueur, et d'envisager la pertinence du dispositif législatif à la lumière de l'évolution contemporaine et de l'accroissement des relations privées internationales. Dans une démarche dorénavant classique, nous examinerons dans un premier temps les règles relatives à la théorie générale du conflit de lois

¹⁰ L'ensemble des conventions de La Haye est consultable sur le site: www.hcch.net

¹¹ Nous invitons le nouveau gouvernement irakien à constituer une commission de spécialistes afin d'étudier l'adhésion de l'Irak à chacune de ces conventions qui ont pour but l'unification des règles de conflit dans de nombreux domaines.

¹² Dérogeant ainsi à l'article 1^{er} du Code civil irakien ordonnant au juge de recourir en cas d'absence d'une disposition législative à la coutume et, à défaut, aux principes du droit musulman et, à défaut de ces principes, aux règles de l'équité.

¹³ P. GANNAGÉ, « Regards sur le Droit international privé des États du Proche-Orient », *RIDC*, 2-2000, p. 421.

avant d'appréhender dans un second temps, les règles de conflit de lois irakiennes dans différents domaines du droit international privé.

I. LES RÈGLES GÉNÉRALES DE CONFLIT DE LOIS

Outre les règles de conflit de lois, visant à désigner la loi applicable aux différentes catégories de relations juridiques, le Code civil irakien comporte des textes généraux concernant la méthode même du conflit de lois. Le règlement bilatéraliste du conflit suppose le franchissement de plusieurs étapes pour déterminer et connaître la loi compétente. L'application de cette loi peut ensuite être contrecarrée par des obstacles relevant du droit interne du for.

A. - Les étapes du règlement du conflit de lois

Afin de rattacher une question comportant un élément d'extranéité à la loi compétente, il faut passer d'abord l'épreuve de la qualification. La qualification, qui a pour objet de faire entrer la question de droit au sein d'une catégorie juridique, permet de déterminer la règle de conflit compétente et de rattacher le rapport de droit à un ordre juridique donné. Cependant, la loi désignée par la règle de conflit peut se déclarer incompétente et renvoyer le règlement de l'affaire à une autre loi, ce qui impose de trancher le problème de renvoi. Passé ces étapes, la mise en œuvre de la règle de conflit implique l'application de la loi compétente d'où la nécessité de se prononcer sur la nature juridique de la loi étrangère. Ce sont les trois points que nous examinerons successivement.

1. La qualification

Il s'agit de la qualification nécessaire à la détermination de la règle de rattachement dont dépend la désignation de la loi applicable. Comment qualifier le rapport de droit qui fait l'objet de la règle de conflit lorsque les systèmes juridiques en conflit adoptent des qualifications différentes ?

Prenons l'exemple d'une épouse étrangère qui saisit la justice irakienne d'une demande de divorce du fait de l'impuissance de son mari, lorsque cette dernière est antérieure au contrat de mariage. Trancher cette affaire amènera le juge à déterminer d'abord si le litige concerne le divorce ou les conditions de fond du mariage. Dans le premier cas, il appliquera la loi

nationale du mari au moment de l'introduction de l'action en justice¹⁴, dans le second, il appliquera la loi de la nationalité de chacun des époux¹⁵.

À quelle loi doit-on s'adresser pour identifier la catégorie juridique à laquelle appartient la question de droit?

L'article 17 du Code civil prévoit qu'« en cas de conflit entre diverses lois dans un procès déterminé, la loi irakienne sera seule compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, en vue d'indiquer la loi applicable »¹⁶. Adoptant scrupuleusement la pensée de Martin¹⁷, le législateur irakien prend donc position en faveur de la qualification *lege fori*, par la loi du for. Il en résulte qu'il incombe au juge irakien de se référer à la loi irakienne pour savoir la nature de la relation juridique et par conséquent la classer dans l'une des catégories définies dans les présumées règles de rattachement désignant la loi applicable.

Ce choix, aujourd'hui classique en droit international privé, se justifie par de multiples raisons, notamment par des considérations d'ordre pratique, basées sur la difficulté de revenir, à ce stade de règlement du conflit de lois, à une autre loi. De surcroît, la qualification est considérée comme une question d'interprétation, et l'interprétation demeure l'affaire du juge.

Toutefois, la qualification ne doit pas être « prisonnière de concepts juridiques nationaux entièrement fermés »¹⁸. Le juge irakien doit se référer au droit irakien dans son ensemble et au sens large du terme. C'est-à-dire qu'il doit étendre les notions et les concepts de droit irakien pour intégrer les éléments étrangers. À titre d'exemple, le fait que le mariage se dissolve en droit irakien, en règle générale, par la volonté unilatérale du mari, n'empêche pas le juge irakien de considérer comme mariage un contrat permettant à l'épouse de dissoudre le rapport conjugal, tant que ce rapport est réputé comme mariage dans la loi étrangère en cause.

Le juge irakien doit, de la sorte, procéder à la qualification en utilisant les concepts et classifications élargis de son droit interne. Cependant dans des cas variés, des difficultés de recourir à cette solution surgissent même si on adopte une conception extensive de la qualification *lege fori*. C'est le cas notamment lorsque la question examinée est étrangère à la loi du juge. En effet, comment le juge peut-il se référer à sa seule loi pour déterminer la

¹⁴ Art. 19-3 C. civ.

¹⁵ Art. 19-1 C. civ.

¹⁶ Le texte de l'article 17 doit être entendu de la manière suivante: la qualification s'opère d'après la loi irakienne seulement au cas où le litige a été porté devant la juridiction irakienne. Au-delà, c'est le juge étranger saisi qui sera compétent pour effectuer la qualification selon sa loi nationale. H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *Droit international privé* (en arabe), Presses de l'Université de Mossoul, 1982. p. 65.

¹⁷ J. DERRUPPÉ, *Droit international privé*, 14 éd., coll. « Mémentos Dalloz », Paris, Dalloz, 2001, p. 86.

¹⁸ P. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 418.

nature de l'affaire en cours, question que cette loi, initialement, ignore¹⁹. La doctrine se déclare favorable à ce que le juge saisi appréhende également la loi étrangère éventuellement applicable ou utilise la méthode comparée, si l'affaire en cours est ignorée de sa propre loi²⁰. Néanmoins, il serait souhaitable que le législateur amende le texte de manière à ce que la loi irakienne devienne, pour la qualification, la principale et non plus l'unique référence. Octroyer au juge la possibilité de recourir au droit comparé répondrait davantage aux considérations internationales et à la fonction des règles de conflit de lois.

Il est à noter enfin que le principe de la qualification *lege fori* souffre deux exceptions. D'une part, la question de savoir si la chose objet du litige est un meuble ou un immeuble est tranchée selon la *lex rei sitae*²¹. D'autre part, la qualification échappe à l'emprise de la loi irakienne chaque fois qu'une loi spéciale ou une convention internationale l'attribue à une loi étrangère²².

2. Le rattachement

Le rattachement est l'élément de la règle de conflit qui permet de désigner l'ordre juridique compétent. L'identification du rattachement ne pose pas de problème : une fois classée dans une catégorie de droit international privé du for, la question de droit est automatiquement soumise, grâce à l'élément de rattachement correspondant à cette catégorie, à un ordre juridique donné. Cette simple opération se heurte parfois à des difficultés, notamment celles surgissant lorsque le système étranger désigné par la règle de conflit donne compétence à une autre loi que la sienne, parce qu'il ne retient pas le même facteur de rattachement pour la même catégorie juridique. C'est le problème du renvoi.

Le problème du renvoi se pose donc chaque fois que l'État étranger dont la loi est désignée par la règle de conflit donne compétence à une autre loi, qui peut être soit la loi du for, soit une loi tierce, pour régler le litige²³. Prenons l'exemple de la détermination de la capacité d'un Anglais domicilié en Irak. Tandis que la règle de conflit du droit irakien désigne la loi nationale (la loi anglaise), la règle de rattachement anglaise soumet la question à la loi de domicile et désigne donc la loi irakienne en l'occurrence.

¹⁹ Prenons par exemple le trust, la fiducie, le contrat location-accession et la gestion d'affaires, institutions inconnues en droit irakien.

²⁰ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 71; H. Al-Haddad, *Droit international privé* (en arabe), Vol. 1, *le conflit de lois*, Beyrouth, Editions *al-Halaby*, 2002, p. 109.

²¹ Art. 17-2 C. civ.

²² Art. 29 C. civ.

²³ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p.

On peut se demander s'il faut tenir compte du refus opposé par la règle de conflit anglaise et appliquer la loi qu'elle désigne c'est-à-dire accepter le renvoi, ou le rejeter en appliquant la règle matérielle de la loi anglaise parce que notre règle de conflit la désigne. Sur ce point, le droit irakien a connu une évolution.

Avant la promulgation du Code civil, la question du renvoi n'avait pas été réglementée par le législateur irakien de manière générale, mais traitée dans des textes spéciaux. La loi du statut personnel des étrangers n°78-1931 l'a admis explicitement dans l'article 1^{er} en prévoyant que « la loi personnelle est la loi de l'État dont la personne est ressortissant ou la loi dont cette dernière dicte l'application ». Le législateur autorisait ainsi le recours au renvoi dans les questions de statut personnel.

Dans cette voie, la jurisprudence irakienne a admis le renvoi dans l'affaire d'une fille anglaise âgée de douze ans, domiciliée avec sa mère en Irak. La fille ayant épousé un irakien, la mère avait demandé l'annulation de son mariage en invoquant son incapacité. La Cour l'a déboutée en arguant que « la loi applicable concernant la capacité d'une personne est la loi nationale ou la loi indiquée par cette dernière. Dans la mesure où la fille est de nationalité britannique, la loi applicable est la loi anglaise mais cette loi prévoit expressément que la capacité d'un Anglais est soumise à la loi de son domicile. Étant donné que la fille est domiciliée en Irak, la loi irakienne est alors applicable ». La Cour a ainsi fini par valider le mariage²⁴.

C'est justement pour éviter ce genre de résultats aberrants que le Code civil irakien est venu interdire le renvoi. L'article 31 est formel : « En cas de référence à une loi étrangère, ce sont les dispositions matérielles qui doivent être appliquées à l'exclusion de celles du droit international privé ». De surcroît, l'article 1381-3 de ce même Code a abrogé l'article 1^{er} du Code du statut personnel des étrangers n°78-1931. Ainsi, dorénavant, le renvoi se trouve expressément rejeté en droit irakien afin d'éviter l'application intempestive du statut musulman à des personnes totalement étrangères à l'Islam. Pour le renvoi de premier degré (renvoi à la loi du for), ce refus se justifie en effet par le fait que le renvoi suppose un minimum de parenté entre les droits qu'il cherche à coordonner, or il n'y a aucun lien entre les systèmes occidentaux laïcisés, en matière de statut personnel, et la loi confessionnelle irakienne. Il serait donc incongru que la loi irakienne accepte la compétence que lui attribue la loi étrangère, car on ne peut pas étendre aux étrangers l'application du droit de la famille irakien imprégné de la *Chari'a*. Cette donnée justifie, certes, l'exclusion du renvoi de premier

²⁴ Cela conformément à l'article 986 du *Medjellé* (Code civil ottoman) qui était alors en vigueur et qui fixait à neuf ans la capacité de mariage pour la femme. Cour de matières civiles 2 avril 1952 cité par M. NASRALLAH, *Les principes du droit international privé irakien de commerce* (en arabe), Bagdad, 1962, p. 79.

degré à la loi du for, mais elle n'explique en rien le rejet du renvoi de second degré, là où un autre droit étranger devrait s'appliquer.

Manifestant une possibilité de communication des systèmes juridiques, le renvoi pourrait être admis lorsqu'il joue entre deux lois étrangères dont les conceptions ne sont pas trop éloignées l'une de l'autre. Dès lors, l'exclusion du renvoi ne doit pas être systématique; ainsi a-t-on pu reprocher à cette position une rigidité excessive qui ne permet pas au juge d'utiliser le renvoi, lorsqu'il favorise l'harmonie internationale des solutions par la voie d'une coordination des règles de conflit des États étrangers²⁵. Dans cette hypothèse, en effet, le droit confessionnel du for ne se trouve pas directement en cause²⁶. Il est souhaitable donc que le juge puisse recourir à la théorie du renvoi quand son application permet de réaliser la plus juste conciliation des impératifs en présence et s'il s'avère que la loi indiquée par la règle de conflit n'est que faiblement reliée à l'affaire.

Malgré le rejet général du renvoi, celui-ci trouve application chaque fois qu'existe un texte dans une loi spéciale le permettant, comme c'est le cas dans le code de commerce n°30-1984 pour déterminer la capacité du débiteur (tireur et tiré) dans une lettre de change (traite). L'article 48-2 de ce code prévoit l'application de la loi nationale et si cette loi renvoie à une loi d'un autre État, cette dernière devient applicable. Une autre exception peut également être admise toutes les fois qu'une convention internationale, en vigueur en Irak, admet le renvoi.

Corrélativement, dans le cas où le rattachement serait fait à la loi d'un État dans lequel coexistent une pluralité de systèmes juridiques, la question se pose de savoir lequel de ces différents systèmes a vocation à s'appliquer. L'alinéa 2 de l'article 31 prévoit que « lorsque le droit étranger applicable est le droit d'un État dans lequel existent plusieurs systèmes juridiques, le système à appliquer sera déterminé par le droit interne de cet État ». Ce texte concerne ainsi le cas où la règle de rattachement désigne la loi d'un État où il y a une pluralité de législations en fonction des régions (droit des États-Unis) ou des communautés (droit libanais). Le législateur irakien laisse aux règles de conflit interne de cet État le soin d'indiquer la loi applicable parmi les multiples législations en présence. Cette solution s'appelle la

²⁵ A. KARAM, « Le conflit international des règles concernant les régimes matrimoniaux » (en arabe), *Revue Al-Qada*, Bagdad, n°1-4, 1981, pp. 402-403. Des auteurs égyptiens appellent à une attitude plus flexible pour permettre le renvoi au bénéfice de la partie musulmane dans les questions relatives au statut personnel. V. A. SALAMA, *art. préc.*, p. 212.

²⁶ P. GANNAGÉ, *art. préc.*, p. 426. Prenons l'exemple d'un Français qui décède laissant des immeuble en Belgique et dont la succession s'ouvre en Irak, rien ne devrait empêcher le juge irakien d'appliquer la loi belge à laquelle renvoie la loi française, la loi nationale du défunt. L'harmonie des solutions sera ainsi réalisée par l'application d'une même loi dans les trois pays. La loi confessionnelle du for n'est pas ici en cause puisque le renvoi s'effectue d'un droit laïcisé à un autre droit laïcisé.

« délégation »²⁷. En cas de lacune, le juge est invité à appliquer la loi de la capitale de cet État ou bien à rechercher la solution la plus adéquate parmi les différentes règles de rattachement adoptées par le législateur étranger²⁸.

3. *L'application de la loi étrangère*

La mise en œuvre de la règle de conflit de lois implique l'application de la loi qu'elle désigne. S'il s'agit d'une loi étrangère, la question se pose de savoir s'il faut traiter celle-ci, sur le plan procédural, comme une règle de droit ou comme un fait ?

Les auteurs de la codification civile ont préféré éluder la question de la nature juridique de la loi étrangère devant la juridiction nationale, et ont choisi d'en laisser le soin à l'interprétation de la jurisprudence.

La doctrine irakienne en la matière est presque unanime sur le fait que l'application et l'interprétation des textes de la loi étrangère sont considérées comme des questions de droit que le juge est supposé connaître, et qui sont soumises au contrôle de la Cour de cassation²⁹. La doctrine se fonde sur l'analyse de la formulation des règles de conflit de lois en droit irakien. Les formules utilisées n'impliquent pas que la recherche du contenu de la loi étrangère dépendrait d'une quelconque demande faite en ce sens par les parties. L'application de cette loi ne dépend pas de la volonté des justiciables, le juge est tenu de chercher le contenu de la loi étrangère afin de l'appliquer. Cette solution tient au caractère législatif des règles de conflit irakiennes qui impose au juge de les appliquer d'office alors qu'une règle d'origine jurisprudentielle n'aurait pas la même force contraignante.

Ceci est d'autant plus vrai que le Code civil³⁰ n'a pas abrogé l'article 3 de la loi du statut personnel des étrangers. Cet article énumère quelques moyens auxquels le juge peut avoir recours pour prouver le contenu de la loi étrangère. Il s'agit premièrement de l'attestation écrite ou orale des experts dans les droits concernés, ensuite, des certificats officiels fournis par les représentations consulaires ou politiques établies en Irak. Les juges peuvent enfin convoquer le consul de l'État ou son adjoint à assister au procès afin d'éclairer la justice sur les lois de son pays. Il va sans dire que les moyens

²⁷ H. AL-HADDAD, *op. cit.*, p. 188.

²⁸ M. LUTFI, « Aperçu du droit international privé en matière de conflit des lois », *Juris-Classeur – droit comparé*, Egypte, fasc. 2, 1996, p. 21.

²⁹ M. HAFIDH, *Droit international privé* (en arabe), Bagdad, *Dar al-huriya* Presses, 1977, p. 347 ; J. AL-RAWI, *Les dispositions de conflit de lois en droit irakien* (en arabe), L'imprimerie de l'Administration locale, Bagdad, 1980, *op. cit.*, p. 20 ; A. AL-NADDAOUI, *La preuve* (en arabe), Bagdad, 1986, p. 43.

³⁰ V. art. 1381-3 C. civ. abrogeant les articles 1,4,5 et 6 de ladite loi.

de preuve sont mentionnés à titre indicatif et non limitatif³¹. La convention de coopération judiciaire entre l'Irak et l'Allemagne conclue en 1971, tout en admettant les mêmes techniques, prévoit en outre un échange d'informations juridiques entre les ministères de justice des deux pays³². Les parties au procès peuvent par ailleurs porter leur concours au juge chargé d'appliquer la loi étrangère.

Aucune jurisprudence irakienne n'a tranché expressément la question de la nature juridique de la loi étrangère. Il est à noter que les arrêts en matière de conflit de lois ne sont pas légion. Néanmoins, on peut déduire de la lecture de quelques arrêts publiés que la loi étrangère est réputée comme une règle de droit que le juge est tenu d'appliquer d'office et qu'il est soumis dans son application et son interprétation au contrôle de la Cour de cassation³³.

Prenons par exemple une affaire où une cargaison de médicaments envoyée en Irak par un fournisseur britannique avait été perdue, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui a appliqué la loi irakienne pour déterminer le montant d'indemnité dû à la société acheteuse irakienne. Étant donné que les deux parties au contrat du transport (le transporteur et l'expéditeur) résidaient en Royaume-Uni, c'était la loi anglaise qui devait être appliquée conformément à l'article 25 du Code civil irakien prévoyant que « les obligations contractuelles sont régies par la loi du domicile quand elle est commune aux parties contractantes [...] à défaut de convention contraire... ». Ne contredisant pas l'ordre public, selon la Haute juridiction, la loi anglaise de 1924 relative au contrat de transport doit être appliquée et celle-ci fixe à 1000 Livres sterling le montant d'indemnité sauf convention contraire³⁴. L'arrêt rapporté dissipe le doute sur le caractère obligatoire de la règle de conflit et la nécessité pour le juge de l'appliquer et par conséquent, de procéder à des recherches pour connaître la teneur de la loi étrangère désignée. L'évolution récente de la jurisprudence française va également dans ce sens³⁵.

³¹ Tous les moyens de preuve sont admis pour prouver le contenu de la loi étrangère, sauf le serment et l'aveu. A. AL-ABOUDY, *Traité du droit de la preuve civile irakien* (en arabe), Presses de l'Université de Mossoul, 1990, p. 58.

³² Art. 40 de la convention suscitée.

³³ À l'opposé, la Cour de cassation égyptienne considère la loi étrangère comme un fait que les parties sont invitées à prouver. V. M. LUTFI, *op. cit.*, p. 21.

³⁴ Cass. com 29 sept. 1969, Revue *Al-Qada*, n°4, 1969, p. 223. Et v. également, A. AL-ABOUDY, *op.cit.*, pp. 57-58.

³⁵ Avec toutefois distinction entre droits disponibles et ceux dont les parties n'ont pas la libre disposition. Ce sont ces seuls derniers que le juge est tenu d'appliquer d'office. V. Cass. com 16 nov. 1993 et Cass. 1^{re} civ. 24 nov. 1998. in *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001, n°82-83 ; Cass.1^{re} civ. 28 janv. 2003, *Rev. crit. DIP*, p.462 note. B. ANCEL. V. également: B. FAUVARQUE-COSSON, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, Chron. p. 125; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, pp. 110-114 et pp. 132-140.

Le juge irakien dispose d'un large pouvoir en matière de preuve de la loi étrangère. Il peut rapporter le contenu de celle-ci par tous moyens à l'exception de l'aveu et du serment dont la nature ne permet pas d'établir le contenu d'une disposition juridique³⁶. En cas d'impossibilité d'établir la teneur de la loi étrangère, il est d'usage que le juge applique sa loi (*lex fori*) comme loi compétente subsidiaire. Cette solution semble être admise en droit irakien conformément à l'article 30 du Code civil ordonnant le recours aux principes du droit international privé les plus répandus en cas d'insuffisance des textes législatifs. Le comportement du juge, à cet effet, reste soumis au contrôle de la Cour de cassation, qui s'assure qu'il a bien déployé tous ses efforts pour atteindre la substance de la loi étrangère.

Une question demeure : les tribunaux irakiens peuvent-ils s'assurer de la constitutionnalité de la loi étrangère qu'ils entendent appliquer? Le système juridique actuel en Irak ne permet pas au juge ordinaire de contrôler la constitutionnalité des lois³⁷. Dès lors, nous pensons qu'il ne peut pas exercer ce contrôle s'agissant la conformité de la loi étrangère à la Constitution de l'État concerné. Il est tenu d'appliquer la loi étrangère même incompatible avec la Constitution de cet État³⁸.

B. - L'éviction de la loi étrangère

L'application de loi étrangère suite à la mise en œuvre de la règle de conflit de loi se trouve parfois contrecarrée par des obstacles relevant de la loi du for. La loi étrangère est écartée si son application heurte les principes fondamentaux en vigueur dans l'État du for ou si son application fait suite à une manœuvre frauduleuse de l'une des parties. L'éviction de la loi étrangère peut également être le résultat de la volonté du législateur à assurer la sécurité des transactions dans le territoire de l'État.

Une jurisprudence récente semble avoir opéré une convergence par l'abandon radical du critère de la disponibilité des droits. Cass. 1^{re} civ. 28 juin 2005 et Cass. com. 28 juin 2005, *Rev. crit. DIP*, 4, 2005, p. 645 note B. ANCEL et H. MUIR WATT. Dans les deux arrêts la loi étrangère avait été déclarée applicable par les juges du fond, soit d'office (2^e espèce), soit en tant qu'elle était invoquée par l'une des parties (2^e espèce). Aucun des deux arrêts ne se réfère au critère de la disponibilité des droits.

³⁶ S. AL-AMIRI, *Mémento de la théorie de preuve* (en arabe), Bagdad, 1966, p. 77 et s ; AL-RAWI, *op. cit.*, p. 66.

³⁷ La nouvelle Constitution irakienne, approuvée par référendum le 15 oct. 2005, prévoit la mise en place d'une Cour suprême fédérale ayant pour mission principale de vérifier la conformité des lois en vigueur à la Constitution, art. 93 de la Constitution.

³⁸ *Contra*: AL-RAWI, *op. cit.*, p. 70; M. HAFIDH, *op. cit.*, pp. 347-350.

1. *L'ordre public*

L'ordre public se définit traditionnellement en droit international privé comme une exception visant à faire échec à l'application de lois étrangères dont le contenu heurte les conceptions dominantes dans l'ordre juridique du for³⁹. La loi étrangère sera dès lors écartée au nom de l'ordre public si son application effective constituait un trouble en heurtant des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique irakien. Quand il intervient, l'ordre public joue un double rôle : un rôle d'éviction à l'égard de la loi étrangère et un rôle de substitution au profit de la loi du for. Le juge écartera donc la disposition de la loi étrangère contraire à l'ordre public et la remplacera éventuellement par une disposition adéquate de la loi irakienne⁴⁰.

La cause de l'éviction de la loi étrangère réside souvent dans l'incompatibilité de la loi étrangère avec les valeurs morales, économiques ou sociales de la société irakienne. Par exemple, alors que la règle de conflit soumet le statut personnel à la loi nationale, si deux ressortissants d'un pays admettant le mariage homosexuel entendent conclure ce contrat en Irak, le juge écartera l'application de la loi étrangère puisque la conception fondamentale du mariage en Irak s'oppose à de telles unions⁴¹. On pourrait encore citer, comme autres exemples, les hypothèses où la loi étrangère autoriserait l'esclavage, interdirait le mariage interracial, ou reconnaîtrait les enfants adultérins. De même, le juge écartera l'application de la loi étrangère si cette dernière heurte l'équité. Ce serait le cas si cette loi autorisait l'exécution forcée des contrats par la contrainte physique. Cependant, la simple contradiction de la loi étrangère avec une règle impérative d'une loi irakienne ne devrait pas entraîner *de facto* l'exclusion de la loi étrangère dans la mesure où celle-ci ne touche pas aux principes essentiels de l'ordre du for⁴². Ainsi, la prohibition de l'adoption en droit irakien ne devrait pas, croyons-nous, conduire le juge à écarter la loi étrangère consacrant cette institution.

Le droit irakien ne définit pas la notion d'ordre public⁴³. Il s'est contenté, après avoir posé les différentes règles de conflit de lois, d'indiquer

³⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, 3^e éd., Coll. « Droit Civil », Paris, Economica, 2000, p. 277.

⁴⁰ L'exclusion de la loi étrangère doit, dans la mesure du possible, se limiter à la disposition contredisant l'ordre public sans s'étendre à la loi toute entière: Gh. ALI, *La notion de l'ordre public en droit international privé* (en arabe), Mémoire de droit privé, Université d'Aïn Shams, 2000, p. 28-29.

⁴¹ Il en va également ainsi, à notre sens, même si les ressortissants étrangers prétendent avoir contracté ce mariage hors d'Irak; le droit irakien n'ayant pas connu l'effet atténué de l'ordre public.

⁴² H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 182.

⁴³ La Cour de cassation égyptienne précise que cette notion comprend « les règles visant à réaliser l'intérêt public du pays qu'il soit politique, social ou économique lié à l'état matériel ou

dans l'article 32 que « l'application des dispositions de la loi étrangère désignée en vertu des règles précédentes sera exclue si elles se révèlent contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴⁴ en Irak »⁴⁵ laissant ainsi un large pouvoir d'appréciation au juge. Toutefois, l'article 130-2 du Code civil porte une énumération de certaines questions que le législateur considère d'ordre public dans l'ordre juridique interne⁴⁶. Cette conception ne correspond pas nécessairement à la notion d'ordre public international⁴⁷. Dès lors, l'éviction de la loi étrangère ne saurait être systématique ; c'est au juge qu'il appartient d'en apprécier la mesure et l'opportunité. La jurisprudence semble avoir tendance à donner une application généreuse à l'article 32. Ainsi, la Cour de cassation a opposé la notion d'ordre public pour refuser l'application de la loi singapourienne à un contrat de transport maritime comportant une clause exonératoire de la responsabilité sous prétexte que la nullité de cette clause est réputée d'ordre public en Irak⁴⁸. Cette extension de la notion est loin d'être satisfaisante dans la mesure où l'exception d'ordre public ne devrait être mise en œuvre que lorsque les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for se trouvent ébranlées⁴⁹.

Ainsi, l'ordre public traduit l'éloignement trop accentué des systèmes juridiques en contact avec une même situation juridique internationale. Cet écart entre les droits confessionnels et les droits laïcisés, est aujourd'hui très sensible dans les matières du droit de la famille. Le droit irakien met en relief la force des traditions d'une société toujours attachée à la protection

moral d'une société organisée et qui prime les intérêts privés ». 17 janv. 1979, *Rec. civ.* 1979, cité par Gh. ALI, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ La référence aux bonnes mœurs ne doit pas induire en erreur. Les rédacteurs semblent avoir été influencés par l'article 6 du Code civil français où l'ordre public est associé aux bonnes mœurs. En droit international privé, ces deux termes ne peuvent être ramenés qu'à un seul.

⁴⁵ Dans d'autres pays arabes, la règle est formulée autrement, la loi étrangère doit être écartée quand elle est « contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à la *Char'i'a* (le droit musulman) » (V. art. 27 du C. civ. des Emirats arabes Unis, art 35 du C. civ. yéménite, art. 113 du second projet de Code civil arabe unifié). Cela aboutirait à l'éviction de toute loi étrangère différant des règles matérielles de droit musulman. Ce résultat est d'autant plus absurde que le droit musulman lui-même laisse une large place à la loi étrangère dans les procès opposant des étrangers. V. M. CHARFI, *op. cit.*, pp. 416-417.

⁴⁶ Sont considérés d'ordre public, d'après ce texte, notamment : les questions concernant le statut personnel telles que la capacité et les successions, les procédures exigées pour disposer de *waqf* et des immeubles, les actes de dispositions des biens des incapables, de *waqf* ou des biens de l'État, les lois de tarifications et toutes les lois promulguées en faveur des consommateurs dans des circonstances exceptionnelles.

⁴⁷ Les travaux préparatoires égyptiens, et à leur suite les travaux préparatoires jordaniens, précisent que la notion d'ordre public dont il est question ici diffère de celle qui concerne les rapports juridiques sans éléments d'extranéité.

⁴⁸ Cassation 1^{re} civ. 13 mai 1978, *Majmo'at al-ahkam al-adly'ah*, n°2, 9^e année, 1978, p. 32.

⁴⁹ Les termes généraux du texte de l'article 32 n'appuient pas une telle acception restrictive. Il serait souhaitable de le reformuler de la manière suivante : « L'application d'une disposition de la loi étrangère en vertu des règles précédente sera écartée si elle produit un effet manifestement incompatible avec l'ordre public ».

du mariage et de la famille légitime. Sur ce plan, les conceptions du droit musulman font certes partie de l'ordre public, mais cela ne devrait pas entraîner, à notre sens, l'éviction de la loi étrangère en raison de sa simple contradiction avec les prescriptions de la *Chari'a*. Cette méthode conduirait à rejeter systématiquement l'application de la loi étrangère et à saper la philosophie même du conflit de lois. L'idée qu'il n'y a pas lieu de régir les non-musulmans par le droit musulman doit continuer de prévaloir. « Étendre le droit musulman à des non-musulmans, même à travers l'appel occasionnel à l'ordre public, ce serait le faire sortir de son rôle, l'appliquer à d'autres que ses destinataires naturels »⁵⁰.

Il en découle la nécessaire modération des interventions de l'ordre public à l'encontre des statuts étrangers. La doctrine considère d'une manière générale que l'ordre public dans les systèmes confessionnels est moins actif, moins virulent qu'il ne l'est ou a pu l'être dans maints systèmes occidentaux⁵¹. La jurisprudence irakienne, à cet égard, est assez mal connue. On chercherait en vain des applications de la notion d'ordre public dans les litiges opposants des étrangers entre eux. Cette carence, selon certains auteurs, témoigne d'une attitude assez tolérante voire laxiste des tribunaux envers la loi étrangère⁵². Il est néanmoins de bon droit de croire que l'ordre public se dresse contre l'application de nombreuses institutions des lois étrangères comme par exemple celles autorisant le transsexualisme, réglementant le PACS, voire même celles reconnaissant la validité des mariages des femmes musulmanes avec des non-musulmans⁵³.

D'une manière opposée, une notion rénovée d'ordre public dit « égalitaire »⁵⁴ a été invoquée récemment en France pour rejeter

⁵⁰ J. DEPPEZ, *op. cit.*, p. 84.

⁵¹ M. CHARFI, *op. cit.*, p. 404 : l'auteur évoque le « libéralisme excessif » et la « démission » du juge musulman face à la loi étrangère, pp. 406 et 407. V. également : J. DEPPEZ, *op. cit.*, p. 79.

⁵² H. SADIK, *Droit international privé* (en arabe), 2^e éd., Alexandrie, Egypte, p. 503.

⁵³ V. Par exemple en Egypte où la même conception prédomine : C. Cass. 1^{re} civ. 13 juin 1983 : *Bull. Cass.*, 34^e année, n°279, p. 1416 ; C.A. du Caire, 6 oct. 1953, *Rev. égyptienne de droit international*, 1954, p. 147.

⁵⁴ Ordre public fondé sur l'article 5 du protocole additionnel n°7 de la Convention Européenne de la sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Pour plus de détails V. R. EL-HUSSEINI-BEGDACH, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Biblio. dr. privé, t.361, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 221 et s.; P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation : L'expérience française », *Mélanges F. RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263. La contradiction entre systèmes confessionnels et système laïcisé est pertinemment décrite par M. GANNAGÉ : « Alors que dans les systèmes laïcisés l'ordre public écarterait la loi confessionnelle normalement compétente, lorsqu'elle établit des discriminations religieuses dans l'exercice des droits subjectifs, à l'inverse et par un contraste saisissant, dans les systèmes confessionnels du for, l'ordre public interviendrait pour repousser les lois étrangères des pays laïcisés quand elles refusent les discriminations. Cette divergence est irréductible, car elle manifeste une opposition permanente que les transformations de chaque système ne sont pas encore parvenues à surmonter ». « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privés internationales », *R.C.A.D.I.*, 1979-III, t. 164, p. 39.

l'application du droit musulman admettant la polygamie et la répudiation unilatérale⁵⁵. Force est alors d'admettre que l'évolution qu'a connue le droit de la famille en Occident au cours des siècles derniers rend de plus en plus probable aujourd'hui la mise en application de l'exception de l'ordre public aussi bien dans les systèmes laïques que dans les systèmes confessionnels.

2. *Fraude à la loi*

La fraude à la loi en droit international privé se définit traditionnellement comme l'utilisation volontaire d'une règle de conflit dans le but d'échapper à une disposition impérative de la loi nationale⁵⁶. Ce n'est que l'application d'un vieil adage « *fraus omnia corrumpit* ».

On sait que l'élément de rattachement retenu par une règle de conflit peut se modifier avec le temps entraînant également le changement de la loi applicable. C'est ce qu'on appelle depuis Bartin le « conflit mobile ». La mutabilité des facteurs de rattachement peut servir les intérêts de celui qui, pour échapper à l'application d'une loi donnée, change volontairement l'élément de rattachement de façon à lui faire désigner l'ordre juridique dont les règles favorisent son projet⁵⁷. Le changement de la nationalité, domicile, lieu de conclusion d'un acte juridique, situation d'un meuble, ...etc., peut influencer sur la loi applicable au statut personnel, au statut réel, à la forme du contrat. La fraude est caractérisée si cette modification a pour seul motif d'éviter l'application de la loi initialement compétente.

Pour résoudre ce conflit mobile, le législateur irakien a opté pour une méthode ponctuelle consistant à adjoindre aux diverses règles de conflit des précisions d'ordre temporel fixant pour chacune d'elles le moment où l'élément de rattachement doit être pris en considération. Le but poursuivi par le législateur est d'assurer la stabilité juridique et parer le risque de fraude. Cela a souvent conduit à retenir la loi ancienne notamment pour les effets du mariage soumis, d'après l'article 19-2, à la loi nationale du mari,

⁵⁵ Cass.civ. 1^{er} juin 1994, *D.* 1995, 263 note J. MASSIP, *Rev. crit. DIP*, 1995, 103 note J. DEPREZ et P.MAYER ; Cass. civ. 31 janv. 1995, *Rev.crit.*1995, p. 569, note J. DEPREZ ; Cass.civ. 19 déc.1995, *Bull.Civ.*, I, n°469 ; 11 mars 1997, *Clunet* 1998, p. 110, note KAHN; *D.* 1997, p. 400, note M.-L. NIBOYET. La Cour de cassation française, par cinq arrêts rendus le 17 février 2004, semble fixer une position de principe sur le rejet des répudiations musulmanes en s'appuyant aussi bien sur les principes du protocole n°7 CEDH, que sur l'ordre public de proximité. Pour plus de détails, v. P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004, chron. p. 815. V. ces arrêts ainsi que les conclusions de M. CAVARROC, *D.* 2004, p. 824.

⁵⁶ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. De VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 362. Solution dont l'application la plus célèbre a été faite par la Cour de cassation française, en 1878, dans l'affaire *Princesse de Bauffremont*. Cass. 18 mars 1878, S. 1878.I.193, note LABBE.

⁵⁷ D. GUTMANN, *Droit international privé*, 4^e éd., « Cours Dalloz », Paris, Dalloz, 2004, p. 63 et spéc.p. 93.

au moment de la conclusion de l'union. Il n'en demeure pas moins que cette méthode imparfaite laisse encore aux fraudeurs potentiels un vaste champ de manœuvre notamment lorsque la loi nationale prise en considération est celle du mari lors de l'introduction de l'instance⁵⁸, ou encore dans le cas où l'élément de rattachement retenu est le domicile ou le lieu de situation du meuble ; ce qui rend nécessaire la protection, par le biais de la théorie de la fraude, de la compétence de la loi du for ou de la loi étrangère déterminée par la règle de conflit.

Le droit irakien ne prévoit pas expressément la théorie de la fraude à la loi. On ne trouve aucun texte relatif à celle-ci⁵⁹. Aucune jurisprudence non plus ne semble avoir été rendue à ce propos. Cependant, la jurisprudence irakienne connaît la théorie de la fraude dans le conflit de lois interne⁶⁰. La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi d'un homme de religion chrétienne demandant l'annulation de la pension de son épouse séparée de corps après sa conversion à l'Islam. La Cour a estimé que « l'intéressé s'étant converti à l'Islam quelques jours seulement après le jugement fixant la pension rendu contre lui, cette conversion ne peut qu'être motivée par sa volonté de se dérober à la pension⁶¹ ». Dès lors, le changement de religion est sans effet sur la décision intervenue condamnant le mari à « servir les aliments à sa femme ».

Il serait en toute hypothèse, souhaitable que la théorie de la fraude à la loi soit admise en Irak conformément à l'article 30 prévoyant qu'en l'absence de texte écrit dans une matière donnée, il convient pour établir sa réglementation de se fonder sur les principes généraux du droit international privé.

⁵⁸ Comme par exemple pour la répudiation. V. *infra*, pp. 18-19.

⁵⁹ Contrairement aux autres législations, V. droit international privé espagnol de 1974 (art. 12/4), droit international privé hongrois de 1979 (art. 8/1), droit international privé roumain de 1992 (art. 8/b), le droit international privé belge de 2004 (art. 18 et 25, § 1, 3).

⁶⁰ S'agissant du statut personnel, les non-musulmans irakiens ont été maintenus sous l'empire de leur propre législation ; une juridiction propre a été créée baptisée Cour de matières personnelles. La confession constitue le critère de règlement des conflits internes de statut personnel. Mais le droit de la confession de l'État (l'Islam) bénéficie d'une prééminence et joue le rôle de droit commun.

⁶¹ Cour de Cassation, Ass. Générale 31 déc. 1951, *Rec.* 1951, n°7. La solution inverse est retenue par la jurisprudence égyptienne qui met en exergue que la croyance et la foi sont une question de cœur et de conscience qui ne peut être mise en doute par le juge. Celui-ci n'a pas à chercher la sincérité du converti. V., A. WISHAHI, *Le droit international privé en Irak* (en arabe), Bagdad, 1940, p. 192. La Cour de cassation irakienne semble avoir été sensible à ce raisonnement car par deux arrêts successifs, la Cour refuse d'aborder la question de la conversion à l'Islam sous motif que « la conviction religieuse est une question psychologique (interne) que le juge ne peut vérifier qu'à travers des apparences extérieurs ». Cass. perso. 6 déc. 1969 et Cass. perso. 25 juin 1970, cités par A. Al-FADHLI, *La fraude à la loi* (en arabe), Mémoire de Master, Université de Mossoul, 1997, pp. 77-78.

3. L'apparence

On entend par-là l'exclusion de l'application de la norme de rattachement s'agissant de la capacité si cette application porte atteinte à la sécurité juridique des transactions sur le territoire national⁶². Ainsi, après avoir soumis la capacité à la loi nationale de la personne concernée, le paragraphe 2 de l'article 18 du Code civil apporte une dérogation à ce principe dans les termes suivants : « Toutefois, si l'une des parties, dans une transaction d'ordre pécuniaire conclue en Irak et devant y produire ses effets, est un étranger incapable et que son incapacité est due à une cause non apparente qui ne peut être facilement décelée par l'autre partie, cet étranger incapable selon sa loi nationale est considéré comme majeur d'après la loi irakienne ». Cet article reproduit fidèlement la solution dégagée par la Cour de cassation française dans l'affaire *Lizardi*⁶³.

Dès lors, l'incapacité qui résulte de la loi étrangère et qui vicie l'acte accompli n'est pas opposable au contractant irakien si celui-ci avait de bonnes raisons de l'ignorer. Le fondement de la solution réside dans le besoin de simplicité et de sécurité juridique des transactions. Cette solution permet aux commerçants de conclure les contrats sans se soucier de la nationalité de tous leurs contractants et sans être tenus d'établir la teneur de leur loi nationale⁶⁴.

La doctrine est partagée sur la question de savoir si cette règle protège exclusivement les Irakiens ou si elle peut également bénéficier aux étrangers ?

Il est évident qu'à l'origine, cette solution a été dégagée par la jurisprudence française pour protéger l'intérêt du contractant français face aux incertitudes résultant de l'application de la loi étrangère⁶⁵. L'application de la théorie de l'apparence devait ainsi être limitée à la protection des nationaux. Cette opinion est confortée par la lecture à *contrario* de l'article 18-2 du Code civil irakien : « si l'une des parties est un étranger.. », cela suppose que l'autre partie doit tout logiquement être un irakien. Toutefois, la majorité de la doctrine récuse cette opinion et considère qu'il n'est pas indispensable que le cocontractant de la partie étrangère soit un national. Il peut également s'agir d'un étranger⁶⁶. On met en avant le fait que le texte

⁶² Cet empêchement est appelé *intérêt national* par la doctrine irakienne (J. AL-RAWI, *op. cit.*, p. 56). Ce terme est, selon nous, inapproprié.

⁶³ Req. 16 janv. 1861, *D.P.* 1861.1.193 ; S. 1861.1.305, note MASSE, *Les grands arrêts...*, n°5, p. 40.

⁶⁴ V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, pp. 377-387.

⁶⁵ Ce tempérament a été fondé sur le souci d'éviter un préjudice au Français mais la jurisprudence française n'a pas hésité par la suite à étendre son bénéfice à des étrangers. V. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts...*, pp. 44-45.

⁶⁶ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 98.

n'a abordé que la nationalité de l'incapable en exigeant qu'il soit un étranger, mais que la nationalité du cocontractant n'a pas été précisée par le législateur. Les termes généraux du texte permettent à l'étranger de bénéficier de ses dispositions. Au surplus, la finalité de cette solution est d'assurer la sécurité des transactions à l'intérieur de l'État, de favoriser le développement des échanges et non pas de protéger les nationaux en tant que tels ; cette finalité répond dès lors aussi bien à la protection des nationaux que des étrangers⁶⁷. Enfin, notons que l'article 48-3 du Code de commerce est venu étayer cette thèse, il ne distingue pas entre irakien et étranger s'agissant de la protection qu'il confère au contractant en prévoyant que « si le débiteur est considéré comme incapable d'après la loi compétente, son obligation qui découle de la lettre de change reste valable s'il y avait apposé sa signature dans un État où la loi le considère capable ».

En somme, si un étranger excipe de son incapacité selon sa loi nationale, ce moyen sera rejeté par le juge irakien qui le considèrera comme capable dès lors qu'il a atteint l'âge de dix-huit ans. Il restera, par conséquent, tenu d'exécuter ses obligations contractuelles.

II. LES RÈGLES SPÉCIALES DE CONFLIT DE LOIS

Les règles du droit international privé irakien permettent de dire quelle est la loi applicable aux questions posées par une situation internationale : la loi irakienne ou la loi étrangère. L'Irak a emprunté les techniques de solution des conflits de lois aux États occidentaux⁶⁸. La réception de ces techniques n'a pu s'effectuer sans des adaptations nécessitées par le caractère propre du système juridique irakien, notamment concernant le « sanctuaire » du droit de la famille : domaine où s'expriment avec le plus d'intensité les particularismes des diverses sociétés. Ainsi, se greffant sur le système irakien, le système conflictualiste occidental a subi des modifications importantes dues à la tradition de la personnalité des lois et, surtout, au caractère religieux de l'ordre juridique. Seront ainsi abordées successivement les solutions concernant le statut personnel, et celles qui ont trait au droit des biens et des obligations.

⁶⁷ J. JAD ABDULRAHMAN, *Le droit international privé arabe* (en arabe), le Caire, 1959, p. 601 ; H. MUSTAFA, *Les principes du droit international privé* (en arabe), Bagdad, 1970, p. 89 ; M. HAFIDH, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁸ V. notre article : « La réception du Modèle juridique français par le Code civil irakien », *RIDC*, 2-2005, p. 263.

A. - Les solutions concernant le statut personnel

Le statut personnel regroupe l'ensemble des questions juridiques concernant la personne dans la société⁶⁹. Le législateur irakien a adopté une conception extensive de ce terme. Il comprend en sus des questions relatives à la famille (capacité, mariage, divorce, naissance, parenté, garde, pension), les successions, les testaments et le régime des biens des époux⁷⁰. Dans ce domaine, la nationalité est le facteur de rattachement principal dont dépend la détermination de la loi applicable appelée « la loi personnelle ». Le législateur irakien a soumis l'ensemble des questions de statut personnel en règle générale à la loi nationale de l'intéressé. L'application de la loi nationale dans les matières du droit de la famille revêt donc le caractère d'un principe.

Cette tendance unificatrice globale reflète la prédominance de la conception personnaliste du droit à laquelle les États du Moyen-Orient sont traditionnellement attachés⁷¹. Les difficultés de la cohabitation du droit religieux, notamment la *Chari'a*, avec des droits laïcisés extérieurs rendent en effet nécessaire la soumission des divers éléments du droit de la famille à une seule loi et s'accroissent difficilement du morcellement⁷². L'indivisibilité du régime est donc la conséquence du caractère religieux du droit, dont la vocation est universelle et qui ne souffre pas le partage, la cohabitation avec d'autres.

Au demeurant, le rattachement du statut personnel à la loi nationale pose quelques difficultés, concernant notamment les apatrides et les personnes à nationalités multiples, que le législateur irakien n'a pas manqué d'aborder.

En cas de conflit positif de nationalités c'est-à-dire dans le cas où la personne posséderait plusieurs nationalités en même temps, il faut distinguer entre deux hypothèses. Premièrement, si la nationalité irakienne est en cause, la personne concernée sera considérée de nationalité irakienne afin de déterminer la loi applicable⁷³. Ainsi le principe de la primauté de la

⁶⁹ D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁰ V. le Code du statut personnel irakien n°188-1959 et l'art. 19 du C. civ.

⁷¹ « La nationalité commande le rattachement du statut personnel dans les relations internationales, de même que la confession le commande dans les relations internes » : P. GANNAGÉ, art. préc., p. 423.

⁷² Un tel morcellement est couramment admis par la plupart des systèmes de conflits occidentaux dont certains multiplient les rattachements spécialisés au sein d'une même institution : La loi qui régit le mariage ne s'applique pas nécessairement à la filiation légitime et à l'autorité parentale ; le régime des biens des époux est souvent sollicité par la loi d'autonomie alors que les successions subissent l'attraction de la loi réelle. V. J. DEPREZ, *op. cit.*, p. 66. ; P. GANNAGÉ, Cours préc., *op. cit.*, p. 365.

⁷³ Art. 33-2 C. civ.

nationalité du for reçoit pleine application. Deuxièmement, en présence d'un conflit positif ne mettant pas en cause la nationalité irakienne, il appartient au juge, d'après l'article 33-1 du Code civil, de déterminer la loi applicable. La doctrine est partagée s'agissant de la loi devant être appliquée⁷⁴ ; un courant doctrinal prône l'application de la loi la plus proche de la *lex fori*, un autre appelle à laisser le choix à la personne concernée pour déterminer sa nationalité. Mais l'opinion dominante dans la doctrine est de tenir compte de la nationalité de fait ou de la nationalité effective⁷⁵ à laquelle la personne apparaît la plus rattachée en fait. Cette tendance a été adoptée par l'article 5 la convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité ainsi que par la pratique de la Cour internationale de justice⁷⁶. Cette solution semble donc s'imposer en droit irakien en vertu de l'article 30 en tant que principe général de droit international privé.

En cas de conflit négatif de nationalités, l'alinéa 1^{er} de l'article 33 du Code civil accorde au tribunal le pouvoir de désigner la loi applicable aux apatrides ou aux personnes dont la nationalité est inconnue. Les auteurs ne sont pas d'accords sur la loi devant être appliquée dans ce cas. Certains pensent devoir appliquer la loi de la dernière nationalité, d'autres plaident en faveur de la *lex fori* ; mais l'opinion largement dominante en doctrine est d'appliquer la loi du domicile ou de la dernière résidence de l'intéressé, faute de quoi le juge appliquera sa loi nationale⁷⁷.

Ces difficultés ayant été résolues, nous passerons en revue les règles du droit international privé irakien en matière de statut personnel. Il s'agit d'examiner d'abord l'état et la capacité des personnes, ensuite le mariage et ses effets, et enfin les successions et les testaments.

1. État et capacité des personnes

Une distinction s'impose entre les personnes morales et les personnes physiques.

a) Personnes morales

Aux termes de l'article 49 du Code civil le statut juridique des personnes morales étrangères (sociétés, associations, fondations et autres)

⁷⁴ V. pour plus de détails : AL-RAWI, *op. cit.*, p. 78 ; H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁵ « Se dit de la nationalité lorsqu'il existe entre un individu et l'État qui la confère des liens de fait (comportement, langue, milieu de vie) tels que cet individu est plus étroitement rattaché à la population de cet État qu'à celle de tout autre ». *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 568.

⁷⁶ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstien vs Guatemala)*, arrêt du 6 avr. 1955, *Rec.* 1955.

⁷⁷ H. SADIK, *op. cit.*, pp. 388-390 ; AL-RAWI, *op. cit.*, p. 79.

sera soumis à la loi de l'État sur le territoire duquel se trouve le siège social principal et effectif de la personne morale. On entend par le siège social principal, le lieu où se trouvent les organismes d'administration, d'orientation et de contrôle et dans lequel se tiennent les réunions du conseil d'administration et de l'assemblée générale⁷⁸. Le législateur irakien a retenu le critère de l'effectivité du siège social pour parer au risque de fraude qui se traduit par l'établissement d'un siège social fictif pour échapper à la loi compétente. C'est au juge d'apprécier si le siège social allégué est le siège effectif et principal. Au surplus, le législateur a apporté à cette règle un tempérament en faveur de la loi irakienne concernant la personne morale exerçant ses activités principales en Irak. Ainsi, d'après le paragraphe 2 de l'article 49, lorsque la personne morale exerce son activité principale en Irak, elle sera soumise à la loi irakienne bien que son siège social principal soit à l'étranger.

b) Personnes physiques

Selon l'article 18-1, l'état et la capacité d'exercice des personnes physiques seront régis par les lois nationales des intéressés. Toutefois, rappelons-le, la loi irakienne reçoit application dans le cas où l'ignorance de l'incapacité de l'étranger serait excusable ce qui justifie l'éviction de la loi étrangère⁷⁹. D'autres dérogations à la règle de la soumission de la capacité à la loi nationale de la personne concernée peuvent être relevées dans les cas où il existe un texte contraire dans une loi spéciale. C'est le cas par exemple dans la loi sur la nationalité irakienne n° 26-2006 qui fixe, pour les besoins de son application, à dix-huit ans l'âge de majorité aussi bien pour les Irakiens que pour les étrangers⁸⁰. Ainsi un étranger ayant dix-huit ans peut demander l'acquisition de la nationalité irakienne une fois les autres conditions remplies, bien qu'il puisse être réputé incapable selon sa loi nationale.

La règle de la soumission de la capacité à la loi nationale trouve également application dans le régime de l'incapacité. Ainsi, les règles de fond en matière d'administration légale, de tutelle, de curatelle et d'autres institutions protectrices des incapables et des absents seront également déterminées par la loi nationale de la personne à protéger⁸¹. Il est à noter que cette règle ne s'applique pas à la tutelle sur les mineurs. Considérée comme matière relative aux effets de la filiation ou du mariage, cette institution est

⁷⁸ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁹ V. *supra*, p. 13.

⁸⁰ Art. 1-C de la loi.

⁸¹ Art. 20 C. civ.

soumise à la loi nationale du père. Il en va de même pour la garde des enfants⁸².

2. *Le mariage et ses effets*

Les méthodes adoptées dans ce domaine par le législateur irakien reflètent le souci de préserver la cohésion et l'homogénéité du statut de la famille légitime. Avant d'aborder le mariage et ses effets, il faut dire un mot sur les fiançailles.

a) *Fiançailles*

Le Code civil irakien a gardé le silence concernant les fiançailles. Pour combler cette lacune, la doctrine préconise l'application aux fiançailles, des règles de conflit propres au mariage du moins pour tout ce qui touche à la capacité, au consentement, aux empêchements, aux effets et la rupture de celles-ci.

Il est toutefois à noter que les fiançailles sont une simple promesse de mariage n'engendrant aucune obligation. N'étant pas tenue de conclure le contrat, chaque partie peut ainsi renoncer au mariage. Il en résulte que toute clause qui a pour objet ou pour effet de contraindre une partie au mariage est nulle. Le juge irakien doit exclure une telle clause par la mise en œuvre de l'ordre public, mais cela ne l'empêchera pas d'accorder des dommages et intérêts à la partie lésée selon les règles de la responsabilité délictuelle⁸³.

b) *Mariage*

La règle générale en la matière demeure l'application de la loi de la nationalité de l'intéressé, mais le souci du législateur d'assurer l'application des lois religieuses aux irakiens, même dans les relations internationales, l'a conduit à adopter un procédé unilatéraliste pour étendre l'application de ses lois dans le champ des relations familiales. Dérogeant à la méthode bilatérale savignienne de conflit de lois⁸⁴, l'article 19-5 du Code civil consacre une exception générale à l'application de la loi nationale selon laquelle «...si l'un des deux conjoints est irakien au moment de la conclusion du mariage, la loi irakienne sera seule applicable». Ce privilège de nationalité a été établi pour toutes les matières incluses dans l'article 19,

⁸² Solution dégagée par la jurisprudence égyptienne (Trib. Caire, 2 févr. 1954, *Rev. des sommaires*, VI, p. 26) et qui nous semble devoir être retenue en droit irakien, vu la similitude des textes la consacrant.

⁸³ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, pp. 102-103.

⁸⁴ On sait que la théorie de Savigny a été conçue pour régir le conflit entre des systèmes juridiques liés par une civilisation commune (le christianisme et le droit romain), or le droit international privé met en cause aujourd'hui des droits appartenant à des civilisations différentes.

c'est-à-dire, le mariage, le divorce, la filiation et les rapports entre parent et enfant⁸⁵. En matière de mariage, tributaire en Irak des données religieuses, ce procédé unilatéraliste garantit l'application du droit confessionnel aux irakiens. Dès lors, il est impossible de faire échapper le national du for, domicilié à l'étranger, à l'emprise de la loi religieuse qui lui est normalement applicable.

Il est à noter que la loi irakienne applicable en l'occurrence n'est pas forcément le droit musulman. Il pourra effectivement s'agir du Code du statut personnel, d'inspiration musulmane, lorsque le conjoint irakien est musulman mais pour les non-musulmans irakiens il s'agira de la loi de la confession et du rite auxquels ils appartiennent⁸⁶.

On distinguera les conditions et les effets du mariage.

α) Conditions du mariage

Une distinction doit être opérée entre conditions de fond et conditions de forme du mariage. Les conditions de fond seront régies, d'après l'article 19-1 du Code civil, par la loi nationale de chacun des deux conjoints. Sur ce point deux opinions s'opposent : la première penche pour l'application cumulative des deux lois ; la seconde, largement dominante dans la doctrine et sanctionnée par la jurisprudence, défend l'application distributive. D'après cette dernière solution, il suffit donc que chacun des conjoints remplisse les conditions exigées par sa propre loi nationale abstraction faite de la loi de l'autre époux. Quant aux empêchements au mariage, l'existence d'un empêchement chez l'un des conjoints rend impossible la conclusion du mariage.

Rappelons l'entorse que constitue le paragraphe 5 de l'article 19 du Code civil selon lequel si l'un des époux est irakien au moment de la conclusion du mariage, seule la loi irakienne est applicable. Par conséquent, le mariage d'un chrétien irakien avec une musulmane étrangère est nul, et cela même si l'époux avait acquis, après le mariage, la nationalité d'un État qui permet le mariage d'une musulmane avec un non-musulman, car cela contredit la loi compétente qui est en l'occurrence la loi irakienne⁸⁷.

⁸⁵ Le droit irakien en a ainsi élargi le domaine contrairement à l'article 14 du Code civil égyptien qui n'établit ce privilège que pour le mariage et le divorce.

⁸⁶ C'est le système de la personnalité des lois qui s'est perpétué en Irak jusqu'à nos jours et selon lequel l'appartenance religieuse de chaque citoyen déterminera la loi du statut personnel à laquelle il sera soumis.

⁸⁷ Cour de cassation (*Chari*) 3 févr. 1962, cité par AL-RAWI, *op. cit.*, p. 88. L'article 17 du Code du statut personnel n°188-1959 interdit, en effet, le mariage d'une musulmane avec un non-musulman. Cette disposition, considérée d'ordre public, est applicable à tous les irakiens et s'oppose ainsi, en l'espèce, à l'application de la loi confessionnelle chrétienne. Dès lors, le pluralisme communautaire n'efface pas le caractère prédominant du Code du statut personnel, qui fait fonction de droit commun.

Corrélativement, un pareil résultat s'impose si le même mariage a été conclu entre deux étrangers dont la loi interdit toute discrimination religieuse en matière de mariage, mais cette fois parce que le bouclier de l'ordre public s'oppose à l'application de la loi étrangère compétente autorisant le mariage d'une musulmane à un non-musulman.

Quant aux conditions de forme, le mariage entre deux étrangers ou entre un étranger et un irakien sera valable s'il a été conclu selon la forme exigée par la loi du lieu où le mariage a été célébré ou selon les formes déterminées par la loi nationale de chacun des époux.

β) Effets du mariage

D'après le paragraphe 2 de l'article 19 du Code civil « les effets du mariage, y compris ceux qui concernent le patrimoine, seront soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage ». Cette règle s'applique à l'ensemble des effets du mariage aussi bien personnels que patrimoniaux, notamment l'obligation alimentaire entre époux⁸⁸, la garde des enfants, la capacité d'exercice de la femme mariée, la filiation⁸⁹ et le régime matrimonial des étrangers. En revanche, la pension provisoire que le juge ordonne durant l'instance au bénéfice de l'épouse se trouve régie par la *lex fori*⁹⁰. Sont exclus également de la loi régissant les effets du mariage, les legs entre époux.

Les auteurs justifient la règle soumettant les effets du mariage à la loi nationale du mari par deux raisons : d'une part, le mari est le chef de famille et souvent l'épouse acquiert la nationalité de son époux, d'autre part, étant désignée de façon neutre, la loi de la nationalité du mari peut comporter des dispositions objectives favorables à la femme⁹¹. Ces arguments nous semblent aujourd'hui dépassés. En effet, s'en tenir à la loi de l'époux à l'exclusion de celle de l'épouse, constitue, sans doute, une discrimination à l'encontre de la femme et une atteinte au principe fondamental d'égalité entre homme et femme. Naguère, de pareils textes, dans les législations étrangères, ont été amendés par le législateur après avoir été jugés

⁸⁸ Les pensions alimentaires étant soumises, en règle générale, à la loi nationale du débiteur. art. 21.

⁸⁹ Application de la loi du père (droit libanais) s'agissant la filiation. Cassation perso du 14 nov. 1966, Recueil *Qada' mahkamat tammi'z al-iraq*, Vol. 4, 1966, p. 527. En revanche, les règles du droit étranger reconnaissant et régissant la filiation naturelle ne sont pas applicables en Irak car elles s'opposent aux règles du droit musulman considérées comme d'ordre public en Irak : H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 116. L'alinéa 4 de l'article 19 indique expressément que « la loi de la nationalité du père sera applicable aux questions relatives à la filiation légitime... ».

⁹⁰ Étant considérée comme l'un des éléments de la paix sociale de l'État de for, elle doit être soumise à sa loi. La pension provisoire est prévue par l'article 31 du Code du statut personnel. A. KARAM, art. préc., p. 406.

⁹¹ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 110.

inconstitutionnels⁹². Le rattachement est désormais fait à une loi neutre telle que la loi nationale des conjoints ou dans le cas où ils seraient de nationalité différente, à la loi du domicile⁹³ ou de la résidence habituelle. Toutefois, l'inconvénient majeur de la transposition de cette solution en Irak serait de faire régir les rapports de deux étrangers non musulmans de nationalité différente résidant en Irak par la loi irakienne d'inspiration musulmane, ce qui paraît invraisemblable⁹⁴.

Rappelons enfin le privilège de nationalité garantissant l'application exclusive de la loi irakienne, si l'un des époux était irakien au moment du mariage⁹⁵.

c) *Dissolution du mariage*

À part par le décès de l'un des conjoints, le mariage peut se terminer par acte unilatéral de l'un des conjoints (répudiation)⁹⁶ ou par décision judiciaire (divorce). La loi applicable dans le premier cas est la loi nationale du mari au moment où la répudiation a eu lieu. Tandis que le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi du mari au moment de l'instance⁹⁷. Ainsi, la loi de la nationalité de l'époux est compétente pour régir la rupture du lien conjugal. Elle détermine notamment la licéité, les causes et les conditions du divorce⁹⁸. Quant aux effets découlant de la fin du mariage, tels que l'obligation alimentaire, la garde des enfants, l'indemnisation due par

⁹² Les législateurs allemands, suisse et italien. V. H. SADIK, *op.cit.*, p.193. Quelques décisions françaises avaient donné prépondérance à la loi du mari à l'époque où celui-ci était le chef de la famille. Mais le principe de l'égalité des époux y fait à présent obstacle en droit français. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 411.

⁹³ Solution retenue en France par la célèbre jurisprudence *Rivière*. Cass. civ. 17 avr. 1953, *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 860 note PLAISANT; *J.C.P.*, 1953, II, n°7863, note BUCHET et obs. FRANCESCAKIS dans la *Revue crit. DIP.*, 1954, p. 325; *Les grands arrêts...*, n°26, p. 241.

⁹⁴ Une solution a été proposée consistant à accorder aux époux de nationalité différente la possibilité de choisir eux-mêmes la loi applicable (loi de l'autonomie de la volonté). Solution suivie par la jurisprudence libanaise. (P. GANNAGÉ, *art. préc.*, p. 424) et adoptée par le code belge du droit international privé (art.55 § 2).

⁹⁵ Art. 19-5 C. civ.

⁹⁶ En droit musulman, la répudiation est la rupture unilatérale du lien matrimonial prononcée généralement par le mari. Toutefois, la femme peut disposer de la faculté de rompre unilatéralement le mariage en vertu d'une clause dans le contrat du mariage ou après par délégation. L'article 34 du Code du statut personnel irakien reconnaît la licéité de cette clause.

⁹⁷ Art. 19-3 C. civ.

⁹⁸ Dans une affaire où des conjoints chrétiens de nationalité égyptienne travaillaient en Irak, l'épouse a demandé l'annulation du mariage suite à sa conversion à l'Islam. La Cour de cassation a entériné la décision de la Cour d'Appel de Mossoul qui avait appliqué la loi égyptienne (la loi de nationalité du mari) en vertu de l'art 19-3. Cette loi prévoit d'accorder au mari un délai de trois mois pour qu'il se convertisse à son tour. En cas de refus, le mariage sera résolu, le droit musulman n'autorisant pas l'union entre musulmane et non-musulman. Cass. Ass. général 7 avr. 1979, *Majmo'at al-ahkam al-adly'ah*, n°2, 10^e année, 1979, p. 61. V. aussi l'application du droit égyptien dans un cas de divorce entre un égyptien et une tunisienne. Cass. perso. 22 sept. 1982, *Majmo'at al-ahkam al-adly'ah*, n°3, 13^e année, 1982, p. 17.

une partie à l'autre et le partage des biens du foyer conjugal, ils sont régis par la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage conformément à l'article 19-2 du Code civil.

Outre le fait que le texte de l'article 19-3 relatif aux conditions de divorce constitue, comme celui de l'article 19-2, une discrimination à l'encontre de l'épouse, il est également critiquable pour une toute autre raison. Le choix du législateur irakien de rattacher la dissolution du mariage à la loi nationale de l'époux au moment de l'introduction de l'action en justice, et non au moment du mariage, porte atteinte à la sécurité juridique et aux droits acquis de l'épouse qui s'engage au mariage en se fiant à une loi déterminée. Le simple changement de nationalité du mari après le mariage entraîne le changement de la loi compétente et l'application d'une autre loi. Cette loi (la loi de la nouvelle nationalité) peut surprendre l'épouse dans la mesure où elle autorise ou facilite le divorce ou la répudiation⁹⁹. Le risque de fraude à la loi est donc accru. Il aurait mieux valu que le législateur prenne en considération la loi de la nationalité de l'époux, au moment du mariage, en tant que la loi reconnue et acceptée par les deux parties ; cela est d'autant plus vrai qu'établir la fraude dans ce cas se heurte à des nombreuses difficultés pratiques.

Il n'est pas superflu de rappeler que la règle de conflit en matière de dissolution de mariage s'applique aux relations entre étrangers. Si l'un des époux était irakien au moment du mariage, la loi irakienne s'applique impérativement.

3. Successions et testaments

En vertu de l'article 22 du Code civil, la loi nationale du *de cuius* au moment du décès sera applicable en matière de successions. Ainsi, la loi de la personne décédée est la loi compétente pour fixer les conditions de dévolution de l'héritage, la détermination des héritiers, la quote-part allouée à chacun d'entre eux ainsi que les règles d'exhérédation, de représentation ...etc. Quant aux biens immobiliers issus du partage ou de la liquidation du patrimoine du défunt, ils échappent à cette règle pour relever de la *lex rei sitae*, la loi du lieu de situation du bien¹⁰⁰.

Toutefois, deux restrictions sont apportées à l'application de l'article 22 du Code civil : premièrement, un étranger n'hérite d'un irakien que selon le principe de réciprocité ; il faudra donc que la loi de l'État auquel appartient l'étranger permette à l'Irakien d'hériter¹⁰¹. Deuxièmement, les biens

⁹⁹ J. JAD ABDULRAHMAN, *op. cit.*, pp. 192-194.

¹⁰⁰ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰¹ Cette condition est remplie entre l'Irak et la France. A. AL-KIRBASI, *Encyclopédie de la législation immobilière* (en arabe), t. 4, Bagdad, Imprimerie des travailleurs, 1986, pp. 16-17

héréditaires situés en Irak appartenant à un étranger qui n'a pas d'héritiers seront dévolus à l'État irakien et ce en dépit du fait que sa loi nationale prévoit une autre solution.

Par ailleurs, d'après l'article 23-1 du Code civil, les testaments et autres dispositions à cause de mort sont régis par la loi nationale du testateur ou du disposant au moment du décès. Toutefois, quant à la forme du testament ou de la disposition à cause de mort, une option est prévue entre la loi nationale du testateur et la loi du lieu où l'acte a été accompli.

Cependant, un tempérament a été apporté à l'application de la loi nationale. En vertu de l'article 22-2 du Code civil, la validité du testament d'un étranger portant sur des biens immobiliers situés en Irak sera soumise à la loi irakienne. Il en va de même pour les modalités de transmission de ces biens. Cette dérogation, nous semble-t-il, vise à faire respecter les règles d'ordre public irakiennes s'agissant de l'établissement d'un testament. Le droit irakien conditionne la validité du testament à l'établissement d'un acte authentique signé par le testateur et homologué par un notaire¹⁰². Le respect de la loi irakienne exige également la transcription dans le registre foncier de tout acte relatif aux biens immobiliers¹⁰³.

B. - *Les solutions concernant les biens et les obligations*

Les particularités nationales qui ont commandé le choix des éléments de rattachement en matière de statut personnel s'estompent ici et les règles de conflit irakiennes semblent plus proches, dans ce domaine, des droits occidentaux. Examinons en premier lieu les textes relatifs à la loi applicable en matière des biens, ensuite ceux, plus important, relatifs aux obligations contractuelles et enfin ceux qui concernent les obligations non contractuelles.

1. Possession, propriété et autres droits réels

En vertu de l'article 24 du Code civil : « la possession, la propriété et les autres droit réels, et notamment les modalités de transfert de ces droits par le contrat, la succession, le testament et autres, sont soumis, pour ce qui concerne les immeubles, à la loi de la situation de l'immeuble ... ». Le droit irakien consacre ainsi une règle de conflit très répandue : la *lex rei sitae* qui commande la soumission des immeubles à la loi du lieu de situation. Cette loi est compétente pour déterminer les droits réels principaux ou accessoires

¹⁰² V. art. 65 du Code du statut personnel n°188-1959.

¹⁰³ V. les articles 508 et 1126 du Code civil et l'article 3 de la loi sur la transcription foncière n°43 année 1971.

dont un bien peut être l'objet ; elle fixe les prérogatives de son titulaire, leur durée et leurs modalités : usage, jouissance, aliénabilité, saisissabilité, opposabilité, droit de suite, droit de préférence...etc.

En revanche, la doctrine est partagée sur la question de savoir si cette règle s'étend aux contrats portant sur des immeubles ou si ceux-ci sont régis par la loi de l'autonomie. Prenons pour exemple les obligations issues du contrat de louage d'immeuble et supposons que les parties aient inséré dans celui-ci une clause de choix de loi. Quelle règle de conflit le juge appliquera en l'occurrence : celle des obligations contractuelles ou celle relative aux immeubles ?

Aucun élément de jurisprudence ne permet de répondre à cette interrogation. La majorité de la doctrine se prononce en faveur de la *lex rei sitae*¹⁰⁴. Cette solution nous semble devoir être retenue puisque l'article 25 du Code civil, après avoir consacré le principe de la loi d'autonomie, dispose dans son paragraphe 2 que le contrat portant sur un immeuble sera régi par la loi du lieu de situation de l'immeuble. Cette loi régit donc la conclusion du contrat et ses effets à l'exclusion cependant de la question de la capacité des parties qui reste soumise à la loi nationale. Ainsi la capacité d'un étranger de vendre un immeuble situé en Irak ou d'y instituer des droits réels échappe au droit irakien et sera tributaire de sa loi nationale.

Il convient de souligner que les dispositions de la loi n°87-1979 sur les baux d'habitation appartiennent à la catégorie des lois de police ou d'application immédiate¹⁰⁵. Les baux rentrant dans le champ d'application de cette loi y seront soumis sans considération pour les lois étrangères. Le mécanisme de conflit de lois sera à cet égard tout simplement écarté.

Quant aux meubles, l'article 24 du Code civil dispose que « la possession, la propriété et les autres droits réels sont soumis [...] pour ce qui est des meubles, à la loi du lieu où se trouvait le meuble au moment où s'est produit la cause qui a fait acquérir ou perdre le droit ». Ce texte consacre la soumission des biens à la loi de l'État où ils sont situés. Cependant, cette règle n'est pas absolue. La particularité de certains biens meubles résiste à l'application de la loi du lieu de situation. Cela concerne notamment les avions, les navires et tous les moyens de transport. La doctrine s'accorde pour l'application de la loi de l'État où l'appareil a été immatriculé, dite la loi du pavillon¹⁰⁶.

¹⁰⁴ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p.131 ; M. NASRALLAH, *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁵ Les lois de police se définissent habituellement comme « des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays ». D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 42. Cette définition a suscité des critiques. V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, pp. 88-90.

¹⁰⁶ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p.132 ; AL-RAWI, *op. cit.*, 114.

Le Code civil irakien ne comporte pas de règles de conflit relatives aux biens incorporels. L'article 30 trouve ici application, et le juge est tenu de cerner et d'appliquer les principes du droit international privé les plus répandus. Les solutions doctrinales préconisent l'application de la loi du domicile du débiteur s'agissant des dettes ; de la loi de l'État dans lequel l'invention a été brevetée s'agissant des brevets d'invention ; de la loi du pays où la marque a été déposée concernant les marques commerciales¹⁰⁷. Quant aux marchandises transportées (cargaisons), c'est la loi du pays destinataire qui s'applique¹⁰⁸. En revanche, les titres au porteur peuvent parfaitement être soumis à la règle sur les biens mobiliers corporels.

Enfin, dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, la loi irakienne sur la protection du droit de l'auteur soumet obligatoirement au droit irakien les œuvres des auteurs irakiens et étrangers qui ont été divulguées pour la première fois en Irak. Mais, le législateur dépasse cette règle en soumettant également au droit irakien les œuvres d'auteurs irakiens divulguées pour la première fois dans un pays étranger¹⁰⁹.

2. Les obligations contractuelles

En matière de contrats internationaux, il convient de distinguer entre les questions de fond et les questions de forme.

a) *Eu égard au fond de l'acte juridique*

Ces contrats sont régis quant au fond par le principe de l'autonomie de la volonté. L'article 25-1 du Code civil rattache les contrats internationaux à la loi que les contractants ont choisie explicitement ou implicitement : « les obligations contractuelles sont régies par la loi du domicile quand elle est commune aux parties contractantes, et, à défaut de domicile commun, par la loi du lieu où le contrat a été conclu. Le tout, à moins que les parties ne conviennent ou qu'il ne résulte des circonstances qu'une autre loi devra être appliquée »¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹⁰⁸ SALAMA, *art. préc.*, p. 23.

¹⁰⁹ V. art. 49 de la loi n°3 année 1971.

¹¹⁰ Le terme obligations contractuelles utilisé dans l'article susvisé comprend, en sus des effets du contrat, sa formation, ses modalités et son anéantissement. Ainsi le législateur a adopté le principe de l'unité de la loi applicable aux contrats internationaux. H. AL-HADDAD, *op.cit.*, p.393. *Contra* : AL-RAWI, *op.cit.*, p. 123, qui souligne que « le législateur irakien n'a pas abordé la question de la loi applicable sur la formation du contrat, il l'a donc laissé au juge selon le principe généraux du droit international privé ».

Soumettre les contrats internationaux à la loi de l'autonomie de la volonté, est la solution dominante dans la pratique internationale¹¹¹. La jurisprudence admet la liberté des parties de choisir en toute indépendance la loi applicable à leur contrat¹¹². Si les contractants omettent d'effectuer un choix explicite de la loi régissant le contrat, le juge peut tenir compte de leur choix implicite. Ce choix implicite peut-être déduit du fait que les contractants, lors de précédentes transactions, avaient opté pour une loi donnée. La tendance des parties à employer la terminologie juridique propre à une législation donnée peut aussi révéler leur volonté de choisir la loi de cet État. De même, la désignation de la juridiction compétente pour les litiges liés au contrat peut être prise en compte pour révéler la volonté des contractants d'appliquer la loi de l'État où se trouve le tribunal désigné¹¹³.

En effet, c'est en raison de l'absence du choix explicite ou tacite de la loi applicable que les difficultés surgissent. Le législateur irakien enjoint alors au juge d'appliquer la loi du domicile commun des parties, et à défaut de celui-ci, la loi du lieu de conclusion du contrat. Il est évident que l'éventualité d'appliquer, en l'occurrence, la loi du domicile commun est extrêmement mince ; les contrats internationaux étant des opérations regroupant habituellement des parties provenant de différents pays. Nous passons alors à l'application de la loi du pays de conclusion du contrat. Or, cette solution pêche par son anachronisme car elle ne s'accorde plus aujourd'hui avec l'évolution contemporaine du droit du commerce international. D'une part, en effet, les contrats sont souvent conclus à distance comme en témoigne l'accroissement des contrats électroniques, ce qui pourrait soulever de sérieux problèmes quant à la détermination du lieu de conclusion du contrat. D'autre part, le lieu du contrat ne révèle pas le centre de gravité réel de la relation contractuelle ; il est de plus en plus accessoire par rapport aux autres éléments du contrat. Ce lieu peut être fixé par pur hasard, il ne constitue plus à l'évidence un élément solide et valable de rattachement¹¹⁴.

C'est la raison pour laquelle les législations modernes ont opté pour une localisation objective de la relation contractuelle préférant une solution

¹¹¹ Cette solution a été adoptée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 concernant la loi applicable aux obligations contractuelles (art. 3).

¹¹² « Ayant été stipulée dans le contrat de transport l'application du droit suédois ou du droit norvégien, le juge est tenu d'appliquer l'une de ces lois en vertu de l'article 25 du C. civ. » Cass. Com. du 22 mars 1969, Recueil *Qada mahkamat tamii' z al-iraq*, Vol. 6, 1969, p. 271.

¹¹³ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹¹⁴ H. AL-HADDAD, *op. cit.*, p. 380 ; H. SADIK, « Regards critiques sur les textes de conflits de lois quant à leur position dans le code civil égyptien » in *Actes du Congrès international du cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Direction générale de la coopération internationale et culturelle, Egypte, 1998, pp.195-196 ; P. GANNAGÉ, *art. préc.*, p. 424.

fondée sur la nature propre de cette relation¹¹⁵. La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a adopté le principe du rattachement à la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique du contrat¹¹⁶. L'article 4 de la convention tout en établissant une présomption en faveur de cette loi, permet au juge de l'écarter, s'il apparaît que l'opération contractuelle présente des liens plus étroits avec une autre loi¹¹⁷. Le législateur irakien pourrait ainsi s'inspirer de ces prescriptions flexibles et équilibrées en conférant au juge le pouvoir de localiser objectivement la relation contractuelle, à la lumière des circonstances et conjonctures du contrat, et ce afin de parvenir à déterminer la loi la plus étroitement liée au litige.

Quoi qu'il en soit, il est pas inutile de rappeler qu'échappent à la loi d'autonomie, les questions suivantes : la capacité, la forme de l'acte juridique et les contrats portant sur un immeuble. Notons aussi que les réglementations relatives au contrat de travail sont considérées comme des lois de police et seront ainsi appliquées aux travailleurs étrangers.

b) Eu égard à la forme de l'acte juridique

La pratique internationale est depuis longtemps de soumettre la forme de l'acte juridique à la loi de lieu où l'acte a été conclu, *locus regit actum*. Une fois l'acte conclu valablement selon la loi du lieu de sa formation, il sera également valable relativement à sa forme dans tous les autres pays. Le droit irakien a adopté cette pratique dans l'article 26 du Code civil dans les termes suivants : « les contrats sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils ont été accomplis ». Nous avons déjà relevé une solution semblable pour le contrat de mariage qui sera de la sorte valable s'il a été conclu selon la forme exigée par le pays du lieu de célébration. L'article 48-1 du Code de commerce reprend cette solution après l'avoir légèrement remaniée. Le texte qui admet la validité de la lettre de change observant la forme de la loi de l'État où elle a été rédigée précise que « ne peut néanmoins être réputée nulle, une lettre de change dès que la forme exigée par la loi irakienne a été respectée, abstraction faite des exigences de la loi étrangère ».

¹¹⁵ Par exemple le droit international privé allemand et le droit international privé suisse.

¹¹⁶ Le paragraphe 1 de l'article 4 prévoit que « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. », le paragraphe 2 rajoute que « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle... ».

¹¹⁷ Paragraphe 5 de l'article 4 de la convention. Par exemple, dans un contrat de vente, la prestation du vendeur (la livraison) est considérée comme caractéristique, contrairement à celle de l'acheteur (payer le prix), dont la prestation est considérée de moindre importance, ce qui justifie la soumission du contrat à la loi du lieu de l'activité du premier.

La règle *locus regit actum* est justifiée d'une part par des raisons de simplicité afin de permettre aux contractants de passer des actes juridiques valables partout où ils se trouvent, et d'autre part, par souci de préserver la sécurité juridique des transactions.

Étant étroitement liée aux questions de forme, la preuve est également soumise à la loi qui régit la forme. L'article 13 de la loi relative à la preuve n°107-1979 prévoit que « la loi applicable s'agissant des moyens de preuves est la loi de l'État où l'acte a été conclu ». La forme et la preuve sont donc soumises au même facteur de rattachement. Dès lors, la loi du pays de formation de l'acte détermine la charge de la preuve, l'admissibilité des modes de preuve, la force probante de l'écrit, du témoignage, des présomptions, de l'expertise ...etc. Cependant, le législateur irakien après avoir posé cette règle n'a pas hésité à y faire une entorse en énonçant, dans le même article, que « néanmoins, le tribunal peut appliquer la loi irakienne si le moyen de preuve y est plus facile (simple) que celui exigé par la loi étrangère ». Par exemple, si la loi étrangère exige que la preuve soit établie par acte solennel alors que la loi irakienne se contente de témoignages, le juge peut appliquer la loi irakienne et admettre la preuve par témoignage¹¹⁸.

Il semble que le but poursuivi par le législateur à travers cette exception est de faciliter la preuve. Mais cette position, croyons-nous, peut entraîner une insécurité juridique, car le pouvoir attribué au juge de substituer la loi irakienne à la loi étrangère est facultatif ; il peut l'exercer ou y renoncer. Les parties concernées ne sont donc pas sûres de l'attitude qu'adoptera le juge et par conséquent, l'incertitude règne concernant la loi applicable (la loi irakienne ou la loi du pays de formation). Il serait donc souhaitable que cette substitution soit impérative chaque fois que le moyen de preuve en droit irakien est plus souple que celui qui est requis par la loi étrangère.

Il convient de mentionner qu'échappent à la loi applicable à la forme des actes toutes les questions de procédure qui sont soumises, d'après l'article 28 du Code civil, à la *lex fori*, c'est-à-dire à la loi du tribunal saisi.

3. Les obligations extra-contractuelles

En vertu de l'article 27-1 du Code civil, les obligations non contractuelles résultant de la responsabilité délictuelle ou de l'enrichissement sans cause seront soumises à « la loi de l'État sur le territoire duquel se produit le fait générateur de l'obligation ». Cet article reprend en effet une solution traditionnelle soumettant les obligations non contractuelles à la loi du pays où le fait est survenu, la *lex loci delicti*. Le rattachement à la loi du lieu de survenance du fait générateur s'impose pour

¹¹⁸ A. AL-ABOUDY, *op. cit.*, p. 43.

plusieurs raisons, notamment l'objectivité de ce facteur et la prévisibilité d'application de la loi locale pour ceux qui agissent dans un pays donné¹¹⁹.

Cependant, cette règle a été contestée par la doctrine moderne. On lui a reproché sa rigidité et son incapacité à appréhender la diversité des faits générateurs d'obligations. En matière de responsabilité délictuelle par exemple, l'acte illicite peut se produire sur le territoire d'un État qui n'entretient qu'un lien très peu significatif avec le litige. C'est le cas par exemple lorsque le fait dommageable se produit dans l'État de façon tout à fait fortuite, ce qui rend inappropriée l'application de la loi de cet État, notamment en présence d'une autre loi plus étroitement liée à la situation en cause¹²⁰. Il est donc souhaitable d'octroyer au juge le pouvoir de s'affranchir de la *lex loci delicti* dans les cas où la loi désignée par la règle de conflit paraît faiblement rattachée au litige en cause.

Cette solution est d'autant plus avantageuse que l'évolution a permis l'avènement de nouveaux types de faits illicites rendant l'application de la *lex loci delicti* pas toujours aisée. Le juge se trouve parfois confronté à une pluralité de localisations possibles de l'acte, soit parce qu'il y a une multiplicité de faits générateurs, soit parce le dommage et le fait générateur sont intervenus dans des États différents. Le texte de l'article 27-1 du Code civil ne permet pas de pencher pour la loi du lieu où le dommage s'est réalisé¹²¹. Que pourrait faire le juge face à des atteintes portées à la vie privée par des moyens de communications modernes (chaînes satellites, informatique) ? Comment déterminer la responsabilité du fait des dommages causés par des produits défectueux qui submergent le marché mondial ou la responsabilité en cas de pollution de l'environnement ?

Quoi qu'il en soit, l'application de la loi de l'État dans lequel est survenu l'acte créateur de l'obligation est conditionnée par l'exigence que le législateur pose au paragraphe 2 de l'article 27. D'après ce texte « lorsqu'il s'agit d'une obligation née d'un fait dommageable, cette règle ne sera pas appliquée aux faits qui se sont produits à l'étranger et qui, quoique illicites d'après la loi étrangère, sont considérés comme licites par la loi irakienne ». En d'autres termes, le fait que l'acte soit illicite selon la loi étrangère ne suffit pas pour appliquer la règle de conflit et engager la responsabilité de

¹¹⁹ Cette règle a été consacrée par la Cour de cassation française dans l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948. V. *Les Grands arrêts...*, n°19, p. 168.

¹²⁰ SADIK, art. préc., pp. 197-198. Prenons l'exemple d'une collision en Turquie entre deux camions citernes, immatriculés en Irak; les deux conducteurs sont également citoyens irakiens assurés chacun dans des compagnies d'assurances dont le siège se trouve à Bagdad. L'application par le juge irakien de la loi turque, lieu de l'accident fortuit, ne constitue point une solution adéquate.

¹²¹ *Contra* : droit français où la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit, ce lieu s'entendant aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui où ce dernier s'est réalisé. Cass.1^{re} civ. 28 oct. 2003, *Rev. crit. DIP*, 1-2004, p. 83 note D. BUREAU.

l'auteur de l'acte ; il faut encore que l'acte illicite survenu à l'étranger soit également illicite en droit irakien.

Ainsi par exemple, le remariage de l'époux encore engagé dans les liens d'un mariage est autorisé en droit irakien sous certaines conditions¹²². Ainsi, est irrecevable l'action en réparation intentée par l'épouse contre son mari qui a contracté un second mariage à l'étranger, et cela même si l'État où le mariage est conclu interdit la polygamie comme la France ou la Tunisie¹²³. De même, l'article 41-1 du Code pénal reconnaît aux parents et enseignants le droit de corriger les enfants placés sous leur autorité dans certaines limites prescrites par le droit musulman, par la loi ou par la coutume. Si le père, par exemple, use de son droit de correction en France, pays où cette pratique est illicite, la victime n'aura pas le droit de réclamer réparation du dommage subi devant la juridiction irakienne.

Il faut souligner que la portée de cette restriction est limitée à la recherche et à l'appréciation de la licéité ou non licéité de l'acte commis à l'étranger. Dès que l'acte se révèle également illicite selon la loi irakienne, on doit passer à la loi du pays dans lequel l'acte est survenu pour engager la responsabilité et réparer le dommage causé.

CONCLUSION

En dépit de la longue période écoulée depuis l'entrée en vigueur du Code civil irakien, les textes de conflit de lois y demeurent, inchangés. Bien que ces textes aient exprimé, lors de leur élaboration, les théories les plus récentes les développements survenus depuis, sur les plans économique, politique et social de la vie privée internationale, rendent nécessaire une révision des ces règles à la lumière de l'évolution du droit international privé contemporain. Une meilleure réglementation des relations privées internationales est indispensable dans la perspective du retour de l'Irak sur la scène internationale, son ouverture sur le monde et sa reconstruction.

Il résulte de l'étude qui vient d'être menée que les règles du droit international privé irakien se révèlent tantôt lacunaires, tantôt anachroniques, tantôt inappropriées.

Droit lacunaire :

De prime abord, il est patent que le *corpus* législatif n'est pas en mesure de couvrir tous les problèmes concernant le conflit de lois. Les règles de

¹²² Notamment, la présence d'un intérêt légitime pour se remarier et la capacité financière chez le prétendant à entretenir une deuxième épouse. art. 3-4 du Code du statut personnel.

¹²³ H. AL-HADAWI et Gh. AL-DAWODI, *op. cit.*, p. 157.

conflit irakiennes présentent des lacunes, étant donné qu'elles ne remédient pas à plusieurs questions qui restent sans réponse. Un grand nombre de problèmes ont été omis par le législateur. Nous pensons notamment aux questions de statut personnel comme le nom, l'absence, la disparition, les fiançailles, la filiation illégitime, l'adoption. De même dans le domaine des opérations financières où le législateur garde le silence s'agissant notamment d'échange d'actions en bourse, de la protection des biens culturels et patrimoniaux, de la propriété littéraire, artistique et industrielle. Aucun élément ne permet de connaître la solution à suivre afin de désigner la loi compétente en cas de diffamation, d'atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité. Ces lacunes ne peuvent être comblées par le seul effort des juges.

L'éternelle justification fondée sur l'article 30 du Code civil, qui renvoie aux principes généraux de droit international privé en cas de lacune du texte législatif, ne nous paraît point convaincante. Laisser au juge le soin de trouver la règle de conflit adéquate, à la lumière des principes généraux de droit international privé, n'est guère aisé. Cette mission suppose la connaissance, à un degré élevé, du droit comparé. Ce dont on peut douter vu la situation actuelle des juridictions irakiennes en raison de la méconnaissance des langues étrangères et du défaut de formation à cette discipline. Le juge aura besoin d'être encadré par des textes et principes généraux, constituant ainsi des bornes et des normes, dans la mesure où le droit irakien ne reconnaît pas, en général, à la jurisprudence un pouvoir créateur de règles juridiques. L'absence regrettable de l'Irak des conventions internationales, notamment celles élaborées sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé, ne fait qu'aggraver la situation.

Droit anachronique :

En les comparant avec les codifications modernes, certaines règles de conflit de lois que comporte le code civil, semblent surannées ; elles demeurent incapables de suivre l'évolution sur le plan international. Nous avons eu l'occasion, par exemple, de voir que le rattachement subsidiaire à la loi du lieu de conclusion du contrat est inopportun. Dans la conjoncture actuelle du commerce international, ce lieu ne constitue plus un élément déterminant dans la relation contractuelle. La même critique peut être adressée à l'article 21 du Code civil qui prévoit la compétence de la loi du débiteur en matière de pensions alimentaires. Le courant actuel, suivi par de nombreuses législations, tend à réaliser la protection du créancier, en spécifiant la compétence de sa loi nationale ou du lieu de sa résidence

habituelle¹²⁴. Par ailleurs, d'autres règles, notamment celles qui font prévaloir la loi de l'homme sur celle de la femme pour les mariages mixtes, se trouvent aux antipodes de l'évolution sur le plan international consécutive à la reconnaissance du principe d'égalité entre homme et femme et d'autres droits fondamentaux confirmés par les déclarations des Droits de l'Homme¹²⁵. Ces règles sont, sans doute, dans la grande nécessité d'être révisées et modernisées afin qu'elles puissent répondre aux changements de notre ère, et faciliter ainsi les relations privées internationales.

Droit inapproprié :

En fin de compte, les dispositions relatives au mécanisme de conflit de lois prêtent facilement le flanc à la critique. Elles sacrifient la prévisibilité et l'harmonie internationale des solutions, ce qui est particulièrement fâcheux en droit de la famille où l'état des personnes requiert une grande stabilité. Nous avons remarqué de prime abord que le rejet systématique du renvoi compromet l'harmonie des solutions du droit international privé. Ensuite, la méthode ponctuelle adoptée pour résoudre le conflit mobile consécutif au changement de l'élément de rattachement se révèle parfois inadéquate. Elle peine à déjouer les tentatives des fraudeurs qui, pour se dérober à l'application d'une loi donnée, changent volontairement l'élément de rattachement comme on l'a souligné en matière de divorce.

Pour étayer ce grief, nous pouvons également avancer d'autres illustrations de rattachements inappropriés. Prenons l'exemple d'un algérien qui épouse une française et acquiert ensuite la nationalité française. L'épouse saisit le juge irakien en demandant une pension. Il est certain que l'application de la loi algérienne – loi nationale du mari lors de mariage – est inadéquate car la nationalité désormais commune aux époux indique leur volonté de se soumettre à la loi française. Le même grief pourrait être fait en ce qui concerne la méthode unilatéraliste du conflit de lois mise en valeur par l'article 19-5 du Code civil. Persister à appliquer systématiquement le droit irakien chaque fois que l'un des époux était irakien lors du mariage

¹²⁴ V. par ex., art. 18-1 du droit international privé allemand de 1986, art. 9-7 du droit international privé espagnol de 1974, art. 74 du droit international privé belge de 2004, art. 4-1 de la convention de La Haye du 2 oct. 1972 concernant la loi applicable pour les obligations alimentaires.

¹²⁵ Cela est d'autant plus vrai que l'Irak est partie à la Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes. (Date d'adhésion 13 août 1986 ; Date d'entrée en vigueur 12 sept. 1986). (Date d'adhésion 13 août 1986 ; Date d'entrée en vigueur 12 sept. 1986). Mais le pays n'a pas manqué d'introduire des réserves articles 2(f), 2(g), 9(1), 9(2), 16 et 29(1) visant à assurer le respect des prescriptions de la loi religieuse. Nous invitons le nouveau gouvernement irakien à retirer les réserves que l'ancien régime avait émises à la convention. Ceci serait un signe fort pour confirmer son attachement aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales. Pour savoir ces réserves V. <http://www.hri.ca/fortherecord2000/bilan2000/documentation/reservations/cedaw.htm>

mixte devient une aberration. Le privilège de nationalité repose sur un critère dépourvu d'objectivité et contraire à l'esprit du droit international privé contemporain. Ce privilège en faveur du justiciable irakien conduit à un repli excessif sur des valeurs nationales au détriment de l'harmonie internationale, surtout en présence de circonstances concordantes prouvant son attachement à un pays étranger¹²⁶. Prenons le cas d'un irakien qui épouse une française et qui acquiert par la suite la nationalité de sa femme. Résidant désormais en France et partageant la nationalité de son épouse il devient réellement et socialement intégré dans le pays de sa nouvelle nationalité et se soumet volontairement à ses lois.

Au demeurant, pour pallier le risque que l'application des règles de conflit de lois ne conduise à des situations inopportunes, nous proposons d'inclure au sein de la législation un texte général octroyant au juge le droit de passer outre les solutions législatives dans des circonstances exceptionnelles lorsque la règle de conflit conduit à désigner une loi qui ne présente que peu de liens avec la situation juridique¹²⁷. Utilisée avec modération, cette clause d'exception, dite de proximité¹²⁸, permettrait au juge d'appliquer la loi qui lui semble la plus adaptée au conflit afin d'atteindre la finalité du droit international privé visant à soumettre la situation à l'ordre juridique qui entretient avec elle les liens les plus étroits. Une telle exception est, croyons-nous, la meilleure méthode de corriger le rattachement et d'établir, par conséquent, un équilibre entre le besoin de règles juridiques rigides et celui d'une certaine liberté d'appréciation à laisser au juge.

En fin de compte et pour conclure, un tel travail de révision et de mise à jour ne peut être complet et achevé sans envisager la codification de l'ensemble du droit international privé dans un seul code, à l'instar des législations étrangère modernes¹²⁹. Rassembler et codifier les différentes

¹²⁶ En effet, on a pu reprocher au privilège de nationalité de faire double emploi avec l'exception d'ordre public. L'objectif de protection du système du for aurait pu être atteint, et avec plus de souplesse, par la voie de l'ordre public. Celui-ci permettrait d'exclure non pas *a priori* toutes les lois étrangères, mais au cas par cas celles qui heurtent les principes fondamentaux de l'ordre juridique national. H. SADIK, *art. préc.*, p.194.

¹²⁷ Solution déjà adoptée par le droit international privé belge dont l'article 19 permet d'écarter la loi désignée par le code « lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État ». V. également l'article 15 du droit international privé suisse.

¹²⁸ V. pour plus de détails : P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1986-I, t. 196, p. 11 et s.

¹²⁹ La dernière en date concerne le droit international privé belge en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2004. V. sur cette loi et sur l'opportunité de codifier en la matière: J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, n° 1, 2005, spéc. pp. 14-17.

règles du droit international privé irakien, disséminées ici et là¹³⁰, dans un seul code permettrait d'une part de faciliter la tâche du juge à trancher les conflits relatifs à la vie privée internationale et aiderait, d'autre part, à la clarté, à la bonne concordance des textes et à éviter les mauvaises interprétations. La nationalité, le conflit de lois, le conflit de juridiction et l'exécution des jugements étrangers..., tous ces éléments¹³¹ ont pour dénominateur commun la réglementation de la vie privée internationale. Ils gagnent donc à être codifiés et modernisés. Ce travail n'est pas souhaitable mais indispensable à une époque où les frontières géographiques s'estompent et les distances se rapprochent, le monde n'étant plus qu'un seul village planétaire.

¹³⁰ Les matières du droit international privé sont aujourd'hui dispersées entre le code civil (conflit de lois et conflit de juridictions), le code de procédure civile, la loi sur le statut personnel des étrangers n° 37 année 1931, la loi sur la nationalité irakienne n° 26 année 2006 et la loi sur l'exécution des jugements étrangers en Irak n°30 année 1928.

¹³¹ Conformément à la conception extensive, qui prédomine dans la doctrine française (V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 5-19 et spéc. n° 26), l'objet du droit international privé comprend les conflits de lois, les conflits de juridiction, la nationalité, le domicile et la condition des étrangers. La même conception domine dans la doctrine irakienne et égyptienne.