

Le rejet des répudiations musulmanes

Patrick Courbe, Professeur à l'Université de Rouen

L'essentiel

La Cour de cassation refuse, par cinq arrêts du 17 février 2004, de donner effet en France aux répudiations algériennes et marocaines, parce qu'elles méconnaissent le principe d'égalité des époux proclamé par le protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention européenne des droits de l'homme. Or, ce principe est une exigence de l'ordre public international, dès lors du moins que la femme est domiciliée en France. Ainsi fondée sur l'ordre public de proximité, la solution doit être approuvée.

1 - Par cinq arrêts, d'une importance considérable, rendus le 17 février 2004, la Cour de cassation arrête sa position sur l'accueil en France des répudiations musulmanes (1). Elle refuse de reconnaître, en règle générale, ces répudiations, en s'appuyant aussi bien sur les principes du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, que sur l'ordre public de proximité. Le nombre de décisions rendues le même jour, comme la fermeté de la motivation mise en oeuvre révèlent qu'il s'agit indiscutablement d'arrêts de principe. Dans l'un d'eux, en outre, la Haute juridiction opère un revirement de l'arrêt *Simitch* : le juge étranger est incompétent pour prononcer le divorce lorsque la compétence française est fondée sur l'article 1070 du nouveau code de procédure civile (n° 260). Ce n'est certainement pas non plus une coïncidence si, dans cet ensemble, les trois décisions qui ordonnent la cassation d'arrêts rendus par les Cours d'appel de Versailles, Nîmes et Rennes, ordonnent le renvoi devant la Cour d'appel de Paris, qui jugeait encore récemment que le principe même de la répudiation est contraire à l'ordre public français, lequel intègre les valeurs de la Convention européenne (n° 259, 260, 257). Mais ce sont paradoxalement les deux arrêts de rejet qui retiennent d'abord l'attention (n° 256, 258).

2 - Dans le premier arrêt (n° 256), deux époux algériens se sont mariés en Algérie en 1985. L'épouse ayant présenté une requête en divorce à un juge français, le mari verse aux débats, au cours de la procédure, un jugement rendu en Algérie et qui avait prononcé le divorce. Mais la Cour d'appel de Paris rejette l'exception de chose jugée, considérant que ce jugement ne pouvait être reconnu en France. Le mari forme alors un pourvoi dans lequel il invoque le rattachement caractérisé du litige aux juridictions étrangères, le caractère contradictoire de la procédure devant le tribunal algérien et le choix non frauduleux de ce tribunal. Le pourvoi est rejeté par un arrêt qui reprend la motivation de la juridiction d'appel. La Cour de Paris a, en effet, relevé que le divorce avait été prononcé par les juges algériens « *malgré l'opposition de la femme* », au seul motif, admis par la loi algérienne, « *que le pouvoir conjugal reste entre les mains de l'époux et que le divorce doit être prononcé sur la seule volonté de celui-ci* ». La cour d'appel en a exactement déduit que, même s'il résultait d'une procédure contradictoire, le jugement algérien constatait « *une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial* ». Cette décision était contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, « *et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1er d, de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français* ».

Dans le second arrêt (n° 258), il s'agit aussi d'époux algériens. Le mari a obtenu d'un tribunal algérien le prononcé du divorce par un jugement contradictoire. Il en demande l'exequatur en France, qui est refusé. Dans son pourvoi, il reproche à la cour d'appel de ne pas s'être expliqué sur l'absence de fraude, qu'il invoquait, et de ne pas avoir recherché si les compensations pécuniaires obtenues par son épouse n'assuraient pas l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, suivant les prescriptions du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce pourvoi est rejeté par une motivation identique (à un mot près) à celle du précédent arrêt (n° 256).

3 - Des trois arrêts de cassation, on ne retiendra que les éléments caractéristiques. Dans l'un (n° 260), la cour d'appel a déclaré exécutoire en France un jugement rendu en 1998 par un tribunal algérien ayant prononcé le divorce de deux époux, au motif que la juridiction algérienne était compétente au regard de la nationalité commune des deux époux et qu'aucune fraude n'était établie dans la saisine de cette juridiction. Sur pourvoi de l'épouse, l'arrêt est cassé au visa de la Convention franco-algérienne de 1964 ainsi que de l'article 1070 du nouveau code de procédure civile. Les deux époux, en effet, étant domiciliés en France, « *leur nationalité algérienne commune ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie* », et le juge algérien n'était donc pas compétent pour en connaître.

Dans un autre arrêt (n° 259), il s'agit cette fois d'époux marocains domiciliés en France. L'épouse ayant formé une demande en divorce devant un tribunal français, cette demande a été déclarée irrecevable au motif que la femme avait agi devant une juridiction marocaine pour voir fixer les conséquences pécuniaires du divorce, en fondant son action sur un acte antérieur de divorce qu'elle avait donc ainsi accepté. Les termes du pourvoi, comme du reste dans l'arrêt précédent, révèlent qu'il s'agissait selon toute vraisemblance d'un divorce par répudiation unilatérale. Sur pourvoi de l'épouse, l'arrêt est cassé au visa des deux Conventions franco-marocaines, celle de 1981 sur le statut des personnes, et celle de 1957 sur la reconnaissance des jugements. La Cour de cassation juge, d'abord, que « *le fait, pour l'épouse, d'avoir sollicité la majoration des pensions accordées pour elle-même et pour les enfants ne saurait être considéré comme un acquiescement* ». Elle décide, ensuite, qu'aucun certificat de non-recours n'étant produit, la cour d'appel aurait dû d'office vérifier, d'une part, que la femme avait été légalement citée ou représentée, et que, d'autre part, la décision marocaine était passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution.

C'est à nouveau le divorce d'époux marocains qui se trouve au coeur du dernier arrêt (n° 257). Un mari marocain et sa femme française, mariés en 1986, ont divorcé par jugement du 8 mars 1991, après enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite par le mari le 7 mars 1990. Mais, en 1998, le procureur de la République a assigné les deux époux en annulation de leur mariage pour bigamie et pour faire constater, en conséquence, la caducité de la déclaration de nationalité. La cour d'appel a débouté le ministère public au motif que, si le mari s'était marié au Maroc en 1981 avec une femme de nationalité marocaine, il était établi que le mariage avait été dissous par divorce en février 1983 « *selon la loi marocaine* », et que cette décision devait être reconnue de plein droit en France. Sur pourvoi du procureur général, l'arrêt est cassé au visa de l'article 455 du nouveau code de procédure civile. La première Chambre civile constate, en termes brefs, que la cour d'appel a statué par des considérations générales qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la régularité internationale de la décision marocaine. De fait, s'il s'agit, suivant les termes du pourvoi, d'une répudiation prononcée « *selon la loi marocaine* », la décision ne pourra être reconnue en France.

4 - En s'opposant ainsi à la reconnaissance des répudiations algériennes et marocaines, ces arrêts s'inscrivent dans un courant jurisprudentiel, amorcé il y a une dizaine d'années, hostile à l'accueil des répudiations étrangères (2). De fait, à partir d'un arrêt du 1er juin 1994 (3), la Cour de cassation a pris appui sur l'article 5 du protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui venait d'entrer en vigueur, pour juger contraires à l'ordre public les répudiations étrangères. La solution heurtait de plein fouet les dispositions de l'article 13 de la Convention franco-marocaine de 1981, qui paraît imposer la reconnaissance de la répudiation unilatérale en assimilant celle-ci à un jugement de divorce (4). Pourtant, dans cet arrêt du 1er juin 1994, comme dans ceux qui vont suivre, la Cour de

cassation invoquera aussi l'ordre public procédural pour écarter les répudiations unilatérales, en visant la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 qui érige en condition de reconnaissance que « *la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée* » : l'arrêt n° 259 du 17 février 2004 le rappelle aussi.

Si bien que les arrêts commentés confirment l'orientation de la jurisprudence dans un sens restrictif, en rappelant le principe posé en 1994. Mais ils innovent aussi par la motivation du rejet des répudiations (I) et par quelques solutions particulières sur le contrôle des jugements étrangers (II).

I - Le rejet des répudiations étrangères

5 - Le soin avec lequel ces cinq arrêts du 17 février 2004 définissent les limites désormais fixées à l'accueil des répudiations unilatérales laisse penser que la Cour de cassation a arrêté une position de principe : la répudiation unilatérale de la femme par le mari est contraire au principe d'égalité des époux posé par l'article 5 du protocole n° 7 à la Conv. EDH et « *donc* » (dit l'arrêt n° 256 ; la conjonction ne figure pas dans l'arrêt n° 258) à l'ordre public international. Chacun des deux motifs retiendra l'attention.

A - Le protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme

6 - Comme dans l'arrêt du 11 mars 1997 (5), la Cour de cassation rappelle que la France garantit à toute personne relevant de sa juridiction le bénéfice des valeurs véhiculées par la Convention européenne et ses protocoles. C'est là un engagement général souscrit par les Etats parties et que proclame l'article 1er de la Convention européenne.

Sans doute la Cour de cassation aurait-elle pu s'appuyer simplement sur le principe interne d'égalité des époux, qui irrigue depuis plusieurs décennies le droit positif français. Mais l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme présente plusieurs avantages. D'un côté, elle montre que les arrêts du 17 février 2004 sont dans le droit-fil de la ligne jurisprudentielle initiée en 1994. D'un autre côté, cet appui donne un fondement textuel (cf. art. 1er Conv. EDH cité ci-dessus) et rationnel à la mise à l'écart de la Convention franco-marocaine de 1981. C'est, enfin, le moyen de répondre à la critique assez facile arguant du caractère nationaliste de la solution retenue.

Pour autant, la Cour de cassation ne donne pas au Traité européen une vocation universelle. La protection des droits de l'homme ne résulte pas, en effet, de l'application immédiate des instruments du Conseil de l'Europe. Elle procède de l'intégration des valeurs fondamentales dans l'ordre public international.

7 - C'est bien ce qui résulte de la formulation des deux arrêts de rejet (cf. *supra*, n° 2). Sans doute existe-t-il une différence de rédaction : d'un côté, la répudiation est dite contraire au principe d'égalité des époux « *et donc à l'ordre public international* » (arrêt n° 256). D'un autre côté, elle est dite contraire au principe d'égalité des époux « *et à l'ordre public international* » (n° 258). De telle sorte que, dans le premier arrêt, la Cour de cassation inclut le principe européen d'égalité des époux dans l'ordre public. C'est en ce sens que s'était prononcée la Cour d'appel de Paris (6). Dans le second, elle paraît écarter la répudiation par deux motifs distincts : mais l'un d'eux serait surabondant, puisque le principe d'égalité est nécessairement une composante de l'ordre public international. De plus, le recours à l'ordre public de proximité (cf. *infra*, n° 11) confirme la volonté de la Cour de cassation de limiter le champ d'application des principes européens, en les intégrant dans l'ordre public international.

8 - Cet appui du droit européen pourrait surprendre ceux qui avaient regretté le silence de la Cour de cassation dans deux arrêts récents. Ainsi, le 3 juillet 2001 (7), la première Chambre civile décidait d'accueillir en France « *un divorce par répudiation unilatérale* » prononcé en Algérie, parce que trois conditions se trouvaient en l'espèce remplies, notamment la conformité aux dimensions procédurale et alimentaire de l'ordre public. En s'abstenant de répondre au moyen du pourvoi invoquant une violation du principe d'égalité des époux garanti par l'article 5 du protocole n° 7, et en reconnaissant une répudiation algérienne, l'arrêt avait

suscité de vives critiques doctrinales (8). Il nous avait paru, cependant, qu'il ne s'agissait pas d'un revirement, mais plutôt d'un infléchissement dû aux circonstances de l'affaire (9). Quelques mois plus tard, la deuxième Chambre civile refusait de reconnaître une répudiation prononcée au Maroc par un mari français, en des termes qui avaient permis à un commentateur d'en déduire que, si les époux avaient été tous deux marocains, la Cour de cassation aurait accueilli cette répudiation (10). Toute ambiguïté peut être désormais levée : les répudiations musulmanes sont contraires à l'ordre public international, du moins si certaines conditions sont remplies.

B - L'exception d'ordre public

9 - Les répudiations unilatérales ne peuvent être reconnues en France car elles sont contraires au principe d'égalité des époux. Dans les deux arrêts de rejet (n° 256 et 258), la Cour de cassation abandonne la référence à l'ordre public procédural. Bien plus, reprenant la motivation de la Cour d'appel de Paris, elle relève que, « *même si elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire* », la décision étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari ne doit pas avoir d'effet en France.

Il est vrai que la référence au respect des droits de la défense donnait lieu à certaines réserves, dans la mesure où la répudiation est, dans sa forme radicale, un acte de volonté unilatérale et discrétionnaire du mari (11). La Cour de cassation l'explique au demeurant fort bien : la décision rendue par le tribunal étranger ne fait que constater la répudiation prononcée antérieurement par le mari « *sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme* ». La volonté unilatérale et discrétionnaire du mari prenant effet hors de toute procédure, elle ne peut donner lieu à un contrôle du respect de la contradiction. Et si l'aménagement des conséquences pécuniaires est l'oeuvre d'un juge, au cours d'une procédure permettant à la femme de faire valoir « *ses prétentions et ses défenses* » (12), le juge ne peut remettre en cause ni la rupture du mariage, ni la répartition des responsabilités. Il n'y a pas de place pour l'égalité des époux, idée contraire à l'essence même de l'institution.

C'est bien pourquoi, du reste, les comparaisons établies parfois (13) entre les répudiations musulmanes d'un côté, les ruptures de PACS, et les divorces pour rupture de la vie commune ou pour altération définitive du lien conjugal (suivant le projet de loi actuellement en discussion au Parlement), d'un autre côté, ne sont guère démonstratives : les deux partenaires, comme les deux époux, peuvent rompre le PACS ou demander le divorce. Ce bilatéralisme tranche avec l'inégalité structurelle de la répudiation (14).

10 - Cependant, l'arrêt n° 259, rendu au visa des deux Conventions franco-marocaines, montre bien que la vérification du respect de la contradiction demeure un impératif dans le contrôle des jugements étrangers qui prononcent le divorce. Car la décision émanant des autorités étrangères peut ne pas faire apparaître le caractère unilatéral et discrétionnaire de la rupture du mariage. Il incombe alors à celui qui invoque en France la dissolution du lien conjugal d'établir que celle-ci résulte d'une procédure loyale et contradictoire.

11 - Surtout, l'exception d'ordre public fait l'objet, dans ces arrêts du 17 février 2004, d'une approche proximaliste.

La répudiation soumise au juge français étant, par hypothèse, prononcée à l'étranger (15), l'ordre public au sens du droit international privé ne devrait intervenir qu'avec des exigences atténuées. C'est la leçon, toujours positive, de l'arrêt *Rivière* (16). Et c'est bien en l'appréciant sous cet angle que la Cour de cassation avait, dans l'arrêt précité du 3 juillet 2001 (17), accueilli une répudiation algérienne.

Par contraste, les arrêts du 17 février 2004 ont recours à l'ordre public de proximité pour contrôler l'accueil en France des répudiations musulmanes.

On sait que la première Chambre civile a, naguère, jugé que la loi étrangère qui interdit le divorce n'est pas contraire à l'ordre public, sauf si elle empêche un citoyen français domicilié en France de demander le divorce (18). Elle a eu recours au même mécanisme en décidant

que les effets d'un mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger ne peuvent se produire en France au détriment de la première épouse française (19). Elle a, enfin, déclaré que les lois étrangères qui ne permettent pas à l'enfant naturel d'établir sa filiation ne sont pas contraires à l'ordre public, sauf si l'enfant est français ou réside en France (20). Or, ne pouvait-on déceler, dans les circonstances retenues par les arrêts publiés, que l'existence de liens avec le for était en mesure de justifier, au fond, l'intervention de l'exception d'ordre public pour écarter les répudiations étrangères (21) ? Cette manifestation implicite de l'ordre public de proximité devient aujourd'hui explicite.

S'il y a contradiction de la répudiation avec l'ordre public, c'est parce que « *les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français* » (arrêt n° 256), ou bien « *la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français* » (arrêt n° 258). Ainsi se trouvent consacrées certaines propositions doctrinales, qui, sous des formes diverses, suggéraient d'accueillir en France les répudiations prononcées à l'étranger, seulement lorsque les deux époux étaient à l'époque domiciliés à l'étranger (22). Dans le même sens, M. P. Lagarde avait proposé le recours à une clause spéciale d'ordre public, que le législateur aurait dû édicter, « *déclarant sans effet en France, sauf à la demande de la femme, la répudiation d'une femme ayant sa résidence habituelle en France* » (23).

12 - La mise en oeuvre de l'ordre public de proximité par les arrêts du 17 février 2004 mérite d'être approuvée. Elle permet de résoudre la contradiction que renferme la notion d'ordre public atténué lorsque la répudiation, sans doute prononcée à l'étranger, vise une épouse résidant habituellement en France, donc intégrée dans une certaine mesure à la collectivité française. Alors, le bref séjour du mari dans le pays d'origine ne peut suffire à rendre la situation « *étrangère* », et à atténuer les exigences de l'ordre public aux fins de reconnaître en France cette répudiation. La solution est favorable à une politique d'intégration, réclamée semble-t-il par l'opinion publique, et dont les responsables politiques s'aperçoivent aujourd'hui qu'elle doit, malgré - ou à cause de - ses échecs, être développée. Les débats qui ont agité récemment la société française et qui ont abouti au vote d'une loi sur la laïcité, aux fins de limiter l'utilisation de symboles manifestant l'infériorité de la femme, n'ont pu laisser les Hauts magistrats indifférents.

En même temps, ces arrêts pourront avoir un effet dissuasif : si la femme vit en France, il sera inutile au mari de procéder à une répudiation expresse à l'étranger, en espérant que les conséquences pécuniaires du jugement étranger d'homologation, beaucoup plus favorables que celles attachées à un jugement français de divorce, pourront se produire en France. On évitera, au surplus, de s'interroger sur la conformité à l'ordre public du montant des sommes allouées effectivement à l'épouse répudiée (24). On relèvera, en ce sens, que le pourvoi formé par le mari, ayant conduit à l'arrêt n° 258, reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si les compensations pécuniaires obtenues par son épouse « *n'assuraient pas l'égalité des droits des époux lors de la dissolution du mariage* ». Ce moyen est rejeté : les allocations de subsides ne peuvent suffire à rendre la répudiation conforme à l'ordre public.

13 - Avec ces arrêts du 17 février 2004, les répudiations algériennes sont contraires à l'ordre public si la femme et, *a fortiori*, si les deux époux sont domiciliés sur le territoire français. Cette solution s'articule avec l'article 1er, d, de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, qui dispose : « *en matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou en Algérie ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat si elles réunissent les conditions suivantes : [...] d - la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'Etat où elle est invoquée...* ». Il appartient naturellement à l'Etat requis de définir les contours de son ordre public. C'est ce que font les arrêts ici commentés.

Quant aux répudiations marocaines, elles n'ont désormais effet en France, selon l'interprétation retenue de l'article 13, alinéa 1er, de la Convention de 1981, que sous réserve du respect des conditions de régularité des jugements étrangers posées par la Convention de 1957. Celle-ci exige notamment la conformité de la décision étrangère à l'ordre public. Or, celui-ci ne peut être défini que par l'Etat d'accueil. Et, dans ses arrêts du 17 février 2004, la Cour de cassation met en oeuvre un ordre public de proximité, incluant le principe européen

d'égalité des époux, qui n'écarte les répudiations étrangères que si la femme - ou *a fortiori* les deux époux - sont domiciliés en France.

Cette lecture de la Convention de 1981 est sans doute différente de celle qui avait été retenue lors des négociations. Mais l'exigence contemporaine de défense des droits fondamentaux, comme la prise en compte des nécessités d'intégration, peuvent conduire l'un des deux Etats à actualiser son interprétation du texte, dès lors que chacun admet le pouvoir des parties contractantes de définir les composantes de l'ordre public. Au demeurant, dans la conception qui prévaut en France, les valeurs intangibles qui composent l'ordre public ont une position hiérarchiquement supérieure à celle des traités internationaux (25).

Mais l'interprétation restrictive de l'article 13, alinéa 1er, de la Convention franco-marocaine de 1981 ne doit pas, cependant, conduire à écarter, pour l'épouse marocaine, le bénéfice de la jurisprudence traditionnelle - qui assimile la répudiation prononcée à l'étranger à un divorce par consentement mutuel quand c'est la femme elle-même qui l'invoque. N'est-ce pas le sens de l'arrêt n° 259 ? Si la demande de majoration des pensions alimentaires ne vaut pas acquiescement à la répudiation, on peut penser qu'une revendication expresse par la femme marocaine de cette répudiation permettrait de reconnaître celle-ci en France.

14 - Ces arrêts donneront satisfaction aux auteurs qui prônaient le rejet pur et simple des répudiations étrangères au nom du principe d'égalité des époux : le tempérament apporté par l'ordre public de proximité, c'est-à-dire la condition de domicile en France de l'épouse, est justifié par la relativité des situations internationales. Ils dissiperont aussi les craintes de ceux qui redoutaient l'hégémonisme de la Convention européenne : l'application de ses valeurs est limitée aux relations privées internationales localisées dans la sphère juridique européenne (26). Si les époux étrangers, dont le statut personnel connaît la répudiation, résident en effet à l'étranger au moment où celle-ci est prononcée par le mari (dans un pays qui l'admet), l'harmonie internationale des solutions l'emportera sur le respect des valeurs intangibles du for, et la répudiation « *étrangère* » pourra être reconnue en France, du moins si les autres conditions de régularité internationale sont remplies. La continuité du statut personnel sera alors assurée.

Par ailleurs, ces arrêts du 17 février 2004 contribueront à renforcer la position de tous ceux qui, dans les pays musulmans, sont engagés dans des mouvements progressistes et luttent contre les institutions archaïques, pour la modernisation de ces sociétés. C'est bien du reste dans le sens d'une telle évolution que s'inscrit le projet de réforme du code marocain de la famille, présenté par le roi Mohammed VI le 10 octobre 2003 (27). Il prévoit d'instaurer le droit à l'égalité entre l'homme et la femme, et soumet notamment la répudiation à l'autorisation préalable du juge. De nombreux traditionalistes restent, cependant, farouchement opposés à un tel bouleversement de la condition de la femme, qui n'apparaît pas pour demain en Algérie. A l'inverse, le droit et la jurisprudence tunisiens interdisent non seulement le prononcé de la répudiation, mais sont hostiles aussi à la reconnaissance des répudiations algériennes ou marocaines en Tunisie. La concordance des solutions française et tunisienne apportera un soutien, certainement appréciable, à ceux qui luttent contre les intégrismes dans ce pays (28).

Mais d'autres leçons peuvent encore être tirées des arrêts du 17 février 2004.

II - La rénovation du contrôle des jugements étrangers

15 - Des arrêts commentés s'évincent une remise en cause de l'appréciation, par le juge français, de la compétence indirecte du tribunal étranger (A) et le rappel des devoirs du juge français dans le contrôle des jugements étrangers (B).

A - Le lien caractérisé du litige avec le pays étranger

16 - On se souvient que, par son arrêt *Simitch* du 6 février 1985, la Cour de cassation a dégagé un principe régissant le contrôle de la compétence indirecte : « *toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux*

tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». Mettant en oeuvre ce principe, l'arrêt avait jugé que « *l'article 1070 du nouveau code de procédure civile ne donne pas une compétence exclusive aux juridictions françaises pour connaître du divorce dans les cas auxquels il se réfère* ». La Cour de cassation jugeait qu'en l'espèce « *l'épouse était de nationalité britannique, avait son domicile en Angleterre où les époux s'étaient mariés, où ils avaient fixé le domicile conjugal et où le mari possédait certains biens, de sorte qu'il résultait de l'ensemble de ces éléments un lien caractérisé avec le pays dont le juge a été saisi* », alors même que le mari résidait en France (29).

L'arrêt n° 260 du 17 février 2004 rompt avec cette solution. Car, de l'arrêt *Simitch* il avait été logiquement déduit que la juridiction du pays dont les deux époux étrangers, domiciliés en France, sont ressortissants présente un lien caractérisé avec l'action en divorce engagée par l'un d'eux (30).

17 - Mais la rupture avec cette jurisprudence ne se produit pas dans le champ des compétences exclusives. La Cour de cassation juge, dans cet arrêt n° 260, que la résidence en France des époux algériens, érigée en chef de compétence internationale par transposition de l'article 1070 NCPC, empêche de considérer que l'action en divorce se rattache « *d'une manière caractérisée* » à l'Algérie. C'est un revirement. Il convient d'en chercher les raisons, puis d'en circonscrire le domaine.

18 - Les raisons du revirement peuvent être trouvées dans certains précédents. Quelques arrêts de la Cour d'appel de Paris avaient, en effet, statué déjà en ce sens dans des affaires de « *divorce migratoire* », obtenu par le mari à l'étranger dans le seul but de s'opposer, revenu aussitôt en France, à l'action en contribution aux charges du mariage ou en divorce engagée par la femme devant un juge français (31). Le refus de reconnaître ces divorces était fondé sur la résidence en France des époux, qui constitue un lien suffisamment étroit avec le for pour que la nationalité commune des époux ne soit pas suffisamment caractérisée. C'est, en bref, mener un raisonnement en termes de proximité comparée. Il présente l'avantage d'offrir un remède préventif à toute tentative de fraude au jugement. Sans doute y a-t-il comme une inversion du mécanisme de l'arrêt *Simitch* : il ne s'agit plus de rechercher si le tribunal étranger présentait un lien caractérisé avec le litige, mais d'écartier cette compétence indirecte parce qu'existe, du fait de la résidence en France, un lien plus étroit avec le for. La logique de l'arrêt *Simitch* était la concurrence des compétences (32), celle du présent arrêt est la prépondérance de la compétence du for.

La solution actuelle est naturellement moins favorable à l'accueil des décisions étrangères. Mais il faut convenir que, dans les deux décennies qui ont suivi l'arrêt *Simitch*, les esprits ont beaucoup évolué. Surtout, la solution nouvelle permet de résoudre les difficultés, rencontrées par les juges, lorsqu'ils exercent le contrôle des comportements procéduraux abusifs.

Mais n'est-ce pas, aussi, affaiblir la compétence exclusive fondée indirectement sur l'article 15 du code civil ?

19 - Encore faut-il délimiter le domaine de la règle nouvelle. Elle paraît réservée, au vu des termes mêmes de l'arrêt n° 260, au contrôle des décisions de divorce. Mais lorsque le jugement est rendu, depuis le 1er mars 2001, par la juridiction de l'un des 14 Etats liés par le règlement Bruxelles II, il n'y a plus de contrôle de la compétence indirecte. Donc la règle nouvelle ne jouera qu'en droit commun. Un problème se pose, toutefois, pour les décisions émanant d'Etats avec lesquels il existe une convention bilatérale. Si elle prévoit, comme la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, que la décision étrangère est reconnue quand elle « *émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'Etat où la décision doit être exécutée* », la règle nouvelle trouvera naturellement à s'appliquer. C'est du reste cette Convention que vise expressément l'arrêt n° 260 du 17 février 2004. En revanche, la Convention peut prévoir une solution beaucoup plus libérale, comme celle conclue avec le Maroc en 1981. De fait, son article 11 prévoit que la dissolution du mariage peut être prononcée soit par les tribunaux de celui des deux Etats sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun - ce qui correspond à la règle nouvelle

- soit par les tribunaux de celui des deux Etats dont les époux ont la nationalité. Ce dernier chef de compétence, qui offre aux demandeurs une option (33), va à l'encontre de la règle nouvelle dégagée par cet arrêt du 17 février 2004 quand les deux époux marocains sont domiciliés en France. Cette règle n'étant pas l'expression d'une valeur intangible d'ordre public, la Convention franco-marocaine devrait continuer à régir la compétence indirecte.

B - L'exercice du contrôle des jugements étrangers

20 - Il est bien établi en droit positif, depuis l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964 (34), que le juge français « doit s'assurer » que les conditions de l'exequatur se trouvent remplies. L'arrêt doit être interprété comme imposant au juge de vérifier, au besoin d'office, que le jugement étranger satisfait à l'ensemble des conditions de régularité internationale. C'est bien la position de la Cour de cassation en matière de divorce (35).

Lorsqu'il s'agit du contrôle incident d'un jugement étranger, la solution est identique (36). Deux arrêts rendus le 17 février 2004 (n° 259 et 257) confirment les devoirs du juge. Dans le premier, la cassation est prononcée au motif « *qu'aucun certificat de non-opposition, non-appel ou non-pourvoi n'était produit, la cour d'appel, qui eût dû vérifier, d'office, le respect des conditions posées* » par les Conventions franco-marocaines des 10 août 1981 et 5 octobre 1957, a violé ces textes. Dans le second, est censuré l'arrêt qui, « *statuant, ainsi, par des considérations générales qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la régularité internationale de la décision marocaine* », méconnaît les exigences de motivation (art. 455 NCPC). Ainsi, le juge qui exerce le contrôle, direct ou incident, d'un jugement étranger de divorce doit accomplir une double mission : d'une part, procéder à la vérification d'office que ce jugement remplit toutes les conditions de régularité internationale ; d'autre part, énoncer dans sa décision les résultats de cette recherche. Mais ces obligations sont limitées. D'un côté, elles ne paraissent impérieuses que dans les matières où les droits sont indisponibles, notamment le statut personnel (37). D'un autre côté, elles ne s'imposent qu'en droit commun, ou lorsqu'une convention internationale - comme celle conclue avec le Maroc le 5 octobre 1957 - le prescrit. Car, dans le cadre de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la Cour de cassation n'a exigé aucun contrôle d'office (38). La solution devrait être logiquement reconduite quand s'appliquera le règlement Bruxelles II.

Mots clés :

CONFLIT DE JURIDICTIONS * Divorce * Convention franco-marocaine du 10 août 1981 * Jurisdiction marocaine * Décision * Reconnaissance en France

(1) V. D. 2004, Jur. p. 824, concl. M. Cavarroc.

(2) Cf. F. Monéger, Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?, JDI 1992, p. 347. Sur l'évolution historique, V. P. Lagarde, Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial, *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, 2004, p. 481.

(3) Cass. 1re civ. 1er juin 1994, D. 1995, Jur. p. 263, note J. Massip . Cf. B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 4e éd., 2001, n° 64.

(4) « A la lecture du texte et à peine de le vider de son contenu », P. Lagarde, La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française, Mélanges F. Rigaux, 1993, p. 272. - V. aussi, J. Déprez, note Rev. crit. DIP 1995, p. 115.

(5) Cass. 1re civ. 11 mars 1997, D. 1997, Jur. p. 400, note M.-L. Niboyet .

(6) CA Paris 13 déc. 2001, Rev. crit. DIP 2002, p. 730, note L. Gannagé.

(7) Bull. civ. I, n° 199 ; D 2001, Jur. p. 3378 , note M.-L. Niboyet.

(8) Cf. M.-L. Niboyet, préc. note (7) ; P. Kahn, note JDI 2002, p. 181 ; L. Gannagé, note Rev. crit. DIP 2001, p. 704.

(9) Cf. note sous Cass. 1re civ. 3 juill. 2001, Petites affiches, 30 mai 2002, n° 108, p. 11.

(10) V. H. Fulchiron, note sous Cass. 1re civ. 14 mars 2002, JCP 2002, II, 10095, p. 1138. Comp. note T. Garé, Petites affiches, 24 juill. 2002, n° 147, p. 23. Pour refuser de donner effet à une répudiation prononcée par un mari français, l'arrêt reprend, mot pour mot, les termes d'un précédent arrêt de la première Chambre civile (17 mai 1993, D. 1993, Somm. p. 349, obs. B. Audit ; Rev. crit. DIP 1993, p. 684, et la note), qui lui-même confirmait une solution acquise (22 avr. 1986, Rev. crit. DIP 1987, p. 374, et la note) : la répudiation ne peut être reconnue que si elle est admise par le statut personnel des deux époux.

(11) Cf. I. Fadlallah, Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?, Rev. crit. DIP 1981, p. 17. Comp. R. El Hussein, Le droit international privé français et la répudiation islamique, LGDJ, 2002 ; et du même auteur, Le droit international privé français et la répudiation islamique, Rev. crit. DIP 1999, p. 427.

(12) V. Cass. 1re civ. 18 déc. 1979, *Dahar*, Rev. crit. DIP 1981, p. 88.

(13) Cf. B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 606 s.

(14) Cf. L. Gannagé, note préc. ; M. Farge, obs. JCP 2001, I, 293, p. 253.

(15) « *Il ne peut y avoir en France de divorce sans décision judiciaire* », Cass. 1re civ. 15 juin 1982, *Zagha*, D. 1983, IR p. 151, obs. B. Audit ; Rev. crit. DIP 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff.

(16) Cass. 1re civ. 17 avr. 1953, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préc., n° 26 ; Rev. crit. DIP 1953, p. 412, note H. Batiffol.

(17) *Supra*, note 7.

(18) Cass. 1re civ. 1er avr. 1981, *de Pedro*, JDI 1981, p. 812, note D. Alexandre.

(19) Cass. 1re civ. 6 juill. 1988, *Baaziz*, Rev. crit. DIP 1989, p. 71, note Y. Lequette.

(20) Cass. 1re civ. 10 févr. 1993, *Latouz*, Rev. crit. DIP 1993, p. 620, note J. Foyer ; D. 1994, Jur. p. 66, note J. Massip, et 1994, Somm. p. 32, obs. Kerckhove ; JDI 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse.

(21) Cf. P. Lagarde, art. préc., « Les répudiations étrangères... », p. 491 ; P. Courbe, notes Rev. crit. DIP 1991, p. 593, et 1993, p. 684.

(22) V. L. Gannagé, M. Farge, H. Fulchiron, P. Courbe, notes préc. - *Adde*, H. Gaudemet-Tallon, La désunion du couple en droit international privé, RCADI 1991, I, p. 270 s. ; A. Sinay-Cytermann, note Rev. crit. DIP 1989, p. 721 ; D. Alexandre, La protection de l'épouse contre la répudiation, *in* Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, LGDJ, 1993, p. 125 s., spéc. p. 140 s. ; M.-C. Najm, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, thèse, Paris II, 2003, p. 512 s. Comp. R. El Hussein, thèse préc., p. 213 s.

(23) Art. préc., Mélanges F. Rigaux, p. 281.

(24) V. Cass. 1re civ. 3 juill. 2001, préc.

(25) « *Sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international* » (Cass. 1re civ. 6 juill. 1988, *Baaziz*,

préc.).

(26) En ce sens, V. M. Farge, obs. préc.

(27) Cf. *Le Monde*, 12 oct. 2003. V. L. n° 03-70, dahir n° 1-04-22 du 3 févr. 2004, BO Maroc, n° 5184.

(28) Cf. M.-L. Niboyet et L. Gannagé, notes préc. V. A. Mezghani, Le juge français et les institutions du droit musulman, *JDI* 2003, p. 721.

(29) Cass. 1re civ. 6 févr. 1985, *Simitch*, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préc., n° 70 ; *D.* 1985, Jur. p. 469, note J. Massip, et *IR* p. 497, obs. B. Audit.

(30) V. Cass. 1re civ. 6 janv. 1987, *D.* 1987, Jur. p. 467, note J. Massip ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 337, note Y. Lequette ; 15 juin 1994, *D.* 1994, *Somm.* p. 352, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note B. Ancel.

(31) Cf. B. Ancel et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préc., p. 650.

(32) Cf. P. Courbe, Le divorce international : premier bilan d'application de l'article 310 du code civil, *Travaux Comité fr. DIP 1988-1990*, p. 123.

(33) V. en ce sens, Cass. 1re civ. 6 juin 1990, *D.* 1990, *Somm.* p. 263, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593 et la note.

(34) Cass. 1re civ. 7 janv. 1964, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, préc., n° 41 ; *Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol.

(35) V. Cass. 1re civ. 9 nov. 1971, *Rev. crit. DIP* 1972, p. 314, note D. Holleaux : « *Le juge de l'exequatur doit, d'office, vérifier si la décision étrangère remplit les conditions requises pour être déclarée exécutoire en France et constater le résultat de son examen dans sa décision* » ; 7 déc. 1976, *D.* 1977, *IR* p. 101. Cf. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7e éd., 2001, n° 431 ; P. de Vareilles-Sommières, *Rép. international Dalloz*, v° *Jugement étranger (matières civile et commerciale)*, n° 165 s.

(36) V. Cass. 1re civ. 19 déc. 1972, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 83, note D. Holleaux ; 26 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593 et la note.

(37) V. en ce sens, B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 381 s.

(38) V. Cass. 1re civ. 17 nov. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 52, note B. Ancel.