

gq/v

541. 222 JK

DROIT ET JUSTICE

solu

Collection dirigée par Pierre Lamberg

38

piē

Frédéric SUDRE (dir.)

**Le droit au respect
de la vie familiale
au sens de la Convention européenne
des droits de l'homme**

*Actes du colloque des 22 et 23 mars 2002
organisé par l'Institut de droit européen
des droits de l'homme (UMR CNRS 5415),
Faculté de droit de l'Université Montpellier I*

*avec le soutien de
La Région Languedoc-Roussillon,
L'École Doctorale de droit Public, Montpellier I,
L'Ordre des Avocats du Barreau de Montpellier,
La Commission pour l'étude des Communautés européennes
(C.E.D.E.C.E.),
Les éditions du Juris-Classeur.*



NSMKSS

BRUYLIANT

2002

RECHERCHE JURIDIQUE
4, rue de la Vierge

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

PAR

HUGUES FULCHIRON

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON III
DIRECTEUR DU CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE

Droits et libertés fondamentaux, droit international privé : de récentes passes d'armes entre spécialistes ont montré combien les logiques de l'une et l'autre matière pouvaient, dans certains cas, entrer en conflit (1), tant il est vrai que la vocation à l'universel des droits fondamentaux semble ne pas toujours s'accommoder du relativisme du droit international privé, de ses principes de respect des lois étrangères, de coordination des systèmes, d'acceptation d'institutions plus ou moins exotiques et parfois peu respectueuses des droits de l'homme.

En fait, la question de l'impact des droits de l'homme sur les règles de droit international privé s'est posée très tôt, dès la promulgation du texte fondateur que constitue la Déclara-

(1) Voy. not. Y. LAGUERRE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droit fondamental*, Dalloz, 6^e éd., 2000, pp. 95 et s., et du même auteur la note sous Paris 14 juin 1994, *Rev. crit. D.I.P.* 1995, 308, J. FORTIN, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », in *Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, pp. 833 et s.; contra F. SUDRE, « L'ordre public européen », in M.-J. RAPPOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Nemesis/Brylant, coll. « Droit et justice », n° 39, 2001, p. 109.

tion universelle des droits de l'homme (2). Depuis, les articles se sont succédé, et leur multiplication depuis quelques années (3), témoigne à elle seule de l'ampleur des problèmes que pose à l'internationaliste l'emprise croissante des droits fondamentaux en droit interne comme en droit international.

La question de la vie familiale et plus précisément de l'égalité dans l'exercice des droits familiaux s'inscrit au cœur de ces interrogations. Il n'y a rien de surprenant à cela. D'une part en effet la notion même de vie familiale est, on l'a vu tout au long de ce colloque, des plus difficile à cerner. D'autre part, l'extrême diversité des droits de la famille qui coexistent dans le monde n'a rien d'anecdotique : elle révèle la diversité des conceptions de la famille, la diversité de la construction des rapports entre homme et femme, et, au delà, la diversité des sociétés, des cultures et des religions.

Le droit international privé est habitué à ce pluralisme, qu'il accepte dans toute la mesure du possible, selon un jeu subtil et toujours fluctuant d'admission et d'exclusion. Or le développement des droits fondamentaux risque de bouleverser cet équilibre fragile, notamment lorsque ces droits trouvent leur source dans la Convention européenne des droits de l'homme ou dans ses protocoles additionnels. *A priori*, l'affirmation peut sembler paradoxale : de par leur vocation à l'universel les droits fondamentaux devraient précisément per-

(2) Voy. l'article de P. LERENOUS-PIERROSSIERRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. 1, pp. 255 et s.

(3) Voy. not. P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 651 et s.; D. CONNEX, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 451 et s.; P. COURBET, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, sous le dir. de P. TAVENNIER, Bruylant, 1996, pp. 246 et s.; P. HANNAE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit.*, 1997, pp. 1 et s. *Adde sur l'ensemble de la question*, P. HANNAE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse Paris 1, 1994; L. GANSSACK, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, (étude de droit international privé de la famille), préf. Y. LAGUETTE, LGDJ, 2001; E. POUINER, *Le maintien de la Consensus européen des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, 1999. *Adde* les analyses de B. FAUVARQUE COSSES, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, 2000, p. 797.

mettre de transcender le particularisme des différents systèmes juridiques par la reconnaissance, sinon d'un *jus commune*, du moins d'un *corpus principium* commun à toutes les nations. En réalité, les choses sont infiniment plus complexes; et la question de l'égalité dans l'exercice des droits fondamentaux est, à cet égard, particulièrement significative.

Plus précisément, l'impact d'un principe tel que l'égalité entre homme et femme se situe à un double niveau. On peut tout d'abord s'interroger sur la conformité à ce principe des règles de conflit elles-mêmes. Ainsi, la règle française de conflit en matière de filiation (art. 311-14 C. civ.), donne compétence à la loi nationale de la mère à l'époque de la naissance de l'enfant. Une telle règle est-elle conforme au principe d'égalité de l'homme et de la femme; n'y aurait-il pas discrimination au détriment du père (4)?

Plus délicate encore est la question de l'impact des droits fondamentaux sur le règlement même des situations relevant du droit international privé. Le dynamisme propre aux droits fondamentaux conduit tout d'abord à s'interroger sur les conditions de leur intervention. Selon certains, les droits fondamentaux, en raison de leur nature et de leur source (notamment lorsqu'ils trouvent leurs racines dans la Constitution ou dans les traités internationaux), doivent être garantis à tous. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur la loi éventuellement applicable : dès lors que son ordre juridique reconnaît le droit en cause, le juge, s'il est compétent, doit le mettre en œuvre et en garantir le respect (5). Cette application *défecte* des droits fondamentaux, qui les rapproche de la catégorie des lois de police, est très discutée en doctrine (6). En toute hypothèse, elle ne pourrait être qu'exceptionnelle, car comme le souligne

(4) Voy. not. P. COURBET, *Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention européenne des droits de l'homme*, art. préc., p. 258; comp. Y. LAGUETTE, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, art. préc., n° 177 et *réf. cit.*

(5) Pour un exemple, au démontrant fort peu convaincant, d'application directe des droits fondamentaux, voy. Paris 14 juin 1994, (affaire dite du transsexuel argentin), *Rev. crit. DIP*, 1995, 308, note critique Y. LAGUETTE.

(6) Voy. not. les analyses de Y. LAGUETTE, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, art. préc., n° 182 et *réf. cit.*; comp. L. GANSSACK, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, op. cit., qui se prononce pour une application directe des droits fondamentaux, mais dans une perspective renouvelée.

le professeur Pierre Mayer, « en raison du caractère extrêmement vague de leur formulation (même compte tenu des précisions qu'apporte la Cour de Strasbourg) et du fait qu'ils constituent seulement un minimum, les droits de l'homme ne sont pas susceptibles en général de fournir une solution au problème de droit substantiel posé (7) ». Dans la plupart des cas, le respect des droits fondamentaux suppose que soient déterminées dans un premier temps les normes substantielles applicables et que, dans un second temps, soit vérifiée leur conformité au droit en cause. L'intervention des droits fondamentaux s'effectuera donc dans le cadre de la méthode *indirecte* de règlement des conflits de lois, à travers l'exception d'ordre public. Il en ira de même lorsque la norme étrangère en jeu n'est pas une règle substantielle, mais un jugement ou un acte public étranger auquel on prétend faire produire effet dans le pays du for (8).

Le statut des droits fondamentaux en tant que principe d'ordre public, fait également l'objet de débats en doctrine. De prime abord, ils semblent s'intégrer tout naturellement au sein de ces « principes de justice universelle considérés dans l'opinion publique française comme doués de valeur internationale absolue », (pour reprendre la formule de l'arrêt Lantour (9)), qui constituent en quelque sorte le « noyau dur » de l'ordre public français en matière internationale.

La force de ces droits a cependant conduit certains auteurs à se demander s'ils ne constitueraient pas un ordre public autonome, notamment lorsqu'ils trouvent leur source dans un traité international (10). La question se pose en particulier au sujet des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Selon certains auteurs, l'ordre public européen, i.e. pour

(7) P. MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, art. préc., p. 663.

(8) Voy. not. P. MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, art. préc., pp. 682 et s.

(9) Cass. 25 mai 1948, *G.4 D.P.* n° 19, p. 169 et réf. cit.

(10) Voy. BARRISOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 365 et réf. cit.

reprandre la définition proposée par l'organisateur de ce colloque, cet « ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres (11) », constituerait alors un socle de principes dont le respect s'imposerait aux États partis et que ceux-ci seraient amenés à faire respecter vis-à-vis des normes étrangères, de façon beaucoup plus stricte que l'ordre public « ordinaire ». D'autres soulignent au contraire que l'expression « ordre public européen » signifie d'abord un ordre public que chaque État fait sien ; à ce titre, il s'intègre dans l'ordre juridique de l'État, et plus particulièrement, dans sa catégorie des principes d'ordre public international (12). Resterait cependant à savoir si la nature et la source des principes en cause ne conduirait à affiner le jeu traditionnel de l'exception d'ordre public, i.e. à en élargir les conditions de déclenchement et les effets (13).

Il semble cependant que la jurisprudence française de droit international privé opte plutôt pour l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public français en matière internationale (14).

Pourtant, cette intégration ne va pas sans susciter un certain nombre d'interrogations. Le problème s'est notamment

(11) F. SCHER, *L'ordre public européen*, art. préc., *op. cit.* au même auteur, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 39 et s. et réf. cit.

(12) P. MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, art. préc., p. 664.

(13) Voy. P. HANNOU, *Droits fondamentaux et ordre public*, art. préc. Sur l'ensemble de la question, voy. E. JONIKER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, *op. cit.*, pp. 59 et s.

(14) C'est ce qui l'on peut lire de Civ. 1^{re} 11 mars 1997, *JDI*, 1998, 110, note Ph. KAHN, *D.*, 1997, p. 400, note M.-L. NIKROYER ; *JCP G.*, 1998, I, 101, obs. H. FUCHERON, rappelant qu'aux termes de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, la reconnaissance en France des jugements marocains est subordonnée à leur conformité à l'ordre public : or « au titre de cette dernière exigence figure l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage », droit reconnu par l'article 5 du protocole n° 7 CEDH « et que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction ». Comp. la formulation très ambiguë de Civ. 1^{re} 24 février 1988 (*Rev. crit. D.J.P.*, 1988, 637, note DROC, *JDI*, 1988, 730, note KASCHENOV ; *D.*, 1999, som. p. 290, obs. AUBI ; *JCP G.*, 1998, II, 10 175, note T. VIGNAUD, *Dogmatique*, 1999, 1173, note GROSSI) à propos de partage inégal de communauté prévu par l'ancien droit suisse des régimes matrimoniaux.

posé à propos de la répudiation musulmane (15). Les fluctuations de la jurisprudence française en la matière montrent bien l'embarras du juge face à une institution qui paraît tellement étrangère à nos mentalités et la difficulté qu'il y a à raisonner en termes de droits fondamentaux dans les situations relevant du droit international privé.

Après avoir paru, dans les années 80, faire preuve d'une certaine mansuétude à l'égard des répudiations prononcées à l'étranger (16), les juges français tentèrent par différents moyens d'un limiter l'accueil en France (17), notamment lorsque la répudiation prononcée à l'étranger avait permis au mari de se soustraire aux conséquences d'une action en divorce ou en contribution aux charges de mariage intentée en France : fraude à la loi, fraude au jugement, fraude à l'effet atténué de l'ordre public (18), accueil de l'estoppel en droit français (19), respect de l'ordre public procédural (20) (les parties, aux termes mêmes de la convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, doivent avoir été régulierement représentées ou déclarées défaillantes), respect de « l'ordre public alimentaire » (la dissolution du mariage ne doit pas laisser la femme sans

(15) Sur l'ensemble de la question, voy. not. R. EL-HUSSEINI BEDROUHA, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, LGDJ, 2002 et réf. cit. *Addé* J. DEPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel) », *RGADJ*, 1988, IV (t. 211); H. GAUBERT-TAILLON, « La dénonciation du couple en droit international privé », *RGADJ*, 1991-1 (tome 226), *Addé* P. LACARRE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, L'expérience française », in *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 363 et s.

(16) Voy. I. FADALLAH, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français », *Rev. crit.*, 1981, p. 19 et réf. cit. L'arrêt de principe est le célèbre arrêt *Robin*, Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1983, *Rev. crit.*, 1984, p. 325, note I. FADALLAH, *GA D.P.*, n^o 69-64, *addé* Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1987 et 6 juillet 1988, *Rev. crit. D.I.P.*, 1989, note M. L. NIBOYER; *Chenel*, 1989, 63, note F. MOYSEKIN.

(17) Voy. F. MOYSEKIN, « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français », *Chenel*, 1992, 348; D. ALKASSAB, « La protection de l'épouse contre la répudiation », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transatlantiques*, sous la dir. de P. DEKRUWER-DEFOSSÉ, LGDJ, 1993, pp. 140 et s.

(18) Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, *Rev. crit. D.I.P.*, 1989, p. 721, note SISKOV-CYTERKANN, Civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *Rev. crit. D.I.P.*, 1990, 593, 1^{er} esp, note P. COURRÈRE; *D.*, 1990, som. com., p. 305, obs. B. AUDIT.

(19) Voy. H. MEIN-WART, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », *Mélanges Loussouart*, 1994, p. 303.

(20) Civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *préc.*

garanties péculiaires sérieuses) (21). Après bien des hésitations, la jurisprudence de la cour de cassation semble enfin se fixer sur des bases solides, celles des droits fondamentaux : institution inégalitaire, puisque réservée au mari, la répudiation heurte le principe d'égalité des époux affirmé à l'article 5 du protocole n^o 7 du 22 novembre 1984 (22). Intrinsèquement contraire à l'ordre public français en matière internationale, qui compte ce principe au nombre de ses exigences, la répudiation ne peut être prononcée par le juge français; bien plus, une répudiation prononcée à l'étranger ne peut recevoir quelque effet que ce soit en France (23).

Pourtant, timidement en 1999 (24), puis plus clairement en 2001 (25), la première chambre civile de la Cour de cassation a « répudié sa propre jurisprudence (26) » : renonçant à raisonner en termes d'égalité entre époux, la cour se contente de vérifier que le juge qui a prononcé la répudiation n'a pas été saisi frauduleusement, que la femme a pu faire valoir ses prétentions et défenses et qu'elle bénéficie de garanties péculiaires satisfaisantes. Tout récemment, la seconde chambre civile, afin de valider un divorce prononcé selon la loi française par un juge français qui avait préalablement écarté comme contraire à l'ordre public français en matière internationale une répudiation prononcée au Maroc, a choisi de procéder par

(21) Voy. not. Versailles, 9 octobre 1989, *D.*, 1990, som. Com., p. 99, obs. B. AUDIT; Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1992, *Rev. crit.*, 1993, 269, note P. COURRÈRE; *JCP*, 1993, II, 22138, note J. DEPREZ; *D.*, 1993, 358, note K. SAÏDI.

(22) Art. 5 : « 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 ».

(23) Implicitement d'abord, Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1994, *Rev. crit. D.I.P.*, 1995, 103, note J. DEPREZ; Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, *Rev. crit. D.I.P.*, 1995, 309, note J. DEPREZ; *JDI*, 1995, 343, note Ph. KAHN; *GA D.P.*, n^o 63-64; puis explicitement avec l'arrêt de Civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, *JDI*, 1998, 110, note Ph. KAHN; *D.*, 1997, 400, note M. L. NIBOYER; *JCP*, 1998, I, 101, obs. H. FUCHIRON. Dans le même sens, voy. Paris, 22 mars 2001, *D.*, 2001, Inf. rap., p. 1361.

(24) Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, *JCP*, 2001, I, 293, obs. M. PAROIS, *Rev. Droit de la famille*, mars 2000, n^o 54, obs. H. FUCHIRON; *addé* Dijon, 15 septembre 1999, *JDI*, 2000, note Ph. KAHN.

(25) Civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, *D.*, 2001, 3378, note M. L. NIBOYER, *JCP*, 2002, *JCP*, 2002, II, 10039, note T. VIGNAL.

(26) Pour reprendre l'expression de M. L. NIBOYER, note sous Civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, *préc.*

substitution de motif (27) : alors que les juges du fond invoquaient à l'appui de leur décision l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à la CEDH, les hauts conseillers relèvent que le mari avait acquis la nationalité française avant le prononcé de la répudiation et que les deux époux résidaient en France lors de la demande de divorce : « qu'il s'ensuit que leur mariage ne pourrait être dissous que par application de la loi française et que la reconnaissance de la répudiation de la femme en dehors des cas prévus à l'article 13 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 est contraire à l'ordre public de l'Etat dont M. Abdedine avait fait le choix de devenir le national, que par ce motif, substitué à ceux critiqués, la décision déférée se trouve légalement justifiée sur le prononcé du divorce ».

Ce qui, hier, était déclaré contraire à un droit fondamental reconnu par la Convention européenne et ses protocoles ne le serait-il plus aujourd'hui ? Le principe d'égalité dans l'exercice des droits familiaux trouverait-il ses limites dans l'acceptation de la répudiation ? Le revirement de la cour de cassation a été critiqué (28). Il paraît cependant tout à fait opportun au regard des finalités du droit international privé.

Selon une vision classique encore largement partagée dans les systèmes continentaux, les règles de droit international privé sont animées par un double souci : assurer la coordination des différents systèmes juridiques qui coexistent dans le monde afin de parvenir à une juste répartition des compétences entre ces systèmes, et tendre à une harmonie internationale des solutions afin de garantir la continuité des situations juridiques.

À priori, il semblerait que la promotion contemporaine des droits fondamentaux ne puisse que favoriser de tels fins en ce qu'ils constituent un ensemble de valeurs universellement partagées. Pourtant, il apparaît vite qu'un usage « immodéré » des raisonnements en termes de droits fondamentaux risque d'aboutir à une neutralisation (les plus pessimistes parleraient d'impression) des instruments traditionnellement mis au service

de ces finalités, au risque de revenir, sous prétexte d'universalité, à un cloisonnement des systèmes ou des blocs de systèmes.

Il n'est pas question d'instruire ici un quelconque procès des droits fondamentaux. Il s'agit seulement, à travers l'exemple de l'égalité dans l'exercice de droits familiaux, et plus particulièrement de la répudiation, de réfléchir sur l'impact de ces droits au regard des finalités du droit international privé. À cette fin, il convient de mesurer l'ampleur des perturbations causées par une utilisation que l'on peut juger parfois excessive, des droits fondamentaux (I), avant de réfléchir aux moyens d'assurer une meilleure coordination... entre droits fondamentaux et droit international privé (II).

I. — L'ampleur de la perturbation

Il est notamment deux instruments qui tendent à assurer la coordination des systèmes juridiques : l'ordre public et les conventions internationales. L'un comme l'autre sont fortement perturbés par l'irruption contemporaine des droits fondamentaux.

A. — L'IMPACT DES DROITS FONDAMENTAUX SUR L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

« Comme on l'a souligné, l'ordre public constitue un vecteur « naturel » de promotion des droits de l'homme. Selon la doctrine internationaliste « classique », il représente à la fois un instrument de défense du for contre des normes étrangères qui heurteraient certains principes fondamentaux du pays en question (29), et un instrument de coordination des systèmes, en ce sens qu'il constitue une sorte de soupape de sécurité, permettant d'accueillir les lois étrangères d'autant plus volontiers que l'on sait pouvoir écarter l'inadmissible, mais seulement l'inadmissible, par le truchement de cette exception. »

(27) Civ. 3^e. 14 mars 2002, pourvoi n° R. 99-21.659, inédit.
(28) Voy. M.-L. NIBOYER, note préc.

(29) Voy. not. BASTIEN et P. LASARDE, *Traité de droit international privé*, op. cit., n° 354 et s. et réf. cit.

Dans cette perspective, l'ordre public ne constitue pas une arme tendant à imposer les principes du for contre les règles étrangères, mais l'instrument d'une sorte de dialogue entre les différentes lois en présence : son usage idéal suppose donc que l'on accepte d'entrer dans la logique du système étranger, que l'on tente d'en comprendre les fondements, d'en exploiter loyalement toutes les possibilités.

Or il apparaît que l'intégration des droits fondamentaux au sein de l'ordre public français en matière internationale, et plus encore au sein d'un ordre public international des droits de l'homme ou d'un ordre public européen, bouleverse la vision universaliste classique.

Il convient en effet de se demander si la force des droits fondamentaux peut s'accommoder du relativisme qui préside au dédoublement de l'exception d'ordre public international et, surtout, aux effets de cette exception (30). Peut-il notamment y avoir effet atténué de l'ordre public lorsqu'une norme étrangère viole un droit fondamental ? On sait que selon le célèbre arrêt *Revière* (31), « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger, en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». Une telle tolérance paraît a priori inenvisageable lorsque sont en cause des droits fondamentaux, et notamment des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Le propos doit cependant être nuancé.

Conformément à la jurisprudence *Soering* (32), un Etat parti à la CEDH ne peut se rendre complice, par ses actes, de la violation d'un droit fondamental garanti par la CEDH, quand

(30) Voy. L. GARNACÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé*, op. cit., p. HANMAR, *Droits fondamentaux et ordre public*, art. préc., n° 13 et s. qui propose un jeu affiné de l'exception d'ordre public lorsque sont en cause des droits fondamentaux.

(31) Civ. I^{re}, 17 avril 1953, *G. D. J.P.*, n° 26.

(32) Cour eur. dr. h., 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*. Voy. not. les commentaires de H. LABAYLLE, *JCP*, 1990, I, 3452 et de F. SUDRE, *RGDIP*, 1990, p. 103.

bien même l'acte en cause serait prévu par une convention liant l'Etat partie à un Etat tiers. Bien sûr, comme le souligne le professeur Sudre, il ne s'agit pas (notamment en matière de conflit de lois, mais le raisonnement pourrait être étendu à l'hypothèse d'un jugement ou d'un acte public étranger auquel on voudrait faire produire effet en France), « d'imposer au juge, en raison du principe de la supériorité de la Convention sur la loi nationale contraire, d'écarter toute loi étrangère contraire à l'un des droits garantis par la Convention, d'autant que celle-ci ne condamne pas, au nom des valeurs communes aux Etats européens, les systèmes juridiques des Etats tiers se réclamant d'autres valeurs : comme le dit la cour la Convention ne régit pas les actes d'un Etat tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil Etat (*Soering*, précité, § 86) (33) ». Mais on comprend que le contrôle de l'acte étranger sera d'autant plus sévère que le droit en cause fait parti de l'ordre public européen, que cet ordre public constitue un ordre public « autonome » ou qu'il soit inscrit au cœur de l'ordre public français en matière internationale (34).

Certes, il semble résulter de l'arrêt *Drozé et Janousek* (35) que l'ordre public européen puisse n'avoir qu'un effet *atténué*, lorsque est en cause un droit valablement acquis à l'étranger. Mais, même dans ce cas de figure, l'ampleur de la réaction, lorsque sont en cause les valeurs fondamentales de la société démocratique européenne, risque de dépasser largement la mise à l'écart de telle ou telle règle (36), de telle ou telle décision ou de telle ou telle institution étrangère : ce sont des pans entiers du système juridique étranger que l'on pourrait être conduit à repousser.

L'exemple de la répudiation est, de ce point de vue, tout à fait éclairant. Comme on l'a rappelé, la cour de cassation a eu

(33) F. SUDRE, *Existe-t-il un ordre public européen ?*, art. préc., p. 73.

(34) Voy. *supra*.

(35) Cour eur. dr. h., 26 juin 1992.

(36) Sur la nécessité de ne substituer la loi du for à la loi étrangère que dans les strictes limites du nécessaire, voy. not. BATTIFOL, et P. LAGARDE, op. cit., n° 368 et réf. cit.

sur la question, une jurisprudence des plus évolutives : du refus initial à la tentation de l'acceptation, des tentatives d'encadrement au rejet de principe au nom du principe d'égalité des droits et responsabilité des époux lors de la dissolution du mariage (37).

De fait, la répudiation musulmane est bien une prérogative discrétionnaire reconnue au mari de rompre le lien matrimonial, la femme ne pouvant quant à elle obtenir le divorce que pour des motifs déterminés et selon une procédure infiniment plus stricte : il y a bien, semble-t-il, inégalité entre homme et femme puisque, au-delà des questions de procédure, le mari a infiniment plus de liberté et de facilité pour rompre le lien que son épouse ; par là même, le mariage est à sa discrétion.

Pour autant, les conséquences d'un rejet de principe de la répudiation musulmane au nom de l'égalité entre homme et femme, sont dévastatrices.

Un tel raisonnement ne conduit pas seulement le juge français à refuser d'appliquer une loi étrangère qui contiendrait des dispositions de ce type, mais encore à écarter toute réputation prononcée à l'étranger, quand bien même la femme aurait pu faire valoir ses propres demandes, quand bien même des garanties pécuniaires lui auraient été accordées (38). Ainsi les raisonnements classiques selon lesquels la réaction de l'ordre public international varie d'intensité selon qu'il s'agit de créer une situation en France ou de laisser se produire en France les effets d'une situation valablement créée à l'étranger, seraient paralysés en raison de la nature du principe violé.

Rejetée lorsque le mari a pris l'initiative de la rupture du lien, la loi étrangère est également écartée... lorsque la femme s'adresse au juge français. Ainsi, dans une affaire où une femme marocaine, invoquant les dispositions de l'article 56 de la *Moudawana*, demandait au juge français de prononcer un divorce pour sévices, la cour d'appel de Bordeaux a-t-elle affirmé, au lendemain de l'arrêt de la cour de cassation du 11 mars 1997, que si la procédure de répudiation contredisait

l'exigence d'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, il devait « également être jugé qu'une action en divorce réservée à la seule épouse, le mari placé en seule position de défendeur sans action reconventionnelle, ne respecte pas cette exigence » et doit donc « être écartée comme manifestement incompatible avec l'ordre public » : en conséquence le divorce est prononcé aux torts du mari par application des articles 242 du Code civil français (39). De même la cour d'appel de Lyon (40) constatant que la loi marocaine « réserve à la seule femme le droit de demander le divorce pour absence et ne prévoit au profit du mari aucune possibilité d'action principale ni de demande reconventionnelle, tandis qu'elle réserve au seul mari le droit de répudier son conjoint, sauf le cas particulier des procédures conjoints » en tire comme conclusion que « si la procédure de répudiation est jugée contraire à l'ordre public français en ce qu'elle contredit cette exigence d'égalité, on doit également considérer qu'est contraire à l'égalité des droits des époux l'action exclusivement réservée à l'épouse ». C'est donner au principe d'égalité une portée pour le moins excessive : en quoi l'absence de demande reconventionnelle est-elle contraire au principe d'égalité ? Et le mari ne peut-il pas contester la réalité ou la gravité des sévices qui lui sont reprochés, ce qui conduirait le juge à refuser de prononcer le divorce ? La cour de cassation n'a jamais été aussi loin, qui, dans un arrêt du 7 octobre 1999 (41) a admis la conformité à l'ordre public d'un jugement de divorce marocain prononcé au profit de l'épouse.

De même la stricte application de la jurisprudence de la Cour de cassation a-t-elle conduit les juges de Bourg-en-Bresse à neutraliser le jeu de la règle de conflit afin d'éviter de consacrer ce qu'ils considéraient comme une inégalité (42) : en l'es-

(39) Bordeaux 28 octobre 1998, cité par H. FICHKRON, note sous Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999 préc., Dans le même sens, Bordeaux, 21 décembre 2000, *Jurisdata*, n° 132357. Comp. Paris, 18 mars 1999, *Jurisdata* n° 024001 acceptant au contraire de prononcer le divorce pour sévices au vu des attestations et certificats hospitaliers et médicaux produits par la femme.

(40) Lyon, 23 novembre 1999, *Jurisdata* n° 129659.
(41) Civ. 2^e, 7 octobre 1999, non publié au *Bulletin*.

(42) TGI Bourg-en-Bresse, 15 novembre 1999, cité par H. FICHKRON, note sous Civ., 5 janvier 1999, préc.

(37) *V.oy. supra*.

(38) Tel était le cas dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 11 mars 1997, préc.

pèce, la femme et le mari, demandeur reconventionnel, concluaient à un divorce aux torts partagés sur le fondement de l'article 242 c. civ. Le juge fait observer que les parties étant marocaines, il convient d'appliquer la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 qui donne compétence à la loi marocaine. Mais cette loi est aussitôt écartée au motif que selon la Moudawana le mari ne peut demander que la répudiation; or « la répudiation est incontestablement contraire à l'ordre public français » : « il en résulte que le mari ne peut obtenir le divorce en France et que s'il obtient la répudiation au Maroc, la décision de divorce ne sera pas reconnue en France, si bien qu'il est privé de toute initiative en matière de divorce et ne peut que subir la procédure intentée par son épouse pour une des causes prévues par la loi marocaine » : il y a là « une inégalité des droits et responsabilité au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Dès lors, affirmant les juges, « la loi marocaine doit être écartée et il y a lieu de faire application de la loi française ».

Dans tous les cas de figure, la loi marocaine, pourtant compétente en vertu de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, risque d'être écartée au nom du principe d'égalité... Bien plus, d'une inégalité de droits, on glisse insensiblement vers une simple différence de règles.

C'est donc l'ensemble des règles relatives à la dissolution du lien matrimonial qui sont ainsi mises à l'écart au nom du principe d'égalité largement entendu.

Et ce que la jurisprudence tendait à faire jusqu'à ce que la cour de cassation intervienne pour renverser la tendance, pourrait valoir pour tout le droit de la famille des pays musulmans restés attachés dans leurs textes de loi et dans leur jurisprudence au droit musulman classique.

Seraient ainsi écartées toutes les règles fondées sur l'idée que l'homme et la femme ont des rôles différents et complémentaires dans la famille, ce qui se traduit juridiquement par des droits et des responsabilités propres : soit tout le droit des

relations conjugales ainsi que tout le droit de l'autorité parentale de la plupart des pays musulmans.

À la place, serait appliqué le droit français tel qu'éclairé par les droits fondamentaux en général et la CEDH en particulier.

Que l'on comprenne bien le sens de ces observations : il n'est pas question de critiquer la mise à l'écart de telle ou telle règle particulièrement choquante, mais le radicalisme des conséquences que l'on tire de la mise en jeu des droits fondamentaux. Ainsi le rejet des dispositions du droit successoral musulman qui ne donnent aux filles que la moitié de la part revenant aux garçons, ne peut qu'être approuvé (43). Mais dans ce cas la loi marocaine ou algérienne compétente n'en sera pas moins appliquée en France : elle sera seulement expurgée de ses dispositions discriminatoires. Dans le domaine des relations conjugales ou parentale, une conception extensive du principe d'égalité des droits et responsabilités des époux tend à écartier l'ensemble des règles étrangères, que la situation soit née en France ou qu'elle ait été valablement créée à l'étranger.

Le risque de cloisonnement des systèmes et de discontinuité des situations privées internationales apparaît donc bien réel.

Il en va de même si l'on s'intéresse au second instrument mis au service de la coordination des systèmes : les conventions internationales.

B. — L'IMPACT DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

Les conventions internationales, qu'elles soient bilatérales ou multilatérales, constituent un instrument idéal de coordination des systèmes en ce qu'elles assurent la répartition des compétences et favorisent la continuité des situations internationales. Or, là encore, l'exemple de la répudiation musulmane montre bien qu'elles ne résistent pas toujours aux assauts des

(43) Au XIV^e siècle, Bartole donnait déjà comme exemple de statut « odieux » ne pouvant avoir aucun effet hors de la cité qui les édictait, l'incapacité des femmes d'être héritières.

droits fondamentaux en général et du principe d'égalité homme femme en particulier (44).

On sait que la Convention franco marocaine du 10 août 1981 avait eu pour objectif de neutraliser les effets de la nouvelle règle de conflit française en matière de divorce et de replacer les époux marocains résidant en France sous l'empire de la loi marocaine (45). Afin de faciliter la reconnaissance des répudiations marocaines, elle avait posé le principe de l'assimilation d'une répudiation prononcée au Maroc avec un jugement de divorce. De façon générale, la Convention était dominée par le souci de préserver pour les Français comme pour les Marocains, « les principes fondamentaux de leur identité nationale (46) ».

Or dans l'avant dernier état de sa jurisprudence, la cour de cassation n'en avait pas moins écarté les règles conventionnelles au nom du principe d'égalité des droits et responsabilités des époux dans la dissolution du mariage (47). Certes, pour y parvenir, la cour de cassation a usé d'un subterfuge en combinant deux conventions franco-marocaines : celle du 10 août 1981 qui assimile répudiation et jugement de divorce,

(44) Pour une réflexion d'ensemble sur la question, voy. L. GANSYAGÉ, *Les méthodes des normes et les méthodes du droit international privé*, op. cit. et réf. cit. *Adde* C. BRISSE, A. MALAN, *Les conflits de conventions en droit international privé*, LGDJ, 2001, préface P. COUREN; Paris 2, 2000. D. BURZAU, *Les conflits de conventions*, TCDIP, éd. Pécoulé 2001, p. 201.

(45) Voy. not. F. MONSIEUR, « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Rev. CRTDIP*, 1984, p. 28, *adde* les analyses de J. DERRÈZ, *Droit international et conflits de citisitions*, op. cit.

(46) Ce souci explique la distinction opérée à l'article 13 de la Convention entre deux hypothèses : celle de la femme marocaine et celle de la femme française.

Si la femme est marocaine, l'article 13 § 1^{er} stipule : « Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger ».

Si la femme est française, l'article 13 § 2 dispose : « Les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que le jugement de divorce ».

Adde sur ce point les analyses de P. LAGARDE au regard de l'*Internationalisierung*, in *La théorie de l'ordre public international face à la répudiation*, art. préc., n° 9 et réf. cit.

(47) Civ. 11 mars 1997, préc.

et celle du 5 octobre 1957 qui pose en principe que pour être reconnu dans les pays signataires, un jugement de divorce ne doit pas heurter l'ordre public du for (48). Or « au titre de cette dernière exigence figure l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, droit reconnu par le troisième texte précité [la Convention européenne des droits de l'homme] et que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction ».

Une telle jurisprudence a mis en lumière les risques contemporains de conflits de conventions ; et un auteur a montré avec beaucoup de pertinence que faire prévaloir en l'espèce la Convention européenne des droits de l'homme sur la convention franco-marocaine du 10 août 1981 entraînerait de graves perturbations dans l'ordre juridique (49). On peut cependant se demander si le problème ne serait pas le même si le droit fondamental en cause avait une autre source, une source constitutionnelle par exemple : n'est-ce pas sa reconnaissance en tant que droit fondamental plus que sa consécration par telle ou telle norme nationale ou internationale qui, au-delà d'un problème, particulièrement délicat il est vrai, de hiérarchie des normes, perturbe le jeu classique des conventions internationales ?

Quoiqu'il en soit, les conséquences d'une telle prise de position sont considérables. De fait, comme le montre l'exemple du principe d'égalité entre homme et femme, une utilisation radicale des droits fondamentaux conduit à un cloisonnement des systèmes ou des blocs de systèmes constitués d'ensembles

(48) Vissat ensemble l'article 13, al. 1 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981, l'article 16, lit. b de la Convention franco marocaine du 5 octobre 1957 et l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 de la CEDH. La cour de cassation affirme que si, aux termes du premier de ces textes, les actes constatant la dissolution du lien conjugal entre époux marocains, homologués dans les formes prévues par la loi marocaine, produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger, il résulte du deuxième que ces conditions exigent notamment le respect des droits de la défense et que sa reconnaissance ne soit pas contraire à l'ordre public, or « au titre de cette dernière exigence figure l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, droit reconnu par le troisième texte précité et que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction ».

(49) Voy. L. GANSYAGÉ, *Les méthodes des normes et les méthodes du droit international privé*, op. cit., n° 360 et réf. cit.

régionaux fondés sur des valeurs communes : l'Europe de la Convention européenne des droits de l'Homme aujourd'hui, l'Europe de la Charte de Nice demain. Certes ces nouvelles frontières surgiront pour des motifs que ne sont plus des motifs de nationalisme juridique, mais, paradoxalement, d'universalisme juridique. L'idée n'en triomphe pas moins qu'en l'absence de communauté juridique (non plus la communauté issue du double héritage romain et chrétien évoquée par Savigny, mais celle des droits de l'homme), tout effort, toute possibilité de coordination des systèmes est vouée à l'échec. La question des conflits de lois dégénère en conflit de civilisations (50).

Pour les particuliers, un tel blocage se traduit par l'absence de toute continuité dans les situations privées internationales : ce qui s'est fait dans tel pays musulman (mariage, divorce, remariage, filiation) sera refusé en Europe au nom du respect des droits fondamentaux ; ce qui été obtenu dans tel pays européen après mise à l'écart de la loi étrangère compétente, ne pourra être reconnu dans un pays musulman.

De plus, par une sorte d'effet boomerang, le cloisonnement en ensembles régionaux et plus encore les raisonnements tenus en termes de conflits de civilisations risquent fort de raviver les débats sur l'universalisme des droits de l'homme : les droits fondamentaux ne seraient-ils qu'un instrument de l'idéologie occidentale, incompatible avec les valeurs d'autres sociétés ?

Là encore, l'exemple du principe d'égalité entre homme et femme paraît tout à fait significatif : l'égalité entre homme et femme est conçue dans les pays occidentaux comme impliquant une identité de droits et de devoirs. Le principe d'égalité conduit donc à écarter non seulement la loi étrangère qui ne reconnaîtrait pas les mêmes droits aux époux ou aux parents, mais encore toute loi qui édicterait des règles différentes pour l'homme et pour la femme. Par glissements successifs, on en viendrait à écarter toute loi étrangère qui ne serait pas totalement neutre dans sa formulation.

(50) Pour reprendre l'expression de J. Diernez, *Droit international et conflits de civilisations*, op. cit.

Une telle conception de l'égalité homme/femme en termes d'identité de droits et de devoirs heurte de plein fouet les conceptions de sociétés telles que les sociétés musulmanes « traditionnelles » qui conçoivent l'égalité en termes de spécificité et de complémentarité des rôles et des statuts de l'homme et de la femme, dans la famille et dans la société.

Certes, il ne saurait être question de justifier ainsi les discriminations dont peuvent être victimes les femmes en tant que filles, épouses et mères. Du moins devrait-on approfondir la réflexion engagée sur les notions mêmes d'égalité et de discrimination. Plus concrètement, il convient de s'interroger sur les moyens de dépasser les blocages auxquels risque de conduire une utilisation « aveugle » des droits fondamentaux.

Après avoir étudié l'ampleur de la perturbation, il importe donc d'envisager les voies d'un dépassement.

II. — Les voies d'un dépassement

Le droit international privé est traditionnellement porteur d'un dialogue entre les systèmes juridiques et, au-delà, entre les cultures. La double exigence de connaissance et de compréhension des systèmes juridiques d'une part, d'appréciation « concrète » des conséquences de l'accueil de telle ou telle norme étrangère d'autre part, pourraient être les deux voies à explorer afin de sortir de la logique de confrontation dans laquelle la cour de cassation a manqué de s'enfermer avant de renverser sa jurisprudence en 1999 et en 2001, mais sans s'en expliquer clairement.

A. — LE RESPECT DES DROITS ÉTRANGERS

L'effort de connaissance des systèmes étrangers, de leur logique et des principes sur lesquels ils sont construits représentée, pourrait-on dire, le premier commandement de l'inter-nationalisme. Or une partie des excès jurisprudentiels précédemment évoqués proviennent sans doute d'une méconnaissance

sance des modalités de la séparation dans les pays musulmans... et d'une vision idéalisée de notre propre droit.

Le terme de répudiation est en lui-même d'une rare ambiguïté en ce qu'il recouvre des réalités juridiques très diverses (51) : répudiation *ad nuptum* ou pour cause certaine, répudiation privée devant témoins, répudiation enregistrée par le juge qui exerce ou non un contrôle minimum sur ses conditions et, surtout, sur ses effets, répudiation prononcée par le juge à la demande du mari mais sans pouvoir d'appréciation de ses causes... les visages de la répudiation sont variés et le juge français ne semble pas toujours prendre le soin de consulter la loi étrangère pour se faire une idée exacte du contenu du droit au-delà de l'apparence des mots.

Ainsi, pour le droit marocain, fidèle à la tradition du droit musulman, la répudiation (*talak*), consistant en une prérogative discrétionnaire du mari (52). Certes, l'exercice de ce droit est subordonné depuis une réforme réalisée en 1993, à l'autorisation du juge qui doit procéder à une tentative de conciliation entre les époux « par tous les moyens qu'il estime appropriés » (C. proc. civ., art. 179, modifié par la loi du 10 septembre 1993). Mais si le mari persiste dans sa volonté, le juge n'a aucun pouvoir de lui refuser l'autorisation. De même, si la répudiation prononcée par le mari doit être enregistrée en présence des deux parties, l'article 48 de la *Moudawana* (modifiée par loi du 10 septembre 1993) précise que « si l'épouse reçoit la convocation et qu'elle ne se présente pas, il est passé outre à sa présence au cas où le mari maintient sa décision de répudier ». La femme a, de son côté, la possibilité de demander au juge de prononcer le divorce (*talig*) dans un certain nombre de

(51) Sur la répudiation en droit musulman classique, voy. not. Y. LINAÏT DE BRULLE-ROUSSE, *Traité de droit musulman comparé*, t. 2, éd. Mouton, 1965, n° 917 et s., MULLIER et F. P. BLANCH, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^e éd., Sirey, 1987, n° 418. Pour une synthèse du droit musulman classique et des droits statistiques contemporains, voy. R. EL-HUSSAINI BRACHAR, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, op. cit., n° 31 et s.

(52) Pour une étude approfondie de la répudiation en droit musulman classique et les difficultés rencontrées par le législateur moderne pour encadrer cette institution, voy. Y. LINAÏT DE BRULLE-ROUSSE, « La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui », *RIDDIT*, 1962, pp. 521 et s.

cas réglementés avec précision par les articles 53 et s. de la *Moudawana* : défaut d'entretien, vice rédhibitoire, sévices, absence du mari notamment. À la rupture discrétionnaire et unilatérale du lien conjugal par le mari, s'oppose le divorce judiciaire, pour cause prouvée, à la demande de la femme (53).

En droit algérien le divorce, selon l'article 48 du Code de la famille, « intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse » dans les cas énumérés par la loi. En toute hypothèse, le divorce ne peut être *établi* que par un jugement précédé d'une tentative de conciliation (art. 49). Mais lorsque le mari prend l'initiative du divorce, c'est bien lui qui *divorce son épouse* (pour reprendre la formule transitive de l'article 51) : le jugement n'est pas constitutif mais déclaratif d'état (54). En revanche, la femme *demande* au juge de prononcer le divorce : il lui appartient alors de prouver que l'une des causes (péremptoires) visées à l'article 53 est ouverte : défaut de paiement de la pension alimentaire, absence, faute immorale gravement répréhensible etc (55).

Comme l'a récemment démontré un auteur (56), une analyse approfondie du droit musulman et des législations étatiques contemporaines, permet de mettre en relief la nécessaire distinction à opérer entre la répudiation et ses effets d'une part, et, d'autre part, en ce qui concerne la répudiation elle-même, entre l'acte de répudiation, qui met fin au lien matrimonial, et son enveloppe procédurale, qui « reste une formalité de nature probatoire, fût-elle impérative et parfois assortie de sanctions pénales (57) ».

(53) Voy. F. SAHREASE, *Juristes pour la législation comparée*, v° Maroc. *Le statut personnel : droit commun*, n° 186 et s. et *réf. cit.*

(54) Voy. M. C. SALAH-BEV, *Juristes pour la législation comparée*, v° Algérie, n° 63 et s.

(55) Sur l'ensemble des cas de divorce du droit algérien, voy. M. C. SALAH-BEV, *Juristes pour la législation comparée*, v° Algérie, n° 63 et s. et *réf. cit.*

(56) R. EL-HUSSAINI, « Le droit international privé français et la répudiation musulmane », *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 419 et s., n° 22 : *acte du même auteur Le droit international privé français et la répudiation islamique*, op. cit., n° 31 et s.

(57) R. EL-HUSSAINI, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, art. préc. n° 22.

La première distinction apparaît essentielle. De fait, comme le souligne Madame el-Husseini, « la répudiation et ses conséquences ne sont pas nécessairement concentrées au même moment. Le règlement des effets de la dissolution du mariage peut intervenir postérieurement à la répudiation comme il peut ne pas intervenir du tout. La scission entre l'anéantissement du lien conjugal et ses effets paraît évidente lorsque les autorités compétentes pour recevoir la répudiation sont distinctes » ou lorsque la mission qui leur est assignée aux deux stades du processus de dissolution du mariage est différente : rôle de réception de la volonté du mari d'une part, activité décisionnelle d'autre part (58).

La seconde opposition est sans doute trop tranchée, en ce qu'elle ne tient pas compte des hypothèses dans lesquelles le juge dispose d'un réel pouvoir sur le principe même de la dissolution du lien matrimonial. Du moins rend elle justice de la répudiation marocaine (59) et du divorce algérien à l'initiative du mari (60) : dans l'un et l'autre cas, la décision de mettre fin au lien conjugal appartient au seul mari (61). Le recours au juge ne fait que l'inscrire dans le cadre procédural adéquat (62).

Surtout, elle permet de préciser la nature juridique de la répudiation. Comme le souligne Madame el-Husseini, celle-ci recouvre en réalité deux actes distincts de par leur nature : un acte public d'un part « qui tout en s'apparentant aux déci-

(58) R. el-HUSSEINI, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, art. préc., n° 25.

(59) Voy. l'article 48 de la *Moudawana* (réd. *Dahir* du 10 septembre 1953) :

« 1° La répudiation doit être reçue par deux adouls en fonction dans le ressort territorial de la compétence du juge où se trouve le domicile conjugal.

2° La répudiation ne sera enregistrée qu'en la présence simultanée des deux parties et après autorisation du juge.

Si l'épouse reçoit la convocation et qu'elle ne se présente pas, il est passé outre à sa présence au cas où le mari maintient sa décision de répudier ».

(60) Selon l'article 49 du Code de la famille de 1984 « Le divorce ne peut être établi que par jugement ».

(61) Voy. L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, op. cit., n° 312 et réf. cit.

(62) Voy. les analyses de R. el-HUSSEINI BECDAYONE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, op. cit., n° 116 et s. qui élargit son analyse au droit libanais et égyptien notamment.

sions' (*stricto sensu*), s'en distinguent radicalement par leur structure, dans la mesure où ils sont intervenus dans une hypothèse non contentieuse » (63); un jugement d'autre part (64).

Les conditions de la réception en France de l'« opération de répudiation », doivent donc être adaptées à la nature des deux actes qui la composent. Ainsi, « si le principe de la dissolution du mariage vérifie la condition de conformité à la loi désignée par la règle de conflit française, celle de la compétence indirecte de l'autorité saisie et si la répudiation n'est pas entachée de fraude, le prononcé de la répudiation ne devra plus être rejeté pour des motifs tirés de l'ordre public procédural qui ne se conçoivent pas si l'on tient compte de la nature de l'acte » : le contrôle du respect du principe du contradictoire et des droits de la défense n'a pas de sens « tout simplement » parce que la dissolution du mariage « ne se déroule jamais sous la forme d'un jugement contentieux, c'est-à-dire, en d'autres termes, que ce contrôle est dépourvu d'objet (65) ». À l'inverse, les effets de la répudiation restent soumis aux conditions de contrôle des jugements étrangers, notamment au respect du principe du contradictoire (66).

Au regard du principe d'égalité des droits et responsabilité (i.e. de l'ordre public substantiel et non plus procédural), la distinction opérée est tout aussi éclairante. Qu'un époux puisse mettre fin unilatéralement et discrétionnairement au mariage aurait pu, il y quelques années encore sembler contraire à l'ordre public français en matière internationale (67); encore l'ordre public n'aurait-il eu qu'un effet atté-

(63) Madame el-HUSSEINI, reprenant la terminologie de Monsieur Pamboukès, qualifie cet acte « d'acte quasi public constitutif » (*Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, art. préc., n° 27 et réf. cit.).

(64) R. el-HUSSEINI BECDAYONE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, op. cit., n° 155 et s.

(65) R. el-HUSSEINI, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, art. préc., n° 50. Sur l'ambiguïté fondamentale d'un tel contrôle, voir les analyses de H. GAUDERAT-TAILON, *La désunion du couple en droit international privé*, op. cit., n° 268.

(66) R. el-HUSSEINI, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, art. préc., n° 57.

(67) Voy. la célèbre affaire *Wattler*, Paris, 15 décembre 1948, Civ., 22 janvier 1951 et 2 avril 1951, G. A. D/P, n° 24-25 et réf. cit.

nué face à un jugement valablement obtenu à l'étranger. Mais peut-on vraiment s'indigner de cette procédure alors que la France connaît le divorce pour rupture de la vie commune (68)? Dans cette hypothèse, la liberté laissée à l'un des époux de mettre fin au lien conjugal dès lors que la condition objective de 6 ans de séparation est réalisée, est compensée par la prise en charge des conséquences du divorce, selon une logique que l'on pourrait transposer à l'accueil de la répudiation : prise en compte de la rupture du lien obtenue sans fraude par application du droit étranger, mais contrôle des conséquences de la rupture pour le conjoint et les éventuels enfants mineurs. De plus, la plupart des pays occidentaux connaissent aujourd'hui des formes de divorce pour cause purement objective permettant à un époux d'imposer à l'autre la dissolution du lien conjugal. Et les récentes propositions de loi débattues en France conduisent à s'interroger sur la reconnaissance éventuelle d'un véritable droit au divorce. En ce sens, une part de l'hostilité vis-à-vis des sociétés occidentales à l'égard de la répudiation révèle peut-être une vision idéalisée de leur propre droit.

Reste que dans les pays musulmans seul le mari dispose de ce droit (69). Or comme le souligne le professeur Déprez, « ce qui est choquant dans la répudiation et peut justifier une réaction de l'ordre public, ce n'est pas que le mari puisse mettre discrétionnairement fin au mariage, c'est le fait que ce droit ne soit pas également accordé à la femme (70) ». Telle est donc la véritable inégalité en jeu ; et elle porte bien sur l'acte même de répudiation, non sur la détermination de ses conséquences. Ainsi la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 mars 2001 (71) affirme-t-elle que « s'il résulte d'une procédure légale et contradictoire, le divorce prononcé par les juges algériens,

(68) Voy. les observations de I. FADLALLAH, *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?*, art. préc.

(69) Le droit tunisien fait exception qui prévoit un divorce par volonté unilatérale sans justification particulière ouvert au mari comme à la femme (art. 31 al. 3 du Code du statut personnel tunisien). Il revient au juge de prononcer le divorce, après avoir tenté de concilier les parties. L'époux qui n'a pas pris l'initiative du divorce a droit à des dommages intérêts (voy. K. Mezrou, *Juristes pour l'Éducation comparée*, v° Tunisie, Fasc. 1, *Marriage, Rupture*, n° 93 et s.).

(70) *Droit international et conflits de lois comparés*, op. cit., n° 129.
(71) D. 2001, préc.

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, 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 » : une telle procédure est contraire au principe d'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage et ne peut donc être reconnue en France.

Mais l'inégalité ainsi censée justifie-t-elle à elle seule le rejet de la répudiation ? Nul doute lorsque la procédure se déroule en France. Mais est-il raisonnable de refuser de laisser produire tout effet à une répudiation valablement prononcée à l'étranger, sans esprit de fraude, au seul motif que la femme n'aurait pu obtenir la dissolution du lien matrimonial dans les mêmes conditions ? On pourrait le penser si le droit étranger n'aurait à la femme la possibilité de divorcer que dans des conditions particulièrement restrictives. Et encore serait-ce plus un motif pour refuser d'appliquer la loi étrangère en cause dans un divorce demandé par la femme, qu'une raison de s'opposer en France aux effets d'un jugement étranger.

Mais, dira-t-on, la répudiation est un instrument de domination marital car la pérennité du mariage est ainsi soumise à son bon vouloir. L'inégalité au regard du divorce n'est que le signe d'une inégalité plus fondamentale, qu'elle renforce. En acceptant la répudiation, la France se rend complice de cet asservissement, alors même que dans les pays musulmans, certains luttent contre la répudiation, pour l'égalité (72).

Aussi forts que soient ces arguments, il est permis de se demander si le juste contrôle de la répudiation ne se situe pas, malgré tout, dans la prise en charge de ses conséquences, plus que dans son prononcé. Le simple fait qu'un époux ne puisse

(72) Voy. not. K. Mezrou et A. Mezrouani, « Les musulmans en Europe, l'application de la loi nationale au statut personnel : essai de clarification », *Cahiers de droit maghrébin*, 1995, n° 1. Ajde les analyses de A. Mouray Ricou, *La femme et la loi en Maroc*, éd. Boucheine, 1981. A.C. CHAMARI, *La femme et la loi en Tunisie*, éd. Boucheine, 1991. S. NOUREDDINE, *La femme et la loi en Algérie*, éd. Boucheine, 1991.

s'opposer à la dissolution du lien ne semble pas contraire à l'ordre public contemporain ; le simple fait qu'il ne puisse obtenir le divorce dans des conditions identiques non plus, dès lors en tout cas, que s'agissant d'une réputation prononcée à l'étranger, il ne le demande pas. Tout au plus doit-on exiger que la femme soit informée de la procédure, qu'elle puisse présenter ses demandes en vue du règlement des effets de la dissolution du mariage et que les conséquences attachées à la séparation préservent ses intérêts. Tel pourrait être, en tout cas, le jeu raisonnable de l'effet atténué de l'ordre public : ce qui paraît irréductible en effet n'est pas le droit de divorcer dans les mêmes conditions que le mari, mais la protection de l'époux à qui l'on impose le divorce (73).

Certes, en droit musulman classique, la femme répudiée n'a droit qu'à un « don de consolation » (*mat'a*) dont le montant, selon la majorité des auteurs, doit être laissé à l'appréciation du mari... jusqu'à n'être que symbolique (74). Mais les versets du Coran relatifs à la *mat'a* (75) ont également pu être interprétés comme imposant une véritable obligation à l'auteur de la répudiation (76). Ainsi, l'article 52bis de la *Moudawana* (réd. loi n° 1.93.347 du 10 septembre 1993) dispose : « Tout époux qui prend l'initiative de répudier son épouse doit lui remettre un don de consolation qui sera fixé compte tenu de l'état de ses moyens et de la situation de la femme répudiée (77) » : la

(73) Encore faut-il que les règles étrangères soient respectées, comp. Dijon, 15 septembre 1999, préc. admettant la reconnaissance d'une répudiation homologuée par le juge marocain alors que l'épouse n'avait pas été convoquée devant les *adoul's*, la non convocation relevant du caractère unilatéral de la répudiation conforme au statut personnel des époux ».

(74) Voy. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui*, art. préc., 544 et s.; *addé* MILLON et F. P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 2^e éd., 1987, n° 450; R. EL-HUSSEINI BACHICHA, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, *op. cit.*, n° 133 et s. et réf. cit.

(75) *Coran*, Sourate 2, verset 241 : les « répudiées recevront un don de consolation. C'est une obligation à la charge de tous ceux qui craignent le Seigneur »; selon le verset 236, ce don « sera pour l'homme aisé à la mesure de ses moyens et pour le pauvre on rapporte avec sa condition ».

(76) Voy. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui*, art. préc., 544 et s.

(77) *Addé* l'article 60 de la *Moudawana* : « Tout mari qui prend l'initiative de répudier sa femme doit lui remettre un don de consolation qui sera fixé compte tenu de ses moyens et de la situation de la femme répudiée ».

régle apparaît bien comme une obligation imposée au mari. De plus, l'alinéa 2 du texte précise que « s'il est établi que la répudiation n'est pas basée sur des motifs valables, le juge doit tenir compte, au moment de l'évaluation du don de consolation de tout préjudice que la femme a subi ». Une telle règle, considérée comme « une des plus importantes innovations de la réforme de la *Moudawana* (78) », a pour but de mettre un frein aux abus et d'assurer l'indemnisation de la femme. Le Code de la famille algérien prévoit quant à lui que « Si le juge constate que le mari aura abusivement usé de sa faculté de divorce, il accorde à l'épouse le droit aux dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle a subi ». Or il appartiendrait au mari de faire la preuve du caractère non fautif de la répudiation s'il souhaité échapper aux dommages intérêts (79) : les compensations pécuniaires peuvent donc là aussi constituer un contrepois au pouvoir du mari.

Au terme de son analyse de « La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui », publiée en 1962 (80), Linant de Bellefonds aboutissait à la conclusion qu'au-delà des réformes procédurales, certes indispensables mais toujours ambiguës en raison du caractère discrétionnaire de l'acte, le moyen le plus efficace pour encadrer la répudiation pourrait être l'octroi de garanties financières. Conforme au Coran, disposant de pierres d'attente dans les législations contemporaines, cette solution permettrait de prévenir les excès et, en tout hypothèse, d'assurer la protection de l'épouse.

Plutôt que de condamner de façon générale et absolue la répudiation, ne conviendrait-il donc pas de sanctionner ses conséquences inadmissibles : l'abandon, sans ressource, de la femme ? Au-delà de toute considération d'équité, n'est-ce pas cette crainte qui met effectivement la femme dans une situation de totale dépendance à l'égard de son mari ?

(78) F. SAÛGHANE, *Juridicassateur Législation comparée*, v° *Mariage*, préc., n° 240.

(79) M. C. SALAH-BEN, *Juridicassateur Législation comparée*, v° *Algérie*, préc., n° 89.

(80) LINANT DE BELLEFONDS, art. préc.

L'adoption d'une telle position qui pourrait conduire à des exequatur partiels (81), présenterait deux avantages : assurer la coordination des systèmes et préserver la continuité de l'état des personnes. Dans ses arrêts de 1999 et de 2001 la cour de cassation semble aller dans cette direction même si la référence, dans le dernier arrêt, au respect des droits de la défense paraît quelque peu ambiguë.

L'exemple de la répudiation permet en tout cas de comprendre qu'une meilleure connaissance des institutions étrangères en cause assure une plus juste application des droits fondamentaux. Les conflits entre droit international privé et droits fondamentaux pourraient également être apaisés, si l'on optait pour une application « pragmatique » des droits fondamentaux dans les situations privées internationales.

B. — UNE APPLICATION PRAGMATIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LES SITUATIONS PRIVÉES INTERNATIONALES

L'expression « application pragmatique » signifie qu'il conviendrait de raisonner non pas de façon abstraite, en contemplant d'un principe dont la généralité et le caractère absolu ruinent tout effort de dialogue, mais de façon concrète, en termes de balance et d'impact des règles étrangères en cause. Il n'est pas question de transposer ici le principe selon lequel ce serait moins la loi étrangère dans sa lettre et dans son esprit, que le résultat de son application concrète dans la situation soumise au juge, qui doit être pris en compte (82). Cet aspect de la relativité de l'ordre public paraît difficile à admettre lorsque est en jeu un droit fondamental : même si le résultat est juste, peut-on admettre que la juge français prête la main à une loi injuste ? La méthode proposée se rapprocherait plutôt de celle que suit la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, une loi qui comme l'ancienne loi suisse sur les régimes matrimoniaux prévoyait, un partage inégal de la communauté au profit du mari, est assurément contraire au principe d'égalité et, dans sa généralité, ne peut se prévaloir aujourd'hui d'une justification objective et raisonnable (83). Et son impact, en ce qu'elle prive la femme d'une partie de ses droits sur les biens communs est directement mesurable. Il en va de même des dispositions de la loi successorale marocaine qui n'accorde à la femme que la moitié de la part dévolue à l'homme. En aucun cas, le juge français ne saurait les mettre en œuvre.

Mais appliquer une loi étrangère contraire à un droit fondamental et s'interroger sur les effets en France ou dans un pays du Conseil de l'Europe d'une situation valablement créée à l'étranger sont deux choses différentes : l'impact concret de l'atteinte n'est pas le même, et, surtout, d'autres intérêts, voire d'autres droits fondamentaux, doivent être pris en considération.

Ainsi, dans l'arrêt *Droz et Janousek* (84), la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle semblé admettre que l'ordre public européen « puisse avoir un effet seulement atténué en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un Etat partie laisse produire sur son territoire les effets d'un acte public étranger contraire aux droits fondamentaux, à moins que ces effets ne portent une trace trop visible de contrariété aux valeurs de l'ordre public européen (85) ». Le simple fait que le principe en cause soit qualifié de droit fondamental n'interdit donc pas de raisonner en termes d'effet « atténué » de l'ordre public. Tout dépend de l'intensité de l'atteinte portée au droit en jeu et de l'ampleur de la perturbation causée : selon ce double critère la norme étrangère produira certains de ses effets ou n'en produira aucun.

Certes, comme le souligne le professeur Sudre, « on conçoit mal que l'ordre public européen soit à géométrie variable et

(81) R. el-Hussaini, *Le droit international privé français et la répudiation musulmane*, art. préc., n° 60.

(82) Voy. not. P. Lagarde, *Rég. droit international*, v° *Ordre public*, n° 23 et réf. cit.

(83) Voy. Civ. 1^{re} 24 février 1998, préc.

(84) Cour eur. dr. h., 26 juin 1992, préc.

(85) F. Sornet, *Existe-t-il un ordre public européen ?*, art. préc., p. 77 et réf. cit.

puisse tantôt produire en effet général, tantôt un effet atténué : cet ordre public est nécessairement évolutif, mais il forme un tout et exprime un ensemble de valeurs intrinsèques, qui ne peuvent faire l'objet, à notre sens, d'application graduée (86) *. Le raisonnement en termes d'impact concret n'en semble pas moins opportun. Tout dépend bien sûr des droits fondamentaux en jeu et des conséquences de leur violation.

Ainsi, dans le cas de la répudiation, le mode de dissolution du lien relève bien une conception inégalitaire des rapports entre homme et femme, mais il est également lié à la nature même du mariage en droit musulman. Surtout, dès lors que la femme a été informée de la procédure, qu'elle a pu faire valoir ses prétentions quant au règlement des conséquences de la rupture et que la décision prise respecte effectivement ses intérêts, la violation du principe d'égalité ne semble avoir qu'un impact concret relatif. Or, comme on l'a précédemment souligné, le fait que la femme n'ait pu s'opposer à la rupture elle-même ne permet pas à lui seul d'invoquer l'ordre public européen, dès lors que nombre d'Etats européens connaissent des divorces pour cause purement objective et que la France elle-même semble en voie de se rallier à une telle solution (87). Dès lors que le choix de la juridiction étrangère n'a pas été frauduleux, que le mari n'a pas entendu se soustraire à une procédure de divorce ou en contribution aux charges du mariage intentée en France (88), que la femme a été régulièrement convoquée, qu'elle a pu faire valoir ses droits et que la décision (ou les décisions, si l'on retient la distinction proposée *supra*), lui a été régulièrement notifiée, refuser de reconnaître la dissolution du mariage au nom du principe d'égalité paraît excessif.

Encore faut-il évidemment que la situation ne présente pas avec la France (et peut être, si l'on accepte l'idée d'un ordre

(86) *Ibidem*, p. 79.

(87) *Supra*.

(88) Hypothèses « classiques » (voy. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1988 ou Civ. 1^{re} 26 juin 1990, préc.) qui avaient conduit la cour de cassation à opter, faute d'instrument véritablement approprié, pour le recours aux droits fondamentaux (voy. les observations de M. L. N. BOYER, note sous Civ. 1^{re} 11 mars 1997, préc.).

public affiné, avec l'espace européen formé par les pays parties à la CEDH (89)), des liens tels que la réalité de la violation du principe d'égalité soit plus directement ressentie : tel serait le cas si l'un des époux était Français (fut-il éventuellement double national (90)). On retrouve ici l'idée selon laquelle l'intensité de la réaction de l'ordre public varie selon la proximité de la situation avec l'ordre juridique du for. Ainsi avait-il été suggéré d'explorer la voie ouverte par les clauses spéciales d'ordre public telles qu'elles existent en droit suisse ou en droit allemand, et de moduler la réaction de l'ordre public selon les liens que la situation entretient avec l'ordre juridique du for. Il conviendrait en conséquence de distinguer les situations homogènes étrangères, entièrement localisées au moment des faits dans le pays d'origine des intéressés, et les hypothèses où les institutions contestées concernent des étrangers admis au séjour en France (91). Le premier terme de la distinction est, à l'évidence opportun : il serait injustifiable de rejeter, comme y conduirait une application stricte du principe d'égalité, une répudiation prononcée à l'étranger, entre étrangers vivant à l'étranger. Le second terme mériterait d'être affiné. Il serait en effet excessif d'affirmer que la seule résidence habituelle en France doit conduire au rejet de la répudiation : on ne peut reprocher à un étranger de demander justice à son juge national, surtout, lorsque le mariage a été célébré dans le pays d'origine et que le divorce prononcé en France risque de ne pas être reconnu à l'étranger. Il en irait différemment si les deux époux résidant habituellement en France, la répudiation interviendrait en riposte à une instance en divorce ou en contribution aux charges du mariage intentée en France : jointe à la

(89) Voy. P. HANAUER, *Droits fondamentaux et ordre public*, art. préc.

(90) Voy. Civ. 2^e, 14 mars 2002 préc. : un l'espèce le mari avait répudié sa femme par application du droit marocain, alors qu'il avait acquis la nationalité française par naturalisation ; de plus, les deux époux demeuraient en France lors de la demande en divorce formulée par la femme. Selon la Cour de cassation, « il s'ensuit que leur mariage ne pouvait être dissous que par application de la loi française et que la reconnaissance de la répudiation de la femme en dehors des cas prévus à l'article 13 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1991 est contraire à l'ordre public de l'Etat dont M. Abdeldine avait fait le choix de devenir le national ».

(91) Voy. P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation*, art. préc.

résidence habituelle des époux en France, l'existence d'une procédure pendante devant les juridictions françaises rattachée objectivement la situation à l'ordre juridique du for, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur les intentions plus ou moins frauduleuses du mari.

Encore faut-il également que les garanties procédurales minimum prévues par la loi étrangère (convocation, droit de faire valoir ses demandes, signification de la décision) aient été respectées : si le respect du contradictoire n'a guère de sens en matière de répudiation, l'ordre public procédural n'en exige pas moins un procès équitable.

Encore faut-il, enfin, que les droits accordés à la femme en matière péuniaire soient non seulement sérieux mais réels (92), ce qui pourrait conduire le juge à n'accorder qu'un exequatur partiel (93).

Par ailleurs, l'acceptation ou le refus de la décision étrangère doit tenir compte de l'ensemble des intérêts en jeu. Or refuser de reconnaître l'effet en France à tout jugement de répudiation au nom du principe d'égalité entre homme et femme pourrait se révéler contraire à d'autres droits fondamentaux garantis eux aussi par la Convention européenne des droits de l'homme. Un tel rejet engendrerait en effet une discrimination radicale dans l'état des personnes : divorcés dans leur pays (et dans une partie du monde), les intéressés seront considérés comme étant toujours mariés en France. Dès lors que la situation a été créée sans fraude à l'étranger par application de la loi étrangère compétente, ne serait-ce pas aller à l'encontre du respect des prévisions légitimes des parties, ne serait-ce pas heurter le principe de sécurité juridique (94) ?

(92) Voy. Aix-en-Provence, 10 mai 1998, *JMJ*, 1999, 336, note A. BACHREMAN, affirmant que « les lois et coutumes islamiques chères ne prévoyant au profit de l'épouse qu'une pension alimentaire limitée à cent jours et ne connaissant aucun équivalent de la prestation compensatoire, sont incompatibles avec l'ordre public international français ».

(93) Voy. *supra*.

(94) Ainsi dans l'affaire jugée par Dijon le 13 septembre 1999 *préc.*, le mari avait répudié sa femme en décembre 1990, s'était remarié au Maroc et avait eu deux enfants de sa nouvelle épouse. La femme agit en contribution aux charges de mariage... en 1998 seulement. Pour se défendre, le mari invoquait la répudiation prononcée huit ans plus tôt au Maroc. Contre la jurisprudence de la cour de cassation, la cour d'appel de Dijon sauve

Que si le mari ou la femme dont le mariage a été dissous à l'étranger souhaite se remarier en France ou faire venir en France sa nouvelle famille s'il s'est remarié à l'étranger, lui fermera-t-on les portes du mariage ou du regroupement familial au motif que la dissolution du premier mariage, obtenue sans fraude à l'étranger, par application de la loi compétente, ne peut-être reconnue en France ? Ne serait-ce pas violer la liberté du mariage ? Ne serait-ce pas bafouer le droit au respect de la vie privée et familiale ?

Se profile donc le spectre des conflits de droits fondamentaux, qui ne peut être résolu que par une balance des intérêts en cause.

L'application abrupte des droits fondamentaux dans les situations internationales aboutit donc à une impasse... et ne respecte pas nécessairement les intérêts des particuliers. Comme le montre l'exemple de la répudiation, les conditions de l'acceptation ou du refus de telle ou telle norme étrangère devraient être définies non pas *in abstracto*, mais *in concreto*, en considération de la réalité du trouble que risquerait de causer l'accueil en France de cette norme et en tenant compte de l'ensemble des intérêts en cause. Telle paraît être la position adoptée par la première chambre civile de la cour de cassation dans le dernier état de sa jurisprudence (95). Laissons de côté l'article 5 du protocole n° 7 invoqué par le pourvoi, la cour relève que le choix du tribunal étranger algérien n'a pas été frauduleux, que la procédure a permis à la femme de faire valoir ses présentations et ses défenses, et que le jugement avait garanti des avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon.

D'aucuns trouveront sans doute que c'est là faire bon marché des aspirations des femmes musulmanes à l'égalité.

↑ La répudiation en affirmant que « la répudiation est par nature un mode de dissolution du mariage laissé à la discrétion du mari, et n'est toutefois pas contraire à l'ordre public français dès lors que la loi marocaine tempère les effets de cette répudiation par des garanties péuniaires ».

(95) Civ. I^{re}, 3 juillet 2001, *préc.*

Attentive aux évolutions propres à chaque pays, une telle démarche permet au moins de concilier la spécificité des relations privées internationales et le respect des droits fondamentaux. Si le droit international privé doit s'adapter au développement actuel des droits fondamentaux, il importe également que les droits fondamentaux prennent en considération les exigences particulières du droit international privé.

★

CONCLUSIONS

PAR

FRANÇOISE DEKEUWER-DÉFOSSÉZ

PROFESSEUR DE DROIT PRIVÉ À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE II

DIRECTRICE DU LABORATOIRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES

APPLIQUÉES AU DROIT PRIVÉ

Le cahier des charges matérialisé par le programme mentionné en cette fin de colloque des « conclusions », qu'il est pourtant bien difficile d'envisager, car il serait à la fois présumptueux et dommageable de prétendre conclure « le fabuleux destin de la Convention européenne des droits de l'homme ». Il ne serait guère plus aisé de faire la synthèse de ces deux journées particulièrement riches de débats et d'interrogations. Tout au plus est-il permis de proposer quelques réflexions suscitées, précisément, par ces échanges.

Le thème de ce Colloque était de confronter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme avec le droit de la famille interne, afin d'évaluer les déplacements nécessaires ou à opérer, et de manière plus générale d'apprécier les mutations du droit de la famille que peut engendrer l'application de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour. Se sont donc succédés des intervenants de formations et de spécialités différentes, publicistes et privatistes, spécialistes du droit européen ou du droit de la famille, ou encore d'autres disciplines mettant en jeu la vie familiale, telles le droit pénitentiaire ou celui des étrangers.

L'introduction fut magistralement faite par un publiciste, notre hôte le professeur Sudre, envisageant le mode de construction, par la Cour, d'un « droit au respect de la vie familiale ». Il a laissé à une privatiste le soin de faire le bilan, dont les termes avaient été posés d'entrée de jeu, sous l'égide