

Quand la Cour de cassation française n'hésite plus à s'ériger en championne de la protection des droits de la Femme : la question de la répudiation

(Civ. 1re, 17 févr. 2004, D. 2004.815, chron. P. Courbe et 824, concl. F. Cavarroc ; Gaz. Pal. 25-26 févr. 2004.29, note M.-L. Niboyet, RJ personnes et famille, mai 2004.6, comm. M.-C. Meyzeaud-Garaud)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges ; Membre de l'observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ Limoges)

On aura beau faire et beau dire : même enrobée des garanties procédurales les plus raffinées, même accompagnée des compensations financières les plus mirobolantes, la répudiation, dans la mesure où elle conduit à la dissolution du mariage par la volonté unilatérale du seul mari, reste l'institution discriminatoire par excellence. Confrontée à la seule Convention européenne des droits de l'Homme, elle est donc inéluctablement vouée à une stigmatisation sans nuance soit par application du principe de non-discrimination posé par l'article 14 combiné avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 soit, plus directement, en vertu du principe d'égalité entre époux consacré par l'article 5 du Protocole additionnel n° 7. Cette logique des droits de l'Homme qui, comme chacun le sait, porte allègrement vers des solutions universalistes est cependant difficile à concilier avec celle du droit international privé habitué à respecter les lois étrangères et à s'offusquer seulement de leurs bizarreries les plus horribles. Or, techniquement, la question de la répudiation se pose lorsqu'il s'agit d'accorder ou de refuser l'*exequatur* à la décision d'une juridiction d'un Etat extérieur au Conseil de l'Europe ayant prononcé cette dissolution unilatéralement exigée par le mari. Les conditions d'un conflit de logiques sont donc réunies (cf. H. Fulchiron, Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution *in* F. Sudre (dir.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, éd. Némésis et Bruylant, 2002, p. 353). Aussi ne faut-il pas s'étonner si, depuis 10 ans, la Cour de cassation a soumis à très rude épreuve la patience des commentateurs tour à tour incités à croire que l'article 5 du Protocole n° 7 conduisait désormais à écarter toute possibilité d'accorder l'*exequatur* à un jugement étranger ayant consacré une répudiation (Civ. 1re, 1er juin 1994, RCDIP 1995.103, 2e esp. note J. Deprez ; Civ. 1re, 11 mars 1997, D. 1997.400, note M.-L. Niboyet) puis que la question échappait à nouveau à toute influence européenne pour être seulement résolue en fonction de l'absence ou de l'inexistence de fraude au jugement ou d'atteintes à l'ordre public procédural et alimentaire dont la réaction varierait d'intensité selon la proximité de la situation avec le for français (Civ. 1re, 3 juill. 2001, RCDIP 2001.704, note L. Gannagé ; JCP 2002.éd.G.II.10039, note Th. Vignal et Civ. 2e, 14 mars 2002, JDI 2002.1062, note Ph. Kahn).

La première chambre civile de la Cour de cassation vient de rendre, le 17 février 2004, deux nouveaux arrêts relatifs à l'*exequatur* de jugements de tribunaux algériens ayant constaté des répudiations. Ces deux arrêts marquent un retour spectaculaire de la Convention européenne des droits de l'Homme que l'on avait pu croire évincée. Ce ne sont que des arrêts de rejet mais ils sont ornés de toutes les estampilles qui promettent la plus large diffusion réservée aux arrêts de principe (cf. M.-C. Meyzeaud-Garaud, *op. cit.*). Il est donc indispensable de présenter leur commun enseignement : même si elle résulte d'une procédure loyale et contradictoire, une décision constatant 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 est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1988 n° 7 additionnel à la Convention

européenne des droits de l'Homme que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1er de la convention franco-algérienne du 27 août 1964. La logique des droits fondamentaux semble donc avoir triomphé. Il reste néanmoins un risque de conflit. En effet, la Cour de cassation admet la contrariété à la Convention européenne des droits de l'Homme retrouvée et donc à l'ordre public international réservé par la convention bilatérale dès lors que, comme dans la première espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français, ou que, comme dans la seconde, la femme, « sinon même les deux époux » étaient ainsi domiciliés. Cette allusion au principe de proximité conduira sûrement les spécialistes du droit international privé à se demander, longuement et gravement, si du coup, les répudiations constatées, en l'absence de fraude et d'atteintes à l'ordre public procédural et alimentaire, alors que les deux époux étaient domiciliés à l'étranger, ne pourront pas échapper aux foudres de l'article 5 du protocole n° 7. Cette logique du droit international privé se heurterait alors à la logique de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'Homme suivant lequel les Etats s'engagent à reconnaître les droits et libertés définis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction. Cet article auquel, on l'a vu, nos deux arrêts font directement allégeance devrait, logiquement, valoir pour toute femme en situation de saisir les juridictions françaises, quelle qu'ait été le lieu de son domicile ou moment où elle fut répudiée. En se référant à cette règle de l'article 1er, la Cour européenne des droits de l'Homme est donc entrée dans une logique qui, le moment venu, devrait la conduire à écarter la logique internationaliste de la proximité.

Il y aurait beaucoup à dire sur la technique déployée par la première chambre civile de la Cour de cassation pour assurer la primauté de la Convention européenne des droits de l'Homme sur la convention franco-algérienne du 27 août 1964. C'est, à l'en croire, cette convention elle-même qui aurait organisé sa soumission en réservant l'ordre public international dont l'article 5 du protocole n° 7 fait partie. Il est cependant douteux que ses signataires aient imaginé que l'ordre public international comprendrait un jour un ordre public européen spécialement enrichi d'un principe d'égalité entre époux se prolongeant jusqu'à la dissolution du mariage. On peut donc parler à nouveau de subterfuge (cf. H. Fulchiron, *op. cit.* p. 368 à propos de la mise à l'écart, par la première vague d'arrêts appliquant la Conv. EDH, des conventions franco-marocaines). Dès lors, il serait peut-être plus satisfaisant d'affirmer directement la primauté de la Convention européenne des droits de l'Homme sur les conventions internationales sans chercher systématiquement à la faire découler de l'exception d'ordre public de droit international privé. Quoi qu'il en soit, il devenait urgent que la Cour de cassation utilise résolument la Convention européenne des droits de l'Homme comme moyen de faire prévaloir les droits de la Femme face à des jugements qui, comme dans la seconde espèce, justifient des répudiations par le motif que « la puissance maritale est entre les mains de l'époux selon la Charia et le Code ». Face à des affirmations aussi brutales, la logique du droit international privé et son souci, d'ailleurs profondément humaniste, de respect des cultures et des différences, doivent s'effacer. En effet, comme l'a fait récemment observer un auteur (L. François, *La Convention européenne des droits de l'Homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ?*, D. 2002.2958) « ... ce sont les femmes musulmanes qui, en saisissant les juridictions françaises s'insurgent contre certains archaïsmes du droit musulman... ». Il serait quand même un peu troublant que le juge français leur refuse tout secours européen alors que, dans ses arrêts *Refah Partisi* du 31 juillet 2001 (RTD civ. 2001.978) et du 13 février 2003, la Cour de Strasbourg a déclaré que la Charia était incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme notamment en raison de la place qu'elle réserve aux femmes dans l'ordre juridique. Il serait quand même un peu étrange que le juge français laisse encore produire effet à des répudiations que les juges tunisiens écartent quand elles sont prononcées dans d'autres Etats musulmans (cf. L. François, *op. cit.*). Il serait quand même un peu choquant que le juge français refuse d'appliquer le principe européen d'égalité entre époux aux femmes répudiées alors que l'égalité entre l'homme et la femme vient d'être instauré dans le code marocain de la famille par une réforme définitivement adoptée le 23 janvier 2004. En somme, le 17 février 2004, la Cour de cassation française s'est érigée en championne de la protection européenne des droits de la Femme répudiée avec à peine plus de trois semaines de retard sur l'Histoire du Maghreb... Au moins, grâce à l'article 5 du Protocole n° 7, aura-t-elle conjuré le risque d'accorder à l'archaïsme chassé du Maroc une chance de vivoter encore quelques années en

France.

Mots clés :

CONFLIT DE JURIDICTIONS * Exequatur * Répudiation * Ordre public international

RTD Civ. © Editions Dalloz 2009