

Un droit à une « allocation suffisante » après le divorce ?

Alain Devers, Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Centre de droit de la famille, Directeur-adjoint de l'IEJ

Depuis son entrée en vigueur, le 13 mai 1983, la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire nourrit un « contentieux fleuve » devant les juridictions françaises (1). Ainsi, rien que pour l'année 2006, la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions importantes, sur la reconnaissance en France des répudiations marocaines (2) ou sur la compétence du juge français pour prononcer le divorce (3).

L'arrêt du 28 novembre 2006 est, quant à lui, l'occasion de revenir sur des questions moins débattues devant la Cour de cassation : d'une part, sur la détermination la loi compétente pour régir le principe du divorce (1) et, d'autre part, sur la conformité à l'ordre public des dispositions marocaines relatives à l'allocation due à l'épouse suite à la rupture du lien conjugal (2).

1 - Le principe du divorce

L'époux reproche à l'arrêt d'appel d'avoir statué sans préciser le droit interne dont il avait été fait application pour prononcer le divorce. Ne sont donc en cause ni une violation de l'office du juge, ni une violation du principe du contradictoire. En vertu de l'article 3 du code civil, et pour un droit dont les parties n'ont pas la libre disposition, le juge français doit d'office relever les éléments d'extranéité qui apparaissent dans la procédure, mettre en oeuvre la règle de conflit de lois et rechercher la teneur du droit marocain applicable (4). Ce n'est qu'en cas d'impossibilité, dûment motivée, d'obtenir la preuve du droit étranger compétent que le juge français peut faire application de la loi française, à titre subsidiaire (5). Le juge français doit en outre, lorsqu'il soulève d'office la compétence de la loi marocaine, respecter le principe du contradictoire de l'article 16 du nouveau code de procédure civile. Plus simplement, alors que la compétence du droit marocain avait été mise en débat, le requérant prétendait que la lecture de l'arrêt ne lui permettait pas de savoir quelle loi avait finalement été appliquée par le juge français. Pour la Cour de cassation, « *en énonçant que la demande en divorce de la femme avait été appréciée au regard de l'article 56-1 du code de la famille marocain, la cour d'appel a, sans équivoque (...), fait application de la loi marocaine régissant les rapports personnels entre époux* ». On est tout de même un peu surpris que la cour d'appel n'ait pas pris la peine de motiver la compétence de la loi marocaine pour régir le divorce et que la Cour de cassation ne lui en tienne pas plus rigueur. Au-delà, il est difficile de suivre la Cour de cassation lorsqu'elle approuve la cour d'appel d'avoir « *fait application de la loi marocaine régissant les rapports personnels entre époux* ». En effet, si la loi marocaine est compétente en l'espèce, ce n'est pas en tant que loi des rapports personnels entre époux, formule qui évoque l'article 7 de la convention franco-marocaine (relatif au mariage) et la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à 1975 (6), mais en tant que loi de l'Etat dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande de divorce, au regard de l'article 9 de ladite convention (relatif à la dissolution du mariage).

2 - L'octroi d'une allocation suite au divorce

La cour d'appel a fait application des dispositions françaises sur la prestation compensatoire car la loi marocaine, considérée comme normalement compétente (A), était contraire à l'ordre public français en matière internationale (B).

A - La détermination de la loi normalement compétente

La cour d'appel a considéré que la loi marocaine appliquée au principe de la désunion était compétente pour régir la demande d'allocation de l'épouse suite au divorce. Rechercher le siège de cette solution n'est pas inintéressant car se posent alors des problèmes d'articulation de textes internationaux. La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire définit le domaine de la loi applicable à la dissolution du mariage : outre le principe de la dissolution (art. 9), la loi s'applique aussi « *aux effets personnels* » qui en découlent (art. 10, al. 1). Mais, la convention ne précise pas si la loi applicable à la dissolution du mariage régit l'obligation alimentaire entre ex-époux. Pour la Cour de cassation, la loi applicable à l'obligation alimentaire entre ex-époux n'étant pas déterminée par la convention franco-marocaine, il convient de faire application de l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux pensions alimentaires (entrée en vigueur en France le 1er octobre 1997) : la loi appliquée au divorce régit les obligations alimentaires entre époux divorcés (7). Au regard de l'article 9 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, la loi marocaine est donc compétente dans deux hypothèses : d'une part, lorsque les époux ont tous les deux la nationalité marocaine ; d'autre part, lorsque les époux - dont l'un est français et l'autre marocain - ont ou avaient leur dernier domicile commun au Maroc (8). Et, parce que la Convention de La Haye est dispensée de réciprocité (art. 3), le juge français peut être amené à faire application de la loi marocaine alors même qu'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant. Encore faut-il qu'elle ne viole pas manifestement l'ordre public français en matière internationale.

B - Une loi incompatible avec l'ordre public

La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 prévoit que l'application de la loi déclarée compétente « *ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* » (art. 11). Pour l'époux, s'il existe une différence de teneur entre la loi marocaine et la loi française, « *une loi étrangère qui prévoit en cas de divorce une pension alimentaire limitée pendant la période de viduité n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public français* ». La réponse de la Cour de cassation au pourvoi peut surprendre.

D'une part, elle approuve la cour d'appel d'avoir considéré que la loi marocaine, qui ne permettait pas d'allouer à l'épouse une allocation suffisante après le divorce, est contraire à l'ordre public français en matière internationale. Il était acquis qu'une loi étrangère qui n'accorde aucune indemnité à l'épouse doit être écartée au profit de la loi française. Dans un arrêt de 1992, la Cour de cassation avait, en effet, jugé qu'est manifestement incompatible avec l'ordre public français, la loi étrangère « *qui ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce* » (9). Dans un arrêt de 1995, elle avait considéré qu'est manifestement incompatible avec l'ordre public français la loi étrangère qui « *prive la femme de tout secours pécuniaire bien que le divorce ne soit pas prononcé à ses torts* » (10). Désormais, avec l'arrêt rapporté, la loi française peut être substituée à la loi étrangère qui ne permet pas, *in concreto*, d'allouer à l'épouse « *une allocation suffisante après le divorce* ». L'arrêt rapporté marque donc un durcissement des exigences de l'« *ordre public alimentaire* » en matière matrimoniale par rapport aux arrêts précédents. Du statut d'ordre public « *au rabais* » (11), l'ordre public alimentaire accède donc au statut, plus enviable, d'ordre public en vogue. Mais une telle évolution n'est pas à l'abri de la critique. Il convient en effet d'observer que la Cour de cassation ne déclare pas que la loi marocaine est *manifestement* incompatible avec l'ordre public, ce qu'exige pourtant l'article 11 de la Convention de La Haye comme le souligne le pourvoi. Selon le rapport explicatif de la Convention de La Haye, délicate est « *la question de savoir si la loi étrangère moins « généreuse » que la lex fori peut être écartée, par appel à la notion d'ordre public, au bénéfice de celle-ci. Dans la pratique du droit international privé de nombreux pays, le droit du for est toujours considéré comme le minimum de ce qui est dû à tout créancier. Accepté tel quel, ce système irait à l'encontre de l'esprit de la convention, dont la plupart des clauses deviendraient lettre morte* » (12). Dans cette perspective, on regrette que l'arrêt rapporté ne mentionne pas le montant des droits alimentaires en conflit, montant de la pension alimentaire à laquelle l'épouse pouvait prétendre pendant la période de viduité en vertu du droit marocain et montant du capital qui lui a été accordé en application du droit français. Il n'est pas interdit de penser qu'une loi étrangère qui accorde une pension

alimentaire moindre que la prestation compensatoire à laquelle pourrait prétendre l'épouse en application du droit français n'est pas toujours *manifestement* contraire à l'ordre public français en matière internationale. Elle le sera évidemment lorsqu'elle ne permet d'allouer à l'épouse qu'une allocation dérisoire après le divorce (13). Par analogie avec la solution forgée pour l'enfant naturel, il serait possible de considérer que la loi étrangère n'est pas manifestement contraire à la conception française de l'ordre public lorsqu'elle permet d'allouer à l'épouse « *les subsides qui lui sont nécessaires* » (14). Il est bien difficile, à la lecture de l'arrêt rapporté, de savoir si tel était le cas en l'espèce.

D'autre part, la Cour de cassation fait référence à la « loi marocaine, *alors applicable*, (qui) ne permettait pas d'allouer à l'épouse une allocation suffisante après le divorce ». Certains y verront peut-être un rappel du principe d'actualité de l'ordre public (15) : le juge doit considérer celui-ci au moment où il statue, c'est-à-dire au regard « de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France ». Il semble que soit plutôt en cause le principe de variabilité de l'ordre public : suite à l'assouplissement du droit étranger ou du droit français, le juge peut considérer qu'une loi étrangère est désormais conforme à l'ordre public français en matière internationale. En l'espèce, en effet, la loi marocaine « *alors applicable* » devant la cour d'appel (arrêt du 18 sept. 2003) a été abrogée et remplacée par le nouveau code de la famille (16) (entré en vigueur le 5 févr. 2004) qui fait l'objet d'un volumineux guide pratique établi par le ministère de la Justice marocain (17). Désormais, dans le cadre par exemple d'une demande de divorce pour manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage (art. 99 c. fam.) (18), l'épouse peut désormais obtenir une indemnité due au titre du préjudice qu'elle subit du fait de la rupture (art. 101 c. fam.) (19). Le guide pratique du code de la famille précise que « *l'appréciation de l'indemnité relève du pouvoir du tribunal qui doit, lors de sa détermination, prendre en considération l'étendue du dommage subi et son effet sur la personne de la femme divorcée* » (20). Dans cet esprit, une cour d'appel a jugé que, l'article 101 prévoyant désormais l'indemnisation du préjudice de l'épouse, « *les dispositions relatives au divorce de la loi marocaine ne heurtent pas l'ordre public français et doivent s'appliquer à la désunion et à ses effets* » (21). Saisie d'une demande de prestation compensatoire (de 10 000 euros) au nom de l'ordre public français en matière internationale, cette juridiction a accordé à l'épouse une indemnité (de 5 000 euros) au titre de l'article 101 du nouveau code de la famille marocain. Dès lors que « *l'appréciation de l'indemnité relève du pouvoir du tribunal* » saisi, il semble que l'ordre public français en matière internationale ne s'oppose plus à l'application de la loi marocaine compétente (22). La référence à la loi marocaine « *alors applicable* » peut donc être lue comme un *obiter dictum*, une mise en garde de la Cour de cassation adressée aux praticiens du droit. Ce serait là une façon d'annoncer indirectement une évolution possible de sa jurisprudence au regard du nouveau code de la famille marocain, autrement dit de préparer le terrain à un éventuel revirement de jurisprudence.

Mots clés :

DIVORCE * Effet * Epoux * Prestation compensatoire * Loi applicable * Ordre public international français

CONFLIT DE LOIS * Divorce * Convention de La Haye du 2 octobre 1973 * Prestation compensatoire * Loi applicable * Loi marocaine

(1) Rev. crit. DIP 1983, p. 531. Sur laquelle, cf. P. Decroux, JDI 1985, p. 49 ; F. Monéger, Rev. crit. DIP 1984, p. 29 et p. 266 ; et, plus récemment, A. Devers, Dr. fam. 2006, étude n° 15.

(2) Not. Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005 et 3 janv. 2006, D. 2005, IR p. 2897, et D. 2006, Pan. p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Dr. fam. 2006, comm. n° 103, note M. Farge. Ces arrêts transposent aux répudiations marocaines la solution forgée pour les répudiations algériennes (Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2004, P. Courbe, D. 2004, Chron. p. 815, et Jur. p. 824, concl. F. Cavarroc ; AJ Famille 2004, p. 141, obs. S. David ; RTD civ. 2004, p. 367, obs. J.-P. Marguénaud ; Dr. fam. 2004, chron. n° 9, S. Pringent ; JCP G 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; JDI 2004, p. 867, note G. Cuniberti ; Dr. et patrimoine, avr. 2004, p. 124, obs. F. Monéger ; Gaz. Pal. 2004, somm. p. 569 et 3366, obs. M.-L. Niboyet).

(3) Cass. 1re civ., 28 mars 2006, D. 2006, IR p. 999 ; AJ Famille 2006, p. 247, obs. A. Boiché ; JCP G 2006, II, 10133, note A. Devers ; Dr. fam. 2006, comm. n° 133, note V. Larribau-Terneyre ; RJPF 2006-6/19, p. 15, obs. T. Garé. Cet arrêt juge que l'article 11 de la convention franco-marocaine de 1981 n'édicte que des règles de compétence indirectes.

(4) Cass. 1re civ., 22 nov. 2005 (deux arrêts), Bull. civ. I, n° 429 et n° 432 ; AJ Famille 2006, p. 30, obs. S. David ; Dr. fam. 2006, comm. n° 41, obs. V. Larribau-Terneyre ; RJPF 2006-2/31, p. 19, obs. T. Garé ; RLDC 2006, n° 961, note G. Marraud des Grottes ; 20 juin 2006, AJ Famille 2006, p. 376, obs. A. Boiché Dr. fam. 2006, comm. n° 176, obs. M. Farge.

(5) Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, n° 05-22.002, à paraître au Bulletin, (à propos d'une action en recherche de paternité naturelle soumise à la loi biélorusse).

(6) Avant la loi du 11 juillet 1975 (art. 310 c. civ. ancien), la Cour de cassation considérait en effet que le divorce était régi par la loi des effets du mariage, le divorce étant selon l'expression du Doyen Batiffol le « *terme des effets du mariage* » (not. Cass. 1re civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, in B. Ancel et Y. Lequette, GAJFDIP, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 26, et réf. cit.).

(7) Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, Bull. civ. I, n° 229 ; D. 1993, p. 476, note K. Saïdi ; JCP G 1993, II, 22138, note J. Déprez ; Rev. crit. DIP 1993, p. 269, note P. Courbe ; Defrénois 1993, p. 292, note J. Massip.

(8) Sur les 1 822 810 couples comprenant au moins un conjoint immigré recensés par l'Insee en 1999 (<http://www.insee.fr/>), 186 924 sont formés par au moins une personne d'origine marocaine. Dans 36,1 % des cas, ces couples sont constitués d'une personne immigrée originaire du Maroc et d'une personne non immigrée. Dans 59,4 % des cas, ces couples sont constitués de deux personnes immigrées originaires du Maroc.

(9) Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, préc. (à propos de la loi marocaine).

(10) Cass. 1re civ., 7 nov. 1995, Bull. civ. I, n° 391 ; D. 1996, Somm. p. 170, obs. B. Audit (à propos de la loi marocaine). Dans le même sens, CA Aix-en-Provence, 10 mai 1998, JDI 1999, p. 316, note M. Bencheneb ; CA Toulouse, 2e ch. civ., 6 févr. 2001, n° 1999/05831 ; CA Amiens, ch. fam., 14 avr. 2004, n° 310.

(11) Selon la formule de Jacques Foyer dans sa note sous Cass. 1re civ., 3 nov. 1988, Rev. crit. DIP 1989, p. 495.

(12) *Rapport Verwilghen*, Actes et documents de la Douzième session (1972), t. IV, Obligations alimentaires, p. 457, n° 175.

(13) Comp. avec l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation sur les répudiations marocaines, not. Cass. 1re civ., 3 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 1999 ; D. 2001, Jur. p. 3378, note M.-L. Niboyet ; Rev. crit. DIP 2001, p. 704, note L. Gannagé ; JDI 2002, p. 182, note P. Kahn ; JCP G 2002, II, 10039, note T. Vignal.

(14) Cass. 1re civ., 3 nov. 1988, Bull. civ. I, n° 298 ; Rev. crit. DIP 1989, p. 495, note J. Foyer ; JDI 1989, p. 703, note F. Monéger.

(15) Cass. 1re civ., 23 nov. 1976, *Marret*, in B. Ancel et Y. Lequette, GAJFDIP, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 57, et réf. cit.

(16) Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 févr. 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille, Bulletin officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 (6 oct. 2005), p. 667 (en langue française) ; Bulletin officiel n° 5184 du 14 hija 1424 (5 févr. 2004) p. 418 (en langue arabe). Sur lequel, cf. not. A. Sarehane, Le nouveau code marocain de la famille, Gaz. Pal. 2004, doct. p. 2792.

(17) http://www.justice.gov.ma/index_fr.aspx.

(18) C. fam., art. 99, al. 1 : « *Tout manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage est considéré comme un préjudice justifiant la demande du divorce judiciaire* » ; al. 2 : « *Est considéré comme un préjudice justifiant la demande du divorce judiciaire, tout acte ou comportement infamant ou contraire aux bonnes moeurs émanant de l'époux portant un dommage matériel ou moral à l'épouse la mettant dans l'incapacité de maintenir les liens conjugaux* ».

(19) C. fam., art. 101 : « *Dans le cas où le divorce est prononcé pour cause de préjudice, le tribunal peut fixer, dans le même jugement, le montant de l'indemnité due au titre du préjudice* ».

(20) Guide pratique du code de la famille, préc. (note 17), p. 73.

(21) CA Paris, 19 mai 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 40 (2e esp.), note M. Farge.

(22) Not. A. Quinones Escamez, La réception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004, p. 877 ; M.-C. Foblets et J.-Y. Carlier, Le code marocain de la famille, Incidences au regard du droit international privé en Europe, Bruylant, 2005 ; M.-C. Foblets et M. Loukili, Mariage et divorce dans le nouveau code de la famille marocain : quelles implications pour les marocains en Europe, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 521.