

## Le rejet des répudiations musulmanes

Francis **Cavarroc**, Avocat général

### I - Les faits et la procédure (pourvoi n° 01-11.549)

En 1985, M. A. et Mme G., tous deux de nationalité algérienne, se marient en Algérie. Par la suite, les époux viennent résider en France.

Une douzaine d'années plus tard, deux procédures croisées sont engagées par l'un, puis par l'autre : devant le tribunal algérien, par le mari qui forme une demande de dissolution du mariage par déclaration unilatérale ; devant le juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Paris, saisi par la femme d'une requête en divorce pour faute. Le tribunal algérien prononce le divorce le 29 mars 1998. La juridiction française, par ordonnance rendue le 12 mai 1998, fait droit à l'exception de litispendance soulevée par le mari et se prononce en faveur de son dessaisissement au profit du tribunal algérien.

Sur appel, la Cour de Paris rend un premier arrêt par lequel elle rejette l'exception et infirme l'ordonnance en invitant le mari à établir l'autorité de la chose jugée du jugement algérien au regard des conditions posées par l'article 1er de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur.

### II - L'arrêt attaqué

C'est celui du 22 mars 2001 au terme duquel la même Cour de Paris a dit que le jugement algérien ayant prononcé le divorce entre les époux ne pouvait être reconnu en France et, par voie de conséquence, a rejeté l'exception de chose jugée puis renvoyé les deux parties devant le juge aux affaires familiales de Paris pour qu'il soit procédé à la tentative de conciliation.

Pour statuer comme elle l'a fait, la Cour d'appel de Paris a d'abord qualifié la procédure suivie par le juge algérien, conformément à la loi algérienne. Elle a, à cet égard, considéré que le divorce prononcé dans les conditions et circonstances qui caractérisent la présente espèce, c'est-à-dire « *en réponse à la demande du mari et à sa volonté unilatérale de divorce* », « *constitue en réalité une répudiation obtenue par décision discrétionnaire du mari et sur sa seule déclaration, les juges ne pouvant que se borner à l'enregistrer sans pouvoir en apprécier l'opportunité ni les responsabilités dans la rupture* ». La cour d'appel a ensuite dit « *qu'une telle procédure est contraire au principe d'égalité des droits et responsabilités lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention EDH que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction* ».

### III - La question posée par le pourvoi

L'article 1er de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur et à l'extradition fixe les conditions que doivent remplir les décisions rendues en matière civile et commerciale par les juridictions de l'un quelconque de ces deux Etats pour se voir reconnaître, de plein droit, sur le territoire de l'autre Etat, l'autorité de la chose jugée.

Parmi ces conditions, il en est une, prévue au d) de cet article, qui exige notamment que la décision rendue par l'Etat étranger ne « *contienne rien de contraire à l'ordre public de l'Etat où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans cet Etat* ».

C'est précisément l'appréciation de cette condition qui est à l'origine du pourvoi, lequel fait

grief à la cour d'appel d'avoir mal apprécié l'ordre public international alors que, selon le mémoire ampliatif, la décision algérienne présentait les conditions dont la réunion est nécessaire pour ne pas heurter cet ordre public, à savoir :

- le litige se rattache de manière caractérisée aux juridictions algériennes ;
- le juge algérien n'a pas été choisi par une manoeuvre frauduleuse tendant à faire échec à la saisine du juge français ;
- la procédure suivie devant le juge algérien a été loyale et contradictoire ;
- l'épouse a obtenu des dommages-intérêts.

Posée en termes généraux, la question soulevée - une nouvelle fois - par ce pourvoi est celle de la définition de la conception judiciaire française de l'ordre public international telle qu'elle doit être mise en oeuvre par les juridictions lorsqu'elles sont saisies d'une demande tendant à la reconnaissance en France d'un divorce étranger prononcé sur répudiation unilatérale par le mari.

Formulée encore plus simplement (ou peut-être de manière plus complexe !), la question qui est posée au juge qui rend la justice au nom du peuple français est celle de savoir si la répudiation d'une femme par son mari, légale au regard du droit musulman - lequel toutefois ne reconnaît pas une réciprocité de prérogatives dans ce mode de dissolution du mariage -, est ou non susceptible d'être regardée comme compatible avec le droit français.

Or, depuis bientôt 40 ans, c'est-à-dire depuis le jour de la publication au *Journal officiel* du décret du 11 août 1965 qui a déterminé l'entrée en vigueur de la Convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition, les réponses apportées par la jurisprudence ont été regardées par les observateurs comme variables.

#### IV - Les réponses de la jurisprudence

##### 1. Les années 80 et le critère des garanties procédurales

Qu'il suffise de rappeler, pour mémoire, la référence à l'arrêt *Robhi* du 3 novembre 1983 (Cass. 1re civ., 3 nov. 1983, Rev. crit. DIP 1984, p. 325, note I. Fadlallah) qui est représentatif de la tonalité de cette période. On sait que cette jurisprudence se contentait d'exiger une procédure dans laquelle chaque partie avait pu faire valoir ses prétentions et sa défense. Le critère était donc celui des garanties procédurales.

Cet arrêt a, en son temps, inspiré bien des commentaires de la part de la Doctrine qui a voulu y voir un signe : pour les uns, celui de la « *mansuétude* » de votre Cour à l'égard des répudiations prononcées à l'étranger (cf. notamment I. Fadlallah, note sous l'arrêt précité, intitulée « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? »), pour les autres, celui d'un « *laxisme* » critiquable. De nos jours encore, chacune de ces analyses a ses partisans (V. par exemple, H. Fulchiron, JCP 2002, II, 10095 et Th. Vignal, JCP 2002, II, 10039).

##### 2. Les années 90 ou les droits des femmes rappelés par le Conseil de l'Europe : l'apparition du critère de l'égalité des époux

Passant, selon certains auteurs, « *d'une grande bienveillance* » à « *une grande sévérité* » (L. Ganagé, in RCDIP oct.-déc. 2001, p. 707), abandonnant selon d'autres la « *permissivité* » (M.-L. Niboyet, D. 2001, Jur. p. 3378), la Cour de cassation va, dans plusieurs décisions, se prononcer sur la procédure suivie par le juge étranger, qu'il soit algérien ou marocain, en prenant en considération un critère tiré de la Convention EDH : celui de l'égalité des droits entre époux.

Ainsi, les arrêts de votre chambre du 1er juin 1994 (Bull. civ. I, n° 192 ; D. 1995, Jur. p. 263, note J. Massip) et du 31 janvier 1995 (Bull. civ. I, n° 58) visent-ils bien, non seulement les

articles de la Convention franco-marocaine (qui, au demeurant, comporte des dispositions analogues à celles de la convention franco-algérienne eu égard à la question dont vous êtes saisis) se référant à la procédure, et ce dans la ligne de la précédente jurisprudence, mais encore - et là est la nouveauté - la Convention européenne des droits de l'Homme, ou, plus exactement, son protocole n° 7 de 1984, dans son article 5.

A l'occasion de ces arrêts, votre chambre a en effet clairement énoncé que « *les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités lors de la dissolution du mariage* », reprenant ainsi la formulation du Protocole de Strasbourg pour fonder sa décision et pour dire que la répudiation intervenue hors la présence de l'épouse non appelée à la procédure contredit l'ordre public international.

En résumé, dans ces espèces qui se caractérisaient par le fait que la procédure suivie devant la juridiction étrangère n'était pas conforme à notre conception de l'ordre public international (absence de l'épouse qui n'avait pas été appelée à la procédure), la Cour de cassation se référait au principe de l'égalité des époux posé par la Convention EDH.

Quelle position adopterai-t-elle lorsque l'espèce qui lui sera soumise ne présentera pas d'anomalie procédurale ?

3. L'arrêt du 11 mars 1997 : combinaison entre les deux conventions, entre les droits de l'homme et les garanties procédurales

Cet arrêt (Cass. 1re civ., 11 mars 1997, D. 1997, Jur. p. 400, note M.-L. Niboyet ) fait, en quelque sorte, le point sur l'état du droit du moment, en même temps qu'il fournit au juge un « vade-mecum » contenant un mode d'emploi du prononcé de l'exequatur :

- en réaffirmant les prismes au travers desquels devait être apprécié le jugement rendu à l'étranger, c'est-à-dire, d'une part, la Convention sur l'exequatur liant la France et l'Etat co-signataire, d'autre part - et c'est essentiel - la Convention EDH ;

- en distinguant clairement, à nos yeux, entre la nécessaire constatation :

. des garanties procédurales « lato sensu », correspondant à ce qu'il est convenu d'appeler l'« *ordre public procédural* » (exigences élémentaires dictées par le principe fondamental de la contradiction : convocation, présence etc...) ;

. des compensations financières équitables ordonnées par le jugement étranger en faveur de l'épouse (« *ordre public alimentaire* ») ;

. et la non moins nécessaire recherche à laquelle doit se livrer le juge pour s'assurer que la « *procédure de répudiation répondait aux exigences des textes susvisés* » (Convention d'exequatur et Convention EDH) ;

- en énonçant que la conformité à l'ordre public international *passé nécessairement* par le respect de l'égalité des époux.

Il n'est pas dans notre propos de dire si cet arrêt fixe le « curseur » d'appréciation de la conformité à notre ordre public international à un niveau maximal, minimal ou médian ; là n'est pas la vraie question. Ne retenons qu'une chose : il censure un juge qui s'est abstenu de rechercher si la procédure de répudiation répondait aux exigences de l'article 5 du Protocole n° 7 de la Convention EDH.

Ainsi donc aujourd'hui, à l'occasion de l'examen des pourvois qui vous sont soumis, il vous revient de dire si la répudiation, considérée non plus dans ses applications purement procédurales, mais en tant que moyen légalement donné au mari - et seulement à celui-ci, pas à la femme -, peut être regardée comme conforme aux prescriptions de la Convention EDH, lesquelles s'imposent à nous comme critère de définition de notre ordre public international.

#### 4. Les réponses jurisprudentielles des années 2000

##### a) L'arrêt du 3 juillet 2001 : critère exclusif des « garanties procédurales »?

A cette question, la première Chambre de la Cour d'appel de Paris a très clairement répondu non le 10 mai 2001. Deux mois plus tard, votre Cour a, non moins clairement, répondu oui, mais à certaines conditions. C'est votre arrêt du 3 juillet 2001 (Bull. civ. I, n° 199), auquel nous en arrivons maintenant.

Est-ce le revirement de jurisprudence dont Mme Niboyet nous dit qu'il « *porte un sérieux coup de frein à l'expansion du principe d'égalité entre les époux en s'abstenant de répondre au moyen du pourvoi excipant d'une violation du principe de l'égalité des époux garanti par l'article 5 du Protocole et en se contentant de vérifier les deux conditions relatives à l'existence d'une procédure contradictoire et d'une compensation pécuniaire* » (in « La première Chambre civile répudie sa propre jurisprudence sur les répudiations musulmanes », D. 2001, Jur. p. 3378 ) ?

Et de fait, le « vade-mecum » du juge de l'exequatur paraît bien avoir fait l'objet d'une réécriture... L'article 5 du Protocole n° 7 n'apparaît plus que dans l'exposé du moyen ; l'arrêt n'a plus recours à lui pour fonder la solution qu'il donne car cet article ne sert plus, comme dans l'arrêt de 1997, de « prismes ».

Un principe est posé : la conception française ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari.

Cette reconnaissance ne saurait cependant revêtir un caractère automatique et encore faut-il, pour qu'elle intervienne, que trois conditions soient remplies :

- absence de fraude du mari dans le choix du tribunal ;
- respect du principe de la contradiction et des garanties de la défense ;
- compensations financières accordées à l'épouse.

Certes, comme l'observe avec raison M. G. Canivet dans un article intitulé « *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français* » (in *European Review of Private Law*, 1-2003, p. 50 à 65), quelques jours plus tard, les juges de la cour régulatrice se sont opposés à nouveau à une répudiation offrant, au plan de la procédure, une protection amoindrie. Il est exact que l'arrêt visé, du 12 juillet 2001 (Bull. civ. I, n° 217), ne se réfère plus au principe posé dans l'arrêt rendu le 3 juillet, mais en était-il besoin puisque la procédure présentait un défaut permettant le refus de l'exequatur ?

##### b) L'arrêt du 14 mars 2002 : le principe de l'égalité fait de la résistance

L'affaire présentait de grandes similitudes puisqu'il s'agissait de l'application d'une convention d'exequatur avec un Etat dont la législation admet la répudiation unilatérale du mari (Maroc).

La cour d'appel avait constaté que les trois conditions rappelées ci-dessus (absence de fraude, respect de « *l'ordre public procédural (ou processuel)* » et de « *l'ordre public alimentaire* ») étaient réunies.

La deuxième Chambre civile de votre Cour (14 mars 2002, Bull. civ. II, n° 40 ; D. 2002, IR p. 1177 ) n'en a pas, pour autant, admis que la répudiation pouvait, dans ces conditions, produire son plein effet en France. Au contraire, et même si elle ne se réfère pas expressément au Protocole n° 7, elle approuve sans ambiguïté une cour d'appel qui avait considéré « *qu'une répudiation constatée dans les formes de la loi marocaine ne saurait produire effet en France dès lors qu'elle se heurte aux exigences de l'ordre public international parmi lesquelles figure le principe de l'égalité de droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, consacré à l'article 5 du Protocole additionnel à la Convention EDH* ».

Cette position a été regardée par certains auteurs comme un « *durcissement de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de répudiations musulmanes* » qui semble bien confirmer l'intégration des principes de la Convention EDH dans l'ordre public français en matière internationale et « *condamne définitivement toutes les répudiations musulmanes qui constituent, par nature, une prérogative maritale* ». (Th. Garé, note sous l'arrêt précité, Petites Affiches, 24 juill. 2002, n° 147, p. 23, 24 et 25).

Tel est l'état du droit au moment où vous êtes appelés à examiner les pourvois qui vous sont aujourd'hui soumis.

#### V. - Les thèses en présence

- Le demandeur se prévaut de l'absence de fraude de sa part, d'une procédure loyale et contradictoire devant le juge algérien et de l'obtention par l'épouse de dommages-intérêts. Dès lors, l'ordre public international étant sauf en application de l'arrêt précité du 3 juillet 2001, la Convention EDH ne devait pas être « *motif à interdire à un sujet algérien de saisir son juge naturel en vue qu'il soit statué selon le statut personnel des époux sur la rupture du lien conjugal* ». Il n'est pas, selon le pourvoi, de « *l'esprit des droits de l'homme de s'imposer par l'impérialisme forcé là où d'autres valeurs sont appliquées, à condition que la loyauté procédurale soit respectée* ». Il conclut donc à la violation, par la cour d'appel, de la Convention franco-algérienne et des principes régissant l'ordre public international français.

- Le mémoire en défense invoque, principalement, les dispositions du protocole additionnel à la Convention EDH qui posent le principe de l'égalité des droits entre époux lors de la dissolution du mariage. C'est ainsi qu'il soutient que la répudiation est un mode de dissolution du mariage intrinsèquement inégalitaire, en ce qu'elle n'oppose pas des parties disposant de chances égales de succès mais se borne à homologuer une demande du mari à laquelle la femme ne peut que se soumettre. Il ajoute que la procédure de la répudiation heurte d'autres principes que celui de l'égalité des droits et de responsabilités dans la dissolution du mariage (l'épouse ne peut pas se défendre en invoquant la responsabilité du mari dans la rupture ; par ailleurs, cette procédure est trop rapide et méconnaît les exigences de la législation en matière de divorce, notamment la recherche de la conciliation).

#### VI - Quelle conception de l'ordre public ?

Nous indiquons d'emblée qu'il ne nous appartient pas de proposer à votre Cour une réponse à cette question qui puiserait ses raisons, fût-ce indirectement, ailleurs que dans le droit. A cet égard, quelle que soit la pertinence des arguments d'ordre sociologique, philosophique, ou politique (au sens étymologique de ce mot) qui ont pu être avancés par les commentateurs des diverses jurisprudences rappelées ci-dessus, leur bien-fondé ne sera pas discuté ici. Le débat sera cantonné au strict terrain juridique, toute autre approche relevant, selon nous, de la seule démarche du législateur.

##### 1. Nécessité d'une « *stabilisation* » jurisprudentielle

Plusieurs auteurs regrettent ce qu'ils regardent comme une jurisprudence « *en dents de scie* », qui donne l'impression de ne pas pouvoir se fixer.

Sans doute cette Doctrine est-elle, à cet égard, victime d'une apparence trompeuse et son analyse prend-elle, peut-être, insuffisamment en compte les caractéristiques de chacune des espèces dont vous avez été saisis pour ne retenir, en définitive, que les solutions dégagées dans chacune d'elles. Cependant, l'occasion pourrait être opportunément choisie de dissiper des incertitudes en dégagant une ligne directrice et en remettant aux mains du juge de l'exequatur une « *édition définitive de son vade-mecum* ».

##### 2. La primauté souhaitable du principe de l'égalité

a) Les sources internes du principe de l'égalité hommes-femmes

Le principe d'égalité devant la loi figure dans le tout premier article de la Déclaration de 1789 et le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 décembre 1973 (décision du 27 décembre 1973, observations Favoreu et Philip *in* « *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* », 12e éd., 2003, p. 272) l'a appliqué dans les rapports entre les sexes. Sous cette décision, ces auteurs MM. Favoreu et Philip écrivent : « *Les discriminations positives restent interdites chaque fois que ces discriminations font appel à l'un des critères prohibés par la Constitution comme la race, l'origine, la religion, les croyances ou le sexe, ou en ce qu'elles conduiraient à remettre en cause un droit fondamental* ».

Inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946 en ces termes « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* », ce principe est passé dans le « bloc de constitutionnalité ». Par ailleurs, sans dresser un catalogue exhaustif des applications de ce principe, on retiendra simplement que, notamment, le code du travail contient un chapitre III, du titre II du livre I du code du travail intitulé « *Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes* ».

#### b) Les sources internationales du principe

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signée à New York le 1er mars 1980, ratifiée par la France et entrée en vigueur à l'égard de la France le 13 janvier 1984 dispose, notamment que : « *L'expression de discrimination à l'égard des femmes vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine* » (art. 1er).

et que : « *Les Etats parties s'engagent à (...) instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents (...), la protection efficace contre tout acte discriminatoire* » (art. 2, c) ;

plus encore, ils s'engagent à : « *prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes* » (art. 2, f).

On voit que les domaines concernés sont nombreux, que les objectifs sont précis et que les engagements sont larges.

#### c) La source européenne du principe de l'égalité des époux

C'est la plus précise puisque l'article 5 du Protocole additionnel à la Convention EDH constitue l'application, en matière de mariage, du principe de l'égalité hommes-femmes. Dans tous les Etats qui appartiennent au Conseil de l'Europe et qui, à ce titre, relèvent de la Convention EDH, les époux sont à égalité de droits. Ce qui s'exprime en ces termes : « *Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution (...)* ».

Le texte est limpide : les droits de la femme doivent être les mêmes que ceux du mari, non seulement pendant le mariage, mais encore - et c'est ce qui nous intéresse - au moment où le mariage se défait.

### 3. Une définition fragile de l'ordre public international en France : celle qui n'intégrerait pas les principes de la Convention EDH

Pour une femme que son mari ne veut plus pour épouse, c'est une chose que d'être appelée à la procédure et de pouvoir contredire une fois l'instance engagée. Mais cela en est une autre que de disposer de la même action en justice que son conjoint ; la vérification de la réalité de

l'une n'efface pas, pour autant, l'anomalie originelle que constitue le déséquilibre dans la disposition du droit d'agir.

En effet, il demeure qu'il y a eu demande unilatérale en répudiation, c'est-à-dire en « rejet ». De plus, techniquement, il n'est pas faux de soutenir que l'épouse ne peut pas se défendre en invoquant la responsabilité de la rupture et en regrettant l'absence de conciliation. On voit donc bien que l'inégalité subsiste puisque, comme le dit M. Kahn, le mari répudie sans avoir à exposer de motifs (sauf abus mais seulement sanctionné par une indemnité).

La norme européenne exige que la conception française de l'ordre public international en cette matière ne se définisse pas seulement par rapport aux deux ordres publics « *dérivés* » que sont l'« *ordre public procédural* » et l'« *ordre public alimentaire* ». Et d'ailleurs, cette terminologie ne donne-t-elle pas, elle-même, la mesure d'un cadre quelque peu étriqué ?

La primauté de la norme européenne sur le droit interne, indiscutée dans bien des domaines, devrait-elle ici marquer le pas alors que, insensiblement, l'ordre public français pourrait s'effacer devant ce qui tendrait à devenir un ordre public européen ? Si oui, au nom de quelle règle de droit ?

## VII - Conclusion

L'exequatur suppose la reconnaissance de la conformité d'une décision prononcée par une juridiction étrangère à l'ordre public international français. Cet ordre public répond à une conception qui ne peut pas se dispenser de prendre en compte le principe de l'égalité de droits des époux, principe qui découle de sources internes et internationales.

Plus précisément, le droit européen - d'autorité aujourd'hui indiscutée et dont rien ne justifierait une application sélective - contient à cet égard des dispositions qui sont encore plus contraignantes.

Cohérence et harmonie juridiques paraissent exiger qu'une décision de juridiction étrangère ne puisse produire des effets en France qu'à la condition que cette décision ait été rendue conformément aux principes qui s'imposent au juge français. Et considérons que le principe dont le respect est en cause - celui de l'égalité - est inscrit au coeur et au centre exact de notre devise républicaine.

Telles sont les raisons pour lesquelles je vous propose de rejeter le pourvoi.

### **Mots clés :**

CONFLIT DE LOIS \* Divorce \* Répudiation \* Reconnaissance en France \* Conflit de juridiction