PRES Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

Université Lille 2
Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Sciences Juridiques
Présentée et soutenue publiquement par

Abla KOUMDADJI

Le 13 décembre 2010

LA SÉCULARISATION DE LA RÉPUDIATION

Ou l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français

JURY

Directeur de thèse : Monsieur Xavier LABBEE, Professeur à l'Université de Lille II

Membres du jury :

- Monsieur Jean-Paul DURAND, Professeur à l'Institut Catholique de Paris (Rapporteur)

- Madame Jacqueline FLAUSS-DIEM, Professeur à l'Université de Picardie

- Monsieur Éric KERCKHOVE, Professeur à l'Université de Lille II

- Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND, Professeur à l'Université de Pau (Rapporteur)

- Jean-Jacques TAISNE, Professeur à l'Université de Lille II (Président du jury)

REMERCIEMENTS

Ma première pensée est destinée à Monsieur le Professeur Xavier Labbée. Je tiens à lui exprimer ma profonde gratitude.

Je remercie infiniment Mademoiselle Marcelle Mbala Mbala pour sa fidèle amitié et son indéfectible soutien ainsi que Monsieur Anas Fettah pour son écoute sans faille et ses précieux conseils.

Que les membres de mon Jury de thèse trouvent également un témoignage de ma reconnaissance.

Merci aux Juges aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Lille aux côtés desquels j'ai beaucoup appris et qui ont contribué à ma formation professionnelle. Plus particulièrement merci à Madame Élisabeth Pierru et à Monsieur Christophe Le Gallo.

Mes ultimes remerciements, et non des moindres, s'adressent à mes parents et à ma famille. Ils ont été ma principale motivation, source enrichissante et vivifiante d'inspiration. Je les remercie pour leur patience et leur confiance de tous les instants. L'intérêt qu'ils ont manifesté à la préparation de cette thèse, leurs indications et leurs remarques critiques ont véritablement contribuées au développement et à l'aboutissement de ce travail.

À Mehdi, pour nos débats d'idées riches et révélateurs, pour le modèle et l'exemple ô combien méritant qu'il représente au sein de notre fratrie.

À Karima, pour son soutien discret et franc, femme généreuse d'une simplicité extraordinaire.

À Camel, pour ses délicates attentions à mon égard.

À Samra, pour sa ténacité et son opiniâtreté dans la vie.

Il serait particulièrement mal venu de ma part d'oublier Hichem, Bouchra, Nesrine, Wassim et Sofia, générateurs d'énergie et de réconfort permanents.

SOMMAIRE

Introduction

Partie I. – Vers le déclin de la rupture unilatérale et discrétionnaire d'essence islamique : la répudiation musulmane

Titre 1. – L'institution de la répudiation musulmane
Chapitre I. – Une approche théologique, l'Islam et la répudiation : un mode de rupture emprunt de réflexion et de formalisme
Chapitre II. – La répudiation, une institution revisitée par le droit musulman

Titre 2. – Le juge français face à la répudiation musulmane
Chapitre I. – La répudiation musulmane entre réception et rejet : « *regards rétrospectifs et distanciés* »
Chapitre II. – Vers un rejet définitif de la répudiation musulmane

Partie II. – Vers l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple en droit français

Titre 1. – La rupture unilatérale judicaire : le divorce
Chapitre I. – Le divorce -répudiation en héritage
Chapitre II. – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : la répudiation « sécularisée » ?

Titre 2. – La rupture unilatérale extra-judiciaire : le PACS et le concubinage
Chapitre I. – La résiliation unilatérale et discrétionnaire du Pacte civil de solidarité : une « répudiation formelle »
Chapitre II. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage : une « répudiation libre et informelle »

Conclusion générale

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AFDI	: Annuaire Français de Droit International, CNRS, Paris
aff.	: affaire
AJDA	: Actualité Juridique-Droit Administratif
AJFamille	: Revue Actualité Juridique famille
al.	: alinéa
AN	: Assemblée Nationale
art.	: article
arch. Parlem.	: archives parlementaires
Ass.	: Assemblée
Ass. Plén.	: Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Bull.	: Bulletin
Bull. Cass. ass. Plén.	: Bulletin de la Cour de cassation, assemblée plénière
Bull. Civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Crim	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
c/	: contre
CA	: arrêt d'une Cour d'Appel
CAA	: arrêt d'une Cour Administrative d'Appel
Cass.	: Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	: arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Chbres.mixtes	: arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Civ.	: arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	: arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim.	: arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Soc.	: arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. Req.	: arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
CE	: arrêt du Conseil d'État
CEDH	: Cour Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Conv. EDH	: Convention européenne des droits de l'homme
CEE	: Communauté économique européenne
Cf.	: confer, se reporter à

CGCT	: Code général des collectivités territoriales
CGI	: Code général des impôts
Chr.	: chronique
chron.	: chronique
Circ.	: circulaire
CJCE	: arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes
C. Just.	: Code Justinien
coll.	: collection
comm.	: commentaire
concl.	: conclusions
cons.	: consorts
Cons. const.	: Conseil constitutionnel
coord.	: sous la coordination de
CPC	: Code de procédure civile
D.	: Recueil Dalloz
DC	: Recueil Dalloz critique
DDHC	: Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Décr.	: décret
Defrénois	: Répertoire général du notariat Defrénois
DH	: Recueil Dalloz hebdomadaire
Dig.	: Digeste
dir.	: sous la direction de
doc.	: document
Doc. fr.	: Documentation Française
doctr.	: doctrine
DOM	: Département d'Outre-Mer
DP	: Recueil Dalloz périodique
Dr. adm.	: Droit administratif
Dr. pén.	: Droit pénal
Dr. soc.	: Droit social
Dr. sociétés	: Droit des sociétés
Dr. et Patrimoine	: Revue de Droit et Patrimoine, éd. Lamy
Dr. Famille	: Revue de Droit de la famille

éd. : édition(s), éditeur
esp. : espèce
ev. : entrée en vigueur
fasc. : fascicule
GAJA : Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
Gaz. Pal. : La Gazette du Palais
ibid. : ibidem, au même endroit
IGEC : Instruction Générale Relative à l'Etat Civil
infra : au-dessous, plus bas
IR : Informations Rapides
JAF : Juge aux Affaires Familiales
J. Cl. civil : Jurisclasseur Civil
J. Cl. com. : Jurisclasseur Commercial
JCP : Jurisclasseur Périodique (semaine juridique), éd. générale
JDI : Journal de Droit International
JO. : Journal Officiel
JOAN Q/JO Sénat Q : Journal Officiel de la République française (questions écrites aux ministres)
JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes
JO. déb. : Journal officiel de la République française (débats parlementaires)
JORA : Journal Officiel de la République Algérienne
JORF : Journal Officiel de la République Française
Juris. : jurisprudence
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches
M. : Monsieur
Mél. : Mélanges offerts à … ou Études dédiées à …
mod. : modifié par…
n. : note (de jurisprudence)
n° : numéro
ONC : Ordonnance de Non-Conciliation
op. cit. : *opus citatus*/*opere citato*, dans l'ouvrage cité
ord. : ordonnance
p. : page(s)

préc. : précité(e)
PUAM : Presse Universitaire d'Aix-Marseille
PUF : Presses Universitaires de France, Paris
Q. : Question écrite aux ministres
Rapp. : rapport
Rec. CE : Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)
Rec. CJCE : Recueil des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes
Rép. : Répertoire
RCDIP : Revue Critique de Droit International Privé
RDCC : Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel
Rép. min : Réponse ministérielle
Rev. : Revue
RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
RJPF : Revue Juridique Personnes et Familles, éd. du J.N.A
RTD Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil, éditions Sirey
RTD Comp. : Revue Trimestrielle de Droit Comparé, éditions Sirey, Paris
s. : et suivant(es) ; suiv.
S. : Recueil Sirey
Sect. : Section
Soc. : Chambre Sociale de la Cour de cassation
somm. : sommaire
spéc. : spécialement
sté : Société
supra : ci-dessus, plus haut
t. : tome
TA. : jugement d'un Tribunal Administratif
TC. : décision du Tribunal des Conflits
TGI. : Tribunal de Grande Instance
TI : Tribunal d'Instance
TPICE : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
trad. : traduction
v. : versus, contre
vol. : volume

INTRODUCTION

L'amoureux, blessé par la flèche de Cupidon[1], ne parvient pas toujours à dissimuler le plaisir qu'il éprouve. Il est là, béant d'admiration, le regard vide, le cœur haletant, les sens en éveil, ne sachant en définitive que faire. Gauche, maladroite et flamboyante, son attitude ne paraît pas naturelle. Est présente, cette petite étincelle au fond des yeux qui enveloppe et transporte l'homme au plus profond de l'âme. Lorsque la réciprocité est au rendez-vous, un sentiment de quiétude et de bien être envahissent notre amoureux. Il est sous l'emprise d'un état très particulier : il se sent plus fort, même si au fond, il n'a fait que rencontrer quelqu'un. Mais étrangement cela suffit à le rassurer et à l'apaiser. Au-delà de ce sentiment doux et soyeux appelé l'*Amour*, la passion amoureuse est, quant à elle, un feu ardent difficilement maîtrisable, parfois ravageur[2]. Au tout début, cela commence par des regards attendris et des sourires complices accompagnés de gestes emplis d'affection. Les mots manquent pour décrire cette sensation, une subtile alchimie se produit[3].

Les amoureux unis par des sentiments et par un intérêt commun, forment un couple, « le » couple. Cette entité fait l'objet de nombreuses études sociologiques, scientifiques, anthropologiques et même juridiques. Le couple intéresse et intrigue ; c'est une thématique récurrente qui n'a de cesse de susciter l'intérêt des uns et des autres parce qu'elle est au cœur du quotidien. D'abord couple de fait, les amoureux peuvent, suivant l'intensité de leur engagement, décider de s'installer ensemble et de constituer un couple de concubins, ou alors de souscrire un pacte civil de solidarité ou encore de se marier.

---

[1] L'amour ou *cupido*, en grec *éros*, est l'incarnation antique de l'amour. Armé de flèches et d'un arc, c'est un petit garçon nu avec des ailes sur le dos. Il vise ses flèches dans le cœur des hommes et des dieux pour faire naître en eux l'amour. Fils du Dieu de la guerre Mars (*Arès* en grec) et de Vénus (*Aphrodite* en grec), Cupidon répand tant de désordre que sa mère est souvent obligée de le tenir enfermé ou de le châtier ; *Encyclopédie des symboles*, éd. La Pochothèque, Livre de Poche, 1996.

[2] « *Parmi les passions qui agitent et ne bouleversent que trop souvent le cœur de l'homme, il n'en est point de plus impérieuse que l'amour. Cette passion exerce un empire tyrannique, et le premier de ses effets funestes est d'altérer les sens et de détruire la raison. Tout en effet disparaît aux yeux de l'homme qui est soumis à son pouvoir, hors l'objet aimé(...)* » ; Répertoire Guyot de 1784 au mot concubinage n° I, cité par L. BOYER, « *Les concubinages et les concubinats du Code d'Hammourabi jusqu'à la fin du XIXe siècle* », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir), *Les concubinages, approche socio juridique*, t. I, éd. CNRS, 1986, p. 143.

[3] L. VINCENT (neurobiologiste), *Comment devient-on amoureux ?* , éd. O. Jacob, 2004.

Il y a d'un côté, ceux qui se cherchent et d'un autre côté, il y a ceux qui sont en couple et tentent de le préserver.

Pour ceux qui se cherchent, Platon, nous livre une approche assez singulière de l'amour[4]. Il indique qu'à l'origine, le couple est constitué d'êtres humains dotés de huit membres, de deux visages et de deux sexes, de telle sorte qu'il est impossible de dissocier l'homme de la femme. Le terme d'androgyne caractérise cet état[5]. Ayant provoqué la colère des Dieux pour impiété, Zeus prit la décision de séparer chacun en deux moitiés ; la division sexuelle est donc la conséquence du péché. Depuis, chacun est à la quête de son autre moitié, aspirant à recouvrer l'unité perdue. Cela expliquerait le fait que l'on ne sache pas vivre seul et que l'on ait besoin de sa « moitié » pour être heureux. Du moins, c'est ainsi que Platon explique le phénomène amoureux.

Pour ceux qui sont en couple, malheureusement, de l'union à la désunion, il n'y a qu'un pas. La science a révélé que le phénomène amoureux, notamment la passion, s'épuise en moyenne au bout de trois ans[6]. L'illusion et le charme s'envolent comme par enchantement. Soit la relation s'inscrit dans la durée avec des « hauts et des bas », soit elle s'effrite et s'achève : c'est la rupture. Les causes et les origines de celle-ci peuvent être multiples et variées (lassitude, adultère, violences, incompatibilité d'humeurs ou de caractères…). Dans la quête du bonheur, l'espoir est nourri par cette croyance que le bonheur se vit nécessairement à deux ; une fois la relation vécue, il

---

[4] Platon (427- 347 avant J.-C.) développe dans *Le Banquet*, sa conception de l'amour. Aristophane, l'un des convives, évoque ce mythe : « *Jadis, la nature humaine était bien différente de ce qu'elle est aujourd'hui (…). Tous les hommes présentaient la forme ronde. Ils avaient le dos et les côtes rangés en cercle, quatre bras, quatre jambes, deux visages attachés à un cou orbiculaire et parfaitement semblables, une seule tête qui réunissait ces deux visages opposés l'un à l'autre, quatre oreilles, deux organes de la génération, et le reste dans la même proportion (…). Leur corps était robuste et vigoureux, et leur courage élevé, ce qui leur inspira l'audace de monter jusqu'au ciel et de combattre contre les dieux, ainsi qu'Homère l'écrit d'Ephialte et d'Otos (…). Après de longues réflexions, Zeus (…) coupa les hommes en deux (…). C'est de ce moment que date l'amour inné des êtres humains les uns pour les autres : l'amour recompose l'ancienne nature, s'efforce de fondre deux êtres en un seul, et de guérir la nature humaine (…). Notre espèce ne saurait être heureuse qu'à une condition, c'est de réaliser son désir amoureux, de rencontrer chacun l'être qui est notre moitié, et de revenir ainsi à notre nature première. De là vient l'amour que nous avons naturellement les uns pour les autres : il nous ramène à notre nature primitive, il fait tout pour réunir les deux moitiés et pour nous rétablir dans notre ancienne perfection* » ; PLATON, *Le Banquet*, traduction DACIER et GROU par E. SAISSET, 1873, p. 189.

[5] Étymologiquement, l'androgyne, du grec *andrôn* qui signifie homme, et *gynê*, femme, est un être humain dont l'apparence ne permet pas de dire à quel sexe il appartient.

[6] Lucy VINCENT, *Petits arrangements avec l'amour*, éd., Odile jacob, 2005 ; L. VINCENT, *Comment devient-on amoureux ?*, éd., Odile Jacob, 2004 ; Frédéric BEIGBEDER, *L'amour dure trois ans*, Gallimard, 2001.

peut se créer un décalage par rapport aux aspirations et aux attentes de chacun. La rupture ne serait alors que la conséquence de la déception amoureuse.

Du latin « *ruptura* », de « *rumpere* » rompre, la rupture se définit comme étant l'action consistant à mettre un terme à « *un projet et qui coupe court à l'établissement de l'état de droit initialement recherché* »[7]. La rupture remet en cause un engagement. Dans le couple, elle est généralement unilatérale et souvent brutale. C'est la fin d'une histoire plus ou moins longue et plus ou moins intense. Elle est l'expression ultime du refus de poursuivre la relation. L'essentiel étant de « casser » ce qui jusqu'à présent constituait le couple ; le « nous » affectif n'existe plus, chacun devant désormais parler au nom de sa propre individualité.

Que l'on soit marié, pacsé ou en concubinage, lorsque la rupture survient, elle est vécue comme un véritable cataclysme. Parce qu'il est considéré comme étant la « norme », le couple jouit d'un prestige particulier au point que l'on parle de « culte du couple[8] ». Pour sa part, le célibataire est celui qui est seul, qui ne « construit » pas, qui ne joue pas un rôle social valorisant[9]. Dès lors, cette mystification de l'amour est tellement portée aux nues par l'esprit collectif que la rupture d'union crée un véritable choc psychologique aussi bien pour les personnes concernées que pour l'entourage[10].

---

[7] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, « rupture », PUF, 2007.

[8] Suivant une étude menée aux États-Unis par deux psychologues, les célibataires font l'objet de préjugés et de mesures discriminatoires. Elles dénoncent le « culte du couple ». En effet, les couples bénéficient de nombreux avantages financiers et sociaux (impôts, sécurité sociale…). Ils sont considérés comme plus heureux, plus stables, plus généreux. Il n'est pas nécessaire qu'ils précisent dans les formulaires administratifs 1er, 2e ou 3e mariage, alors que les célibataires doivent cocher la case et identifier leur situation du moment (ou situation habituelle et permanente de célibataire) ; B. DE PAULO et W. MORRIS, « *Singles in society and in science* », *Psychological Inquiry*, vol. XVI, n° 2-3, 2005.
Madame Françoise Dekeuwer-Défossez, quant à elle, évoque l'expression de « mythe du couple » ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ « *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* », *RTD Civ*. 1995. 249.

[9] Au XVIIIe siècle, le célibat constitue un statut peu enviable. « *Les célibataires sont des plantes parasites ; qu'en général ils sont corrompus et corrupteurs. Le célibataire est un poids inutile à la terre qui le nourrit* » (Bouche, à la Constituante, 27 octobre 1790 : Arch. Parlem., 1/20/50/1) ; « *Le célibat est un outrage à la nature, un malheur pour la société et une offense aux bonnes mœurs* » ; (Arch. Parlem., 1/74/30/2, adresse des républicains de Beaune à la Convention, 30 août 1793) ; Cité par Xavier MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, éd. Dominique Martin Morin, 2003, p. 242.
Au XXIe siècle, Pierre Bourdieu évoque la triste réalité du célibat dans le monde paysan, vécu comme un « drame » ; P. BOURDIEU, *Le bal des célibataires, crise de la société paysanne du Bearn*, éd. du Seuil, Coll. Essais-points, 2002.

[10] Madame Catherine Philippe souligne à juste titre que : « *Si une grande partie des couples se retrouvent dans ce même sentiment de déception c'est parce qu'ils n'ont pu obtenir ce qu'ils espéraient de leur union. L'objectif de la vie à deux n'est certainement plus la survie de l'espèce ; la préoccupation d'une place, d'un statut social, est passée au second plan. Le couple n'a de valeur que parce qu'il permet d'éviter la solitude et favorise l'équilibre et l'épanouissement de l'individu ; en un mot il doit offrir le bonheur par un mélange subtile ou coexistent des*

D'un couple à l'autre, le chagrin d'amour est vécu de façons différentes[11] mais les effets de la rupture sont sensiblement identiques : elle divise le couple pour le scinder en deux personnes, en deux individualités, deux familles et deux patrimoines. Elle engendre également des conséquences juridiques considérables. D'ordinaire, la rupture ne semble pas susciter autant d'attraction que la rencontre amoureuse. Mais aujourd'hui plus que jamais, elle est au cœur de toutes les attentions[12]. À l'ère des modes de parenté et de parentalité très divergentees[13], la rupture au sein du couple est à l'origine des « mutations »[14] de la famille car elle brise la cellule familiale de base[15].

La rupture de la relation maritale, partenariale ou de concubinage, lorsqu'elle est décidée unilatéralement et discrétionnairement par l'un est souvent très mal vécue et très mal comprise par l'autre. En matière de sentiments, aucune limite réelle n'existe : aimer c'est « tout », or la rupture renvoie au « néant ». L'unilatéralité reflète l'incompréhension totale et absolue et elle n'exprime que l'égoïsme. Elle « brutalise » celui qui la subit, celui ou celle qui est en quelque sorte « répudié ». La décision de l'autre crée un sentiment d'injustice ; on s'estime lésé dans son amour propre et rien

---

aspirations compatibles, la présence d'enfants, des satisfactions professionnelles, un soutien réciproque… » ; C. PHILIPPE, « *Vers un droit commun des effets du contrat de couple* », in Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, pp. 18-19.

[11] Dans l'optique de « *pleurer moins pour travailler mieux !* », en 2008, une PME japonaise « Princesse & Compagnie », décide d'accorder à ses employés un jour de congé en cas de chagrin d'amour (Libération 25 février 2008) ; Félix ROME, « *Chagrin d'amour et caetera…* », *D.* 2008, p. 1193.

[12] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Le droit au divorce confronté à l'immunité présidentielle : réflexion privatiste* », *Dr. Famille* 2007. 1. X. LABBEE, « *Le divorce et le Président* », *D.* 2007. 2741.

De surcroît, le droit de la famille a fait l'objet, ces dernières années, d'un important mouvement de réformes, tant en ce qui concerne le couple, les enfants que la famille au sens large. L'on peut citer entre autre la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JO. du 12 juillet 1975, p. 7171 ; la Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 sur le nom de famille, JO. du 5 mars 2002, p. 4159 ; la Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO. n° 54 du 5 mars 2002, p. 4161; la Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JO. du 27 mai 2004, p. 9319 ; l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme des filiations, JO. n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19 ; la Loi n° 2006-728 du 26 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO. du 24 juin 2006.

[13] A. GOUTTENOIRE, *« À chacun sa famille, à chacun son droit ?»*, *Dr. Famille* n° 7-8/2006 ; C. PHILIPPE, « *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité* », *Dr. Famille* n° 1/2007.

[14] D. DAGENAIS, *« Famille et Société : l'impensé moderne »*, Le Débat « *L'enfant-problème* », n° 132 Novembre-Décembre 2004, éd. Gallimard.

[15] Mais elle peut aussi générer une nouvelle union quelqu'en soit la forme. La famille se recompose et se renouvelle constamment. Soulignons que la famille recomposée ne se situe pas dans une évolution sociologique du paysage familial car « *en réalité, la mortalité de jadis faisait éclater les cellules conjugales avec au moins autant d'efficacité que les divorce ou les simples séparations d'aujourd'hui (…). L'instabilité démographique d'hier fabriquait donc autant de familles recomposées que l'instabilité sentimentale aujourd'hui et dans des conditions souvent beaucoup plus mutilantes pour l'enfant* » ; Jean-Claude ROEHRIG, « *La famille du troisième millénaire* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 310.

ne vient soulager cet état de fait puisque au nom de la liberté alléguée, le respect s'efface. Il est possible que cette liberté de rompre puisse s'inscrire dans un processus de fin de conflit au sein d'un couple dont les membres ne parviennent plus à communiquer ; ce qui est tout à fait compréhensible.

Pour autant, a-t-on le droit de décider seul de rompre la relation de couple sans donner à l'autre la moindre justification ? La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage, du pacte civil de solidarité et du concubinage se justifie t-elle ?

Le procédé n'évoque t-il pas l'institution de la répudiation qui semble aujourd'hui si décriée tant elle paraît étrangère à la civilisation européenne ? Serait-il possible que notre système institutionnalise une telle pratique ?

Faudrait-il se réjouir de **LA SÉCULARISATION DE LA RÉPUDIATION** ou de l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français ?

L'étude préalable des termes du sujet (I) permettra de comprendre la problématique posée par notre thèse (II).

I. ÉTUDE TERMINOLOGIQUE

Confronter les termes de « répudiation » (A) et de « sécularisation » (B) peut sembler bien audacieux, l'un renvoie directement à la religion musulmane et l'autre vise à faire « sortir des rangs » une institution religieuse pour l'inscrire dans un cadre laïc. Arrêtons-nous un instant sur la signification de chacun de ces termes.

A. « LA RÉPUDIATION »

Au premier abord, le mot « répudiation » peut paraître choquant ou révolutionnaire car il renvoie - lorsqu'on l'utilise aujourd'hui en droit de la famille - inéluctablement à une technique empruntée à un système de droit religieux et étranger. Dès lors qu'il est question de répudiation en France, c'est inévitablement de la répudiation musulmane dont il s'agit. Cela signifie que lorsqu'un tribunal français est

amené à se prononcer sur une répudiation, il doit donc juger un mode de rupture emprunté à un système différent du nôtre, qui allie le droit à la religion.

Ainsi, selon l'Islam, le mariage religieux, le *nikâh*, légitime la cohabitation du couple et le *talâk*, terme générique[16], désigne toutes les formes de rupture volontaire du mariage, y compris le divorce judiciaire[17]. La répudiation est cette faculté de rupture dont dispose seul le mari musulman, pubère et sain d'esprit. Il doit exprimer un consentement sérieux, libre et éclairé de mettre un terme au mariage. Ces conditions réunies, l'époux peut répudier son épouse qui n'a d'autre alternative que de se soumettre à cette décision. C'est une prérogative exclusivement maritale.

Le Coran, première source du droit musulman, précise aux deux premiers versets de la Sourate 65, intitulée « *La Répudiation* » :
« *Ô Prophète ! Quand vous répudiez vos femmes, faites-le en respectant leur délai de viduité, dont vous compterez les jours avec soin. Craignez Dieu, votre Maître ! Avant ce délai, ne les renvoyez pas de leurs demeures, et qu'elles n'en sortent pas, à moins qu'elles n'aient commis une turpitude dûment prouvées. Telles sont les normes fixées par Dieu. Quiconque les enfreint se fait du tort à lui-même. Qu'en sais-tu ? Peut-être que d'ici là Dieu suscitera un heureux changement.*
Puis, au terme de ce délai, reprenez-les de façon convenable ou séparez-vous d'elles décemment (...) »[18].

Le Coran nous livre ainsi les modalités d'application de la répudiation musulmane, avec une très forte exhortation à la réflexion et au respect dû à l'autre, en l'occurrence à l'épouse.

[16] La répudiation se traduit par le terme de *talâk* qui désigne tous les modes de rupture de la vie conjugale. Il importe de préciser que l'orthographe des termes arabisant cités dans le cadre de la présente étude sera différente selon la translitération utilisée par les auteurs. Cela explique qu'un même vocable soit écrit différemment (ex : *talâk* ou *talâq ; chari'a* ou *shari'a ;* ou encore *Khul'* ou *khol'*).
[17] Il faut préciser que le divorce judiciaire est autorisé en droit musulman, à l'initiative de l'un ou l'autre des conjoints, mais il est vrai avec des conditions d'application variant d'un pays à l'autre. Or la répudiation musulmane ne permet pas cette parité. Il ne faut pas confondre divorce et répudiation, le mot arabe désignant la rupture du lien matrimonial sous toutes ses formes.
[18] La Sourate 65 « *La Répudiation* » contient 12 versets ; suivant la traduction du Coran réalisée par Shaykh ZAKARIA SEDDIKI, Tariq RAMADAN, Shaykh YUSUF IBRAM, « *Le Noble Coran* », *Nouvelle traduction française du sens de ses versets*, éd. Tawhid, Lyon, 2004.

La répudiation est donc le fait de mettre un terme unilatéralement et discrétionnairement à la relation conjugale.

Il serait particulièrement intéressant de se demander quelle est le sens juridique du qualificatif « unilatéral » (1°) et « discrétionnaire » (2°) lorsqu'il est accolé à la rupture.

1°. « Unilatéral »

Au-delà de la difficulté de la rupture, le drame réside surtout dans l'unilatéralité de la décision voulue par l'un et subie par l'autre car la réciprocité n'est plus partagée. L'adjectif unilatéral, du latin *uni* (un) et de *lateralis*, de *latus* (*lateris*) signifie côté. C'est ce qui émane d'une seule personne, d'une volonté unique[19]. Le *Littré* précise que l'unilatéralité s'entend en droit lorsque l'on évoque « *les contrats unilatéraux, ceux où une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans qu'il y ait engagement de la part de ces dernières* »[20].

En termes juridiques, l'unilatéralité de la rupture renvoie incontestablement au domaine contractuel que ce soit en droit administratif (a), en droit social (b) ou en droit des obligations (c). Mais le mot existe aussi en droit de la famille (d).

a) En droit administratif

L'adjectif « unilatéral », justifié par la nécessité d'assurer le respect de l'ordre public, traduit le pouvoir exorbitant dont dispose l'Administration. D'une part, le pouvoir d'édicter des actes administratifs unilatéraux[21], lesquels créent des droits ou des obligations au profit ou à la charge des administrés. D'autre part, le pouvoir de

[19] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, « unilatéral », *op. cit*.
[20] *Le nouveau Petit Littré*, « unilatéralité », éd. Garnier, 2009.
[21] Les actes administratifs unilatéraux, réglementaires, individuels ou particuliers, émanent d'une autorité administrative, créant ainsi, sans le consentement des administrés, des droits et des obligations. Par exemple, un arrêté municipal interdisant le stationnement sur le parking de la place : le mardi, jeudi et dimanche entre 7heures et 14heures. En vertu du privilège du préalable, l'Administration peut imposer sa volonté aux administrés sans leur consentement (CE, Ass., 2 juillet 1982 : *Huglo, AJDA* 1982, 657, concl. BIANCARELLI, note LUKASCEWIEZ). Cependant aussi bien au stade de leur élaboration que de leur application, les actes administratifs unilatéraux sont soumis à une procédure de contrôle par le biais du recours en excès de pouvoir ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit Administratif*, 9e éd., Armand Colin, Coll. U, 2004.

modifier unilatéralement[22], voire même de résilier[23], un contrat administratif. L'unilatéralité n'a pas le même sens suivant que l'on évoque un acte juridique ou un contrat.

b) En droit social

La rupture unilatérale du contrat de travail est notamment encadrée en ce qui concerne la période de préavis[24]. Les parties peuvent rompre unilatéralement le contrat sous réserve des dispositions légales impératives[25] : l'employeur peut licencier et le salarié peut démissionner. Alors que le licenciement fait l'objet d'une réglementation stricte, la démission est quant à elle plus libre et moins contraignante[26]. L'unilatéralité est ici partagée dans une certaine mesure : il y a bilatéralité.

c) En droit des obligations

L'unilatéralité est difficilement acceptée en raison du principe de l'équilibre contractuel de l'article 1134 du Code civil, lequel dispose que: « *les conventions*

[22] L'exercice du pouvoir de modification unilatérale est conditionné par la nécessité de l'intérêt général et à une indemnisation pour le co-contractant ; CE, Ass., 11 mars 1910 : *Compagnie générale française de Tramway*, Concl. L. Blum ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *GAJA*, 12e éd., *D*. 1999, p. 134

[23] En pratique, ces prérogatives qui ne s'exercent que dans le cadre de l'intérêt général, sont rarement utilisées. Tout d'abord parce que le pouvoir de modification unilatérale ne peut s'exercer que sur certaines clauses du contrat (celles relatives au service public). Ensuite, parce que ce pouvoir doit s'exercer raisonnablement, au risque de voir le co-contractant de l'Administration demander la résiliation du contrat. Selon J.-C. Ricci, en général les contrats conclus par l'Administration sont exécutés sans qu'elle ait recours à des pouvoirs exorbitants du droit commun ; J.-C. RICCI, *Droit administratif général*, 2e éd., Coll. Hachette Supérieur, Hu Droit, 2007.

[24] Cass. Soc., 6 décembre 1995, *JCP* 1996. II. 22671. Il résulte de cette jurisprudence que l'employeur peut discrétionnairement mettre fin au contrat de travail au cours de la période d'essai, cependant ce droit ne doit pas s'exercer de façon abusive. Dix ans plus tard, la polémique autour du Contrat Nouvel Embauche au printemps 2006, qui prévoyait une période probatoire de deux ans au cours de laquelle l'employeur pouvait mettre un terme au contrat sans motif, l'Organisation internationale du travail (OIT) s'est prononcée, en novembre 2007, en défaveur de ce type de contrat. L'OIT a ainsi remis en cause les contrats conclus, considérant le délai de deux ans comme étant « déraisonnable ». Le législateur en 2009 (l'article 9 de la loi du 25 juin 2008) est venu requalifier les CNE en cours en CDI de droit commun ; Jean PELISSIER, Alain SUPIOT et Antoine JEAMMAUD, *Droit du travail*, 24e éd. *D*., Coll. Droit privé, 2008, pp. 328-329 (n° 240).

[25] Articles 1243-1 à 1243-4 du Code du travail.

[26] Cependant, lorsque la rupture du contrat de travail par le salarié est motivée par des manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles, les juges n'hésitent pas à procéder à une requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, et à condamner l'employeur à verser au salarié, outre les indemnités de rupture, des dommages et intérêts. Cependant ce mode de rupture, qualifié de « prise d'acte », n'est pas sans risques pour le salarié : si au contraire les juges estiment que la rupture n'est pas imputable à l'employeur, ils peuvent la requalifier en démission, avec toutes les conséquences que cette qualification engendre pour le salarié (perte des indemnités de licenciement, des droits aux allocations chômage, voire versement de dommages et intérêts à l'employeur) ; Cass. Soc., 15 mars 2006 (n° 03-45.031) ; Dominique JOURDAN, Camille de BAILLEUL, Cabinet J. BARTHELEMY et Associés, *Contrat de travail, du recrutement à la rupture*, 7e éd. Delmas, 2008, p. 329.

légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Selon le Professeur Aynès, l'unilatéralisme est « *l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* ». Il ajoute qu'un tel comportement « *a mauvaise presse. Le terme lui-même comporte une connotation légèrement péjorative. L'acte unilatéral est un phénomène irritant* »[27]. L'acte unilatéral en soi peut résulter d'une prescription législative telle que, par exemple, la constitution d'une société qui impose d'accomplir certaines formalités.

Or, en matière contractuelle, l'unilatéralité peut être lourde de conséquences pour l'autre partie, notamment par la modification[28] et la résiliation[29] unilatérale du contrat[30]. En matière de bail d'habitation, le déséquilibre est réel car si la convention est à durée déterminée, le bailleur doit nécessairement attendre la fin du bail[31], alors que le locataire peut résilier unilatéralement son engagement, mais certes avec le respect d'un délai de préavis[32]. Cette exigence du préavis se rencontre également en droit bancaire[33], en droit commercial[34] ou encore en droit des assurances[35]. Si le

[27] L. AYNES, « Rapport introductif » in Colloque « *Unilatéralisme et droit des obligations*», C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Coll. Études juridiques 9, éd. Économica, 1999.

[28] Par exemple la modification du prix de vente dans un contrat de distribution. En matière de clauses abusives, la jurisprudence a admis qu'une partie peut déterminer unilatéralement l'une des conditions essentielles du contrat, à savoir le prix ; Cass. Ass. Plén., 1er décembre 1995, arrêt *Alcatel et autres*, *JCP* 1996. II. 22565, note GHESTIN ; V. TOULET, *Droit civil Les obligations*, 10e éd. Coll. Paradigme, 2005.

[29] Les parties peuvent convenir de mettre unilatéralement un terme à leurs engagements sous certaines conditions. Peuvent être prévues : une clause résolutoire ou la faculté de rétractation ou de révocation d'un mandat (article 2003 du Code civil).

[30] Denis MAZEAUD, « *Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs !* » ; *D.* 2010, p. 2178.

[31] Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à l'amélioration des rapports locatifs ; (JO. du 8 juillet 1989). L'article 15 de la loi permet au locataire de se désengager en prévenant son bailleur trois mois avant son départ par lettre recommandée avec accusé de réception.

[32] L'article 1736 du Code civil dispose que : « *Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux* ».

[33] L'article L. 313-15 du Code de la consommation relatif aux opérations de crédits précise que l'emprunteur dispose d'un délai de 7 jours pour revenir sur son acceptation d'offre de prêt.

[34] Suivant les termes de l'article L. 121-25 du Code de la consommation en matière de vente, de démarchage à domicile, l'acheteur dispose d'un délai de réflexion de 7 jours pour annuler son achat ou la commande qu'il a passé. La protection du consommateur a été renforcée par la loi du 28 janvier 2005 « *tendant à renforcer la confiance et la protection du consommateur* ». Cette loi permet au consommateur de ne pas reconduire les contrats qui le lient à leur échéance, par une information que doit lui apporter le professionnel ; Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, JO. du 1er février 2005.

[35] L'article L. 113-12 du Code des assurances prévoit que chaque partie peut se désengager en prévenant l'autre deux mois avant l'échéance annuelle.

contrat est à durée indéterminée, les parties peuvent se délier du contrat à condition d'avertir l'autre à temps et de respecter le délai de préavis fixé par la loi ou par les usages en vigueur. Aucun recours n'est possible.

Mais la rupture ne devrait-elle pas avoir un prix ? En effet, en matière contractuelle, l'exercice du droit de rupture unilatérale n'est pas sans conséquences, la liberté de rompre peut avoir un prix. Lorsque la rupture est opérée sans justes motifs notamment avec l'intention de lui porter préjudice[36], le co-contractant subissant la décision unilatérale de l'autre, quelque soit la nature du contrat, peut en cas d'abus mettre en œuvre le mécanisme de la responsabilité contractuelle.

d) En droit de la famille

L'engagement unilatéral oblige également, celui qui a s'est engagé, à exécuter son obligation, ainsi en est-il de l'obligation naturelle[37]. Cependant, il n'est pas envisageable de contraindre celui ou celle qui a fait une promesse de mariage à exécuter cet engagement. Quand bien même les fiançailles sont les préliminaires du mariage, leur rupture est parfaitement libre[38].

Pour autant, peut-on affirmer qu'il existe un droit unilatéral de rompre une situation conjugale ? Le droit de la famille actuel serait-il entrain de prendre cette direction ? Si effectivement le mariage est admis comme un simple contrat[39] ne faudrait-il pas nécessairement admettre le principe de la rupture unilatérale que l'on connaît pour des contrats à durée indéterminée ? Il n'en demeure pas moins qu'en droit de la famille,

---

[36] Une entreprise de vente par correspondance s'est vue contrainte d'exécuter ses promesses constitutives, selon la Cour, « *d'un engagement unilatéral qui fait naître une dette* » ; CA Douai, 10 février 1993, *RTD Civ*. 1995. 887, obs. J. MESTRE. Cet arrêt a été confirmé en cassation ; Cass. 1re Civ., 28 mars 1995, *D*. 1996, p. 180, note J.-L. MOURALIS.

[37] L'obligation naturelle est l'expression d'un devoir moral, c'est « *l'obligation dont l'inexécution n'est pas juridiquement sanctionnée et ne contraint qu'en conscience ; son exécution spontanée vaut paiement et n'est pas susceptible de répétition* » ; *Lexique des termes juridiques*, « *obligation naturelle* », Dalloz 15e éd., 2005.
L'article 1235 alinéa 2 du Code civil précise que : « *la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées* ».
Cass. 1re Civ., 10 octobre 1995, *D*. 1997, p. 155, note G. PIGNARRE. « *L'initiative prise par le débiteur d'une obligation naturelle, de payer ce qu'il devait s'analyser en un engagement unilatéral d'exécuter une obligation naturelle* », N. MOLFESSIS, *D*. 1997 chron. 85.

[38] Cass. 1re Civ., 4 janvier 1995, *D*. 1995. 251 ; ici la Cour considère que la faute n'est pas caractérisée par la seule absence de dialogue préalable à la rupture.

[39] X. LABBEE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presse Universitaire de Lille, 1994.

l'unilatéralité dans la rupture existe. Mais au terme « unilatéral » qualifiant la répudiation, est également accolé l'adjectif « discrétionnaire » dont il convient à présent de préciser le sens.

2°. « Discrétionnaire »

L'adjectif « discrétionnaire » est révélateur d'un certain pouvoir. Disposer d'une faculté est fondamentalement différent d'un droit ou d'un pouvoir. La faculté sous-entend une possibilité, une option, alors qu'un droit s'inscrit dans un processus législatif, une reconnaissance publique. Or, un pouvoir suppose à la fois une faculté grandissante et un droit exorbitant.

En effet, un pouvoir discrétionnaire est un pouvoir qui est laissé à la « discrétion » d'une personne. C'est pouvoir décider selon son appréciation personnelle. « *Se dit du droit d'une personne dans les cas spécifiés où ce droit peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus (et donc générateur de responsabilité)* »[40].

Le droit discrétionnaire est non motivé : aucune explication ni justification ne sont nécessaires, seule compte l'expression de ce droit effectif. De même, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décision. On parle de pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, lequel pouvoir échappe au contrôle de la Cour de cassation[41]. On rencontre généralement cette expression en droit constitutionnel (a), en droit administratif (b) mais également en droit de la famille (c).

a) En droit constitutionnel

Est « discrétionnaire » le pouvoir illimité qu'un gouvernement prend ou reçoit en certaines circonstances[42]. Le Président de la République dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire important : la grâce présidentielle est laissée à la discrétion du

[40] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, « discrétionnaire », *op. cit*.
[41] *Vocabulaire juridique, ibidem*.
[42] *Le nouveau Petit Littré, « discrétionnaire », op. cit.*

Président[43]. Dans un régime dictatorial, le pouvoir s'exerce de façon discrétionnaire. Le terme « discrétionnaire » est alors synonyme d'absolu, d'arbitraire, de dictatorial ou encore d'illimité[44].

b) En droit administratif

L'autorité administrative possède un pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle dispose d'une certaine marge de manœuvre, d'une liberté dans son action[45]. Par exemple, en matière d'avancement de grade des fonctionnaires, l'Administration favorise les meilleurs d'entre eux, et dispose pour se faire d'un véritable pouvoir discrétionnaire. Cependant dans ce cas, « discrétionnaire » ne signifie pas « arbitraire », car l'autorité administrative doit agir dans le cadre de l'intérêt général. Elle a le choix entre différentes possibilités légales[46].

c) En droit de la famille

Il y a le droit des parents de ne pas consentir au mariage d'un enfant mineur[47]. Par ailleurs, la jurisprudence affirme clairement que « *les parents qui refusent de consentir au mariage de leurs enfants mineurs n'ont pas à faire connaître les motifs de leur refus* »[48]. Aucun recours contre la décision des parents n'étant possible[49], ce droit discrétionnaire est alors un droit absolu. On conçoit que les parents, titulaires de l'autorité parentale, puissent s'opposer au mariage de leur enfant par une sorte d'acte d'autorité non motivé et pourtant discrétionnaire : c'est une prérogative parentale.

[43] L'article17 de la Constitution précise que : « *le Président de la République a le droit de faire grâce* ».
[44] L'adjectif discrétionnaire renvoie au terme « arbitraire » (du latin *arbitrarius*) définit comme dépendant de la seule volonté humaine ; suivant le *Dictionnaire des synonymes*, Larousse, éd. 1994.
[45] Cependant, la légalité externe et interne de l'acte fait l'objet d'un contrôle minimum par le juge. On considère que l'Administration est dans le cadre d'une compétence liée lorsque les textes l'obligent à agir d'une certaine façon, sans qu'elle ait véritablement le choix, même si elle a toujours « le choix du moment » ; A. MAURIN, *Droit administratif*, 4e éd. *D*. Sirey, Coll. Aide-mémoire, 2003.
[46] Ainsi, pour l'avancement d'échelon à l'ancienneté, l'Administration a compétence liée : au bout de deux ans de service le fonctionnaire est automatiquement noté, cela se traduit par une augmentation de traitement sans modification de poste ; G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 7e éd. Presses de sciences po et Dalloz, Coll. Amphi, 2005, p. 435.
[47] L'article 148 du Code civil dispose que : « *les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ».
[48] CA Rouen, 26 juillet 1949, *D*. 1951. 532, note LEBRUN.
[49] D'autant plus que la loi du 14 novembre 2006,qui tend à lutter contre les mariages « forcé », a porté à 18 ans l'âge légal du mariage, de sorte que le mariage des mineurs reste exceptionnel ; loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, JO. du 15 novembre 2006.

Cela est parfaitement cohérent car les parents ont des droits et des devoirs à l'égard de leurs enfants.

Si les parents ont un ascendant naturel sur leurs enfants, il en est autrement pour le couple au sein duquel doit régner le principe d'égalité. Mais ce principe est-il concrètement appliqué ? Le couple n'est-il pas, par moment, un lieu où s'exprime l'autorité ou le « pouvoir » de l'un sur l'autre ? Il est bien question d'un droit subjectif, lequel ne serait-il pas en définitive, l'expression d'un pouvoir ? Au final, à l'instar de la répudiation musulmane, le droit de mettre un terme à une relation conjugale unilatéralement et discrétionnairement ne constituerait-il pas un acte d'autorité ?

Pour autant, cela suffit-il pour qualifier la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple comme étant une sécularisation de la répudiation en droit français ?

B. « LA SÉCULARISATION DE LA RÉPUDIATION EN DROIT FRANÇAIS »

Le mot « *sécularisation* » a une très forte connotation religieuse (1°). L'expression « *l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français* », ne laisse t-elle pas penser que notre droit de la famille aurait finalement accepté comme mode de dissolution des unions, une technique religieuse ? (2°)

1°. « La sécularisation »

Le terme de sécularisation est dérivé du verbe séculariser, lequel implique de rendre séculier.

L'adjectif séculier vient du latin *saecularis* (profane), lui-même dérivé de *saeculum* qui signifie *« siècle »*, au sens de « monde, vie mondaine »[50]. Séculier est synonyme de laïque et de temporel[51]. Le séculier est celui qui appartient au « siècle », à la vie laïque par opposition à la vie ecclésiastique. C'est aussi celui qui vit dans le « siècle »

[50] *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse éd. 1993.
[51] *Dictionnaire des synonymes*, Larousse Expression, éd. 1994.

et dans le monde, par opposition à régulier. Dès lors, un prêtre séculier s'oppose au moine reclus dans un monastère. On rencontre des expressions comme « *Clergé séculier ; vie séculière ; juridiction séculière, la puissance de la justice temporelle; les tribunaux séculiers ; le bras séculier ou encore l'habit séculier* »[52].

Le verbe « séculariser » induit l'action : le fait de passer de l'état régulier à l'état séculier ou le fait de passer un bien ou une fonction de l'état ecclésiastique à l'état laïc. Par exemple en novembre 1789, les biens du clergé ont été sécularisés pendant la Révolution française (il faut le comprendre dans le sens de laïciser).

La sécularisation se définit alors comme étant : « *l'action de séculariser un religieux, une communauté religieuse. Se dit aussi d'un bénéfice qui cesse d'appartenir au clergé, d'un lieu ou d'un édifice qui cesse d'être sacré. Acte par lequel on fait passer dans le domaine séculier une principauté, un établissement ecclésiastique* »[53]. Ainsi, la sécularisation s'entend de la laïcisation d'une institution jusque-là appartenant au domaine confessionnel. Cette institution est désormais soumise au droit étatique (droit d'un État laïc) ; ce fut le cas de la sécularisation du mariage[54].

Parce ce que la répudiation musulmane est un mode de dissolution du mariage religieux, le droit français laïcise t-il aujourd'hui une technique religieuse ? L'expression « la sécularisation de la répudiation » signifierait donc que le législateur français aurait en quelque sorte laïcisé la rupture unilatérale et discrétionnaire dans la mesure où il aurait institutionnalisé ce mode de dissolution dans son dispositif législatif. Ou alors, serait-il question de l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français ?

2°. « L'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français »

Nous avons déjà défini ce qu'était la rupture unilatérale et discrétionnaire à travers la définition de la répudiation. Reste à expliquer les termes d'« avènement » (a) et de « droit français » (b).

[52] *Le nouveau Petit Littré*, « séculier », *op. cit.*
[53] *Le nouveau Petit Littré*, « sécularisation », *op. cit.*
[54] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, « sécularisation », *op. cit.*

a) « L'avènement »

Étrangement le registre religieux est encore très présent, car à l'origine le mot « avénement » était synonyme d'avenir, d'arrivée ou de venue. Il s'agissait notamment de « l'avénement du Messie » tant attendu[55]. Puis, au XIVe siècle[56], le terme a pris le sens d'accession au trône[57].

Du domaine religieux, le terme a progressivement opéré un glissement vers le politique et s'est généralisé. « L'avènement » s'entend « d'une élévation », dans une certaine mesure, la situation atteint son apogée. C'est aussi le début d'une ère nouvelle, d'un nouvel ordre social. Cela suppose forcément une évolution, laquelle a une connotation positive[58]. Toutefois, au niveau de ses effets, elle peut tout aussi bien se révéler néfaste.

Dès lors, lorsqu'est évoquée l'expression « *d'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire* », il faut comprendre que le législateur aurait consacré ce mode de rupture.

Désormais, au sein du couple, la rupture serait dominée par la volonté de l'un sur l'autre, sans qu'il soit nécessaire de se justifier. On assisterait alors à la consécration d'un nouveau droit français de la rupture, sur lequel il convient à présent de se pencher.

b) « Le droit français » de la rupture

L'expression nous conduit à apporter plusieurs précisions concernant d'abord l'union conjugale (λ) puis ensuite sa rupture (β).

---

[55] *Le Littré* indique que l'expression « avénement du Messie » fait référence au « *temps auquel il s'est manifesté aux hommes et le temps où il viendra pour les juger* ». Par ailleurs, il est précisé que l'accent a changé de sens aujourd'hui et s'écrit : « avènement » ; *Le nouveau Littré*, « avénement », éd. Garnier, 2004.

[56] *Dictionnaire étymologique et historique du français*, J. DUBOIS, H. MITTERAND et A. DAUZAT, éd. Larousse, 1993, p. 55.

[57] *Dictionnaire des Synonymes*, E. GENOUVIER (dir.), C. DESIRAT, T. HORDE, éd. Larousse 2007, p. 11.

[58] En effet, le terme « d'avènement » implique nécessairement une élévation vers le « haut ». C'est tout le contraire de la déchéance ou de la fin.

λ) L'union conjugale

Au sein du système législatif français, il n'existait traditionnellement qu'une seule union légalement reconnue : le mariage. « *Mais, les évolutions sociales ont peu à peu acclimaté l'idée qu'il pouvait y avoir plusieurs manières de vivre en couple et que les unes n'étaient pas nécessairement moins dignes de considération que d'autres* »[59]. C'est alors que depuis 1999 deux formes nouvelles d'union ont été formalisées, à savoir le PACS et le concubinage, dont on s'est demandé si elles appartenaient au droit de la famille. Dix ans après, le législateur français semble répondre par l'affirmative en soumettant devant le Juge aux affaires familiales les litiges entre les couples de quelques formes qu'ils soient[60].

Ainsi, en France, trois formes de conjugalité sont officiellement reconnues : le mariage, le PACS et le concubinage, « *qui ont toutes mis en facteur commun la vie commune* »[61]. C'est au stade de la rupture que le problème se pose.

β) La rupture

Étudier la répudiation, c'est étudier la rupture unilatérale et discrétionnaire du couple, sous toutes ses formes juridiquement reconnues. La « répudiation » en droit français existerait sous l'appellation de « divorce pour altération définitive du lien

---

[59] Jean-Jacques LEMOULAND, « *Vers un droit commun de la formation des couples ?* », in Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n°254 du 20 déc. 2007, p.13.

[60] Le Colloque qui s'est tenu en mai 2007 à l'Université de Lille II, mettait en exergue « *la nécessité d'unifier le droit du couple autour d'une espèce de statut de base. Mais aussi et surtout de recentrer le contentieux autour d'un seul et même juge* », Pascal LABBEE, « *Le couple en crise* », p. 23 ;
« *L'injustice et l'inhumanité qui résultent de certaines séparations lorsque celui dont on se sépare n'a pas de toit, pas de ressources. C'est dans ces hypothèses qu'un droit commun supplétif de la rupture doit être imaginé* » ; Claire NEIRINCK, « *Vers un droit commun de la rupture ?* », p. 32 ;
« *L'extension de la compétence du JAF à l'ensemble des couple et des conflits familiaux devrait donc constituer une étape supplémentaire de la réforme des juridictions familiales* » ; Jean-Paul DELEVOYE (Médiateur de la République), « *Synthèse des travaux* », p. 53 ; in Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » ; *op. cit.*
La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JO. du 13 mai 2009. Le JAF est désormais compétent en matière de liquidation de la communauté entre époux, mais également au niveau des conséquences de la rupture entre partenaires et entre concubins (à condition d'être saisit).

[61] P. LABBEE, « *Le couple en crise* », in Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » ; *op. cit.*, p. 26.

conjugal » pour le mariage, mais encore de «rupture unilatérale » s'agissant du pacte civil de solidarité et du concubinage.

Mais la définition se complique par le fait que le mariage, définit à l'article 144 du Code civil, reste « *l'union entre un homme et une femme qui ne peuvent contracter mariage avant 18 ans* ». Le divorce dissout le lien matrimonial[62]. L'article 229 du Code civil dispose que : « *le divorce peut être prononcé en cas de consentement mutuel, d'acceptation du principe de la rupture, d'altération définitive du lien conjugal ou de faute* ». La réforme du 26 mai 2004[63], relative au divorce, a profondément modifié la procédure en instituant le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Nous nous demanderons si celui-ci ne correspond pas, dans les faits, à une rupture unilatérale de la relation conjugale. En effet, l'article 237 du Code civil prévoit que : « *le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré* ». L'article 238 alinéa 1er du même code précise que : « *l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce* »[64]. Quoiqu'il en soit, la question du divorce/répudiation opposera un homme à une femme puisque le mariage est nécessairement hétérosexuel.

En revanche le PACS constitue, quant à lui « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »[65]. Il se dissout par le décès, le mariage, la déclaration conjointe ou par décision unilatérale[66]. Le partenaire qui prend l'initiative de la rupture n'a pas à justifier cette décision : il impose sa volonté de rompre à l'autre partenaire qui ne peut en aucune façon s'y opposer. Cela ne ressemblerait-il pas étrangement à la répudiation ? La question ne serait-elle pas d'autant plus aigüe en raison non pas d'un pouvoir exercée par un homme sur une femme, mais d'un acte de puissance d'un être sur un autre être (puisque la différenciation des sexes n'a plus d'intérêt) ?

[62] Suivants les termes de l'article 227 du Code civil la rupture du lien matrimonial se fait nécessairement par divorce judiciaire ou décès.
[63] Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, JO. du 27 mai 2004, p. 9319.
[64] Le texte exige une séparation de deux ans, cela s'entend par une cessation matérielle de cohabitation.
[65] Article 515-1 du Code civil.
[66] Article 515-7 du Code civil.

Pour sa part, le concubinage est une relation de fait, à laquelle la loi et la jurisprudence attachent des effets de droit[67], tout en refusant fermement de l'assimiler au mariage[68]. L'article 515-8 du Code civil précise que : « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune représentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Le législateur de 1999 s'est contenté de donner une simple définition du concubinage, mais il n'a absolument rien prévu en cas de rupture. Cela signifie que les concubins ne sont soumis à aucune formalité ni sanction : la rupture du concubinage se caractérise par une grande liberté voulue par l'un et subie par l'autre[69]. N'est-ce pas aussi ce qui caractérise la répudiation ? Pour autant, cela suffit-il pour affirmer que la répudiation soit sécularisée en droit français ?

II. PROBLÉMATIQUE

Au sein du couple, la rupture unilatérale et discrétionnaire est au service de l'un au détriment de l'autre. Peu importe alors la personne titulaire de ce droit puisque les

[67] Par exemple la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs ; JO. du 8 juillet 1989.
Cass. Chbres mixtes, 27 février 1970, *D.* 1970, p. 201 ; ici la Cour de cassation retient que l'article 1382 du Code civil n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation. Une concubine peut donc obtenir réparation du préjudice résultant pour elle de la mort de son concubin.
Cass. Crim. 29 mai 2001, *Bull. Crim* 2001 n° 134 ; *D.* 2002, Somm. 613 ; en l'espèce, une concubine sans profession, peut bénéficier de la réparation du préjudice économique résultant du décès de son concubin.
Cass. Soc., 25 octobre 1990, *RTD Civ.* 1991. 306 ; la Cour retient qu'une concubine n'a pas la qualité d'ayant droit au sens de l'article L. 451-1 du Code de la Sécurité Sociale et peut dès lors, être indemnisée selon les règles du droit commun du préjudice personnel que lui cause la mort de son compagnon, victime d'un accident de travail.
[68] Cass. 1er Civ., 2 mai 2001, *JCP* 2002. II. 10009, la Cour précise que l'article 220 du Code civil : « *qui institue une solidarité de plein droit des époux, en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'est pas applicable en matière de concubinage* ».
F. CHENEDE, « *Absence de contribution aux charges du ménage* », note sous Cass. 1er Civ., 28 nov. 2006, *AJFamille* 2007. 33.
« *Le refus de l'octroi au concubin d'une pension de réversion de retraite n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme* », note sous CE, 6 déc. 2006, *AJFamille 2007*. 34.
Le juge refuse cependant de conférer aux concubins les mêmes droits qu'aux époux, notamment le bénéfice de l'article 220-1 du Code civil, prévoyant l'éviction du domicile conjugal de l'époux coupable de violences envers son conjoint ; Xavier LABBEE, « *Le juge civil ne vient pas au secours de la concubine battue* », note sous TGI Lille 21 février 2006, *D.* 2006. 1350. Pourtant, dans la réponse ministérielle n° 80749 du *JO AN* à la Q. du 3octobre 2006, p. 10326, le Ministre affirme que la loi relative aux violences conjugales est applicable aux pacsés et aux concubins. Le 28 octobre 2009, un projet de loi a été annoncé par la Ministre de la Justice en ce qui concerne les violences conjugales au sein du couple ; Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, « *Un téléphone portable comme bouclier antiviolence* », *Dr. Famille* n° 1/2010, p.1.
Désormais avec la loi du 9 juillet 2010, le JAF peut être amené à prononcer l'expulsion du domicile du conjoint, du partenaire ou du concubin violent ; Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JO n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.
[69] Cass. 1er Civ., 20 juin 2006, *RTD Civ.* 2006. 735. Cass. 1er Civ., 15 mai 1990, *Defrénois* 1990, p. 943. Cependant, en cas de faute, une réparation va pouvoir être accordée à la concubine.

effets sont identiques. L'un prend la décision de mettre un terme à son engagement (avec ou sans formalité), indépendamment de la durée de la relation, de l'état de santé, de la présence d'enfants (en bas âge ou majeurs), de la constitution ou de la liquidation du patrimoine… L'autre, celui qui se voit imposer la rupture, ne peut s'opposer à l'expression de cette liberté, liberté dont il fera peut être un jour usage.

Dans la répudiation musulmane, seul l'époux dispose de cette faculté. Il peut répudier son épouse sans que celle-ci n'ait commis la moindre faute, quand bien même son attitude serait irréprochable et que ce serait une « bonne mère » de famille. Pour un motif ou pour un autre, le mari décide seul de la fin du mariage.

Le juge français a eu une attitude assez ambivalente à l'égard de la répudiation musulmane. Pour l'heure, depuis le 17 février 2004[70], les effets de cette institution ne sont plus reconnus en France. Or, il semblerait que les législateurs étrangers - en particulier marocain et algérien - aient encadré plus strictement la répudiation. Le mari serait davantage responsabilisé, tant moralement que financièrement. Comment pourrions-nous expliquer cette position de rejet de la répudiation musulmane en France alors même que cette institution a fait l'objet d'une réforme importante visant à protéger les droits de l'épouse ?

Par ailleurs, le contenu même du droit positif français de la rupture n'est pas sans soulever quelques questionnements. Le conjoint qui désire en finir avec le mariage et qui n'a aucun grief à formuler contre l'autre, ne peut-il avoir recours au divorce pour altération définitive du lien conjugal ? De même, le partenaire ne peut-il signifier à l'autre la rupture unilatérale du PACS ? Le concubin doit-il suivre une procédure particulière pour mettre un terme à la relation de concubinage ?

Dès lors, deux axes de réflexions majeurs se profilent. Premièrement, la question qui se pose est de savoir si le droit français de la famille a instauré un véritable droit à la rupture à travers le divorce pour altération définitive du lien conjugal, la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS et du concubinage ? Ce mode de dissolution du

[70] Cass. 1re Civ., 17 février 2004 (cinq arrêts), *D*. 2004. 825.

couple ne mettrait-il pas en péril la famille ? Assiste t-on à l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple ?

Deuxièmement, s'il existe aujourd'hui un droit de rompre une union unilatéralement et discrétionnairement, à l'instar de la répudiation musulmane, ne pourrait-on alors parler de la sécularisation de la répudiation en droit français ? Y a-t-il transposition en droit civil d'un mode de rupture d'inspiration religieuse ?

L'enjeu de notre thèse n'est-il pas finalement la définition que l'on veut bien donner de la famille et du rôle qu'elle doit tenir dans la société ?

Pour répondre à ces interrogations, il conviendra d'envisager une double perspective : celle abordant la répudiation en tant qu'institution d'essence islamique propre au droit musulman, et celle abordant la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple en droit positif français.

D'un côté, la notion même de répudiation en tant qu'institution d'essence religieuse, fera l'objet d'un éclairage tout particulier. Parce qu'elle est généralement réduite à son aspect le plus sommaire comme acte de volonté exclusive et arbitraire de l'époux, il nous est apparu nécessaire de remonter aux origines et d'en examiner les conditions ainsi que les effets. Par ailleurs, de façon plus pragmatique, nous nous demanderons si l'institution de la répudiation est encore bien vivace dans les pays musulmans. Nous étudierons plus spécifiquement le droit de la famille marocain et algérien en raison des liens étroits qu'entretiennent ces pays avec la France, mais aussi du fait de l'importance numérique des répudiations marocaines et algériennes sur le territoire français. Dès lors, il sera important de considérer comment les tribunaux français réceptionnent aujourd'hui ces répudiations musulmanes prononcées à l'étranger.

D'un autre côté, le droit français de la famille, et plus particulièrement le droit du couple fera également l'objet une étude circonstanciée de la rupture unilatérale et discrétionnaire. Nous nous attacherons aux effets de cette rupture indépendamment des titulaires de l'exercice. Parce que le statut juridique du couple s'est progressivement construit à travers les époques, au fil de l'histoire, il nous a semblé essentiel de nous y

arrêter un moment avant d'aborder l'état actuel du droit positif. Nous tenterons de comprendre l'évolution du droit interne contemporain. Aussi, précisons qu'aujourd'hui la tendance est à l'uniformisation du statut de couple, il est question de droit commun du couple, c'est la raison pour laquelle nous examinerons la rupture au sein du couple marié, du couple de partenaires liés par un pacte civil de solidarité et du couple de concubins.

Ainsi, notre réflexion a pour toile de fond le droit de la famille, y compris dans sa dimension internationale, historique et théologique. La question qui se pose est de savoir si la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple tant en droit musulman (**Partie I**) qu'en droit français (**Partie II**) est en déclin, ou si au contraire elle est en plein avènement.

Partie I.- Vers le déclin de la rupture unilatérale et discrétionnaire d'essence islamique : la répudiation musulmane

La répudiation musulmane correspond au droit unilatéral et discrétionnaire de rupture du mariage à la disposition exclusive du mari ; c'est une institution que connaissent le Maroc et l'Algérie.

Pour autant, avec les flux de populations incessants et la mobilité internationale, l'institution de la répudiation n'est pas circonscrite aux territoires de ces États. Ses effets traversent les frontières et trouvent alors une certaine résonance dans des États non musulmans tels que la France.

L'application du droit musulman se prolonge donc dans les pays non-musulmans, cela en raison notamment de la présence importante de la communauté musulmane. En Europe et ailleurs, les musulmans constituent des minorités non négligeables[71] : en France ils sont près de 5 millions[72], et parmi eux certains ont recours à la répudiation pour se désengager des liens du mariage. Dès lors, la répudiation musulmane entre dans le champ d'application du droit international privé français.

Contrairement au droit musulman, le droit français n'est pas d'inspiration religieuse. Il correspond à un ensemble de règles juridiques impersonnelles et générales. Le principe de la hiérarchie des normes[73] impose le respect de la Constitution, laquelle régit l'exercice, la dévolution et la transmission du pouvoir. Mais, la Constitution

[71] Alain GARAY, « *L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », *RIDC* 2005. 119.
[72] Bernard GODARD et Sylvie TAUSSIG, *Les musulmans en France, courants, institutions, communautés : un état des lieux,* éd. Robert Laffont, 2007. Suivant cette étude, ces auteurs estiment à près de 5 millions le nombre de musulmans en France.
[73] Hans KELSEN (l88l-l973), *Théorie pure du droit*, Traduction EISENMANN, Dalloz, 1962, réédition LGDJ l999.

définit aussi un certain nombre de droits individuels. Au sein de cette hiérarchie, le droit international privé occupe une place particulière. Dans le cadre d'un litige familial, il incombe au juge de l'exequatur de préciser, notamment en matière de divorce prononcé à l'étranger, les contours de la loi ou des dispositions étrangères. Cependant, on peut voir apparaître au cœur même de ces dispositions internationales des incompréhensions et des incohérences, résultant du caractère éminemment propre aux systèmes étrangers. Rappelons que l'histoire de chaque pays marque sa société, son mode de fonctionnement et de pensée. La France partage un passé historique avec les pays du Maghreb - en particulier avec l'Algérie et le Maroc- mais chacun d'eux a une appréciation différente de la répudiation dite musulmane.

En effet, cette dernière a toujours été sujette à de nombreuses polémiques quant à son application sur le territoire français. Il y a maintenant sept ans, par cinq fois, le même jour, dans des arrêts de principe rendus le l7 février 2004[74], la Cour de cassation a affirmé très clairement son refus de reconnaître des effets aux répudiations musulmanes en France. Il s'agissait en l'espèce de répudiations marocaines et algériennes. Après une jurisprudence sur la question assez floue, évolutive et contradictoire, peut-on réellement tenir pour définitive la solution de la Cour de cassation retenue en 2004 ? Quels sont les arguments avancés pour justifier le rejet des répudiations musulmanes en France? Faudrait-il considérer que le droit musulman est incompatible avec le droit français ? La réception des répudiations algériennes et marocaines en France, est-elle encore envisageable ?

Soulignons tout de même que les législateurs marocains et algériens ont, dans le même temps (soit respectivement en 2004 et en 2005), apporté des modifications à la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage par le mari. La répudiation musulmane connaîtrait depuis lors un certain déclin. En ce sens, l'existence même de l'institution de la répudiation serait remise en cause tant par le droit français que par le droit musulman.

Il n'en demeure pas moins que le *talâk* est un mode de rupture du mariage prévu et encadré par le Coran. Il ne serait pas inutile de se demander comment l'Islam conçoit

[74] Cass. 1re Civ., 17 février 2004 (cinq arrêts), *D*. 2004. 825.

la rupture unilatérale et discrétionnaire du lien conjugal par le mari. Aussi, parce que l'approche théologique de la répudiation ne peut se faire indépendamment de l'Histoire, ne pourrait-on également s'interroger sur l'origine de cette institution qui n'est pas propre à l'Islam ?

Ainsi, avant d'aborder l'état actuel de la jurisprudence française en matière de répudiation musulmane (**Titre 2**), il convient au préalable, pour une meilleure compréhension du sujet, d'effectuer une présentation de l'institution de la répudiation telle que la conçoit le droit musulman à la lumière des *Enseignements*[75] (**Titre 1**).

[75] L'expression (*en italique*) renvoie aux sources de l'Islam : le Coran, la *Sunna*, les *hadiths* et le *figh*.

Titre 1. - L'institution de la répudiation musulmane

Constituant la base juridique de l'Islam, le Coran est un véritable guide pour les fidèles, il régit les pratiques de la vie individuelle et collective des musulmans. La connaissance de ce qui est permis ou interdit fait l'objet d'une science appelée *fiqh*[76]. La *Shari'a*[77], la loi islamique directement inspirée du Coran, constitue le cadrage législatif des droits et des obligations des croyants. En vigueur dans de nombreux États musulmans, la *Shari'a* met en place un système de devoirs comprenant des obligations rituelles, morales et légales. Le droit musulman de la famille règlemente les rapports entre les musulmans, de la vie maritale à son extinction. Dès lors, la dissolution du lien conjugal, le *talâk*, que nous traduisons par la répudiation, est strictement encadrée par la *Shari'a*.

Il n'est pas envisageable d'effectuer cette étude sans préciser, au préalable, les fondements essentiels de l'Islam car « *il ne faut pas ignorer l'océan du monde musulman dont les flots viennent jusqu'à nos rives, longtemps éloignées des siennes… On peut penser ce que l'on veut de l'Islam. L'ignorer c'est la première marque de mépris à son égard* »[78]. Afin d'éviter toute confusion et permettre une meilleure compréhension de l'institution de la répudiation, il est alors nécessaire de s'arrêter un instant sur cette religion.

Ainsi, l'Islam signifie en arabe « se soumettre à Dieu ». C'est le nom de la religion prêchée au VIIe siècle par le Prophète Mahomet[79]. Muhammed ibn Abdallah ibn abdal-Muttalib est né à la Mecque, probablement le 20 août 570, dans une Arabie

[76] Le *fiqh* littéralement « connaissance de la loi religieuse », la *shari'a* ; D. SOURDEL et J. SOURDEL-THOMINE, *Dictionnaire historique de l'Islam*, PUF, 1996.
[77] Dans le cadre de la présente étude, le terme de *Shari'a* sera orthographié indifféremment de *Chari'a*, selon les translittérations rencontrées. Cela ne modifie en aucune façon sa signification ou son sens.
[78] Bernard BEIGNIER, *Cours d'introduction au droit, Montchrestien*, 2007.
[79] Émile DERMENGHEM, *Mahomet et la tradition islamique*, éd. Le Seuil, 2003 ; Philippe AZIZ, *L'Homme du Coran, Mahomet*, éd. Ramsay, 2001.

païenne et bédouine. Orphelin à l'âge de 6 ans, c'est son grand-père Abdal-Muttalib qui le recueille, puis son oncle, Abu Talêb. Ce dernier notable respecté et chef du clan des Bani Hachim, l'élèvera comme son fils et le protégera plus tard contre la vindicte de l'aristocratie mecquoise, hostile à la nouvelle religion[80]. En 595 le Prophète épouse Khadîdja, une riche veuve. En Arabie, vers 610-613, il reçoit pour la première fois la parole d'« *Allah* » au Mont Hirâ, par l'archange *Jibril*[81] et c'est ainsi qu'il se met à prêcher.

Le Prophète est alors âgé de 40 ans. Par la suite, il est contraint à l'exil car il se heurte à une violente opposition des mecquois qui perçoivent son message comme une menace pour leurs intérêts matériels et moraux. Le Prophète doit prendre précipitamment la fuite le l5 juillet 622 : c'est ce que l'on nomme « l'Hégire » (« *Hidjra* »[82]) qui correspond au l[er] jour du calendrier musulman et représente le point de départ de l'ère musulmane[83]. Par la suite, le Prophète se réfugie à Yathrib, ville voisine de la Mecque, dont il gagne la cause des habitants. Yathrib, change de nom et devient Médine, *Madinât al-nabi*, littéralement la ville du prophète.

Pendant plus de vingt ans, le Prophète de l'Islam va recevoir de Dieu la révélation des versets coraniques consacrés au culte, à la spiritualité et aux prescriptions que doivent observer les musulmans dans leur vie quotidienne. Il importe de préciser que la religion islamique est rigoureusement monothéiste, son Dieu est *«Allah»*[84] et que

[80] Il lutte contre les polythéistes à la Mecque et les juifs à Médine. Á la différence de Jésus, que les chrétiens proclament fils de Dieu né d'une vierge, Mahomet est un homme ordinaire, sa naissance est humaine, il ne produit pas de miracle, et n'est pas non plus un ascète. Le Prophète meurt en 632 ; T. AL HARIRI-WENDEL, *Les symboles de l'lslam,* éd. Guy Trédaniel, 2000.

[81] Cet ange joue le rôle de messager divin auprès des hommes, non seulement dans la tradition juive, mais aussi dans la religion chrétienne. L'ange Gabriel annonce à Marie la conception de Jésus. L'Islam reprend donc en héritage une partie de la tradition juive et chrétienne : du Psaume de David (Dâwûd), de la Thora de Moise (Mûsa) et de l'Évangile de Jésus ('Isa). Un jour alors qu'il se trouvait seul, l'ange Gabriel apparut à Mahomet et lui dit : « *Iqrâ* » (qui veut dire ; « lis » du verbe lire) ; J. PICANO (coord.), P. MURAT, J.-M CROS, A. BORRELY, *Les apports du judaïsme, du christianisme et de l'islam à la pensée occidentale*, éd. Culture et Histoire, Coll. Ellipse, 1996.

[82] J. DELUMEAU (dir.), A. GUELLOUZ, *Le fait religieux L'islam*, éd. Fayard, 2004, p. 34.

[83] Les musulmans sont en 1431. Au Maroc et en Algérie, comme dans la plus part des pays musulmans, les actes législatifs portent une double date, celle de l'ère chrétienne et de l'ère musulmane.

[84] « *Allah* » est considéré comme étant le nom propre de Dieu. Suivant la tradition, Dieu a 99 noms, « *Allah* » est le premier et les 98 autres noms sont des qualificatifs, mettant en valeur les qualités divines. Le 2e et 3e prénom de Dieu sont : *Ar Rahman* et *Ar-Harim*. D'après Al-Bukhârî et Muslim, le prophète a dit : « *Dieu a quatre-vingt-dix-neuf noms-moins un. Celui qui les retiendra entrera au Paradis. Dieu est Impair, il aime l'impair* » ; Suivant la traduction du Coran réalisée par Shaykh ZAKARIA SEDDIKI, Tariq RAMADAN, Shaykh YUSUF IBRAM, « *Le Noble Coran* », *Nouvelle traduction française du sens de ses versets*, éd. Tawhid, 2004.

l'appartenance à la communauté musulmane se caractérise par le respect de cinq principes fondamentaux appelés aussi les cinq piliers, *arkân*. Le premier est représenté par la profession de foi, la *chahada*, qui consiste en la récitation de l'expression : « *je témoigne qu'il n'y a de divinité que Dieu et que Mohamed est son messager* ». Le deuxième est l'accomplissement de la prière, la *salat*[85]. Le troisième est la *zakat* qui correspond à l'aumône obligatoire que chaque musulman verse au titre de la solidarité musulmane. Cela permet également de bénir et purifier les biens et les richesses acquises. Le quatrième se caractérise par le jeûne pendant le mois de ramadan, 9e mois de l'année lunaire, durant lequel le musulman doit s'abstenir de manger et de boire de l'aube au coucher du soleil. C'est aussi un mois durant lequel le musulman doit réfléchir et pardonner[86]. Et enfin, le cinquième pilier consiste à effectuer le pèlerinage à la Mecque, *el hadj*.

Le Coran, rédigé sous le IIIe Califat[87] entre 644 et 646, soit dix ans après la mort de Mahomet[88], comprend 114 chapitres, dits *Sourates*, et divisés en *versets*. Les différentes *Sourates* sont classées par ordre de grandeur décroissant (sauf la première) et non par ordre chronologique de révélation. Rappelons que le Coran contient la parole de Dieu transmise au Prophète par l'ange Gabriel, *Jibrîl*. Et à son tour, le

---

H. RAMADAN, *Les noms divins*, éd. Tawhid, Lyon, 2001.

[85] Les cinq prières journalières.

[86] Coran 2/183 : « *O croyants ! Le jeûne vous a été prescrit comme il a été prescrit aux peuples qui vous ont précédés, afin que vous manifestiez votre piété* ». Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

Dans un souci de clarté et de compréhension, dans le cadre de la présente étude, toutes les références au Coran renverront pour le premier chiffre au numéro de la Sourate, et le second au numéro du Verset.

[87] Dans la tradition musulmane, le calife (du mot arabe *Khalifa*, successeur) recueille la charge de guider la communauté et de veiller à l'application des règles de tous ordres, temporel et spirituel. C'est ce qui distingue la notion de Calife de celle de *Malik*, simple roi, ou de sultan qui n'est que le chef temporel. Le Califat a donné naissance à 4 dynasties :

*Othman, un autre gendre du prophète, succède à son cousin Mo'Awiya, gouverneur de Syrie fondateur de la dynastie *Ommayade* (dure jusque fin Xe siècle).

*Dynastie abbasside, installée à Bagdad en Irak, disparue lors de l'arrivée des Turc Seldjoukides, mi-XIe siècle.

*Dynastie fatimide (Egypte brisée par les Turcs).

*Dynastie des Seldjoukides, empire anéanti par l'invasion mongole.

F.-J. PANSIER et K. GUELLATY, *Droit musulman*, éd. PUF, 2000, p. 11.

[88] En 633, de nombreux compagnons du Prophète, qui avaient appris par cœur le Coran, trouvent la mort à la bataille d'Aqabâ. Dès lors, Omar prend conscience de la nécessité de consigner le texte par écrit. Convaincu, Abû Bakr, confie cette mission à un jeune scribe médinois du nom de Zayd Ibn Thâbit. Ce dernier travaille à partir de documents écrits et sur la tradition orale. Le jeune scribe retranscrit le tout sur des feuillets, qu'il remet à Abû Bakr, lesquels sont transmis à Omar, devenu Calife. À la mort du Calife, sa fille Hafsa transmet les feuillets au nouveau Calife Othman. Celui-ci, inquiet des divergences apparues, entreprend de mettre intégralement le Coran par écrit. Le nouveau texte est établi sous la direction du même scribe ; T. FAHD, « *Naissances de l'Islam : origines et vocation du fondateur de l'islam* », in *Histoire des religions II*, C.-H PUECH (dir.), éd. Gallimard, Coll. Folio/Essais, 1999, p. 646.

Prophète a transmis oralement l'essentiel du message à ses compagnons[89]. Les premiers versets du Coran sont notés sur des supports très hétéroclites : des tessons de bouteille, des pierres plates, ou encore des omoplates de chameau.

Il est fondamental de retenir que le Coran a un caractère immuable, ce qui signifie que l'homme n'a pas le pouvoir de modifier la parole de Dieu[90].

En langue arabe, le Livre Saint, « *el Qur'an* » (récitation) est une véritable œuvre d'architecture littéraire. Les musulmans disposent d'un corpus de récits érigés en règles relatives à des attitudes à observer dans des domaines divers ayant trait à la vie publique, à la vie privée, à la pratique du culte, à la résolution de litiges, etc. D'une complexité extrême, le Coran se lit à la lumière des révélations de l'époque, de la *Sunna* et des *hadiths*. Ces derniers viennent préciser la teneur du message divin et nous fournissent d'importantes données historiques, notamment sur les conditions de révélation des Sourates. En effet, les *hadiths* renvoient aux actes et attitudes du Prophète. Le terme arabe *hadith* signifie propos ou communication. Il correspond aux propos tenus par le Prophète, et renvoie également à toutes les paroles (*aqwâl*), actes (*afâl*) ou même les situations dont a eu connaissance le Prophète et qu'il a tacitement approuvé (*taqir*).

Les *hadiths* apportent alors un éclairage aux musulmans sur la pratique de l'Islam. Érigés en science, ils ont été retranscrits et compilés dès le IXe siècle (IIe siècle de l'ère islamique), car sont apparus de nombreux faux, ce qui posa le problème de l'authenticité de certains *hadiths*. Dès lors, les savants musulmans ont posé certaines règles et ont distingué les *hadiths* en quatre catégories : sain (*sahih*), bon (*hasan*), faible (*dahif*) et malade (*saqim*), suivant le nombre de témoins, la nature du *hadith* et

[89] « *Ashâb* », soixante des fidèles autour du prophète sont appelés *muslims*, c'est-à-dire « *ceux qui remettent leur âme à Dieu* ». Selon la tradition, les premiers disciples sont : Abû Bakr, Omar, Ali (cousin et gendre du Prophète), et Zaid (fils adoptif du Prophète) ; Messaoud ABU USAMA, *Les compagnons du prophète : les premiers hommes de l'Islam*, éd. Tawhid, 2004.

[90] Cependant, l'effort personnel de recherche et d'interprétation « *l'ijtihâd* » en matière religieuse et juridique est tout à fait possible. Cela permet l'élaboration de règles nouvelles, dont le fondement repose sur le Coran et la Tradition, face à des situations nouvelles. Diverses méthodes, notamment chez les sunnites, sont utilisées comme par exemple celle du raisonnement analogique *qiyâs* ; Joseph MAÏLA, « *L'Islam moderne : entre le réformisme et l'Islam politique* », in *Encyclopédie des religions, Histoire t. 1*, F. LENOIR et YSE T. MASQUELIER (dir.), éd. Bayard, 1997, pp. 847 et suiv. J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Trad. P. KEMPF et A. M. TURKI, Maisonneuve et Larose, 1983, pp. 57 et 98.

sa provenance. Les *hadiths* jouissent d'une certaine autorité morale. Les sunnites[91] ont compilé six grands recueils, auxquels on se référera tout au long de cette étude : le *sahîh* d'Al-Bukhârî (mort en 870), le *sahîh* de Muslim (mort en 875), les *sunan* d'Abû Dâwûd (mort en 889), de Tirmidhî (mort en 892), de Nasâ'î (mort en 915), et de Ibn Mâja (mort en 886)[92]. La *Sunna* quant à elle, constitue l'ensemble de ces *hadiths*[93].

Contrairement au Christianisme, l'Islam ne s'est pas organisé autour d'un clergé[94]. Après la mort du Prophète en 632, an X de l'Hégire, les musulmans éprouvent de grandes difficultés à vivre sans sa présence prophétique. Dans la société, la communauté musulmane est importante mais fragile. Guide spirituel et politique, Mahomet meurt sans désigner de successeur. En conséquence, parallèlement à la conquête des territoires voisins[95], des luttes pour le pouvoir politique et des conflits militaires surgissent et entament la division des musulmans[96]. De cette division

---

[91] Les Chiites, quant à eux, disposent de leurs propres recueils. Le chiisme résulte de 657, date du grand schisme ayant conduit à une divergence de perception du pouvoir spirituel et temporel. D'un côté, le Sunnisme, courant largement majoritaire, de la sunna, tradition écrite du Prophète, plus rationnel. D'un autre côté, le Chiisme, de *chi'at* Ali, la secte de Ali, qui ajoute aux cinq piliers la croyance en l'*imam.* Les chiites attendent la venue du *Mahdi*, le 12e imam qui « dévoilera le sens ésotérique de toutes les révélations ». En 66l, Ali est assassiné, et par cet acte ses partisans font de lui un martyr ; J. PICANO (coord.), P. MURAT, J.-M CROS, A. BORRELY, *Les apports du judaïsme, du christianisme et de l'islam à la pensée occidentale*, *op. cit*., p. 109.

[92] S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, « *Le Noble Coran* », *Nouvelle traduction française du sens de ses versets*, *op.cit*., p. 686.

[93] Juste après le Coran, la *Sunna* représente la deuxième source textuelle, la justification en est apportée par la Sourate 2 verset 151 indiquant aux musulmans : « *C'est ainsi que Nous vous avons envoyé un Prophète choisi parmi vous, qui vous récite Nos versets, vous purifie, vous apprend le Livre et la sagesse et vous enseigne ce que vous ignoriez* » ; Khalifa SOUA, « *Hadith* », in *Dictionnaire de l'Islam religion et civilisation*, éd. Albin Michel, *Encyclopaedia Universalis*, 1997.

Certains auteurs ont rejetés la Sunna, considérant que le Coran représente la source essentielle et unique de l'Islam. Ainsi en est-il, entre autre de Rashad KALIFA qui a écrit en 1982 *Quran, hadith and islam* (Islamic productions, Tucson, 1982), considéré comme apostat, il a été assassiné en 1990. Mustafa Kamal AL-MAHDAWI quant à lui a écrit *Al-bayan bil-Qur'an*, qui se traduit par *La preuve par le Coran* (Al-dar aljamahiriyyah lil-tawzi Wal-i'lan, Casablanca, 1990). Cet ouvrage lui a valu quelques démêlés judiciaires, mais finalement il est acquitté en 1999 par la Cour d'appel de Benghali ; cité par Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse* », *RCDIP* 2007. 531-532.

[94] Pendant les cinq premiers siècles de l'Islam, les jurisconsultes et les praticiens du droit, inspecteurs des mœurs, ont édifié d'importantes normes juridiques permettant de contenir les actes du croyant, ses droits et ses devoirs de la naissance à la mort. Cependant, il n'y a aucune hiérarchie dans la gestion des rapports des différentes fonctions religieuses. Ainsi, le *mufti* connaît le droit et énonce des avis juridiques, le f*aqih* est spécialisé dans le domaine des prescriptions du droit, mais pas forcément avec la compétence de formuler un avis juridique comme le *mufti* ; il ya ensuite le *alim*, et enfin le *Qadi* qui est un juge ; I. GOLDZIHER, *Le dogme et la loi dans l'islam*, éd. Gunther/L'Éclat, 2005.

[95] Robert MANTRAN, *L'expansion musulmane VIIe-XIe siècle*, éd. PUF, Coll. Clio, 1re éd. 1969, 6e éd. 1995 ; Abdelatif LAROUI, *Islam et histoire*, éd. Flammarion, 2001.

[96] La division commence dès 657 par le grand schisme, divisant les musulmans en deux courants de pensée. D'un côté, le Sunnisme, de la sunna, tradition écrite du Prophète et d'un autre côté, le Chiisme, de *chi'at* Ali, la secte de Ali *;* J. PICANO (coord.), P. MURAT, J.-M CROS, A. BORRELY, Les *apports du judaïsme, du christianisme et de l'islam à la pensée occidentale*, *op.cit.*, p. 109.

naissent des divergences doctrinales et théologiques, qui vont par ailleurs favoriser la création de plusieurs écoles juridiques[97]. Il existe une diversité des pratiques entre les différents courants de pensée : un même problème peut donc être résolu de différentes manières. En outre, à l'intérieur de chaque école juridique, il n'y a pas de solutions unanimes[98]. Cependant, il ne faut pas surestimer ces divergences de positions car le Coran constitue la règle de droit par excellence. La perception de l'Islam est unique[99]. Dans le cadre de la présente étude, on s'intéressera plus particulièrement au sunnisme d'obédience malékite, courant de pensée dominant au Maghreb, notamment en Algérie et au Maroc.

La répudiation musulmane est largement évoquée dans la Coran. Elle représente un acte très grave, dont l'initiative et la responsabilité appartiennent au mari. Plus qu'un acte de dissolution du couple, c'est aussi et surtout un acte de dislocation de la famille. L'étude de l'institution de la répudiation en Islam s'impose, et permettra d'analyser les prescriptions du Texte coranique afin de mieux la situer en droit musulman, telle qu'elle est appréhendée par les systèmes judiciaires marocains et algériens.

Il convient alors d'effectuer une présentation théologique de l'institution de la répudiation (**Chapitre I**), avant d'examiner les transpositions des données coraniques dans les systèmes juridiques du Maroc et de l'Algérie (**Chapitre II**).

---

[97] *D'un côté, nous avons les 4 écoles sunnites qui portent le nom de leurs fondateurs. Tout d'abord, l'école HANAFITE, fondée par Abu Hanifah (†en 767), qui recommande le jugement personnel (« l'*ijtihad* ») davantage que l'imitation passive (« *Taqlid* »). Puis, l'école MALEKITE, fondée par Malik (†795) courant juridique radicalisé qui privilégie l'accord unanime des docteurs. Il y a encore l'école SHAFI'ITE, fondée par Al Shaf'i (†820) qui met en avant la *sunna* et le consensus (« *id jim a*»). Enfin, l'école HANBALITE, fondée par IBN-HANBAL (†855) l'école juridique radicale et rigoriste.

*D'un autre côté, nous avons les écoles chiites. Tout d'abord, il y a l'école JA'FARITE, fondée par Ja'far Al Sadq (†765). Ensuite, l'école ZAYDITE, fondée par Zayd Ibn'Ali (†740), puis, l'école IBADITE, fondée par 'Abd Allah Ibn Ibad (†705).

De nombreuses confréries et des clans viennent s'ajouter à ce clivage : Soufisme, la Qâdiriyya fondée au XIIe siècle, le mouvement Kharijiste….Néanmoins, ces écoles ne divergent en pratique que sur certains points mineurs comme le rite de la prière, ou la force probante du témoignage ; R. SEROUSSI, *Introduction au droit comparé*, 2e éd. Dunod, 2003 ; M.-J. MOGHNIE, *Le figh selon les cinq rites-jaafarite, hanafite, chaférite, hanbalite*, 8e éd., Dâr al Jawâd, Beyrouth, 1984 (en arabe).

[98] L'empire ottoman a imposé l'école hanafite pour les matières juridiques. Mais sur le plan cultuel, il a laissé aux musulmans la liberté de choisir leurs écoles. En Egypte, la majorité suit le rite *shafi'ite* sur le plan cultuel, mais sur le plan juridique, elle suit le rite hanafite. L'empire ottoman a eu recours à la codification pour résoudre les problèmes de divergence de l'école hanafite, par le Code *Majallat Al-Ahkam Al'Adliyyah.* Élaboré entre l869 et l876, ce code comprend 1851 articles, mais il ne traite pas des questions relatives au statut personnel, codifié seulement en 1917. Pour les autres matières, l'empire ottoman a opté pour les codes occidentaux ; A.-L de PREMARE, *Les fondations de l'Islam, entre écriture et histoire*, éd. Le Seuil, 2002.

[99] Jacques NEIRYNCK, *Peut-on vivre avec l'Islam ?* (entretien avec T. Ramadan), éd. Favre, 2004.

Chapitre I. – Une approche théologique, l'Islam et la répudiation : un mode de rupture emprunt de réflexion et de formalisme

Le terme de répudiation, généralement associé à l'Islam, est traduit par le vocable générique de *talâk*. Les *Enseignements* et le *Livre Saint* abordent les conditions d'application, les effets ainsi que les conséquences du *talâk*. En ce sens, la répudiation est formalisée et enfermée dans un processus sous contrôle : elle n'est absolument pas laissée à la libre discrétion du mari, l'Islam pose un cadre normatif contraignant. La répudiation n'est pas la forme de rupture la plus simple et la plus facile, bien au contraire. Ce caractère contraignant et formaliste a été fixé dès l'origine, même si on ne semble pas se souvenir que l'institution de la répudiation existait déjà avant le VIIe siècle et que dans une certaine mesure, l'Islam est intervenu pour améliorer le statut minoritaire de la femme. Il convient donc de relever que la répudiation est une institution aux origines ancestrales, et que si elle est d'essence islamique, elle n'en est pas moins l'émanation de cultures antérieures.

En effet, dès le IIe millénaire avant Jésus-Christ, le Code d'Hammourabi[100], qui est l'un des textes les plus importants de l'Antiquité et présenté comme un « règlement de paix »[101], décrit la répudiation. Le statut de la femme et celui de la famille sont définis

[100] Le Roi de Babylone Hammourabi (l728-l686 av. J.-C), est connu pour ses nombreuses conquêtes et sa codification. Il réalise l'unité administrative du royaume, particulièrement Sumer et Akkad en plaçant des gouverneurs locaux, et il donne au Code un champ d'application très large. Ce Code constitue un prolongement de la politique territoriale visant à unifier et à mieux contrôler l'ensemble des populations du royaume babylonien. C'est suite aux invasions de Babylone que le Code est déplacé vers l200 av. J.-C., dans la ville de Suze en Iran. C'est justement en Iran qu'il a été découvert en décembre l902 par l'expédition dirigée par Jacques de Morgan. Le Code a été traduit intégralement par le père Jean-Vincent Scheil. La stèle, lourde de 4 tonnes et haute de 255 centimètres, sur laquelle est gravé le Code, est exposée au département des antiquités orientales au musée du Louvre à Paris. La stèle montre le Dieu soleil « *grand juge des cieux et de la terre* », et le Roi Hammourabi ; D. CHARPIN, *Hammu-rabi de Babylone*, PUF, 2003.

[101] Le Code est destiné à résoudre les problèmes rencontrés, aussi bien en matière pénale que civile. Il contient de nombreuses dispositions législatives. Les thèmes abordés sont divers, tels que : le faux témoignage (§ l-5), le vol et le détournement (§ 6-25), la réglementation du travail agricole (§ 42-65), le commerce (§ 100-112)… Les articles sont brefs, des cas concrets sont exposés puis une solution juridique est posée. D'un point de vue formel, le code ne contient que des règles visant des hypothèses précises, qui se suivent sans pour autant qu'il y ait un ordre logique. Il n'y a pas de rationalité au sens moderne du terme, il ne s'agit pas de règles générales, abstraites et impersonnelles ; A. FINET, *Le Code d'Hammourabi*, éd. du Cerf, Littératures anciennes du Proche Orient, 5e éd., 2004.

avec précision aux paragraphes l27 à l95[102]. Il importe de souligner que ce Code contient des dispositions relatives à la répudiation aussi bien à l'initiative du mari que de la femme.

Pour le mari, la répudiation est admise au cas où l'épouse n'était pas en mesure d'enfanter. Dans cette hypothèse la répudiation est justifiée, mais pour être valable, le mari doit restituer la dot[103] dans son intégralité. Il semble s'agir ici plus d'une contrainte dissuasive que d'une condition impérative. Le texte précise que : « *Si un homme veut répudier son épouse qui ne lui a pas donné d'enfants, il lui donnera tout l'argent de sa tirhatou*[104]*, et lui restituera intégralement la cheriqtou*[105] *qu'elle a apporté de chez son père, et la répudiera* »[106].

Pour la femme, le choix ultime ne semble pas lui revenir. Il appartient à « son quartier » ou à son « voisinage » d'examiner sa demande suivant deux critères : si le mari traîne dehors et s'il la néglige beaucoup. En outre, l'épouse doit être circonspecte et irréprochable, autant dire une femme dévouée à son foyer[107]. Si elle est malade, elle ne peut être répudiée[108]. Le Code indique que : « *Si une femme a dédaigné son mari et lui a dit : tu ne me posséderas plus, son secret sur le tort qu'elle a subi sera examiné,*

---

[102] J.- J. GLASSNER, *« De Sumer à Babylone : famille pour gérer, famille pour régner »,* in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t. I., A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, 1986, p. 127.

[103] La dot représente la contribution de la femme aux charges du ménage et de l'éducation des enfants. Elle est constituée par un ensemble de biens ou une somme d'argent. Généralement, le père de la future mariée verse cette somme à son gendre à l'occasion du mariage de sa fille, lequel devient propriétaire. Donc en cas de séparation, les conflits patrimoniaux sont assez importants ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 108.

[104] La *tirhatou* est une donation du fiancé au père de la fiancée ; suivant la traduction effectuée par V. SCHEIL, *La loi d'Hammourabi* (vers 2000 av. J.-C.), 2e éd. Ernest Leroux Éditeur, 1904, p.58.

[105] La *cheriqtou* représente la dot que l'épouse amène lors du mariage. Elle constitue une donation que lui a faite son père. Supérieure en valeur à la *tirhatou*, elle lui permet ainsi de subvenir aux charges du mariage ; le mari ne dispose alors que de sa jouissance ; *Ibidem*, pp. 58-59.

[106] §138 du Code d'Hammourabi ; *Idem*, p. 26.

[107] Le §141 du Code d'Hammourabi prévoit que : « *Si l'épouse d'un homme qui demeure chez cet homme, était disposée à sortir, a provoqué la divination, a dilapidé sa maison, négligé son mari, on la fera comparaître et si son mari dit : Je la répudie, il la laissera aller son chemin, et ne lui donnera aucun prix de répudiation. Si son mari dit : Je ne la répudie pas, son mari peut épouser une autre femme, et cette première femme demeurera dans la maison de son mari, comme esclave* ».
Le §143 du même Code ajoute que : « *Si elle n'est pas ménagère mais coureuse, si elle dilapide la maison, néglige son mari, on jettera cette femme dans l'eau* » ; *Idem*, pp. 26-27.

[108] §148 du Code d'Hammourabi dispose que : « *si un homme a pris une épouse et si une maladie (?) l'a contractée, et s'il se dispose à en prendre une autre, il peut la prendre, mais il ne répudiera pas son épouse que la maladie (?) a contractée ; elle demeurera à son domicile, et aussi longtemps qu'elle vivra il la sustentera* » ; *Ibidem*.

et si elle est ménagère sans reproche, et si son mari sort et la néglige beaucoup, cette femme est sans faute ; elle peut reprendre sa cheriqtou et s'en aller dans la maison de son père»[109]. Qu'elle soit ou non à l'initiative de la répudiation, la femme retourne à la maison de son père.

Ainsi, dès le IIe millénaire avant notre ère, la répudiation constitue une prérogative que se partagent le mari et la femme. Que la rupture soit à l'initiative de l'un ou de l'autre, la dot semble, déjà à cette époque, représenter une garantie face à l'échec de la relation conjugale. On dispose de peu de témoignages de cette époque et l'état des sources antiques ne nous permet pas de savoir à quelle fréquence la répudiation était prononcée. Quoiqu'il en soit, le Code d'Hammourabi nous indique que l'institution de la répudiation a existé bien avant la venue de l'Islam, qu'elle était pratiquée et a fait l'objet d'un encadrement législatif.

De même le judaïsme, religion apparue bien antérieurement à l'Islam, envisage la répudiation. Dans le *Deutéronome*[110] (24 : l-4), il est précisé que l'épouse peut se voir remettre par son mari un acte de rupture unilatéral et discrétionnaire du mariage, en présence de témoins. Dans le *Talmud*[111] la répudiation est qualifiée de *gueth*. L'épouse n'a pas à consentir à cet acte et elle ne peut pas demander le divorce quelque soit l'attitude de son mari, même en cas d'adultère. La délivrance du *gueth* par le mari entraîne la dissolution de l'union maritale religieusement et permet ainsi à l'épouse de se remarier selon la religion juive. L'initiative du divorce appartient au seul mari[112] sans qu'il n'ait besoin d'invoquer une raison valable. Le courant sacerdotal (Jérémie,

[109] §142 du Code d'Hammourabi; *Idem*, p. 28.
[110] Le *Deutéronome* est le cinquième livre de la Bible hébraïque ou *Pentateuque* (des cinq livres de Moïse).
[111] Le *Talmud* est un recueil, une compilation des discussions des grands rabbins relatives à l'histoire des juifs, aux coutumes, à la doctrine, à la morale juive et la législation orale. De ces discussions résultent des enseignements. Le *Talmud* est non seulement un code, mais aussi un commentaire « *des lois religieuses et civiles* » ; Franck ALVAREZ-PEREYRE et Florence HEYMANN, **«** *Un désir de transcendance, modèle hébraïque et pratique juive de la famille* **»**, in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t.I, *op. cit*., p. 357.
[112] Dans l'Antiquité, l'homme dispose d'un droit quasi absolu de répudier son épouse, droit qui peut être supprimé en cas de fausse monnaie, si la femme est en captivité, si elle est folle ou si elle est mineure et qu'elle ne peut réaliser ce que peut représenter cet acte. En outre, la validité du mariage juif dépend d'une condition importante : la virginité de la jeune fille. Si cette condition n'est pas satisfaite, le mari peut répudier sa femme.
Cependant, si le mari a disparu, que les preuves de son décès ne sont pas établies ou si c'est un malade mental irresponsable : le mariage va pouvoir être dissout à l'initiative de l'épouse. Les autorités rabbiniques ont tenté d'apporter des tempéraments notamment par le nombre de témoins, et au lieu des deux habituels, un seul suffit à prouver la mort du mari ; *Idem*, p. 381.
A. HORTS, *La vie familiale juive ; étude sur les mœurs du peuple juif à travers les âges*, éd. M. Weissenbruck, Bruxelles, 1922. E. ABECASSIS, *La répudiée*, éd. Albin Michel, 2002.

III, 1 et 8) et prophétique (Isaïe, I, 1-31) désapprouvent la pratique de la répudiation. L'alliance du couple reflète le symbole de l'unité d'Israël pour son Dieu. Mais en même temps, selon Madame Vilatte, la répudiation est apparue « *comme une nécessité pour le maintien de la pureté du judaïsme* »[113]. Le droit hébraïque actuel règlemente tout particulièrement la question de la répudiation[114].

L'institution de la répudiation n'est donc pas d'origine islamique. Au VIIe siècle, l'Islam fait son apparition dans une région du monde où la répudiation est une pratique bien ancrée dans la société. À cette même époque, l'influence du droit romain est encore perceptible. Précisons que « *le droit musulman emprunte son originalité d'essence divine au droit romain* »[115].

Notre propos consistera alors à examiner les modalités de la répudiation telle que le *Livre*[116] la conçoit et telle qu'il l'a régulée à la lumière de la *Tradition* et des *hadiths* (**Section I**). Puis nous tenterons également de démontrer que malgré ces prescriptions religieuses, la pratique l'a emporté. Ce sera, l'étude de la répudiation dite *bida'ah* (**Section II**).

---

[113] Sylvie VILATTE, « *La représentation des femmes dans le discours savant du 1er christianisme Ier-IIe siècle*) », in *Femmes plurielles, les représentations des femmes : discours, normes et conduites*, D. JONCKERS, R. CARE, M.-C DUPRE, (dir), éd. De la maison des Sciences de l'Homme, 1999, p. 107.

[114] Le droit israélien a enfermé dans des règles assez strictes le divorce. Le *gueth* correspond à un acte écrit par lequel le mari exprime sa volonté de mettre fin aux liens du mariage. L'épouse se voit remettre l'acte, et le tribunal rabbinique entérine ainsi la procédure de divorce. Lorsque l'époux ne veut pas divorcer, l'épouse reste liée à son mari et elle ne peut envisager l'union avec un autre homme. Pour que le divorce soit effectif, il est nécessaire que le mari donne le *gueth* à son épouse, auquel cas le juge rabbinique a la possibilité de le sanctionner. Lorsqu'au contraire, l'épouse refuse de recevoir le *gueth*, l'époux peut demander l'autorisation de se remarier au Tribunal. Juridiquement il demeure lié à sa précédente union (*heter nessouin*). Le prononcé du divorce est définitif et sans appel dès la date de remise du *gueth* acté par le tribunal rabbinique ; Isabelle STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Coll. Broché, éd. Edis, 2005. G. KOUBI, « *Mariage et tradition juive* », *in* Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, pp. 499 et suiv.
P. BARBIER, « *Le problème du gueth* », *Gaz.Pal.*1987, 2, Doctrine, 484.
Les juridictions françaises tentent de condamner l'attitude du mari qui refuse de délivrer à son ex-épouse l'acte de répudiation. La Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt en date du 9 mars 2006 a considéré que le refus de Monsieur H… de délivrer le *gueth* à Madame M… après le prononcé judiciaire du divorce constitue un abus de droit, qu'ainsi l'ex-épouse a subi un préjudice moral en raison de l'atteinte portée à ses sentiments religieux et de l'impossibilité pour elle d'envisager une nouvelle union . La Cour d'appel rappelle que *« seule la délivrance du gueth par le mari permet à la femme mariée selon le rite mosaïque de se remarier religieusement après le divorce ; que si les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du gueth échappent à l'appréciation des juridictions, il appartient à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l'oppose ».* Les juges d'appel ont confirmés le jugement déféré, mais ils ont tout de même réduit le montant des dommages et intérêts fixés par les premiers juges (de 35 000 euros) à 7500 euros ; CA Lyon, Chambre civile 6, 9 mars 2006, n° 04/04012 ; JurisData : 2006-299087 ; http://www.lexisnexis.com (site consulté le 25 mai 2009).

[115] Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages, op. cit.*, p. 10.

[116] L'expression renvoie au Livre saint, le Coran.

Section I. - La femme répudiée en Islam : une question d'éthique religieuse[117]

Le VIIe siècle a vu naître l'Islam. *Al jahiliya* qui signifie ignorance, est un terme désignant la période pré-islamique, durant laquelle le peuple arabe vivait dans la perdition[118]. Parallèlement, l'Empire romain est en crise et en Orient, l'Empire Byzantin est fortement affaibli par les Sassanides. En Occident, les rois Barbares se sont partagé l'Europe, la fragmentation des nations les a rendus moins redoutables.

L'Arabie antéislamique est alors constituée de tribus indépendantes et rivales, constamment en guerre. Inorganisées, souvent nomades, elles vivent à l'écart de la civilisation et mènent une vie assez rude. Progressivement, le Moyen Orient devient un grand centre de commerce international et la sédentarisation de certaines tribus commence[119]. Cela contribue aux développements d'infrastructures et à l'organisation d'une vie en communauté. Les conflits antérieurs ont laissé place à des affrontements d'un autre genre : les orateurs et les poètes se défient par l'éloquence, chaque tribu terrasse l'adversaire par la réplique et par le verbe. L'organisation tribale se caractérise par l'autorité des chefs, les *cheikhs*, sur un petit groupe. La paix a contribué ainsi à une quiétude et à un apaisement au sein des tribus.

D'un point de vu religieux, *Al jahiliya* constitue le temps d'ignorance et d'errance. Les Arabes païens croient en une infinité d'esprits qui habitent des arbres, des pierres et divers éléments. La Mecque représente une étape commerciale et un centre de

[117] Nahas MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 80.
[118] H.A.R GIBBS et H.A KRAMERS, *Shorter Encyclopaedia of islam*, Brill, Leiden, 1974, V° *djâhilia*.
[119] La pratique du négoce contribue à modifier les rapports de productions traditionnels. Les tribus contrôlaient la voie caravanière et avaient fait de leur sanctuaire païen la Mecque avec la *Ka'ba*, un entrepôt et un centre de négoce et de foire en même temps que le pèlerinage ; T. BIANQUIS, « *La famille en islam arabe* », in *Histoire de la famille, Temps médiévaux*, t. II, A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, l986, p. 402.
Pour autant, au VIIe siècle, l'Arabie représente une ville-étape sur les « routes de la soie » aboutissant en Chine et une « route des épices » vers l'Indonésie. Le Maghreb est accessible par le delta du Nil vers l'ouest. Á l'est, la Syrie et la Perse sont également faciles d'accès. L'Arabie est également connue pour ses parfums et ses gommes ; F.-J. PANSIER et K. GUELLATY, *Droit musulman*, éd. PUF, 2000, p. 6.

pèlerinage polythéiste[120]. Les fidèles viennent vénérer leurs idoles au temple de la pierre noire, la *Ka'ba*, où plus de trois cent statues sont exposées. Dès lors, on peut comprendre que la venue de l'Islam soit considérée comme un véritable danger pour cette région vivant du polythéisme.

Au-delà de ce bouleversement économico-religieux, le courant islamique va également venir préciser et renforcer le statut des femmes. En effet, dans ce système tribal, la femme dispose d'un statut mineur. Les veuves sont prises en charge par le clan, ce qui permet de justifier la polygamie. Il faut comprendre qu'en dehors de sa tribu, l'individu est démuni de toute protection puisqu'il n'existe pas de structure juridique organisée. Héritage du système patriarcal, la période antéislamique est fortement marquée par la toute puissance du sexe masculin. La femme est une subordonnée de la volonté de son père, de son frère, puis de son mari[121]. Elle doit assurer la descendance par la lignée des mâles. En dehors du groupe, la femme permet aussi de conclure des alliances au bénéfice des familles à travers le mariage.

Cependant, les relations conjugales ne sont pas pour autant inscrites dans la durée et la longévité. Lorsque la femme ne convient plus à son époux, ce dernier peut mettre un terme au contrat de mariage par le biais de la répudiation. Les Arabes païens pratiquent alors la répudiation de façon immodérée, voire abusive. « *Avant l'islam, les hommes répudiaient à leur guise leurs femmes et les reprenaient autant de fois qu'ils le voulaient…et ce même s'il s'agissait de la centième répudiation ou plus* »[122]. Il importe de préciser que les conditions économiques sont plus dures à l'égard des femmes répudiées, notamment lorsqu'elles ne sont pas reprises par leurs familles paternelles. L'exode rural et le développement de l'urbanité les incitent parfois à la prostitution afin de ne pas sombrer dans la misère et la famine[123].

[120] Pendant la période de pèlerinage, les conflits intertribaux cessaient et on observait un moment de trêve. Il y avait une « paradoxale cohabitation » entre les différentes religions, y compris les courants juifs et chrétiens ; Claude CAHEN, *L'islam des origines au début de l'empire Ottoman,* éd. Hachette, 1999.
[121] Sobhî AL-SALAH, *Al-Nudhum al-islâmiyya,* 2e éd., Beyrouth, Dâr al-'ilm li-l-malâyîn, 1968, p. 444.
[122] Nidhâm AL-DIN BEN HUSAYN AL-QUMI AL-NISABURI, *Tafsir gharâ'ib al-Qur'an wa raghâ'ib al furqân*, en marge du commentaire du Coran par Abû DJAFAR AL-TABARI, *Djâmi al-bayân fî tafsîr al Qur'an*, t.II, Beyrouth, Dâr al-Djîl, (s.d.), p. 361; Cité par Nahas MAHIEDDIN, *op. cit*., p.75.
[123] T. BIANQUIS, « *La famille en islam arabe* », in *Histoire de la famille, Temps médiévaux,* t. II, *op.cit*, pp. 405-412.

Cette forme de rupture unilatérale et discrétionnaire du lien matrimonial existe donc bien avant l'Islam. La répudiation d'aujourd'hui n'est que le fruit d'un passé qu'il ne faut pas renier. Le droit exorbitant du mari de rompre à son gré le mariage est avant tout un souvenir des temps préislamiques. Le Professeur Moulay Rchid précise que : « *lors de l'apparition de l'islam, les dispositions relatives à la répudiation constituaient incontestablement une véritable révolution sociale. Obtenir de la société mâle arabe, jalouse de ses privilèges, l'adhésion à des règles l'obligeant à se justifier pour dissoudre le lien matrimonial relevait de l'irréalisme. Aussi, le Coran a-t-il utilisé un ton modéré faisant tout simplement appel à la foi et à la sagesse du musulman. Le discours se voulait réformiste et réaliste, ouvrant la voie à une interprétation progressive* »[124].

Malgré toute la sollicitude du Prophète Mahomet, il ne lui a pas été possible de modifier le caractère primitif de la répudiation dont les usages étaient bien enracinés. Aussi a-t-elle été maintenue, tout en étant entourée de toutes les restrictions possibles. En effet, en raison des abus du mari et de l'oppression de la femme, l'Islam réprouve cette pratique. Le Prophète s'est attaché à réglementer et à circonscrire ce droit de répudiation.

Il nous est apparu nécessaire de préciser le statut de la femme musulmane, notamment en raison des nombreuses incompréhensions et confusions qui subsistent encore sur ce sujet. Car de nombreux clichés et préjugés dominent dans la pensée populaire, tels que la soumission des femmes musulmanes aux hommes ou encore le machisme exacerbé de ces derniers… Ces préjugés nuisent aux femmes musulmanes et ne contribuent pas à un esprit de compréhension et d'ouverture. Sociologiquement, l'ethnocentrisme vise à appréhender la culture de l'autre à travers sa propre culture, ce qui signifie que les jugements de valeurs sont tout à fait subjectifs et ne reflètent en aucun cas la réalité telle qu'elle est vécue. Le regard ethnocentrique est dangereux parce qu'il n'est qu'illusion et rigidité. « *On touche à des questions délicates et l'on doit s'interdire de juger l'autre à travers la seule représentation que l'on s'est faite*

[124] A. MOULAY RCHID, « *Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane* », dans le cadre d'un Colloque sur le thème « *Familles musulmanes et modernité : le défi et les traditions* », Publications au Conseil international des sciences sociales de la Faculté de Droit de Tunis, 1986, p. 10.

de lui »[125]. Car pour véritablement pouvoir comprendre la culture de l'autre, il faut nécessairement pouvoir y plonger, s'immerger, pour se situer à son niveau sans le considérer comme moins bien que soi. Alors, il sera possible de s'exprimer sur le sujet. C'est à ce titre que nous nous attacherons à resituer certaines institutions, tels que le mariage et la répudiation, dans le cadre qui est le leur.

Il est vrai que la question de la répudiation émeut et bouleverse. Elle est qualifiée d'injuste et d'inégalitaire, voire de discriminatoire. Il importe donc de procéder à une relecture des sources islamiques en la matière afin de démontrer que les prescriptions religieuses sont loin d'être aussi inégalitaires qu'on le prétend.

Dès lors, il convient d'effectuer une brève présentation du mariage islamique (A), avant d'aborder plus précisément le *talâk* (B).

A. – Le concept de mariage en Islam

Les rapports hommes-femmes en Islam sont généralement très mal compris ; non seulement par les non musulmans, mais également par les musulmans eux-mêmes. En majorité, ces derniers restent enracinés dans des pratiques coutumières bien loin des recommandations du *Livre saint*, lequel inscrit la relation de couple dans un cadre paisible et harmonieux.

L'éducation est alors un facteur essentiel à la fois pour que les femmes musulmanes prennent conscience du fait que leur religion leur accorde un statut véritable et aussi pour que les hommes musulmans prennent la juste mesure des choses et des êtres, en particulier le respect dû à la gente féminine.

Dans la relation de couple, il convient de souligner que le « badinage » n'est pas permis en Islam, pas plus que le libertinage (tant pour l'homme que pour la femme).

[125] J. NEIRYNCK, *Peut-on vivre avec l'Islam ?*, (entretien avec T. Ramadan), éd. Favre, 2004, p. 116.

En principe, lorsqu'un musulman et une musulmane forment un couple, c'est uniquement dans le but d'aboutir au mariage[126]. Il n'est pas question de mise en ménage du couple, même à titre d'essai car la relation homme-femme n'existe que dans la cadre du mariage, voie unique du licite dit *halal*[127] (1°). Le couple doit par conséquent mesurer au préalable toute l'ampleur de l'engagement dont les implications au niveau de la vie maritale sont considérables. Mari et femme doivent désormais composer ensemble, tout en se découvrant une intimité et un quotidien. Pour autant, cela ne signifie pas que le mariage soit une prison ou un harem de soumission (2°).

1°. Le mariage musulman : unique voie du *halal*

Le mariage résulte d'un consensus, le consentement des futurs époux constitue une condition essentielle.

[126] En principe, le mariage doit être contracté entre deux époux musulmans. Cependant, l'homme musulman peut épouser une *Katabia* (littéralement *Livre*, cela renvoie à la Bible ou à la Thora) donc une femme catholique ou juive. Par contre, la femme musulmane doit nécessairement épouser un musulman.
Précisons que chez certains musulmans, la mixité n'est pas encouragée car elle serait sources de conflits relationnels majeurs.
Même le mariage entre deux époux musulmans n'est pas forcément serein. Les a priori et les jugements de valeurs existent aussi au sein de la communauté musulmane, ce qui est particulièrement dommageable et aux antipodes du message divin. Prenons l'exemple du couple d'origine algéro-marocaine, même si les deux conjoints sont tous deux musulmans, il n'est pas certains que les familles adhèrent, sans heurtes, à l'idylle de ses enfants. L'héritage éducatif et nationaliste contribue à communautariser davantage les familles musulmanes. L'éloignement avec le pays d'origine pourrait expliquer ce phénomène, mais il ne peut à lui seul justifier un tel rejet. Il n'est pas question ici de prescriptions religieuses, car en toute logique un musulman quelque soit sa nationalité reste un musulman, mais bien d'apriori de part et d'autres.
Les choses évoluent très lentement, la jeune génération n'entend pas se voir imposer un mode de vie propre aux anciens. Par ailleurs, la rencontre est plus propice et ne se fait pas systématiquement par intermédiaire, elle est facilitée par la technologie (téléphone portable, internet…). Il n'existe pas de recette pour un mariage réussi. Que le mariage soit mixte ou non, parfois, les premières dissensions au sein du couple apparaissent lors de la préparation même du mariage, chacun prend alors légèrement conscience de l'avenir.

[127] Le terme *halal* englobe plus largement la licéité dans les actes du musulman, aussi bien des actes relatifs à sa foi qu'à la pratique de celle-ci. Évoquons la polémique, dénoncée par certaines associations (et par certains journalistes), au sujet des produits *halal*. En effet, est considéré comme *halal* les produits alimentaires (carnés et non carnés) répondant à des prescriptions religieuses strictes. Ainsi, les animaux ne sont abbatus que selon un rituel précis, dans le respect dû à l'animal, par un sacrificateur musulman. La controverse n'est pas permise s'agissant de la technique de l'électonarcose (l'industrie procède à l'abattage des animaux en les assommant, puis en les faissant passer sous une grille laser qui permet d'augmenter le rendement en taux horaire. Car en une heure, avec l'abattage rituel, on obtient 1500 poulets alors qu'avec l'abattage industriel, c'est près de 8000 poulets abbatus). Des entreprises ont obtenues une certification *halal* et ils utilisent le label *halal* comme argument de vente, ciblant des consommateurs musulmans. Pourtant l'abbatage n'aurait rien de rituel, le marché du *halal* étant complétement opaque. Aucun cadre normatif ne vient régir cette matière, et les associations de consommateurs musulmanes (*À Votre Service et Halal Services*) réclament une réglementation rigoureuse et effective. À l'origine, le *halal* est un vocable d'essence religieuse et éthique, et il est devenu un outil marketing et d'enjeux économiques. Mostafa BRAHAMI et Fethallah OTMANI, *Le marché du halal, entre références religieuses et contraintes industrielles*, éd., Tawhid/AVC, Lyon 2010.

Seule la présence des témoins est exigée lors du mariage[128]. Ni un *imam* habilité, ni un juge, ni aucune autorité ne conditionnent la validité du mariage en Islam[129]. Le droit positif en a simplement défini les règles d'effectivité[130].

Précisons que la femme musulmane a parfaitement le droit d'accepter ou de rejeter des propositions de mariage. Le mariage « forcé » ne résulte pas d'une prescription religieuse. Selon la *Tradition,* une jeune fille vint se plaindre auprès du Prophète car son père l'avait mariée à un cousin sans son consentement. Le Prophète lui permit de se séparer de son mari, mais la jeune fille précisa qu'elle avait finalement accepté ce mariage et qu'elle avait uniquement voulu démontrer que « *les pères n'ont aucune décision à prendre* » au nom des femmes[131].

Parce que le mariage est une étape importante dans la vie de couple, sa célébration est empreinte de solennité, de rites, de coutumes et de traditions. Le jour J est précédé de festivités aussi bien chez le futur marié que chez la future mariée[132]. Les uns célèbrent la venue d'un nouveau membre et les autres préparent le départ d'un des siens[133]. En

---

[128] F. MAHDI, « *Le mariage en islam, de ses origines et de sa nature* », *in* Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, pp. 514-515.

[129] « *Dans la conscience des Musulmans, la validité du mariage n'est pas liée à sa transcription sur les registres de l'état civil, puisque le droit musulman n'en fait pas référence. Pour ces derniers, la validité du mariage est liée aux conditions à réunir pour sa licéité. Le plus important est donc de respecter les règles du figh qui sont considérées comme les seules à même de garantir cette qualité. Or ces règles ne font pas mention de cette transcription. Il s'agit donc pour le Musulman d'une démarche à valeur administrative qui n'a aucune fonction légitimante. Elle est donc secondaire et facultative. (…) Pour un Musulman, conclure une union en violation de la loi positive sur le mariage mais conforme au figh islamique sur l'essentiel ne signifie nullement s'engager dans un concubinage même si cette violation est volontaire* » ; Nahas M. MAHIEDDIN, « *Le concubinage entre le droit musulman et le droit positif* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, pp. 436 et 442.

[130] Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh précise que les mariages *coutumiers*, établis en présence de deux témoins, sont valables aussi longtemps qu'ils ne sont pas contestés par les deux époux. Il ajoute que ces mariages impliquent l'insécurité sociale pour les femmes, car généralement il n'y a pas de publicité autour de ces unions; SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse* », *RCDIP* 2007. 502.

[131] A. LAMRABET, *Le Coran et les femmes, une lecture de libération*, Tawhid, 2007, p. 178. L'auteur dénonce cette pratique des mariages forcés contraire aux préceptes islamiques, elle donne l'exemple de l'Arabie Saoudite qui en 2005 a considéré non islamique le tutorat des femmes par les pères ou les frères, lesquels pouvaient contraindre les femmes au mariage.

[132] « *Les festivités et les conduites de la jeune fille au domicile de son mari, par-delà leur caractère social, constituent, une publicité du mariage et une officialisation de l'entrée de la jeune fille dans la famille de son mari* » ; Cl. BONTEMS (dir.), « *Les altérations du modèle musulman durant la période coloniale : l'exemple de l'Algérie* », *in Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 534.

[133] L'épouse intègre la maison familiale de son mari alors qu'en France, sauf exception, le couple vit seul. Mais dans les pays du Maghreb tels que l'Algérie ou le Maroc, le couple vit généralement avec la famille du mari. Le modèle de la famille patriarcal reste très tenace, notamment dans les milieux ruraux. L'indépendance du couple n'est pas une évidence, elle peut résulter soit d'un arrangement avant le mariage (notamment en milieu urbain lorsque le couple travaille), soit être le fruit d'une longue attente (suite aux nombreuses crises intra-familiales, les

fonction des origines et des pratiques régionales, le mariage musulman est en général un événement grandement célébré : couleurs, senteurs, saveurs et mélanges sont au rendez-vous. De la robe blanche aux tenues traditionnelles, la mariée est mise à l'honneur. Une pression naturelle l'accompagne car le mariage musulman marque véritablement le début de la vie à deux.

En effet, l'Islam impose un cadre légal aux relations de couple à travers le mariage, seule forme de conjugalité reconnue.

L'union de fait tel que le concubinage[134] n'a aucune existence et aucune validité. Une telle relation ne serait pas considérée comme *halal* (licite), elle serait *haram* (illicite). La seule chose qui légitime la cohabitation et les rapports intimes du couple c'est uniquement le mariage[135]. La communauté musulmane toute entière se structure et

époux décident de quitter le domicile familial, ou à la suite de l'attribution d'un logement après plusieurs années d'attente). Rares sont celles qui commencent la vie maritale dans un logement indépendant de celui de leur belle-famille.

[134] La notion même de concubinage figure dans le Coran, (33/50 ; 23/6 ; 70/30). Cependant, elle est à considérer avec beaucoup de prudence parce qu'elle est propre à la période du VIIe siècle. Elle ne peut se confondre avec la définition française du concubinage (article 515-8 du Code civil) ou plus largement avec la définition contemporaine qui peut en être donnée. Il était principalement question de captives de guerre, ou d'esclaves qui pouvaient occuper le rang de concubines légales (*tasarrî*). Seuls les hommes pouvaient disposer de concubines, l'inverse n'était pas permis.
« *L'institution familiale ne se conçoit pas en dehors d'un cadre éthique, moral et juridique, défini par les ahkâm (règles et normes) dont l'essentiel est contenu dans le Coran. L'idée maîtresse est qu'il ne peut y avoir de famille reconnue en tant que telle par le droit en dehors de relations conjugales licites initialement fondées sur une solennelle alliance et donc sur le mariage aux règles clairement définies. C'est donc cette logique qui fait que le droit musulman ne reconnaît aucun effet juridique aux situations en dehors de ce cadre* » ; Nahas M. MAHIEDDIN, « *Le concubinage entre le droit musulman et le droit positif* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, *op. cit.*, pp. 425 et suiv.

[135] Coran 24/33 : « *Ceux qui ne trouvent pas à se marier se préservent et restent chastes jusqu'au jour où ils seront gratifiés par Allah* » ; Malek CHEBEL, *Le Coran, Nouvelle traduction*, éd. Fayard, 2009, p. 355.
Coran 4/24 : *« Il vous est aussi interdit d'épouser des femmes déjà mariées, à moins qu'elles ne soient vos captives de guerre : telles sont les prescriptions du Seigneur. Excepté ces interdictions, il vous est loisible d'utiliser vos biens pour vous marier honnêtement et non pour vivre en concubinage. (...) »* ;
Coran 5/5 : *« (...) Pour ce qui est du mariage, il vous est permis de vous marier aussi bien avec d'honnêtes musulmanes qu'avec d'honnêtes femmes appartenant à ceux qui ont reçus les Écritures avant vous, à condition de leur verser leur dot, de vivre avec elles, en union régulière, loin de toute luxure et de tout concubinage. (...) »* ;
Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
Rappelons que la norme est la monogamie. La polygamie, institution préexistante à l'Islam, est strictement encadrée, si bien qu'elle est difficile à mettre en œuvre. Il faudrait en effet, traiter équitablement les épouses, tant matériellement qu'affectivement, (Coran 4/3 : « *Si vous craignez d'être inéquitable, alors que ce soit une seule épouse* » ; Coran 4/129 : « *Vous ne parviendrez jamais à traiter toutes vos épouses sur le même pied d'égalité, quel que soit le soin que vous y apportiez* » ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
On constate que des dérives sont nombreuses dans la pratique, la polygamie n'est ni exigée ni encouragée.

s'organise autour de cette institution parce que le couple représente la base essentielle et fondamentale de la famille.

Contrairement à l'image que reflète le monde musulman, la pudeur n'interdit pas l'attirance amoureuse.

Le *Texte sacré* évoque à ce sujet l'importance de la sexualité. Le plaisir sexuel de l'homme et de la femme n'est jamais condamné lorsqu'il résulte du mariage[136]. Le jeu de la séduction est fortement recommandé aux couples mariés afin de permettre l'entretien de la relation. Il est tout aussi important que les époux offrent l'un à l'autre une image physique attachante[137].

En Islam, la relation du couple se construit donc impérativement par le mariage, qui représente un acte fondamentalement sérieux auquel il importe de réfléchir avant de le sceller : « *Il y a en cela des preuves pour les gens qui réfléchissent* »[138].

---

[136] Il importe de préciser que le cadre légal du mariage s'impose aussi bien à l'homme qu'à la femme. En effet, toute relation sexuelle en dehors du mariage est bannie par l'Islam : la famille naturelle, la filiation hors mariage n'est pas admise. Dès lors, c'est à partir de cette prescription religieuse de chasteté que résulte la virginité, laquelle n'est pas une exigence pour la validité du mariage, pas plus qu'elle ne peut constituer un cas de nullité. Cela relève de la conscience de chacun, du degré de confiance, voire de pardon au sein du couple.
L'affaire du mariage annulé à Lille a suscité de vives critiques. En l'espèce, un époux demande l'annulation du mariage en raison d'un mensonge de l'épouse à la fois sur sa chasteté mais également sur sa vie antérieure, laquelle ne le conteste pas et acquiesce à la demande. Il y a bien eu « erreur sur les qualités essentielles de la personne » ; P. LABBEE, « *La mariée n'était pas vierge* », *D.* 2008. 1389, note sous TGI Lille 1er Avril 2008 ; *JCP* 2008 II. 10 122, note G. RAOUL-CORNEIL ; note François CHENEDE, « *Nullité du mariage en raison de la non virginité de la mariée* », *AJFamille* 2008. 300.
Juridiquement, la polémique est vide de sens, quand bien même la Cour d'appel de Douai a infirmé le jugement ; CA Douai 17 novembre 2008, note Anne LEBORGNE, « *Le mensonge de l'épouse sur sa virginité n'est pas une cause d'annulation du mariage* », *RJPF* 2009. 20. François CHENEDE, « *La virginité n'est pas une qualité essentielle* », *AJFamille* 2008. 479.
Théologiquement, le Coran met en exergue la chasteté des croyants : « *Seront bien heureux, en vérité les croyants qui se recueillent humblement dans leur prière, qui évitent les vains propos, qui acquittent la zakât, qui s'abstiennent des rapports charnels, sauf avec leurs épouses* » ; Coran 23/l-7.
Aboû Hourayara a rapporté que le messager a dit : « *Abstenez-vous, soyez chastes vis-à-vis des épouses des autres : ainsi, vos femmes seront chastes ! Et soyez bienfaisants envers vos parents : vos enfants auront des égards et de la considération pour vous !* » (Relaté par el-Hâkim) ; Hassan AMDOUNI, *La famille musulmane : relations familiales et éducation*, 2e éd. Al Qalam, 2000, p. 54.

[137] Jâbir ibn' Abdallah a rapporté que le Prophète a dit : « *Si quelqu'un d'entre vous est resté longtemps absent, qu'il ne vienne pas frapper chez lui la nuit* ». Le mari ne doit pas rentrer à l'improviste chez lui, en pleine nuit après une longue absence, car il pourrait être déçu, voire concevoir du dégout pour son épouse du fait qu'elle ne s'est pas apprêtée et ne s'est pas parée de ses plus beaux atours pour le « recevoir » ; *hadith* relaté par Al Bukhârî ; Hassan AMDOUNI, *Idem.*, p. 38.

[138] Coran 30/21 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

Le mariage constitue « le » cadre légal qui permet l'épanouissement de chacun et assure la stabilité de l'institution familiale. Dès lors, pour l'épouse, le mariage n'est pas synonyme de soumission.

2°. Une vie maritale sans soumission

Lorsqu'elle se marie, la femme musulmane n'est pas privée de sa liberté ; son individualité demeure et ne se confond pas avec celle de son époux et à ce titre, elle conserve son nom de famille. L'intérêt porté à la condition de la femme musulmane peut être louable s'agissant d'abus, mais la généralisation ne devrait pas être permise. Il importe alors de rappeler que, dès le VIIe siècle, l'Islam a réalisé une véritable révolution culturelle et sociale[139]. Pour la première fois dans l'histoire, le statut de la femme est sécurisé. En effet, l'Islam s'est particulièrement attaché à la condition de la femme ; plusieurs *Sourates* lui sont dédiées et de nombreux points sont précisés tout au long du *Livre Saint*[140]. La femme, considérée en tant que fille, épouse et mère, dispose quoiqu'on en dise, de droits conséquents au sein de la famille et plus largement au sein de la communauté musulmane.

Ainsi dès l'origine, la place de la femme dans la société a été clairement précisée. Dotée d'une personnalité juridique distincte et indépendante de celle de son mari, elle est maîtresse de son patrimoine. Le mariage est un contrat qui n'aliène pas sa liberté d'agir, elle peut contracter ou transmettre à titre onéreux ou gratuit et même intenter

[139] Dans l'Arabie pré-islamique, il existait une pratique qui consistait à enterrer vivantes les filles en bas âge, par crainte de pauvreté ou du fait que la naissance d'une fille était considérée comme une honte. Le Coran dénonce la préférence masculine. *« Et Lorsqu'on annonce à l'un d'eux la naissance d'une fille, son visage s'assombrit, et il arrive à peine à contenir sa colère. Et il se dérobe aux regards des gens, le cœur meurtri par cette nouvelle, se demandant s'il va conserver cet enfant malgré le déshonneur ou s'il va s'ensevelir dans la poussière. Quel odieux jugement ! »;* Coran 16/58-59. Vont dans le même sens les dispositions coraniques suivantes : 6/137 à 140 ; 37/149 à 153 ; 43/16-17 ; 81/8-9. L'Islam a aboli cette pratique, la condamnant fermement ; H. AMDOUNI, *La famille musulmane relations familiales et éducation*, *op. cit*.

[140] La Sourate 4, *Les Femmes*, lui est entièrement consacrée. Ainsi, le verset 1er souligne l'aspect valorisant de la femme ; le verset 3 : réglemente la polygamie dans le respect de la femme ; le verset 4 : prévoit le *marh* ; les versets 7 et 11 sont relatifs à l'héritage ; le verset 19 prescrit à l'époux de se comporter avec bonté envers son épouse même en cas d'aversion ; aux versets 20-21 : il est fait interdiction à l'époux de reprendre la dot après la rupture du couple ; le verset 23 : réglemente le mariage (interdit en raison de l'allaitement par exemple) ; le verset 127 fait référence à la consultation entre époux.
En outre, la Sourate 2/228 prévoit que les femmes disposent de droits équivalents à leurs obligations ; la Sourate 33/35 souligne de nouveau l'aspect égalitaire de l'homme et de la femme au regard de la religion et la Sourate 49/13 revient sur l'origine de l'humanité. Ces dispositions sont loin d'être exhaustives, mais constituent déjà un apport important en ce qui concerne la condition de la femme en Islam.

une action en justice. Le mari n'a pas le droit de s'immiscer dans l'administration de ses biens propres. La femme musulmane a une capacité juridique complète: lorsqu'elle est salariée, il ne lui incombe pas de subvenir aux charges du ménage, cette tâche pesant uniquement sur le mari. Elle est donc libre de disposer de son salaire.

L'amour conjugal repose sur une base essentielle : le respect. Le Coran précise et insiste sur le profond respect qui doit exister entre le mari et la femme. La vie ne peut se concevoir que si l'un est avec l'autre ; ensemble, ils représentent le fondement de la cellule familiale. Le Coran, par la métaphore du vêtement, vient souligner que l'intimité de la relation conjugale doit susciter un sentiment de sécurité, de chaleur et de protection : « *Elles sont un vêtement pour vous autant que vous l'êtes pour elles* »[141].

Il n'est à aucun moment question de soumission de l'épouse à son mari. Sous le concept de « *ta'â* », obéissance, certains exégètes musulmans justifient cette supposée obéissance absolue de la femme envers son mari. Or, au sein du couple, c'est la consultation « *tashâwur* »[142], sur les décisions quelles qu'elles soient, qui s'impose. Le Coran nous livre l'exemple du sevrage des enfants[143]. Homme et femme, sont sur un pied d'égalité[144], mais il est vrai qu'ils ne sont pas parfaitement identiques : « *les femmes ont autant de droits que de devoirs vis-à-vis de leurs époux. Une certaine prééminence demeure acquise aux hommes* »[145] ; cela ne signifie pas inégalité, mais différence.

Nous rejoindrons la pensée de Madame Asma Lamrabet, selon laquelle la préséance ou « *qiwâma* » des hommes sur les femmes s'explique par l'obligation qui incombe au mari de pourvoir aux besoins de la famille et en aucun cas ne représente un

[141] Coran 2/187; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S.YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[142] Coran 4/24 ; 2/232 et 2/233 ; *Idem*.
[143] Coran 2/233 ; *Idem*.
[144] L'égalité est parfaite en droits, en dignité et en religion. Le Coran précise que les croyants et les croyantes sont solidaires les uns des autres, ils incitent au bien et dissuadent du mal. Le Coran souligne aussi l'origine commune du couple par son identité spirituelle (Coran 3/195 ; 9/71 ; 19/95 ; 33/35). La notion de couple en Islam figure au premier verset de la Sourate 4 *An-Nisâ'* (*Des femmes*) : *« Ô hommes ! Craignez votre Seigneur qui vous a crées d'un seul être et qui, ayant tiré de celui-ci son épouse, fit naître de ce couple tant d'êtres humains, hommes et femmes !»*, Coran 4/1 ; *Idem*.
[145] Coran 2/228 ; *Idem.*

quelconque honneur pour la gente masculine. Elle affirme que le terme de « *qiwâma* » est faussement traduit par « supériorité » et que « *la lecture patriarcale l'a finalement érigé en despotisme et en a fait un privilège sacré de l'homme musulman* »[146]. Or, les relations intimes entre l'homme et la femme doivent s'inscrire dans un rapport de complémentarité et de confiance. De plus la relation du couple doit être empreinte de *mawadda,* c'est-à-dire d'une profonde affection, et de *rahma,* de bonté. Le *Livre Saint* énonce clairement que: « *C'est un signe de Lui que d'avoir crée pour vous des épouses, issues de vous-mêmes, auprès desquelles vous vous délassez. Il a suscité entre vous et elles affection et bonté* »[147].

Toutes les prescriptions coraniques relatives aux liens entre l'homme et la femme découlent donc du principe que l'époux est responsable moralement et matériellement de son épouse et plus largement de la famille. Il doit répondre de sa sécurité, de son bien être, la protéger et pourvoir à sa subsistance. Tel est le cadre posé par le Coran.

Cependant, les relations humaines conduisent souvent à des conflits, à des heurts auxquels les couples ne sont pas épargnés. Lorsque la mésentente s'installe et perdure, l'équilibre est rompu. Dès lors, une décision s'impose : la rupture, le *talâk*.

B. – Le *talâk* ou la répudiation dite sunnite

La répudiation est dite sunnite car elle est réglementée par le Coran et la *Sunna*, la seule qui devrait pouvoir être admise dans la pratique[148]. Les textes et les sources coraniques nous livrent que l'Islam est contre la désunion du couple. Ibn

[146] A. LAMRABET, *Le Coran et les femmes, une lecture de libération*, *op. cit.*, p.163.
[147] Coran 30/2l ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[148] Chez les chiites, le mariage temporaire permet de contracter une union « à terme » avec intention de répudier, le but principal étant d'éviter les rapports sexuels en dehors du mariage. Ce type d'union est permis en Iran. Cela a donné lieu à des débats assez importants au sein de la communauté musulmane. Pour les chiites, le mariage temporaire trouve sa légitimité à travers une disposition coranique (Coran 4/24). Pour les autres, de rite orthodoxe (hanbalite, chaféite, malékite et hanafite), cette même disposition serait abrogée par un verset ultérieur : Coran 23/6 ; cité par R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », LGDJ, 2002, p. 34. Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse* », *RCDIP* 2007. 510.

Mou'arrif a rapporté d'après Mouhârib que le Messager[149] a dit : « *De toute les choses qu'Il a permises, il n'y en a pas de plus détestée par Dieu que le divorce !* »[150].

Pour autant, contrairement au Christianisme[151], l'Islam ne fait pas du mariage un sacrement, en conséquence il n'impose pas le maintien de cette union. L'objectif essentiel du mariage étant de permettre à chaque époux de pratiquer l'Islam au mieux. Or, lorsque la rupture survient, chacun s'éloigne des enseignements du *Livre*. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de faire en sorte qu'elle se fasse dans un cadre respectueux[152] et mûrement réfléchi.

La rupture du lien matrimonial bouleverse l'équilibre souhaité.

Avant de débuter la présentation du *talâk* à proprement dit, il convient de préciser au préalable quelques données terminologiques. Étymologiquement, le terme arabe « *talaka* » signifie « libéra de son lien »[153]. Le lien auquel il est fait référence est le mariage, qui se définit comme étant un « *akd* » c'est-à-dire un contrat (littéralement un « *nœud* »). Le *talâk* correspond donc à un dénouement du mariage[154]. Ainsi, le terme de *talâk* désigne t-il toutes les formes de dissolutions unilatérales ou conjointes du mariage. On le traduit en français par le terme de répudiation.

D'un point de vue occidental, la répudiation musulmane semble souvent scandaleuse et outrageante pour l'épouse. La répudiation est généralement réduite à son aspect le plus négatif où la femme occupe la place de « victime »[155]. Elle ne disposerait

[149] L'expression renvoie au Prophète Mahomet.
[150] Ce *hadith* est dit « *murhsel* », ce qui signifie que dans la chaîne de transmission, on n'a pas mentionné le compagnon. En effet, pour qu'un *hadith* soit considéré comme authentique, il est nécessaire de citer chacun des membres de la chaîne, (propos relaté par Aboû Dâwoud) ; H. AMDOUNI, *La famille musulmane relations familiales et éducation*, 2e éd. Al Qalam, 2000, p. 58.
[151] J. GAUDEMET, *Mariage en occident*, éd. du Cerf-Histoire, 1987.
[152] Coran 2/229 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[153] B. AL-BOUSTANI, *Mûhit al Mûhit*, Librairie du Liban, 1983, V° *Talâk* ; cité par R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op. cit.*, p. 17.
[154] « *Si l'on sait par ailleurs que le nikâh (mariage) est un « akd » (contrat) mot qui signifie littéralement « nœud » la métaphore devient dès lors évidente : le talâk est la libération des liens du mariage, il marque « le dénouement de ce dernier* » ; *Idem*., p. 23.
[155] Il est d'usage lors d'une séparation, que la femme retourne dans sa famille d'origine ; cela n'est pas propre aux femmes musulmanes. Tout dépend des circonstances de la rupture, mais généralement, être musulmane et être seule dans un pays musulman n'est pas compatible. Le cas est surtout vraisemblable s'agissant des femmes loin de

d'aucun recours face à la décision de son mari de mettre un terme à leur relation de manière unilatérale, ce qui apparaît choquant. (Pourtant, on ne manquera pas de s'interroger sur les modes de ruptures unilatéraux tels que le divorce pour altération ou encore la rupture unilatérale du PACS ou du concubinage. Est-il permis à celui ou celle qui subi la rupture de manifester une quelconque opposition ? Assurément non[156].

Par ailleurs, la triple formule *« Je te répudie, je te répudie, je te répudie »*[157], ne met pas fin *de facto* à la relation maritale entre deux époux musulmans car l'Islam impose un ensemble de conditions auxquelles le mari doit se soumettre. Le Coran a apporté des éléments de réponse à la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage ; il en a défini les contours et précisé les conséquences. Le divorce est non seulement évoqué à la Sourate 65 intitulée *La Répudiation*, mais également dans plusieurs passages du *Livre Saint*[158].

Rappelons que la répudiation est la rupture unilatérale du lien conjugal décidée discrétionnairement par le mari. Toutefois, en réalité cette initiative au divorce constitue « un pseudo-droit » de l'époux (1°), lequel est soumis non seulement à un arbitrage et à une médiation (2°), mais aussi à une procédure de rupture contraignante en trois temps (3°). Il convient de souligner que l'épouse est titulaire, elle aussi, d'un droit discrétionnaire au divorce (4°).

1°. L'initiative du divorce, un pseudo-droit du mari

Le divorce est permis lorsque la vie à deux n'est plus tolérable. L'union dure tant que les époux se respectent. Le Coran prescrit de se comporter courtoisement avec son épouse : « *Vivez en bons rapports avec elle !* »[159]. D'un côté, il y a la volonté

leur famille, comme par exemple les femmes répudiées résidant en France.
[156] Voir nos développements pages 223 et suivantes.
[157] Formule explicite. Implicitement « *je te renvoie chez tes parents* » ; Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, éd. Mouton et Co., 1965, Tome 11, n° 978 et s.
[158] Coran 2/226 à 232 - 236-237 et 241 ; Coran 4/20 -35 -128 et 130 ; Coran 33/4 - 28-29 et 49 ; Coran 58/1à 4 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[159] Coran 4/19 ; *idem.*

de préserver l'institution du mariage, et de l'autre, un réel désir d'assurer la sécurité tant morale, sentimentale et sociale de la femme lors de la dissolution du mariage.

Seul le mari, dont l'intention de répudier est clairement établie, dispose de cette faculté de répudiation. Il doit être musulman, pubère et sain d'esprit et peut céder ce droit à l'épouse ou même avoir recours à un mandataire[160]. C'est généralement cette initiative unilatérale qui est critiquée et jugée discriminatoire. Or, il est nécessaire ici d'apporter quelques éléments permettant de mieux comprendre ce « pseudo- droit » dont est détenteur le mari. Ce dernier, comme il a été précédemment évoqué, est seul responsable financièrement de son ménage et s'il prend la décision de mettre un terme à la relation conjugale, il doit alors prendre en considération cet aspect financier non négligeable.

Tout d'abord, lors du mariage, il a pu être prévu un *mahr*, une dot[161]. Celle-ci est un don, un cadeau à destination exclusive de l'épouse apporté par le mari en témoignage de son engagement. Le montant du *marh* a été fixé avant la célébration du mariage. La somme déterminée doit être raisonnable, il est répréhensible de s'en servir pour faire étalage de ses richesses. En fonction de la situation financière du mari, celui-ci a pu retarder le versement de cette donation qui reste due en cas de divorce. Si le mariage a été consommé, l'épouse la conserve entièrement. Par contre, s'il n'a pas été consommé, la femme a droit à la moitié. Le Coran précise que : « *Si vous répudiez votre femme avant d'avoir consommé le mariage, mais après avoir fixé la dot, la moitié de celle-ci devra lui être versée, à moins qu'elle n 'en fasse remise elle-même*

[160] Madame Roula El-Husseini Begdache nous précise qu'il s'agit dans ce cas des règles du mandat (*tâwkîl*) ; R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op. cit*, p. 42.

[161] La dot est le douaire que le mari doit payer à sa femme lors du contrat de mariage. Il peut la payer en plusieurs fois selon ce qui a été convenu entre les familles, mais elle reste la propriété de la femme. La dot est une condition de validité essentielle du mariage : « *Remettez à vos femmes leur dot en toute propriété. Mais si elle vous en abandonne une partie, de bon gré, vous pouvez en disposer en toute tranquillité* », (Coran 4/4) ; « *C'est une obligation pour vous de remettre la dot convenue à celle avec laquelle vous aurez consommé le mariage. Mais il n'y a aucun inconvénient à ce que vous modifiez le montant de la dot d'un commun accord par la suite, car Dieu est, en vérité, Omniscient et Sage* », (Coran 4/24 *in fine*) ; « *Et si vous répudiez une femme sans avoir consommé le mariage, mais après avoir fixé sa dot, la moitié de celle-ci devra lui être versée, à moins qu'elle n'en fasse remise elle-même ou son représentant. Mais il est méritoire de se montrer conciliant de part et d'autre. N'oubliez pas d'user de bonté et de générosité les uns envers les autres, car rien de ce que vous faites n'échappe au Seigneur* », Coran 2/237 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

ou son représentant »[162]. Au moment de la rupture, lorsque l'époux ne l'a pas encore versée, la moitié de la dot devient immédiatement exigible.

D'autre part, le mari doit offrir à son épouse un cadeau pour se séparer d'elle de la meilleure façon qu'il soit. Les théologiens précisent que c'est une obligation lorsque le mariage n'a pas été consommé et une simple recommandation lorsque le mariage a été consommé.

Ensuite, la femme répudiée reçoit de son mari, en fonction de la richesse de celui-ci[163], un don de consolation dit *mut'a,* qui correspond à une indemnité forfaitaire du fait du préjudice matériel et moral que la répudiation va entraîner pour elle. Ce don suppose une volonté du mari, ce n'est pas une obligation.

Enfin, pendant la période de retraite légale, l'*idda*[164], l'épouse reste au domicile conjugal[165] et demeure entièrement prise en charge par son mari. Il ne peut en aucun cas « se libérer d'elle » en la renvoyant chez ses parents, pas plus qu'il ne peut quitter le domicile conjugal. Par ailleurs, il doit continuer à assumer ses besoins les plus élémentaires (alimentation, habillement, hébergement…).

L'homme serait ainsi amené à réfléchir avant d'envisager la rupture dont il portera la responsabilité pleine et entière.

On a considéré que la femme, plus sentimentale serait davantage bercée par ses émotions et serait plus prompte à demander une séparation, alors que le mari du fait de ses charges serait contraint de murir sa décision[166].

---

[162]Coran 2/237 ; *Idem.*
[163] Coran 2/236 ; *Idem.*
[164] L'*idda* est une période de retraite légale de trois mois (trois cycles menstruels successifs) de la femme après dissolution du mariage, quand bien même elle serait impubère ou ménopausée (Coran 2/228). Cela vise à éviter d'attribuer au second mari la paternité d'un enfant du premier. Seule la femme ayant consommée son mariage doit se soumettre à cette retraite de continence. Pour la femme enceinte l'*idda* se termine à l'accouchement. Pour la veuve le délai est de quatre mois et dix jours ; *Idem.*
[165] Coran 65/6 : « *Et faites que ces femmes habitent où vous habitez, et suivant vos moyens. Et ne cherchez pas à leur nuire en les contraignant à vivre à l'étroit* » ; *Idem.*
[166] A. MOULAY RCHID, *Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane*, dans le cadre d'un Colloque sur le thème « Familles musulmanes et modernité : le défi et les traditions », Publications au Conseil international des sciences sociales de la Faculté de Droit de Tunis, 1986, p. 10.

Cependant, un tel raisonnement ne peut être satisfaisant. Cela reviendrait à dire que la raison féminine est dominée par les sentiments. De surcroît, ces supposées prédispositions masculines ne se retrouvent pas chez tous les hommes. Il faut également souligner que le *Texte sacré* ne mentionne nulle part une prétendue faiblesse de la femme ; c'est l'être humain en général qui est déclaré comme étant faible : « *…et l'être humain a été créé faible* »[167].

C'est donc d'un pseudo-droit discrétionnaire dont dispose le mari. Une fois, la décision prise, un arbitrage va pouvoir être envisagé.

2°. Le préalable : la recherche d'un arbitrage et d'une médiation

Chez les musulmans, la rupture du lien matrimonial ne doit jamais s'effectuer de manière brutale. Emprunte de réflexion et d'exhortation au pardon, la séparation doit s'inscrire dans un certain processus de médiation et de pacification[168].

La religion musulmane tente de maintenir l'union conjugale au sein du couple. En cas de dispute, la séparation ne doit pas être hâtive. Il est préconisé d'exprimer pacifiquement son mécontentement par le biais du dialogue ou en s'abstenant de se parler, pendant un certain temps, afin de conduire à la réflexion. Ce désaccord doit nécessairement rester dans la sphère privée, et il ne doit pas mettre en péril l'existence même du couple. Il est important d'insister sur le fait que, dans un couple musulman, les rapports doivent s'inscrire dans le cadre du respect. Dans la Sourate 65 relative à la *Répudiation,* la plupart des versets évoquent la crainte révérencielle de Dieu que tout croyant doit avoir[169].

---

[167] Coran 4/28, Suivant la traduction du Coran réalisée par Shaykh ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, Shaykh YUSUF IBRAM, *op. cit.*

[168] Coran 4/35 ; *Idem*.

[169] « *Puis au terme de ce délai, reprenez-les de façon convenable ou séparez-vous d'elles décemment. À cet effet, assurez-vous le témoignage de deux de vos concitoyens connus par leur honorabilité et que ce témoignage soit pris au nom de Dieu. Voilà une exhortation à l'intention de celui qui a la foi en Dieu et au jour dernier, car le Seigneur ménage toujours une issue favorable à celui qui Le craint ;*
Et lui accorde Ses dons par des voies insoupçonnées. Dieu suffira à quiconque s'en remet à lui, et Ses arrêts s'accompliront toujours, car à toute chose Il assigne une mesure » ; Coran 65/2-3,
« *Tel est l'ordre que Dieu vous envoie. Dieu efface les péchés de celui qui Le craint et lui attribue une large récompense* » ; *Idem*.

Lorsque la discussion n'est plus possible, tout doit être fait pour réunir le couple ; des arbitres vont alors intervenir. Généralement ce sont des anciens, qui par leur sagesse et leur maturité, vont tenter de « ramener » chacun à sa juste raison. Concrètement, il s'agira de parents proches ou d'alliés : les parents, les grands-parents, les oncles, des voisins ou toute autre personne. Le Coran précise que : « *Si vous craignez le désaccord entre les deux (époux), envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux* »[170].

Cette mission, lorsqu'elle est effective, peut être couronnée de succès et amener le couple à se remettre ensemble. Toutefois, elle peut également formaliser le processus de rupture.

3°. La rupture consommée : un processus en trois temps

Suivant un *hadîth*, Aboû Hourayara a rapporté que le Messager a déclaré : « *Trois choses doivent être prises au sérieux, qu'on les dise sérieusement ou en plaisantant : le mariage, le divorce et le fait de demander le retour de la femme répudiée au domicile de son mari* » (relaté par Abû Dâwud)[171].

Il existe, en effet, trois types de répudiation qui se suivent dans le temps : la répudiation révocable dite *raj'i* (a), la répudiation irrévocable imparfaite dite *bâin* (b) et la répudiation irrévocable parfaite, majeure dite *bâin baynûna kubra* (c)[172].

a) La répudiation révocable « *raj'i* »

Le terme *raj'i* signifie littéralement « retour ». Cela correspond au fait que le mari revienne sur sa décision de répudier son épouse. La répudiation révocable obéit à quatre conditions cumulatives qu'il convient de préciser.

---

[170] Coran 4/35 ; *Idem*.
[171] H. AMDOUNI, *La famille musulmane relations familiales et éducation*, 2e éd. Al Qalam, 2000, p. 57.
[172] Hani RAMADAN, *La question du divorce, Le point de vue de l'Islam*, Conférence en français, 2007, Tawhid.

Tout d'abord, elle doit être unique. Cela signifie que le mari doit avoir formulé par trois fois son intention de répudier son épouse. Mais cela ne veut pas dire qu'il puisse, dans une même formule, prononcer trois répudiations successives. Ensuite, la formule de répudiation ne peut être prononcée que pendant les périodes intermenstruelles de la femme[173]. En outre, elle doit être prononcée avant toute relation conjugale depuis cet état de pureté ; autrement dit, il ne doit pas y avoir eu de récentes relations sexuelles entre les époux. Et enfin, la répudiation ne peut pas avoir lieu pendant une retraite de continence : le mari doit attendre l'expiration du délai de l'*idda* pour pouvoir répudier son épouse.

La répudiation révocable produit l'effet d'une simple séparation de corps car la femme se sépare de son mari physiquement tout en restant au domicile conjugal[174].

Aussitôt la première répudiation prononcée, la femme commence une *idda* de quatre mois[175]. La répudiation n'est pas suivie d'effets immédiats, un délai de réflexion de quatre mois étant imposé au mari. Le Coran indique aux maris répudiants : *« Quand vous répudiez votre femme, répudiez-la conformément à la période d'attente prescrite; et comptez la période; et craignez Allah votre Seigneur. (…) Tu ne sais pas si d'ici là Allah ne suscitera pas quelque chose de nouveau! »*[176].

Pendant cette période, les droits et devoirs réciproques des époux subsistent car le mariage n'est pas dissout. Cela signifie que l'épouse a droit à l'entretien dit « *nafaka* »[177], de même que chacun peut venir à la succession de l'autre. Dès lors, l'époux a quatre mois pour pouvoir se rétracter et reprendre la vie commune[178]. Mais l'épouse n'est pas contrainte de se plier à la volonté de son mari : elle peut toujours refuser la reprise de la vie conjugale.

---

[173] Selon Louis Milliot, cette disposition s'explique par le manque d'attrait du mari pour la femme en menstrues ; L. MILLIOT, « *Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb : Maroc, Algérie, Tunisie* », Librairie Jules Rousset, 1910, p. 143.

[174] Coran 65/l : «*…Craignez Dieu, votre Maître ! Avant ce délai, ne les renvoyez pas de leur demeure, et qu'elles n'en sortent pas à moins qu'elles n'aient commis une turpitude prouvée »* ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

[175] Coran 2 /226 : « *Á ceux qui jurent de ne plus approcher leur femme, un délai d'attente de quatre mois est accordé* » ; *Idem.*

[176] Coran 65/1 ; *Idem.*

[177] F.-P. BLANC, *Le droit musulman,* éd. Dalloz, l995, p. 56.

[178] Le consentement de l'épouse n'est pas nécessaire puisque ce n'est pas une nouvelle union. Cependant, la plus part des écoles imposent une déclaration expresse sous la forme d'une formule de retour ; *idem*., p. 64.

Si à l'issue de la première *idda*, le mari persiste dans son intention de répudier, il se réserve alors un nouveau délai de réflexion : la répudiation tend à devenir irrévocable.

b) La répudiation irrévocable imparfaite « *bâin* »

Bâin peut se traduire par « ce qui est visible », cela signifie que l'avenir du couple est inscrit dans un processus de séparation. Si le mari ne se rétracte pas et qu'il ne manifeste pas l'intention de reprendre la vie maritale, la rupture est entamée. L'époux prononce une deuxième répudiation[179] et la femme commence une nouvelle *idda* et un nouveau délai peut courir. La répudiation irrévocable est, à ce stade, dite mineure, *sughra*[180].

À l'expiration de la seconde *idda*, si le mari n'émet aucune volonté de reprendre la vie maritale, il prononce une troisième répudiation.

c) La répudiation irrévocable parfaite majeure « *bâin baynûna kubra* »

Lorsqu'elle a été annoncée en trois occasions distinctes, suite aux échecs des tentatives de conciliation, la répudiation est dite irrévocable parfaite. La rupture empêche les anciens époux de se remettre ensemble. Cette troisième répudiation est considérée comme définitive, elle est conçue comme un moyen de protection de l'épouse contre la volonté arbitraire du mari.

Le Coran prescrit à ce sujet : *« Puis quand elles atteignent le terme prescrit, retenez-les de façon convenable, ou séparez-vous d'elle de façon convenable »*[181].

Lorsque l'épouse a fait l'objet de trois répudiations successives, il lui est interdit d'épouser l'homme qui l'a répudiée. À moins qu'elle n'épouse d'abord un autre

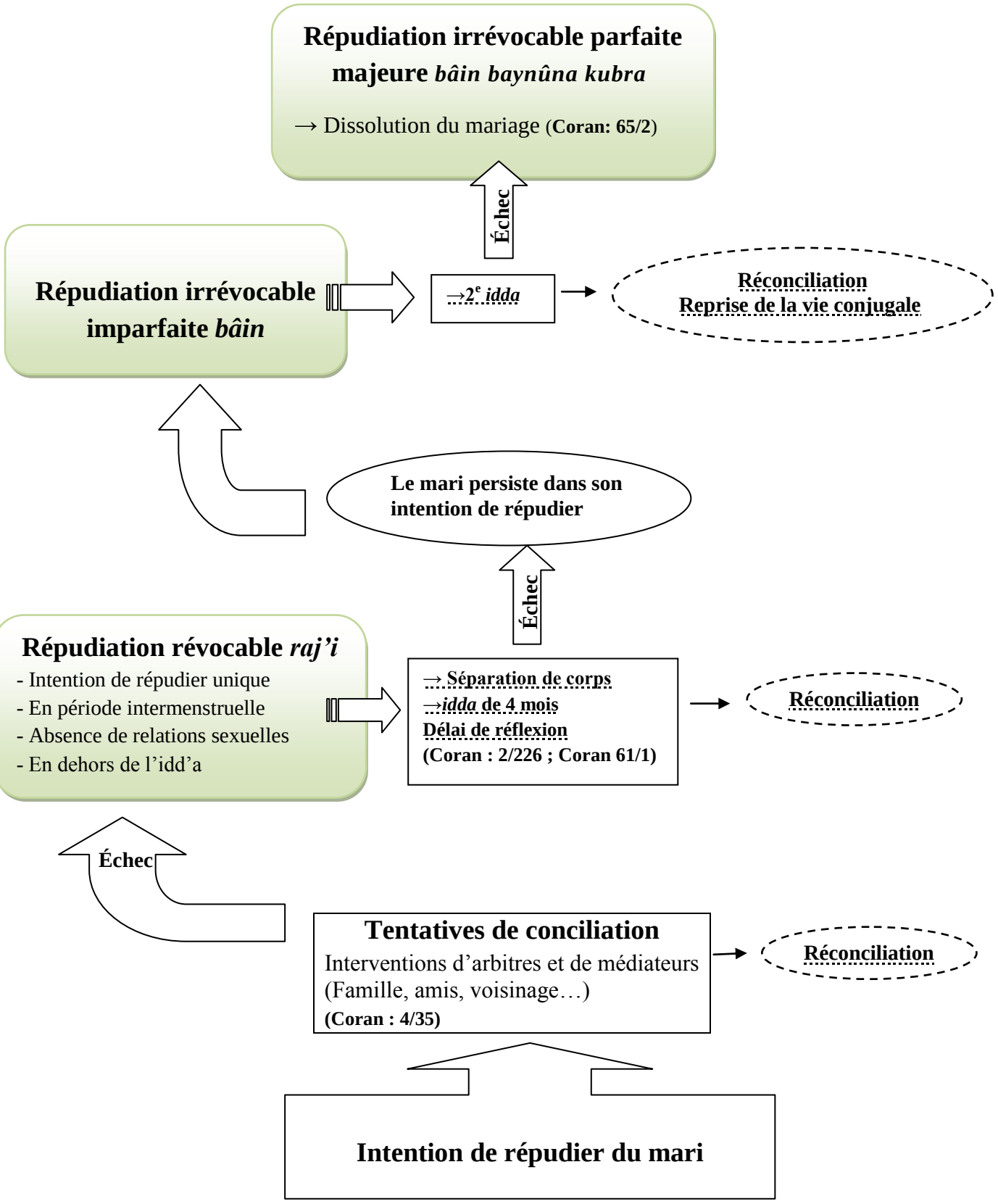
[179] *Idem.*, p. 61.
[180] R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op. cit.*, p. 38.
[181] Coran 65/2 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

homme, puis que cette union soit, ensuite, juridiquement dissoute[182]. La *Sunna* est venue compléter ce verset en exigeant la consommation du mariage suivie de sa dissolution pour que la femme puisse se remarier avec l'homme qui l'a répudiée[183]. Cette disposition coranique vise à freiner les répudiations impulsives. En réalité c'est une sanction, à l'égard de l'époux, destinée à neutraliser l'utilisation souvent abusive de ce droit de rupture unilatéral.

Le mariage est dissout de plein droit. La répudiation irrévocable met fin aux droits et devoirs réciproques des époux. Le schéma suivant reproduit les différentes étapes de la répudiation sunnite.

[182] Coran 2/230 : « *Si le mari répudie une troisième fois sa femme, il ne lui est plus permis de la reprendre que lorsqu'elle aura épousé un autre, et que ce dernier l'aura, à son tour répudiée. C'est à cette condition que les anciens époux pourront, sans tomber dans le péché, se remarier, s'ils pensent devoir respecter les prescriptions divines. Telles sont les lois que Dieu décrète à l'usage des gens doués d'entendement* » ; *Idem*.
Madame Roula El-Husseini Begdache nous indique que cela résulte d'un *hadith* authentique : « *Selon Aïcha rapporte BOKHÄRI, un homme avait répudié sa femme définitivement (« par trois ») ; celle-ci se remaria et fut de nouveau répudiée. Le Prophète (à lui bénédiction et salut) interrogé sur le point de savoir si elle pouvait de nouveau épouser le premier mari répondit « non, pas avant que le second ne goûte son petit miel (c'est-à-dire consomme le mariage) comme l'avait goûté le premier* » ; EL- BOKHARI, *L'authentique tradition musulmane*, traduction par G. H. BOUSQUET, Fasquelle, 1964, p.2 23 ; cité par R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op. cit*, p. 39.
[183] Cheikh Boureïma ABOU DAOUDA, *Le mariage en Islam*, éd. Dar Albouraq, Beyrouth, 2002.

LA REPUDIATION SUNNITE



Ainsi, la dissolution du mariage peut intervenir, non seulement dans les trois mois à compter du jour où le mari a manifesté pour la première fois son intention de répudier son épouse, mais aussi, après trois répudiations. Le délai d'attente pour l'épouse constitue un délai de réflexion pour l'époux, cela est considéré comme *hasân*, c'est-à-dire « bon, sain ».

Cependant, cela ne signifie pas que seul l'époux puisse décider de la rupture du lien matrimonial, l'épouse peut également demander le divorce avec le *khul'*.

4°. Le divorce à l'initiative de l'épouse : un droit discrétionnaire

Selon la tradition, Aïcha, l'épouse du Prophète, avait à son service une servante appelée Barîra. Affranchie par sa maitresse, cette dernière émit le souhait de reprendre sa liberté dans le mariage. En effet, dans sa condition servile, elle avait été mariée à un jeune homme appelé Mughîth qu'elle n'aimait pas. Le Prophète lui permit de choisir entre poursuivre la vie conjugale ou le divorce : elle choisit la seconde option. Mais cette désunion rendit son époux terriblement malheureux, subissant la rupture du mariage décidée unilatéralement et discrétionnairement par son épouse. Amoureux transi, il lui était difficile d'accepter cette décision.

Il est rapporté qu'il la suivait partout et que sa tristesse était telle que le Prophète ému, demanda à Al-'Abbâs : « " *N'es-tu pas étonné de cet amour de Mughîth pour Barîra et de la haine de celle-ci pour lui ?* ". Al-'Abbâs lui proposa alors de les réconcilier.

C'est ce que fit le Prophète qui demanda à Barîra :
" *Pourquoi ne pas reprendre la vie commune avec Mughîth ?*
- *Est-ce un ordre de ta part, Prophète ?* Lui demanda t-elle.
- *Je suis là juste pour intercéder en sa faveur,* lui répondit le Prophète.
- *Si c'est ainsi, c'est non, je ne veux plus de lui,* conclut Barîra" »[184].

[184] Suivant le *hadith* répertorié dans la Sahîh Bukhârî, dans le chapitre des divorces, p. 359-9 ; cité par A. LAMRABET, *Le Coran et les femmes, une lecture de libération, op. cit.,* p. 177.
'Abd Al-Halîm ABOU CHOUQQA, *Encyclopédie de la femme en Islam*, t.III, éd. Al Qalam, 2000, p. 107.

Ce *hadith* illustre parfaitement le droit discrétionnaire à la rupture accordé à l'épouse. Elle n'a pas à justifier les motivations de sa volonté de rompre le mariage.

Par ailleurs, le Coran consacre également un droit à la rupture pour l'épouse, communément appelé le *khul'*. Madame Roula El-Husseini Begdache nous précise que le terme de *khûl'* est « dérivé du verbe *khala'a* littéralement « ôter » et généralement employé pour signifier « ôter un vêtement »[185]. Le terme de *khul'* est assez problématique dans la mesure où pour certains, il signifie « rupture de contrat », alors que pour d'autres il correspond à une forme de *talâk*.

Or, à la différence du *talâk*, le *khul'* est un contrat car la rupture de celui-ci engendre la restitution dans le patrimoine du mari de la dot qu'il a versé lors de la conclusion du mariage. Le *khul'* représente un droit symétrique au *talâk*.

Selon Ibn Rushd *« le khul est institué au profit de la femme, comme pendant au droit qu'a le mari de prononcer la répudiation, car, tout comme le mari a le droit d'user de cette faculté lorsqu'il éprouve de l'antipathie pour sa femme (idâ faraka al-mar'a), la femme a le droit d'offrir une compensation (khul) pour le cas où son mari lui devient antipathique (idâ farakat al-radjul*) »[186].

La tradition fait état, dans un *hadith* authentique rapporté par El Bukhârî, d'une illustration de ce procédé du *khul'*. Il s'agit de la femme de Thâbit Ibn Qays qui vient consulter le prophète au sujet de son époux. Elle lui indique que son mari se comporte de façon tout à fait irréprochable à son égard. Toutefois, elle craint de ne pas respecter l'Islam si elle demeure dans les liens du mariage. Elle ne veut tout simplement plus continuer à vivre avec lui. Le prophète lui demande si elle est prête à restituer le jardin qu'elle avait reçu à titre de *mahr*. Elle acquiesce. Et le prophète dit alors à Thâbit Ibn Qays: « *Accepte le jardin et divorce d'avec elle une fois* »[187].

---

[185] R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op. cit.*, pp. 42-43.

[186] Ibn RUSHD, *Bidâyat al-mujtahid wa nihâyat al-muqtasid*, 9e éd., t.II, Beyrouth, Dâr al marifa, 1988, p. 68 ; cité par Nahas M. MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006.85.

[187] Cité par Yves RABINEAU, (magistrat), « *Pour en finir avec la répudiation en droit marocain : le divorce par déclaration et le divorce par jugement* ». http://.jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/r%E9pudiation.pdf (Site

Dès lors qu'une femme éprouve envers son mari une certaine aversion et qu'elle ne supporte plus de vivre à ses côtés, elle est en droit de demander le *khul'*. Il n'est pas nécessaire qu'elle invoque un motif légitime[188]. Il est possible qu'elle nourrisse une certaine répulsion à son égard ou qu'elle ne l'aime plus (ou ne l'aime pas).

Le Coran précise que : « *Si vous craignez qu'ils ne soient pas capables d'observer les limites de Dieu, nulle faute ne sera imputée à l'un ou l'autre, si l'épouse offre une compensation* »[189]. L'épouse peut donc rompre le mariage en s'engageant, par contrat, à verser à son époux une certaine somme d'argent ou un objet quelconque (bijoux de la dot, par exemple). En conséquence, elle ne peut pas formuler une demande d'indemnisation car on considère que cette situation est voulue par elle.

Selon certains, on pourrait voir, dans cette forme d'arrangement, une négociation de la liberté de l'épouse[190]. D'autres évoquent même le terme de « rachat »[191], qui est à notre sens un terme réducteur. En réalité, le *khul'* est un mode de désunion censé apporter une solution objective à une relation conjugale insatisfaisante du point de vue de l'épouse. Dans une certaine mesure, cette dernière dispose d'un droit discrétionnaire à la rupture, elle a « *la même prérogative que l'homme en matière de dissolution de l'union conjugale. Elle peut le faire unilatéralement sans avoir à se justifier* »[192].

Malgré toutes ces prescriptions religieuses, cela n'a pas empêché les musulmans de revenir à une répudiation beaucoup plus catégorique, au mépris de la volonté divine. C'est la répudiation dite *Bid'ha*, qui apparait plus impulsive et moins réfléchie.

---

consulté le 11 mai 2009).

[188] Le *Khul'* est reconnu par la majorité des écoles juridiques. Toutefois, l'école Hanafite estime qu'il appartient au juge d'apprécier les raisons invoquées par l'épouse ; F.-P. BLANC, *Le droit musulman, op. cit.,* p. 73.

[189] Coran 2/229 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

[190] D'après Madame Niboyet, le *khul',* pour la femme « *lui en coûte le plus souvent des sacrifices exorbitants, comme l'abandon de tous ses droits sur ses enfants ou des concessions pécuniaires plus étendues que celles qui sont imposées au mari dans la situation réciproque »,* c'est-a-dire lorsque le mari répudie son épouse ; M.-L NIBOYET, « *L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes », Gaz. Pal.* , Doctrine septembre 2004, p. 2814.

[191] Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh affirme que le terme de « *rachat* » conviendrait mieux dans la mesure où le Coran emploi le terme de « *iftadat* » (Coran 2/229), qui « *évoque la rançon payée pour la libération d'un prisonnier* ». Il précise que le terme est ainsi utilisé dans les Sourates et versets suivants : 2/85 ; 2/184 ; 2/196 ; 3/91 ; 5/39 ; 10/54 ; 13/18 ; 37/107 ; 39/47 ; 47/4 ; 57/15 ; 70/11 ; Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse* », *RCDIP* 2007. 515.

[192] Nahas M. MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 83.

Section II. - La répudiation *bid'ah* : une résurgence des temps pré-islamique

La répudiation *bid'ah ou* innovée est dite irrégulière car elle contredit les principes posés par le Coran en matière de rupture unilatérale du mariage. Elle est apparue dans les premières années de l'Hégire, en réaction à la répudiation sunnite instaurée par l'Islam. Dans les faits, c'est plus une résurgence qu'une innovation, les sociétés musulmanes étant revenues aux usages de l'époque anté-islamique[193].

Selon le Professeur Nahas M.Mahieddin, les jurisconsultes musulmans ont dès l'origine dû composer avec « *le substrat juridique* »[194] hérité de la période antéislamique. Il explique que le *fiqh,* tout en innovant[195], a tout de même conservé certaines règles du droit coutumier[196]. « *C'est ce qui explique que certaines dispositions vont être interprétées selon des schémas de pensée et une mentalité propre à la société de type patriarcal* »[197]. Il ajoute que les mœurs ont finies par l'emporter sur le droit, « *à leur corps défendant, les fuqhâra' musulman finissent par admettre la validité des répudiations prononcées sans respecter à la lettre la procédure recommandée. Elles sont certes déclarées illicites sur le plan religieux mais sont néanmoins valides en droit* »[198].

On a tendance à croire que les sociétés musulmanes sont l'exacte reproduction du *Livre* et de la *Sunna*. Or, l'attitude de certains musulmans n'est pas conforme à la volonté divine[199]. Il paraît alors fondamental de préciser qu'il existe un fossé immense entre ce que préconise le Coran, et son application concrète dans la pratique.

---

[193] Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Mouton & Co., 1965, Tome I, n° 936.
[194] Nahas M. MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 76.
[195] L'Islam permet la rupture du lien matrimonial par le biais du divorce par consentement mutuel (Coran 4/128) ; Louis MILLIOT et F.-P BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Sirey, 1987, p.351.
[196] Tel par exemple le « serment du dos » (*al-dhihar*) et le « serment de continence » (*al-'îla*) ; R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op. cit.*, pp. 40-42.
[197] Nahas M. MAHIEDDIN, *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 76.
[198] *Idem*., p.78.
[199] En principe, la répudiation est admise, mais de façon exceptionnelle. Or, dans la pratique selon Diane Sambron la rupture est rarement exceptionnelle ; Diane SAMBRON, « *L'évolution du statut juridique de la femme musulmane*

Dès lors, il est nécessaire de présenter le *talâk bid'î*, (A) et les autres formes de *talâk* (B) qui sont bien évidemment contraires aux *Enseignements* du *Livre Saint*.

A. – Le *talâk bid'î* : une innovation contraire à la *Sunna*

Le *talâk bid'î* est une répudiation interdite (1°), qui a tout de même une certaine valeur juridique (2°).

1°. Le *talâk bid'î* : une répudiation interdite

Un *hadith* authentique d'Ibn'Oumar[200], relate qu'un homme avait prononcé le divorce d'avec son épouse alors même que cette dernière n'était pas en période intermenstruelle. Cet acte ayant été rapporté au Prophète, celui-ci déclara: « *Dites-lui de la garder jusqu'à ce qu'elle soit purifiée, puis réglée puis de nouveau purifiée ; ensuite qu'il la garde s'il le veut ou qu'il divorce s'il le veut, mais avant qu'il ne la touche : tel est le délai de viduité que Dieu a prescrit en matière de divorce des femmes !* »[201].

En effet, tout comme nous l'avons examiné précédemment, dans le cadre de la répudiation sunnite, le mari doit attendre de se retrouver entre deux périodes de menstrues pour pouvoir répudier son épouse. Cette dernière doit être en état de purification et le mari ne doit avoir avec elle aucun rapport charnel. L'époux doit observer le délai de viduité de trois ou quatre mois. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il pourra divorcer.

On peut se demander pourquoi la répudiation de l'épouse ne peut pas intervenir lorsque celle-ci est en période de menstrues.

à l'époque coloniale », in *La justice en Algérie 1830-1962*, La Documentation Française, 2005, p. 130.

[200] Fils de 'Oumar Ibn Al-Khattâb, 2e Calife.

[201] Hassan AMDOUNI, *Les menstrues, les métrorragies, Les lochies, à la lumière des quatre écoles*, éd. Le Savoir, Bruxelles, 2004, p. 57.

Le Coran règlemente la vie sexuelle sans détour. La femme en état de menstrues est considérée comme indisponible, inaccessible à son mari, et « *l'acte sexuel exige la grande ablution* »[202]. Les rapports charnels entre mari et femme ne peuvent avoir lieu qu'en état de pureté de la femme. Il est question « *d'hygiène physique et mentale* »[203] afin d'éviter que cette indisposition périodique de la femme ne fasse éprouver au mari une quelconque répulsion[204].

Le Professeur Hassan Amdouni va dans ce sens et nous apporte quelques éclairages sur cette exigence de « purification » de l'épouse lors du prononcé du *talâk*. Il précise que: « *nous trouvons dans la médecine des indices qui peuvent nous aider à comprendre le pourquoi de ces dispositions. 40% des femmes réglées, nous dit la science médicale, souffrent du syndrome prémenstruel, qui comprend, entre autres, de la labilité émotionnelle (changement d'humeur), des colères, des migraines… Les modifications hormonales expliquent la vulnérabilité psychologique des femmes avant et pendant les règles* ». Il ajoute que « *même si, durant les règles, la femme exaspère son mari, tandis que les rapports sexuels leur sont interdits*[205]*, il ne faut pas que l'homme décide de s'en séparer et de détruire le couple pour ce seul grief* »[206]. Il s'agit surtout de préserver le couple.

Or, la répudiation *bid'ah,* dite triple ou par trois, englobe en une seule expression trois répudiations : « *Je te répudie, je te répudie, je te répudie* » ou « *tu es répudiée mille fois ou plusieurs fois* ». Le mari la prononce quand il le souhaite, quelques soient les circonstances, en période d'impureté ou de pureté de la femme, même après avoir eu des rapports charnels avec elle. L'épouse est ici totalement soumise dans la mesure où elle ne dispose d'aucun moyen de protection. Elle est victime de son mari qui peut décider discrétionnairement de mettre un terme à la relation conjugale dès

[202] Jean-Paul CHARNAY, *Esprit du droit musulman*, Coll. Esprit du droit, Dalloz, 2008, p. 161
[203] *Ibidem.*
[204] F. MAHDI, « *Le mariage en islam, de ses origines et de sa nature* », *in* Claude BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 520.
[205] En effet, les rapports sexuels sont proscrits pendant les menstrues de l'épouse ; Coran 2/222 : « *Ils t'interrogeront aussi sur les menstrues. Réponds-leur : « la menstruation est une souillure. Tenez-vous à l'écart de vos femmes durant cette période ; n'ayez point de rapports charnels avec elles tant qu'elles ne sont pas purifiées. Mais une fois qu'elles sont en état de pureté, reprenez vos rapports avec elles, comme Dieu vous l'a prescrit. » Dieu aime ceux qui se repentent et ceux qui se purifient* » ; Suivant la traduction du Coran réalisée par Shaykh ZAKARIA SEDDIKI, Tariq RAMADAN, Shaykh YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[206] H. AMDOUNI, *Les menstrues, les métrorragies, Les lochies, à la lumière des quatre écoles, op. cit.*, p. 58.

lors qu'apparaît une lassitude ou survient une mésentente. La situation de l'épouse est très peu enviable puisque la relation peut cesser du jour au lendemain, sans réelles explications de la part du mari, et sans qu'aucun effort de réconciliation ne soit réalisé. C'est en quelque sorte une rupture pour incompatibilité d'humeur dont use négligemment le mari.

Les effets de cette répudiation sont irrévocables dès que ces paroles sont prononcées, et ce avant même que la femme ne commence la période de continence. C'est une forme de *talâk bid'î* que l'on ne devrait pas utiliser car contraire aux *Enseignements*[207]. Ce type de répudiation ne tient pas compte du délai normal de rétractation de quatre mois et enfreint directement un principe fondamental posé par le Coran et la *Sunna*.

Interdite par le Coran, elle ne devrait avoir aucune existence. Il importe alors de se demander quelle est la valeur juridique de ce type de répudiation ?

2°. La valeur juridique du *talâk bid'î*

Les quatre écoles juridiques musulmanes considèrent valide un divorce prononcé pendant les menstrues de la femme alors même que cette rupture est fondamentalement contraire au Coran et à la *Sunna*. Leur position est unanime.

Leur point de divergence se situe essentiellement sur l'obligation du mari de garder ou non son épouse au domicile conjugal. L'école malékite retient qu'il incombe au mari de garder sa femme au domicile conjugal. Les trois autres écoles Chafiite, Hanafite, et Hanbalite, formulent une simple recommandation à ce sujet[208].

Il semblerait que « *les Princes comme les cadis et les muhtasibs ont toléré une « certaine dérive juridique », souvent au profit du notable* »[209]. Les théologiens n'ont

[207] Non seulement le délai de viduité n'a pas été respecté (Coran 65/1), mais encore, la parole du Prophète a été ignorée. Or le Coran prescrit que : « *Celui qui obéit au Prophète obéit en fait à Dieu (...)* »; (Coran 4/80) ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[208] H. AMDOUNI, *Les menstrues, les métrorragies, Les lochies, à la lumière des quatre écoles, op .cit*., p. 58.
[209] T. BIANQUIS, « *La famille en islam arabe* », in *Histoire de la famille, Temps médiévaux*, t. II., A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, l986, p. 393.

pas hésité à dénoncer le *talâk bid'î* comme étant « une *innovation blâmable* »[210], la qualifiant de *« pratique hétérodoxe due à l'impiété des hommes »*[211]. Le problème étant que dès l'origine, « *au lieu d'aller plus loin dans le sens de la protection de la femme et de la stabilité conjugale, le fiqh a institutionnalisé la répudiation innovée* »[212].

De là vient sans doute la confusion et les malentendus tendant à considérer comme d'essence islamique cette forme de répudiation.

La répudiation *bid'ah* est validée par certains *cadis* contraints, semble t-il, d'entériner la pratique. Mais elle n'en demeure pas moins en opposition totale avec les *Enseignements*, et il y a lieu d'ajouter que cette forme de répudiation ne saurait être qualifiée de musulmane. La situation est tout à fait paradoxale dans la mesure où chacun reconnaît la dérive et l'interdit de cette forme de désunion dite *bid'ah*, mais la cautionne malgré tout.

Faut-il considérer que la pratique l'a emporté sur *Le Livre* ? Peut-on envisager, qu'à plus ou moins long terme, le monde musulman doive se laisser dominer par les mœurs?

Cela ne nous paraît pas acceptable car l'Islam pose un cadre à la rupture unilatérale et discrétionnaire, et il n'est pas permis à l'homme d'y déroger pour quelques raisons que ce soit. Car c'est généralement au détriment de l'épouse que ces pratiques sont tolérées. Or, l'Islam a justement tenté d'apporter une sécurité morale et matérielle à la femme dans le mariage, et sa dissolution doit rester conforme aux préceptes dictés.
Afin d'avoir une vision relativement exhaustive de la répudiation en tant que mode de rupture unilatéral et discrétionnaire, il nous est apparu essentiel de présenter d'autres formes de *talâk* énoncé dans le Coran.

---

[210] F.-P. BLANC, *Le droit musulman,* Dalloz, 2006, p. 65.
[211] *Ibidem.*
[212] A. MOULAY RCHID, *Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane*, dans le cadre d'un colloque sous le thème *« Familles musulmanes et modernité : Le défi des traditions »*, publications du Conseil international des sciences sociales de la Faculté de droit de Tunis, 1986, p. 10.

B. – Les autres formes de *talâk* : les serments répudiaires encadrés par le Coran

Madame Roula El-Husseini Begdache affirme que les serments répudiaires sont une résurgence de la période anté-islamique que le Coran a tenté de réglementer en vue d'en contrôler l'usage[213]. Ainsi en est-il du serment de continence *Al îla'* (1°) *du* serment du dos *El zihâr* (2°) et du serment d'anathème *Al lî'ân* (3°).

1°. Le serment de continence : « *Al îla'* »

Dans le cadre d'un serment de continence, le mari fait serment de ne plus approcher sa femme pendant quatre mois. On considère, qu'au-delà de ce délai, l'épouse ne peut pas être davantage délaissée, et l'époux devra nécessairement reprendre le cours de la vie conjugale[214].

Le Coran a tenté d'encadrer une pratique de l'époque préislamique en précisant que: « *à ceux qui jurent de ne plus approcher leurs femmes, un délai d'attente de quatre mois est accordé. Mais s'ils reviennent sur leur serment avant l'expiration de ce délai, Dieu sera à leur égard Clément et miséricordieux* »[215].

À l'issu du délai de quatre mois, lorsque l'époux a honoré son serment et n'a eu avec sa femme aucun rapport charnel, celle-ci a le choix soit de reprendre la vie conjugale, soit de solliciter la dissolution du mariage. Le mari sera alors dans l'obligation de lui accorder le *tâlak*[216]. Quant au serment du dos, il s'agit d'un serment qui a été purement et simplement interdit par le Coran.

---

[213] Cité par R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *op.cit*., p. 39.
[214] *Idem.*, p. 41 ; Les jurisconsultes musulmans ne sont pas unanimes sur les effets de ce mode de répudiation, en particulier sur la question de la révocabilité. Cela étant, le mariage est dissout au-delà du délai de 4 mois, au besoin par le juge.
[215] Coran 2/226 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*
[216] Louis MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, éd. Dalloz, 2001, p. 377.

2°. Le serment du dos : « *El zihâr* »

Lorsque l'homme fait le serment du dos « El *zihâr* »[217], il jure de ne plus approcher sa femme, et il la compare au dos de sa mère. Ce qui signifie que, tout comme sa mère, elle devient à ses yeux interdite. Par ce serment, l'époux lui fait comprendre qu'il ne veut plus avoir de rapports charnels avec elle, comme il ne peut en avoir avec sa propre mère[218]. Cette répudiation était « *injurieuse, incestueuse, pour les femmes (…) le dos, zhar, signifie aussi la monture, la chamelle ; l'allusion sexuelle est évidente* »[219].

L'épouse se retrouve dans une situation fort instable tant économiquement que socialement, ne sachant en définitive si le mariage est dissout ou si l'union perdure. Le mari peut donc, à son gré, la maintenir continuellement sous sa dépendance, sans espoir de libération ou de remariage[220].

Selon la tradition une femme, Khawla bint Tha'laba, vint voir le Prophète pour lui faire part de l'offense qu'elle avait subie de la part de son mari. Ce dernier, après de nombreuses années de mariage, l'a comparé au dos de sa mère[221].

C'est à la suite de ce récit que le Prophète reçoit la révélation de la Sourate *Al-Mujâdala*. Ainsi peut-on lire que : « *Dieu a entendu les propos de celle qui discutait avec toi au sujet de son mari, au moment où elle adressait sa plainte à Dieu. Et Dieu entendait bien votre conversation, car Dieu est Audient et Clairvoyant.*
Certains d'entre vous jurent pour répudier leurs femmes, en utilisant la formule suivante: « Tu es aussi interdite pour moi que l'est le dos de ma mère ! », alors qu'elles ne sont pas leurs mères, leurs mères étant celles qui les ont mis au monde. Ils

[217] Le Serment du dos est explicitement évoqué dans le Coran 23/4 : « *Allah n'a pas mis deux cœurs dans la cage thoracique de l'homme, de même que les épouses que vous répudiez ne peuvent être vos mères au point de s'entendre dire [selon la vieille formule] : Tu es [désormais] illicite pour moi comme le serait le dos de ma mère, (…). Mais c'est Allah qui énonce la Vérité, c'est Lui qui oriente dans le bon chemin* » ; selon la traduction de Malek CHEBEL, *Le Coran Nouvelle traduction*, éd. Fayard, 2009.
[218] F. MAHDI, « *Le mariage en islam, de ses origines et de sa nature* », *in* Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 521.
[219] Jean-Paul CHARNAY, *Esprit du droit musulman*, *op. cit*., p. 164.
[220] F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, 2006, p. 64.
[221] A. LAMRABET, *Le Coran et les femmes, une lecture de libération*, *op. cit*., p. 172.

tiennent ainsi des propos aussi blâmables que mensongers. Cependant, Dieu est Clément et Miséricordieux »[222].

Le Coran, considère ce type de divorce comme une faute et la Sourate 58, *Al-Mujâdala*, permet d'expier son erreur, mais ne le cautionne en aucune façon. Cette coutume offensante pour la femme a été supprimée par l'Islam qui exige l'expiation de la faute du mari avant toute reprise de la vie conjugale[223]. Cela implique l'affranchissement d'un esclave[224], à défaut le jeûne de deux mois consécutifs, ou encore, à défaut, donner à manger à soixante pauvres[225].

Le Coran évoque également un autre serment répudiaire : le serment d'anathème.

3°. Le serment d'anathème : « *Al lî'ân* »

Le serment d'anathème est évoqué dans la Sourate *El Nour*, où il est question d'adultère : le mari accuse son épouse de *zina,* qui correspond à une fornication adultérine. En principe, quatre personnes sont nécessaires pour dénoncer un cas d'adultère, elles doivent attester de ce qu'elles ont vu et décrire de façon très claire le rapport sexuel complet, sans qu'aucun doute ne soit possible.

Al lî'ân est une forme de serment qui permet à l'époux de constater seul et sans témoins, que son épouse a commis un adultère. Il déclare alors: « *Je jure par Allah, l'unique, que j'ai vu cette femme en état adultère, ou que sa grossesse n'est pas de mon fait* », déclaration qu'il réitère à quatre reprises devant une autorité religieuse comme par exemple un imam.

---

[222] Coran 58/1-2 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

[223] A. LAMRABET, *Le Coran et les femmes, une lecture de libération*, *op. cit.*, p. 172.

[224] Coran 58/3. « *Ceux qui parmi vous répudient leurs femmes en prononçant la même formule et qui reviennent à elles sont tenus d'affranchir un esclave en guise de compensation, avant de reprendre leur vie intime. Telle est la remontrance qui vous est faite ! Dieu est informé de tout ce que vous faites* » ; selon la traduction de Malek CHEBEL, *op. cit.*

[225] Coran 58/4 : « *Celui qui ne trouve pas les moyens nécessaires devra jeûner deux mois de suite avant de reprendre la vie commune. Celui qui ne peut jeûner deux mois de suite fournira de la nourriture à soixante nécessiteux, cela afin que vous croyiez en Allah et en son prophète. Telles sont les prescriptions d'Allah, tandis que les mécréants recevront un châtiment terrible* » ; selon la traduction de Malek CHEBEL, *ibidem.*

Ce dernier va lui expliquer que s'il persiste dans ses déclarations, il subira un châtiment très grand dans l'au-delà. L'époux affirmera alors : « *Qu'Allah me maudisse si je suis un imposteur et si j'accuse cette femme injustement* ». Puis, c'est au tour de la femme de dire à quatre reprises : « *qu'il ne l'a pas vu forniquer* », et d'ajouter que « *la colère d'Allah m'accable si cet homme dit la vérité* »[226]. Le mari est menacé par la malédiction et l'épouse par la colère divine[227].

Le serment d'anathème aboutit à la dissolution du mariage par répudiation : « *dans un cas comme dans l'autre, la femme est donc répudiée et le mariage dissous* »[228].

Cela étant, ces formes de *talâk* sont tout à fait exceptionnelles et marginales. Celle qui nous intéresse et fait débat est la rupture unilatérale et discrétionnaire de la relation conjugale par le mari.

[226] Coran 24/8 et 9.
[227] Hani RAMADAN, *La question du divorce, Le point de vue de l'Islam*, Conférence en français, 2007, Tawhid.
[228] Louis MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, éd. Dalloz, 2001, p. 387.

Conclusion

Au VIIe siècle, l'Islam est né dans une société aux traditions tribales tenaces où la femme avait un statut peu enviable et précaire. La femme musulmane est une personne à part entière, égale à l'homme. *Le Livre Saint* ne la conçoit pas comme un être inférieur, et n'envisage pas non plus sa soumission à la gente masculine.

La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage à l'initiative du mari est une prérogative qui est, en principe, strictement encadrée par le Coran. Une répudiation sous le coup de la colère ou à l'insu de l'épouse n'est pas conforme aux préceptes religieux et nous pensons qu'elle ne devrait pas être qualifiée de répudiation musulmane.

Pourtant, force est de constater que les répudiations « abusives » sont malheureusement devenues coutumières au sein de certaines sociétés musulmanes, et que la doctrine et la jurisprudence ont fini par les reconnaître et les valider[229].

Il y a lieu à présent, de nous intéresser à la dimension juridique de la répudiation notamment au regard du droit musulman. Dans certains États musulmans, le *talâk*, rupture unilatérale du lien conjugal, a été introduit dans le système juridique avec des variantes plus ou moins importantes.

Notre attention se dirigera vers l'institution de la répudiation telle qu'elle est appréhendée par les systèmes marocain et algérien, en raison de leurs liens étroits avec la France et surtout du fait des répercussions des répudiations marocaines et algériennes sur le territoire français.

[229] Cheikh Boureïma, ABOU DAOUDA, *Le mariage en Islam*, éd. Dar Albouraq, Beyrouth, 2002.

Chapitre II.- La répudiation, une institution revisitée par le droit musulman

« *Le droit est la colonne vertébrale du corps social* »[230], il représente à ce titre un corpus de règles et de normes de conduites auxquelles sont soumis l'ensemble des individus. Aussi bien en Terre d'Islam qu'en France, le droit constitue le fondement même de la société.

Dans les pays musulmans, le droit est une construction humaine élaborée à partir des principes généraux du Coran et des interprétations du *Texte Sacré* effectuées par des jurisconsultes musulmans, les *fuqahrâs* et les *oulémas*[231]. La source essentielle du droit musulman est la religion islamique. En ce sens, l'institution de la répudiation est transposée dans le droit suivant des données religieuses.

Néanmoins, la répudiation musulmane, n'est pas uniforme d'un pays à l'autre. Son application dans la pratique pose parfois des difficultés de compréhension dans la mesure où les coutumes et traditions locales se confondent avec la religion. Le Coran certes, est la référence de base pour les croyants, mais son application diverge selon les individus et suivant les choix politiques des États musulmans. Car effectivement, d'un État à l'autre, la politique familiale n'est pas toujours en adéquation avec les sources « coraniques »[232].

Par ailleurs, les sociétés arabes ont tendance à être laxistes face à l'attitude répréhensible de certains hommes qui répudient leurs épouses de façon abusive, sans

[230] DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, 1953, réimpression Dalloz, 2004, p. 279.

[231] Ceux sont des docteurs de la foi et des savants de l'Islam. Le terme « *ouléma* » signifie en arabe « érudit », c'est un savant des sciences islamiques qui représente à la fois une autorité religieuse, un juriste et un théologien. Il est généralement diplômé d'un institut spécialisé.

[232] Dans de nombreux pays musulmans, le taux d'alphabétisation des femmes est bien en dessous de celui des hommes. Or, pour l'homme comme pour la femme, un vaste savoir est la condition d'une foi profonde. Il faut mettre en évidence la différence de contexte social. Certains dénoncent le système éducatif en Arabie saoudite et en Afghanistan, car ces pays sont en opposition avec les principes de l'Islam parce qu'ils dénient aux femmes l'accès à la connaissance, alors même que c'est un droit inaliénable ; J. NEIRYNCK entretien avec T. RAMADAN, *Peut-on vivre avec l'Islam ?*, éd. Favre, 2004.

respecter les exigences auxquelles les soumet leur foi. Il importe de préciser qu'une femme divorcée ou une mère célibataire reste encore dans les pays du Maghreb sujette à l'opprobre et au déshonneur alors même que l'Islam ne conçoit absolument pas de manière péjorative le statut de ces femmes[233]. La *Tradition* nous rapporte que le Prophète a eu diverses épouses, et la plupart étaient veuves ou divorcées, il ne s'agissait pas pour lui de les traiter avec moins d'égards, bien au contraire[234].

On n'insistera jamais suffisamment sur le fait que la pratique nuit à la condition de la femme en général et à la femme répudiée en particulier.

Dès lors, la rupture unilatérale et discrétionnaire du lien matrimonial est souvent associée à la répudiation instituée par les hommes, au détriment de celle prévue et encadrée par le Coran. Ainsi, le terme même de répudiation semble choquant pour les occidentaux qui, par un manque de connaissance des dispositions coraniques et par un défaut de savoir historique en la matière, ont réduit la définition de la répudiation au seul aspect abusif de la « rupture unilatérale du lien conjugal par le mari »[235]. L'époux est représenté comme étant le « dominateur » dans le couple et sa femme lui serait entièrement dévouée, soumise à sa volonté pleine et entière. Les préjugés et les *a priori* sont nombreux.

La représentation de la femme musulmane dans la société est un sujet de contradictions et de malentendus perpétuels, on s'interroge sur sa religiosité[236] et sur sa personnalité. Elle est perçue comme « soumise » à la gente masculine. Jacques Berque n'hésitait pas à affirmer que l'Islam était empreint de « masculinité »[237]. Delà

[233] On n'évoquera pas ici le cas des mères célibataires, ni même le cas des femmes adultères, qui constitue un problème majeur au Maghreb. Cela appellerait des développements conséquents, or ce n'est pas l'objet de la présente étude. Pour plus de précisions sur l'adultère, voir l'étude de Nayla HADDAD, *La répression de l'adultère en droit musulman*, Mémoire pour le Master Droit Canonique, Paris XI-Institut Catholique de Paris, 2005.

[234] Malika DIF, *Les épouses du Prophète de l'Islam*, éd. Tawhid, 2007.

[235] Sont alors occultées les diverses possibilités de ruptures, notamment consensuelles. Comme il a été examiné précédemment, le Coran a consacré le divorce par consentement mutuel et valide par conséquent les conventions qui pourraient intervenir entre les conjoints pour mettre fin au mariage ; Coran 2/229 et 4/128. La rupture du lien conjugal en Islam n'est pas réservée au mari.

[236] Katherine BULLOCK, *Femme musulmane et voile, face aux stéréotypes modernes et historiques*, (traduit par Rachid et Michèle MESSAOUDI), éd. Institut International de la pensée Islamique (IIIT France), 2008.

[237] « *Jacques Berque affirmait que la colonisation a exacerbé la masculinité de l'homme maghrébin. Privé de la maitrise de son histoire, il compense en se repliant sur sa foi et sa sexualité. La femme est pour lui un conservatoire de la nationalité vaincue. La famille s'offre à lui comme un refuge où se pansent les blessures qu'infligent à l'homme la situation coloniale. Si la claustration des femmes s'accentue, c'est pour les soustraire*

à dire que le monde musulman est celui des hommes, tant au niveau des fonctions religieuses, politiques, journalistiques que philosophiques réduit considérablement l'existence même de la femme musulmane. Il ne s'agit pas de nier les abus, mais il faut aussi souligner que des femmes musulmanes s'engagent massivement pour faire valoir leurs droits, droits que l'Islam leur reconnaît et qu'elles revendiquent[238]. Des associations féminines[239] s'insurgent du sort des épouses et des jeunes filles, notamment en matière de mariage ou de rupture. Des voix s'élèvent contre la pratique abusive de la répudiation, des hommes et des femmes réagissent face à des situations d'iniquité.

Dans les États musulmans, c'est le Code de la famille, directement inspiré de la *Shari'a*, qui régit le statut des femmes. On assiste ainsi à une réappropriation du droit islamique par les hommes. Cependant, ceux-ci ont contribués à une déformation du droit coranique conduisant à une détérioration des droits et des devoirs de la femme.

Il est vrai qu'en matière de répudiation, le droit des pays musulmans progresse lentement. Mais si certains États du Maghreb ont à peine amorcé une évolution dans ce domaine, d'autrse en sont déjà loin. C'est le cas particulier de la Tunisie qui a opéré sa grande révolution en matière de droit de la famille dès la fin des années cinquante[240]. Elle fait en cela figure d'exception au Maghreb et dans l'ensemble du monde arabe. À peine quelques mois après l'indépendance en l956, le chef d'État Habib Bourguiba a fait promulguer le Code de Statut Personnel qui accorde à la femme une position sociale beaucoup plus avantageuse : la polygamie et la répudiation sont abolies[241]. Par ailleurs, le Code instaure la faculté pour chacun des

---

au désir des vainqueurs » ; Hayat ZERARI, « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui : quels changements ?* », in Recherches internationales n° 77, 3-2006 « *Maroc-Tunisie : 50 années d'indépendance* », éd. Recherches Internationales, 2006, p. 68.

[238] Au Maroc, l'ADFM (Association Démocratique des Femmes du Maroc) est la première association féminine indépendante fondée en 1985. Elle vise à défendre et à promouvoir les droits des femmes : droits civils, politiques, sociaux, protection contre les violences... Progressivement ont émergées des organisations féminines autonomes.

[239] Comme en Algérie où le collectif « 20 *ans BARAKAT* ! », littéralement « *ça* suffit ! », se dresse en 2004 contre le Code de la famille en vigueur depuis 1984, dénonçant ainsi la grande disparité existante entre l'homme et la femme.

[240] M. ZOUARI, « *Le mariage en Tunisie* » ; Cl. BONTEMS (dir.), « *Les altérations du modèle musulman durant la période coloniale : l'exemple de l'Algérie* », in *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 581.

[241] Pour certains penseurs musulmans, cette abolition n'est pas conforme à l'Islam, dans la mesure où il n'appartient pas à l'homme de redéfinir les règles posées par Dieu. Ces mesures révolutionnaires ne sont pas perçues favorablement par les autres États musulmans, ce qui explique que la Tunisie n'ai pas fait d'émules. Ainsi, par exemple, le roi marocain a déclaré : « Je ne peux, en Ma qualité d'*Amir Al Mouminine*, autoriser ce que

époux de demander un divorce judiciaire : la rupture du lien conjugal se fait devant le juge, médiateur et arbitre du conflit. Cela contribue à un apaisement et à une certaine sécurité pour la femme tunisienne[242]. L'avancée est énorme pour l'époque, d'autant que ce pays musulman a dû composer avec toutes les tendances politiques, y compris les plus conservatrices[243]. Du reste, de nos jours, le Code de Statut Personnel tunisien est présenté comme le plus innovant de tout le Maghreb[244].

De leur côté, près de cinquante ans plus tard, le Maroc et l'Algérie ont tenté de moderniser leur droit de la famille. Bien que ces pays soient de rite malékite, il existe une diversité d'interprétation de la *Shari'a*[245], ce qui n'est pas sans poser le problème de la place de la *Shari'a* dans l'ordonnancement juridique[246]. Par ailleurs, les systèmes législatifs et judiciaires de ces deux États sont loin d'être symétriques. Il n'en demeure pas moins que, prononcée au Maroc ou en Algérie, la répudiation trouve un certain écho en France. Il apparaît alors nécessaire de se demander comment l'un et l'autre régissent cette institution ? Les répudiations marocaines et algériennes sont-elles conformes aux préceptes coraniques et aux *Enseignements* ? Pourquoi ces répudiations sont-elles aujourd'hui bannies en France ?

Force est de constater que le Maroc tente une percée dans le domaine de la « libération » de la femme, « le chemin » du droit semble se dessiner (**Section I**) alors qu'en Algérie, la réforme s'est faite à « petits pas » (**Section II**).

Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé » ; Discours royal prononcé à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la VIIe législature, inséré dans le Préambule du nouveau Code de la famille marocain, p. 13.

[242] En matière matrimoniale, les futurs époux sont libérés de l'autorisation d'un tuteur et en matière successorale, on assiste à un réaménagement partiel des règles de dévolution. Le Code de Statut Personnel tunisien prévoit dans ses articles 29 et 31-3 que le divorce est la dissolution du mariage, laquelle peut être prononcée notamment sans cause à la demande du mari ou de la femme. La répudiation est en quelque sorte bilatéralisée. Par ailleurs, la Tunisie ne permet pas à des répudiations étrangères, notamment des répudiations marocaines, algériennes ou égyptiennes, de produire leurs effets sur son territoire. Mais elle reconnait un *khôl* égyptien : T. Cantonal Tunis, 5 mai 2005, *JDI*, 2007. 165, obs. BELLAMINE.

[243] Sami BOSTANJI, « *Turbulences dans l'application judiciaire du Code Tunisien du Statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne* », *RIDC* 2009.7.

[244] Cependant, comme ailleurs, « *l'archaisme menace encore, même s'il est en partie enfermé entre les « quatre-murs » du domicile conjugal* » ; P. CHENIVESSE, « *L'évolution des droits des femmes en Tunisie. Un regard extérieur sur le chemin parcouru* », *RDIDC* 2009. 351.

[245] Alors même que les quatre écoles de droit musulman se réfèrent au Coran et à la *Sunna*, il existe des divergences assez importantes ; L MESSAOUDI, « *Grandeur et limites du droit musulman au Maroc* », *RIDC* 1995, pp. 146-154.

[246] S. LAMGHANI, « *Religion, droit et interprétation* », in *Mélanges M.* Charfi, Tunis, CPU, 2001, pp. 181-201.

Section I. - Le Maroc vers le « chemin » du droit

Entre le Maroc et la France, il existe un passé commun qui fait figure d'héritage historique important. Au début du XXe siècle, la France pénètre progressivement sur le territoire marocain[247]. Malgré les résistances tribales, le Sultan Moulay Hafid est contraint d'accepter un Traité de Protectorat le 30 mars 1912[248]. Les premières années du Protectorat sont marquées par une personnalité : le Maréchal Lyautey (1er Résident général de 1912-1925)[249]. Respectueux de l'Islam, il est généralement apprécié des marocains[250]. Sur le plan politique et structurel, les institutions marocaines traditionnelles, telles que le *Makhzen* central et les anciens pouvoirs locaux subsistent, complétées et contrôlées par une nouvelle administration française.

Dans les années 1920-1930, le nationalisme marocain connait un certain renouveau qui s'exprime à travers des campagnes de révoltes paysannes, dont la plus virulente a été celle menée par d'Abd el Krim de 1921 à 1926[251].

Puis, des mouvements urbains et ouvriers vont voir le jour notamment après la seconde guerre mondiale[252]. Le contexte de l'époque était alors particulièrement favorable à l'indépendance du Maroc, acquise en 1956[253].

---

[247] En avril 1906, la Conférence d'Algésiras place le Maroc sous un régime de protectorat « européen », mais la France, disposant alors d'une influence prépondérante, débarqua en août 1907 à Casablanca. La pénétration française a été entrecoupée de crises internationales provoquées par l'Allemagne ; Michel ABIBOL, *Histoire du Maroc*, éd. Perrin, 2009.

[248] Le Maroc est alors divisé en trois zones : une zone française, une zone espagnole (28 000km^2 dans le Rif) et la zone international de Tanger. La zone française est la plus vaste. Le Sultan Moulay Hafid est remplacé par son frère Moulay Youssef de 1912 à 1927. Lui succédera le Sultan Mohamed Ben Youssef de 1927 à 1961, dit Mohamed V qui incarnera l'esprit nationaliste marocain. Son petit-fils Mohamed VI est l'actuel Roi du Maroc, après avoir succédé à son père, Hassan II, en 1999.

[249] Pendant le Protectorat, le Résident général représente le gouvernement français au Maroc de 1912 à 1956.

[250] Arnaud TEYSSIER, *Lyautey, Le ciel et les sables sont grands*, coll. Broché, éd. Perrin, 2004.

[251] Abd el Krim (1882-1963) fervent nationaliste marocain, représente une figure emblématique de lutte pour l'indépendance marocaine. Le mouvement et les révoltes qu'il a mené ont prit le nom de guerre du Rif ; Bernard LUGAN, *Histoire du Maroc, des origines à nos jours*, éd. Perrin, Coll. Pour l'histoire, 2000.

[252] Lors de l'entrevue d'Anfa, le Sultan Mohamed V obtient le soutien du président américain Roosevelt pour une indépendance du Maroc. En 1945, il n'hésite pas à faire part au Général de Gaulle de cette volonté d'indépendance. Lors du discours de Tanger le 10 avril 1947, il affirme que la nation marocaine appartient au monde arabo-musulman, et de ce fait il remet en cause le régime du Protectorat. En 1951, aux Nations Unies, le Sultan sollicite l'ouverture de négociation pour l'indépendance. Du côté français, le Sultan agace, il est déposé le 20 août 1953, face à son refus d'abdiquer il est déporté à Madagascar. La résistance s'organise finie par aboutir à un accord avec Mohamed V. Une déclaration commune du 20 mars 1956 abolit le protectorat et reconnait l'indépendance du Maroc. Des accords d'interdépendance sont signés le 28 mai 1956. Ceux-ci prévoient que le

Dès 1957, le Maroc entame une ère de réformes : le système judiciaire traditionnel est abandonné et l'on assiste à un grand mouvement de codification en matière de statut personnel. Précisons qu'en droit musulman le statut personnel englobe plusieurs domaines juridiques outre le droit de la famille, le droit successoral, le droit des donations et le régime des incapacités. Le statut personnel s'imbrique parfaitement avec l'Islam.

Face à un droit de la famille figé, immuable au temps, un *Dahir* en date du 19 août 1957[254] institue une commission chargée d'élaborer un code de droit musulman qui pris le nom de Code de Statut Personnel, dénommé la *Moudawana*[255]. Ce code comprend 297 articles et 6 livres, dont les deux premiers sont relatifs au mariage et au divorce[256]. Imprégné du rite malékite, l'esprit de cette réforme reste conforme au modèle traditionnel. Cependant, sont maintenues certaines inégalités entre hommes et femmes[257].

Entre 1961 et 1981, cinq projets de réforme sont présentés, mais aucun d'eux n'aboutis.

Dès 1992, les féministes réclament une révision de la *Moudawana* dans le sens d'une égalité au sein du couple et demandent, entre autre chose, que la répudiation soit abolie[258]. Cela conduit le pouvoir politique à procéder à quelques réformes législatives, bien que très ponctuelles[259]. En 1993, on assiste à une timide réforme du

---

Maroc accède à un « *statut d'État indépendant uni à la France par les liens d'une interdépendance librement consenties* » ; Jean-Louis MIEGE, « *Le Maroc ; Histoire* », Encyclopaedia universalis Corpus 14, 2002, p. 419.

[253] Ignace DALLE, *Les trois rois, la monarchie marocaine de l'indépendance à nos jours*, éd. Fayard, 2004 ; Pierre VERMEREN, *Histoire du Maroc depuis l'indépendance*, éd. La Découverte, 2006.

[254] *Dahir* n°1-57-343 du 28 *Rebia* II 1377 (22 novembre 1957) portant application des livres I et II du Code de Statut personnel et des successions publié au *B.O* n° 2378 du 23 mai 1958.

[255] Code de Statut Personnel, in *Revue Marocaine de Droit, de Politique et d'Economie*, n°10, 2e semestre 1981, numéro spécial, publications de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de Rabat.

[256] Les Livres I et II sont relatifs au *Mariage* et au *Divorce* (novembre 1957) ; le Livre II précise les règles en matière de *Filiation* et ses effets (décembre 1957) ; le Livre IV traite de la *Capacité* et de la *Représentation légale* (janvier 1958) ; le Livre V est relatif au *Testament* (février 1958) ; et enfin le Livre VI envisage les règles en matière *Successorale* (avril 1958).

[257] A. MOULAY RCHID, *La femme et la loi au Maroc*, Rabat, éd. Le Fennec, Coll. « Femmes du Maghreb », 2e éd., 1993.

[258] Le Collectif 95 Maghreb-égalité est constitué sous l'égide de l'Association démocratique des femmes du Maroc (ADFM). Zakya DAOUD, *Féminisme et politique au Maghreb*, Maisonneuve & Larose, 1993.

[259] Par exemple, l'âge de la majorité a été porté à 20 ans. L'actuel Code de la famille a de nouveau réduit à 18 ans l'âge de la majorité (article 19).

Code, qui ne remet pas en question les rapports hiérarchiques entre époux[260]. La même année, le Maroc ratifie un ensemble de Conventions internationales[261] dont celle sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979[262]. Par ailleurs, il adhère comme membre de la Conférence de La Haye de droit international privé dès 1982[263]. Le pays entre dans « l'ère internationale », et de ce fait, doit intégrer un ensemble de système de valeurs qui ne lui sont pas propre mais que la communauté internationale entend lui imposer comme condition d'adhésion.

Au Maroc comme ailleurs, le droit musulman doit faire face à l'évolution de la société. En outre, face au développement de l'urbanisme[264], à l'évolution des mœurs et des mentalités, le Maroc a été contraint de revoir sa politique en matière familiale. En 1999, avec l'avènement du nouveau Roi Mohamed VI, la réforme du droit de la

---

[260] *Dahir* portant promulgation de la loi n° 1-93-347 du 10 septembre 1993, modifiant et complétant certaines dispositions du Code de Statut personnel et des successions ; *B.O* du 1er décembre 1993. 664 ; L. MESSAOUDI, « *Grandeur et limites du droit musulman au Maroc* », *RIDC* 1995.150.

[261] Convention relative aux droits de l'enfant ; Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et les membres de leurs familles. Cependant, le Maroc a également formulé d'importantes réserves, notamment en ce qui concerne la primauté de la *charia* sur les droits internationaux ; Delphine DEMATHIEU, « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui : quels changements ?* », in *Recherches internationales* n°77, 3-2006 « *Maroc-Tunisie : 50 années d'indépendance* », éd. Recherches Internationales, 2006, p. 194.

[262] En France, la Convention sur l'élimination de toutes formes de discriminations à l'égard des femmes ouverte à la signature de New-York le 19 mars 1980, est entrée en vigueur le 13 janvier 1984 ; *JCP* 1984, III, 55431).
Cette convention est ratifiée par le Maroc le 21 juin 1993 ; elle n'a pas particulièrement emporté l'adhésion des États arabo-musulmans. Ceux ayant adhéré à la charte et aux pactes de 1966 ne parviennent toujours pas à mettre leur législation en conformité, et donc à honorer leurs engagements internationaux. En effet, ces États disposent d'un arsenal constitutionnel fortement imprégné de la religion islamique, et par conséquent, des règles dites discriminatoires subsistent. Alors, les pays arabes sont contraints d'effectuer des réserves lorsqu'ils signent des traités internationaux. Ce système discriminatoire concerne essentiellement :
- l'inégalité entre hommes et femmes en matière de mariage (la polygamie et la répudiation) ;
- l'inégalité entre musulmans et non-musulmans en matière de mariage (interdiction du mariage entre un non-musulman et une musulmane) ;
- l'inégalité en matière successorale (la femme reçoit la moitié de ce que reçoit l'homme) ;
- l'inégalité en matière de liberté religieuse, il est permis de devenir musulman, mais un musulman qui quitte l'Islam est puni de la peine de mort et/ou privé de ses droits civils (interdiction de se marier, dissolution de son mariage, interdiction d'hériter…). Un couple musulman ou dont un conjoint est musulman ne peut pas choisir la religion de ses enfants, lesquels doivent être obligatoirement musulmans et le rester ;
- l'interdiction de l'adoption, mais acceptation de l'accueil sans effets sur les liens parentaux (kafala) ;
D. DEMATHIEU, *Idem*., p. 192.

[263] « *Au cours de 1982 le Maroc a été admis comme membre de la Conférence. Cette admission deviendra définitive lorsque le pays aura admis le statut* » ; Conférence de La Haye de droit international de droit privé, Nouvelles conventions (1951-1980), état des signatures et des ratifications au 1er mars 1983 ; *RCDIP* 1983. 158. « *Le Maroc, avant d'être membre de la Conférence, y adhère le 17 juillet 1972* » ; A. MOULAY RCHID, *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, Recueil des cours, volume 268, 1997, par l'Académie de Droit international de La Haye, p. 208.

[264] Le pourcentage de la population urbaine est en constante progression. La population urbaine dépasse la population rurale ; H. ZERARI, « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui : quels changements ?* », *op. cit*., p. 69.

famille est à nouveau au cœur de toutes les attentions. Au Maroc, l'influence internationale est de plus en plus importante.

C'est ainsi qu'une commission royale consultative a été chargée d'entreprendre une révision profonde du Code de Statut Personnel dans le strict respect des desseins tolérants de l'Islam, fondée sur l'effort jurisprudentiel *l'ijtihad,* à la lumière « *de l'esprit de l'époque et de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus* »[265].

Le l0 octobre 2003[266], le Roi Mohamed VI a présenté un projet de réforme du Code marocain de la famille en précisant que les réformes entreprises: « *ne doivent pas être perçues comme une victoire d'un camp sur un autre, mais plutôt comme des acquis au bénéfice de tous les Marocains (…). Le Code ne devrait pas être considéré comme une loi édictée à l'intention exclusive de la femme, mais plutôt comme un dispositif destiné à toute la famille, père, mère et enfants. Il obéit au souci, à la fois, de lever l'iniquité qui pèse sur les femmes, de protéger les droits des enfants, et de préserver la dignité de l'homme* »[267]. Dès l'origine, cette réforme visait plus largement la famille marocaine et non spécifiquement la femme[268].

Pour autant, le nouveau Code marque la volonté du pouvoir royal d'instaurer l'égalité entre l'homme et la femme. Il a été soumis à l'examen du Parlement, ce qui est une première au Maroc[269]. C'est ainsi que le 5 février 2004 à Rabat, la Chambre des Conseillers (Sénat) a voté à l'unanimité le projet du nouveau Code de la famille, lequel est entré en vigueur le mois suivant[270]. Projet sociétal fondamental, ce Code,

---

[265] Préambule du nouveau Code de la famille, p.8 ; suivant la traduction officielle, *B.O* n° 5358 du 2 *Ramadan* 1426 (06 octobre 2005), p. 667. Dans le cadre de la présente étude nous nous référerons exclusivement à cette traduction officielle, donc les articles du Code de la famille renvoient à cette traduction sans qu'il soit nécessaire de le rappeler.
La Commission était composée de 16 membres dont 3 femmes et 7 érudits de culture musulmane traditionnaliste ; Marie-Claire FLOBETS et Mohamed LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *RCDIP* 2006. 524.

[266] À cette date depuis 2008, est célébrée au Maroc la journée nationale de la femme marocaine.

[267] Discours royal prononcé à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la VIIe législature, inséré dans le Préambule du nouveau Code de la famille, pp. 11-12.

[268] Omar MOUNIR, *Le nouveau droit de la Famille : présentation et analyse*, éd. Marsan, Rabat, 2004.

[269] Le nouveau Code comprend 400 articles contre 297 dans l'ancien. La dernière réforme en matière familiale importante, issue de la loi du 9 et 10 septembre 1993, avait été promulguée par le Roi Hassan II pendant les vacances législatives. Alors que la réforme de 2004 a été soumise au Parlement en février et votée à l'unanimité.

[270] *Dahir* n° 1-04-22 du 12 *Hija* 1424 (03 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la

d'inspiration malékite, est renforcé par sa légitimité populaire. Il vient remplacer l'ancien Code de Statut Personnel : la *Moudawana*. Une traduction officielle en français a été réalisée, et dans le cadre de la présente étude nous nous référerons exclusivement à celle-ci[271].

Dans le Code de 2004, la liberté matrimoniale est affirmée. La rupture des fiançailles peut, tout au plus, ouvrir droit à réparation dans certains cas[272]. Désormais, les notions de « chef de famille » et de « devoir d'obéissance » n'ont plus leur place dans le dispositif législatif. La famille est placée sous la responsabilité conjointe des deux époux qui assurent « *la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants* »[273]. Les époux disposent de droits et de devoirs réciproques. La polygamie, même si elle n'est pas abolie, est strictement encadrée[274].

Une section familiale, « Justice de la famille », a été créée au sein des Tribunaux de Première Instance. Par ailleurs, le ministère public est amené à agir « *comme partie principale dans toutes les actions visant l'application* » du Code de la famille[275]. La justice s'invite dans le couple en désunion.

La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage à l'initiative du mari a également fait l'objet d'une modification substantielle. Il serait alors particulièrement intéressant de se demander si le Maroc a véritablement innové en la matière ? L'épouse répudiée est-elle mieux protégée ?

---

famille, *B.O* (édition générale) n° 5184 du 14 *Hija* 1424 (5 février 2004), p. 418. Le texte en traduction française à été publié au *B.O* n° 5358 du 2 *Ramadan* 1426 (le 6 octobre 2005), p. 667.

[271] Traduction officielle, *B.O* n° 5358 du 2 *Ramadan* 1426 (06 octobre 2005), p. 667.

[272] Articles 5 à 9 du Code de la famille.

[273] Article 51.3° du Code de la famille.

[274] Article 40 du Code de la famille interdit la polygamie : « *lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse* ». Ainsi, la femme peut au moment du mariage émettre la condition écrite que son mari ne prenne pas d'autres épouses. De plus, le mari devra présenter un « argument objectif exceptionnel » pour justifier son recours à la polygamie suivant les termes des articles 41, 42, 43 et 44 dudit Code. La nouvelle épouse doit avoir connaissance et accepter la situation maritale de son mari (article 46 du Code de la famille).

[275] L'article 3 du Code de la famille dispose que : « *Le ministère public est partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent code* ».

Ainsi, il conviendra de répondre à ces interrogations en examinant le divorce unilatéral marocain, ou la répudiation judiciarisée (A), puis de constater qu'il s'agit tout de même d'une réforme progressiste (B).

A. – Le divorce unilatéral marocain ou la répudiation judiciarisée

Lorsque « *la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux* »[276] ne sont plus possibles, la séparation du couple peut être envisagée.

Lors du discours introductif, le Roi déclare que chacun des époux peut mettre un terme au mariage. Par ailleurs, il indique vouloir « *faire du divorce, en tant que dissolution des liens du mariage, un droit exercé et par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire. Il s'agit en effet de restreindre le droit de divorce reconnu à l'homme, en lui attachant des normes et conditions visant à prévenir un usage abusif de ce droit. (…) Si le pouvoir de divorcer revient au mari, l'épouse en a également la prérogative, par le biais du droit d'option* »[277].

Déclarer vouloir encadrer la répudiation à titre préventif revient à admettre que la rupture du lien matrimonial par le mari peut être abusive. Le réel progrès dans la réforme marocaine du droit de la famille se caractérise par la présence du juge dans l'effectivité de la répudiation ; alors qu'en France, l'heure est à la déjudiciarisation dans la rupture[278].

---

[276] L'article 4 du Code de la famille dispose que : « l*e mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel, en vue d'établir une union légale et durable entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux, conformément aux dispositions du présent Code* ».

[277] Discours royal prononcé à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la VIIe législature, et inséré dans le Préambule du nouveau Code de la famille, 6°), p. 11.

[278] La rupture du PACS et du concubinage n'exigent pas la présence d'un juge (article 515-7 du Code civil). Il fut question de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel, mais cette idée a été abandonnée (du moins pour le moment) par le Commission Guinchard, Proposition n° 25, juin 2008 ; H. FULCHIRON, « *Vers un divorce sans juge ?* », *D.* 2008, p. 365 ; B. BEIGNIER, « *Le divorce, le juge, l'avocat et le notaire* », *Dr. Famille* 2008, n° 12. Cf. Partie II de la présente étude.

La réforme marocaine a mis en place un contrôle plus rigoureux de ce pouvoir discrétionnaire dont seul dispose le mari, tout en prévoyant que l'épouse, quant à elle, bénéficie d'un droit d'option. Le législateur marocain a tenu à préciser que le recours au divorce « *ne devrait avoir lieu qu'exceptionnellement et en prenant en considération la règle du moindre mal, du fait que cette dissolution entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants* »[279]. Il affirme ainsi sans détours l'effet dévastateur de la rupture des liens du mariage pour l'institution familiale.

Avant d'entrer plus amplement dans les développements de cette réforme relative à la répudiation, il convient de préciser que la traduction officielle pose quelques difficultés liées justement au travail de translittération[280]. Certains auteurs révèlent, à juste titre, qu'entre le texte en langue arabe du Code et sa traduction officielle en langue française, il existe quelques différences terminologiques pouvant prêter à confusion[281]. Il est question du terme *tâlaq*, lequel a improprement été traduit en français par l'expression « *divorce sous contrôle judiciaire* ». Or, la version en langue arabe est celle à laquelle est tenu le juge marocain. Le traducteur marocain, dans une sorte d'euphémisme, a préféré l'expression de « *divorce sous contrôle judiciaire* » sans doute « *pour des raisons d'environnement international* »[282]. Il y a une volonté clairement affichée de modifier l'appréhension de la répudiation allant jusqu'à nier la terminologie adéquate. Pour autant, il n'en demeure pas moins que le divorce sous contrôle judiciaire consitue une répudiation.

Cette précision étant faite, il y a lieu à présent de se pencher sur la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit marocain. D'après l'article 71 du Code de la famille, la dissolution du mariage résulte: *« du décès de l'un des époux, de la résiliation, du divorce sous contrôle judiciaire, du divorce judiciaire ou du divorce moyennant compensation (Khol')* ».

[279] Article 70 du Code de la famille.
[280] Traduction officielle, *B.O* n° 5358 du 2 *Ramadan* 1426 (06 octobre 2005), p. 667.
[281] M.-C. FLOBETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *op. cit.*, 525.
[282] *Le Code de la famille, perception et pratique judiciaire*, ouvrage collectif ; éd. ImpriElite, 2007.

Il n'est pas opportun ici de se pencher plus amplement sur le divorce par consentement mutuel[283], ni sur le divorce par compensation[284] en raison de leur caractère consensuel. On s'intéressera plus spécifiquement à la rupture unilatérale du fait de l'époux et celle du fait de l'épouse. Ainsi, afin de mieux appréhender les mécanismes de la répudiation, nous nous attarderons principalement sur le divorce sous contrôle judiciaire (1°) et sur le divorce judiciaire (2°).

1°. Le divorce sous contrôle judiciaire

Le divorce sous contrôle judiciaire est régi par les articles 78 à 93 du Code de la famille. L'article 78 du même Code précise que: « *le divorce sous contrôle judiciaire est la dissolution du pacte de mariage requise* ***par l'époux*** *ou* ***par l'épouse****,* ***selon des conditions propres à chacun d'eux****, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent Code* ».

Il convient alors de se demander concrètement, comment un marocain peut répudier sa femme et comment une marocaine peut se séparer de son époux de façon discrétionnaire.

Force est de constater que si la répudiation de l'épouse par le mari obéit à une procédure spécifique (a), la répudiation de l'épouse par elle-même résulte d'une faveur concédée lors du mariage (b).

---

[283] Le divorce par consentement est prévu à l'article 114 du Code de la famille : « *Les deux époux peuvent se mettre d'accord sur le principe de mettre fin à leur union conjugale, soit sans conditions, soit avec conditions, sous réserve que celles-ci ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent Code et ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants.*
En cas d'accord, la demande de divorce est présentée au tribunal par les deux conjoints ou l'un d'eux, assortie d'un document établissant ledit accord aux fins d'obtenir l'autorisation de l'instrumenter.
Le tribunal tente de concilier les deux époux autant que possible, et si la conciliation s'avère impossible, il autorise que soit pris acte du divorce et qu'il soit instrumenté ».

[284] Le divorce par *Khol'* est régit par les articles 115 à 120 du Code de la famille. Dans le cadre d'une telle procédure, l'épouse ne peut représenter les droits relatifs aux enfants comme compensation. L'article 119 du Code de la famille prévoit en effet qu': « *en cas d'insolvabilité de la mère, la compensation en contrepartie de son divorce par khol', ne doit pas être acquittée aux dépens des droits des enfants ou de leur pension alimentaire.*
Si la mère divorcée par khol', qui a donné en compensation la pension alimentaire de ses enfant, devient insolvable, la pension sera à la charge du père, sans préjudice du droit de celui-ci de réclamer la restitution de ce qu'il a versé au profit des enfants ».
Si les époux sont d'accord sur le principe du *Khol'* mais pas sur son montant, il appartiendra alors au juge, au vu des éléments d'espèce, de statuer sur le montant de la compensation (article 120 du Code de la famille).

a) La répudiation de l'épouse par le mari : le *tâlaq*, une procédure spécifique

La réforme de 2004 a interdit la forme verbale de répudiation parce que la rupture unilatérale du mariage décidée par le mari est entourée d'un ensemble de garanties procédurales, tendant à assurer une meilleure protection des droits de l'épouse[285]. En principe, l'époux ne peut plus répudier l'épouse par voie orale[286].

Le législateur marocain entend rappeler certaines prescriptions coraniques, en refusant d'admettre la répudiation lorsqu'elle intervient en dehors de tout respect dû à l'épouse. Dans ce cas, le juge peut contraindre le mari à reprendre la vie commune. Par ailleurs, sont considérées comme étant nulles les répudiations faites sous l'emprise de la colère ou celles faites en état d'ivresse, ainsi que celles prononcées sous la contrainte. Il en est de même s'agissant des répudiations faites par serment ou celles affectées par une condition[287]. La rupture unilatérale est en effet, un acte important et il importe que la réflexion précède toute décision hâtive, conformément aux exigences du *Livre*[288].

Concernant la compétence territoriale, la juridiction compétente est celle où se trouve le domicile conjugal, à défaut celle du domicile de l'épouse, ou encore celle où l'acte de mariage a été établi. L'ordre s'impose à l'époux, il ne peut y déroger[289].

C'est devant la juridiction territorialement compétente que l'époux doit déposer une demande écrite d'autorisation judiciaire préalable au divorce[290] (avant de pouvoir la

[285] Alain ROUSSILLON, « *Réformer la Moudawana : statut et condition des marocaines* » in Maghreb Machrek, *Femmes dans le Monde arabe*, n° 179, Printemps 2004, pp. 79-99.
[286] La répudiation verbale ne semble plus possible en raison de la procédure écrite imposée au mari par les articles 79 et 80 du Code de la famille. Or, l'article 73 du Code dispose que : « *le divorce peut être exprimé soit verbalement, en termes explicites, soit par écrit, soit encore par signe non équivoque, s'il s'agit d'une personne incapable de s'exprimer oralement ou par écrit* ». Le Roi marocain avait par ailleurs déclaré que, la nouvelle procédure de divorce prévoit : « *l'irrecevabilité du divorce verbal dans des cas exceptionnels* ». Faut-il comprendre que la répudiation verbale serait légalement possible ? Dans les faits, le mari peut très bien user de la répudiation, voire même en abuser ; Discours royal prononcé à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la VIIe législature, inséré dans le Préambule du nouveau Code de la famille marocain, p. 11.
[287] Articles 90 à 93 du Code de la famille.
[288] Toutes les fois où nous emploierons cette expression (*en italique*) il sera question du Coran.
[289] Suivant les termes de l'article 79 du Code de la famille, la juridiction compétente en la matière se situe : « *dans le ressort du tribunal dans lequel est situé le domicile conjugal, le domicile de l'épouse, ou son lieu de résidence, ou le lieu où l'acte de mariage a été conclu, selon l'ordre précité* ».
[290] Article 80 du Code de la famille dispose que : « *la demande d'autorisation de faire constater l'acte de divorce*

faire constater par les *adoul*[291]*)*. À ce stade, le tribunal convoque les époux pour une tentative de conciliation[292].

L'article 82 du Code de la famille précise que : *« lorsque les deux parties comparaissent, les débats ont lieu en chambre du conseil, y compris l'audition de témoins et de toute autre personne que le tribunal jugerait utile d'entendre*.

En vue de concilier les conjoints, le tribunal peut prendre toutes les mesures utiles, y compris le mandatement de deux arbitres ou du conseil de la famille ou de toute autre personne qu'il estime qualifiée ».

Cette procédure répond parfaitement aux prescriptions coraniques. Il ne s'agit donc pas d'une nouveauté puisque cela était prévu dans le Code de procédure civile depuis 1993. Le Code de la famille envisage une procédure de conciliation avec une intervention familiale et judiciaire, élargissant ainsi les pouvoirs du juge. Ce dernier peut effectivement prendre toutes les dispositions utiles en désignant deux arbitres, en constituant un conseil de famille ou en désignant quiconque qu'il estime qualifier pour tenter de réconcilier les conjoints[293].

---

doit contenir l'identité, la profession et l'adresse des conjoints et le nombre d'enfants ; s'il y a lieu, leur âge, leur état de santé et leur situation scolaire.
Le document établissant le mariage est joint à la demande, ainsi que les preuves établissant la situation matérielle de l'époux et ses charges financières ».

[291] Il s'agit de divorces actés par des professionnels du droit, lesquels font office de greffier-notaire. L'article 79 du Code de la famille précise que : « ***Quiconque*** *veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation pour en faire dresser acte par deux adoul habilités à cet effet* ». Suivant la traduction officielle du Code de la famille, le terme *adoul* reste invariable, dès lors nous nous contenterons de le reproduire tel quel. Cependant, en dehors de la traduction officielle, nous accorderons le terme au pluriel.

[292] L'article 81alinéa 1er du Code de la famille dispose que : « *le tribunal convoque les époux pour une tentative de réconciliation. Si l'époux reçoit personnellement sa convocation et qu'il ne comparaît pas, il est considéré avoir renoncé à sa demande. Si l'épouse reçoit personnellement la convocation et ne comparaît pas et ne communique pas d'observations par écrit, le tribunal la met en demeure, par l'intermédiaire du ministère public, qu'à défaut de comparaître, il sera statué sur ce dossier* ». L'épouse doit donc être convoquée à l'audience de conciliation avant que ne soit donnée l'autorisation judicaire de dresser l'acte adoulaire. Dans le cas où l'épouse ne comparaît pas, le juge après avoir recherché son adresse et s'être assuré que l'adresse fournie par le mari est exacte, peut autoriser ce dernier à faire dresser l'acte adoulaire.
L'article 81 alinéa 4 et 5 du Code de la famille prévoit que : « *s'il apparaît que l'adresse de l'épouse est inconnue, le tribunal recourt à l'aide du ministère public pour rechercher ladite adresse.*
Lorsqu'il est établi que l'époux a utilisé des manœuvres frauduleuses, la sanction prévue à l'article 361 du code pénal lui est applicable à la demande de l'épouse ». Cette sanction est justifiée mais, encore faudrait-il que l'épouse en fasse la demande.

[293] Article 82 alinéa 2 du Code de la famille.

La présence d'enfants dans le couple favorise un système encore plus « conciliateur ». Car dans ce cas, deux tentatives de conciliation sont prévues, espacées de trente jours maximum[294]. Le juge doit fixer une pension alimentaire en appréciant la situation des enfants antérieurement à la dissolution du mariage[295].

Lorsque la tentative de conciliation a permis une réconciliation du couple, un procès verbal est établi[296]. En revanche, lorsqu'elle a abouti à un échec, la procédure de dissolution est enclenchée.

À l'issue de la tentative de conciliation, le juge fixe le montant que le mari va devoir déposer au greffe dans un délai maximum de trente jours[297]. Ce n'est que lorsque l'époux aura consigné la somme dans le délai imparti, que le tribunal délivrera une autorisation pour faire dresser l'acte adoulaire[298]. Celui-ci vise à formaliser la déclaration de répudiation du mari.

L'enregistrement de la répudiation par la volonté de l'époux intervient donc après que l'époux ait exprimé sa volonté de répudier son épouse devant les deux *adouls*. Un acte de dissolution du mariage est alors dressé par ces derniers[299]: la répudiation de l'épouse par son mari devient effective.

Puis, cet acte adoulaire de dissolution du mariage fait l'objet d'une homologation par le juge[300]. Il ne s'agit pas ici d'une innovation dans la mesure où la réforme de 1993 l'avait déjà envisagée[301]. Pour autant, la procédure n'est pas terminée car l'article 87

---

[294] L'article 82 alinéa 2 *in fine* du Code de la famille précise : « *En cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours* ».
[295] Article 85 du Code de la famille.
[296] Article 82 alinéa 3 du Code de la famille.
[297] Article 83 du Code de la famille.
[298] L'article 87 alinéa 1er du Code de la famille indique que : « *dès que le montant exigé est consigné par l'époux, le tribunal l'autorise à faire instrumenter l'acte de divorce par deux adoul dans le ressort territorial du même tribunal* ».
[299] L'article 138 du Code de la famille prévoit que : « *le document constatant le divorce sous contrôle judiciaire est dressé par deux adoul, légalement habilités à cet effet, après autorisation du tribunal et sur proposition du document établissant le mariage* ».
[300] L'article 87 alinéa 2 du Code de la famille dispose que : « *dès homologation par le juge du document établissant le divorce, un exemplaire en est transmis au tribunal qui l'a autorisé* ».
[301] Il importe de rappeler que la loi du 9-10 septembre 1993 avait instauré la judiciarisation de l'enregistrement de la répudiation après une procédure en principe contradictoire. Le juge avait pour mission principale de s'assurer

alinéa 2 du Code de la famille dispose que: « *dès homologation par le juge du document établissant le divorce, un exemplaire en est transmis au tribunal qui l'a autorisé* ». Cela signifie que le juge de l'homologation n'est pas le même que celui qui a été saisi en premier.

Le tribunal, après avoir accusé réception de l'acte adoulaire homologué, rend systématiquement une décision motivée. Celle-ci permet de retracer les différentes étapes procédurales et elle fournit aussi certaines informations sur l'identification des époux, des enfants, les allégations et les demandes des parties, les preuves et exceptions présentées ainsi que les conclusions du ministère public[302].

Le texte est avare de détails en ce qui concerne le suivi de la procédure par l'épouse. L'article 140 du Code de la famille indique simplement que: « *le document établissant le divorce sous contrôle judiciaire revient à l'épouse et doit lui être remis dans un délai de quinze jours suivant la date à laquelle le document a été dressé. L'ex-époux a le droit d'obtenir une expédition dudit document* ».

Le Code de la famille distingue le divorce révocable (*Rjii*)[303] du divorce irrévocable (*Baïn*). Ainsi, **«** *tout divorce du fait de l'époux est révocable »*[304], c'est le cas du divorce pour serment de continence et du divorce pour défaut d'entretien[305]. Cela signifie que le divorce à l'initiative de l'époux n'est pas définitif, et que les liens du mariage ne sont pas encore irrémédiablement dissous. Débute alors une période de viduité, l'*idda*[306]. Ce n'est qu'à l'issue de cette période[307] que l'épouse est « *définitivement séparée de son époux* »[308].

---

que l'épouse avait été régulièrement convoquée et ensuite de tenter la réconciliation des époux. Puis le mari était autorisé à faire enregistrer sa répudiation devant deux *adouls*. La réforme de 2004 a introduit quelques nouveautés.

[302] Ou encore sur l'éventuel grossesse de l'épouse, sur les modalités du droit de garde et du droit de visite et sur le montant des pensions ; article 88 du Code de la famille.

[303] Il est question ici de la répudiation « *raj'i* » que nous avons précédemment évoqué dans le chapitre Ier. « *Rjii* » et « *raj'i* » voulant tout deux signifier « retour ».

[304] Article 123 du Code de la famille.

[305] Article 122 du Code de la famille.

[306] L'article 136 du Code de la famille dispose que : « *la période de viduité que doit observer la femme non enceinte est de :*
1) trois périodes intermenstruelles complètes pour celle sujette au flux menstruel ;
2) trois mois pour celle qui n'a jamais été sujette aux flux menstruel ou celle qui a atteint la ménopause. Si elle a ses menstrues avant la fin de la période de viduité, celle-ci est prolongée de trois périodes intermenstruelles ;
3) trois mois après une attente de neuf mois pour celle dont les menstrues sont tardives ou qui ne peut distinguer le flux menstruel d'un autre écoulement sanguin ».

Tout divorce prononcé par le tribunal est irrévocable[309]. Est irrévocable, « *le divorce prononcé à la suite de deux précédents divorces successifs, du divorce intervenu avant la consommation du mariage, du divorce par consentement mutuel, du divorce par Khol' et de celui qui résulte d'un droit d'option consenti par l'époux à son épouse* »[310]. Dès lors, le mariage est immédiatement dissout[311].

Le divorce sous contrôle judiciaire, autant dire la répudiation, est donc établie par acte adoulaire (après autorisation du tribunal). Cela signifie que dans un premier temps, la rupture est autorisée par un premier juge, puis acté par deux professionnels du droit : les *adouls*. Ensuite elle est homologuée par un autre juge, et enfin elle fait l'objet d'un contrôle par le premier juge. La procédure est très spécifique pour ne pas dire complexe.

Afin d'illustrer notre propos et aussi de faciliter la compréhension de la procédure de la répudiation marocaine, nous avons dressé un schéma reprenant l'ensemble de la procédure du divorce sous contrôle judiciaire. Précisons que les articles renvoient au Code de la famille.

Ainsi, le délai de continence ne débute qu'à partir de l'enregistrement de la répudiation ou du prononcé du divorce. L'*idda* a lieu en principe au domicile conjugal suivant les termes de l'article 131 du Code de la famille. La période de viduité de la femme enceinte est envisagée aux articles 133 à 135 du Code de la famille.

[307] Articles 129 à 131 du Code de la famille. L'article 129 dudit Code indique que : « *la période de viduité commence à compter de la date du divorce sous contrôle judiciaire, du divorce judiciaire, de la résiliation du mariage ou du décès de l'époux* ».

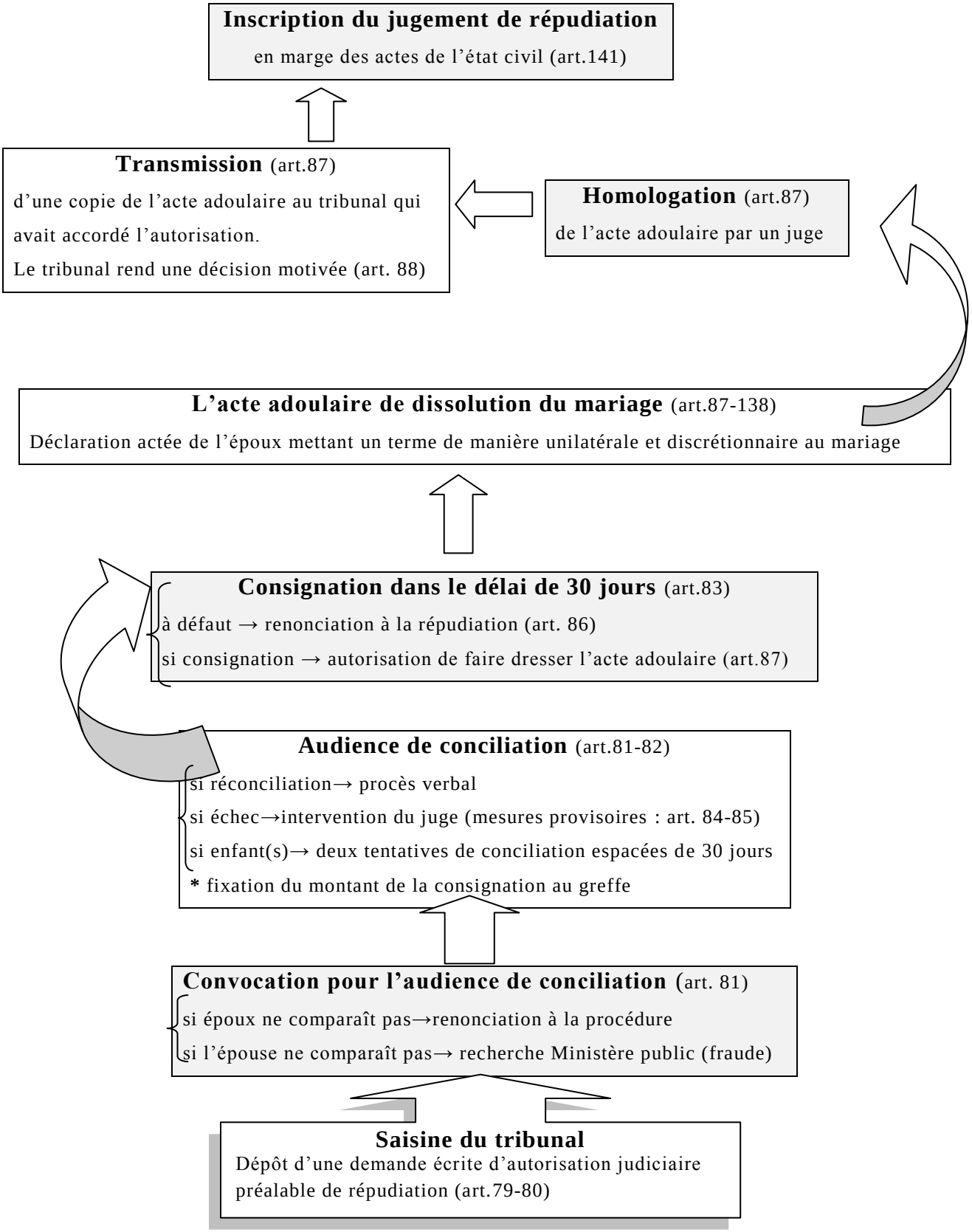
[308] Article 125 du Code de la famille.

[309] L'article 122 du Code de la famille précise tout de même qu'« *à l'exception du divorce pour serment de continence et du divorce pour défaut d'entretien* ».

[310] Article 123 du Code de la famille.

[311] Cela n'empêche pas pour autant « *la conclusion d'un nouvel acte de mariage entre les mêmes époux* » (article 126 du Code de la famille). L'article 127 dudit Code dispose que : « *le divorce prononcé à la suite de deux précédents divorces successifs dissout immédiatement les liens conjugaux et interdit le remariage avec l'épouse divorcée, à moins que celle-ci n'ait observé la période de viduité, consécutive à la dissolution d'un autre mariage, effectivement et légalement consommé avec un autre époux* ».

LA RÉPUDIATION JUDICIAIRE MAROCAINE



La répudiation demandée par l'épouse suit-elle le même chemin procédural ?

b) La répudiation de l'épouse par elle-même : un droit d'option concédé, le *tamlik*

Le *tamlik* est une clause insérée dans l'acte de mariage par laquelle le mari délègue à son épouse un pouvoir de répudiation unilatéral et discrétionnaire. Cela revient à une répudiation de l'épouse par l'épouse. C'est en réalité un droit d'option qui peut être concédé par le mari lors du mariage : ce droit est irrévocable[312].

L'article 89 du Code de la famille précise que : « *Si l'époux consent le droit d'option au divorce à l'épouse, celle-ci peut l'exercer en saisissant le tribunal d'une demande, conformément aux dispositions des articles 79 et 80 ci-dessus.*
Le tribunal s'assure que les conditions du droit d'option sur lesquelles les conjoints se sont mis d'accord sont réunies. Il entreprend la tentative de conciliation, conformément aux dispositions des articles 81 et 82 ci-dessus.
Si la conciliation n'aboutit pas, le tribunal autorise l'épouse à faire instrumenter l'acte de divorce par deux adoul et statue sur ses droits et, le cas échéant, sur ceux des enfants, conformément aux dispositions des articles 84 et 85 ci-dessus (…) ».

Dans cette hypothèse, l'épouse doit suivre la même procédure que celle décrite précédemment. On ne saurait dire si dans la pratique une telle concession est fréquente. Reste que la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage par l'époux ou par l'épouse intervient dans le cadre d'un divorce dit sous contrôle judiciaire. Mais cette rupture existe aussi dans le cadre d'un divorce judiciaire. Il serait particulièrement intéressant de s'interroger sur les principales caractéristiques de ce dernier.

2°. Le divorce judiciaire, le *tatliq*

Le *tatliq* est régi par les articles 94 à 113 du Code de la famille. Ce divorce judicaire est prononcé par le tribunal et regroupe différents cas de divorce. On distingue le divorce pour raisons de discorde (a) et le divorce pour d'autres causes (b).

[312] Article 89 *in fine* du Code de la famille.

a) Le divorce pour raison de discorde, le *chiqaq* : une sortie de crise, une demande de divorce unilatérale

Le divorce judiciaire sur demande de l'un des époux pour raison de discorde *chiqaq*[313] constitue une innovation majeur de la réforme. Il donne la possibilité à chacun des époux de mettre un terme à leur union en raison d'un différend qui les oppose. L'article 94 du Code de la famille précise que: « *lorsque les deux époux, ou l'un d'eux demandent au tribunal de régler un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à leur discorde, il incombe au tribunal d'entreprendre toutes tentatives en vue de leur conciliation, conformément aux dispositions de l'article 82 ci-dessus* ».

Ici encore, le législateur marocain a voulu mettre en avant le mécanisme de la conciliation[314]. La procédure est enfermée dans un délai maximum de six mois[315]. En cas d'échec, et si la volonté de désunion persiste, le juge dresse alors un procès verbal et statue sur le divorce conformément aux dispositions des articles 83, 84 et 85 du Code de la famille. Il prend également en compte la responsabilité de chacun dans la rupture afin d'évaluer la réparation du préjudice subit par l'époux lésé.

Ce cas de divorce permet aussi à l'épouse de fonder son action en divorce lorsqu'elle refusé la polygamie, ou lorsqu'elle ne parvient pas à prouver le préjudice qu'elle a subi dans le cadre d'un divorce pour manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage ; pour préjudice[316] , ou lorsqu'elle refuse la reprise de la vie commune pendant le délai de viduité[317] ou encore lorsque l'époux ne consent pas au *Khol'*[318].

[313] Articles 94 à 97 du Code de la famille.
[314] Articles 95 et 96 du Code de la famille.
[315] Article 97 du Code de la famille.
[316] Article 100 du Code de la famille.
[317] Article 124 alinéa 3 *in fine* du Code de la famille. Pendant le délai de viduité, l'époux peut décider de reprendre le cours de la vie conjugale. Toutefois, l'épouse dispose de la faculté de choisir de la reprise ou non de la vie maritale. Sous l'empire de l'ancien code (article 68), lorsque le mari déclarait vouloir reprendre son épouse, cette dernière était contrainte de reprendre la vie commune. L'article 124 alinéa 2 et 3 du Code de la famille de 2004 prévoit que : « *L'époux qui désire le rétablissement des liens conjugaux avec son épouse, après un divorce révocable, doit faire établir l'acte de reprise par deux adoul, lesquels en informent immédiatement le juge. Le juge doit, avant d'homologuer l'acte de reprise, convoquer l'épouse pour l'en informer* ».
[318] Le *khol'* est une procédure de divorce sous contrôle judiciaire. L'article 120 alinéa 2 du Code de la famille dispose que : « *si l'épouse persiste dans sa demande de divorce Khol' et que l'époux s'y refuse, elle peut recourir à la procédure de discorde* ». Le refus de l'époux ne constitue pas un obstacle à la volonté de l'épouse de mettre un terme au mariage.

Le divorce pour raison de discorde est un cas de divorce « bilatéralisé », dans la mesure où il appartient aux deux époux. Il s'agit d'un divorce discrétionnaire car il n'est pas nécessaire d'invoquer une raison objective de dissolution, la discorde persistante entre les époux étant suffisante. Ainsi, ces derniers disposent ensemble d'un droit unilatéral et discrétionnaire de rupture du mariage. Pour autant, lorsque le grief est clairement identifié, le divorce à la demande de l'épouse manque de « discrétion ».

b) Le divorce à la demande de l'épouse pour d'autres causes : une absence de « discrétion »

Dans ce cas, le divorce à la demande de l'épouse doit se fonder sur une cause précise en raison :

1°. D'un manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage ou pour préjudice[319] ;

2°. De défaut d'entretien[320] ;

3°. D'absence du mari[321] ;

4°. De vice rédhibitoire[322];

5°. Du serment de continence (*Ilaa*) ou du délaissement (hajr)[323].

L'épouse doit prouver les faits qu'elle invoque et lorsqu'elle n'y parvient pas, il lui reste la possibilité d'opter pour un divorce pour raison de discorde. Dès lors que le principe de la rupture est acquis, aucun recours n'est possible[324].

Selon le Professeur Marie-Laure Niboyet, aujourd'hui la femme marocaine « *avec l'élargissement des causes du divorce, et surtout l'introduction du divorce pour*

[319] Articles 99 à 101 du Code de la famille. La preuve se fait par tout moyen.
[320] Articles 102 et 103 du Code de la famille.
[321] Articles 104 à 106 du Code de la famille. L'absence entraine la violation du devoir de cohabitation. Concrètement, il peut s'agir de l'époux emprisonné. Lorsque c'est la femme qui déserte le domicile conjugal, le mari dispose d'une action en réintégration ; l'article 195 du Code de la famille précise que l'épouse qui refuse après condamnation de réintégrer le domicile conjugal, perd son droit à pension alimentaire.
[322] Articles 107 à 111 du Code de la famille. Il est question de vices empêchant les rapports conjugaux, mais aussi de maladies mettant en danger la vie ou la santé de l'autre époux (dont la guérison sur une année n'est pas envisageable). Le vice peut survenir avant ou au cours du mariage. Cependant, l'époux qui avait accepté « le vice » ne peut par la suite invoquer ce cas de dissolution.
[323] Article 112 du Code de la famille. Un délai de quatre mois est laissé au mari avant que le tribunal ne prononce le divorce.
[324] Article 128 alinéa 1er du Code de la famille.

désunion, n'est plus soumise à la seule volonté discrétionnaire du mari. Elle a un réel accès au divorce »[325]. Elle ajoute que désormais, l'épouse ne sera plus contrainte de recourir au *Khol'*. En ce sens la réforme marocaine s'inscrit dans un cadre progressiste.

B. – Le divorce unilatéral et discrétionnaire marocain : une réforme progressiste

En matière de répudiation de la femme par le mari, le réel progrès réside dans l'aspect judiciaire de la rupture du mariage. Tout particulièrement la contrainte financière mise à la charge du mari (1°). Par ailleurs, après sept années d'application, force est de constater que le bilan est assez mitigé (2°).

1°. La judiciarisation du *tâlaq*, la contrainte financière : une efficacité remarquable

À l'issue de la tentative de conciliation, si le mari ne parvient pas à « consigner » la somme, cette incapacité financière se traduira par une renonciation à la répudiation, car elle-ci a un prix que l'époux doit pouvoir payer. Lorsque le juge constate que le mari ne peut s'acquitter des droits dus à sa femme dans le délai imparti de trente jours, la répudiation ne sera pas prise en compte, on considère qu'il a renoncé à son intention de répudier[326].

En outre, le juge peut avant toute procédure au fond, envisager les conséquences pécuniaires de la rupture[327]. L'article 84 prévoit que le mari doit verser à son épouse

[325] M.-L. NIBOYET, « *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes* », *RIDC* 2006. 41.
[326] L'article 86 du Code de la famille précise que : « *Si l'époux ne consigne pas le montant prévu à l'article 83 ci-dessus dans le délai imparti, il est censé renoncer à son intention de divorcer. Cette situation est constatée par le tribunal* ».
[327] Articles 83 à 86 du Code de la famille.

le reliquat du *sadaq*, la pension de retraite légale l*'idda*, le don de consolation *mu'ta*[328], et aussi pourvoir à son hébergement pendant l*'idda*.

L'article 85 du Code de la famille précise les droits dus aux enfants, notamment en matière de pension alimentaire, qui est évaluée « *en tenant compte de leurs conditions de vie et de leur situation scolaire avant le divorce* ». Pèse ainsi sur le mari une véritable menace financière à laquelle il se doit de bien réfléchir : il ne pourra se désengager des liens du mariage que s'il peut matériellement payer les droits dus à l'épouse et aux enfants[329]. L'on peut se demander si la répudiation serait amenée à devenir un mode de dissolution du mariage réservé aux plus aisés. Le marocain modeste peut-il encore envisager la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage ?

Il n'en demeure pas moins qu'en 2004, cette réforme était présentée comme « révolutionnaire »[330], renforçant la cellule familiale et les droits de l'épouse. Qu'en est-il sept années plus tard ? On peut également s'interroger sur la situation de la femme marocaine répudiée ayant un lien caractérisée avec la France.

2°. Un bilan mitigé

La mise en œuvre du Code de la famille n'a pas été simple, en raison notamment d'un décalage entre la culture, le droit et la religion (a). Mais ce Code a tout de même permis de renforcer la protection de la femme marocaine en matière de rupture unilatérale abusive (b).

[328] L'article 84 du Code de la famille prévoit que : « *les droits dus à l'épouse comportent : le reliquat du Sadaq, le cas échéant, la pension due pour la période de viduité (Idda), et le don de consolation (mout'â) qui sera évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.*
Durant la période de viduité (Idda), l'épouse réside dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement qui lui convient et en fonction de la situation financière de l'époux. Á défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement, qui sera également consigné au secrétariat-greffe du tribunal, au même titre que les autres droits dus à l'épouse ». Dans le rite malékite la *mut'a* est facultative. Le législateur marocain, entend en faire un don obligatoire évalué en fonction du « *degré d'abus dans l'exercice de la répudiation* ».

[329] Le montant des sommes dues à l'épouse est apprécié par le tribunal en fonction du bien-fondé du ou des motifs de la demande de divorce.

[330] Madame Delphine Dematheiu affirme que cette « révolution » du droit de la famille, place le Maroc dans le peloton de tête des pays arabo-musulmans pour le statut de la femme ; D. DEMATHIEU, « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui : quels changements ?* », *op. cit.*, p. 195.

a) Un décalage culture-droit-religion

À peine une année après la réforme, un premier bilan était dressé par l'Association des Droits de la Femme Marocaine (ADFM). Sa présidente[331] déclarait que la réforme se heurte, dans son application, à de nombreuses résistances (de la part de certains juges), à une méconnaissance des nouvelles dispositions[332] (de la part des femmes) et à un manque de moyens matériels et humains pour faire appliquer les jugements. Elle affirmait qu'une grande disparité géographique et sociale ne permettait pas une application uniforme de la législation en matière familiale.

En effet, malgré le développement de l'urbanisme, un écart considérable est constaté entre l'urbain et le rural. D'autant qu'il existe un fort conditionnement de la société traditionnelle marocaine. Or, la réforme doit aussi s'accompagner d'un changement des mentalités. Car, si le pays réussit progressivement sa transition politique, culturellement le pas est loin d'être franchi. Il est plus aisé de faire évoluer le système législatif, par le biais de réformes et de discussions parlementaires, que de faire changer des coutumes et des visions considérées comme des règles absolues.

Par exemple, quand bien même le législateur a relevé l'âge du mariage à 18 ans, il semblerait que les mariages des mineurs soient encore nombreux.

Prenons encore l'exemple du droit de reprise en cas de répudiation : le législateur accorde une véritable faculté pour l'épouse de contrer la volonté du mari. Mais concrètement, comment pourrait-elle exprimer son refus dans une société où la tradition est que plus jamais ancrée dans les mentalités ? Dans la pratique, l'épouse qui refuserait de reprendre la vie commune serait considérée comme la cause de rupture du mariage, même si elle n'était pas à l'origine de la demande. Il est

[331] Madame Rabéa Naciri, Présidente en 2005 de l'ADFM de Rabat ; Citée par D. DEMATHIEU, *Ibidem.*

[332] Cela est principalement dû au problème d'alphabétisation et de scolarisation notamment des femmes : le taux d'alphabétisation des femmes est assez faible. En 1994, le taux d'analphabétisme s'élève à 67% chez les femmes et 41% chez les hommes. Ce taux est bien plus élevé pour les populations rurales et couches sociales pauvres ; 10 millions de personnes sont analphabètes, dont une majorité sont des femmes (62%). Il existe aussi des inégalités spatiales : les femmes rurales souffrent plus de l'analphabétisme que les citadines. Parmi les enfants analphabètes de 7 à 15 ans 27, 4% sont des garçons et 40,6% sont des filles. Cet écart témoigne d'une longue discrimination dont sont victimes les filles. Un « Plan d'action de lutte contre l'analphabétisme pour un développement global » a été mis en place en 2003. Les femmes y constituent une cible prioritaire ; H. ZERARI, « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui : quels changements ?* », *op. cit*., p. 70.

extrêmement difficile pour elle, tant matériellement que psychologiquement, d'envisager d'exercer cette liberté de choix que lui offre la loi. Les traditions restent en ce domaine assez tenaces, voire nuisibles à la condition féminine.
Néanmoins, il ne faut pas occulter les progrès réalisés en matière de protection du droit des femmes face au pouvoir abusif de certains hommes.

b) Une avancée majeure dans la protection de la femme marocaine

À l'origine, cette reforme a suscité de vives contestations de la part des islamistes conservateurs. C'est la raison pour laquelle le législateur marocain a tenu à justifier point par point la compatibilité entre les règles nouvelles et les préceptes coraniques[333]. Cette réforme du Code de la famille a constitué un moment important dans l'histoire du Maroc. Elle a été l'aboutissement d'une mobilisation nationale autour d'un projet de société porté par le mouvement des femmes et soutenues par une société civile acquise au projet[334]. La question des femmes a été portée sur le devant de la scène publique. Longtemps confinée dans l'espace privé familial, la répudiation fait désormais partie de l'espace public et politique.

Le 10 octobre est désormais célébré la journée nationale de la femme marocaine[335].

En 2003, on dénombre 37 548 cas de *talâq* (rupture unilatérale du mari, *Khùl*, *tamlik*) contre 10 449 en 2004. Il semblerait que l'on assiste à une baisse des répudiations à l'initiative du mari : 11 776 cas en 2003, contre 2908 en 2004[336]. On assiste à une montée des divorces demandés par l'épouse, soit 45% d'augmentation[337]. Il importe de préciser qu'aujourd'hui, on manque d'éléments statistiques pour pouvoir évaluer l'impact réel de la réforme en termes de chiffres.

---

[333] Par exemple concernant la dot, à l'époque préislamique, elle allait aux parents de la femme. L'Islam est venu contrer cette pratique en affirmant qu'elle revient à l'épouse. L'article 29 du Code de la famille reproduit cette règle.
[334] H. ZERARI, « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui : quels changements ?* », *op. cit.*, p. 78.
[335] En plus de la journée internationale de la femme le 8 mars. Le 10 octobre correspond au jour de la présentation du projet de la réforme du Code de la famille par le Roi Mohamed VI en 2003.
[336] Statistiques communiquées par le Ministère de la justice marocain ; cités par Fatna SAREHANE, « *La répudiation, quels obstacles pour les marocains résidant en France ? Exercice au Maroc et reconnaissance en France* », *RIDC* 2006. 57.
[337] *Ibidem.*

Il n'en demeure pas moins que le statut politique et social de la femme marocaine est en pleine progression. Il semblerait qu'elles soient de plus en plus nombreuses à prendre conscience des droits que leur accorde la loi. S'il est vrai que le caractère unilatéral et discrétionnaire de la répudiation subsiste, et qu'elle reste une prérogative maritale importante, la réforme de 2004 tend malgré tout à un rééquilibrage au niveau des droits[338].

En 2005, le rapport annuel sur l'application du Code de la famille retient qu'en: «*comparaison avec la situation antérieure le nouveau Code constitue une avancée des droits de la femme et de son statut social tout en réduisant les déséquilibres qui existent encore* »[339]. La répudiation n'est plus absolue ; les conditions strictes posées par le législateur marocain visent à décourager le recours à cette institution. Selon le Professeur Fatna Sarehane, « *le temps des répudiations expéditives est désormais révolu* »[340]. Dorénavant, l'époux marocain établit en France (ou ailleurs) ne peut plus répudier aisément son épouse au cours d'un séjour dans son pays natal.

Pourtant, au regard d' un arrêt de la Cour de cassation en date du 14 janvier 2009, il est tout de même permis de soulever les limites dites efficaces du droit marocain de la famille[341]. En l'espèce, le mari a contourné la procédure du divorce sous contrôle judiciaire en demandant le divorce pour raison de discorde. L'épouse répudiée au Maroc avait alors invoqué à l'appui de son pourvoi, la fraude aux droits de la défense

[338] Lors de son discours introductif, le roi insiste sur le droit d'option de l'épouse : « *Il convient de renforcer les mécanismes de conciliation et d'intermédiation en faisant intervenir la famille et le juge. Si le pouvoir de répudiation revient au mari, l'épouse en a également la prérogative, par le biais du droit d'option. Dans tous les cas de figure, il faudra, avant d'autoriser la répudiation, s'assurer que la femme répudiée bénéficiera de tous les droits qui lui sont reconnus. Par ailleurs, une nouvelle procédure de répudiation a été adoptée. Elle requiert l'autorisation préalable du tribunal et le règlement des droits dus à la femme et aux enfants par le mari, avant l'enregistrement du divorce. Elle stipule, en outre, l'irrecevabilité de la répudiation verbale dans des cas exceptionnels* » ; Discours royal prononcé à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la VIIe législature, inséré dans le Préambule du nouveau Code de la famille, 6°).

[339] *Rapport annuel sur l'application du Code de la famille*, La Ligue démocratique pour le droit des femmes, Centre d'information des femmes marocaines, 2005 ; cité par M.-C. FLOBETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *op. cit*., p. 524.

[340] Fatna SAREHANE, « *La répudiation, quels obstacles pour les marocains résidant en France ? Exercice au Maroc et reconnaissance en France* », *RIDC 2006*. 52.

[341] En l'espèce, l'époux obtient du juge marocain un divorce pour raison de discorde. Il oppose à l'ordonnance de non-conciliation du JAF français le jugement marocain de divorce et invoque l'autorité de la chose jugée. Les juges du fond procèdent à l'annulation de ladite ordonnance au motif que le juge marocain a été saisit en premier et qu'ils se déclarent incompétents pour apprécier la régularité de la décision de divorce intervenue au Maroc ; Cass. 1re Civ., 14 janvier 2009, « *Retour sur la litispendance internationale et la reconnaissance des décisions étrangères en matière de divorce* » ; *RJPF* 2009, obs. T. GARE, p. 19.

en raison de l'absence de convocation pour comparaître devant le juge marocain. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel et affirme qu'il appartient au juge français « *de contrôler la régularité internationale de la décision étrangère* »[342]. Au-delà de la motivation de l'arrêt, il semblerait tout de même qu'en pratique, l'époux marocain parvienne encore à répudier son épouse à son insu.

Si le législateur marocain a permis de freiner les répudiations expéditives par des garanties pécuniaires contraignantes, celles-ci ne constituent pas pour autant un frein efficace. Par ailleurs, face à ce droit de la famille marocain en mouvance, le juge français n'en reste pas moins sceptique[343].

[342] *Ibidem.*

[343] Cass. 1re Civ., 4 novembre 2009 ; Gwendoline LARDEUX, « *Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille* », *D.* 2010, pp. 543 et suiv. En l'espèce, la Cour de cassation refuse de reconnaître les effets d'une répudiation marocaine en France. L'époux arguait notamment le fait que les juges du fond n'ont pas considéré la teneur du droit marocain qui assurait « *globalement, une égalité des époux lors de la dissolution du mariage* ». Par ailleurs, il contestait l'appréciation *in abstracto* retenue par les juges du fond. La Cour de cassation condamne très clairement l'institution de la répudiation et affirme que : « *la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et 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 (...) et donc à l'ordre public international* ».

Conclusion

La réforme marocaine de 2004 a surtout permis d'encadrer judiciairement la répudiation unilatérale et discrétionnaire abusive du mari. En outre, le législateur marocain a renforcé les droits de l'épouse en élargissant les causes de divorce mise à sa disposition et en instituant le divorce pour raison de discorde.

Pour autant, selon certains auteurs, cette réforme, aussi importante soit-elle, reste tout de même assez ambivalente. Selon le Professeur Ali Mezghani, la réforme de 2004 n'a pas véritablement rompu avec le passé : la répudiation est maintenue tout en étant insérée dans un cadre procédural assez contraignant pour le mari. Il se demande si l'acte judiciaire constitue une « véritable décision »[344]. Il va même plus loin en affirmant que les droits de la femme ne se sont pas améliorés mais simplement énumérés à l'article 84 du Code de la famille[345]. Au niveau procédural, il constate qu'il n'y pas un interlocuteur unique : les parties sont face à des professionnels du droit différents. Ainsi, comme il a été examiné précédemment, le juge-notaire appose son cachet sur les actes dressés par les *adouls* pour la répudiation, il recueille aussi l'acceptation de l'épouse en cas de reprise de la vie commune. C'est le tribunal en audience collégiale, de trois juges disposant d'une compétence gracieuse, qui va pouvoir dresser l'acte de répudiation[346].

Le Professeur Mezghani fait également remarquer que le législateur marocain a déclaré que le juge disposait d'un pouvoir d'appréciation et que, suivant les termes de l'article 400 du Code de la famille, lorsque le texte parait « obscur », le juge est tenu de se conformer « *au rite malékite et à l'effort jurisprudentiel (ijtihad) qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'islam en matière de justice, d'égalité et*

[344] Ali MEZGHANI, « *Quelle tolérance pour les répudiations ?* », *RIDC* 2006. 62

[345] L'article 84 du Code de la famille dispose que : « *Les droits dus à l'épouse comportent : le reliquat du Sadaq, le cas échéant, la pension due pour la période de viduité (Idda) et le don de consolation (Mout'â) qui sera évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux. Durant la période de viduité (Idda), l'épouse réside dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement qui lui convient et en fonction de la situation financière de l'époux. A défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement, qui sera également consigné au secrétariat-greffe du tribunal, au même titre que les autres droits dus à l'épouse* ».

[346] M.-C. FLOBETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *op. cit.*, p. 551.

des bons rapports de la vie commune » [347]. On retient qu'il s'agit alors d'un pouvoir d'appréciation « éclairé »[348].

Nous considérons que ces critiques sont certes fondées, mais que cette réforme de 2004 s'inscrit dans un cadre progressiste et qu'il appartient dès lors à chacun d'œuvrer pour une application conforme à l'esprit qui l'a guidé. Les progrès sont lents, néanmoins présents. Il convient donc de saluer l'initiative marocaine et de constater que, dans quelques années, les progrès réalisés en matière de répudiation seront plus visibles.

Le Maroc semble avoir véritablement amorcé un changement : qu'en est-il de son voisin algérien ?

[347] Article 400 du Code de la famille. Des auteurs ajoutent que « *le texte en langue arabe renvoie au droit musulman de rite malékite et à l'effort jurisprudentiel, alors que la formulation française risque de faire croire qu'il s'agit d'un choix dans le chef du juge : « rite malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel* » ; M.-C. FLOBETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *op. cit.*, p. 525.

[348] Cette critique peut s'étendre au juge musulman et pas seulement au juge marocain. En effet, « *le juge sans trancher un conflit, sans exiger que le mari légitime son acte, sans disposer d'un pouvoir d'appréciation sur les raisons qui ont déterminé le répudiateur à se séparer de sa femme, se contente dans les limites de sa juridiction gracieuse, de faire enregistrer la décision du mari ou de l'homologuer, ou d'en contrôler la régularité formelle* » ; Y. LINANT DE BELLEFONDS, « *La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui* », *RIDC* 1962. 521-522.

Section II. – L'Algérie : la réforme « *des petits pas* »[349]

Pays riche en enseignement historique[350], l'Algérie est une République Démocratique et Populaire depuis à peine un demi-siècle[351]. Elle entretient des liens particuliers avec la France, en raison d'un passé commun[352].

L'histoire commença par un banal incident diplomatique le 30 avril 1827 au cours duquel le Dey d'Alger Hussein s'était permis « un coup d'éventail » au Consul Deval. Interprété comme un affront, cet acte motiva le blocus d'Alger. Précisons qu'à cette époque, le régime politique français est dans une phase d'instabilité : la Restauration sous Louis-Philippe s'inscrit dans un cadre assez houleux[353]. L'expédition d'Alger décidée en 1830 permet, dans une certaine mesure, de créer une diversion. Jusqu'en 1834[354], l'occupation de l'Algérie se limite aux côtes. En France, cette opération est loin de faire l'unanimité et certains députés demandent même l'évacuation ; ce qui explique qu'entre 1834 et 1839, l'occupation est restreinte. Mais à partir de 1840, des colons s'installent massivement en Algérie. Et en 1847 on compte 109 000 européens contre 25 000 en 1840[355].

Cette conquête de l'Algérie s'est étalée sur plusieurs années en raison notamment de la résistance algérienne incarnée par l'Émir Abdel Kader, figure illustre du nationalisme algérien qui lutta jusqu'en 1847[356].

---

[349] Kamel SAÏDI, « *La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation* », *RIDC* 2006.120.

[350] Exposition Paris, Institut du Monde Arabe, 22 septembre 2003-25 janvier 2004, *L'Algérie en héritage, art et histoire*, éd. Acte Sud, 2003.

[351] Jean LACOUTURE, *L'Algérie algérienne*, éd. Gallimard, 2008.

[352] Georges FLEURY, *Comment l'Algérie devint française 1830-1848*, éd. Perrin, 2008 ;
Nadir MAROUF (dir.), *Le fait colonial au Maghreb, Ruptures et continuités*, éd. L'Harmattan, CEFRESS Université de Picardie- Jules Verne, Amiens, 2007 ;
Pierre BOURDIEU, *Sociologie de l'Algérie*, éd. PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001.

[353] Jean-Jacques CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Coll. Classic, 9e éd. Armand Colin, Paris, 2001, pp. 216 et suiv.

[354] L'ordonnance du 22 juillet 1834 marque le début de l'annexion officielle de l'Algérie à la France ; Pierre LAMPUE, « *Les lois applicables en Algérie* », in *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, janvier-mars, LGDJ, 1950, p. 4.

[355] Jean MARTIN, *Lexique de la colonisation française*, « *Algérie* » ; Dalloz, 1988, p. 14.

[356] Abdel Kader est né en 1808 près de Mascara en Algérie (mort en 1883 à Damas en Syrie). Il appartient à une famille de chefs religieux qui descendrait des Califes Fatimides. Il prend la tête du mouvement de résistance lors de l'occupation française. Il remporte quelques victoires, et avec le traité du 26 février 1834 il acquiert une souveraineté territoriale, la victoire de Macta en 1835 conforte sa position d'opposant, mais il rencontre aussi des

Dès 1848, la colonisation de l'Algérie connait un regain d'attention : des villages de colonisation sont créés et des chômeurs français s'y installent. L'administration du pays est alors organisée en trois départements, dont chacun est dotés de conseils généraux. De 1852 à 1870, la France achève la conquête du territoire algérien[357] et en 1858, la question algérienne est si importante qu'un Ministère de l'Algérie au sein du gouvernement est créé.

Toutefois, concrètement, les modalités d'application de la législation française en Algérie étaient problématiques en raison des spécificités locales[358]. Il n'était pas possible de faire abstraction des règles coutumières et encore moins de nier l'existence d'un droit oral d'essence islamique. Cela explique que dès l'origine, l'institution de la répudiation a suscité quelques incompréhensions du côté français. Afin de réguler le phénomène des répudiations et de contrer leurs effets négatifs, le législateur français n'a pas hésité à intervenir. C'est ainsi qu'il a permis l'application du droit musulman pour la communauté musulmane et l'application du droit mosaïque pour la communauté juive[359]. Il ne s'agissait pas de concéder aux algériens un quelconque avantage ou privilège, mais de veiller à ne pas leur reconnaître les mêmes droits que ceux des citoyens français[360].

échecs avec les pertes de Mascara, Saïda, Tlemcen et Smalah en 1843. Il est dans l'obligation de se rendre le 23 décembre 1847, interné à Toulon, à Pau et à Amboise, l'Émir est finalement libéré en 1851 par Napoléon III. Abdel Kader a reçu la Grand-Croix de la Légion d'honneur en raison notamment de son action auprès des chrétiens lors de l'insurrection de druze à Damas en 1860. Benjamin STORA, *Histoire de l'Algérie coloniale 1830-1954*, éd. La Découverte, 2004.

[357] Les Aurès en 1849, Les Oasis du Sud en 1852-1854, la Kabylie en 1857.

[358] En Kabylie, la femme ne pouvait pas demander le divorce ni venir à la succession de son mari. Ce dernier disposait alors d'un pouvoir quasi absolu sur son épouse en la renvoyant, sans la répudier ou en la réintégrant sans de réelles justifications. Cette situation empêchait la femme de contracter une nouvelle union, lui restait la possibilité de quitter le domicile conjugal ; A. HANOTEAU et A. LETOURNEUX, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, éd. Bouchène, 2003, p. 127 et s.

J.-P Charnay évoque le cas d'une femme kabyle coincée dans les liens du mariage. En 1871, n'ayant pas la possibilité de demander le divorce, elle quitte le domicile conjugal sans avoir été répudiée par son mari. Dès lors, il ne lui est pas possible de contracter une nouvelle union, du moins jusqu'au décès de son époux qui est intervenu en 1925 ! J.-P CHARNAY, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XX*^{ème} *siècle*, 1re éd., Quadrige PUF, 1991, p. 41.

[359] Dès 1870, les juifs sont soumis au statut civil de droit commun français. Mais, ceux résidant dans les Départements des Oasis et de la Saoura ne seront soumis au statut civil de droit commun qu'en 1961 ; JO. du 29 juillet 1961 ; André CHOURAQUI, *Histoire des Juifs en Afrique du Nord*, Hachette, 1985.

[360] Ainsi une circulaire du 20 janvier 1869 revient sur la nationalité française conférée aux algériens en 1865, considérant qu'il s'agit d'une naturalisation spéciale qui ne les fait pas citoyen français ; Pierre BARDIN, *Algériens et Tunisiens dans l'Empire ottoman de 1848 à 1914*, CNRS, 1979, p. 30.

Patrick WEIL, *Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée*, in *La Justice en Algérie 1830-1962*, La Documentation Française, 2005, p. 95.

En principe[361], le droit musulman pouvait régir les questions relevant du statut personnel[362] ; en conséquence, la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage était admise.

Précisons que « *jusqu'en 1884 au moins, les magistrats français en Algérie n'ont* [*donc*] *aucune expérience culturelle du divorce, aucun modèle occidental à opposer au modèle musulman. Ils vont se retourner vers les juridictions musulmanes pour glaner des informations sur la rupture du lien matrimonial* »[363]. Effectivement, entre 1814 et 1884[364], l'institution du divorce n'existe plus en France, d'où l'importance d'étudier l'histoire du divorce en droit français ; sujet sur lequel nous allons nous pencher dans la deuxième Partie de la présente étude.

Pour en revenir à l'Algérie, par la suite, les autorités françaises vont édicter une série de normes encadrant plus strictement la répudiation à travers l'article 6 alinéa 1er de l'ordonnance du 4 février 1959 qui prévoit que : « *hors le cas de décès, le mariage ne peut être dissous que par décision de justice* » [365]. De même, un décret en date du 17 septembre 1959 précise que : « *hors le cas de décès, le mariage ne peut être dissous que : (…) quand le juge saisi par l'un ou l'autre époux de la volonté unilatérale du mari de dissoudre le mariage, prononce cette dissolution* »[366].

---

[361] Cependant, si un algérien épouse une française devant l'officier d'état civil, on considère qu'il renonce implicitement au droit musulman : Cass. Crim., 14 février 1929, Sirey, 1930, p. 280 ; cité par Martine FABRE, « *Le rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration du droit colonial* », in *La justice en Algérie*, La Documentation Française, 2005, p. 83.

[362] Frédéric GODIN, *De l'application du droit musulman en Algérie*, thèse Bordeaux, 1900.

[363] Cl. BONTEMS (dir.), « *Les altérations du modèle musulman durant la période coloniale : l'exemple de l'Algérie* », *in Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 558.

[364] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire Romain au XIXe siècle*, Coll. Domat droit privé, 2e éd. Montchrestien, 2009, p. 406. Cf nos développements ultérieurs Partie II.

[365] Ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 *relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local* ; *J.O.R F* du 11 février 1959, p. 1860.

[366] Article 11 alinéa 6 du Décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959 *portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par des personne de statut civil local* ; *J.O.R.F* du 19 septembre 1959, p. 9139. L'article 11 dudit décret dispose que : « *Hors le cas de décès, le mariage ne peut être dissous que dans les cas suivants :*
** À la demande de l'un des époux pour l'une des causes péremptoires suivantes :*
- Adultère de l'autre époux ;
- Condamnation de l'autre époux depuis le mariage à une peine afflictive et infamante ;
** À la demande de l'un des époux pour excès, sévices et injures graves, lorsque les faits invoqués constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs du mariage et rendent intolérable le maintien du lien conjugal ;*
** À la demande des deux époux en cas de consentement mutuel ;*
** À la demande de la femme, en cas de disparition du mari, dans les conditions prévues à l'article 22 ci-après ;*
** Quand le juge, saisi par l'un ou l'autre époux de la volonté unilatérale du mari de dissoudre le mariage,*

La répudiation se judiciarise, cela permet non seulement de garantir les droits de l'épouse, mais aussi d'encadrer au mieux les conséquences d'une telle rupture. Le juge se situe au cœur de la procédure[367].

Après l'indépendance en 1962[368], le législateur algérien a conservé la judiciarisation de la répudiation, avec quelques modifications censées se rapprocher du droit musulman[369].

Dans les années 1980, les autorités algériennes entament un mouvement de codification en droit de la famille, qui va aboutir à l'élaboration d'un Code de la famille promulgué le 9 juin 1984, sous la présidence de Chadli Benjedid[370]. Cependant, créer un équilibre entre les droits respectifs de l'homme et de la femme n'a pas été possible en raison de l'hostilité des milieux conservateurs. Ces derniers refusent toute ingérence de la justice dans le cadre privé familial[371].

Qualifié par les féministes de Code de « l'infamie », ce Code consacre selon elles l'inégalité au sein du couple. Il est vrai que la puissance maritale est toujours aussi prononcée, alors que paradoxalement, la Constitution Algérienne pose le principe

---

prononce cette dissolution ».

[367] Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation important. L'article 8 alinéa 2 de l'ordonnance du 4 février 1959, prévoit qu'à tout moment de la procédure, le juge peut prendre, « *même d'office, les mesures provisoires qu'il juge convenables relatives à la résidence des époux, à leur entretien et à la garde des enfants* » ; Ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 *relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local* ; *J.O.R.F* du 11 février 1959, p. 1860.
L'article 21 alinéa 3 du décret du 17 septembre 1959, va même plus loin en permettant au juge d'accepter ou de refuser la répudiation décidée unilatéralement par le mari ; Décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959 *portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n°59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par des personne de statut civil local* ; *J.O.R.F* du 19 septembre 1959, p. 9139.
Or comme le souligne à juste titre le Professeur Nahas M. Mahieddin, dans la pratique, le contexte social et culturel de l'Algérie ne permet pas au juge de disposer d'un tel pouvoir ; N. M. MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un de époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 91.

[368] Benjamin STORA, *Le mystère De Gaulle, son choix pour l'Algérie*, éd. Robert Laffont, 2009.

[369] Gamal MOUSRI BADR, « *La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962* », *RIDC* 1970.43.

[370] Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant le Code de la famille, *J.O.R.A* n° 24 du 12 juin 1984.

[371] Leila HAMDANE, *« Les difficultés de codification du droit de la famille algérien », RIDC* 1985. 1002.

d'égalité des sexes[372]. Par ailleurs, l'esprit du *Livre Saint* ne conçoit pas une telle inégalité[373].

Près de vingt ans plus tard, en 2005, c'est avec timidité que l'Algérie a modifié cinquante deux points du Code de la famille en vigueur depuis l984.

Cette réforme a été introduite par voie d'ordonnance, méthode législative contestable car elle aurait dû faire l'objet d'un véritable débat suivi de la réunion d'états généraux en droit de la famille[374]. Il faut comprendre que légiférer par voie d'ordonnance aurait permis d'éviter les discussions parlementaires[375], pourtant un débat aurait pu et aurait du mobiliser la société algérienne sur un thème aussi important que la famille.

Au niveau formel, cette ordonnance comporte une succession d'amendements partiels qui selon certains auteurs témoignent de l'absence d'une réflexion globale[376]. Le législateur s'est empressé de justifier ces amendements par la méthode de l'*ijihad* afin de conforter le courant conservateur. Le Président de la République Algérienne, Abdelaziz Boutéflika, a rappelé la primauté de la loi coranique sur les législations nationales et internationales[377]. Et il a précisé qu'il ne peut être rendu licite ce qui est interdit par le Coran et être rendu illicite ce qui est autorisé par le *Livre Sacré*[378].

---

[372] L'article 29 de la Constitution de la République Démocratique Algérienne du 28 novembre 1996, prévoit que « *Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale* ».

[373] Coran 3/195 - 4/1- 9/71 - 19/95- 33/35 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit*.

[374] Ordonnance n° 05-02,du 18 *Moharram* 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n°84-11 du 19 juin 1984 portant Code de la famille, *J.O.R.A* n° 15 du 27 février 2005.

[375] En réalité, cela a surtout permis d'éviter un possible désaveu du Parlement.

[376] Kamel SAÏDI, « *La réforme du droit algérien de la famille* », *RIDC* 2006. 121

[377] Les deux pactes du 16 décembre 1966 et la Convention des nations unies sur l'abolition de toute forme de discrimination entre l'homme et la femme, ont été ratifiés le 12 décembre 1989. L'Algérie avait émis des réserves en 1989 concernant les dispositions de l'article 23 alinéa 4 du pacte sur les droits civils et politiques relatives aux droits et responsabilités des époux. Selon le gouvernement algérien « *de telles dispositions ne portent pas atteinte aux fondements essentiels du système juridique algérien* », cité par P. TARVERNIER, « *Les États arabes, l'ONU et les droits de l'Homme* », in G. CONAC et A. AMOR (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Économica, 1994, p. 57 et p. 68.

Des réserves ont également été introduites lors de la ratification de la Convention internationale des droits de l'enfant, Décret présidentiel n° 92-941 du 19 décembre 1992, *J.O.R.A* du 23 décembre 1992.

[378] Le code maintient des restrictions notamment en matière de religion. Par exemple, le mariage d'une musulmane avec un non-musulman est interdit, le texte précise « temporairement » (article 30 du Code de la famille), mais il faut comprendre définitivement, à moins d'une conversion à l'Islam. Il en est ainsi dans tous les États musulmans.

La Commission législative a réalisé un travail de réécriture des textes existants, mais elle n'a pas entrepris une réforme d'envergure ; seules les règles du mariage et du divorce ont été modifiées. Comme le législateur marocain, le législateur algérien a réaffirmé la liberté de ne pas se marier : la promesse de mariage n'engage pas outre mesure[379]. L'accent est mis sur le caractère consensuel et contractuel de l'union matrimoniale[380]. Suivant les termes de l'article 4 du Code de la famille, le mariage est « *un contrat passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a entre autres buts de fonder une famille basée sur l'affection, la mansuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille* » [381].

---

[379] L'article 5 du Code de la famille précise que : « *les fiançailles " El khitba " constituent une promesse de mariage.*
Chacune des deux parties peut renoncer aux fiançailles « El khitba ».
S'il résulte de cette renonciation un dommage matériel ou moral pour l'une des deux parties, la réparation peut être prononcée.
Si la renonciation est du fait du prétendant, il ne peut réclamer la restitution d'aucun présent. Il doit restituer à la fiancée ce qui n'a pas été consommé des présents ou sa valeur.
Si la renonciation est du fait de la fiancée, elle doit restituer au prétendant ce qui n'a pas été consommé des présents ou sa valeur ».

[380] Suivant en cela les prescriptions islamique, l'article 9 du Code de la famille dispose que : « *le contrat de mariage est conclu par l'échange du consentement des deux époux* ». L'article 9 bis du même Code, rappelle les autres conditions : la capacité au mariage, la dot, le tuteur matrimonial (*el wali*), la présence de deux témoins ainsi que l'absence d'empêchements légaux au mariage.
La présence du *wali* est importante. Précédemment, on parlait de droit de *djebr* (contrainte matrimoniale), qui donnait au *wali* un véritable droit dans la conclusion du mariage, pouvant aller jusqu'à la contrainte de la femme. Désormais, l'article 13 du Code de la famille interdit au *wali* de contraindre au mariage la femme mineure. Par ailleurs, le mariage par procuration a été abrogé par l'article 18 de l'ordonnance ; Ordonnance n° 05-02,du 18 *Moharram* 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 19 juin 1984 portant Code de la famille, *J.O.R.A.* n° 15 du 27 février 2005.
Le nouvel article 11 du Code de la famille permet à la femme majeure de conclure elle-même le mariage en présence du *wali* mais celui-ci ne la représente plus. Elle dispose d'une liberté de choix dans la personne du *wali*, qui peut aller au-delà du cercle familial et se porter sur une personne qui approuve l'union projetée. Le maintien du *wali* ne semble pourtant répondre à aucune nécessité pour la femme majeure. L'article 33 du Code précise que le mariage est nul s'il a été contracté sans la présence du *wali* lorsque celui-ci est obligatoire (cela ne vise que le mariage du mineur). L'on peut se demander quel rôle peut bien jouer le *wali* pour la femme majeure ? Sa présence semble proche de celle des témoins au moment de l'échange des consentements. Par ailleurs, la publicité du mariage est largement acquise.
Le mariage du mineur reste tributaire du consentement de son tuteur qui est soit son père, soit un proche parent, soit le juge. Ainsi, une jeune fille encore mineure pourra difficilement s'opposer à la volonté de ses parents. Le consentement est exprimé par le *wali* et non par le futur époux (article 11 alinéa 2 du Code de la famille).

[381] L'âge du mariage est porté à 19 ans aussi bien pour l'homme que pour la femme (article 7 du Code de la famille). L'article 5 de la loi du 29 juin 1963 (loi n° 63-224 du 29 juin 1963, *J.O.R.A* n° 44, 2 juillet 1963), avait fixé la capacité matrimoniale à 18 ans pour l'homme, et à 16 ans pour la femme. Ensuite, le Code de la famille de 1984 avait relevé ces âges à 21 ans pour l'homme et à 18 ans pour la femme. Puis, en 2005, le législateur algérien a fixé à 19 ans pour les deux sexes l'âge légal du mariage. La capacité matrimoniale est alignée sur la majorité civile.
Une dispense d'âge est accordée par le juge lorsque l'aptitude au mariage des deux parties est établie, pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité (article 7 alinéa 1er du Code de la famille). Le mariage émancipe, l'article 7 alinéa 2 du Code de la famille prévoit que le mineur acquiert la capacité d'ester en justice quant aux droits et obligations résultant du contrat de mariage.
Lors du mariage, il est permis aux futurs époux de stipuler toute clause qu'ils jugent utile dans le contrat de mariage ou dans un contrat authentique ultérieur. L'article 19 du Code de la famille dispose que : « *les deux*

Tout comme au Maroc, un ensemble de mesures contribuent à renforcer la cellule familiale : la responsabilité parentale est placée sous l'autorité conjointe des époux pendant le mariage et après le divorce. L'intérêt de l'enfant est également mis en avant[382].

De même que le procureur de la République est impliqué dans le contentieux familial, l'article 3bis dispose en effet que : « *Le ministère public est partie principale dans toutes les instances tendant à l'application des dispositions de la présente loi* ». De plus, a été institué un juge chargé des affaires familiales.

Concernant le lien conjugal, le législateur algérien a maintenu l'institution de la polygamie en la conditionnant aux consentements préalables de l'épouse (ou des épouses) et de la future épouse[383].

Quant à la dissolution du mariage, l'article 47 du Code de la famille (resté inchangé) précise que : « *la dissolution du mariage intervient par le divorce ou le décès de l'un des conjoints* ». Il faut comprendre ici que le divorce englobe la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage par le mari.

Il ne serait pas inintéressant de se demander comment le mari algérien peut répudier son épouse et si cette dernière est mieux protégée que par le passé. Peut-elle subir une répudiation à son insu ? Aussi faut-il s'interroger sur le bilan de cette réforme après plus de six ans d'application.

L'on retiendra que le divorce unilatéral algérien correspond, certes, à une répudiation « recadrée » (A), mais force est de constater qu'il tend aussi vers un équilibre difficile (B).

---

conjoints peuvent stipuler, dans le contrat de mariage ou, dans un contrat authentique ultérieur, toute clause qu'ils jugent utile, notamment en ce qui concerne la polygamie et le travail de l'épouse, à moins que les conditions ne soient contraires aux dispositions de la présente loi ».

[382] Articles 64 à 67 du Code de la famille.

[383] Le président du tribunal devra vérifier les consentements ainsi que les motifs et l'aptitude de l'époux à assurer l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale ; article 8, 8 bis et 8 bis 1 du Code de la famille.

A. – Le divorce unilatéral algérien ou la répudiation « recadrée »

Loin d'être une nouveauté, la procédure de divorce algérien est obligatoirement judiciaire et ce depuis 1959[384]. Le législateur a maintenu ce cadre judiciaire tant en 1984 qu'en 2005, en entourant plus strictement les modalités de mise en œuvre du divorce. Par ailleurs, il est également intervenu en 2008 en reprécisant les règles procédurales du divorce par la promulgation du Code de procédure civile et administrative (CPCA)[385]. Il convient d'indiquer que dans le cadre de la présente étude, nous nous référerons spécifiquement à la traduction officielle tant du Code de la famille[386] que du Code de procédure civile et administrative[387].

Le Code de la famille de 2005 énonce que la dissolution du mariage est possible suivant trois cas de divorce : à la demande de l'époux (droit exclusif du mari) ; par consentement mutuel[388] ; ou à la demande de l'épouse pour causes déterminées (dans des cas limitativement énumérés). L'article 48 dudit code dispose, en effet, que : « *Le divorce est la dissolution du mariage, sous réserve des dispositions de l'article 49 ci-dessous*[389]*. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 de la présente loi »*[390].

---

[384] Ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local ; *J.O.R.F* du 11 février 1959, p. 1860.
Décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959, Portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n°59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par des personne de statut civil local ; *J.O.R.F* du 19 septembre 1959, p. 9139.
En Algérie, la répudiation unilatérale et discrétionnaire du mariage par le mari est donc constatée par un juge depuis au moins 1959 alors que le Maroc n'a judiciarisé l'institution de la répudiation que depuis 2004.

[385] Loi n° 08-09 du 18 *Safar* 1429 correspondant au 25 février 2008 portant Code de Procédure Civile et Administrative, *J.O.R.A* n° 21, du 17 *Rabie Ethani* 1429, 23 avril 2008.

[386] *Code de la famille*, 4e éd., Les éditions de l'O.N.T.E, 2005.

[387] *Ibidem*.

[388] Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, le juge est amené à contrôler la réalité du consentement des époux, notamment lors de la tentative de conciliation. Les époux établissent une convention qui règle les conséquences patrimoniales de leur rupture. La procédure du divorce par consentement mutuel est prévue aux articles 427 à 435 du CPCA. L'article 431 du CPCA indique que : « *à la date fixée pour la comparution, le juge vérifie la recevabilité de la requête, entend les époux d'abord séparément, puis ensemble, s'assure de leur consentement et tente de les concilier, si faire se peut. Il examine ensuite, avec les époux ou leurs mandataires respectifs, l'accord des parties sous réserve de supprimer ou d'en modifier éventuellement les clauses jugées contraires à l'intérêt des enfants ou à l'ordre public. Il rend un jugement par lequel il consacre la volonté des époux, homologue l'accord définitif et prononce le divorce* ».

[389] L'article 49 du Code de la famille précise que le divorce n'est prononcé que suite à diverses tentatives de conciliation.

[390] Les articles 53 et 54 du Code de la famille renferment strictement les causes de divorce ouvertes à l'épouse et

Nous mettrons de côté le divorce par consentement mutuel dans la mesure où il ne concerne pas directement notre problématique. Avant d'examiner les demandes unilatérales de divorce mises à disposition de chacun des époux (2°), au préalable, nous reviendrons sur la procédure de divorce que le législateur algérien a voulu commune à tous les divorces (1°).

1°. Le tronc commun procédural du divorce algérien

À titre préliminaire, il convient de préciser, comme cela a pu être fait pour le Maroc, que la traduction officielle pose quelques difficultés, car ici encore le terme de répudiation n'apparaît pas, pas plus que le terme de *tâlaq*. Le traducteur algérien préférant alors l'expression de « ***divorce par la volonté de l'époux*** »[391], qu'il faut traduire par rupture unilatérale et discrétionnaire du lien conjugal par le mari. Par commodité de langage, nous utiliserons le terme de répudiation.

Il n'en demeure pas moins qu'en droit du divorce algérien, il existe un cadre procédural commun à tous les cas de divorces prévu à l'article 49 du Code de la famille qui énonce que : « *Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé de plusieurs tentatives de conciliations des parties effectuées par le juge, au cours d'une période qui ne saurait excéder un délai de trois (3) mois à compter de l'introduction de l'instance.*
Le juge doit établir un procès-verbal dûment signé par lui, le greffier et les parties, dans lequel sont consignés les actes et résultats des tentatives de conciliations.
Les jugements de divorce sont transcrits obligatoirement à l'état civil à la diligence du Ministère public ».

Reprenons les différentes étapes de la procédure de divorce. Tout d'abord, l'introduction de l'instance s'effectue par le dépôt d'une requête[392] auprès du tribunal du domicile conjugal[393].

---

envisagent les cas du divorce *Khol'â*.
[391] Article 48 du Code de la famille.
[392] Article 436 du CPCA.
[393] L'article 426 du CPCA dispose que : « *Le tribunal territorialement compétent est :*
1) celui du domicile du défendeur, en matière de renonciation aux fiançailles;

L'époux demandeur signifie une copie de la requête au défendeur et au Ministère public[394].

Ensuite, la comparution personnelle des parties lors des tentatives de conciliation devient obligatoire[395]. Chacun des époux est entendu « *séparément, puis ensemble* »[396]. Pendant la période de conciliation de trois mois maximum, l'objectif est d'aménager un temps de réflexion aux époux[397]. Tant que dure la période de conciliation, la « reprise de l'épouse » est légalement possible, puisque les époux sont toujours mariés[398]. Les tentatives de conciliation ont lieu devant le juge[399], en présence des parties, voir des membres de la famille[400] ou peut-être leurs conseils[401]. Des arbitres ou des membres vont aussi pouvoir assister le juge dans sa mission de conciliation[402]. Le Code algérien ne fait que reprendre les prescriptions du *Livre Saint*.

À l'issue des diverses tentatives de conciliation, le juge dresse un procès-verbal de non-conciliation, « dûment signé »[403], ayant force exécutoire[404]. Ensuite il convoque les parties à une autre audience, pour qu'il soit statué au fond.

---

2) celui du domicile du défendeur, en matière de preuve du mariage;
3) celui du domicile conjugal, en matière de divorce ou de réintégration, sauf lorsqu'il s'agit d'une demande de divorce par consentement mutuel ; dans ce dernier cas, est compétent celui du lieu où réside l'un ou l'autre des deux conjoints, selon leur choix ;
4) celui du lieu où s'exerce la garde, en matière de droit de garde, de droit de visite et d'autorisations administratives délivrées au mineur;
5) celui du lieu du domicile du créancier d'aliments, en matière de pension alimentaire;
6) celui du lieu du domicile conjugal, en matière de litiges relatifs aux effets du domicile conjugal;
7) celui du lieu du domicile du requérant, en matière d'autorisation à mariage;
8) celui du domicile du défendeur, en matière de contestations relatives à la dot;
9) celui de l'exercice de la tutelle, en matière de tutelle ».

[394] Article 438 du CPCA. Le ministère public joue un rôle dans le contentieux familial afin de veiller au respect des nouvelles dispositions. Le Procureur de la République est partie principale dans toutes les instances tendant à l'application du Code de la famille.

[395] Article 439 du CPCA.

[396] Article 440 du CPCA.

[397] Article 49 alinéa 2 du Code de la famille.

[398] Article 50 du Code de la famille prévoit que : « *la reprise de l'épouse pendant la période de conciliation ne nécessite pas un nouvel acte de mariage. Cependant, la reprise de l'épouse suite à un jugement de divorce exige un nouvel acte* ». Ainsi, si le jugement de divorce intervient, la reprise ne pourra pas être possible et un nouvel acte sera exigé.

[399] La réforme a créée un juge aux affaires familiales pour trancher les conflits conjugaux. La loi organique n° 05-11 du 17 juillet 2005, crée une section familiale au sein du tribunal (article 13) et une chambre des affaires familiales au sein de la Cour d'appel (article 6) ; *J.O.R.A.*, n° 51 du 20 juillet 2005, p. 5.

[400] L'article 440 alinéa 2 du CPCA prévoit que : « *si les époux le demandent, un membre de la famille peut assister et participer à la tentative de conciliation* ».

[401] Le texte est muet sur la question.

[402] Article 446 à 449 du CPCA.

[403] Article 49 du Code de la famille.

L'innovation majeure se situe au niveau des mesures provisoires. En effet, pour la première fois, le juge se prononce dans l'attente du jugement de divorce sur : la garde des enfants, le droit de visite, la pension alimentaire et sur la question du logement[405].

Au final, le jugement est transcrit à l'état civil. Suivant les termes de l'article 49 alinéa 3 du Code de la famille : *« Les jugements de divorce sont transcrits obligatoirement à l'état civil à la diligence du Ministère public* ».

Les jugements de divorce par répudiation, tout comme ceux à la demande de l'épouse ou par *Khol'â* ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans leurs aspects matériels[406]. Cela est critiquable, notamment au regard de la preuve ou de l'attribution des torts dans la dissolution du mariage.

Ainsi, le législateur algérien a voulu unifier la procédure de divorce. Contrairement au système marocain, le divorce algérien, même le *tâlaq*, se déroule devant le même juge. Cela permet aux parties de n'avoir qu'un seul interlocuteur pendant toute la procédure de divorce, ce qui renforce la position et la présence du juge dans le conflit conjugal.

Afin d'arriver à une meilleure compréhension, nous avons récapitulé la procédure du divorce algérien sous la forme d'un schéma. Les articles cités renvoient soit au Code de la famille (CF) soit au Code de procédure civile et administrative (CPCA).

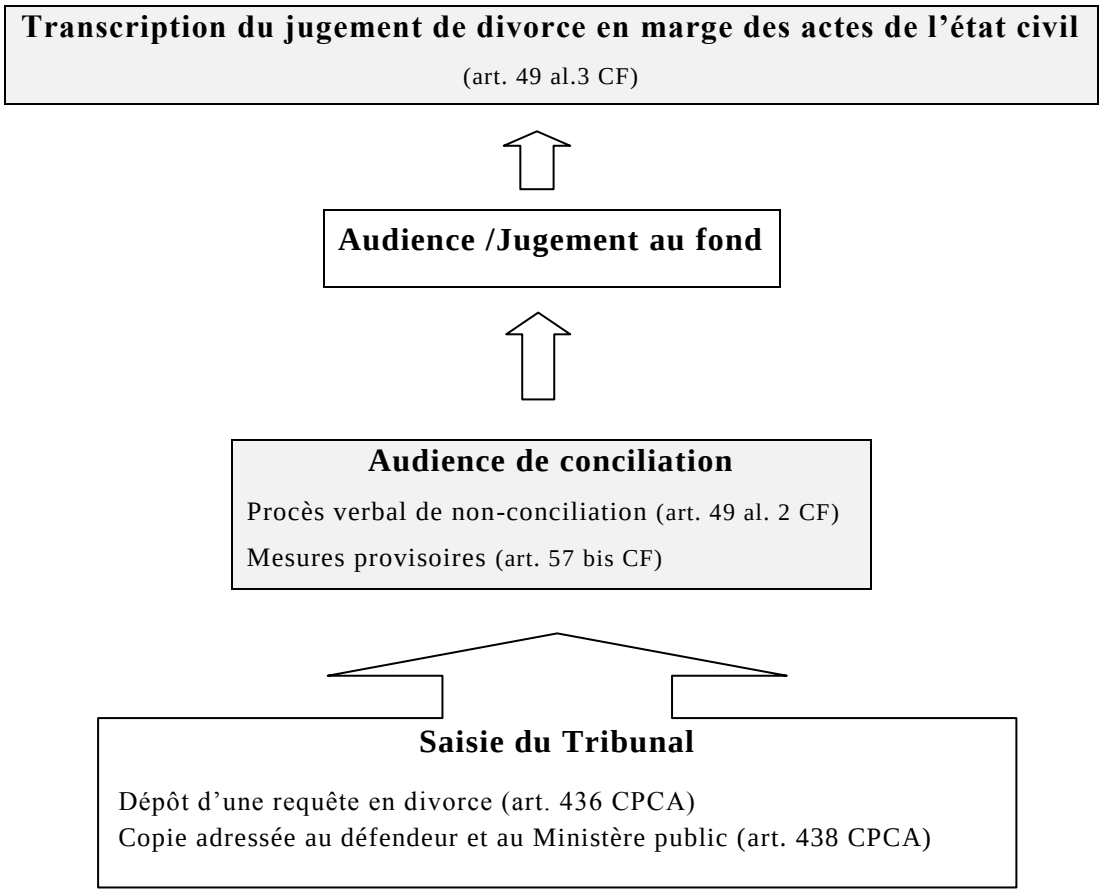
---

[404] Article 443 du CPCA.

[405] L'article 57 bis du Code de la famille prévoit que : « *le juge peut statuer en référé par ordonnance sur requête sur toutes les mesures provisoires, notamment celles relatives à la pension alimentaire, au droit de garde, au droit de visite, au logement* ».

[406] L'article 57 du Code de la famille précise que : « *les jugements rendus en matière de divorce par répudiation, à la demande de l'épouse ou par le biais du « khol'â » ne sont pas susceptibles d'appel sauf dans leurs aspects matériels* ».

TRONC COMMUN PROCÉDURAL DU DIVORCE ALGÉRIEN



Il importe, à présent, de s'arrêter sur les modalités d'applications de la rupture unilatérale.

2°. La rupture unilatérale discrétionnaire et non discrétionnaire du mariage

Le législateur algérien a conservé le mode de rupture unilatéral et discrétionnaire du mariage par le mari (a) tout en concédant à l'épouse un droit au divorce qui est nécessairement justifié (b).

a) La rupture unilatérale et discrétionnaire : un droit exclusif de l'époux

Tout comme la répudiation marocaine, la répudiation algérienne s'inscrit dans un cadre procédural strict. Cela étant, le législateur algérien, ayant légiféré par voie

d'ordonnance, énonce de façon très lapidaire les modalités d'application de la répudiation. Le texte est « pauvre », il est dénué de toute consistance morale ou juridique, il manque de précision et de solennité dans une matière aussi essentielle pour la famille. En effet, les dispositions relatives à la répudiation ne sont pas très prolixes, le législateur a été avare en précisions.

L'article 51 du Code de la famille dispose que : « *Tout homme ayant divorcé de son épouse par trois fois successives, ne peut la reprendre qu'après qu'elle se soit mariée avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcée ou qu'il meurt après avoir cohabité* ».

La volonté de l'époux est seule prise en considération. La portée de l'acte judiciaire se réduit principalement à la constatation de la volonté unilatérale du mari de répudier l'épouse. Le juge n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'opportunité de la décision prise par le mari, ni même de vérifier la réalité ou le sérieux des motifs que ce dernier pourrait invoquer ou taire. Le juge prend uniquement acte de la décision de répudier faite par l'époux, après un débat sur le principe du divorce et ses conséquences. Tout au plus, joue t-il un rôle de conciliateur ou d'arbitre.

Selon certains auteurs, la répudiation algérienne accentue l'atteinte à la dignité de la femme et fragilise l'institution du mariage en plaçant l'épouse dans une situation intermédiaire entre rupture et poursuite de la vie conjugale[407]. Le Professeur Nahas Mahieddin rappelle à juste titre, que « *si l'on compare l'enseignement doctrinal à la pratique, il apparaît que les musulmans d'Algérie ne semblent pas se soucier des recommandations faites par les fuquhâ, qui ne cessent de rappeler les croyants à ne pas abuser de la répudiation unilatérale, qui doit rester une solution exceptionnelle* »[408].

Pour autant, face au pouvoir unilatéral et discrétionnaire du mari, que certains qualifient d'exorbitant, l'épouse n'est pas complètement démunie. Elle peut, elle aussi, être à l'initiative de la rupture du mariage.

---

[407] Kamel **S**AÏDI, « *La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation* », *RIDC* 2006. 144.
[408] Nahas M. MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 90.

b) La rupture unilatérale du mariage décidée par l'épouse : un grief non discrétionnaire

La femme algérienne a la possibilité de demander le divorce. Cependant, cette action est strictement conditionnée à certains cas définis aux articles 53 et 54 du Code de la famille. Depuis 2005, l'article 53 du Code de la famille prévoit dix cas d'ouverture, contre six précédemment.

Ainsi, l'épouse peut solliciter le divorce « *pour les causes ci-après :*
1- Pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcée par jugement, à moins que l'épouse n'ait connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles 78, 79 et 80[409] *de la présente loi.*
2- Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage.
3- Pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre (4) mois[410].
4- Pour condamnation du mari pour une infraction de nature à déshonorer la famille, et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale[411].
5- Pour une absence de plus d'un (1) an sans excuse valable ou sans pension d'entretien.
6- Pour violation des dispositions de l'article 8 ci- dessus[412].
7- Pour toute faute immorale gravement répréhensible établie.
8- ***Pour désaccord persistant entre les époux.***
9- Pour violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage[413].
10- Pour tout préjudice légalement reconnu »[414].

[409] Dispositions relatives à la pension alimentaire (consistance, évaluation, durée).
[410] Les relations sexuelles étant l'essence même du mariage, le refus par le mari d'accomplir le devoir conjugal durant quatre mois constitue une injure justifiant le divorce.
[411] La condamnation à une peine infamante, l'emprisonnement du mari pour une période non précisée. La demande de l'épouse se concentre davantage sur le déshonneur qui affecte la famille et qui rend intolérable le maintien de la vie conjugale.
[412] L'article 8 du Code de la famille dispose qu'en : « *cas de dol, chaque époux peut intenter une action en divorce à l'encontre du conjoint* ».
[413] Il s'agit certainement de la sanction de la violation des dispositions de l'article 19 du Code de la famille qui permet aux époux d'inclure toute clause dans le contrat de mariage. Par exemple, en cas de refus de polygamie.
[414] Article 53 du Code de la famille.

Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation important pour rejeter ou accueillir la demande de l'épouse. Cette dernière ne peut demander le divorce qu'à la condition d'invoquer un motif légal et au cours de la procédure le mari, quant à lui, a la possibilité faire valoir ses moyens de défenses. Le juge peut donc être amené à refuser la désunion s'il estime que les causes ne sont pas établies. Par conséquent, l'épouse risque de se voir déboutée de sa demande.

On peut reprocher aux législateurs algérien et marocain d'avoir « limitativement » restreint les cas d'ouverture du divorce pour la femme alors même que les *Enseignements*[415] n'imposent pas cette restriction.

Il n'en demeure pas moins que, le divorce algérien pour désaccord persistant entre les époux, prévu à l'article 53.8° permet à l'épouse de sortir du mariage en invoquant une incompatibilité d'humeur persistante. Ce cas de divorce peut constituer une excellente alternative pour la femme algérienne, notamment lorsque la dissension persiste au sein du couple et qu'elle rend impossible le maintien de la vie commune. D'autant plus que le divorce pour désaccord persistant est apprécié uniquement du point de vue de l'épouse. Le juge constate que la relation du couple se dégrade au point que la vie maritale n'est plus possible.

Cela peut constituer un véritable droit au divorce exclusivement réservé à l'épouse sans que cette dernière ne doive verser une quelconque compensation de rupture[416] ou prouver un des griefs légaux posé à l'article 53 du Code de la famille. Mais force est d'admettre qu'en réalité, la dissolution unilatérale et discrétionnaire du mariage est plus aisée pour le mari.

Comme le souligne, à juste titre, Monsieur Kamel Saïdi « *les exigences procédurales sont novatrices mais elles sont insuffisantes à assurer le principe d'égalité des*

[415] Il s'agit du Coran, de la *Sunna* et des *hadiths*.
[416] Le législateur a prévu que « *l'épouse peut se séparer de son conjoint, sans l'accord de ce dernier, moyennant le versement d'une somme à titre de Khol'â* » (article 54 du Code de la famille). Ainsi, la réforme ouvre à l'épouse un droit unilatéral au divorce « monnayable ». En cas de désaccord sur le montant, l'article 54 impose au juge de fixer « *une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité évaluée à la date du jugement* ». Le rôle du juge consiste alors à arbitrer le désaccord des époux portant sur le montant de la compensation.

époux »[417]. Car l'épouse doit nécessairement démontrer la réalité des griefs imputables à son époux, ou payer une compensation pour pouvoir se désengager des liens du mariage en toute légalité ; le divorce pour désaccord persistant n'intervenant qu'en ultime recours. Encore faut-il qu'elle prouve ce « désaccord » et que l'époux acquiesce, ou du moins qu'il ne conteste pas outre mesure les allégations de l'épouse : l'égalité procédurale parfaite n'existe pas.

Or, il convient de souligner que la réforme a surtout cherché l'équilibre des droits et non l'égalité entre les époux. Il y a lieu à présent de s'interroger sur l'efficacité de cet équilibre.

B. – Le divorce unilatéral algérien : vers un équilibre difficile

La société algérienne, mêlée de traditions et de modernisme occidental, évolue non sans peine vers l'émancipation féminine. Aujourd'hui, la répudiation en Algérie n'est plus aussi aisée que dans le passé.

Bien que la réforme de 2005 n'ait pas répondu aux attentes des féministes, le réel équilibre réside néanmoins dans la capacité de l'époux à assumer financièrement la rupture. Le mariage représente à lui seul un coût non négligeable : la dot, le trousseau, la cérémonie… de même que le divorce implique un coût tout aussi important.

En effet, la désunion quelle qu'elle soit, tend à devenir symétrique par rapport à la conclusion du mariage. Pour pouvoir se désengager, le mari doit pouvoir être capable de payer le prix de la rupture. Les femmes l'ont bien compris : argent et indépendance se donnent rendez-vous aux portes du divorce. Car s'il y a encore dans les pays du Maghreb une forte déconsidération pour la femme répudiée et divorcée (ce qui n'est pas le cas de la veuve) ; désormais plus que jamais, la femme peut par le biais d'un divorce disposer de pensions et surtout d'un logement aux frais de l'époux. Elle n'est plus contrainte d'abandonner les enfants à son mari, ni même de retourner chez ses

[417] Kamel **S**AÏDI, « *La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation* », *RIDC* 2006. 141.

parents. Le progrès, quoiqu'en disent certains, est considérable dans une société où la famille patriarcale cohabite encore sous le même toit.

La répudiation algérienne impose une réelle réflexion au mari. Tout comme l'époux marocain, l'époux algérien ne peut plus selon son bon vouloir répudier son épouse aisément et sans conséquences. En raison de nombreux abus constatés dans la pratique, le droit positif musulman a renforcé la protection de la femme répudiée. Le législateur algérien, tout en maintenant la répudiation, l'a assortie de mesures dissuasives par la condamnation à des dommages et intérêts, (1°) et par l'allocation d'un logement propre à l'épouse (2°).

1°. Les dommages et intérêts : une condamnation du mari pour répudiation abusive

Lorsqu'il s'agit d'une demande de « *divorce par la volonté du mari* », le juge va pouvoir « équilibrer » la situation en le sanctionnant financièrement par des dommages et intérêts[418]. La réparation du préjudice lié à la rupture du mariage est laissée à la discrétion du juge, et le montant est versé en capital.

L'article 52 du Code de la famille indique que : « *si le juge constate que l'époux a abusivement usé de la faculté de divorce, il accorde à l'épouse des réparations pour le préjudice qu'elle a subi* ». Il importe de préciser que cette mesure n'est en rien une innovation apporté par le législateur de 2005.

Ainsi, dès lors qu'aucun reproche ne peut être retenu à l'encontre de l'épouse, en toute logique, cela ferait peser sur le mari « *une présomption légale de divorce abusif* »[419]. Cela signifie que l'allocation de dommages et intérêts a pour objectif de sanctionner la rupture non justifiée décidée par l'époux. Or en principe, l'essence même de la rupture unilatérale et discrétionnaire est qu'elle n'est pas motivée. Le mari n'a pas à se

[418] Article 52 du Code de la famille. Les dommages et intérêts peuvent parfois être confondus avec *la mu'ta* (don de consolation). Alors que celle-ci est prévue par le Coran à titre libératoire, la doctrine juridique musulmane l'a érigée en obligation, elle se traduit donc en pratique par l'allocation de dommages et intérêts ; Mohamed Chérif SALEH-BEY, « *Algérie*», Juris-Classeur Droit comparé 1997 Volume 1, (8), p. 14.
[419] EL HAMZAOUI, « *Les effets matériels du divorce en droit tunisien* », *R.J.P.I.C.*, 1984, n° 2, p. 425.

justifier, mais « *il est de son intérêt d'en faire état pour se soustraire aux dommages et intérêts. Cependant, la preuve ne manque pas d'être malaisée* »[420].

Il semblerait que le législateur algérien ait voulu faire la distinction entre discrétionnaire et abusif. Faut-il comprendre que la rupture doit nécessairement intervenir pour un motif légitime ? Une réponse affirmative s'impose, mais dans ce cas la rupture n'est plus discrétionnaire.

Lorsque la demande de divorce émane de l'épouse, celle-ci dispose d'un droit à réparation du préjudice subi du fait de la désunion au titre de l'article 53 *bis* du Code de la famille[421]. S'agissant de l'article 53.8° relatif au divorce pour désaccord persistant entre les époux la question de l'allocation des dommages et intérêts est moins évidente, car elle résulte du pouvoir souverain d'appréciation du juge. Celui-ci doit en effet apprécier si les torts sont partagés, exclusifs à l'un ou l'autre des époux, ainsi que statuer lorsque l'époux ne souhaite pas divorcer.

Le législateur algérien va plus loin et impose à l'époux de mettre un toit à la disposition de l'ex-épouse et des enfants.

2°. La mise à disposition d'un logement pour l'épouse et les enfants

En droit musulman et en l'espèce en droit algérien, le régime matrimonial des époux est régi par le principe de la séparation de biens[422]. Parmi les biens les plus problématiques, se pose la question du sort du logement au moment de la dissolution du mariage.

---

[420] Mohamed Chérif SALEH-BEY, « *Algérie*», Juris-Classeur Droit comparé 1997 Volume 1, (8), p. 14.

[421] L'article 53 bis du Code de la famille algérienne, inséré par l'ordonnance n° 05-02, dispose que : « *Le juge qui prononce le divorce sur demande de l'épouse peut lui accorder des réparations pour le préjudice qu'elle a subi* ».

[422] Lorsque les époux sont en désaccord sur la propriété d'un bien, l'article 73 du Code de la famille pose une présomption simple de propriété fondée sur la vraisemblance : « *si un litige intervient entre les époux ou leurs héritiers relativement aux effets mobiliers du domicile commun sans qu'aucun des conjoints ne fournisse de preuve, la déclaration de l'épouse ou ses héritiers fera foi sur son serment quant aux choses à l'usage des femmes seulement, et celle de l'époux ou de ses héritiers fera foi sur son serment quant aux objets à l'usage des hommes seulement.*
Les objets communs à l'usage de l'homme et de la femme sont partagés entre les époux sur le serment de chacun ».

Le Code de la famille prévoit qu'en cas de divorce l'épouse, à qui la garde des enfants a été confiée, se verra attribuer un logement décent ou, à défaut, son loyer ou encore son maintien dans le domicile familial[423]. Le texte est clair : cette obligation incombe au mari lorsque le couple a des enfants mineurs. Rien n'est prévu lorsqu'il n'y a pas ou qu'il n'y a plus d'enfants mineurs à charge. Cela signifie t-il que seule est protégée la mère de jeunes enfants ? Pourquoi cette protection ne serait-elle pas étendue aux femmes en général, sans restriction aucune ? La loi ne devrait-elle pas protéger les plus faibles ? Faudrait-il comprendre qu'en réalité, le législateur algérien ait voulu donner à cette mesure une portée essentiellement dissuasive ? Si tel est le cas, cela n'en constitue pas moins un danger pour la femme et aussi pour l'institution familiale.

Ce n'est donc qu'en présence d'enfants mineurs du couple que le mari est contraint de quitter le domicile conjugal. À défaut de trouver un logement pour l'épouse et les enfants, ou encore d'assumer le loyer, il n'a pas d'autres alternatives que celles de les laisser poursuivre la vie familiale dans ce logement. La réforme de 2005 a institué un statut particulier au logement familial, et ce quel que soit le type d'habitation et surtout indépendamment de son statut juridique, propriété ou location. Le Code ne nous indique pas la durée exacte de cette mise à disposition. Mais, comme en matière de pension alimentaire il semblerait que le père doive assumer cette charge pour les garçons jusqu'à leur majorité, ou s'ils sont étudiants jusqu'à la fin de leurs études ; et pour les filles jusqu'à ce qu'elles se marient[424].

Par ailleurs, véritable révolution, cette disposition s'avère dans la pratique assez difficile à mettre en œuvre, dans la mesure où l'Algérie connaît depuis plusieurs décennies un problème de logement. Il y a lieu de rappeler que les familles sont bien souvent de type patriarcal : parents, grands-parents, enfants et petits-enfants vivent ensemble dans la même maison. Cela est encore très présent dans la société algérienne même si la tendance est à la famille nucléaire, notamment dans les milieux urbains. De

[423] L'article 72 du Code de la famille prévoit qu'en : « *cas de divorce, il incombe au père d'assurer, pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde, un logement décent ou à défaut son loyer. La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement* ».
[424] Articles 75 et 78 du Code de la famille.

même, la cohabitation avec une ex-épouse et une nouvelle épouse risque d'envenimer la situation au plus haut point.

Mais, d'un autre côté, c'est une mesure dissuasive qui incite fortement le mari à réfléchir avant de rompre les liens du mariage. Cela constitue une avancée sociale réelle car le mari ne peut plus rompre unilatéralement le mariage, sans subir de graves et lourdes conséquences matérielles et financières, voire être incarcéré en cas de non paiement de la pension alimentaire[425].

La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage impose donc une réflexion majeure à l'époux. Il est libre de rompre, mais en contrepartie, il doit pouvoir assumer un minimum l'avenir de son ex-épouse et des enfants ; ou au contraire revenir sur sa décision et poursuivre le cours de la vie conjugale. Le choix de l'époux est alors moins impulsif, plus réfléchi. Toutefois, cela n'est pas le cas pour l'époux qui n'a pas ou n'a plus d'enfant à charge, de même que pour celui qui vit habituellement en France.

[425] L'article 331 du Code pénal algérien dispose que : « *Est punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 à 5000 DA, toute personne qui, au mépris d'une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants, à ses descendants, est volontairement demeuré plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le juge, ni acquitter le montant intégral de la pension.*
Le défaut de paiement est présumé volontaire, sauf preuve contraire. L'insolvabilité qui résulte de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie, n'est en aucun cas un motif d'excuse valable pour le débiteur.
Le tribunal compétent pour connaître des délits visés au présent article est celui du domicile ou de la résidence de la personne qui doit recevoir la pension ou bénéficier des subsides ».

Conclusion

Plus de six années après la réforme du Code de la famille, le constat s'impose. La femme algérienne a pris conscience de ses droits. À la suite du divorce et même du *tâlak* lorsqu'elle est mère de famille, la femme algérienne jouit d'une protection particulière. Elle ne retourne plus chez ses parents, elle n'est plus privé du droit de garde de ses enfants, quand bien même elle occuperait un travail[426].

La réforme algérienne du Code de la famille a réalisé d'immenses progrès car la femme, et plus généralement la famille, ont fait l'objet d'une protection qui n'existait pas auparavant. La répudiation s'inscrit dans un processus judiciaire mieux définit. La judiciarisation de la répudiation n'est pas un apport de la réforme de 2005, mais elle a fait l'objet d'une refonte procédurale commune à tous les cas de divorce. Par ailleurs, l'allocation de dommages et intérêts permet, dans une certaine mesure, de faire tomber le voile sur la dimension discrétionnaire de la rupture. Le mari doit nécessairement pouvoir justifier sa décision s'il ne veut pas être condamné à payer des dommages et intérêts à l'épouse.

Il semblerait qu'il faille considérer que l'élargissement des cas de divorce à l'initiative de la femme traduise en réalité la recherche d'un équilibre entre le mari et la femme.

Cela étant, ce progrès est en demi-teinte car le législateur algérien n'a pas envisagé spécifiquement la répudiation des femmes dans leur globalité, mais l'a orienté exclusivement vers les mères de familles. Par ailleurs, la femme algérienne répudiée, suivant qu'elle réside en Algérie ou en France, ne fait pas l'objet de la même attention. Alors que celle vivant en Algérie bénéficie de droits et de protection, celle vivant en France semble avoir été complètement oublié par le législateur algérien. Pourtant, dans la pratique, elle subie la volonté unilatérale et discrétionnaire de son époux sans aucun cadre procédural efficace.

Aussi novatrice que puisse sembler cette réforme, elle reste bien en deçà des garanties qu'offrent le système législatif et judiciaire français pour l'algérienne résidant en

[426] Article 67 du Code de la famille.

France. Celle-ci apprend la nouvelle de sa répudiation par une assignation de justice, voire par la signification d'un jugement de divorce rendu par défaut par le juge algérien. Dans de tels cas, le mari n'a-t-il pas usé de façon abusive et frauduleuse de ce droit de rupture unilatéral et discrétionnaire ?

Au-delà de l'acte de répudiation, c'est avant tout la décision de mettre un terme à la relation qui est brutal. En dehors de tout cadre procédural, le mari dispose à sa guise de la liberté de disposer de lui-même, sans se soucier de ses responsabilités parentales et conjugales.

Le législateur de 2005 a-t-il omis volontairement d'envisager le divorce de ses ressortissants algériens ? Cela n'est pas sans poser des difficultés au niveau international, en particulier en France. N'aurait-il pas fallu prévoir des dispositions particulières pour la comparution de l'épouse lors de la procédure ?

Aucune précision n'est apportée par le législateur algérien concernant la procédure entre époux algériens résidants à l'étranger. De même, aucune sanction n'est attachée au défaut de comparution de l'épouse en raison de la fraude de l'époux, contrairement au droit marocain[427].

[427] Le Code marocain de la famille prévoit en effet que : « *Le ministère public est partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent code* » (article 3 du Code de la famille). Par ailleurs, si l'épouse ne comparaît pas, l'article 81 alinéas 4 et 5 du Code de la famille indique que : « *s'il apparaît que l'adresse de l'épouse est inconnue, le tribunal recourt à l'aide du ministère public pour rechercher ladite adresse. Lorsqu'il est établi que l'époux a utilisé des manœuvres frauduleuses, la sanction prévue à l'article 361 du code pénal lui est applicable à la demande de l'épouse* ». Le Code algérien n'envisage pas de telles modalités.

Conclusion du Titre 1

La répudiation rapide, brutale et vexatoire, ne répond nullement aux prescriptions religieuses. Comme le rappelle si finement le Professeur Mahieddin : « *Le Coran, autorise le Musulman d'y recourir mais pose un certain nombre de règles afin, sinon d'en limiter les abus, du moins d'en atténuer les effets négatifs. La tradition du Prophète (Sunna), de son côté, se situe dans cette même logique. Elle recommande notamment de ne pas répudier à la légère. Il faut qu'il y ait une raison sérieuse pour que la dissolution soit fondée et perçue comme une démarche licite. Le mariage est en effet considéré par le Coran comme " une alliance sacrée et solennelle " (mithâq ghalîdh) conclue pour durer « dans l'affection et la mansuétude » (al-mawadda wa al-rahma). Aussi est-il recommandé aux hommes "de se comporter avec leur femme de manière convenable » et « Dieu maudit quiconque qui répudie sa femme uniquement par plaisir"* »[428].

La pratique de certains hommes nuit fondamentalement à l'image du Maghreb, et l'on devrait être prudent face aux divorces des femmes marocaines, algériennes, franco-algériennes ou franco-marocaines résidant en France. Ce sont des répudiations qui ne portent pas leur nom. L'épouse résidant en France peut faire l'objet d'une répudiation, en tant qu'acte unilatéral et discrétionnaire sans avoir été avertie. En outre, au niveau indemnitaire, le *dinar* (DA)[429] ou le *dirham* (MAD)[430] ne font pas le poids face à l'*euro* (€). La consolation est bien maigre pour ces femmes « répudiées ». Ne serait-il pas préférable d'examiner la situation financière des époux de façon plus concise ? Ne faudrait-il pas condamner le mari à des dommages et intérêts en tenant compte de la situation des époux en France ? Nombreuses sont les femmes algériennes et marocaines répudiées et résidant en France, ayant atteint la cinquantaine. Pourquoi ne pas prévoir des mesures de protection en ce qui les concerne car, généralement, dans ce cas, la répudiation est abusive ?

[428] Nahas M. MAHIEDDIN, « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 77.
[429] Monnaie nationale algérienne.
[430] Monnaie nationale marocaine.

Le rôle du juge est primordial dans les changements des comportements sociaux. Les ressortissants algériens et marocains se retrouvent face à un droit plus rigoureux que dans le passé.

Notons toutefois que pour les ressortissants algériens et marocains résidants en France, le *tâlaq* reste un mode de dissolution plus rapide et plus efficace que le divorce en droit français. En Algérie et au Maroc, le mariage est considéré comme dissout de plein droit après une procédure d'à peine quelques mois. Alors qu'en France, le jugement de divorce nécessite une procédure plus longue et plus couteuse.

La question qui se pose, à présent, est de savoir si les époux algériens et marocains peuvent faire valider en France les répudiations prononcées dans leurs pays d'origine, par le biais de la procédure d'exequatur ?

Quelle est la position de la Cour de cassation à ce sujet ?

Titre 2.- Le juge français face la répudiation musulmane

La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage prononcée à l'étranger a toujours suscitée de nombreuses controverses. Le terme de répudiation a une connotation très péjorative ; aussi bien en droit musulman qu'en droit français.

Dès qu'il est question de *tâlak*, le musulman est mal à l'aise car à travers la séparation (unilatérale ou conjointe, discrétionnaire ou non), c'est avant tout l'union et la solidarité familiale qui sont remises en cause. Le *tâlak* est un sujet fondamentalement sérieux. En France, la répudiation est également mal perçue en raison de son caractère inégalitaire. Rappelons que la répudiation musulmane est la rupture du mariage décidée exclusivement par l'époux, sans que ce dernier n'ait à motiver sa décision et sans que l'épouse ne puisse manifester son opposition. Pourtant, force est d'admettre que les effets de cette dissolution unilatérale et discrétionnaire du mariage trouvent un certain écho en France.

Pour décrire la situation de façon assez schématique, lorsqu'un mari musulman souhaite mettre fin au mariage, il parvient au bénéfice d'un court séjour dans son pays d'origine, à obtenir la répudiation de son épouse devant les autorités locales du pays. Cette démarche est souvent celle de ressortissants algériens et marocains, (voire des binationaux) qui engagent une procédure de divorce/répudiation devant le juge étranger. Ils le font en raison de la simplicité et de la rapidité de la procédure, de son coût et des divers avantages relatifs aux conséquences matérielles de la rupture entre les époux (compensation financière dérisoire par rapport à ce qu'aurait pu obtenir l'épouse devant le JAF, dommages et intérêts, remariage…), mais aussi à l'égard des enfants (autorité parentale, résidence habituelle, montant de la pension alimentaire…). Le coût de la vie n'étant pas le même en France, les conséquences pécuniaires de la rupture tournent forcément à l'avantage du mari, au détriment de l'épouse et des enfants.

De retour en France, l'époux invoque le jugement de répudiation devant les juridictions françaises et il en demande la reconnaissance. Or, souvent, dans le même temps, le juge français est appelé à se prononcer sur le divorce des époux ou encore sur une action en contribution aux charges du mariage, initiée en France par l'épouse. Lors de l'instance en divorce, l'époux présente le jugement de divorce prononcé par les autorités étrangères. L'objectif du mari étant soit d'empêcher le prononcé d'un divorce en France (dont les implications financières sont importantes)[431] soit d'éviter de verser toute contribution aux charges du mariage. La situation est assez délicate pour l'épouse qui se retrouve face à un jugement étranger, dont les conséquences tant matérielles que morales sont des plus capitales[432].

La communauté immigrée de statut personnel musulman se trouve alors confrontée à l'ordre juridique français[433].

Cette difficulté vient du fait que le système de droit musulman ne correspond pas au système de valeurs occidental : les concepts et mécanismes juridiques ne sont pas uniformes : certains auteurs évoquant l'expression de « *conflit de civilisation* »[434]. En Algérie et au Maroc, les juges n'appliquent pas le même droit, la politique familiale tient compte non seulement de l'Islam mais également des *us* et coutumes locales. Ainsi qu'il a été examiné précédemment, les réformes entreprises dans ces pays ne se sont pas faites au même rythme, ni dans le même sens[435]. C'est dans le même esprit que nous nous intéresserons principalement aux répudiations prononcées au Maroc et en Algérie, en raison également de l'importance numérique des répudiations marocaines et algériennes en France.

La dissolution du mariage d'un couple originaire du Maghreb n'est pas sans poser quelques difficultés[436], d'autant plus lorsque ces derniers divorcent devant l'autorité

[431] L'institution de la prestation compensatoire n'existe pas en droit de la famille marocain et algérien.
[432] Michel FARGE et Frédéric HEBERT, « *Aspects civils de la liquidation-partage du régime matrimonial* » ; Benoît MOREL, « *Le passif dans le cadre des divorces internationaux* » ; Alexandre BOICHE, « *Les obligations alimentaires dans le cadre de la séparation du couple en droit international privé* » ; in Dossier « *La séparation des couples internationaux : aspects patrimoniaux* », *Dr. & Patrimoine* n° 181/mai 2009, p. 59.
[433] D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, (thèse), LGDJ, 2000.
[434] P. MERCIER, *Conflit de civilisation et droit international privé-Polygamie et répudiation*, Droz, Genève, 1972.
[435] Voir Titre I, Chapitre II.
[436] Éric KERCKHOVE, « *Le droit international privé du couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un*

consulaire : la Cour d'appel de Versailles ayant récemment admis la validité d'un divorce *khôl* prononcé au Consulat du Maroc à Paris en 1976[437].

Dès lors, il incombe au juge français de faire face à des ruptures mêlant des éléments de droit interne et des éléments d'extranéité. Il est confronté à une décision de justice étrangère qui, en principe, est de plein droit opposable en France[438]. Mais comment un

---

droit commun pour le couple ? » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 41.

[437] En l'espèce, les juges du fond ont admis la validité d'une répudiation par *Khôl* prononcé au consulat du Maroc à Paris, le 13 janvier 1976. L'époux est décédé en 2007, et figure sur son acte de décès qu'il était encore marié avec sa première épouse Madame M. La veuve Madame Messaouda A. en demande la rectification et se heurte à l'opposition du ministère public et à la fille du défunt, issue de cette première union, Malika B. Selon ces derniers, la dissolution du mariage aurait dû faire l'objet d'un exequatur. La Cour d'appel ordonne la rectification de l'acte de décès, et déclare que : « *Le divorce des époux ayant été prononcé en présence de ces derniers selon la procédure de divorce par compensation, il n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international et n'est pas entaché de fraude* ». Notons que l'enjeu de cette rectification a probablement un impact sur la pension de réversion de l'époux prédécédé à la veuve « légitime » ; CA Versailles, 25 mars 2010, n° 08/08808, Juris-Data n° 2010-003637 ; *Dr. Famille* 2010/ n°11, p. 38, Comm. 173, note M. FARGE, « *De la possibilité de divorcer en France sans intervention du juge judiciaire : la reconnaissance contestable d'une répudiation moyennant compensation prononcée au consulat du Maroc !* ».

En principe, une répudiation prononcée en France par un Consul étranger, ou une autorité religieuse ou devant une autorité administrative ou judiciaire n'est pas valable. En France, il ne peut y avoir de divorce sans décision judiciaire. La dissolution du mariage relève de la compétence exclusive d'un tribunal français, quelle que soit la nationalité des époux vivant en France, en vertu du principe d'ordre public selon lequel la procédure est régie par la loi du for (§565-1IGREC). Concernant l'autorité religieuse, la jurisprudence s'est très tôt prononcée en déclarant que : « *l'autorité religieuse ne détient aucune parcelle d'autorité civile en France* », à propos d'un jugement du Tribunal civil de la Seine du 25 avril 1938 ; *RCDIP* 1939. 103.

Ainsi une répudiation prononcée en France, au consulat du Maroc à Paris n'est pas opposable en France même si elle est valable au Maroc (TGI de Paris 26 janvier 1978 *RCDIP* 1979.111). Un acte juridique accompli à l'intérieur d'une ambassade ou d'un consulat est réputé être accompli sur le territoire de l'État de séjour et non en territoire étranger. La jurisprudence se montre assez ferme au sujet des répudiations prononcées sur le sol français. Ainsi, le Ministère public a donné instruction à un officier d'état civil de ne pas célébrer le mariage d'une française et d'un marocain qui venait de répudier son épouse marocaine devant le Consul du Maroc à Bordeaux, le TGI de Limoges par un jugement en date du 10 juin 1982 a abondé dans le sens du Parquet ; cité par I. FADLALLAH, *RCDIP* 1984. 333.

La Cour de cassation a également considéré : « qu'*il ne peut y avoir en France de divorce sans décision judiciaire ; les actes des autorités religieuses sont en la matière dénués d'effets civils* » ; Cass. 1re Civ. 15 juin 1982, *D*. 1983. 431, note AGOSTINI; *RCDIP* 1983.300, note BISCHOFF.

De même, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 23 mars 1995 affirme qu': « *il ne peut y avoir de divorce sans décision judiciaire et « l'acte de divorce » dressé en France par une autorité consulaire étrangère, incompétente sur le territoire français pour prononcer la dissolution d'un mariage, est contraire à l'ordre juridique français, les tribunaux français étant en France seuls compétents* » ; *RCDIP* 1996. 699, note H. GAUDEMET-TALLON. La fiction de l'extra-territorialité est donc abandonnée.

[438] Suivant le § 585-4 IGREC. La transcription ou la mention sur les registres français d'état civil, d'une décision étrangère relative à l'état des personnes, s'agissant d'une simple mesure de publicité, peut être effectuée sans exequatur préalable. Toutefois, l'examen préliminaire du Procureur de la République est exigé (§585 alinéa 1er du IGREC). La reconnaissance est pratiquement acquise au sein de l'Union Européenne par application du Règlement Bruxelles II bis (Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à *la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale) ;* JO. de l'Union Européenne n° L. 338 du 23 décembre 2003, p. 0001-0029. Ce qui n'est pas systématique pour les États-tiers, notamment lorsque le litige a été localisé à l'étranger ; M. HUNTER-HENIN, « *Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ?* », *RCDIP* 2006. 744.

Les décisions relatives à l'état des personnes sont présumées régulières sur le plan international, sauf preuve contraire de leur inopposabilité. Lorsqu'un mariage concernant au moins un français a été célébré à l'étranger,

jugement de divorce/répudiation étranger peut-il être reconnu en France ? Quelle autorité peut être attachée à un tel jugement ?

Pour que le divorce prononcé à l'étranger puisse produire ses effets en France, une procédure d'exequatur devant le Tribunal de Grande Instance peut être envisagée[439]. Le jugement de répudiation sera revêtu d'une force exécutoire, et son application sur le territoire français va être possible. En effet, l'exequatur de la décision étrangère de divorce est indispensable notamment lorsqu'elle doit donner lieu en France à des mesures de coercition sur les personnes ou l'exécution sur les biens. Précisons qu'en droit positif, notamment en matière de divorce, le juge français a le devoir de s'assurer d'office que les conditions de l'exequatur sont remplies. Dès lors, il doit veiller précisément à la régularité de l'ensemble des conditions internationales[440] ainsi qu'aux engagements internationaux de la France.

---

c'est le Parquet de Nantes qui est exclusivement compétent pour ordonner la publicité en France du jugement étranger qui l'a dissout (mention marginale du divorce devant être apposée sur l'acte de mariage lorsqu'il est détenu par le service central d'état civil).

[439] Article 509 du Code de procédure civile et article R. 212-8 du Code de l'organisation judiciaire. Cela étant, le Parquet doit vérifier la régularité internationale à priori du jugement étranger, cet examen se rapproche de celui du juge de l'exequatur. Mais, appelé à se prononcer sur la reconnaissance en France d'une décision étrangère de divorce, le Parquet ne doit pas réviser la décision étrangère sur le fond. Il ne s'agit pas d'un deuxième jugement de divorce. Il doit seulement vérifier si la conformité de la décision étrangère aux règles de droit international privé français ne pose aucun problème particulier sur le plan juridique. Dans le cas contraire, le Parquet doit s'abstenir de faire apposer la mention et il doit inviter les parties à saisir la juridiction compétente.
La réforme du Code de la famille marocain de 2004 a également envisagé l'exequatur des jugements de divorce rendus par des juridictions étrangères à l'article 128 dudit Code. L'exequatur ne sera accordée que si « *le juge ou l'autorité étrangère était compétent et si le fondement du jugement de dissolution du mariage est conforme au Code marocain de la famille* » ; M.-C. FLOBLETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *RCDIP* 2006. 544-545.

[440] En 1953, les conditions d'exequatur des décisions étrangères étaient marquées par la distinction opérée par l'arrêt *Rivière* ; Cass. 1re Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP* 1953. 412, note BATIFFOL, JCP 1953.II.7863, note BUCHET. En l'espèce, il était question de faire reconnaître les effets en France d'un divorce par consentement mutuel prononcé en Équateur, alors que le droit français ne connaissait pas ce cas de divorce (seul le divorce pour faute était alors admis). La Cour de cassation énonce que : « *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 produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger…* ».
En 1964, avec la jurisprudence *Münzer*, la Cour de cassation détermine, de façon limitative, cinq conditions de régularité internationale des jugements étrangers (la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de fraude à la loi) ; Cass. 1re Civ., 7 janvier 1964, *Münzer*, *RCDIP* 1964. 344, note BATIFFOL.
Plus récemment, en 2007, dans l'arrêt *Cornelissen*, la Cour de cassation a réduit le nombre de ces conditions à trois en retenant que : « *pour accorder l'exequatur* ***hors de toute convention internationale****, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi* » ; En l'espèce, Monsieur Cornelissen, de nationalité colombienne, a été condamné par un Tribunal Américain (Columbia) à verser des sommes conséquentes à des entreprises américaines. Monsieur Cornelissen s'est, par la suite, établi en France et les dites sociétés ont demandé l'exequatur du jugement

Il y a lieu de souligner que la question de la répudiation musulmane a forcément une dimension internationale, qui ne peut être appréhendée qu'à travers l'étude des mécanismes du droit international privé, lequel « *vise à organiser la coordination de systèmes juridiques ne reposant pas nécessairement sur les mêmes valeurs (et) requiert, pour prospérer, un sens certains de la relativité* »[441].

Cependant, de source essentiellement jurisprudentielle, le droit international privé de la famille ne permet pas de dégager des solutions homogènes[442]. Le droit international privé est un droit autonome, mais dont les ramifications impliquent une forte dépendance au droit civil. L'objet de ce droit est de prendre en considération l'existence d'éléments d'extranéité afin de donner à ce rapport juridique international la solution la mieux adaptée et de limiter, voire d'éviter des situations juridiques conflictuelles. En matière de divorce, deux principales interrogations se posent : premièrement, quelle juridiction est compétente pour connaître du litige ? Il est alors question de conflit de juridiction. Deuxièmement, dès lors qu'une juridiction a été saisie et s'est reconnue compétente, en vertu de quel droit cette juridiction peut-elle statuer sur le fond ? Il s'agit ici de conflit de loi. Les règles de compétences internationales de conflits de lois ne sont pas des règles substantielles ou matérielles permettant de résoudre directement le litige, elles ne font que désigner un ordre juridique compétent. Les règles de compétence internationales sont donc assez relatives.

Par ailleurs, l'existence de conventions internationales ne permet pas non plus de résoudre directement le litige. Celles qui nous intéressent et auxquelles nous nous référerons tout au long de ce Titre, sont celles que la France a signées avec le Maroc et l'Algérie en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements. Il est question de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle

---

américain. Il reprochait aux juges d'appel d'avoir accordé l'exequatur alors même que les parties étaient domiciliés à l'étranger, d'où il résultait une violation des principes de compétence juridictionnelle internationale, que par ailleurs, la Cour d'appel n'a pas recherché si la loi colombienne était compétente en vertu des règles de conflit de lois françaises ; Cass. 1re Civ., 20 février 2007 ; *D.* 2007, p. 1115, note L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *RCDIP* 2007. 420, note Horatia MUIR WATT et Bertrand ANCEL.

[441] Y. LEQUETTE, « *Le droit international privé et les droits fondamentaux* », in *Libertés et droits fondamentaux*,, 4e éd. Dalloz 1997, n° 139.

[442] G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Coll. Berthold Goldman, PUAM, 2006.

judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition[443]. Et de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur et à l'extradition[444].

Le droit international privé et conventionnel s'applique et constitue donc des sources que le juge français ne peut ignorer[445]. Pourtant depuis 2004, en dépit des engagements internationaux de la France avec le Maroc et l'Algérie, et face aux jugements de répudiation marocains ou algériens, le juge français invoque désormais la violation du principe d'égalité édicté à l'article 5 du protocole n°7 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales[446]. Dans cinq arrêts de principe du 17 février 2004, la Cour de cassation a adopté une position ferme en refusant de permettre aux répudiations musulmanes de produire leurs effets en France[447].

Mais ce seul argument est-il suffisant pour rejeter tout jugement de divorce unilatéral marocain ou algérien ? Doit-on comprendre que la répudiation d'une femme par son mari, légale au regard du droit musulman, ne peut être compatible avec le droit français ? On peut se demander si cette position jurisprudentielle est satisfaisante au regard du droit conventionnel : est-il encore possible de soulever l'application des conventions franco-marocaines et franco-algériennes ?

---

[443] Convention Franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition ; publiée par décret n°60-11 du 12 janvier 1960 portant publication de la Convention judiciaire, de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition, de la Convention culturelle, signées par la France et le Maroc le 05 octobre 1957 ; JO. du 14 janvier 1960, p. 421.

[444] Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur et à l'extradition, *RCDIP* 1965. 784.
Convention Franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition (publiée par décret n°60-11 du 12 janvier 1960 portant publication de la Convention judiciaire, de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition, de la Convention culturelle, signées par la France et le Maroc le 05 octobre 1957 ; JO. du 14 janvier 1960, p. 421).

[445] Lors du sommet de Lisbonne sur *le Traité simplifié*, qui a eu lieu le 18 et 19 octobre 2007, les États membres ont fait part de leur volonté de voir se concrétiser l'adhésion de l'union Européenne à la CEDH. Dans un communiqué du 19 octobre 2007, le Président de la Cour EDH a approuvé cette avancée, *Dr. Famille* n°11/2007.

[446] Le protocole additionnel n° 7, ratifié par la France en 1986, est entré en vigueur le 1er novembre 1988. L'article 5 reconnaît l'égalité de droits et de responsabilité entre les époux durant le mariage. La Convention Européenne des Droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950 est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La Convention a été ratifiée par la France le 3 mai 1974. Elle comprend 46 États parties à ce jour.

[447] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11.549 ; n° 02-11.618, 02-15.766 ; 02-10.755 et 02-17.479 ; *D.* 2004. 815, note P. COURBE ; *JCP* G 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; *Gaz. Pal.* 25-26 février 2004, 1, Jur., p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RTD Civ.* 2004, p. 337, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. Famille* 2004, chron. 9, obs. S. PRIGENT ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : la Cour de cassation renoue avec le principe d'égalité des époux* », *RJPF* 2004-5/11 ; *D.* 2004.824, concl. F. CAVARROC, « *Le rejet des répudiations musulmanes* ».

Il convient également de relever que le juge français s'émeut de ce mode de rupture unilatéral et discrétionnaire du mariage alors même que le droit français paraît permettre, comme nous le verrons ci-après, des modes de ruptures similaires qui semblent ne soulever aucune indignation. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la rupture unilatérale du PACS ou du concubinage, sur lesquels nous reviendrons plus amplement dans la deuxième Partie de la présente étude, ne constituent-ils pas des modes de ruptures discrétionnaires et unilatéraux ? Pourquoi une telle ambivalence ?

Cette position de la Cour de cassation de 2004 s'inscrit dans un cadre jurisprudentiel plus vaste. Elle représente, dans une certaine mesure, une évolution dans la perception de cette institution. C'est la raison pour laquelle un examen circonstancié de la jurisprudence en matière de répudiation musulmane en France s'impose, cela afin de mieux appréhender le mécanisme de rejet actuel. Précisons que le panel de jurisprudence proposé est loin d'être exhaustif. Nous avons essentiellement et volontairement limité notre étude en ne retenant, à titre d'illustration, que des décisions jurisprudentielles impliquant des ressortissants marocains et algériens[448].

Force est d'admettre que la position de la France face à l'accueil des répudiations musulmanes a fait l'objet d'une évolution remarquable, qui a d'abord oscillé entre acceptation et rejet (**Chapitre I**), mais qui semble aujourd'hui se positionner vers un rejet constamment réaffirmé (**Chapitre II**).

[448] Pour une étude plus large de la jurisprudence relative aux répudiations musulmanes avant 2000, voir R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », LGDJ, 2002.

Chapitre I.- La répudiation musulmane entre réception et rejet : « *regards rétrospectifs et distanciés*»[449]

Le statut familial des étrangers établis en France n'est pas sans poser quelques difficultés[450]. Dès le début du XXe siècle, les répudiations musulmanes pouvaient avoir une certaine répercussion en France, dans la mesure où les ressortissants des « États »[451] musulmans tentaient d'y faire reconnaître leurs effets.

Avant 1914, l'immigration algérienne est assez importante sur le territoire français. On assiste tout d'abord à une immigration masculine, puis, après la seconde guerre mondiale, à l'émigration de familles entières[452]. Le principe du statut local algérien s'applique alors en France métropolitaine. Dès lors, les algériens installés en métropole restent soumis à leur statut personnel, sauf renonciation de leur part[453].

Dès 1948, la jurisprudence française ne manque pas de marquer sa désapprobation quant à la répudiation, au nom du « *sérieux, de la dignité, (et) de la permanence* »[454] du mariage.

---

[449] Marie-Laure NIBOYET, « *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes* », *RIDC* 2006. 29.

[450] M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, Thèse Grenoble, 2000.

[451] Il s'agit en réalité de colonies françaises, dont le statut musulman a été conservé ; P. LAGARDE, « *Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial* », in *Privatrecht in Europa, Vielfalt, Kollision, Kooperation*, Mélanges en l'honneur de H.-J. *Shonnenberger*, Munich, 2004, p. 481.

[452] L. MILLIOT, « *Le statut personnel des musulmans algériens* », Mélanges *Maury*, Dalloz Sirey, 1960, t. I, p. 309.

[453] L'article 3 de la loi du 20 septembre 1947 prévoit que tous les citoyens qui n'ont pas expressément renoncé à leur statut personnel continuent d'être régis par leurs droits et leurs coutumes ; Loi n° 47-1853 du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie ; JO. du 21 septembre 1947.
La jurisprudence est constante à ce sujet. Ainsi, la Cour de Paris retient que : « *Les français musulmans d'Algérie qui viennent s'installer en France métropolitaine continuent de plein droit à bénéficier de leur statut personnel en l'absence de toute renonciation expresse de leur part* », (à propos d'un droit de garde d'un enfant), Cour de Paris, 1re Ch., 14 décembre 1957, arrêt *Djébar Mohamed*, *JCP*. 1959, 11225, note Jules ROUSSIER.
Kamel SAÏDI, *Conflit entre la loi française et le statut personnel des algériens musulmans, du conflit interpersonnel au conflit international* ; Thèse, Nanterre, 1992.

[454] Il s'agit des motifs de l'arrêt *Weiller*, CA Paris 15 décembre 1948 ; *JCP* 1949. II. 4950, note SARRAUTE et TAGER. En raison du défaut de consentement du conjoint répudié, les juges du fond ont retenu que : « *(…) cette absence de preuve équivaut à admettre le divorce par répudiation, ce qui répugne invinciblement au sentiment profond que nous avons en France du sérieux, de la dignité, de la permanence du lien conjugal, c'est-à-dire en définitive, à notre conception de l'ordre public (…)* ».

Pour autant, en 1956, le Tribunal civil de la Seine a admis la validité d'une répudiation algérienne en dépit de sa contrariété au Préambule de la Constitution de 1946[455].

Dans cette espèce, Madame Kaci et Monsieur Hamache, mariés en 1927 à Bougie (en Kabylie), sont parents de cinq enfants. Par la suite, l'époux prend une seconde épouse avec laquelle il a cinq enfants[456]. Vers 1948, toute la famille s'installe en France. En 1953, le couple Kaci-Hamache se sépare. L'époux mandate une personne pour répudier sa première femme en Algérie[457]. Dans le même temps, cette dernière introduit une action en contribution aux charges du mariage auprès du juge français. Après une première procédure[458] en faveur de Madame Kaci, celle-ci assigne son époux pour voir prononcer l'inefficacité de la répudiation et subsidiairement, pour obtenir une contribution pour les quatre enfants mineurs. L'époux invoque la dissolution du mariage par répudiation et fournit un extrait du registre des actes d'état civil de Bougie du 27 novembre 1953 mentionnant la répudiation de sa première épouse.

Le Tribunal civil de la Seine affirme que: «*la notion d'ordre public ne peut pas être opposée aux dispositions régulièrement édictées par le législateur français, même si celles-ci sont contraires comme en l'espèce, au Préambule de la Constitution française, - qui déclare assurer « à la femme dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » - et aux principes fondamentaux de notre droit ;*
- Attendu que les règles musulmanes ayant été légalement adoptées par le parlement français pour les Français musulmans d'Algérie, les Tribunaux français ne peuvent

[455] Tribunal civil de la Seine, 26 mars 1956, *D*. 1956, p. 654, note François LUCHAIRE ; *JCP* 1956. II. 9318.
[456] Selon Pierre GUIHO, si l'intéressé met fin à la polygamie par cette répudiation, *« il est préférable de n'y pas faire obstacle. Cette répudiation joue dans le sens de l'assimilation de la communauté française, puisqu'elle met fin à une situation discriminatoire (…). Un acte tendant à mettre fin à une situation contraire à l'ordre public ne peut être lui-même contraire à l'ordre public. La prohibition de la répudiation a pour but de sauvegarder la stabilité du mariage, mais du mariage tel que l'a envisagé le législateur français, c'est-à-dire du mariage monogamique, elle n'a plus de raison d'être en présence d'un mariage polygamique* » ; *JCP* 1956. II. 9318, note Pierre GUIHO.
[457] Suivant le rite malékite, le mari peut répudier son épouse en donnant mandat. En l'espèce, Monsieur Hamache donne mandat, par acte devant notaire, à un ami afin qu'il se présente devant le cadi-notaire de Bougie pour faire constater la répudiation.
[458] Par un premier jugement en date du 20 novembre 1953, le juge de paix de Seine Saint-Denis, au nom de l'ordre public français, a condamné l'époux à verser pendant un an à Madame Kaci 15 000francs. L'appel de l'époux confirme la décision en son principe, mais réduit à 12 000francs le montant de la contribution.

qu'appliquer purement et simplement à cette catégorie de citoyens un statut qui lui est propre et qui lui a été reconnu légalement ;
- Attendu qu'il n'appartient pas à ces tribunaux de reprocher au législateur les contradictions qui peuvent résulter de la juxtaposition des règles françaises et des règles musulmanes, ni de préférer l'un des système juridique à l'autre, ni d'opposer au fonctionnement de l'un les règles essentielles du second ; qu'ils n'ont de pouvoir de dire dans quel cas l'un ou l'autre doit s'appliquer (…) »[459].

Cela signifie qu'en raison des spécificités locales algériennes, le législateur français a admis le mode de dissolution du mariage par répudiation en l'encadrant dans un processus judiciaire. Dès lors, il n'est pas possible pour le juge français de rejeter cette institution même si elle contrevient à certaines valeurs républicaines. En 1956, le mari de statut musulman résidant en métropole pouvait donc faire prononcer la répudiation de sa femme, même par le biais d'un mandataire.

Néanmoins, le législateur a mis fin à cette pratique par une ordonnance du 04 février 1959[460] et par un décret du 17 septembre 1959 qui a imposé l'intervention du juge en matière de répudiation.

En France, entre 1960 et 1980, la jurisprudence relative aux répudiations musulmanes doit composer avec les règles de droit international privé et le droit conventionnel. La réforme du divorce de 1975[461], « *libératrice des mœurs de l'époque* », a introduit une nouvelle règle de conflit à l'article 310 du Code civil[462]. Désormais, la loi française s'applique non seulement aux époux de nationalité française, mais aussi aux époux de nationalité étrangère domiciliés en France. La loi modifie également le contenu de l'ordre public.

---

[459] Tribunal civil de la Seine, 26 mars 1956, *D.* 1956, p. 654, note François LUCHAIRE ; *JCP* 1956. II. 9318. Décision confirmée en appel par la Cour de Paris ; CA Paris 12 avril 1957, *D.* 1957. 100.
[460] Ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut local civil. L'article 8 alinéa 1er de ladite ordonnance dispose que : « *pendant la procédure de dissolution du mariage, les parties doivent comparaître en personne aux audiences, sauf dispense du mariage* » ; Bulletin législatif *D.* 1959, p. 557.
[461] Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce ; JO. du 12 juillet 1975, p. 7171.
[462] Ph. FRANCESKAKIS, « *Le surprenant article 310 nouveau du Code civil…* », *RCDIP* 1975. 584. L'ancien article 310 est devenu l'article 309 du Code civil, suite à la réforme de 2005 relative à la filiation (Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme des filiations, JO. du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19).

Aux dires de certains, « *la répudiation n'a pas de vertu. Elle est inégalitaire, unilatérale et discriminatoire. Elle est injuste et inadéquate. Elle ne pourrait alors être reçue dans un ordre juridique qui l'ignore qu'en faisant preuve de beaucoup de tolérance* »[463].

Mais permettre aux répudiations de produire leurs effets en France constituerait-il un acte de tolérance majeur ?

Il n'en demeure pas moins qu'en France, la rupture unilatérale du mariage par le mari prononcée à l'étranger a été plus ou moins tolérée pendant un temps. Durant de nombreuses années, la question de la répudiation a alimenté un débat doctrinal et jurisprudentiel des plus importants. L'évolution de la jurisprudence française en matière de reconnaissance des répudiations musulmanes s'est réalisée entre deux tendances opposées. Dans les années 1980, elle semble assez irrégulière à l'égard des répudiations musulmanes (**Section I**), mais dans les années 1990, la jurisprudence fait preuve d'une moindre tolérance (**Section II**).

Section I. – La jurisprudence des années 1980 : une relative inconstance

Dans les années 1980, les membres de la communauté musulmane d'origine marocaine et algérienne, installés en France ont recours de plus en plus à la répudiation. Ce mode de rupture unilatéral et discrétionnaire de la relation maritale suscite bien des interrogations et même des incompréhensions. Cela essentiellement en raison de la primauté de la volonté de l'époux, lequel peut seul rompre les liens du mariage sans aucune justification et sans qu'aucune faute ne puisse être reprochée à son épouse.

La doctrine se penche alors, un peu plus, sur cette institution venue d'ailleurs : la répudiation intrigue, dérange et peut surtout mettre mal à l'aise. On se pose plusieurs

[463] Ali MEZGHANI, « *Quelle tolérance pour les répudiations* », *RIDC* 2006. 62.

questions à son sujet, notamment sur ses modalités d'application. S'agit-il d'un simple mode de rupture brutal, unilatéral et discrétionnaire du mariage ? On se demande également ce qu'implique le caractère révocable et irrévocable de la répudiation. Au final, comment appréhender et reconnaître une institution au service exclusif de la gente masculine ?

La jurisprudence est fluctuante selon les circonstances de chaque espèce ; la condamnation n'est pas systématique. Par ailleurs, il faut rappeler que la France a ratifié en 1957 et en 1964 des Conventions internationales relatives à l'exequatur des décisions de justice, avec le Maroc et l'Algérie. À ce titre, elle doit respecter ses engagements internationaux.

La jurisprudence des années 1980 est marquée par une relative inconstance : la Cour de cassation parfois condamne, d'autres fois, elle permet aux répudiations musulmanes de produire leurs effets en France. Progressivement, les motivations se précisent et la notion récurrente d'ordre public permet de servir de fondement soit au rejet, soit à l'admission de cette institution.

Ainsi, la notion d'ordre public est différemment appréhendée : elle est en ce sens, à dimensions variables (A). Il en résulte qu'en matière de répudiation, les critères de reconnaissance ou de rejet sont peu clairs (B).

A. – Un ordre public à « dimensions variables »

Il incombe au juge français d'apprécier la validité de la répudiation constatée judiciairement par son homologue étranger, au regard du respect de l'ordre public international.

Or, la notion d'ordre public international est assez difficile à définir. En droit interne, l'ordre public constitue un concept important dans la régulation de la société et dans le respect des libertés des uns et des autres, car l'intérêt public prévaut sur l'intérêt particulier. La notion même d'ordre public est évolutive, elle correspond en cela « *au*

reflet dominant de la mentalité populaire à un moment donné, elle est directement liée à l'évolution des mœurs et de l'opinion publique »[464].

Au niveau international, le concept est encore plus complexe car il s'agit de dégager un ordre public international commun à de nombreux États. Par ailleurs, la notion même d'ordre public est loin d'être simple. Il peut être question d'exception d'ordre public, d'ordre public procédural ou encore d'effet atténué de l'ordre public. Aussi assiste t-on à l'émergence de nouvelles conceptions de l'ordre public[465].

Tout d'abord par l'évocation du principe de proximité, puis par la notion d'ordre public « égalitaire ». De même, la jurisprudence s'oriente vers une nouvelle vision impliquant la remise en cause cette fois, non pas de l'approche retenue par l'ordre public du for, mais du contenu même de cet ordre public. La tendance est de se prévaloir d'un référentiel universel, ou du moins européen, des droits de l'homme. La répudiation doit nécessairement répondre à ces impératifs d'ordre public.

Indépendamment de sa nature et de sa spécificité, la répudiation est assimilée à un jugement de divorce[466]. Tantôt la jurisprudence l'estime contraire à l'ordre public (1°), tantôt elle la justifie par un ordre public assoupli (2°).

1°. La répudiation « révocable » contraire à l'ordre public

En 1978, la jurisprudence refuse de reconnaître les effets d'une répudiation algérienne[467]. En l'espèce, en 1950, Monsieur Ferroudji et Madame Medjani se marient en Algérie, puis le couple s'installe en France (ils ont été réintégrés dans la nationalité française). En 1973, l'épouse introduit une action en contribution aux charges du

[464] Cass. 1re Civ., 3 nov. 1983, Rohbi ; *JCP* 1984. II. 20131, concl. Monsieur l'Avocat général GULPHE.
[465] P. LAGARDE, « *La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation* », in *Nouveaux itinéraires en droit* ; Hommages à F. *Rigaux*, Bruxelles, éd. Bruylant, t. 2, 1993, p. 263.
[466] « *On constate dans certains domaines une tendance à traiter des actes d'autorité publique à la manière des décisions, sans se poser la question de leur qualification, comme s'ils ne pouvaient être autre chose que le résultat de l'action impérative de l'autorité. C'est le cas des divorces par consentement mutuel ou par répudiation intervenus devant une autorité étrangère, qui se trouvent d'une façon quasiment instinctive assimilés aux jugements étrangers de divorce sans qu'on se demande si l'autorité étrangère a jugé et décidé quelque chose, ou si elle n'a fait qu'entériner des volontés privées* » ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, éd. Masson, 1987, n° 924.
[467] Cass. 1re Civ., 20 juin 1978, *RCDIP* 1981. 89.

mariage à l'encontre de son époux. Celui-ci oppose alors un jugement algérien en date du 1er avril 1968 ayant dissout le mariage. Les premiers juges admettent la recevabilité de l'action de Madame Medjani et rejettent le moyen soulevé par l'époux. Ce dernier forme un pourvoi en cassation. Il affirme entre autre, que le jugement algérien serait exécutoire en France sans exequatur, car conforme à la loi algérienne qui permet au mari de reprendre son épouse s'il le désire. Il ajoute que cette particularité ne serait nullement contraire à l'ordre public français.

Cependant, la Cour de cassation remet en cause le caractère révocable de la répudiation et insiste sur la nationalité française des époux pour justifier la contrariété de la répudiation à l'ordre public français. Elle retient que : « *tout d'abord, en ce qui concerne* ***la preuve du caractère « définitif » du jugement de divorce****, la cour d'appel, qui constate que ce jugement est qualifié « par défaut en premier ressort », a implicitement mais nécessairement répondu aux conclusions dont elle était saisie, en énonçant que malgré les prescriptions de l'article 6, c) de la convention franco-algérienne du 27 août 1964, Ferroudji ne produit pas un certificat du greffier compétent, constatant qu'il n'existe, contre la décision, ni opposition, ni appel* (…).

En second lieu, (que), le juge algérien ayant appliqué à ***deux époux de nationalité française*** *une loi permettant au mari « de reprendre son épouse s'il le désire, avant l'expiration du délai de sa retraite légale », la cour d'appel a pu estimer, en se référant à la quatrième condition posée par l'article 1er de la convention internationale précitée, qu'une telle décision est contraire à l'ordre public français*»[468].

Précisons la teneur de l'article 1er de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 suivant lequel : « *En matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou en Algérie, ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre État si elles réunissent les conditions suivantes :*
a) La décision émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'Etat où la décision doit être exécutée ;

[468] *Ibidem.*

b) Les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes, selon la loi de l'État où la décision a été rendue ;
c) La décision est, d'après la loi de l'État où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution ;
d) La décision ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'État où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans cet État. Elle ne doit pas non plus être contraire à une décision judiciaire prononcée dans cet État et possédant à son égard l'autorité de la chose jugée » [469]. (C'est à cette condition que se réfère l'arrêt).

S'agissant de l'article 6 de cette même Convention, il a été convenu que : « *La partie qui invoque l'autorité d'une décision judiciaire ou qui en demande l'exécution doit produire :*

a. *Une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;*
b. *L'original de l'exploit de signification de la décision ou tout autre acte qui tient lieu de signification ;*
c. ***Un certificat des greffiers compétents constatant qu'il n'existe contre la décision ni opposition ni appel, ni pourvoi en cassation ;***
d. *Une copie authentique de la citation de la partie qui a fait défaut à l'instance en cas de condamnation par défaut ;*
e. *Le cas échéant, une traduction complète des pièces énumérées ci-dessus certifiées conformes par un traducteur assermenté ou agréé conformément à la réglementation de l'État requérant* »[470].

À travers la motivation de l'arrêt, l'institution de la répudiation est condamnée. Le mari est présenté comme un être tout puissant, qui a la faculté de reprendre son épouse s'il le désire, selon son bon vouloir.

Pourtant, la motivation du caractère révocable dénote une certaine méconnaissance de l'institution de la répudiation. Le Professeur Fadlallah rappelle à ce sujet, que la

[469] Convention franco-algérienne du 27 août 1964, relative à l'exequatur et à l'extradition, *RCDIP* 1965, p. 784.
[470] *Idem*, p. 785.

révocabilité « *se présente comme un garde-fou contre les emportements du mari et une garantie pour l'épouse. Elle ménage une période de transition durant laquelle le lien du mariage est relâché, mais non définitivement rompu* »[471].

Ainsi en 1978, la jurisprudence refuse d'accorder l'exequatur de la répudiation à l'époux.

Mais lorsqu'elle est demandée par l'épouse la solution est toute autre. Comment justifier une telle position ?

2°. Un ordre public « assoupli » en faveur des épouses répudiées

Lorsqu'il s'agit de répudiations demandées par des épouses françaises, la jurisprudence semble bien plus clémente à l'égard de leurs reconnaissances en France (a) ; allant jusqu'à admettre une répudiation jugée « contradictoire » (b).

a) Des répudiations de « françaises » demandées et accordées

En 1979, le TGI de Paris rend deux jugements aux faits similaires. Deux femmes de nationalité française, introduisent une requête afin de voir « *déclarer exécutoire en France la répudiation intervenue devant les Adouls près la Mahakma de Rabat* » au Maroc[472].

Dans la première espèce, il est question d'une répudiation « *pour une seule et première fois* ». Cela ne signifie pas pour autant que cette répudiation soit définitive, contrairement à la motivation du jugement[473]. Les juges du fond affirment que : « *Cette déclaration de « répudiation » est intervenue après que les deux époux eurent déclaré au Cadi-Notaire, magistrat et officier public de droit local marocain, qu'ils*

[471] I. FADLALLAH, « *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?*», *RCDIP* 1981. 24.
[472] TGI Paris, 5 décembre 1979, (1ère espèce *Dame Bonnereau* c/ *M. El Amrani*, 2e espèce Dame *Vanquathem* c/ M. *Belarbi*), *RCDIP* 1981. 91-92.
[473] Selon Monsieur Ibrahim Fadlallah cela ne signifie pas, contrairement à ce que sous entendent les juges du fond, que la répudiation est définitive ; I. FADLALLAH, « *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?*», *RCDIP* 1981. 24.

avaient « mis fin à toutes relations matrimoniales entre eux » et qu'ils se donnaient mutuellement quitus ;

- Attendu qu'en cet état et alors que les deux époux de nationalités différentes ont, sans fraude, saisi la juridiction locale compétente, eu égards à leur domicile commun (fixé à Rabat-Maroc), il apparait que la répudiation dont il s'agit, qui produit des ***effets équivalents à ceux d'un divorce par consentement mutuel*** *n'est pas incompatible avec l'ordre public français et qu'elle peut être reçue dans un ordre juridique exigeant une pleine et exacte égalité de traitement de chacun des époux ;*

- Attendu que l'acte de « répudiation –divorce », définitif et exécutoire sur le territoire français, dans la mesure seulement où il conduit à la dissolution définitive du lien conjugal, mais non quant à sa disposition contenant « abandon » par Odette Bonnereau, de tout droit de garde sur les deux enfants nés du mariage ».

La Cour de cassation admet la validité de la répudiation intervenue au Maroc, mais la clause relative à l'abandon des droits parentaux de la mère est invalidée.

Dans la seconde espèce, il s'agit « *d'une répudiation première révocable* ». Les juges du fond indiquent que c'est « *une révocabilité seulement temporaire et limitée donnée par le mari à sa déclaration d'intention (…). La demande d'exequatur doit donc pouvoir être accueillie, compte tenu des éléments de faits certains apparus après le 24 mai 1970 et révélateur d'une dissolution définitive du lien conjugal remontant à cette même date* ». Ici, le caractère définitif et parfait de la répudiation se traduit par l'absence de reprise de la vie commune des époux.

Ces jugements de répudiation sont réputés contradictoires, cela suppose que les ex-maris (probablement restés au Maroc) se désintéressent de la procédure. Dans la mesure où c'est l'épouse qui demande l'exequatur et qu'elle a, en quelque sorte, accepté d'être répudiée, les juges du fond permettent à ces répudiations marocaines de produire leur plein effet en France.

Il en est de même pour l'exequatur d'une répudiation algérienne demandée par l'épouse dans la jurisprudence qui suit.

b) Une répudiation jugée « contradictoire »

En 1979, la loi française est évincée au profit de la loi étrangère dans la jurisprudence *Dahar*[474]. La Cour de cassation permet ainsi à une répudiation algérienne de produire ses effets en France en se fondant sur un ordre public procédural. En l'espèce, deux époux de nationalité algérienne sont domiciliés en Algérie. Le Tribunal civil de Mostaganem, saisit de l'affaire, reçoit la déclaration de répudiation de Monsieur Dahar. Le juge algérien prononce le divorce aux torts du mari qui doit alors s'acquitter non seulement du paiement des indemnités dues à l'épouse répudiée mais aussi de la pension alimentaire pour l'entretien de leur enfant dont la garde a été confiée à la mère. Par la suite, les ex-époux s'installent en France et L'ex-épouse demande l'exequatur du jugement algérien.

Étrangement ici, c'est l'ex-mari qui invoque la non-conformité de la répudiation et de ses effets avec la conception française de l'ordre public.

Cependant, la Cour de cassation affirme que : « *L'acte reçu par le Tribunal de Mostaganem a ouvert une procédure à la faveur de laquelle chaque partie a fait valoir ses prétentions et défenses, que dès lors, la procédure incriminée n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international* ».

Alors que précédemment, le juge français assimile la répudiation acceptée par l'épouse à un divorce par consentement mutuel[475], la jurisprudence *Dahar* semble déplacer les exigences de l'ordre public vers les garanties d'une intervention judiciaire[476]. Á partir du moment où l'épouse a été entendue sur les conséquences de la répudiation, celle-ci va pouvoir produire ses pleins effets en France.

---

[474] Cass. 1re Civ., 18 décembre 1979, *Dahar*, *RCDIP* 1981. 90.

[475] La répudiation *Khul'* est assimilée au divorce par consentement mutuel. Par extension, la répudiation décidée par le mari et acceptée par l'épouse est assimilée à un divorce par consentement mutuel. « *L'ordre public français ne s'oppose pas à l'exequatur lorsque la répudiation de la femme par le mari a été prononcée, en territoire étranger, dans des conditions de droit et de fait telles qu'elle équivaut à un divorce par consentement mutuel* » ; TGI de la Seine, 23 mai 1960, *D*. 1960. 714, note Ph. MALAURIE. Ainsi, généralement les répudiations « acceptées » par l'épouse pouvaient être admises, et dans ce cas on ne considérait pas qu'elles étaient contraires à l'ordre public. Voir aussi TGI de la Seine, 26 octobre 1959, *RCDIP* 1960. 354.

[476] I. FADLALLAH, « *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?*», *RCDIP* 1981. 27.

Comme le souligne finement le Professeur Fadlallah, ces jurisprudences partisanes de la femme ne s'inscrivent pas dans un cadre juridique cohérent. Il ajoute que « *cette constante a été atteinte au prix d'une motivation parfois fantaisiste sur la répudiation et parfois contestable sur l'ordre public* »[477].

Il n'en demeure pas moins que, pour rejeter ou reconnaître les répudiations musulmanes les critères retenus restent peu clairs.

B. – Le rejet ou la reconnaissance des répudiations musulmanes : le respect de la loi française ou l'admission de l'effet atténué de l'ordre public

Au début des années 1980, l'intention frauduleuse de l'époux a pu être retenue pour rejeter les effets en France d'une répudiation musulmane (1°). Cependant, la jurisprudence a adopté un autre raisonnement en recourant au mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public (2°). Face à la critique, elle revient sur cette notion de fraude notamment en présumant la mauvaise foi de l'époux (3°).

1°. Rejet de la répudiation obtenue par la volonté frauduleuse de l'époux

À l'occasion d'un arrêt du 6 juillet 1982, la Cour d'appel de Paris doit se prononcer sur la reconnaissance en France d'une répudiation marocaine. Elle doit également décider si l'ordonnance prise par le juge marocain le 7 décembre 1981 peut être déclarée exécutoire en France [478](il s'agissait d'une ordonnance fixant l'indemnité de la répudiation et la pension alimentaire de l'épouse et des enfants).

En première instance, le 02 avril 1981, suite à la demande de contribution aux charges du mariage de l'épouse, le Tribunal d'Instance de Paris a condamné l'époux, Monsieur Bairouk, à verser 1000 francs par mois à son épouse. Le 10 août 1981, l'époux se rend

[477] *Idem*, p. 18.
[478] CA Paris, 6 juillet 1982, M. *Bairouk* c/ Madame *Essoudy*, *RCDIP* 1984. 325.

au Maroc et fait établir un acte de répudiation. De retour en France, il demande au Tribunal d'Instance de Paris de supprimer la pension mise à sa charge en invoquant la dissolution du mariage par acte de répudiation. Le 3 décembre 1981, un jugement d'incompétence est rendu. Les juges du fond ne s'estiment pas compétents pour « *apprécier la validité de la répudiation prise unilatéralement* », mais ils fixent tout de même à 1500 francs la contribution aux charges du mariage. L'époux interjette appel du jugement. Entre temps, le 7 décembre 1981, le juge marocain statue sur les conséquences de la répudiation.

C'est ainsi, que la Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 6 juillet 1982, rappelle que la répudiation n'est pas contraire à l'ordre public français lorsqu'elle résulte d'un accord entre époux (ce qui la rapproche d'un divorce par consentement mutuel). Toutefois, elle ajoute qu'*« à tout le moins »* chacun doit avoir pu faire valoir ses prétentions et défenses. Cela semble se situer dans la droite ligne de la jurisprudence *Dahar* où, rappelons-le, l'épouse était partie à l'instance et avait pu formuler ses prétentions et défenses[479].

Or en l'espèce, la Cour constate que les circonstances de fait et de droit établissent clairement la volonté de fraude de l'époux car la répudiation intervenue au Maroc s'est faite à l'insu de l'épouse. En conséquence, la Cour de Paris énonce que : « *la procédure de répudiation diligentée par le mari devant les autorités marocaines, dans les circonstances ci-dessus décrites, traduit de sa part la volonté de frauder la loi française en vertu de laquelle a été rendu le jugement de contribution aux charges du mariage ;*
- Qu'il n'est pas non plus sans intérêt de relever que le comportement adopté par le mari marque aussi son intention d'éluder l'application de la loi française sur le divorce »[480].

La fraude à la loi française et l'absence de contradictoire expliquent principalement le refus de reconnaître des effets à cette répudiation marocaine. La solution adoptée paraît satisfaisante dans la mesure où le mari a cherché par tous les moyens à se

[479] Cass. 1re Civ., 18 décembre 1979, *Dahar*, *RCDIP* 1981. 90.
[480] CA Paris, 6 juillet 1982, M. *Bairouk* c/ Madame *Essoudy*, *RCDIP* 1984. 325.

désolidariser de son épouse, allant jusqu'à contrevenir aux règles les plus élémentaires de séparation en Islam[481].

La reconnaissance en France des répudiations musulmanes est de plus en plus difficile à justifier. Pourtant en 1983, avec l'arrêt *Rohbi*, c'est la conception d'un ordre public matériel qui est mise en avant. La Cour de cassation a adopté une position en faveur de l'institution en se fondant sur l'effet atténué de l'ordre public.

2°. La reconnaissance de la répudiation par l'effet atténué de l'ordre public

Le concept de l'effet atténué de l'ordre public est un mécanisme par lequel l'exception d'ordre public est complètement mise de côté. Comme le font remarquer certains, « *l'appellation n'est guère heureuse, car il ne s'agit pas de faire jouer faiblement l'exception d'ordre public, mais de la paralyser totalement* »[482]. C'est en recourant à cet effet atténué de l'ordre public que la jurisprudence dite *Rohbi* de 1983, retient comme effective une répudiation marocaine[483].

En l'espèce, Monsieur B. Rohbi et Madame Z. Kharkhouch, de nationalité marocaine, se rencontrent en France et se marient au Maroc en 1973, avant d'aller poursuivre la vie maritale en France : un enfant naît de cette union. En juillet 1976 l'épouse quitte le domicile conjugal, et le 15 juin 1977, Monsieur Rohbi assigne sa femme en divorce, tandis qu'elle formule une demande reconventionnelle de son côté. Celle-ci est accueillie par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre qui par un jugement du 2 novembre 1978 prononce le divorce aux torts de Monsieur Rohbi. Ce dernier interjette appel en produisant un acte de répudiation dressé le 21 février 1977 par le Tribunal d'El-Jadida (Maroc), constatant la répudiation « *simple, primaire et révocable* »[484]. La

---

[481] L'époux a demandé la suppression de la pension versée à l'épouse à titre de contribution aux charges de mariage alors même que pendant la procédure de séparation il doit continuer à pourvoir aux besoins de son épouse. Pour plus de précisions voir le Titre 1er (Partie I) de la présente étude.

[482] Pierre MAYER et Vincent HEUZE, *Droit international privé*, 9e éd. Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2007. p. 153.

[483] Cass. 1re Civ., 3 novembre 1983, *Rohbi*, *RCDIP* 1984.325, note I. FADLALLAH ; *D.* 1984. 552, note POISSON-DROCOURT.

[484] Il résulte des conclusions de l'Avocat général, dans cette affaire, Monsieur Gulphe, que l'époux a procédé à la répudiation de sa femme le 7 décembre 1976 devant le *cadi* d'El- Jadida en présence de deux *adoul*s instrumentaires, acte dument enregistré le 21 février 1977. Il semblerait que la procédure de divorce s'orientait à

Cour d'appel de Versailles refuse d'admettre cette répudiation en s'appuyant sur la révocabilité de la répudiation contraire à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense.

Sous le visa de l'article 3 du Code civil et des principes régissant l'ordre public international, la Cour de cassation dans un arrêt en date du 3 novembre en l983[485], censure l'arrêt d'appel. Elle admet qu'une répudiation prononcée à l'étranger puisse être reconnue en France, alors même que l'épouse n'a pas été convoquée à la procédure au Maroc. Les juges français font preuve d'une extrême tolérance à l'égard de cette répudiation marocaine. Ils énoncent que : « *la réaction à l'encontre de l'ordre public n'est pas la même suivant qu'il s'agit de mettre obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ».

La Cour considère que la répudiation produit ses effets en France en l'absence de fraude par le jeu de l'effet atténué de l'ordre public. Il faut comprendre qu'en l'espèce, il ne s'agit pas de créer un droit en France mais de reconnaître les effets d'un droit acquis à l'étranger. Dès lors, l'ordre public ne serait pas affecté.

Pourtant, la solution retenue n'est-elle pas contestable dans la mesure où les deux époux, bien que de nationalité étrangère, ont leur résidence habituelle en France au moment du prononcé de la répudiation ?

Le contact créé avec un État étranger ne suffit pas à faire disparaître le domicile commun des époux en France. En conséquence, la loi française aurait dû normalement être compétente.

Selon le Professeur Fadlallah, deux interprétations sont possibles, la première étant que la Cour de cassation a anticipé l'application de la Convention franco-marocaine

---

l'origine vers un divorce par consentement mutuel ce qui explique que le mari n'a évoqué l'acte de répudiation qu'en appel ; Cass. 1re Civ., 3 novembre 1983, *Rohbi* ; *JCP* 1984. II. 20131, concl. M. l'Avocat général GULPHE.

[485] *Ibidem*.

du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille[486], désignant la loi nationale commune. En effet, L'article 13 alinéa 1er de ladite Convention prévoit que : « *les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoint 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* ». Cela signifie que répudiation et divorce sont assimilés[487].

La seconde interprétation est que la Cour de cassation a fait application de l'article 310 alinéa 2 du Code civil qui exclut la loi nationale commune uniquement lorsque le juge français est directement saisi[488]. Pour l'Avocat Général dans cette affaire, Monsieur Gulphe, la compétence de la loi française en tant que loi domiciliaire en matière de divorce, est subordonnée à l'existence d'un mariage valable. En l'espèce, cela n'était pas le cas puisque les époux n'étaient plus mariés au regard de leur loi nationale commune[489]. Par ailleurs, les juges de cassation estiment que si la répudiation est un mode de dissolution du mariage laissé à la discrétion du mari, elle est néanmoins tempérée par des garanties pécuniaires à destination de l'épouse. Tempérament qui convient parfaitement à la Cour, laquelle affirme en l'espèce, après avoir repris les attendus de l'arrêt Rivière[490], que : « *Les deux époux de nationalité marocaine, s'étaient mariés au Maroc, conformément à leur statut personnel commun, lequel, s'il fait de la répudiation un mode de dissolution laissé à la discrétion du mari, est tempéré par les garanties pécuniaires qu'il assure à sa femme* »[491].

De même, la Cour de cassation se prononce sur le caractère révocable de la répudiation en marquant sa désapprobation quant à la motivation de l'arrêt d'appel : *« Contrairement à ce qu'a estimé la juridiction du second degré, le caractère révocable de la répudiation n'accroît en rien les prérogatives du mari puisqu'il*

[486] La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, est entrée en vigueur le 13 mai 1983 ; Décret n° 83-435 du 27 mai 1983 ; JO. du 1er juin 1983. *RCDIP* 1983. 534
[487] *RCDIP* 1983. 531 ; *RCDIP* 1984. pp. 29 et 267, note F. MONEGER.
[488] I. FADLALLAH, « Vers *la reconnaissance des répudiations musulmanes en droit français ? », RCDIP* 1984. 334.
[489] *JCP* 1984. II. 20131, concl. Monsieur l'Avocat général GULPHE.
[490] Cass. 1re Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP* 1953. 412, note BATIFFOL, *JCP* 1953. II. 7863, note BUCHET.
[491] Cass. 1re Civ., 3 novembre 1983, *Rohbi*, *RCDIP* 1984. 325, note I. FADLALLAH.

ménage une période de transition qui peut favoriser le rapprochement des deux époux »[492].

À ce sujet, le Professeur Fadlallah affirme que la Cour de cassation est désormais « *mieux éclairée sur la vraie nature de la révocabilité de la répudiation* »[493].

Cependant, cette jurisprudence *Rohbi* de 1983 est considérée comme excessivement libérale par la doctrine. La Cour de cassation sous influence doctrinale revient sur sa position.

3°. La notion de fraude : la mauvaise foi présumée

À la notion de fraude au jugement est généralement associée l'expression de forum shopping qui suppose que le choix de la juridiction a été frauduleux. Cela signifie que la juridiction étrangère plus complaisante est saisie même si elle n'a pas un lien caractérisé ou suffisant avec le litige[494].

C'est pour dénoncer ce choix qu'en 1988, de nouveaux, les juges ont recourt à la notion de fraude au jugement. Dès lors, la Première chambre civile[495] infléchit sa position vers une rigueur un peu plus forte en refusant de reconnaître la validité d'une répudiation prononcée en Algérie. Elle retient que le mari a agi dans le seul but de neutraliser le jugement français de contribution aux charges du mariage en voulant échapper aux conséquences financières auxquelles il était astreint (saisie- arrêt sur ses pensions de retraite).

Les juges de cassation censurent l'arrêt de la Cour d'appel de Douai car celle-ci n'a pas recherché « *si le choix de la juridiction algérienne n'avait pas été frauduleux et*

[492] *Ibidem*.
[493] *Idem*, p. 332 ; Dans la mesure où la Cour de cassation parvient à définir au « mieux » le terme de « révocabilité ».
[494] Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9éd. 2007, p. 601. Pierre MAYER et Vincent HEUZE, *Droit international privé*, 9e éd. Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2007, p. 435.
[495] Cass. 1re Civ., 1er mars 1988, *D.* 1988, Jurispr, p. 486, note J. MASSIP ; *RCIDP* 1989. 721, note A. SINAY-CYTERMANN.

n'avait pas été fait dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français condamnant le mari à contribuer aux charges du mariage »[496].

L'arrêt est rendu sous le visa des principes internationaux en matière de compétence juridictionnelle et de l'article 1. a) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, suivant lequel la compétence de la juridiction saisie doit être appréciée selon les règles concernant les conflits de compétences admises dans l'État où la décision doit être exécutée[497]. En l'espèce, la Cour de cassation rappelle le principe de la jurisprudence *Simitch* de 1985 en matière de compétence internationale[498]. Elle conclu que la répudiation prononcée par le juge algérien a été obtenue frauduleusement.

Pour autant, par la suite, la jurisprudence admet des répudiations intervenues au Maroc entre deux époux marocains en application de la Convention franco-marocaine de 1981[499]. L'on retient qu'il « *résulte de l'article 13 de ladite convention que les répudiations intervenues au Maroc doivent être reconnues sans qu'elles puissent, en tant que telles, être déclarées contraires à l'ordre public au sens du droit international privé français* »[500].

Faut-il considérer qu'il s'agit d'un retour en arrière ? Pourquoi admettre dans certains cas, l'effet atténué de l'ordre public et dans d'autres cas insister sur la fraude au jugement ou à la loi française ?

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de cassation affirme en 1994 que le fait pour l'époux de se rendre au Maroc afin de répudier son épouse, alors que celle-ci avait au préalable introduit une requête en divorce, est constitutif d'une fraude. Car l'époux a saisi la juridiction marocaine « *dans le seul but d'échapper aux*

[496] Cass. 1re Civ., 1er mars 1988, *D.* 1988, Jurispr, p. 486.
[497] Convention franco-algérienne du 27 août 1964, *relative à l'exequatur et à l'extradition*, *RCDIP* 1965. 784.
[498] Cass.1re Civ., 6 février 1985, la jurisprudence *Simitch* retient que toute les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ; *RCDIP* 1985. 369 ; *D.* 1985. 469, note J. MASSIP.
[499] La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, *relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire*, *op.cit.*
[500] Cass. 1re Civ., 8 décembre1987 et 6 juillet 1988, *RCDIP* 1989. 733, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

conséquences du jugement français »[501]. Cette notion de fraude peut être contestable et fut d'ailleurs contestée par la doctrine[502]. En effet, le contrôle de la fraude est difficile à réaliser. L'article 2268 du Code civil pose le principe général de présomption de bonne foi : la fraude ne se présume pas, elle doit être démontrée.

Par ailleurs, comment reprocher au mari d'agir selon son propre intérêt, quand bien même chercherait-il à se soustraire à ses obligations pécuniaires, faudrait-il considérer que l'utilisation d'une voie de droit est frauduleuse ?

Monsieur Déprez affirme que : « *Le fait que cette dissolution s'opère à l'étranger et par répudiation ne rend pas pour autant suspecte la démarche maritale, dès lors que l'ordre juridique français admet que les autorités et instances du pays d'origine sont compétentes pour y procéder* »[503].

Reste que vers la fin des années 1989, par divers moyens, le juge français tente de limiter l'accueil des répudiations musulmanes, notamment lorsqu'elles permettent au mari de se soustraire à des procédures intentées en France par l'épouse[504].

Il serait alors particulièrement intéressant de se demander sur quels fondements la Cour de cassation, dans les années 1990, va bien pouvoir s'appuyer pour rejeter les effets des répudiations musulmanes en France.

---

[501] Cass. 1re Civ., 4 mai 1994, *RCDIP* 1995. 104, note J. DEPREZ.

[502] « *On ne voit pas comment pourrait être considéré comme frauduleux le fait de profiter des facilités offertes par la jurisprudence ou par les conventions* » ; Danièle ALEXANDRE, *La protection de l'épouse contre la répudiation*, in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993, p. 140.
La Cour de cassation recourt de façon récurrente à cette notion de fraude au jugement. En 1994, elle censure l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond n'ont pas « *recherché si la juridiction marocaine, dont la compétence était, certes fondée, mais facultative en application de l'article 11 de la convention précitée [convention franco marocaine du 10 août 1981], n'avait pas été saisie par M. Yjjou dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français à intervenir* » ; Cass. 1re Civ., 13 décembre 1994 ; *JDI* 1995, (1re espèce), p. 343, note Ph. KAHN. H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, *Rec. cours La Haye*, t. I. n° 226, 1991, p. 267.

[503] Cass. 1re Civ., 4 mai 1994, *RCDIP* 1995. 112, note Jean DEPREZ.

[504] Cass. 1re Civ., 25 février 1986, *Shafa*. En l'espèce, il est question de la répudiation d'une iranienne, mariée en 1978 en Iran. En 1979, le couple s'installe en France. Madame introduit une action en contribution aux charges du mariage, son époux lui oppose un « acte de divorce » en date du 29 janvier 1980 dressé par le Centre islamique culturel de Rome. Confirmant la décision des juges du fond, la Cour de cassation considère que l'acte de répudiation est « inexistant ». Selon Françoise Monéger « *il aurait tout de même été un peu fort que les juges français reconnaissent un acte de divorce dressé par le Centre islamique culturel d'Italie à Rome…s'agissant de deux époux iraniens résidant en France* » ; F. MONEGER, *RCDIP* 1987. 103.

Section II. – La jurisprudence des années 1990 : vers une moindre tolérance ?

Depuis l'arrêt *Rohbi* de 1983[505], la jurisprudence reconnaît les répudiations[506], sauf en cas de fraude. La Cour de cassation fait preuve d'une grande tolérance motivée par l'effet atténué de l'ordre public international et cela au nom du respect des droits régulièrement acquis à l'étranger. À partir des années 1990, elle adopte une position un peu moins laxiste et dégage une nouvelle conception de l'ordre public s'articulant autour de deux concepts. Le premier étant celui du respect des droits de la défense de l'épouse, justifié par un ordre public procédural. Le deuxième, celui du respect d'un ordre public alimentaire consistant pour la femme répudiée à obtenir une compensation financière.

La Cour de cassation restaure la dimension de l'ordre public procédural consacrée par la jurisprudence *Dahar* de 1979[507], dans l'arrêt *Akla* du 6 juin 1990[508]. Dans cette espèce, les juges de cassation refusent de reconnaître comme opposable en France une répudiation marocaine en raison de la fraude au jugement français. Ils soumettent sa reconnaissance à la condition que la femme ait pu faire valoir ses moyens de défense[509] devant les autorités marocaines. Il résulte de cet arrêt *Akla* une interprétation restrictive de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. De même que dans un arrêt 16 juillet 1992, la Cour de cassation refuse d'admettre la validité d'une répudiation en raison de sa contrariété à l'ordre public français[510]. Elle

[505] Cass. 1re Civ., 3 novembre 1983, *Rohbi*, *RCDIP* 1984. 325.
[506] Cass. 1re Civ., 8 décembre 1987, *RCDIP* 1989. 733 ; Cass. 1re Civ., 6 juillet 1988, note M.-L. NIBOYET, *Clunet* 1989. 63.
[507] Cass. 1re Civ., 18 décembre 1979, *Dahar*, *RCDIP* 1981. 90.
[508] Cass. 1re Civ., 6 juin 1990, *Akla*, *RCIDP* 1991. 593, note P. COURBE ; *D.* 1990, Somm. 263, note B. AUDIT.
[509] Selon Jean Déprez, cette exigence parait inopportune dans la mesure où la dissolution du mariage par répudiation ne donne pas lieu à un débat particulier. Il s'agit d'un droit discrétionnaire à la rupture dont dispose seul le mari, les prétentions et défenses de l'épouse n'y changeraient rien ; J. DEPREZ, « *Droit international privé et conflits de civilisations, Aspects méthodologiques, Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel* », *Recueil Cours La Haye*, 1988, t. 211, pp. 9, 168-169.
[510] Cass. 1re Civ., 16 juillet 1992, *D.* 1993. 476, note K. SAÏDI ; *Defrénois* 1993, art. 35484, n° 2, note J. MASSIP. La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt d'appel sous le visa des articles 8 et 11 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973. Selon l'article 8 de ladite Convention, la loi appliquée au divorce régit les conséquences pécuniaires de la rupture du mariage. Or, la Cour d'appel de Lyon par un arrêt du 16 novembre 1989, avait relevé que la loi marocaine ne prévoit ni prestation compensatoire ni pension alimentaire pour l'épouse, ni de dommages et intérêts en cas de divorce et avait donc en conséquence rejeté la demande de prestation compensatoire formée

met en avant le fait que la dissolution du mariage ne s'est accompagné d'aucune compensation pécuniaire, encore que celle-ci, si elle existe, est d'un montant dérisoire. L'épouse se trouve alors démunie de toute protection tant morale que matérielle.

Le déséquilibre est flagrant dans la rupture du mariage.

Tout d'abord, la jurisprudence des années 1990 est marquée par la pénétration du droit européen avec l'émergence de la notion d'ordre public égalitaire (A). Puis, par l'abandon de ce principe européen d'égalité, ce qui n'a pas manqué de troubler la doctrine (B).

A. – La pénétration du droit européen : l'émergence de la notion d'un ordre public égalitaire

Dès 1994, la Cour de cassation rejette une répudiation jugée contraire aux garanties procédurales et au principe d'égalité entre époux (1°), marquant ainsi la primauté de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (2°).

1°. La répudiation contraire aux garanties procédurales et au principe d'égalité entre époux

Dans un premier temps, afin de rejeter les effets des répudiations prononcées à l'étranger, les juges de cassation affirment clairement le principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage (a). Dans un deuxième temps, ils apportent des précisions concernant la demande de majoration des pensions de l'épouse, ce qui n'implique aucunement un acquiescement à la répudiation (b). Et enfin, dans un troisième temps, les juges ne manquent pas de rappeler que le principe du contradictoire constitue une exigence de l'ordre public français (c).

---

par l'épouse. La Haute Cour affirme que la loi marocaine est applicable, mais que cette loi est manifestement incompatible avec l'ordre public français et devait être écartée au profit de la loi française.

a) L'affirmation du principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage

Le principe d'égalité est prévu à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Cet article dispose que : « *Les époux jouissent de l'égalité de droit 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* »[511]. Le texte est clair : les droits de l'épouse et de l'époux doivent être identiques, non seulement pendant le mariage, mais également lors de sa dissolution. Cela implique que les deux époux doivent disposer de droits dans les mêmes termes et dans les mêmes conditions lors de la rupture[512]. Il convient aussi de préciser que l'article 1er de la Convention Européenne des Droits de l'Homme prévoit que les États contractants *« reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés* » édictés par ladite Convention.

[511] Le protocole additionnel n° 7, ratifié par la France en 1986, est entré en vigueur le 1er novembre 1988. L'article 5 reconnaît l'égalité de droits et de responsabilité entre les époux durant le mariage. La Convention Européenne des Droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales conclue à Rome le 4 novembre 1950 est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La Convention a été ratifiée par la France le 3 mai 1974. Elle comprend 46 États à ce jour.

[512] Si l'on suit ce raisonnement, les réformes marocaine et algérienne du divorce contreviennent à la Convention EDH. En effet, il n'est pas seulement question de la répudiation réservée au seul mari, il s'agit aussi des cas de divorce à destination exclusive de l'épouse. Dans le Code marocain de la famille, l'on peut citer le divorce pour manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage ou pour préjudice (Articles 99 à 101) ; le divorce pour défaut d'entretien (articles 102 et 103) ou encore le divorce pour absence du mari (articles 104 à 106). Dans la Code algérien de la famille, l'article 53 permet à l'épouse de demander le divorce pour :
« 1- Pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcée par jugement à moins que l'épouse n'ait connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles 78, 79 et 80 de la présente loi,
2- Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage,
3- Pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre (4) mois,
4- Pour condamnation du mari pour une infraction de nature à déshonorer la famille, et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale,
5- Pour une absence de plus d'un (1) an sans excuse valable ou sans pension d'entretien,
6- Pour violation des dispositions de l'article 8 ci- dessus,
7- Pour toute faute immorale gravement répréhensible établie,
8- Pour désaccord persistant entre les époux,
9- Pour violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage,
10- Pour tout préjudice légalement reconnu ».
Pour plus de précisions se référer au Chapitre II, Titre 1er (Partie I) de la présente étude.

Cela étant, cette notion d'égalité entre époux est assez difficile à cerner ; la difficulté se situant surtout dans la définition du concept même d'égalité, car le droit musulman ne lui donne pas le même sens et n'est pas constitué des mêmes composantes qu'en droit européen. On relèvera que « *ce qui est choquant dans la répudiation et peut justifier une réaction d'ordre public, ce n'est pas que le mari puisse discrétionnairement mettre fin au mariage, c'est le fait que ce droit ne soit pas également accordé à la femme* »[513].

Dans un arrêt du 1er juin 1994[514], la Cour de cassation adopte une position plus restrictive en refusant de donner effet à une répudiation concernant deux époux marocains domiciliés en France. Elle se fonde sur trois textes internationaux et pour la première fois sur le principe d'égalité des époux tel qu'il est prévu à l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme[515]. Il faut préciser que dans cette espèce, l'épouse n'a pas été appelée à l'instance et le débat n'a pas été contradictoire. Le mari a obtenu la répudiation de son épouse alors même qu'une procédure de divorce était pendante devant les juridictions françaises. Il semblerait donc que la seule référence à l'ordre public procédural ait suffit à ne pas reconnaître cette répudiation.

La Cour de cassation déclare que : « *les décisions constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effets en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée. Selon l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984 n°7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité lors de la dissolution du mariage* » [516].

Elle se fonde également sur les articles 13 alinéas 1 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et 16 littera a) de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957.

---

[513] J. DEPREZ, « *Droit international privé et conflits de civilisations, Aspects méthodologiques, Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel* », *Recueil Cours La Haye*, 1988, t. 211, p. 9, 170.
[514] Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *D.* 1995 p.263, note J. MASSIP ; *RCDIP* 1995. 103, 2e espèce note J. DEPREZ.
[515] Le protocole additionnel n° 7 signé le 22 novembre 1984 à Strasbourg est entré en vigueur le 1er novembre 1988 ; Décret n° 89-37 du 24 janvier 1989, JO. du 27 janvier, p. 1233.
[516] Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *D.* 1995 p.263, note J. MASSIP ; *RCDIP* 1995. 103, 2e espèce note J. DEPREZ.

Dans un premier temps, le juge invoque non seulement la fraude à la loi et au jugement, mais aussi le non respect de l'ordre public procédural et alimentaire. Puis dans un second temps, il refuse de reconnaître la répudiation prononcée à l'étranger, au motif que celle-ci ait eu lieu en l'absence de l'épouse, non appelée à la procédure.

On peut déduire de cet arrêt que pour être reconnue en France, une répudiation marocaine doit être subordonnée au constat que l'épouse était présente, représentée ou qu'elle ait été régulièrement citée à la procédure.

Néanmoins, par la suite, la Cour de cassation considèrera que lorsque l'épouse était partie à l'instance et qu'elle a sollicité la majoration des pensions, cela ne saurait valoir acquiescement de sa part à sa répudiation.

b) La demande de majoration des pensions n'implique pas l'acquiescement de l'épouse à la répudiation

Allant dans le même sens qu'en 1994[517], la Cour de cassation affirme son refus de reconnaître une répudiation marocaine, dans un arrêt en date du 31 janvier 1995[518].

Sous le visa des Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et du 5 octobre 1957 ainsi que de la Convention EDH (article 5 protocole additionnel n°7), elle retient : *« qu'un acte de répudiation rendu non contradictoirement n'est pas susceptible d'être reconnu en France (...) c'est donc à juste titre que la cour d'appel a jugé qu'un acte de répudiation rendu non contradictoirement n'était pas susceptible d'être reconnu en France ; que le fait pour l'épouse, d'avoir sollicité la majoration des pensions accordées pour chacun des enfants issus du mariage, ne saurait être considéré comme un acquiescement à la répudiation* »[519].

Ainsi, les droits de la défense n'ayant pas été respectés, les juges de cassation réaffirment l'exigence du principe d'égalité entre époux et précise que l'acceptation des pensions accordées à l'épouse ne constitue pas un acquiescement à la répudiation.

[517] I*bidem*.
[518] Cass. 1re Civ., 31 janvier 1995, *RCDIP* 1995. 569, note J. DEPREZ ; *JDI* 1995. 343, 2e espèce, note Ph. KAHN.
[519] *Ibidem*.

Par ailleurs, quelques mois plus tard, la Cour de cassation, rejette les effets d'une répudiation en raison de l'absence de débats contradictoires entre les époux.

c) Le respect du principe du contradictoire : une exigence de l'ordre public français

Le 19 décembre 1995, la Première chambre civile de la Cour de cassation refuse à une répudiation marocaine de produire ses effets en France[520]. Sous les visas des dispositions des Conventions franco-marocaines de 1957 et de 1981[521] et de la Convention EDH, elle énonce : « *qu'en l'absence de débat contradictoire, l'acte de répudiation, remis à Madame Fazouane le 29 juillet 1991, est manifestement incompatible avec l'ordre public français* »[522].

Dès lors que l'épouse n'a pu faire prévaloir ses moyens de défense, la Haute juridiction estime que la répudiation est contraire à l'ordre public français.

Monsieur Massip considère que dorénavant, pour la Cour de cassation, toutes les répudiations doivent être considérées comme contraires à la Convention EDH, quand bien même l'épouse aurait comparu ou aurait été représentée pendant la procédure. Il explique que cela tient au caractère unilatéral de la répudiation qui ne respecte pas le principe d'égalité de droit posé par la Convention européenne[523].

Ainsi, à partir de 1994, la Première chambre civile va se référer au dispositif de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour refuser aux répudiations de produire leurs effets en France. Pourtant, au Maroc, la réforme du Code marocain de

[520] Cass. 1re Civ., 19 décembre 1995, *Bull. Civ*. I. 1995, n° 469, p. 326.
[521] « *Selon l'article 13, alinéa 1er de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, les actes constatant la dissolution du lien conjugal entre conjoints 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 ; que d'après l'article 16 de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 à laquelle il est ainsi renvoyé, ces conditions exigent notamment, que la décision étrangère ait respecté les droits de la défense et que sa reconnaissance ne soit pas contraire à l'ordre public international français ; qu'au titre de cette dernière condition figure l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage reconnue par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, à la Convention européenne des droits de l'homme et que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant, comme en l'espèce, de sa juridiction* » ; *Ibidem*.
[522] *Ibidem*.
[523] Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *D*. 1995 p. 264, note J. MASSIP.

statut personnel de 1993, exige désormais que la femme soit présente lors de la procédure devant le *cadi*, ou du moins qu'elle ait été dûment convoquée à l'instance[524]. Cette jurisprudence motivée par des aspirations égalitaristes sera consacrée par un arrêt en date du 11 mars 1997 où la primauté de la Convention Européenne des Droits de l'Homme est clairement affirmée.

2°. « *La primauté de la Convention européenne des droits de l'homme* »[525]

En 1997 la Cour de cassation considère que la reconnaissance d'une répudiation musulmane est contraire à l'ordre public international, au motif que la décision étrangère n'a pas respecté les droits de la défense : c'est-à-dire l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage[526]. Elle confirme la jurisprudence du 1er juin 1994 précitée[527].

Les juges de cassation affirment que : « *si aux termes du premier de ces textes* [article 13 alinéa 1er de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981]*, les actes constatant la dissolution du lien conjugal entre époux marocain, 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* [article 16 littera b) de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957] *que ces conditions exigent, notamment que la décision étrangère ait respecté les droits de la défense et que sa reconnaissance ne soit pas contraire à l'ordre public international ; qu'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* [article 5 du protocole additionnel n°7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme] *et que la France s'est engagé à garantir à toute personne relevant de sa juridiction* »[528].

---

[524] Le *Dahir* n° 1. 93. 347 du 10 septembre 1993 a introduit l'article 48 du Code de Statut Personnel, lequel dispose que : « *la répudiation ne sera enregistrée qu'en la présence simultanée des deux parties…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* » ; L. MESSAOUDI, « *Grandeur et limites du droit musulman au Maroc* », *RIDC* 1995. 150.
[525] *D.* 1997, Jurispr., p. 402, note M.-L. NIBOYET.
[526] Cass. 1re Civ., 11 mars 1997, *JCP G* 1998, I, 101, n° 3, obs. H. FULCHIRON.
[527] Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *op. cit.*
[528] Cass. 1re Civ., 11 mars 1997, *op. cit.*

Ainsi se justifie la primauté de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur les autres accords[529] . La jurisprudence de la Cour semble se fixer sur des bases tangibles, celles des droits fondamentaux. Elle retient que la répudiation unilatérale est intrinsèquement contraire à l'ordre public français et international, en ce qu'elle heurte un principe conventionnel important celui de l'égalité des droits des époux de l'article 5 du protocole n°7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Il est vrai que la répudiation ne permet pas le respect de ce texte en raison de l'unilatéralité de la rupture réservée au seul mari.

En l'espèce, la Cour consacre l'intégration du principe d'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage aux exigences de l'ordre public international.

Toutefois, la Première chambre civile ne fait aucunement référence au domicile des époux, ce qui est critiquable dans la mesure où cela aurait permis de rattacher le litige au territoire français[530] sans forcément recourir à la Convention EDH. Dès lors, il semblerait que le déclenchement de l'exception d'ordre public n'ait pas eu pour vecteur la présence d'un tel point de rattachement. Il faut en déduire que la référence au droit européen prime sur les règles nationales.

On aurait pu croire que désormais la problématique de la reconnaissance des répudiations musulmanes était résolue mais telle ne fut pas le cas. Puisque la Cour de cassation va assez rapidement s'assouplir et revenir à une conception plus tolérante et même plus permissive à l'égard de la répudiation[531].

[529] Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention ; L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 1995, p. 29.
[530] M. Farge, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de résidence*, Thèse Grenoble, janvier 2000 ; M. FARGE, « *La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane* », *JCP G* 2001, I 293, p. 253.
[531] Les juridictions du fond, quant à elles, ont intégré une position plus ferme à l'égard des répudiations musulmanes : CA Paris 18 mars 1999 (Jurisdata n° 024001) ; CA Versailles le 11 mars 1999 (Jurisdata n° 043689) ; CA Paris 2 novembre 1999 (Jurisdata n° 024887) ; CA Paris 30 mai 2000 (*D.* 2000. p. 231).

B. – La remise en cause du principe européen d'égalité : « *un trouble doctrinal* »[532] perceptible

La doctrine a vivement contesté cette référence à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (1°), contestation ayant porté ses fruits puisque le principe d'égalité a été mis de côté, du moins pour un temps (2°).

1°. Le recours à la Convention Européenne des Droits de l'Homme contestée

Le fait de se référer à la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'a pas emporté une adhésion unanime. La doctrine s'est interrogée sur la primauté de ladite Convention par rapport aux conventions franco-marocaines que la France s'est également engagée à respecter.

Selon certains auteurs, « *le conflit de normes entre la Convention européenne et le traité de coopération bilatérale franco-marocaine se résout donc par la primauté que confère à la première le respect dû aux droits fondamentaux qu'elle contient. Dans les autres cas, les obligations conventionnelles sont intégrées directement à l'ordre public, investi désormais de la défense des droits fondamentaux et assortie d'une condition de proximité* »[533].

Il serait particulièrement intéressant de se demander comment peut se résoudre ce conflit de conventions ? Comme il est question de deux conventions internationales, pourquoi la Convention EDH l'emporterait-elle sur les autres engagements internationaux de la France ?

À ce sujet, l'article 30-4-b de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose que : « *lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :*

---

[532] T. VIGNAL, « *Reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale* », *JCP* 2002. II. 10039.
[533] Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, tome II, Partie spéciale, PUF, 2007.

b) dans les relations entre un État-partie à deux traités [successifs et portant sur la même matière] *et un État-partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques* »[534].

La Convention franco-marocaine serait alors, en principe, prioritaire. Mais, il convient d'observer que cette disposition vise les traités successifs qui portent sur la même matière. La Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957[535] pose le principe que pour être reconnu dans les pays signataires, un jugement de divorce ne doit pas heurter l'ordre public du for. C'est en se fondant sur cette disposition que la Cour de cassation, tout en respectant la Conventions franco-marocaine, a pu mettre en avant la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Car en réalité, il n'existe pas de réels conflits de conventions entre la Convention EDH et les Conventions franco-marocaine et franco-algérienne. Celles-ci ont soumis au droit international privé de chaque État contractant, les conditions de régularité des décisions de justice. Dans la mesure où le principe d'égalité constitue, aujourd'hui, une composante de l'ordre public international français, il ne saurait être question de conflits conventionnels.

Toutefois, des réserves ont été émises quant à la méthode employée par la Cour de cassation pour refuser les effets d'une répudiation musulmane en France. Selon le Professeur Fulchiron « *donner leur plein effet aux principes de liberté et d'égalité affirmés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et par ses protocoles, ne peut que bouleverser les solutions admises en matière de filiation naturelle, de polygamie, d'autorité parentale ou de succession, réduisant à peu de chose la réception en France des règles de droit musulman* »[536].

Nous rejoindrons sa réflexion au sujet du principe d'égalité lorsqu'il considère que cette égalité « *homme/femme en termes d'identité des 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*

[534] L'article 30 est relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière ; Paul REUTER, *Introduction au droit des Traités*, 3e éd. revue et augmentée par Philippe CAHIER, Publications de l'institut universitaire de Hautes études internationales- Genève, 1995, p. 194.
[535] Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire d'exequatur des jugements et d'extradition ; *op. cit.*
[536] *JCP G* 1997. I. 101, obs. H. FULCHIRON.

complémentarité des rôles et des statuts de l'homme et de la femme, dans la famille et dans la société. Il parait donc opportun de revenir à des solutions plus souples et plus respectueuses de l'ensemble des intérêts en cause »[537].

Des auteurs se sont demandé quelle était la valeur des droits garantis par la Convention Européenne des Droits de l'Homme[538]. Madame Roula El-Husseini estime pour sa part que : « *quoique légitime, en ce sens qu'elle tend à protéger l'épouse victime d'une inégalité de traitement la laissant souvent dans la détresse aussi bien morale que matérielle, la jurisprudence fondée sur la Convention européenne des droits de l'Homme est contestable. Cette jurisprudence est en effet empreinte « d'absolutisme »* »[539].

Ont ainsi été évoquées certaines théories permettant d'appréhender l'institution de la répudiation. Nous n'en citerons que deux, principalement usitée en jurisprudence : la théorie allemande de l'i*nlandsbeziehung* et la théorie anglo-saxone de l'*estoppel*.

La Théorie de l'*inlandsbeziehung*[540] traduit une approche concrète des liens qu'entretient la situation avec le for[541]. Elle permet « *le même jeu de l'ordre public que la situation soit constituée dans ou hors du territoire du for, dès lors que cette situation présente des liens étroits avec la France* »[542], comme par exemple le domicile ou la nationalité. L'*inlandsbeziehung* impose ainsi de faire prévaloir les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for[543]. Suivant cette théorie, en matière

---

[537] H. FULCHIRON. « *Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ?* », note sous Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1141.

[538] P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse Paris I, 1994 ;
E. FOHRER, *L'incidence de la Convention Européenne sur l'ordre public international français*, éd. Bruylant, 1999 ;
L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international privé de la famille* (Thèse), LGDJ, 2001, n° 346 et suiv.

[539] Roula EL-HUSSEINI, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *RCDIP* 1999. 468.

[540] P. LAGARDE, « *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation* », in Nouveaux itinéraires en droit ; Hommages à F. *Rigaux*, Bruxelles, éd. Bruylant, t. 2, 1993, p. 263.

[541] Nathalie JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique* (*Inlandsbeziehung) en droit international privé,* Université de Bourgogne-CNRS-Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Thèse, 2007 ; éd. Litec.

[542] H. GAUDEMET-TALLON, « *La désunion de couple en droit international privé* », Rec. Cours La Haye, t.I, n° 122, 1991, p. 271.

[543] « *Dans un article consacré à la théorie de l'Ordre public international face à la polygamie et à la répudiation (Mélanges F. Rigaux, éd. Bruylant, 1993, p. 265), le Professeur Lagarde envisageait l'application de la théorie de*

de refus de reconnaissance des répudiations en France, c'est l'exigence d'un lien de rattachement tel que le domicile en France ou la nationalité française qui permettront l'application de la loi française.

La Théorie anglo-saxone de l'*estoppel*, quant à elle, permet de sanctionner les attitudes contradictoires d'une même partie dans des procédures parallèles[544]. C'est le cas où l'épouse adopte une attitude contradictoire, dans la mesure où elle est à la fois demanderesse devant la juridiction étrangère et devant le juge français. Cette notion est souvent rapprochée de la notion de fraude au jugement[545].

Concrètement, les juges recourent fréquemment à ces théories pour rejeter les effets des répudiations musulmanes en France.

Suite aux critiques formulées à l'encontre de la référence européenne de façon assez singulière, le principe d'égalité a été mis de côté.

2°. Le principe d'égalité mis de côté

En 1999, la Cour de cassation sous les visas des deux Conventions franco-marocaine et de la Convention EDH, insiste sur le non respect des droits de la défense (l'épouse n'ayant pas été appelée à la procédure). Elle affirme qu'il : « *résulte de la combinaison des deux premiers textes que les décisions marocaines constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée ; que selon le troisième, les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités lors de la dissolution du mariage* » [546].

---

l'inlandsbeziehung, sous la forme du principe de proximité, pour définir les conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public : le raisonnement en termes de proximité pallierait, au moins pour l'essentiel, les insuffisances de la théorie classique de l'effet atténué » ; cité par H. FULCHIRON, « *Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ?* », note sous Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1141.

[544] H. MUIR WATT, « *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français* », Mélanges *Loussouarn*, *Dalloz*, 1994, p. 303. E. AGOSTINI, note sous Cass. Crim., 11 juin 1996, *D.* 1997. 576.

[545] CA Versailles, 27 février 1992 et CA Paris 22 avril 1992 ; dans ces espèces, il y a fraude au jugement, ce qui constituerait une application de la notion d'*estoppel* ; *RCDIP* 1993. 473, note H. MUIR WATT. Voir également : Cass. 1re Civ., 19 janvier 1983, *RCDIP* 1984, note P. MAYER.

[546] Cass. 1re Civ., 5 janvier 1999, *D.* 1999, Jurispr. p. 671, note AGOSTINI.

Pour autant, étrangement, la Cour de cassation ne reprend pas la motivation de principe de l'arrêt de 1997 précédemment cité[547].

Par un arrêt en date du 3 juillet 2001, est admise la répudiation prononcée en Algérie entre deux époux résidant en France. En ce sens, la Cour de cassation revient sur sa position antérieure en matière de répudiation. En l'espèce, après trente ans de vie conjugale en France, Madame Douibi est répudiée par son mari. Un tribunal algérien avait considéré l'usage de la répudiation abusif et avait attribué à l'épouse répudiée la somme de 550 euros à titre de dommages et intérêts. Les juridictions françaises ont reconnu la validité de cette répudiation. La Première chambre civile ne fait pas application du principe d'égalité entre époux garanti par l'article 5 du Protocole n° 7.

Les juges de cassation affirment que : *« La conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale du mari dès lors que le choix du tribunal n'a pas été frauduleux, que la répudiation a ouvert une procédure en la faveur de laquelle chaque partie a fait valoir ses prétentions et défenses, et que le jugement algérien passé en force de chose jugée et susceptible d'exécution, a garanti des avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages et intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon* »[548].

Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne raisonne plus en termes d'égalité entre les époux, et cela bien que l'épouse l'invoquait à l'appui de son pourvoi, mais elle se borne à apprécier les faits de l'espèce *in concreto*. La Cour se contente seulement de vérifier l'effectivité de certaines conditions telles que le respect du principe du contradictoire, l'attribution d'une compensation financière en faveur de l'épouse, ainsi que l'absence de fraude au jugement (une absence de fraude dans le choix de la juridiction saisie par le mari). La Cour conclut que les droits de la défense ont été respectés car l'épouse a pu se défendre en justice.

[547] Cass. 1re Civ., 11 mars 1997, *JCP G* 1998. I. 101, n° 3 ; *Dr. Famille* 2000.23, note H. FULCHIRON.
[548] Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001, *D.* 2001, p. 3378, note M.-L. NIBOYET ; *RCDIP* 2001.704, note L. GANNAGE ; *Dr. & Patrimoine*, 2001, n° 97, p. 116, obs. F. MONEGER ; *JCP* 2002. II. 10039, note T. VIGNAL ; *JDI* 2002. 182, note P. KAHN ; *LPA* 2002. 109, note P. COURBE.

Une répudiation algérienne peut donc produire ses effets en France alors même que les époux résident habituellement sur le territoire français, de sorte que là encore, la Cour de cassation est indifférente à cette circonstance de fait. Elle affirme que la conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'une répudiation unilatérale, dès lors que les conditions précédemment énumérées sont réunies. Elle estime qu'en l'espèce, il n'y a pas eu fraude.

Monsieur Farge évoque l'expression de « *résurrection de l'ordre public procédural* » et expose que cette jurisprudence peut s'expliquer par l'avènement du PACS[549]. En effet, le 15 novembre 1999[550], le législateur français insitue une forme d'union contractuelle, et il permet à deux individus de rompre unilatéralement et discrétionnairement cette relation. La rupture unilatérale et discrétionnaire est permise, elle est même érigée en Liberté par le Conseil constitutionnel[551] ; c'est un processus de dissolution sur lequel nous reviendrons ci-après.

Il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence *Douibi*[552] a fait couler beaucoup d'encre, la doctrine étant assez divisée. Une large majorité a contesté vigoureusement cette position. Certains se sont demandé d'une part, s'il ne s'agissait pas d'un nouveau revirement de jurisprudence[553] et d'autre part, s'il fallait « *en conclure que la répudiation n'est plus considérée comme portant atteinte à l'article 5 (…) dès lors que sont satisfaites les garanties procédurales et pécuniaires indiquées par l'arrêt ?* »[554].
D'autres ont salué cette position, comme constituant un compromis entre le souci de protéger les intérêts de la femme et celui d'assurer la continuité des solutions juridiques internationales[555].

---

[549] M. FARGE, « *La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane* », *JCP G* 2001. I. 293, p. 253.
[550] Loi du 15 novembre 1999, n° 99-944, JO. du 16 novembre 1999, p. 16959.
[551] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419, DC JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.
[552] Suite à cet arrêt du 3 juillet 2001, l'épouse a saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le fondement de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cependant, la requérante s'étant désistée, la Cour de Strasbourg a rendu un arrêt de radiation en date du 08 novembre 2005 ; CEDH req. N° 3/02 du 08 novembre 2005 ; Hugues FULCHIRON, « « *Ne répudiez point… » : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* », *RIDC* 2006. 26.
[553] F. MONEGER, *Droit & Patrimoine*, 2001, n° 97, p. 116, note sous Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001. Pour autant, la Cour de cassation, à peine quelques jours après, a refusé tout effet à une répudiation en raison de la méconnaissance des droits de l'épouse ; *Bull. Civ.*2001 n° 217, p. 136.
[554] T. VIGNAL, « *Reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale* », *op. cit.*
[555] H. FULCHIRON, « *Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de*

Le président de la Cour de cassation de l'époque, Monsieur Guy Canivet, a précisé qu':« *imposer à l'encontre de jugements venus d'ailleurs des valeurs perçues comme impératives suppose, en effet, qu'elles aient une égale vocation à s'appliquer dans toutes les traditions juridiques. La légitimité d'une position aussi absolutiste est discutable. Elle revient à postuler l'universalité des droits de l'homme, à s'opposer au relativisme culturel, à refuser toute concession à la diversité (…). Les droits de l'homme affirmés par la Convention EDH ne sont que l'expression d'une certaine culture régionale et n'ont pas vocation à faire systématiquement obstacle à toute reconnaissance de situations acquises sous l'empire d'une loi ou par le truchement d'un jugement provenant d'une culture profondément différente* »[556].

D'autres encore, ont fortement contesté cette nouvelle position de la Cour de cassation qualifiée « *d'excès de tolérance* » [557], notamment en ce qu'elle nuit aux intérêts de la femme et freine les efforts réalisés au Maghreb. Pour le Professeur Niboyet, la Cour de cassation « *a répudié sa propre jurisprudence* »[558], invoquant le fait que les juges de cassation n'exercent qu'un contrôle minimal se cantonnant au respect d'un ordre public procédural.

Pour autant, cette jurisprudence est aussitôt oubliée puisque moins d'un an plus tard la Cour de cassation adopte une autre position en matière de répudiation.

En effet, dans un arrêt en date du 14 mars 2002, elle refuse qu'une répudiation marocaine produise ses effets en France. En l'espèce, le mari oppose une fin de non recevoir à la demande de divorce de sa femme en invoquant un acte de répudiation. Or selon la Cour, le mari ayant acquis la nationalité française en 1991 ne peut se prévaloir de la loi étrangère pour faire reconnaître une répudiation. L'existence de liens de rattachement de l'époux avec la France et la contrariété de la répudiation à l'ordre public international justifie ce refus. Dès lors, la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation se démarque de la Première car elle ne permet pas à une

---

logiques ? », Actes du colloque *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention EDH* ; F. SUDRE, Montpellier, février 2002, éd. Bruylant.

[556] Guy CANIVET, « *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger* », *RIDC* 2003, pp. 20-21.

[557] L. GANNAGE, *RCDIP* 2001.716 ; note sous Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001.

[558] M.-L. NIBOYET, *D.* 2001, p. 3378 ; note sous Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001.

répudiation de produire son plein effet en France, sans même tenir compte des conditions posées par la jurisprudence *Douibi*.

La Cour de cassation ne se fonde pas expressément sur le principe d'égalité entre époux, mais procède par substitution de motifs. Elle approuve la Cour d'appel qui avait considérée : *« qu'une répudiation constatée dans les formes de la loi marocaine ne saurait produire effet en France, dès lors qu'elle se heurte aux exigences de l'ordre public international parmi lesquelles figure l'égalité de droits et responsabilité des époux lors de la dissolution du mariage, consacrée à l'article 5 du Protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme »*[559].

Cette position semble confirmer l'intégration progressive des principes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre public français. Cependant, précisons que cet arrêt se fonde essentiellement sur un ordre public de proximité. Cette jurisprudence tente ainsi d'encadrer davantage la répudiation que de la rejeter en bloc.

[559] La nationalité française d'un bi-national demeurant en France prévaut sur sa nationalité étrangère : il est considéré uniquement comme français. Si l'épouse avait été française ou bi-nationale, la répudiation n'aurait pu être validée que si elle y avait consentie expressément. La cour affirme que : « *Le mari ayant acquis la nationalité française par décret du 9 juin 1991 ; que lors de la présentation de la demande de divorce, les époux demeuraient en France ; qu'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 1981 est contraire à l'ordre public de l'État dont le mari avait fait le choix de devenir le national* » ; Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1138 ; *D*. 2002, *IR*, p. 1177.

Conclusion

Dans les années 1980 et 1990, la jurisprudence relative aux répudiations musulmanes a été fluctuante. La motivation des arrêts ne manque pas de surprendre : ce qui est affirmé pour une espèce est contredit pour une autre, sans réelle cohérence ni harmonisation. Cela démontre une certaine méconnaissance de ce mode de rupture unilatéral et discrétionnaire du mariage où seul le caractère exclusif de la répudiation semble retenir l'attention du juge.

Au cours de cette première décennie, la position jurisprudentielle française à l'égard de cette institution étrangère est marquée par une relative inconstance. Le juge tentant alors de justifier son admission ou son rejet à travers la notion d'ordre public. Il lui arrive ainsi de justifier le refus de reconnaître des effets à la répudiation musulmane en raison de son caractère « révocable » ; mais aussi de l'admettre en faisant valoir un ordre public assoupli ou atténué. De même qu'il n'hésite pas à invoquer la fraude de l'époux ou sa mauvaise foi.

Puis, dans les années 1990, la jurisprudence semble s'orienter vers une moindre tolérance. Progressivement le droit européen, en particulier la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, pénètre en France au point de devenir le référentiel d'un ordre public égalitaire. Dès lors, refuser à la répudiation musulmane de produire ses effets en France se justifie par la violation du principe d'égalité de l'article 5, Protocole n° 7 de ladite Convention. Toutefois, ce principe et l'utilisation de la Convention EDH sont remis en cause.

Á travers cette évolution jurisprudentielle française assez irrégulière, il est sans doute apparu nécessaire à la Cour de cassation de stabiliser sa position au sujet des répudiations musulmanes, ce qu'elle fit en 2004.

Chapitre II.- Vers un rejet définitif de la répudiation musulmane

La jurisprudence européenne des Droits de l'Homme a toujours fait preuve d'une relative prudence à l'égard des pratiques religieuses en raison notamment du respect du principe de la liberté de pensée et de conscience. Cependant, à partir des années l990, certaines institutions musulmanes comme la répudiation, ont progressivement subi le contrôle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En 2003, les juges européens ont même retenu, dans l'affaire opposant Monsieur Refah Partisi à la Turquie, qu'il : « *est difficile de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et soutenir un régime fondé sur la Chari'a, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment, eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale,* ***à la place qu'elle réserve à la femme dans l'ordre juridique****, et à son intervention dans tout les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses* »[560]. La CEDH affirme, sans aucune ambiguïté, l'incompatibilité de la Convention avec la *Chari'a* et plus encore, critique ouvertement le droit musulman. La situation de la femme est explicitement pointée du doigt. La répudiation, en tant que mode de rupture unilatéral et discrétionnaire du mariage, ne semble alors ni admise ni tolérée.

Dès lors, on pourrait penser que la jurisprudence de la Cour européenne, directement applicable en France, ait pu inspirer la solution retenue par le juge français de cassation en 2004[561]. Ce dernier a adopté une position rigoureuse à l'égard des répudiations musulmanes dans cinq arrêts, tous rendus le même jour, suivant pratiquement les mêmes visas et la même motivation. La tendance au rejet paraît se renforcer. Au-delà du droit interne, c'est à nouveau le droit européen qui va servir de motivation au juge pour refuser aux répudiations musulmanes de produire leurs effets en France. Le principe d'égalité entre époux ainsi que le concept d'ordre public international sont redondants dans les motivations de Cour de cassation. L'accent est

[560] CEDH, Grande Chambre, 13 février 2003 ; V. BERGER, *La jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme,* Sirey, 9e éd., 2004, p. 592.
[561] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11.549 ; n° 02-11.618, 02-15.766 ; 02-10.755 et 02-17.479 ; *D.* 2004. 815.

systématiquement mis sur l'inégalité de la répudiation justifiée par son caractère unilatéral et discrétionnaire.

Mais invoquer une égalité parfaitement symétrique pour refuser aux répudiations de produire leurs effets est-il suffisant ?

L'argument ne manquerait-il pas de vigueur si l'on s'attarde d'un peu plus près sur le contenu même du droit commun du couple en France[562] ?

L'égalité dans la rupture suppose t-elle une meilleure équité et une meilleure protection des droits de chacun ?

Il importe alors de s'interroger sur le paradoxe de cette position jurisprudentielle en se demandant si les répudiations prononcées à l'étranger peuvent encore s'appliquer en France ?

Ainsi, dès 2004 on assiste à un revirement de jurisprudence remarqué refusant aux répudiations musulmanes de produire leurs effets en France (**Section I**). Depuis, cette jurisprudence est confirmée et pour l'heure demeure constante (**Section II**).

Section I. - Le 17 février 2004, un revirement de jurisprudence remarqué

Le 17 février 2004, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence remarqué en condamnant, sans aucune réserve, la pratique de la répudiation à travers cinq arrêts de rejet[563]. Deux espèces concernent des répudiations marocaines et les trois autres des répudiations algériennes. Dans le cadre de la présente étude, dans un

[562] Articles 237, 238 et 515-7 du Code civil.
[563] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11.549 ; n° 02-11.618, 02-15.766 ; 02-10.755 et 02-17.479 ; *D.* 2004. 815, note P. COURBE ; *JCP* G 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; Gaz. Pal. 25-26 février 2004, 1, Jur., p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RTD Civ.* 2004, p. 337, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. Famille* 2004, chron. 9, obs. S. PRIGENT ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : la Cour de cassation renoue avec le principe d'égalité des époux* », *RJPF* 2004-5/11 ; *D.* 2004.824.

souci de clarté, nous identifierons chacune de ces espèces par le numéro de la décision ainsi que par la nationalité des époux.

Remarquons que dans ces espèces à l'origine du contentieux, l'épouse s'oppose à la reconnaissance de la répudiation en France. Nous pourrions supposer que, en l'absence de contestation de sa part ou en cas d'accord entre les époux, la solution retenue aurait pu être été différente. Il n'en demeure pas moins, qu'en l'espèce, le juge de cassation considère que l'institution de la répudiation musulmane ne peut plus faire l'objet d'une reconnaissance en France en raison de son caractère unilatéral.

Dès lors, est mis en avant le déséquilibre existant entre les époux sur le tilulaire de ce droit de rupture (A). Cela justifierait l'éviction des juges marocains et algériens (B).

A. – Le rejet de la répudiation justifiée par le déséquilibre dans les droits d'agir

Pour refuser aux répudiations prononcées au Maroc et en Algérie de produire leur plein effet en France, la Cour de cassation souligne l'importance et surtout l'exclusivité du pouvoir décisionnel du mari (1°), face auquel il est impossible à l'épouse de formuler une quelconque opposition (2°).

1°. Une décision unilatérale « *entre les mains de l'époux* »

En raison du caractère unilatéral et discrétionnaire de la rupture, il semblerait que le mari dispose d'un pouvoir exorbitant (a), lequel conduirait immanquablement à la violation du principe d'égalité entre époux (b).

a) Un pouvoir exorbitant ?

Le juge de cassation souligne l'importance du pouvoir dont dispose le mari.

Il précise que la répudiation est valable en Algérie *« 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 »***[564].

Dans un autre arrêt, tout en contestant le pouvoir de rupture de l'époux, il énonce encore que : *« le jugement du Tribunal de BISKRA avait été prononcé sur demande de Monsieur X... au motif que "* ***la puissance maritale est entre les mains de l'époux*** *selon la Charia et le Code" et que le tribunal ne peut qu'accéder à sa requête »*[565].

L'accent est volontairement mis sur le pouvoir du mari afin de renforcer le déséquilibre existant dans le droit d'agir. La présentation telle qu'elle est effectuée dans ces arrêts peut être source de malentendus. C'est méconnaître l'essence même de cette institution et plus particulièrement la teneur des droits marocain et algérien en la matière. Cette vision tranchée « mari-femme » laisse supposer que systématiquement en matière de rupture unilatérale, l'épouse est une victime. Celle-ci n'aurait pas de droits équivalents face à la répudiation.

Or, s'il est vrai que l'épouse ne dispose pas de la même action en justice que son conjoint, il lui est permis a elle aussi de rompre unilatéralement et discrétionnairement la relation maritale. Comme il a été examiné précédemment, au Maroc et en Algérie, l'épouse peut solliciter le divorce de façon discrétionnaire et unilatérale et ce avant même les réformes intervenues respectivement en 2004 et en 2005 ; et à plus forte raison depuis. Certes, la répudiation peut être brutale, notamment lorsqu'elle résulte d'une fraude de l'époux, mais elle ne représente pas l'unique mode de dissolution du mariage.

Énoncer le pouvoir exorbitant qu'aurait le mari « entre ses mains » permet de renforcer la motivation de la Cour sur la violation du principe d'égalité entre époux. L'intention du juge français est louable, mais à travers ce positionnement il vise précisément à refuser ce mode de dissolution au nom de l'égalité, en cela la méthode est critiquable. Comme l'ont si finement souligné certains auteurs, en Islam l'égalité

[564] Affaire Monsieur Hadi X…contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.
[565] Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne.

ne se conçoit absolument pas selon les mêmes critères qu'en Occident[566]. À juste titre, Monsieur Salim Jahel précise qu'il est difficile de transposer une conception européenne dans des pays qui n'ont pas « *la même aire de civilisation* »[567]. Toute l'ambiguïté se situe donc autour du pouvoir dont dispose le mari dans la rupture.

Par ailleurs, pour une partie de la doctrine, cette jurisprudence ne permet pas que soit examiné chaque cas individuellement, car il s'agit d'une solution générale et absolue de rejet de toute rupture unilatérale à l'initiative du mari. Selon le Professeur Niboyet, ces arrêts de 2004 envisagent de façon «*abstraite l'égalité des sexes* »[568] alors qu'en 2001 la jurisprudence *Douibi* admettait la possibilité de reconnaître en France un divorce étranger par répudiation unilatérale sous conditions[569] ; en ce sens, la Cour de cassation effectuait une appréciation *in concreto* de la répudiation. Or, dans les arrêts de 2004, au nom du principe d'égalité, la Cour de cassation considère que toutes les répudiations impliquent nécessairement une violation du principe d'égalité.

En conséquence, ce rejet massif des répudiations en France n'est pas pleinement satisfaisant car il porterait atteinte à l'appréciation *in concreto* de l'ordre public en droit international privé. La Cour de cassation fait du principe d'égalité une exigence absolue et indiscutable auquel ne peut déroger la répudiation musulmane.

b) Le principe d'égalité : une exigence absolue et indiscutable

Le principe d'égalité est présenté comme un principe qui ne peut souffrir d'aucune exception ni atténuation, il est donc en ce sens absolu et indiscutable. En 2004, le juge de cassation n'innove pas en invoquant le non respect du principe d'égalité pour rejeter les effets des répudiations musulmanes en France. Ce fondement n'est pas nouveau, la jurisprudence antérieure l'avait déjà utilisé[570] , nous l'avons

[566] H. FULCHIRON. « *Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ?* », note sous Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1141.
[567] Sélim JAHEL, « *Les droits fondamentaux en pays Arabo-musulman* », *RIDC* 2005. 787.
[568] M.-L. NIBOYET, « *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes* », *RIDC* 2006. 31.
[569] Les conditions posées par la jurisprudence *Douibi* sont les suivantes : l'absence de fraude du mari dans le choix du tribunal, le respect du principe du contradictoire et enfin une compensation financière pour l'épouse ; Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001, *D.* 2001, p. 3378, note M.-L. NIBOYET.
[570] Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *D.* 1995 p. 263, note J. MASSIP.

d'ailleurs vu, dès la fin des années 1990. Elle avait tenté de motiver sur ce fondement, mais cette position n'a pas été unanimement approuvée par la doctrine[571]. En 2004, elle réaffirme que cette institution musulmane est contraire aux valeurs que « *la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction* »[572]. Néanmoins, en l'espèce, la Cour de cassation renforce sa motivation, d'autant qu'il s'agit de cinq arrêts rendus le même jour sur le même thème.

Mais quelle portée doit être donnée à cette disposition qui fonde ce nouvel ordre public ? Comment définir la conception judiciaire française de l'ordre public international dans le cadre d'une reconnaissance des répudiations algériennes et marocaines ?

Relevons qu'en l'espèce, la Haute juridiction se fonde sur des données européennes, alors même qu'en droit interne ce principe d'égalité est depuis longtemps affirmé. L'égalité des hommes et des femmes devant la loi est édicté à l'article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[573] et à l'article 16-1 de la Convention des Nations Unies de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Selon certains auteurs, il est surtout question de

---

Cass. 1re Civ., 31 janvier 1995, *RCDIP* 1995. 569, note J. DEPREZ ; *JDI* 1995.343, 2e espèce, note Ph. KAHN.
Cass. 1re Civ., 19 décembre 1995, *Bull. Civ*. I. 1995, n° 469, p. 326 ;
Cass. 1re Civ., 11 mars 1997, *JCP G* 1998. I. 101, n° 3, obs. H. FULCHIRON. *D*. 1997, Jurispr., p. 402, note M.-L. NIBOYET.

[571] Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *D*. 1995 p. 263, note J. MASSIP ; *RCDIP* 1995. 103, 2e espèce note J. DEPREZ.
T. VIGNAL, « *Reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale* », *JCP* 2002. II. 10039.
R. EL-HUSSEINI, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *RCDIP* 1999. 468. *JCP G* 1997. I. 101, obs. H. FULCHIRON ;
H. FULCHIRON. « *Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ?* », note sous Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1141.

[572] Motivation que l'on retrouve dans les cinq arrêts du 17 février 2004. C'est un engagement général souscrit par les États parties et que proclame l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme.

[573] L'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen dispose que : « *Les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». De surcroît, ce principe est inscrit dans le Préambule de la Constitution de 1946 en ces termes : « *La loi garantit à la femme, dans tout les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* » ; Christian BIGAUT, *Lexique de la Ve République*, éd. Ellipse, Coll. Optimum, 2009, pp. 325 et 331.
Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 décembre 1973 va dans le même sens, et applique ce principe d'égalité dans les rapports entre les sexes ; DC 73-51 du 27 décembre 1973 Taxation d'office, mesure discriminatoire contraire au principe d'égalité devant la loi contenu dans la déclaration de 1789. Valeur et portée du principe d'égalité ; Louis FAVOREU et Loïc PHILIP (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15e éd., Dalloz, 2009, p. 213.
Par ailleurs, le préambule de la Constitution, fait partie du bloc de constitutionalité et a trouvé de nombreuses applications, notamment, dans le Code du travail.

ne pas heurter les susceptibilités des pays étrangers en se fondant sur un texte international dont la valeur ne saurait être remise en cause[574].

Pourtant, la Convention Européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre l950 n'a pas en elle-même vocation universelle. Elle affirme simplement assurer la protection de toutes les personnes relevant de la juridiction d'un État signataire. Mais il faut bien reconnaître, comme d'autres l'ont fait avant nous, que ce principe d'égalité *« est bien plus que "l'expression d'une certaine culture régionale". À défaut d'être universel, il pourrait avoir vocation à le devenir. Lui refuser cette prétention, c'est reproduire à l'identique les arguments qui, au Proche-Orient, comme dans bon nombre d'États arabes d'ailleurs, sont généralement invoqués pour maintenir le statut personnel hors de portée des droits fondamentaux* »[575]. Il faut comprendre que la Cour de cassation a ainsi voulu se donner un fondement textuel beaucoup plus large reconnu par un grand nombre de pays, afin de mettre au second plan les Conventions bilatérales franco-algérienne et franco-marocaine précitées[576].

La Cour considère que ce mode de dissolution dévolu au seul mari confère un caractère profondément inégalitaire et discriminatoire, lequel heurte l'ordre public. Le juge français aurait alors l'obligation d'observer le principe d'égalité.

Dès lors, dans la mesure où l'épouse ne peut s'opposer à sa répudiation, invoquer la violation du principe d'égalité permet de neutraliser les effets de la rupture unilatérale et discrétionnaire décidée par le mari.

---

[574] Selon le Professeur Fulchiron, *« la mise en avant de la Convention Européenne des droits de l'Homme et de ses protocoles additionnels présente cependant un double avantage : donner plus de poids au principe d'égalité entre homme et femme dès lors qu'il est fondé sur un des « textes sacrés » du monde contemporain ; d'autre part, échapper à l'accusation de nationalisme juridique : les tribunaux français agissent au nom de principes universels* » ; H. FULCHIRON, « *" Ne répudiez point… " : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* », *RIDC* 2006. 10.

[575] Léna GANNAGE, « *Le relativisme des droits de l'homme dans le droit méditerranéen. Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman* », *RIDC* 2006. 111.

[576] Il est question de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition (publiée par décret n° 60-11 du 12 janvier 1960 portant publication de la Convention judiciaire, de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition, de la Convention culturelle, signées par la France et le Maroc le 05 octobre 1957 ; JO. du 14 janvier 1960, p. 421) ; et de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *RCDIP* 1983. 534 ; ev. le 13 mai 1983 ; Décret n° 83-435 du 27 mai 1983, JO. du 1er juin 1983. Mais aussi de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, relative à l'exequatur et à l'extradition, *RCDIP* 1965. 784.

2°. Aucun « *effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme* »

L'épouse répudiée ne peut en aucun cas s'opposer à la décision unilatérale de son époux, en ce sens elle subie la rupture (a). C'est la raison pour laquelle, la Cour de cassation estime que les garanties procédurales dont elle a pu bénéficier sont insuffisantes (b).

a) La rupture subie

Afin de noircir davantage l'institution de la répudiation et la bannir, la Cour de cassation constate que : *« le divorce des époux X... et Y... a été prononcé par les juges algériens, **malgré l'opposition de la femme »***[577], et précise que le juge algérien n'a pas donné « ***d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme »***[578]. Dans une autre espèce, la cour conclut qu'il : *« en résulte que **cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme »***[579] ne peut être admise. L'on pourrait légitimement se demander si cette motivation est satisfaisante : pourquoi poser une telle exigence ?

En réalité, cette motivation vise à insister sur la position de la femme, laquelle ne pourrait pas se défendre en invoquant la responsabilité de son mari, ni même s'opposer à la décision prise par lui. Or, l'épouse répudiée peut engager une action en responsabilité et solliciter des dommages et intérêts. Il est vrai qu'elle ne peut s'opposer à la décision de son mari, mais cela n'est pas propre à la répudiation car tous les modes unilatéraux et discrétionnaires de rupture n'ont pas à emporter l'acquiescement ou l'adhésion de l'autre partenaire.

En France, le divorce pour altération permet à l'un des époux de mettre fin au mariage sans l'accord du conjoint[580]. De même, la rupture unilatérale et

[577] Affaire Monsieur Hadi X…contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.
[578] *Ibidem*.
[579] Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne.
[580] Article 237 et 238 du Code civil ; Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JO. du 27 mai 2004, p. 9319.

discrétionnaire du PACS et du concubinage est possible sans que le partenaire ou le concubin ne puisse s'opposer éventuellement à la décision prise par l'autre.[581].

Pourquoi le juge français insiste t-il sur l'éventuelle opposition de l'épouse alors même qu'au sein de son dispositif législatif avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal, ce mode de rupture est parfaitement admis, voire encouragé ? Pareillement, en matière de rupture unilatérale de PACS et de concubinage aucun formalisme n'est de rigueur : la liberté du désengagement n'est-elle pas constitutionnellement affirmée[582] ?

En ce qui concerne la répudiation musulmane « *même si* »[583] elle prévoit certaines garanties procédurales, celles-ci sont jugées insuffisantes.

b) Des garanties procédurales insuffisantes : « *même si* »[584]

Il résulte de ces arrêts de 2004 que la répudiation est jugée intrinsèquement contraire à l'ordre public. Même si l'épouse était présente à l'instance engagée contre elle au pays, le juge de cassation a préféré retenir la violation du principe d'égalité entre époux.

Dans l'affaire opposant Madame Rabia X… à Monsieur Mohamed Y…[585], s'agissant d'une répudiation marocaine, quand bien même le principe du contradictoire a été respecté, la répudiation est rejetée. En l'espèce, les deux époux de nationalité marocaine sont domiciliés en France. L'époux procède à la répudiation de son épouse par un acte de divorce révocable, rendu par défaut le 4 août 2000 devant deux *adouls* au Maroc. Homologué le 9 août 2000, le divorce est prononcé par les autorités judiciaires marocaines. Suite à une action formée par l'épouse le 5 février 2001, le juge marocain augmente le montant des pensions qui lui avaient été allouées. Parallèlement, en France, cette dernière introduit une demande en divorce. Par un arrêt

[581] L'article 515-7 alinéa 3 du Code civil dispose que : « *Le pacte civil de solidarité se dissout également par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux* ».
[582] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419, DC JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.
[583] Affaire Monsieur Hadi X… contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.
[584] *Ibidem*.
[585] Affaire Madame Rabia X… contre Monsieur Mohamed Y… (n° 02-15-766) ; répudiation marocaine.

en date du 13 mars 2002, la Cour d'appel de Nîmes déclare irrecevable la demande de Madame Rabia X…, au motif que les époux étaient déjà divorcés et que cette démarche de l'épouse démontre qu'elle avait accepté en son principe, le divorce constaté au Maroc. C'est ainsi qu'elle se pourvoit en cassation.

La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel sous les visas des articles 13 alinéa 1 er de la Convention franco-marocaine de 1981 et des articles 16, 19 et 21 de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957. Elle affirme qu'il résulte de la combinaison de ces textes que : *« les décisions marocaines constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée et si elles sont passées en force de chose jugée et susceptibles d'exécution »*[586].

Pourtant, elle retient qu'en : *« statuant ainsi, alors, d'une part, que le fait, pour l'épouse, d'avoir sollicité la* ***majoration des pensions*** *accordées pour elle-même et pour les enfants* ***ne sauraient être considéré comme un acquiescement*** *et, d'autre part,* ***qu'aucun certificat de non-opposition, non-appel ou non pourvoi n'était produit****, la cour d'appel, qui eût dû vérifier, d'office, le respect des conditions posées par les textes susvisés, les a violés »*[587]. La Cour de cassation estime que « ***même si*** » l'épouse a introduit une demande contestant le montant des pensions qui lui ont été allouées par le juge marocain, cela ne vaut pas « acquiescement » à la procédure de divorce. On retrouve ici la même motivation que dans la jurisprudence de 1995 suivant laquelle : « *le fait, pour l'épouse, d'avoir sollicité la majoration des pensions accordées pour chacun des enfants issus du mariage, ne saurait être considéré comme un acquiescement à la répudiation* »[588].

Étrangement, la référence au dispositif européen a disparu de la motivation de cet arrêt du 17 février 2004.

---

[586] *Ibidem*.
[587] *Ibidem*.
[588] Cass. 1re Civ., 31 janvier 1995, *RCDIP* 1995. 569, note J. DEPREZ ; *JDI* 1995. 343, 2e espèce, note Ph. KAHN.

La Cour de cassation refuse de se contenter d'une audition de l'épouse devant le juge étranger. Par ailleurs, la condamnation du mari au versement d'une indemnité ne retient pas davantage son attention.

C'est également ce qu'illustre l'espèce opposant Monsieur Ahmed X…à Madame Zohra Y…[589], des époux de nationalité algérienne, mariés en Algérie en 1957. En août 1994, l'époux introduit une requête en divorce devant le tribunal algérien de Biskra (Algérie) qui rend un jugement contradictoire le 22 janvier 1995. Le 10 octobre 1996, le mari demande au TGI de Colmar de déclarer exécutoire en France le jugement de divorce algérien. La Cour d'appel de Colmar, le 27 octobre 2000, le déboute de sa demande. Au moyen de son pourvoi, il reproche tout d'abord à la Cour d'appel de s'être abstenue de s'expliquer sur l'absence de fraude, ensuite, il soutient que la Cour n'a pas recherché si les compensations financières obtenues par Madame Zohra Y… n'assuraient pas l'égalité des droits des époux lors de la dissolution du mariage. La Cour de cassation rejette le pourvoi.

Or, le fait que l'épouse ait été convié à la procédure de répudiation ne signifie t-il pas qu'elle était en mesure de présenter ses remarques éventuelles ? À en croire la motivation de la Cour de cassation, cette circonstance de fait est totalement indifférente.

Il en est de même s'agissant de l'affaire opposant Monsieur Hadi X…à Madame Hafida Y…[590] où pour fonder son pourvoi, l'époux soulève la violation de l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 et la violation des principes de l'ordre public international français, en exposant trois arguments. Tout d'abord, il invoque la nationalité algérienne commune des époux et leur mariage en Algérie qui permettraient de rattacher le litige de manière caractérisée avec le pays d'origine. Ensuite, l'époux précise que la procédure devant le juge algérien était loyale et contradictoire, d'autant que l'épouse avait obtenu des dommages et intérêts. Et enfin, il ajoute que le choix du juge algérien n'était pas frauduleux puisqu'il était antérieur à la saisine du juge français et ne visait donc pas à faire obstacle à la procédure

[589] Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne.
[590] Affaire Monsieur Hadi X… contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.

introduite en France. Mais ici encore, la Cour de cassation ne tient aucunement compte de cette argumentation et rejette le pourvoi[591].

Selon le Professeur Fulchiron, le respect des droits de la défense ne change rien, « *la cause parait entendue : une répudiation prononcée à l'étranger ne peut produire aucun effet en France, quand bien même il s'agirait d'une répudiation judiciaire, quand bien même elle eût été judiciairement contrôlée (comme l'est la répudiation algérienne et comme devrait l'être désormais la répudiation marocaine), quand bien même la femme aurait pu faire valoir ses prétentions en justice et obtenir de justes compensations financières. La prohibition est générale (…)* »[592].

La prohibition est donc générale, elle aurait pour effet d'évincer le juge étranger.

B. – L'éviction du juge étranger justifiée par sa « passivité » et par l'ordre public français

Cette jurisprudence du 17 février 2004 exprime un rejet catégorique de l'institution de la répudiation musulmane sur le territoire français. La Cour de cassation formule une critique très claire à l'égard de ce mode de dissolution du mariage. Toutefois, ce rejet conduit surtout à remettre en cause l'autorité du jugement étranger et à plus forte raison de l'autorité judiciaire étrangère. Le jugement de divorce-répudiation des juges algériens et marocains n'a pas autorité de la chose jugée en France.

Ainsi, dans l'une des espèces marocaine, s'agissant d'une procédure d'annulation de mariage à l'initiative du procureur de la République, il n'est pas tenu compte de la répudiation actée en 1983 ! [593] Près de vingt ans plus tard, celle-ci est toujours

[591] La Cour de cassation retient *in fine* que : « *dès lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français ; d'où il suit que la deuxième branche du moyen n'est pas fondée tandis que les deux autres sont inopérantes dès lors qu'elles s'attachent à la compétence du juge algérien que la cour d'appel n'a pas déniée* » ; Affaire Monsieur Hadi X…contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.

[592] H. FULCHIRON, « *" Ne répudiez point… " : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* », *RIDC* 2006. 12.

[593] Affaire opposant le Procureur Général de la Cour d'appel de Rennes à Monsieur Chaldi X… (n° 02-10-755) ; répudiation marocaine. En l'espèce, Monsieur X de nationalité marocaine s'est marié au Maroc le 22 août 1981 avec Madame Z, de nationalité marocaine. Le mariage est dissous en février 1983. Monsieur X et Madame Y (de

d'actualité, le premier mariage étant considéré comme n'ayant jamais été dissout. Le remariage de l'époux en France est alors remis en question et peut entraîner des effets en cascade telles que l'annulation du mariage et la déchéance de la nationalité française. Dans cet arrêt, la motivation ne semble pas très convaincante ni très satisfaisante. En effet, on note que la Première chambre civile ne soulève pas la contrariété à l'ordre public international de la répudiation, mais qu'elle se réfère uniquement aux conditions de l'exequatur. Il n'en demeure pas moins que force est de constater que le jugement de répudiation marocain n'est pas opposable en France.

Il en est de même dans une autre l'affaire opposant Monsieur Hadi X…à Madame Hafida Y…[594]. Les époux de nationalité algérienne, se sont mariés en Algérie en 1985. Ayant introduit une demande en divorce en novembre 1997 devant les autorités algériennes, l'époux invoque l'exception de litispendance[595] pour contrer l'action de l'épouse. En effet, celle-ci a introduit une requête en divorce devant le TGI de Paris en janvier 1998. Et dans un arrêt du 22 mars 2001, la Cour d'appel de Paris considère que le jugement du Tribunal algérien de Sidi M'hamed en date du 29 mars 1998 ne peut être reconnu en France et rejette l'exception de chose jugée.

La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel. Elle marque ainsi rigoureusement sa volonté de rejeter l'institution de la répudiation. Peu lui importe l'autorité de la chose jugée, les jugements marocains et algériens sont complètement ignorés, ils ne peuvent avoir aucun effet en France alors même que les mariages en question sont considérés

---

nationalité française) se marient le 11 janvier 1986. Le 7 mars 1990, Monsieur X obtient la nationalité française sur le fondement de l'article 37-1 du Code de la nationalité. Les époux X-Y divorcent (jugement du 8 mars 1991). Par acte du 6 février et du 5 mars 1998, le Procureur général du TGI de Nantes a assigné Monsieur X et Madame Y en annulation de leur mariage pour bigamie et pour faire constater, en conséquence, la caducité de la déclaration de nationalité. La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt en date du 12 novembre 2001, a débouté le ministère Public de sa demande au motif que le premier mariage de Monsieur X avait été dissous selon la loi marocaine et devait donc être reconnu de plein droit en France. La Cour de cassation casse l'arrêt sous le visa de l'article 455 du NCPC, affirmant que : *« les considérations générales ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la régularité internationale de la décision marocaine »*. L'article 455 du (N)CPC prévoit que : « *le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indexation de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif* ».

[594] Affaire Monsieur Hadi X… contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.

[595] Il y a litispendance lorsque dans une même affaire deux actions sont portées devant des tribunaux différents, tous deux compétents. Dans ce cas, il y a un conflit de compétence et la seconde juridiction doit se dessaisir de l'affaire au profit de la première ; Henri ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 4e éd. Lexis Nexis, Coll. Objectif Droit, 2006.

comme étant parfaitement dissout au Maroc et en Algérie. Cela revient purement et simplement à évincer la décision du juge étranger.

Pour justifier le rejet de ces répudiations, la Cour de cassation affirme que le juge étranger ne dispose que d'un pouvoir passif face à la décision du mari (1°). Par ailleurs, elle ne manque pas de rappeler l'importance de la notion d'ordre public de proximité (2°).

1°. Le rôle passif du juge étranger

Selon le juge de cassation, en matière de répudiation le juge étranger n'a pas un rôle actif car il ne fait que prendre acte de la rupture (a) ; tout au plus, aménage t-il les conséquences financières de la dissolution du mariage (b).

a) La simple prise en compte judiciaire de la répudiation

La Première chambre civile souligne le rôle passif du juge étranger, relégué au rang de simple témoin. L'« inaction » des juges algériens et marocains est pointée du doigt. Dès lors, face à la répudiation de la femme par son mari, la Cour de cassation retient que *: « Le Tribunal ne peut qu'accéder à sa requête »*[596] ou encore que les autorités étrangères sont privées de *« tout autre pouvoir que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial* »[597].

Il eut été particulièrement intéressant de savoir de quel pouvoir aurait bien pu disposer le juge étranger. Ce manque de précision ne sous-entendrait-il pas une motivation fragile ou mal habile sur ce point ? En outre, il serait tout aussi pertinent de se demander en quoi le pouvoir du juge français diffère t-il de celui de son homologue étranger en matière de rupture unilatérale et discrétionnaire ?
Au nom de quel principe le juge français ou algérien pourrait-il contrer la volonté du mari (ou de l'épouse, des partenaires ou des concubins) de mettre un terme unilatéralement au mariage ?

[596] Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne.
[597] Affaire Monsieur Hadi X… contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne.

Dans le cadre d'un divorce pour altération, le juge français ne fait-il pas lui aussi que constater l'altération du lien conjugal depuis deux ans (délai que le juge ne peut relever d'office)[598] ? Nous répondrons à cette question dans le Titre second de la présente étude.

Il semble tout de même assez singulier de poser une exigence qui ne peut être respectée par soi-même.

La Cour de cassation ne remet pas en cause le principe du contradictoire et les droits de la défense puisque dans l'une des espèces, elle précise que la procédure avait été «*loyale et contradictoire* »[599]. Ce qu'elle reproche principalement c'est l'impossibilité du juge étranger de pouvoir intervenir pour empêcher la répudiation et de ne pas pouvoir donner d'effets juridiques à une éventuelle opposition de l'épouse. Pourtant, la nature même de la répudiation est d'être à la libre disposition de l'époux et d'exclure tout pouvoir du juge ou de toute autre autorité. En conséquence, le juge algérien ou marocain ne fait que constater la répudiation décidée antérieurement par le mari.

Telle qu'elle est donnée par la Cour de cassation, la présentation de la répudiation est quelque peu sommaire voire caricaturale. Les juges de cassation y dépeignent un mode de dissolution du mariage brutal, rapide et non négociable allant jusqu'à nier tout formalisme y compris la recherche de conciliation ou de médiation. Or, le droit musulman exhorte à la réconciliation des époux, en aucun cas la tentative de conciliation n'est sacrifiée. Par ailleurs, il impose aux époux diverses étapes dans le processus de dissolution du mariage[600]. Il est vrai que la procédure diffère de celle du divorce judiciaire français, où les délais peuvent être parfois plus longs et où les conséquences de la rupture ne sont pas prises en compte de la même manière (prestation compensatoire/*nafaka*, calcul des pensions alimentaires…).

---

[598] L'article 1126 du CPC, tel qu'issu du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, précise que : « *sous réserve des dispositions de l'art. 472, le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu au 1er alinéa de l'article 238 du Code civil* ».

[599] Cass. 1re Civ., 17 février 2004 (n° 01-11.549) ; H. FULCHIRON, « *" Ne répudiez point… " : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* », *RIDC* 2006. 14.

[600] Voir le Titre 1er de la présente Partie.

Gardons à l'esprit que dans les faits, c'est essentiellement l'attitude du mari qui est à déplorer. Dans de pareils cas, tout comme son homologue français, le juge étranger n'est pas dupe et il dispose alors du pouvoir d'organiser les modalités de la rupture.

b) Le simple aménagement des conséquences financières de la répudiation

Ces arrêts du 17 février 2004 mettent l'accent sur le pouvoir du juge qui ne peut visiblement qu'aménager les conséquences financières de la rupture.

Dans l' une des espèces, la Cour de cassation énonce que : *« cette 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, était contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage»*[601].

Dans une autre affaire, la Cour reprenant la même motivation retient que face à la décision unilatérale du mari, l'autorité compétente est privé : ***« de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial »***[602].

Toutefois, à aucun moment le juge de cassation ne précise le contenu de ces aménagements financiers, alors qu'il eut été particulièrement instructif de connaître l'étendue de ce pouvoir tant critiqué. Cette absence de précision ne dénoterait-elle pas une volonté à peine voilée de ne présenter que les aspects les plus vils de la répudiation ? Il ne saurait être question d'une méconnaissance.
Rappelons qu'en matière de rupture, les juges algériens et marocains disposent d'un pouvoir certain : l'un et l'autre fixent le montant des pensions dues à l'épouse et aux enfants. Ils se penchent sur la question du logement et ils peuvent également allouer des dommages et intérêts (ce pouvoir était effectif avant même les réformes en droit de la famille intervenues respectivement en 2005 et en 2004).

[601] Affaire Monsieur Hadi X…contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne ; H. PEROZ, « *Du dernier râle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ?* » ; *LPA*, 5 août 2004, n° 156, p. 13.
[602] Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne.

Si l'on peut oser une comparaison, quant à lui, le juge français peut attribuer une prestation compensatoire et/ou des dommages et intérêt. Il peut aussi fixer une pension alimentaire pour les enfants.

Les conséquences financières de la rupture impliquent un pouvoir attentif du juge étranger, notamment en présence d'enfants.

Pour autant, il semble que la Cour de cassation minimise ce pouvoir afin de conforter sa position de rejet à l'égard des répudiations dites musulmanes. Elle va même plus loin en considérant que le juge algérien est incompétent pour connaître la rupture d'époux algériens en invoquant le concept d'ordre public de proximité.

2°. L'incompétence juridictionnelle du juge étranger et l'ordre public de proximité

Pour refuser à une répudiation algérienne de produire ses effets en France, la Cour de cassation retient l'incompétence du juge algérien (a). La notion d'ordre public de proximité vient ainsi au secours des femmes répudiées résidants en France (b).

a) L'incompétence du juge algérien fondée sur le conflit de juridiction : une motivation discutable

Dans l'affaire opposant Monsieur Ahmed Y… à Madame Fatma X…[603], la Cour d'appel de Versailles déclare exécutoire en France le jugement de divorce du couple prononcé par le Tribunal d'Oran (Algérie) le 1er mars 1998. Elle retient que le juge algérien est compétent en raison de la nationalité algérienne commune des époux et constate qu'aucune fraude n'était établie dans la saisine du juge algérien[604].

[603] Affaire Monsieur Ahmed Y… contre Madame Fatma X… (n° 02-17-479), répudiation algérienne.
[604] La Cour d'appel s'était appuyée sur l'arrêt *Simitch* de 1985, lequel a institué un critère de compétence indirecte du juge étranger. Cette jurisprudence prend en compte plusieurs éléments : le domicile du défendeur, la nationalité de celui-ci, le lieu du mariage, la situation de divers biens d'un époux et la localisation de l'ancien domicile conjugal avant la séparation. Le juge étranger peut donc être compétent lorsqu'il existe un lien caractérisé avec le pays étranger ; Cass.1re Civ., 6 février 1985, *Simitch*; *RCDIP* 1985. 369 ; *D*. 1985. 469, note J. MASSIP.

Cependant, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel sous les visas des articles 1er a) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 et 1070 du NCPC[605]. Elle déclare que : « *Attendu, selon le premier de ces textes*[606]*, que les décisions rendues par les juridictions algériennes produisent effet en France, à condition notamment qu'elles émanent d'une juridiction compétente selon les règles françaises posées par le second*[607] *en matière de divorce* ». Dans les faits, cette situation est tellement rare qu'elle a véritablement peu de chance de se réaliser. Une fois de plus, il convient de s'interroger sur la pertinence d'une telle exigence.

Cela ne déstabilise pas la Cour de cassation qui ajoute que : *« les deux époux étaient domiciliés en France de sorte que leur nationalité algérienne commune ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie et que le juge algérien n'était pas compétent pour en connaître »*[608]. Il faut en déduire que le jugement de divorce-répudiation ne peut s'appliquer en France en raison de l'incompétence du juge algérien. Faudrait-il comprendre que ce dernier ne soit plus compétent pour statuer sur un divorce de ses ressortissants algériens ?

La règle générale étant qu'une décision étrangère ne peut produire des effets en France qu'à la condition qu'elle ait été rendue conformément aux principes qui s'imposent au

---

[605] Devenu depuis CPC.

[606] Il s'agit de l'article 1er a), de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, suivant lequel la compétence du juge étranger doit être appréciée « *selon les règles (...) admises dans l'État ou la décision doit être exécutée » ; RCDIP* 1965, p. 784.

[607] Il est question de l'article 1070 du NCPC (dit depuis 2007 CPC). En principe, la règle de conflit de juridiction en droit français est posé à l'article1070 du CPC : « *Le juges aux affaires territorialement compétent est :*
Le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;
Si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;
Dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.
En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.
Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier où le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs.
La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée ».
Ainsi, en droit français, faute de convention spécifique sur ce point, le juge compétent est celui de la résidence de la famille, ou de l'époux avec lequel habitent les enfants mineurs, ou de celui qui n'a pas pris l'initiative de la demande, ou de l'un ou l'autre des époux en cas de demande conjointe.

[608] H. PEROZ, « *Du dernier râle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ?* » ; *op. cit.*, p. 14.

juge français. Dès lors, Le juge français de l'exequatur doit apprécier la compétence du juge d'origine au regard des règles de compétence juridictionnelle du droit français et notamment de l'article l070 du CPC[609].

Il n'en demeure pas moins que nous rejoindrons la critique formulée par Hélène Péroz suivant laquelle : « *il est choquant de considérer le juge algérien incompétent pour statuer sur un « divorce» entre deux Algériens, alors que le juge français sera considéré comme compétent pour statuer sur une demande en divorce de Français* »[610]. Pour leur part, les jugements allemands ou italiens sont reconnus et admis en France, du fait de leur appartenance à l'Union européenne[611].

Dans cette affaire, la Cour insiste tout particulièrement sur le domicile en France des deux époux.

Faut-il en conclure que le domicile des époux en France rendrait ainsi le juge étranger « *internationalement incompétent* »[612] ?

b) La notion d'ordre public de proximité au secours des femmes répudiées résidant en France

Pour rejeter les effets de ces répudiations, la Cour de cassation fait également appel à l'ordre public de proximité, ce qui conduit systématiquement à leur remise en cause. Les juges de cassation se fondent sur la notion d'ordre public en l'associant à la loi du domicile.

À plusieurs reprises, la Première chambre civile affirme très clairement qu'à partir du moment où les conjoints (ou du moins la femme) sont domiciliés en France, la répudiation est contraire à l'ordre public international. Elle en conclut que la

[609] Le juge français de l'exequatur peut donc refuser le jugement étranger en invoquant l'incompétence du juge étranger, dès lors qu'il existe une règle française de compétence exclusive ou, à défaut, si le litige ne se rattache pas d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été choisi.
[610] H. PEROZ, *« Du dernier râle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ? », op. cit.*, p. 16.
[611] Effectivement, le Règlement de Bruxelles II bis du 23 novembre 2003, (entré en vigueur le l[er] août 2004) offre des options de compétence entre les États membres de l'Union Européenne, ce qui implique qu'il n'y a pas de compétence exclusive entre les pays membres de I'UE.
[612] H. PEROZ, « *Du dernier râle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ?* » ; *op. cit.*, p. 15.

répudiation est contraire : « ***donc*** *à l'ordre public international réservé par l'article 1er d) de la convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l'espèce, les* ***deux époux étaient domiciliés sur le territoire français***»[613].

Si les époux sont domiciliés en France, la loi française est applicable au regard de l'article 309 alinéa 2 du Code civil[614]. Le domicile représente un lien de rattachement assez important avec la France, et c'est ce lien qui fonde l'incompétence du juge étranger.

La référence explicite au domicile des époux montre qu'il est nécessaire que ceux-ci résident en France lors du prononcé de la répudiation afin que celle-ci soit neutralisée. La Cour de cassation semble se fonder sur cet argument et estime que les répudiations invoquées portent atteinte à l'ordre public de proximité dès lors que « *les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français* »[615] ou que « *la femme était domiciliée sur le territoire français* »[616]. Il y a lieu de préciser que la thèse de l'ordre public de proximité permet à la France d'appliquer sa propre législation en la matière et de justifier le rejet de toute répudiation.

On peut se demander si l'ordre public de proximité aurait pour fondement l'existence d'un lien déterminé avec le for ou s'il serait conditionné, au cas par cas, par les liens étroits que présenterait une situation donnée par rapport à l'ordre juridique français. Il est certain que face à la diversité et la mobilité du monde actuel, l'idée d'un rattachement fort avec un seul ordre juridique est difficilement réalisable.

Ainsi, à travers ces cinq arrêts de principe du 17 février 2004, la Cour de cassation entend clarifier la position jurisprudentielle française à l'égard des répudiations

---

[613] *Idem*., p. 13.

[614] L'article 309 du Code civil précise que : « *Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française:*
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

[615] Cass. 1re Civ., 17 février 2004 (n° 01-11.549), note H. FULCHIRON, « *« Ne répudiez point… » : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* » ; *RIDC* 2006. 14

[616] Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne.

musulmanes. La voie choisie serait celle d'un compromis acceptable[617], même si à notre sens la motivation n'est pas pleinement satisfaisante.

Reste que pour l'heure, les répudiations prononcées par des juges marocains et algériens ne sont plus reconnues en France et elles font même l'objet d'une censure un peu systématique et catégorique.

Cela nous amène à nous demander comment la jurisprudence actuelle motive t-elle le rejet des répudiations musulmanes ?

Section II. – Une jurisprudence confirmée, « des motivations types »

Avec les arrêts du 17 février 2004[618], la Cour de cassation a marqué très fermement sa volonté d'unifier sa jurisprudence en matière de répudiation. Á ce sujet, concernant l'affaire *Douibi* précédemment examinée[619], dans un arrêt de radiation en date du 8 novembre 2005, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a approuvé les solutions jurisprudentielles françaises de 2004[620]. Cela suppose que si la Cour européenne avait dû se prononcer sur cette répudiation algérienne, elle aussi aurait probablement condamné cette institution.

---

[617] P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 9e éd. Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2007, p. 434.

[618] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11.549 ; n° 02-11.618, 02-15.766 ; 02-10.755 et 02-17.479 ; *D.* 2004. 815, note P. COURBE ; JCP G 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; Gaz. Pal. 25-26 février 2004, 1, Jur., p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RTD Civ.* 2004, p. 337, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. Famille* 2004, chron. 9, obs. S. PRIGENT ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : la Cour de cassation renoue avec le principe d'égalité des époux* », *RJPF* 2004-5/11 ; *D.* 2004.824, concl. F. CAVARROC, « *Le rejet des répudiations musulmanes* ».

[619] Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001, *D.* 2001, 3378.

[620] CEDH req. N° 3/02 du 08 novembre 2005 : *D.D.C c/ France* ; *Gaz. Pal*. 24-25 février 2006, 2, Jur., p. 16, note M.-L. NIBOYET.

Dans l'arrêt du 3 juillet 2001 (Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001, *D.* 2001, 3378), la Cour de cassation avait validé la procédure d'exequatur d'un jugement rendu par le Tribunal algérien prononçant la répudiation de l'épouse. Cette dernière de nationalité algérienne saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur le fondement de l'article 5 du protocole additionnel n°7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, tout en affirmant que les conditions de l'article 6 de ladite convention avaient étaient respectées. Cependant, la requérante s'étant désistée, la Cour de Strasbourg rend un arrêt de radiation, dans lequel elle précise tout de même que les arrêts de 2004 : « *sont manifestement d'une grande importance* » ; H. FULCHIRON, « « *Ne répudiez point… » : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* », *RIDC* 2006. 26 ;

Aujourd'hui, les répudiations sont de plus en plus difficilement admises en France et leur reconnaissance fait l'objet d'un contrôle rigoureux.

Confortée au niveau européen, la Cour de cassation a réaffirmé sa jurisprudence, entérinée par les juges du fond[621]. Désormais, elle admet que l'ordre public du for puisse être atteint quand bien même le droit serait né à l'étranger. Elle use pour se faire, de motivations « types » ; le visa européen étant quasi-systématique et le principe d'égalité paraît constituer une réponse évidente au rejet de l'institution de la répudiation. Certains auteurs n'hésitent pas à parler de « *primauté constitutionnelle de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[622].
Aussi, le critère du domicile permet de retenir le champ d'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme suivant les règles de compétences juridictionnelles de droit commun.

Ainsi, depuis 2004, afin de justifier le rejet des répudiations musulmanes, les juges de cassation se fondent non seulement sur le principe européen d'égalité sur lequel nous ne reviendrons pas, mais également sur le domicile en France (A) et sur la nationalité française des époux (B).

A. – Le domicile des époux en France : un lien de rattachement systématique

La proximité de la situation des époux avec la France semble ne plus permettre aux répudiations prononcées à l'étranger d'être reconnues sur le territoire français.
En 2009, la Cour d'appel de Paris a retenue que la répudiation de l'épouse par le mari est contraire à l'ordre public international, « ***a fortiori***, *lorsque les époux ont leur domicile en France* »[623] ; l'adjectif employé ne manque pas de souligner l'évidence. Les juges du fond suivent en cela la position adoptée par la Cour de cassation en 2004.

[621] A. BOICHE, « *Répudiation : la Cour de Cassation maintient le cap, la Cour d'Appel de Paris marche dans son sillage* », *AJFamille* 2007. 140.
[622] F. GUERCHON, « *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes* », *JDI* 2005. 695-737.
[623] CA Paris, 26 mars 2009, n° 07/15322, *Abès* c/*Aissani*, *Dictionnaire Permanent Droit des étrangers*, Bulletin n°178, Mai 2009, « *l'exception d'ordre public* », n° 90, p. 5647 ; Ed. Législatives.

Force est d'admettre qu'en matière de répudiation, la jurisprudence est passée d'une conception subjective à une conception objective de l'ordre public (1°). Désormais, contrairement à 2004, la Cour de cassation retient que le juge algérien est bien compétent mais que son jugement reste contraire à l'ordre public (2°).

1°. D'une conception subjective à une conception objective de l'ordre public

Le 25 octobre 2005, la Première chambre civile de la Cour de cassation se positionne assez rigoureusement à l'égard d'une répudiation marocaine[624]. Il est question de deux époux marocains, mariés au Consulat du Maroc à Bordeaux et dont le domicile se situe en France. De nationalité marocaine, l'épouse introduit une demande en séparation de corps devant le TGI de Montauban. Aussitôt, son mari en soulève l'irrecevabilité aux motifs que le divorce avait déjà été « constaté» par une décision antérieure rendue au Maroc par le Tribunal d'Al Hoceima en date du 18 mars 2002.

Abondant dans le sens du mari, la Cour d'appel de Toulouse déclare la demande de Madame irrecevable. Elle considère que la procédure suivie au Maroc était parfaitement régulière en raison de la nationnalité commune des époux. Elle estime que l'époux avait saisi le juge marocain sans fraude, et aussi que l'épouse avait été convoquée pour une tentative de conciliation devant le Consul général du Maroc à Toulouse ; et enfin que les droits pécuniaires de cette dernière avaient été préservés.

Malgré le respect de toutes ces garanties évoquées par la Cour d'appel, les juges de cassation réaffirment que la répudiation est contraire au principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage. Ils précisent qu'une répudiation régulièrement intervenue au Maroc ne peut faire obstacle à la séparation de corps introduite en France en se fondant sur l'article 16 d) de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, et l'article 5 du Protocole n°7 de la Convention EDH. Pour la première fois, une décision de répudiation est écartée alors même que l'épouse s'était vue garantir un minimum de droit. Il faut donc bien comprendre que l'existence de contrepartie financière est indifférente.

[624] Cass. 1re Civ., 25 octobre 2005, *D.* 2005 *IR.* 2897 ; *JCP* 2005 IV. 3524 ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 55, p. 16, obs. M.-L. NIBOYET.

La Cour de cassation retient que : « *La décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari, sans donner d'effet à l'opposition éventuelle de la femme et 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, 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 16 d de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, dès lors que* ***les deux époux sont domiciliés en France*** »[625]. Cette dernière circonstance est présentée comme étant l'élément déclencheur justifiant le rejet de la répudiation.

L'effet atténué de l'ordre public est ainsi mis à l'écart. Cela démontre que l'on est passé d'une conception subjective à une conception objective de l'ordre public. Nous assistons à la consécration d'un ordre public international calqué sur le modèle des principes européens. Il n'en demeure pas moins que ne niant plus la compétence du juge étranger en matière de rupture unilatérale et discrétionnaire, le juge de cassation rejette tout de même son jugement de divorce/répudiation.

2°. Le juge algérien compétent, le jugement algérien contraire à l'ordre public

Le critère du domicile en France des époux constitue un argument majeur qui permet à la Cour de cassation de refuser de reconnaître des effets aux répudiations musulmanes[626].

En 2006, dans plusieurs décisions, elle énonce que le juge algérien est compétent, mais que le jugement algérien de divorce est contraire à l'ordre public international dès lors que les époux sont domiciliés en France.

[625] Cass. 1re Civ., 25 octobre 2005 ; *RCDIP* 2006. 957.

[626] Le 3 janvier 2006, la Cour de cassation justifie le rejet d'une répudiation marocaine en affirmant que « *les décisions marocaines constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée (..). Est contraire à l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n°7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme* ***et, dès lors que les parties ont leur domicile en France, à l'ordre public international****, la décision d'une juridiction étrangère constatant la 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* » ; Cass. 1re Civ., 3 janvier 2006, *RCDIP* 2006. 628.

Dans l'espèce du 10 mai 2006[627], un couple de nationalité algérienne réside en France. En avril 2001, l'épouse introduit une demande de séparation de corps devant le juge français. Trois mois plus tard, l'époux forme une demande de divorce devant le juge algérien, lequel prononce le divorce en mars 2002 (confirmé en appel en mai 2003 devant une juridiction algérienne). Le 10 mai 2004, la Cour d'appel de Grenoble estime que la demande de séparation de corps est irrecevable en raison du jugement algérien de divorce. L'épouse fonde son pourvoi sur l'incompétence du juge algérien.

La Cour de cassation rejette ce moyen et considère que le juge algérien est bien compétent pour connaître du divorce de deux algériens résidant en France. Elle retient que : *« toutes les fois que la règle française de solutions des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux; qu'ayant relevé que les époux étaient de nationalité algérienne, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que l'action en divorce engagée par le mari en Algérie présentait un lien caractérisé avec la juridiction algérienne de sorte que les juridictions algériennes pouvaient être compétentes ; que le moyen n'est pas fondé »* [628].

Pour autant, la Cour de cassation soulève d'office la contrariété du divorce algérien à l'ordre public. Sous les visas des articles 1015 du NCPC[629], 1 d) de la Convention franco-algérienne de 1964, et de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la Convention EDH, la Cour poursuit affirme qu'en : *« statuant ainsi* ***alors que les époux étaient domiciliés en France*** *et que le jugement de divorce du tribunal de Dar El Mizane rappelait qu'en droit, et selon la Charia, la puissance conjugale était détenue par l'époux, de sorte qu'il convenait de faire droit à la demande en divorce de ce dernier, la cour d'appel a violé les textes susvisés »* [630].

[627] Cass. 1re Civ., 10 mai 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 198 (n° 225).
[628] Cass. 1re Civ., 10 mai 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 198 (n° 225).
[629] Devenu depuis CPC.
[630] Cass. 1re Civ., 10 mai 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 198 (n° 225).

Quelques mois plus tard, dans un arrêt en date du 20 septembre 2006, la Cour de cassation va dans le même sens[631]. Cela concerne un couple de nationalité algérienne, marié en Algérie en 1969 et domicilié en France. En févier 2000, l'épouse introduit une requête en séparation de corps. Le mari invoque un jugement de divorce-répudiation algérien du 13 décembre 2000. Prenant en considération le jugement algérien, le juge d'appel déclare nul et non avenu le jugement français de séparation de corps. L'épouse se pourvoit en cassation en se fondant sur l'incompétence du juge algérien.

Une fois de plus, la Cour rejette ce moyen en calquant sa motivation sur celle de l'arrêt du 10 mai 2006 précité[632]. Elle relève d'office la contrariété de la décision algérienne à l'ordre public international. Sur le plan de la compétence indirecte, le juge algérien est compétent, toutefois sa décision de répudiation concernant deux époux domiciliés en France est contraire à l'ordre public.

La Cour de cassation affirme qu' : *« Attendu que pour déclarer nul et non avenu le jugement rendu le 27 août 2002 par le juge aux affaires familiales, l'arrêt retient que devant la juridiction algérienne, Mme A... a été régulièrement représentée par son avocat et qu'ainsi, le divorce a été prononcé par décision contradictoire ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si Mme A. avait disposé de droits égaux à son mari lors de la dissolution du mariage en Algérie,* ***alors que les époux étaient domiciliés en France*** *et que le jugement de divorce du tribunal de Bechar rappelait qu'il était fait droit à la demande en divorce du mari "de par sa volonté individuelle", la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »*[633].

---

631 Cass. 1re Civ., 20 septembre 2006, n° 04-16. 534, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 352 (n° 406).

632 Cass. 1re Civ., 10 mai 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 198 (n° 225).

633 *« Mais attendu que toutes les fois que la règle française de solutions des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux; qu'ayant relevé que les époux étaient de nationalité algérienne, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que l'action en divorce engagée par le mari en Algérie présentait un lien caractérisé avec la juridiction algérienne de sorte que les juridictions de ce pays pouvaient être compétentes ; qu'ensuite, ayant relevé que Mme A... ne critiquait pas le caractère définitif de la décision algérienne, c'est sans méconnaître les dispositions des articles 4 et 6 de la Convention franco-algérienne que la cour d'appel a pu en déduire qu'elle remplissait les conditions de l'article 1er de cette Convention ; que le moyen, nouveau en sa deuxième branche, n'est pas fondé en sa première » ;* Cass. 1re Civ., 20 septembre 2006, n° 04-16.534, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 352 (n° 406).

De même, par un autre arrêt en date du 20 septembre 2006[634], les juges de cassation ne manquent pas de censurer la décision des juges du fond. Ils rappellent que la répudiation ne peut pas être admise dans la mesure où c'est d'une décision : « *unilatérale du mari sans donner d'effet à l'opposition 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* »[635].

En l'espèce, le 2 décembre 2004, la Cour d'appel de Douai avait admis le divorce prononcé par le Tribunal de Tlemcen en Algérie s'agissant d'époux mariés en Algérie le 6 février 2002. Par la suite, l'épouse rejoint son mari en France en octobre 2003 et ils mènent une vie maritale pendant à peine trois mois, puis, le couple ne s'entend plus. Le 23 janvier 2004, l'épouse retourne en Algérie et l'époux introduit une action en divorce pour faute devant le Tribunal de Tlemcen. Par un jugement en date du 18 avril 2004, le juge algérien prononce le divorce des époux sur le fondement de l'article 48 du Code de la famille et condamne l'époux à payer près 20 000 *dinars* à titre de pension de rupture, 40 000 *dinars* de pension de rupture et 2000 *dinars* par mois de pension d'abandon. Rappelons que l'article 48 du Code de la famille algérien, tel qu'issu de la réforme de 2005, prévoit que : « *le divorce est la dissolution du mariage, sous réserve des dispositions de l'article 49, ci-dessous. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 de la présente loi* »[636].

Au niveau procédural, la Cour d'appel retient la régularité de la décision, ainsi que la compétence du juge algérien. Mais curieusement elle revient sur le qualificatif du divorce pour en conclure que les « *circonstances particulières* » de cette affaire font que le jugement n'est pas contraire à l'ordre public international. Les juges du fond avaient déclarés que : « *le Tribunal de* Tlemcen *a prononcé le divorce sur la volonté de l'époux en application de l'article 48 du Code de la famille algérien ; que Monsieur Mustapha S… soutient qu'il a placé sa demande sur le terrain de la faute et que le jugement fait mention des griefs qu'il a exposés ; que cependant, le texte*

[634] Cass. 1er Civ., 20 septembre 2006, n° 05-20.507 ; Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : encore et toujours le principe européen d'égalité entre époux* », *RJPF* 2006. 13-14.
[635] *Ibidem*.
[636] Suivant la traduction officielle, 4e éd., Les Éditions de l'O.N.T.E 2005.

précité ne donne pas au juge la latitude de procéder à un examen de ces griefs et de faire ou de refuser de faire droit à la demande, qu'il ne peut que prononcer la dissolution du mariage sur la volonté du mari, la discussion ne portant que sur les conséquences pécuniaires ; qu'ainsi ***ce divorce est bien en fait une répudiation*** *;*

Attendu que la décision d'une juridiction algérienne constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition 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 1984 n°VII, 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 d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français (…) ; ***Qu'il convient, au vu des éléments et des circonstances particulières de l'espèce***[637]***, de considérer que ce jugement n'est pas contraire à l'ordre public international*** » [638].

À ce stade de la procédure, le jugement algérien a été retranscrit à l'état civil sur instruction du Parquet de Nantes.

L'épouse forme un pourvoi en cassation. Les juges de cassation affirment que : « *pour considérer la décision algérienne prononçant le divorce des époux S… n'était pas contraire à l'ordre public international français, l'arrêt attaqué, après avoir jugé que ce divorce était une répudiation sur la seule volonté du mari, retient que* ***la femme de nationalité algérienne n'avait vécu que trois mois en France*** *auprès de son mari avant de repartir en Algérie ;*

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que ***le mari, de nationalité française****,* ***est domicilié en France et que son épouse, actuellement***

[637] En l'espèce, les époux ont vécu trois mois ensemble. L'épouse indique avoir été contrainte par l'entourage familial de quitter la France. Pour sa part, l'époux met en avant le fait que sa femme n'était intéressée que par l'obtention d'un titre de séjour et ne voulait pas fonder une famille avec lui. Devant, le juge algérien, l'épouse n'invoque pas cette contrainte. Juste avant l'expiration de son visa, elle revient en France et intente une action en contribution aux charges du mariage devant le TGI d'Avesne-sur-Helpe.

[638] Cass. 1er Civ., 20 septembre 2006, n° 05-20.507 ; Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : encore et toujours le principe européen d'égalité entre époux* », *RJPF* 2006. 13-14.

***domicilié en France**, a agi en contribution aux charges du mariage, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »[639].

Pour fonder sa décision sur l'ordre public international, la Cour de cassation souligne que le mari est domicilié en France et que l'épouse l'est « actuellement ». Cette solution est discutable car c'est au jour de l'introduction de la demande que devrait être apprécié l'ordre public de proximité. La Cour aurait pu se contenter de motiver sur la nationalité française de l'époux et sur son domicile en France.

Il importe peu que le seul lien de rattachement de l'épouse avec la France soit la vie conjugale de trois mois. Dans cette espèce, il apparaît que l'épouse ayant pris conscience des droits que lui offrait en surnombre le droit français, a préféré ne pas tenir compte du droit algérien. Pourtant, la faible durée de la vie commune des époux en France ne constituerait-elle pas un lien de rattachement très fragile ? Pourquoi le juge français s'est-il senti obligé de venir à son secours alors même que le juge algérien a non seulement prononcé la dissolution du mariage mais il a aussi statué sur les conséquences financières de la ruptures ?

Si en France le divorce prononcé en Algérie ne produit aucun effet, il n'en demeure pas moins que, le mariage des époux reste dissout en Algérie. Il semblerait que le réel souci avec les répudiations algériennes soit l'article 48 du Code de la famille[640].

Le juge français entend t-il préciser à son homologue algérien qu'il doive davantage motiver sa décision afin que le contrôle de régularité internationale soit plus efficace ? Le législateur algérien devrait-il réagir ?
En 2007, la jurisprudence retient que le divorce prononcé sur le fondement de l'article 48 du Code algérien de la famille, sur la seule volonté du mari, ne pouvait produire ses effets sur le territoire national, « *dès lors* » que les époux étaient domiciliés en France[641]. Il semblerait que la Cour refuse qu'une femme résidant en France puisse

[639] *Ibidem.*
[640] L'article 48 du Code de la famille algérien, tel qu'issu de la réforme de 2005, dispose que : « *le divorce est la dissolution du mariage, sous réserve des dispositions de l'article 49, ci-dessous. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 de la présente loi* » ; suivant la traduction officielle, 4e éd., Les Éditions de l'O.N.T.E 2005.
[641] La Cour de cassation motive également au visa de l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention

faire l'objet d'une répudiation. Cela marque l'émergence d'un ordre public international européen exclusivement construit sur le modèle des principes garantis par la Convention EDH ainsi que sur le droit communautaire. À ce sujet, la Cour de cassation a réaffirmé clairement que les dispositions du Règlement Bruxelles II bis doivent être appliquées d'office pour déterminer la compétence des juridictions françaises[642].

La Cour de cassation a rappelé qu'en matière d'obligation alimentaire, dès lors que le domicile conjugal est situé en France, conformément à la Convention de La Haye du 02 octobre 1973, c'est la loi française qui s'applique[643].

Ainsi, le concept de résidence ou de domicile demeure la référence par excellence. En sus de la violation du principe d'égalité et du domicile en France, la nationalité française permet également de justifier le rejet des répudiations musulmanes du territoire français.

B. – La nationalité : un lien de rattachement évident

La nationalité est un critère de rattachement important, comme le déclarait Mancini au XIXe siècle : « *l'individu hors de sa patrie peut réclamer de toute*

Européenne des Droits de l'Homme et de l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 ; Cass. 1re Civ., 19 septembre 2007, *Bull. Civ*. II. 2007, pp. 248-249 (n° 280).

642 En décembre 2006, s'agissant d'époux algériens domiciliés en France, la Cour de cassation retient que : « *Vu l'article 2 a) du Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 (Bruxelles II) relatif à la compétence*[devenu depuis l'article 3 du Règlement du Conseil n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, dit Bruxelles II bis], *la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs entré en vigueur le 1er mars 2001 ;*
Attendu qu'il résulte de ce texte que sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre sur lequel se trouve la résidence habituelle des époux ; - Attendu que pour dire la juridiction française incompétente, l'arrêt attaqué considère, eu égard à la nationalité commune algérienne des époux que le litige se rattachait de manière caractérisée à l'Algérie, et ce, en dépit de la fixation de leur domicile en France ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les époux ont leur résidence habituelle en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé par le refus d'application » ; Cass. 1re Civ., 12 décembre 2006, *AJFamille* 2007, obs. A. BOICHE, pp. 270-271.

643 Cass. 1re Civ., 23 janvier 2007, « *L'article 7 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 ne régissant pas les obligations alimentaires entre les époux, l'action en contribution aux charges du mariage formée par une femme marocaine* ***ayant sa résidence habituelle en France*** *contre son mari marocain est déterminée par l'article 4 de la Convention de La Haye du 02 octobre 1973 selon laquelle la loi qui régit les obligations alimentaires découlant des relations du mariage est la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments,* ***en l'espèce la loi française*** » ; note Paul LAGARDE, *RCDIP* 2007. 402.

souveraineté étrangère, en sa qualité d'homme et au nom du principe de nationalité, la reconnaissance et le respect de son droit privé national »[644]. Encore aujourd'hui, la nationalité est un critère de rattachement permettant d'assurer la permanence du statut de la personne.

Pour autant, en matière de répudiation, ce critère est complètement ignoré s'agissant de la nationalité algérienne et marocaine, ce qui n'est pas le cas pour la nationalité française.

Selon Madame Myriam Hunter-Henin, il y a « *une contradiction évidente entre les solutions sur le plan des principes* »[645]. Elle évoque l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 février 2005, prononçant le divorce de deux époux français, mariés et résidant en Islande depuis 5ans[646]. Le mari avait saisi le juge français quelques mois à peine après la requête introduite par sa femme en Islande. Alors que dans les arrêts du 17 février 2004, le juge avait refusé de retenir la nationalité algérienne des deux époux[647], dans l'espèce islandaise, le juge considère que la nationalité française commune des époux constitue un critère de compétence suffisant.

Le juge français est donc compétent pour connaître du divorce de deux français, mais le juge algérien n'est pas compétent pour prononcer le divorce de deux algériens ?

Si la nationalité française commune constitue un rempart contre la répudiation (1°), paradoxalement, la nationalité étrangère commune implique l'application du droit étranger, du moins en théorie (2°).

---

[644] P.S. MANCINI, *Della nationalita come fondamento del diritto delli genti, Ristampa riveduta e correta della prima edizione*, G. Giappichelli, Torino, 2000, p. 296.
[645] Myriam HUNTER-HENIN, « *Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ?* », *RCDIP* 2006. 760.
[646] Cass. 1re Civ., 22 février 2005, *D*. 2005, p. 1459 ; *Dr. Famille* 2005. 17, note M. FARGE.
[647] La Cour de cassation avait retenu que les deux époux étant domicilié en France « *de sorte que leur nationalité algérienne commune ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie et que le juge algérien n'était pas compétent pour en connaître* » ; Affaire Madame Fatma X… contre Monsieur Ahmed Y…, n°02-17.479, répudiation algérienne.

1°. La nationalité française : un rempart contre les répudiations

En vertu des articles 14 et 15 du Code civil, la nationalité française d'un des époux suffit à fonder la compétence des tribunaux français[648].

Le premier de ces textes dispose que : « *l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étrangers envers des Français* ».

Quant au second texte, il prévoit que : « *un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger* ».

Déjà en 2002, la Cour de cassation avait motivé son refus de reconnaître une répudiation marocaine en se fondant, entre autre, sur la nationalité française d'un des époux[649].

En 2006, elle ne fait que réaffirmer cette jurisprudence avec tout de même un peu plus de vigueur[650]. Il s'agit d'un époux, Monsieur X franco-marocain et d'une épouse, Madame Y, française, mariés à Toulouse, puis ayant vécu au Maroc. En 1997, l'époux obtient un acte de répudiation délivré par les juridictions marocaines et il demande la transcription du divorce en marge de l'acte de mariage en France, le TGI de Toulouse ayant préalablement admis la transcription. Le Parquet s'oppose à cette procédure et l'épouse forme un pourvoi (le TGI ayant été saisi comme juridiction d'appel).

Sous les visas des articles 16 d) de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 et de l'article 5 du protocole n°7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation affirme que : « *la décision d'une juridiction étrangère*

[648] Cass. 1re Civ., 21 janvier 1992 ; *D.* 1993, somm., p. 351, obs. B. AUDIT.
[649] Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP G* 2002. II. 10095, note H. FULCHIRON, et avant cet arrêt en 1986, Cass. 1re Civ., 22 avril 1986, *Gaz. Pal*. 1986. 2, pan. 139.
[650] Cass. 1re Civ., 10 mai 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 196 (n° 225).

constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et 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, [que] la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international, ***spécialement lorsque les deux époux sont de nationalité française*** *[…]. En statuant ainsi alors que le jugement marocain consacrait la répudiation de Madame Y par son mari* ***et que les deux époux sont de nationalité française****, le tribunal a violé les textes susvisés* »[651].

La nationalité française des époux a ainsi justifié la compétence de la loi française[652]. Par ailleurs, dans l'arrêt du 20 septembre 2006, la Cour de cassation affirme que la «*nationalité française* »[653] de l'époux permet de rattacher le litige de manière caractérisé avec la France.

En 2007, la Cour de cassation a rejeté une demande d'exequatur d'un jugement algérien de divorce. Confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 13 juin 2006, les juges de cassation énoncent qu'il est clairement établi d'une part, que les époux vivaient en France, et d'autre part, que préalablement à sa demande en divorce, le mari avait sollicité sa réintégration dans la nationalité française[654].

Le rattachement à la nationalité française permet alors le déclenchement de l'exception d'ordre public, ce qui implique l'application du droit français. Qu'en est-il lorsque les époux sont de nationalité étrangère ?

---

[651] *Ibidem*.

[652] De même en matière de conflit de juridiction, la nationalité française de l'épouse permet à celle-ci de demander le divorce devant les juridictions française. La Cour de cassation , pour rejeter le pourvoi du mari, a retenu en mars 2006 que : « *l'article 11 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 n'édicte que des règles indirectes de compétence ; que dès lors, l'arrêt qui relève, d'une part, que Mme Y… a en France, avec les enfants, une résidence stable et habituelle et, d'autres part, qu'elle est de nationalité française en déduit exactement que, Mme Y… invoquant le privilège de juridiction, les tribunaux français étaient compétents en application de l'article 14 du Code civil* » ; Cass. 1re Civ., 28 mars 2006, arrêt n° 04-20.362, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 155 (n° 177).

[653] Cass. 1re Civ. 20 septembre 2006, n° 04-16.534, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 351 (n° 406).

[654] Elle précise également que le jugement algérien a prononcé le divorce malgré l'opposition de l'épouse et dans des conditions contraires au principe d'égalité des époux, reconnu par l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; Cass. 1re Civ., 31 octobre 2007, n° 06-20.799, *RJPF* 2008, Commenté par T. GARE, p. 19.

2°. La nationalité étrangère, en principe : application de la loi étrangère

Deux conditions cumulatives attribuent compétence au juge étranger : le rattachement du litige de manière caractérisée au pays en question (domicile et nationalité) et l'absence de saisine frauduleuse[655].

Lorsque le juge français est compétent, cela ne signifie pas pour autant qu'il doive occulter l'application du droit étranger : ill est obligé de rechercher la teneur du droit étranger[656]. En principe, à partir du moment où les deux époux sont de nationalité marocaine, le juge français a l'obligation de relever d'office l'application de la loi étrangère[657]. Et ce, quand bien même le couple en question aurait invoqué l'application du droit français[658].

Dans un arrêt en date du 7 juin 2006, la Cour de cassation retient que : *« Vu l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 ; Attendu qu'il résulte du premier de ces textes qu'il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre la règle de conflit de loi et d'appliquer le droit étranger désigné, dont il doit, au besoin avec le concours des parties, rechercher la teneur ; que, selon le second, la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux États dont les époux ont la nationalité à la date de la présentation de la demande (…). Attendu que pour prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari, l'arrêt attaqué se fonde sur l'article 242 du Code civil ; qu'en*

[655] Cass. 1re Civ., 28 mars 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 155 (n° 177). En l'espèce, la Cour de cassation se base sur la fraude avérée de l'époux pour écarter la compétence des juridictions algériennes : Monsieur K… et Madame B…, se marient en Algérie en 1965 et sont domiciliés en France. En mai 1997, l'épouse introduit une requête en divorce devant le TGI de Versailles sur le fondement de l'article 242 du Code civil. Parallèlement, Monsieur K…, en novembre 1997saisit le juge algérien de Bougea, lequel prononce le divorce le 23 février 1998. La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt en date du 16 mai 2002, rejette la demande de l'époux. La Cour de cassation rappelle qu'en : « *matière de divorce, la règle française de conflit de juridiction n'attribuant pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger est reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ; qu'ayant relevé que la chronologie des procédures démontrait que Monsieur K avait délibérément choisi la juridiction algérienne postérieurement à la procédure engagée en France par Madame B. pour échapper aux conséquences financières du divorce prononcé en France, la cour d'appel a pu en déduire que* ***le choix de la juridiction algérienne avait été frauduleux****, de sorte que cette juridiction ne pouvait pas être considérée comme internationalement compétente* ».

[656] Cass. 1re Civ., 13 novembre 2003, *AJFamille* 2004. 28, obs. S. DAVID.

[657] Cass. 1re Civ., 22 novembre 2005, n° 04-20.365 et n° 04-20.059; *Dr. Famille* 2006. 36-37, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[658] T. GARE, « *divorce franco-marocain : l'invocation par les parties de l'application du droit français ne doit pas empêcher le juge d'appliquer la loi étrangère* » ; à propos de trois arrêts : Cass. 1re Civ., 7 juin 2006, n° 04-17.225 et Cass. 1re Civ., 20 juin 2006, n° 04-19.636 et n° 05-17.675 ; *RJPF* 2006. 20.

*statuant ainsi, **alors que les deux époux sont de nationalité marocaine**, la Cour d'appel a violé les textes susvisés »*[659].

En effet, l'article 9 de la Convention franco-marocaine constitue une exception importante à l'article 309 du Code civil : le domicile en France ne permet pas systématiquement à la loi française de trouver application. Il semblerait qu'il faille être vigilent sur l'existence de Conventions bilatérales édictant des règles de compétences spécifiques.

Cette jurisprudence est constamment réaffirmée par la Cour de cassation sous les visas des articles 3 du Code civil et 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. En 2008, elle a censuré les juges du fond qui avaient retenu l'application de la loi française au motif que la séparation de corps est inconnue du droit marocain. La Cour de cassation a alors indiqué qu'à partir du moment où les deux époux sont de nationalité marocaine à la date de la présentation de la demande, il doit être fait application du droit marocain[660].

Elle entend ainsi leur rappeler l'application d'office de la loi étrangère : *« il résulte du premier de ces textes* [article 3 du Code civil] *qu'il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre, même d'office, la règle de conflit de lois et de rechercher, au besoin avec le concours des parties, la teneur du droit étranger applicable ; qu'aux termes du second* [article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981], *la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux États dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande* »[661].

---

[659] Cass. 1re Civ., 7 juin 2006, n° 04-17.225, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 253 (n° 288); A. BOICHE, « *Piqûres de rappel sur l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la loi étrangère et ses conséquences* », *AJFamille* 2006. 376.

[660] Cass. 1re Civ., 09 janvier 2008, n° 06-19.659, *Gaz. Pal. Rec*. 2008, Somm. p. 1081, J. n° 64, 4 mars 2008, p. 18 ; *LPA* 16 mai 2008, p. 16, note J.-G MAHINGA ; *RJPF* 2008.20 obs. T. GARE, « *Compétence internationale du juge français* ».

[661] Cass. 1re Civ., 19 novembre 2008 ; A. BOICHE, « *Nouvelle piqûre de rappel sur l'application d'office de la loi étrangère* », *AJFamille* 2009. 34.

T. GARE, « *Le divorce d'époux de nationalité marocaine domiciliés en France est soumis à la loi marocaine* », *RJPF* 2009. 18.

De même, les juges du fond doivent également appliquer d'office la loi étrangère et prendre en considération les règles de droit transitoire étrangères ; Cass. 1re Civ., 17 décembre 2008, note A. BOICHE, « *Application d'office de la loi étrangère et obligation pour les juges de prendre en compte les règles de droit transitoire étrangères* », *AJFamille* 2009. 129

Cependant, la Cour de cassation oblige également les juges du fond à apprécier la régularité internationale d'un jugement étranger de divorce[662]. Cela signifie que dans le cadre d'une procédure en divorce, tout en faisant application du droit étranger, le juge français doit également veiller au contrôle de la régularité internationale de la décision.

S'agissant d'époux de nationalité marocaine et vivants en France, la Cour d'appel de Douai a pu retenir la demande principale en divorce pour faute de l'épouse à la lumière du divorce pour sévices prévu par le droit marocain. Dans cette espèce, l'époux a chassé l'épouse du domicile conjugal avec leur enfant âgée de cinq mois. Les juges du fond ont rejetés la demande reconventionnelle de l'époux en affirmant que : « *la loi marocaine ne permet pas au mari de solliciter le divorce pour faute de l'épouse mais lui ouvre uniquement la voie de la répudiation dans des conditions contraires à l'égalité des droits et responsabilités des époux ; qu'ainsi la loi marocaine doit en l'occurrence être considérée comme manifestement contraire à l'ordre public international, ce qui entraîne l'application de la loi française à la demande reconventionnelle en divorce présentée par le mari* »[663].

[662] La Cour de cassation a ainsi pu rejeter une répudiation algérienne en raison de sa contrariété à l'ordre public, elle retient « *qu'en application de l'article 1.d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, les décisions rendues par les juridictions siégeant en Algérie ont de plein droit autorité de la chose jugée si elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. En vertu, de l'article 5 du Protocole n°7 additionnel à la Convention EDH, les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité lors de la dissolution du mariage. Dès lors, encourt la cassation pour violation de ce texte, l'arrêt d'appel qui donne effet en France à une décision algérienne tout en relevant que le jugement algérien a été prononcé à la demande du mari et à sa seule volonté* » ; Cass. 1re Civ., 06 février 2008 ; obs. T. GARE, « *Contrariété à l'ordre public d'une décision algérienne de divorce* », *RJPF* 2008. 21.
Par ailleurs, concernant une espèce marocaine, la Cour régulatrice oblige tout de même les juges du fond à procéder à un examen de la régularité internationale du jugement de divorce. En l'espèce, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 16 mai 2006, écarte la décision marocaine de divorce au motif qu'elle n'était pas devenue exécutoire en France faute d'exequatur. Les juges de cassation censurent au motif « *qu'il appartenait au juge français d'apprécier la régularité internationale du jugement marocain* ». Ainsi, en application de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957, un jugement de divorce marocain peut être reconnu de plein droit en France dès lors qu'il satisfait aux conditions visées par l'article 16 de ladite convention; Cass. 1re Civ., 25 juin 2008 (n° 7-14.342), *RJPF* 2008. 19.
Plus récemment, la Cour de cassation a estimé qu'il appartient aux juges du fond de contrôler la régularité internationale de la décision étrangère « *dès lors qu'une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, de la décision de divorce et partant de la dissolution du mariage était invoquée* » ; Cass. 1re Civ., 14 janvier 2009 ; *AJFamille* 2009. 260, obs. A. BOICHE.

[663] CA Douai 23 juin 2005, n° RG : 04/00449, Affaire *Monsieur Allal B.* c/ *Madame Chama F. (*arrêt non publié ; Service de Documentation de la Cour d'appel de Douai).

Le divorce d'étrangers n'est alors pas évident, il est même assez complexe au regard des exigences de l'ordre public international européen. Le droit étranger du divorce paraît être difficilement applicable en France.

À juste titre, certains auteurs soulignent que : « *le rattachement à la loi nationale, comme règle de principe, pour être praticable, doit s'accompagner d'une possibilité réelle pour les tribunaux de l'appliquer efficacement c'est-à-dire sans trop de complications additionnelles.*

Les juges doivent notamment être informés correctement du contenu des lois étrangères et de l'interprétation qu'en font les cours et les tribunaux du pays concerné. À défaut, le rattachement à la loi nationale risque d'avoir pour effet que le juge procède à sa propre exégèse de la règle étrangère, au risque de se tromper. Plutôt que de procéder à une tentative d'interprétation erronée, les juges donnent la préférence à un rattachement plus pragmatique – moins abstrait - à la réalité immédiate des personnes impliquées et ont de ce fait recours à la loi de la résidence habituelle des parties. Cette dernière, par la force des choses, est mieux connue du juge dès lors qu'il s'agit de sa loi.

Cette même attitude, qui se fonde sur la crainte de se tromper, peut également se traduire par un recours, un peu facile, il est vrai, à l'exception de l'ordre public »[664].

Il est certain qu'en pratique le juge français parvient à contourner le droit conventionnel à travers l'exception d'ordre public international[665]. D'où l'expression

[664] M.-C. FLOBLETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *RCDIP* 2006. 533.

[665] Déjà en 2004, les juges du fond avaient rejetés une répudiation marocaine, au motif que : « *la répudiation de la femme prononcée au Maroc alors qu'elle n'a été convoquée ni à l'audience de conciliation, ni à celle de jugement est contraire à l'ordre public international et ne saurait produire effet en France. Aux termes de l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la dissolution du mariage prononcée en France entre deux époux de nationalité marocaine doit se faire en application de la loi marocaine. Mais cette loi est contraire à l'ordre public international notamment au regard des aspects financiers du divorce car elle ignore la prestation compensatoire, n'accordant à l'épouse qu'« un don de consolation » en cas de répudiation* » ; CA d'Amiens, 14 avril 2004, *RCDIP* 2006. 958.
De même, en matière d'effets pécuniaires du divorce, la Cour de cassation, confirmant en cela la position des juges du fond (Cour d'appel de Douai, 18 septembre 2003), admet que la loi marocaine s'applique en son principe, mais elle n'en fait pas application au motif de sa contrariété à l'ordre public. Elle retient que : « *la cour d'appel ayant souverainement estimé que la loi marocaine, alors applicable, ne permettait pas d'allouer à l'épouse une allocation suffisante après le divorce, en a exactement déduit qu'elle était, sur ce point, contraire à l'ordre public international français* » ; Cass. 1re Civ., 28 novembre 2006, *RCDIP* 2007. 584, note Nathalie JOUBERT.

de « *repli nationaliste* » employée par le Professeur Abderrazak Moulay R'Chid[666]. En raison de la situation dans laquelle se trouve l'épouse répudiée au pays et encore mariée en France, en 1999 Madame El-Husseini avait proposé de distinguer l'acte de répudiation en lui-même de ses effets pécuniaires[667]. Toutefois, cette proposition a été critiquée notamment au niveau des actes quasi publics[668].

Ainsi, depuis 2004, l'institution de la répudiation musulmane est clairement rejetée et ne peut plus produire d'effets en France. Depuis, la position jurisprudentielle française à l'égard des répudiations musulmanes semble se confirmer ; du moins pour le moment.

[666] Intervention au Colloque « *Le nouveau Code de la famille marocain. Son application en Belgique* », Facultés Universitaires Saint-Louis, le 2 décembre 2005, Bruxelles ; cité par M.-C. FLOBLETS et M. LOUKILI, « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *op. cit.*, p. 533.

[667] Elle préconisait une distinction entre le principe de la répudiation (qui ne devait pas faire l'objet d'un véritable contrôle car il ne s'agissait pas d'un jugement, mais d'un acte quasi-public réceptif de volonté) et ses effets notamment pécuniaires (à l'égard desquels le contrôle du respect de l'ordre public serait maintenu et même renforcé). Le régime des actes quasi publics s'appliquerait à la répudiation ; R. EL-HUSSEINI, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *RCDIP* 1999. 460.
R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », LGDJ, 2002.

[668] P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Économica, 2004, n° 221 et s.

Conclusion Titre 2

Parce que la France s'est engagée à garantir les droits découlant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme à « *toutes les personnes qui relèvent de sa juridiction* »[669], il semble que l'institution de la répudiation dite musulmane soit considérée comme contraire au principe d'égalité entre époux dans la dissolution du mariage.

Selon le Professeur Marie-Laure Niboyet, au regard de la réforme de 2004, le juge français aurait pu se fonder sur une appréciation plus souple de l'exception d'ordre public à l'égard des répudiations marocaines[670]. Elle relève que dans le Code de la famille marocain est affirmé l'égalité au sein du couple et par ailleurs, est prévu une procédure de divorce pour désunion à l'initiative de l'époux ou de l'épouse. De même, depuis la réforme de 2005, la législation algérienne permet également à l'épouse de demander le divorce[671].

Pourtant, en 2009 la Cour de cassation refuse toujours de reconnaître les effets d'une répudiation marocaine. Elle réaffirme que : « *la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effets juridiques à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières* »[672] de cette rupture est contraire à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. La Cour en conclut que la répudiation est contraire à l'ordre public international. Elle condamne à la fois l'institution de la répudiation mais elle critique aussi la teneur du droit étranger, en l'occurrence le droit marocain.

La Cour de cassation se positionne très nettement en défaveur de la répudiation jugée discriminatoire. Quant bien même il y a eu absence de fraude au jugement et respect de l'ordre public procédural, elle retient la violation d'un ordre public substantiel. Elle

[669] Ce n'est que lorsqu'il existe un domicile sur le territoire français que cette protection est effective.
[670] M.-L NIBOYET, « *L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes* », *Gaz. Pal.* , Doctrine, sept-oct. 2004, p. 2814.
[671] Articles 53 et 54 du Code de la famille. Le cas du divorce pour désaccord persistant peut constituer une cause de divorce très large (article 53. 8°).
[672] Cass. 1re Civ., 4 novembre 2009 ; *D.* 2010.543, note G. LARDEUX.

n'hésite pas alors à faire appel à l'exception d'ordre public afin d'appliquer la loi française. Désormais, La notion d'ordre public international français se mêle à un ordre public international européen. Pour certains auteurs, « *nous nous dirigeons inéluctablement vers un conflit généralisé entre la conception occidentale sécularisée et la conception judéo-musulmane de la loi* »[673]. Les Conventions bilatérales signées avec le Maroc et l'Algérie semblent avoir été « neutralisées » par le juge de cassation, au profit du droit européen.

Ne devrait-on pas préconiser, à l'image de la Belgique[674], l'élaboration d'un Code de droit international privé qui régirait directement les effets des répudiations prononcées à l'étranger ?

Il existe trop de règles éparses sur le sujet. Une législation spécifique permettrait au juge français de rejeter la répudiation dans certaines conditions, strictement et limitativement énumérées, conformément au respect du droit conventionnel.

Depuis ces fameux arrêts du 17 février 2004, la Cour de cassation refuse d'admettre les effets de la rupture unilatérale et discrétionnaire en France. C'est une jurisprudence ferme et moralisatrice, se voulant porteuse d'un courant « égalitariste ».

Mais cette position, louable en soi, n'est-elle pas contestable ?

---

[673] Sami A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse* », *RIDC* 2007. 531.

[674] En 2004, la Belgique s'est dotée d'un Code de droit international privé, enfermant strictement les effets de la répudiation sur son territoire. Par principe, la répudiation n'y est plus reconnue ; elle ne pourra l'être qu'exceptionnellement en remplissant des conditions strictes et cumulatives. L'article 57 §1er du Code de droit international privé (issu de la loi du 16 juillet 2004), prévoit que : « *un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal, ne peut être reconnu en Belgique* ».
Le §2 envisage tout de même certaines atténuations : « *toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes :*
1°. L'acte a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi ;
2°. Lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne reconnait pas cette forme de dissolution du mariage ;
3°. Lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage ;
4°. La femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage ;
5°. Aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance » ; *RIDC* 2006. 68.

Rappelons que les répudiations algériennes et marocaines ne sont pas extra judiciaire car elles font l'objet d'une procédure incontournable chapotée par un juge. Ce dernier n'est-il pas, lui aussi, le garant du respect des droits de chacun ?

Nous rejoindrons la réflexion du Professeur Claude Bontems qui affirme que : « *La société maghrébine ne réside pas uniquement en Afrique du Nord, cependant, son évolution culturelle réelle ne s'effectuera pas seulement par référence au monde occidental dans lequel, par suite des phénomènes migratoires, elle s'est implantée provisoirement ou définitivement, elle demeure tributaire des évolutions qui se réalisent de l'autre côté de la Méditerranée, c'est en cela qu'elle demeure maghrébine. Pour qu'elle puisse s'épanouir en Occident et évoluer, il faut qu'elle soit acceptée et cela suppose aussi, de ce côté-ci de la Méditerranée, un peu moins d'arrogance et de certitudes, un peu plus d'humilité, beaucoup plus de compréhension et d'acceptation, afin que se réalise une véritable intégration humaine* »[675].

Nous ne défendons pas la répudiation musulmane. Nous l'avons présentée afin de mieux la connaître et d'évacuer certaines idées reçues.

Nous constatons tout simplement que cette institution n'est plus la bienvenue en France sous la justification de la violation d'un principe d'égalité issu d'une convention.

Pourtant, si l'on regarde d'un peu plus près, la rupture unilatérale et discrétionnaire du couple paraît exister aussi en droit français sous des formes bien particulières. Nous songeons au divorce pour altération définitive du lien conjugal, à la rupture unilatérale du PACS et du concubinage.

L'époux, le partenaire ou le concubin qui décide de mettre un terme à la relation, n'use t-il pas d'un pouvoir exorbitant semblable à celui de l'époux répudiant ?

[675] C. BONTEMS (dir.), « *Les altérations du modèle musulman durant la période coloniale : l'exemple de l'Algérie* », *in Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 566.

Certes, l'on pourrait objecter que la répudiation est à la seule initiative du mari. Cela étant, nous avons pris le parti de nous attacher aux effets de la rupture unilatérale et discrétionnaire sous toutes ses manifestations.

Ajoutons que, dans la mesure où le droit français de la famille s'oriente actuellement vers un statut commun du couple, il nous est apparu opportun de traiter de toutes les formes de conjugalités reconnues juridiquement, à savoir le mariage, le PACS et le concubinage.

Cela nous amène à nous demander s'il serait possible que la répudiation soit « sécularisée » en droit français ? Pourrait-on assister à l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple en France ?

Dans ce cas, en toute logique, l'état actuel du droit français ne devrait-il pas inciter « *à plus de modestie* »[676] à l'égard des répudiations dites musulmanes ?

[676] Jacques FOYER, *in* R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », LGDJ, 2002, p. VI.

Partie II.- Vers l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple en droit français

« *La satisfaction donnée aux passions au mépris de la raison, la liberté laissée à chacun de faire son bonheur, sans souci de la règle morale traditionnelle inspirent tous les esprits et s'imposent au législateur* »[677]. Dès lors, l'importance accordée aux libertés individuelles a pour effet de déculpabiliser l'homme dans ses rapports avec les autres. Dans une certaine mesure, cette attitude influence la règle de droit, il faut alors comprendre que l'individu, dans sa pluralité, a fait plier le droit[678].

Pour illustration, la famille qui s'est traditionnellement construite autour du mariage a subi les influences opposées des mœurs de la société. Pendant longtemps, seule cette union été prise en considération par le droit : le couple marié, un homme et une femme, constituait la cellule familiale de base. Au XVIIIe siècle, afin de lutter contre l'union libre, l'Avocat général auprès du Parlement de Paris, le Chancelier Séguier mettait en avant le fait que : « *Tout les efforts du législateur ont eu pour but de porter les hommes au mariage, parce que le mariage est la source de la société civile et le fondement des familles qui composent tout l'État* »[679].

Cependant, dès l'origine, loin d'être une révélation du XXe siècle, la relation de fait a toujours existé et fait partie de la vie sociale, tant il est vrai que : « *l'union en un*

[677] G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1948 ; cité par François BOULANGER, *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, (t. I), 3e éd., Économica, Coll. Droit civil, Série Études et Recherches, 1997, p. V.

[678] « *Le droit que nous avons pris pour objet de notre étude est avant tout le droit jurisprudentiel, c'est-à-dire celui qui se réalise : nous avons entendu faire de la science, non du roman. C'est la jurisprudence qui constitue la matière première sur laquelle doivent s'exercer nos recherches ; le droit est tel qu'elle le comprend et qu'elle l'aménage, les documents législatifs n'étant que certains des matériaux dont l'assemblage et la mise en œuvre lui sont confiés* » ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, (t. 1), 1930, p. VII ; cité par Eugène GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Coll. du deuxième centenaire du Code civil, 2002.

[679] Au XVIIIe siècle, la lutte contre l'union libre visait ainsi à protéger l'institution du mariage ; Cité par J. BART, *Histoire du droit privé français de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, éd., Montchrestien, 2009, p. 291.

couple stable de deux créatures est l'une des plus vieilles coutumes du règne animal »[680]. Progressivement, le législateur et le juge français ont pris en compte des situations de fait en accordant des droits aux enfants naturels et au concubin « veuf ». Il n'était alors plus question d'ignorer la réalité : la famille ne se construit plus forcément et exclusivement autour du mariage.

Le temps passe ainsi et, en 1999, le législateur a même été plus loin en institutionnalisant le couple de fait avec la création du pacte civil de solidarité ; par là même, il a donné une définition légale au concubinage.

Aujourd'hui en France, la réalité du couple est multiforme : les gens sont mariés, partenaires ou concubins et partagent une vie commune par choix[681]. Il y a donc trois formes officielles de conjugalités. Le sentiment général est que la société fonctionne par paire de « deux » ; la variante de la composition numérique du couple n'est pas remise en cause : mariés, partenaires ou concubins, ils sont « deux » à former un couple.

Juridiquement, le couple est constitué de deux individus de sexes opposés ou de même sexe. D'un couple à l'autre le régime juridique varie tant sur le plan des conditions de formation, des effets que sur la dissolution. Cette dernière retiendra tout particulièrement notre attention parce que c'est au stade de la rupture que la réalité de l'institution familiale prend tout son sens. Lorsque l'union se forme, il n'y a aucune difficulté, le schéma est idyllique « *tant qu'il ne s'agit que de s'associer, de se serrer, de s'aimer, les forces biologiques, morales, affectives y suffisent* »[682]. Mais, lors de sa dissolution, « *qu'il faille divorcer, désavouer, diviser, c'est au contraire l'affaire du droit* »[683]; il faut alors davantage se pencher sur les effets de la rupture et sur le devenir de ses membres (ou même de ses biens).

---

[680] M. DELMAS-MARTY et C. LABRUSSE-RIOU, *Le mariage et le divorce*, PUF, 1978, p. 7.
[681] Le généalogiste, Jean-Claude Roering souligne que : « *le lien de couple se trouve donc radicalement redéfini et veut correspondre à une histoire et à un dialogue qui se poursuit au sein de la famille au lieu de s'abolir ou de se dissoudre dans la postérité. Le couple désormais n'est plus qu'une fin en soi, il devient un moyen : à chacun de choisir la formule qui lui convient* » ; Jean-Claude ROEHRIG, « *La famille du troisième millénaire* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 312.
[682] J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd. LGDJ, 2001, p. 223.
[683] *Ibidem*.

Il est certain que quelque soit le mode d'union, la désunion a une connotation péjorative car elle marque la fin d'une relation amoureuse. On devient un « ex ». La rupture crée la scission au sein du couple et chacun recouvre alors son individualisme, pour ne pas dire son égoïsme.

Admettre la rupture unilatérale c'est renforcer le sentiment d'indépendance de chacun des membres du couple : l'un comme l'autre peut user librement de sa faculté de rompre sans devoir s'expliquer ni se justifier sur les motivations de sa décision. Au-delà du couple, c'est la famille qui vole en éclat. Pourtant, on pensera comme certains que « *malgré l'individualisme croissant et la volonté d'émancipation des individus dont la politique législative des quarante dernières années s'est fait écho (...), la famille reste une cellule de base de la société qui ne peut se dissoudre sous l'action de la simple volonté individuelle : elle est aussi une institution et il devient aujourd'hui de plus en plus évident que ce caractère institutionnel doit être préservé car il est constructif et socialement utile. La famille est le lieu de solidarités internes : de solidarités horizontales entre membres du couple ou de solidarité verticales entre générations* »[684].

En conséquence, il importe de se demander si le droit positif français n'a pas réduit cette solidarité à néant. N'a t-il pas de ce fait « sécularisé » la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple ?
On se pose ces questions au vu de l'instauration du divorce pour altération définitive du lien conjugal, créé en 2004, qui permet au conjoint de se « débarrasser » discrétionnairement de l'autre au bout de deux ans de séparation[685]. Aussi en est-il de même s'agissant de la rupture unilatérale du concubinage et du pacte civil de solidarité. L'essence de ce type d'union étant la liberté, la dissolution de la relation se caractérise par une très grande flexibilité car en dehors du décès, la cessation du PACS et du concubinage dépend essentiellement de la volonté des partenaires.

[684] L'auteur poursuit que l'on « *ne peut pas faire l'économie de l'idée que la famille, au-delà des relations individuelles, intéresse la communauté toute entière. L'importance du droit de la famille dans le repérage et la construction individuels est sans doute un autre enjeu essentiel. La famille est le lieu d'équilibres psychologiques et d'échanges qui se constituent dans le long terme*» ; Pierre MURAT, « *Couple, filiation parenté* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, pp. 54-55.
[685] Articles 237 et 238 du Code civil.

Dès lors, la rupture unilatérale et discrétionnaire de l'union conjugale n'a t-elle pas été effectivement instaurée dans le droit conjugal français ?

N'est-ce pas la répudiation qui se cache sous les habits du divorce pour altération définitive du lien conjugal, de la rupture unilatérale du PACS et du concubinage ?

Dans ce cas, un rapprochement avec la répudiation musulmane est-il permis ? Autrement dit, pourquoi le législateur français faisant rimer le mot « liberté » avec celui « d'égalité », aurait-il généralisé le droit de dissoudre unilatéralement et discrétionnairement la relation de couple ?

Soulignons le paradoxe de la situation. Tout comme d'autres l'ont fait avant nous, *« l'on ne manquera pas de s'interroger sur la cohérence d'un droit qui lance l'anathème sur les répudiations musulmanes tout en l'inscrivant dans ses normes internes »*[686]. En France, la répudiation dite musulmane réservée à un seul des époux est jugée discriminatoire. Elle est rejetée dans la mesure où elle reflète une inégalité flagrante entre le mari et la femme. Est ainsi invoqué une atteinte au respect des droits de la défense et à la protection de l'épouse[687]. « *Même si* » les garanties procédurales ont été respectées, il n'est pas certain que la répudiation prononcée par le juge étranger puisse produire des effets en France[688].

Comment bien suivre le raisonnement de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 17 février 2004[689] qui considère que le caractère unilatéral et discrétionnaire de la répudiation est contraire au principe d'égalité des époux en ce

[686] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 3e éd., Defrènois, 2009, p. 280.

[687] Comme il a été examiné précédemment, la répudiation est considérée comme contraire aux principes fondamentaux reconnus et consacrés par les Conventions internationales, en particulier l'article 5 du protocole additionnel n° VII de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

[688] Dans les arrêts du 17 février 2004, les juges de cassation ne manquent pas de préciser que « *même si* » les garanties procédurales ont été respectées, cela ne peut justifier l'admission des effets des répudiations musulmanes en France ; *« La cour d'appel en a exactement déduit que,* ***même si*** *elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire, cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari »* ; Cass. 1re Civ., 17 février 2004, Affaire Monsieur Hadi X… contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne ; *D.* 2004. 815, note P. COURBE ; *JCP* G 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON.

[689] Cass. 1re Civ., 17 février 2004 (5 arrêts) ; *Dr. Famille* 2004, chron. 9, obs. S. PRIGENT ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : la Cour de cassation renoue avec le principe d'égalité des époux* », *RJPF* 2004-5/11 ; *D.* 2004. 824, concl. F. CAVARROC, « *Le rejet des répudiations musulmanes* » ; Voir Partie Ier, Titre II.

qu'il constituerait un privilège marital ? *A contrario,* faut-il en déduire que la faculté de rompre deviendrait convenable dès lors qu'elle serait bilatéralisée ?

En définitive, on en revient à vouloir comprendre pourquoi d'un côté, condamner fermement et catégoriquement la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage par le mari (la répudiation). Et d'un autre côté, comment admettre la rupture unilatérale et discrétionnaire de la relation de couple par le mari ou la femme (divorce), par le ou la partenaire ou encore par le concubin ou la concubine ?

Les répudiations dites musulmanes ne semblent plus bénéficier de la tolérance de la Cour de cassation alors même que le législateur français semble autoriser la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage, du PACS et du concubinage. Comment expliquer cette apparente contradiction ?

Ne faudrait-il pas davantage s'attacher aux effets de la rupture plutôt qu'à ses modalités de mise en œuvre ?

Force est d'admettre que dans un système comme dans l'autre, c'est essentiellement au niveau des conséquences que la rupture unilatérale et discrétionnaire produit ses effets les plus criants. Ne faudrait-il pas alors se pencher sur les droits parentaux plus que sur le titulaire du droit de rupture ? Ne faudrait-il pas songer à la liquidation plus qu'au principe d'égalité formelle dans la rupture ?

Qu'il s'agisse de la répudiation, du divorce pour altération, de la rupture unilatérale du PACS ou du concubinage, la question qui se pose est de savoir s'il faut encourager ce mode de dissolution qui peut paraître nuisible à l'institution familiale ? La rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple ne devrait-elle pas faire l'objet d'un contrôle plus rigoureux ? Car à supposer qu'il faille admettre la technique de la répudiation, il restera au final la question de son encadrement judiciaire ou légal dans le dessein de « reconstruire la famille »[690].

[690] Colloque du 11 mai 2007, « *Reconstruire la Famille : un droit commun pour le couple* », *LPA*, 20 déc. 2007, numéro spécial, n° 254.

Pour répondre à l'ensemble de ces interrogations, nous étudierons la répudiation contemporaine sous toutes ses formes, en envisageant tout d'abord, la rupture unilatérale judiciaire s'agissant de la dissolution du mariage (**Titre 1**). Puis nous examinerons la rupture unilatérale extra judiciaire, qui concerne le PACS et le concubinage (**Titre 2**).

Titre l.- La rupture unilatérale judiciaire : le divorce

Le mariage représente « *la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* »[691]. Présenté ainsi le mariage est une union très symbolique et sécurisante, dans laquelle l'homme et la femme sont solidaire. Il n'est nullement question de sentiments mais de devoir.

Or aujourd'hui, des quatre finalités du mariage « *la procréation, la création ou le renforcement d'alliances de groupe à groupe, la préservation, voire l'accroissement du patrimoine, et enfin l'amour* »[692], il ne reste plus que la première et la dernière. Tout n'est plus qu'une question de choix : le choix de l'époux ou de l'épouse, le choix de l'enfant[693] ou de l'hédonisme...

Il n'en demeure pas moins que scellé par l'échange de consentements des époux[694], le mariage est enfermé dans un cadre juridique sécurisant. Mari et femme se sont

[691] Définition du mariage par Portalis, cité par FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, p. 140.
[692] C. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 24.
[693] « *L'enfant arrive non pas quand la nature le donne mais quand on l'a voulu* » ; X. LABBEE, « *Reconstruire la famille : le droit commun du couple* » ; *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 5.
[694] Parmi les conditions relatives à la formation du mariage, celle du consentement est la plus essentielle. L'article 146 du Code civil dispose en effet, qu': *« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Le consentement doit être conscient, libre et éclairé. Le mariage des majeurs incapables nécessite le consentement du conseil de famille ou du curateur, à défaut du juge des tutelles (article 460 du Code civil). De même, les parents doivent consentir au mariage de leur enfant mineur (article 148 du Code civil). Le consentement doit également être exempt de vices (erreur, violence ou dol) ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit*., pp. 93 et suiv.
En dehors de l'aspect cérémonial du mariage, les époux doivent remplir certaines conditions de fond et de forme. Les conditions de fond constituent le préalable nécessaire. Tout d'abord, il importe que les époux soient majeurs. L'article 144 du Code civil dispose que : « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». Il n'y a pas d'âge maximum pour contracter mariage, mais il existe certaines prohibitions notamment incestueuses. Ensuite, les époux doivent être de sexe opposés. Depuis 2007, le certificat prénuptial n'est plus exigé (les articles 63 alinéas 1 et 2 et 169 alinéa 1 et 3 du Code civil ont été abrogés par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JO. n° 0296 du 21 décembre 2007, p. 20639).
Les conditions de forme permettent d'assurer la preuve du mariage et d'ouvrir ainsi la voie aux oppositions éventuelles. La célébration du mariage à la mairie est publique.

volontairement soumis à un statut légal puisque la célébration du mariage emporte des effets assez importants.

Le principe d'égalité et de pleine capacité des époux régit la vie conjugale[695]. Les conjoints ont des droits et des devoirs réciproques, tels que le devoir de cohabitation[696], le devoir de fidélité[697], le devoir de secours ou encore le devoir d'assistance[698]. En outre, sur le plan pécuniaire, ils sont solidaires pour les dépenses relatives à l'entretien du ménage[699]. Ensemble, ils assurent la direction morale et matérielle de la famille[700].

Le mariage est hautement symbolique, il offre aux époux un minimum de garanties qui sécurisent et pérennisent leur union.

Toutefois, cela ne saurait suffire. Comme l'a si finement écrit John Milton au XVIIe siècle, « *loin de devoir « enchaîner » éternellement « deux carcasses », le mariage n'a de raison de durer que s'il est entre deux êtres, « une conversation juste et agréable »* »[701]. Pour autant, lors de la célébration du mariage, doit-on avoir à l'esprit qu'il porte en lui-même « *un germe de corruption et de mort* »[702] ?

Statistiquement, aujourd'hui, un mariage sur trois se termine par un divorce, et un sur deux en Île-de-France[703]. Ces chiffres ont donné des idées à certaines personnes qui ont organisé un salon du divorce, à l'image de ce qui existe pour le mariage. C'est

[695] Articles 216 et 223 du Code civil. Par ailleurs, l'épouse peut exercer une profession sans le consentement du mari, chacun des époux peut disposer de ses gains et salaires (article 224 alinéa 1er du Code civil), ou encore ouvrir un compte en banque.
[696] Le devoir de cohabitation suppose que les époux résident ensemble (sauf exception, l'on pensera à des résidences séparées pour des raisons professionnelles). Le devoir de cohabitation implique le devoir conjugal, l'absence de relations sexuelles entre époux peut même être un motif de divorce.
[697] Article 212 du Code civil. Même si l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce ou un délit pénal, il reste tout de même une faute, cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil.
[698] Le devoir de secours correspond à l'obligation d'un époux de subvenir aux besoins pécuniaires de l'autre (logement, nourriture, vêtements, soins…). Quant au devoir d'assistance, il peut représenter des aides et soins matériels et moraux, travail, maladie, infirmité…
[699] Article 220 du Code civil.
[700] Article 213 du Code civil.
[701] John MILTON, *Doctrine et discipline du divorce*, première publication 1643, éd. Bilingue Belin, traduit et présenté par Christophe TOURNU, 2005.
[702] Ainsi, selon le Garde des Sceaux, Jules CAZOT, « *les mariages au moment où ils se formeraient, porteraient en eux-mêmes un germe de corruption et de mort* » ; JO. du 9 février 1881, p. 191.
[703] En 2007, 134 477 divorces ont été prononcés ; Aurélie LERMENIER et Odile TIMBART, « *Les divorces prononcés de 1996 à 2007* » ; Infostat Justice, Bulletin d'information statistique, janvier 2009, n°104, p. 1.

ainsi que s'est tenu pour la première fois à Paris, les 7 et 8 novembre 2009, un salon du divorce, de la séparation et du veuvage intitulé « *Nouveau départ* ». À travers un parcours fléché très organisé, le visiteur pouvait rencontrer des avocats, des détectives privés, des psychologues, des coachs personnels, des conseillers en *relooking*, des agents immobiliers et même des agences de rencontres… Du conseil juridique au en conseil beauté, divers stands proposaient effectivement un « nouveau départ ». On constate une sorte de banalisation[704], de normalisation du divorce qu'il faudrait accepter pour le bien-être de chacun.

Le divorce devient un « événement » de la vie de couple et on ne se marie plus pour la vie mais pour un temps, tant que dure « l'instant ». Mais, dès lors que l'enthousiasme de la nouveauté s'est envolé, que la mésentente s'est installée au sein du couple, que des heurts régissent la vie commune, la rupture sonne alors comme une évidence. La séparation du couple peut se caractériser par une lassitude de l'un ou de l'autre, ou encore par la déception de la relation, un peu trop idéalisée. L'échec de la relation se traduit par un mal-être, une blessure d'orgueil et d'amour propre. Celui ou celle qui subit la rupture épprouve un sentiment d'incompréhension et surtour un sentiment d'appréhension face à la solitude. Passer du statut de couple marié (où l'on est deux) à celui de divorcé (où on se retrouve seul) n'est pas très aisé.

Reste que la séparation du couple marié s'inscrit obligatoirement dans le cadre d'une procédure légale et judiciaire : le divorce. La dissolution du lien conjugal prononcée du vivant des époux par le juge met fin au mariage pour l'avenir ; cela signifie qu'il n'est pas possible de faire comme si le mariage n'avait jamais existé[705].

En l'état actuel du droit positif, les candidats au divorce optent soit pour un divorce par consentement mutuel, un divorce accepté, un divorce pour faute ou encore un divorce pour altération définitive du lien conjugal[706]. Seul ce dernier cas de divorce intéresse notre problématique, nous n'évoquerons les autres cas qu'à titre éminemment

[704] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 3e éd., Defrènois, 2009, p. 246.
[705] La nullité anéantie les effets passés du mariage, ce qui n'est pas le cas du divorce : la dissolution du mariage produit des effets dans les rapports personnels et patrimoniaux des époux ; Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4e éd., LGDJ, 2009, pp. 309 et suiv.
[706] Article 229 du Code civil.

exceptionnel. Car effectivement, le divorce pour altération définitive du lien conjugal permet à l'un des époux de mettre un terme à la relation conjugale au bout de deux ans de séparation, sans qu'aucune faute ni aucun reproche ne puisse être formulé à l'encontre de l'autre époux.

Dans la mesure où la rupture du mariage est à l'initiative d'un époux, est-il possible de retenir un droit à la rupture pour tous les couples, sans discussion, sans délai[707], un droit qui serait qualifié de discrétionnaire ?

Dans les faits, le divorce pour altération et la répudiation n'ont-ils pas la même finalité ? L'un des époux ne prend t-il pas l'initiative d'une rupture que l'autre n'a d'autre choix que de subir, sans explication rationnelle ?

Au final, il ne serait pas anodin de se demander si le divorce pour altération définitive du lien conjugal est meilleur ou pire que la répudiation dite musulmane ?

Á cet égard, nous nous interrogerons sur la motivation du législateur de 2004 : pourquoi a-t-il procédé à la suppression des garanties qu'offrait l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, lesquelles permettaient d'atténuer fortement les conséquences de la rupture unilatérale ?

Au préalable, il importe de rappeler que le divorce en général, le divorce pour altération en particulier, n'est pas une invention contemporaine. De tout temps, la rupture unilatérale et discrétionnaire a été prévue et réglementée, elle a évolué au fil de l'Histoire, tantôt encouragée, tantôt freinée. Elle n'est absolument pas la marque d'une ère nouvelle, et ce n'est pas la *Philosophie des Lumières* du XVIIIe siècle et encore moins les mœurs actuelles qui sont à l'origine de la libéralisation des liens du mariage.

Dès la Rome Antique, l'institution de la répudiation était pratiquée pour mettre fin à la relation maritale.

[707] L'article 1126 du Code de procédure civile précise que : « *sous réserve des dispositions de l'art. 472, le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu au 1er alinéa de l'article 238 du Code civil* ».

En France, les Révolutionnaires de l789 ont institué un divorce pour incompatibilité d'humeur et le législateur de l975 a créé un divorce pour rupture de la vie commune permettant la rupture unilatérale du mariage. La dissolution unilatérale et discrétionnaire du mariage s'inscrit alors dans la continuité.

Nous ne pouvons pas traîter de la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage sans en connaître les origines, fussent-elles lointaines.

Il nous est apparu essentiel, dans un souci d'exhaustivité, de revenir sur l'aspect historique du divorce-répudiation (**Chapitre I**), pour finalement arriver au droit français contemporain et plus spécifiquement au divorce pour altération définitive du lien conjugal en tant que mode de rupture unilatéral et discrétionnaire du mariage (**Chapitre II**).

Chapitre I.-Le divorce-répudiation en héritage

La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage n'est pas un phénomène nouveau, elle a toujours plus ou moins existé et fait débat selon les époques et selon les codes de valeurs en vigueur.

Dès l'Antiquité, le mariage des époux s'inscrit comme l'association du corps et de l'âme[708], et sa dissolution est considérée comme l'expression d'une liberté : la liberté de rompre dès lors que le sentiment amoureux disparaît. L'individu est au service de ses sentiments les plus élémentaires, peu importe alors la continuité et l'éternité de l'engagement. On reconnaît volontiers à celui-ci son caractère éphémère et temporaire, il n'est nullement question de serment pour la vie[709]. « *Sans imposer l'indissolubilité de l'union, Rome a souhaité et honoré les unions d'une vie* »[710], la notion d'indissolubilité du mariage n'étant apparue que plus tardivement avec l'avènement du catholicisme[711].

Progressivement, au fil des siècles, l'institution du divorce-répudiation a été judiciarisée, réglementée et restreinte.

La liberté dans la rupture a laissé place à une réglementation moins permissive dans le dessein de fonder une société aux bases plus solides, car l'instabilité des unions rejaillit sur la structure même des instances dirigeantes et nuit à une bonne administration de l'Empire.

Il est nécessaire que la famille constitue la première sphère dans laquelle doit régner l'ordre. La rupture unilatérale n'est pas interdite mais elle va faire l'objet d'un encadrement juridique plus rigoureux. Pourtant, dans la rupture, la liberté ne disparaît pas, elle est tout simplement canalisée.

---

[708] J. GAUDEMET, « *L'apport du droit romain* » ; *in* Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 34.
[709] P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd., Dalloz, 2003, p. 177.
[710] *Idem*, p. 32.
[711] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, 2e éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2009, pp. 51-52.

La question de la liberté a toujours été centrale dans les débats politiques sur le divorce et à plus forte raison sur la répudiation.

La rupture unilatérale du lien conjugal représente un héritage institutionnel sur lequel il y a lieu de revenir afin d'en appréhender les mécanismes actuels et de les comprendre. Aussi, est-il intéressant de souligner que la répudiation n'est pas une institution propre à la religion musulmane. L'Islam a tenté de composer avec les pratiques antérieures, tout en apportant des améliorations afin de mieux protéger la condition de la femme répudiée.

Ainsi, nous débuterons cette étude par un tracé historique du divorce en droit romain, berceau même du droit (**Section I**). Ensuite, nous nous intéresserons plus particulièrement au droit du divorce en France (**Section II**). Le droit canonique constituera la jonction essentielle de cette transition temporelle.

Section I. – La répudiation en droit romain : entre liberté individuelle et primauté de l'institution familiale

Dans l'histoire méditerranéenne, la dissolution unilatérale du lien matrimonial a été qualifiée indistinctement de *répudiation* ou de *divorce*.

Pourtant, chronologiquement, la répudiation précède le divorce qui est apparu beaucoup plus tard. Aussi, dans un souci de compréhension, nous reprendrons la distinction effectuée par le Professeur Bontems qui précise que : « ***le mot répudiation*** *doit désigner la rupture du lien conjugal par simple volonté privée des familles, voire des intéressés : « je répudie mon mari », « je répudie mon épouse ». À l'inverse,* ***le mot divorce*** *doit être réservé aux cas de rupture du lien conjugal qui procèdent d'une intervention de la puissance publique sous quelque forme que ce soit : « le juge a prononcé le divorce » (…).*
Le cheminement serait alors le suivant : au départ la possibilité de mettre un terme à l'union n'appartiendrait qu'au seul mari (répudiation), puis la Cité ferait son

intrusion en contraignant le mari à répudier son épouse, enfin l'État supplanterait l'initiative privée en s'arrogeant le droit de pouvoir prononcer la dissolution d'une union (divorce), et suivant le degré d'évolution des sociétés, soit l'État pourrait seul prononcer la dissolution des unions, soit il y aurait coexistence du divorce et de la répudiation »[712].

Cette distinction étant faite, il convient à présent de préciser que l'*Ancien droit romain* représente l'ensemble des règles qui gouvernent la Cité jusqu'au IIe siècle de notre ère. Ce droit comprend principalement les lois royales (règles contenant des sanctions religieuses) et le « *jus civile* » (droit civil romain) qui régit l'ensemble des droits du citoyen[713]. Ce dernier retiendra davantage notre attention car il se caractérise par la *Loi des XII Tables*, à laquelle nous ne manquerons pas de faire référence dans le cadre de la présente étude[714].

Le *droit romain*, quant à lui, correspond généralement au droit allant de l'Antiquité au VIe siècle ap. J.-C, soit jusqu'à la période Justinienne (565 ap. J.-C.). Au cours de cette phase temporelle vont se succéder la Royauté (753-509 av.J.-C)[715], la République (509 à 27 av. J.-C)[716] et l'Empire (27 av. J.-C à 565 ap. J.-C)[717].

Ces régimes politiques correspondent à trois grandes étapes au cours desquelles, sous la Royauté et la République, l'institution de la répudiation à Rome est considérée

[712] L'auteur ajoute que « *ce schéma laisse cependant quelque peu sceptique* ». Pour autant, l'explication semblerait cohérente avec l'évolution historique ; C. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages, op. cit*., p. 19.

[713] Les lois royales sont des règles ayant une sanction religieuse, elles sont codifiées dans le « *jus papirianum* » à la fin de la République. Ainsi le *jus civile* et les lois royales constituent deux droits qui forment la base du *jus*. Mais à cela s'ajoutent encore des lois votées par les assemblées populaires, les *leges rogatæ*, ou encore les *leges datæ* qui sont des lois promulguées par des magistrats. Cependant, ces *leges* ne concernent que le droit public et sont peu nombreuses (environ 800). Le droit romain de cette époque se fonde donc principalement sur le *jus civile*. J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, 7e éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2002.

[714] La *Loi des XII Tables* (milieu du Ve siècle av. J.-C.) trouve son origine du conflit entre les patriciens (aristocrates romains) et les plébéiens (représentants du peuple). Elle correspond à un catalogue d'actions en justice, elle est considérée comme la source de l'ensemble du droit privé romain ; *Ibidem*.

[715] La Royauté débute par la fondation de Rome en 753 av. J.-C. et s'achève en 509 av. J.-C., par l'expulsion des Rois ; R. ROBAYE, *Le droit romain, tome I : Sources du droit-Personnes-Successions-Biens*, 3e éd., Académia Bruylant, Coll. Pédasup, 2005, pp. 14 et suiv.

[716] La République s'étend de 509 à 27 av. J.-C., période au cours de laquelle l'ancien droit est encore très prégnant, les usages et coutumes, de l'époque, sont assez archaïques ; J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, *op. cit.*

[717] Au sein de l'Empire on distingue habituellement : le Haut-empire de 27 av. J.-C. à 284 ap. J.-C. (le droit romain connaît alors son apogée : l'œuvre prétorienne y est importante) et le Bas-empire de 284 à 565. Durant cette période, la législation impériale est triomphante ; sous l'influence du christianisme, les usages orientaux et la pratique sont mis à mal ; L. PFISTER, *Introduction historique au droit privé*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004, p. 7. Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, éd., Schulthess, 2008, pp. 551-554.

comme une affaire privée (A). Par la suite, sous l'Empire, de nombreux abus et dérives ont incité les Empereurs à légiférer en droit de la famille et à réguler la répudiation (B).

A. – Sous la Royauté et la République, la répudiation est une affaire privée

Si aux origines, la rupture du mariage est conditionnée par l'organisation patriarcale de la famille (1°), le développement du mariage dit *sine manu* ouvre la voie au divorce unilatéral et discrétionnaire tant pour l'époux que pour l'épouse, en ce sens le *repudium* devient bilatéralisé (2°).

1°. L'organisation primitive de la famille : un patriarcat absolu

Á Rome, la toute puissance paternelle, la *patria potestas*, dont dispose le *pater familias* s'étend sur tous les membres de la famille aussi bien à l'égard de sa femme, que des enfants, des petits-enfants, des belles-filles et des esclaves.

Le *pater* règne en véritable maître. Il peut vendre son *filius* ou user de l'abandon noxal à la victime en cas de préjudice. Il dispose d'un droit de vie et de mort sur ses enfants dit le *ius vitae necisque*[718].

Son autorité ne disparaît qu'à sa mort ou par l'émancipation, elle cesse à l'égard des filles par leur mariage. Même mariées, les filles ne deviennent pas autonomes pour autant, car leur union les fait passer sous la *manus* (l'autorité) de leur mari ou du *pater* de ce dernier. Dès cette époque, le mariage obéit souvent à des stratégies familiales et politiques.

[718] Il convient de préciser que le censeur peut condamner le *pater* de la *nota censoria*, lorsque ce dernier abuse de son droit de mort sur ses enfants. Aussi, parmi les prérogatives du *pater* on cite généralement le droit d'exposer les nouveau-nés : le *pater* abandonne le nouveau-né en l'exposant dans un lieu public (*ius exponendi*). Si personne ne le recueille, le nouveau-né est destiné à mourir ; P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd., Dalloz, 2003.p. 149.

Incapable, la femme romaine est constamment sous la dépendance d'un *pater* (qu'il s'agisse de son père ou de son mari ou du *pater* de son mari s'il est encore en vie[719]). Par le mariage *cum manu*, l'épouse demeure entièrement soumise au groupe, *loco filiae*[720], elle n'a d'existence qu'à travers lui. Seul le titulaire de la *manus* pouvait décider unilatéralement et discrétionnairement de mettre un terme à son mariage.

Une loi royale datant du VIIIe siècle av. J.-C., attribuée à Romulus[721], interdit formellement à l'épouse de quitter son mari : elle ne dispose d'aucun droit de rompre la relation maritale.

En revanche, cette même loi évoque la répudiation de l'épouse par l'époux dans trois cas : l'empoisonnement d'enfants (s'agissant de l'avortement), la falsification des clés[722] et l'adultère[723]. Si l'époux la répudie en dehors des cas prévus, il subit des sanctions pécuniaires et religieuses. Avant de procéder à la répudiation, il doit prendre l'avis d'un tribunal domestique, *judicium domesticum*[724], composé des cognats[725] de la femme. S'il ne se conforme pas à l'avis du tribunal, le *pater* reçoit un sévère blâme de l'opinion publique[726], toutefois, il reste libre de répudier son épouse. Ainsi, il lui

---

[719] S'il reste au dessus du mari un *pater familias*, Jean Gaudemet s'interroge sur la possibilité pour le *pater* de mettre un terme à l'union de son fils ou de son petit-fils. Il semblerait que l'on ne dispose pas de suffisamment d'informations à ce sujet, du moins pour cette période. Au IIe siècle des rescrits impériaux interdisent au *pater* de séparer les conjoints malgré eux ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2009, pp. 9 et 69-70.

[720] La femme est juridiquement considérée comme la fille de son mari. *Alieni iuris*, elle n'a pas de patrimoine, les biens personnels et sa dot deviennent la propriété de son mari ou du *pater familias* de celui-ci, s'il est encore sous sa puissance ; R. ROBAYE, *Le droit romain*, *op. cit.*, p. 71.

[721] Suivant la tradition légendaire, Rome aurait été fondée en 753 av. J.-C. par Romulus. La question des origines de Rome continue à alimenter le débat des historiens et archéologues, impuissants à confirmer la tradition littéraire antérieure à la période Étrusque. Il importe donc de les traiter avec prudence et de les lire à la lumière de la critique historique ; (Plutarque, Romulus, 22, 3) ; Cité par J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit.*, p. 52.

[722] Il s'agit probablement d'une défense faites aux femmes de s'approprier les clés de la cave afin qu'elles ne puissent pas boire du vin (déjà dans l'Antiquité, on considèrait que le vin pouvait avoir des effets abortifs) ; *Idem*, p. 52.

[723] *Ibidem*.

[724] G. LAURENT, **«** *La répudiation et le divorce par consentement mutuel* **»** Essai critique, Thèse Dijon, 1904, p.19.

[725] Dans l'Antiquité, il y a une prééminence de la filiation agnatique, c'est-à-dire la filiation en ligne paternelle ou patrilinéaire. La cognation est la parenté par le sang davantage reconnue juridiquement à l'époque classique et au Bas-Empire ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996, p. 231.

[726] Le censeur le frappait d'une peine redoutée : l'infamie. Vers 420 av. J.-C., on confie à deux magistrats patriciens (élus par les *comices centuriales*), le soin de procéder aux opérations de recensement, d'où leur nom : les censeurs. Ces derniers sont, en effet, chargé d'inscrire les sénateurs et les chevaliers les plus dignes. Ils apprécient donc la conduite de chaque citoyen et peuvent même sanctionner tout attitude déshonorante par une *nota*. Celle-ci impliquait la déchéance de certains droits ; J. IMBERT, *Le droit Antique*, PUF, Coll. Que sais-je ?,

incombe de faire don d'une partie de ses biens pour moitié entre sa femme et *Cérès* afin qu'il expie l'outrage fait à la déesse protectrice du mariage, de la fécondité et du foyer[727].

En dehors de ces trois cas, la répudiation n'est pas impossible puisque le mari (ou le *pater*) dispose d'une autorité absolue : s'il renvoie sa femme, le mariage est rompu, il peut même décider de mettre fin à ses jours[728]. C'est dire l'importance du pouvoir qu'il est en mesure d'exercer sur l'ensemble de sa famille.

À l'origine, les mœurs sévères et la répression des censeurs font que la répudiation est rare. De ces trois causes de répudiation, seul l'adultère constitue une résurgence du droit archaïque. Mais s'agissant d'une loi royale, il faut être prudent quant à son authenticité et selon certains, il pourrait s'agir, tout au plus, d'une vieille coutume[729].

Au Ve siècle, en l'an 451 avant J.-C., la *Loi des XII Tables*[730] permet au mari de répudier son épouse selon son bon vouloir. Il n'est pas contraint d'invoquer une cause légitime pour renvoyer sa femme dans la mesure où aucune autorité supérieure n'interviendrait pour l'obliger à justifier sa décision. Par une formule brève, il s'adresse à elle en lui disant: « *Reprends tes affaires* » et la femme doit remettre les « *clefs* » de la maison[731].

En principe, la répudiation de l'épouse est une affaire privée, qui se règle en famille[732], et ni le groupe, ni la Cité, n'ont leur mot à dire à ce sujet.

1994, p. 61.

[727] G. LAURENT, *La répudiation et le divorce par consentement mutuel*, *op. cit.*, p. 19 ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit.*, p. 308.

[728] J.-P LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2002, p. 128.

[729] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, p. 52.

[730] *Idem*, pp. 309 et suiv.

[731] Marie-Theres FÖGEN, *Histoire du droit romain, De l'origine et de l'évolution d'un système social*, traduit de l'allemand par Denis TRIERWEILER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2002 (version originale), 2007 (traduction), pp. 51 et suiv.
J. GAUDEMET, *Mariage en occident*, éd. du Cerf-Histoire, 1987, (XII Tables, IV, 3), p. 40.

[732] « *La répudiation, comme le mariage, doit être considéré comme une affaire de famille. Le mariage a pour finalité de tisser des liens très étroits, des alliances, entre des groupes différents. Dans une telle conception, il est impossible que, ce qui est le produit d'une diplomatie de tout le groupe et certainement pas du seul mari, puisse être rompu par l'effet du seul arbitraire de ce même mari. Si une rupture doit intervenir, elle ne saurait procéder que de la volonté du groupe. Loin d'être arbitraire, la répudiation sous sa forme première, procède bien au contraire d'une volonté dictée par des considérations politiques ou économiques, et l'on peut se demander si, sous*

Selon Denys d'Halicarnasse, « *la répudiation ne serait apparue qu'assez tardivement* »[733] à Rome.

L'histoire nous livre un cas de répudiation vers 230 av. J.-C., de Spurius Carvilius Ruga qui répudie son épouse en raison de la stérilité de cette dernière[734].

À partir du IIe siècle av. J.-C., Rome subit des changements importants suites aux conquêtes, à l'essor commercial et au développement des mentalités. Par ailleurs au sein des familles, de plus en plus pratiqué, le mariage *sine manu* contribue à faire évoluer la structure patriarcale.

2°. Le développement du mariage *sine manu* : l'instauration d'un *repudium* « bilatéralisé »

Dans le mariage *sine manu*[735], la femme n'est pas sous la puissance de son mari. Elle demeure juridiquement rattachée à sa famille d'origine et n'a aucun lien avec sa belle-famille, donc elle n'adhère pas pleinement à la structure patriarcale de son époux. Cela implique qu'elle n'a pas de vocation successorale en ligne directe[736].

Pour autant, l'épouse a des devoirs envers son mari tels que l'obligation de cohabitation, de fidélité et de respect.

On effectue souvent la distinction temporelle entre mariage *cum manu* et mariage *sine manu* comme s'il s'agissait d'institutions appartenant à des périodes précises et

---

cette même forme, la répudiation n'a pas été parfois davantage le fait de la famille de l'épouse que celle de l'époux ? (…). La prohibition prouvant l'existence antérieure de la pratique » ; Claude BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, pp. 20-21.

[733] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, p. 53.

[734] La descendance est importante dans la conclusion du mariage « *puerorum quaerendorum causa* ». Aulu-Gelle évoque un serment exigé par les censeurs, dans lequel le mari déclarait : « *uxorem se liberorum quaerendorum gratia habiturum*» (N.A., IV, 3,2 et XVIII, 21, 44). C'est ainsi qu'un tel serment aurait obligé Carvilius Ruga à répudier sa femme, alors même qu'il l'affectionnait beaucoup. Cependant, antérieurement des répudiations ont été pratiquées. « *Selon Valère-Maxime, un sénateur aurait été rayé de la liste du Sénat en 307, pour avoir renvoyé sa femme sans l'avis de ce concilium* » ; *Ibidem*.

[735] P. PETOT, *La famille*, (texte établi et annoté par Claude BONTEMS), éd., Loysel, Coll. Histoire du droit privé français, 1992, p. 116.

[736] Ce n'est qu'à défaut de descendants, d'ascendants ou d'autres parents jusqu'au 6e degré, qu'elle était appelée à la succession de son mari mort sans testament ; J. IMBERT, *Histoire du droit privé*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1996, p. 6.

distinctes. Or, s'il est vrai que le mariage *cum manu*[737] a été plus employé que le mariage *sine manu*, ce dernier figurait déjà dans la *Loi des XII Tables*.

Dès le Ve siècle av. J.-C., l'épouse pouvait ainsi échapper à la *manus* de son mari, en s'absentant une fois par an durant trois nuits du domicile conjugal[738]. Le mariage *sine manu* se généralise à l'époque classique.

Par le mariage *sine manu*, l'épouse est *sui juris*[739], ce qui lui donne le droit de mettre un terme au mariage par répudiation.

Chacun peut rompre la relation maritale, de façon consensuelle par le divorce par consentement mutuel qualifié de *divorcium communi consensus*. Car « *ce qu'à crée le consentement, est dissout par le consentement. On n'estime pas que le consentement au mariage crée une institution stable, que la volonté ne peut pas librement faire disparaître* »[740].

La rupture du mariage peut encore se faire de façon unilatérale par le *repudium*. La faculté de rompre est une liberté, les causes ne sont pas strictement définies. Il n'y a aucun contrôle judiciaire sur les motivations de la rupture, d'autant que celle-ci constitue un acte privé. Par conséquent, aucune autorité judiciaire ne vient fixer les modalités de la séparation, ni même déterminer si cette dernière a eu lieu pour de justes causes. « *La répudiation faite sans motif reste valable. Cependant, elle expose à des sanctions (nota du censeur, restitution plus lourde de la dot*)[741].

---

[737] Le mariage *cum manu* devient exceptionnel à la fin de la République et n'existe plus sous le Principat ; R. ROBAYE, *Le droit romain, op. cit.*, p. 72.

[738] Afin d'éviter la *manus*, il fallait conclure un mariage par *usus* et chaque année la femme interrompait la prescription acquisitive de la *manu*, en s'absentant du domicile conjugal pendant trois nuits consécutives (XII Tables, VI, 4) ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, p. 9.

[739] *Sui iuris*, la femme a un patrimoine personnel qu'elle gère sous le contrôle d'un tuteur. Indépendance qui joue en sa défaveur car elle reste soumise à l'autorité de son *pater*. Selon, Yan Thomas, le mariage *sine manu* est faussement expliqué par le progrès de l'individualisme. Il qualifie cette explication d'absurde dans la mesure où l'épouse « *cessant d'appartenir à son mari, elle reste sous le pouvoir de son père dont elle relève disciplinairement* ». Ainsi, au temps de Caton le censeur, l'adultère pouvait être sanctionné par le mari qui disposait du droit de la tuer. Puis sous Auguste, il appartient au père de châtier sa fille. Le mariage est donc devenu un lien provisoire, les « *femmes sont prêtées et rendues* » ; Y. THOMAS, « *Mariages endogamiques à Rome. Étude d'une mutation* », in *Production, pouvoir et parenté dans le monde méditerranéen de Sumer à nos jours*, Actes du colloque du CNRS-EHESS, 1976, Paris, 1981.

[740] J. GAUDEMET, et E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, p. 69.

[741] *Ibidem*.

La liberté dans la rupture semble dominer, cela correspond à l'idée que les romains se font de l'union conjugale. Rappelons que ces derniers considèrent que l'affection conjugale et la volonté de rester unis sont essentielles, de sorte que si cette affection et cette volonté venaient à disparaître, le mariage doit nécessairement être dissout. La contrainte leur semble plus immorale qu'une séparation, tout pacte restreignant la liberté du divorce était donc nul de plein droit[742].

Le législateur contemporain n'adhère-t-il pas à cette philosophie romaine ? Il ne s'agirait alors absolument pas d'un courant de pensée novateur mais bien de l'évolution des civilisations qui suit son cours de flux et de reflux, d'où l'importance de s'arrêter un moment sur l'Histoire.

Pour en revenir à la période romaine, tant que l'autorité du *pater* s'exerce dans toute sa rigueur, une certaine ligne de conduite est respectée. Avec l'expansion de l'Empire romain, cette autorité s'affaiblit et la famille se métamorphose : l'émancipation de la femme et les progrès de l'individualisme marquent profondément la fin de la République.

À cette même période, la liberté individuelle atteint des frontières jusque là jamais franchies ; l'organisation patriarcale subit l'influence de ces transformations. « *Lorsque le groupe familial se désintègre, lorsque la famille de type clanique éclate en famille nucléaire, alors la répudiation peut prendre une toute autre signification, car la conclusion et la dissolution du mariage échappent de plus en plus au contrôle d'une famille large, au niveau de laquelle il n'existe plus d'autorité reconnue, pour ne relever que de la seule décision, et donc du seul arbitraire d'une unique personne* »[743].

Le droit évolue, les pratiques coutumières sont désormais contrôlées par le prêteur chargé d'organiser les procès.

[742] Alexandre Sévère invoque la nullité des pactes excluant le divorce : *« pacta ne liceret divertere »*, il en est de même de toutes dispositions prévoyant une peine ou une sanction en cas de divorce. Par ailleurs, le principe de liberté du mariage prévaut notamment en cas de rupture de fiançailles ; P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd., Dalloz, 2003, p. 177.
[743] Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 22.

À la rigueur succède la permissivité. On constate une évolution des mœurs plus que légères conduisant à des abus importants en matière de répudiation : le mariage se dissout plus facilement. Suit alors une période de décadence de l'Empire romain : les répudiations bilatérales se multiplient car la faculté de répudiation s'exerce aussi bien par l'homme que par la femme.

B. – Sous l'Empire, la répudiation régulée : la législation impériale au service de l'institution familiale

La législation impériale a tenté de réguler la répudiation devenu un véritable fléau (l°), mais ce n'est qu'avec l'Empereur Justinien et l'influence de l'Église que la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage va véritablement faire l'objet d'une réglementation plus laborieuse (2°).

1°. Des tentatives de régulation de la répudiation : le divorce devenu fléau

À des fins politiques et face à une situation des plus alarmistes sur le devenir de la famille, l'Empereur romain Auguste prend l'initiative d'encadrer plus strictement la répudiation (a). Cependant, face aux mœurs libérées de la société romaine, la régulation de la répudiation n'a pu être possible qu'à travers diverses interventions impériales successives (b).

a) L'initiative Augustinienne

L'Empereur Auguste prend conscience de la nécessité de maîtriser l'institution de la répudiation. Dans la famille romaine, il y a une trop grande liberté qui nuit à la politique impériale, et l'instabilité dans les familles trouve un certain écho au sommet de l'Empire. Le constat est le suivant : la lignée des grandes familles est en voie d'extinction. Le Patriciat s'éteint et la noblesse plébéienne manque d'héritiers. Les familles sont disséminées par les conflits militaires et leurs richesses vont à des

héritiers sans enfant. L'Empereur souhaite alors aussi revivifier le concept de mariage. Quant à lui, le célibat est considéré comme un mode de vie parfaitement marginal.

Auguste amorce notamment un premier mouvement de réformes et promulgue les lois dites caducaires: la loi *julia de maritandis ordinibus* (18 av. J.-C.) et la loi *papia poppaea* (9 ap. J.-C.) qui réglemente les mariages et prive d'héritage les célibataires et les pères de moins de trois enfants[744]. Face à la crise démographique et morale[745], ces lois obligent au remariage des veufs et des divorcés[746]. En cas de non respect de ces prescriptions, la sanction est pécuniaire avec la déchéance successorale.

Cette législation réglemente également les formes et les effets de la répudiation sans pour autant en restreindre les causes. Ainsi l'adultère, considéré comme un réel fléau, est un *crimen publicum*. Une loi *julia de adulteris* oblige le mari à poursuivre la femme adultère et à la répudier immédiatement, il ne peut en aucun cas lui pardonner[747].

La rupture unilatérale devient publique, le but étant de ménager l'époux répudié dans une certaine mesure. Car généralement, celui-ci n'apprenait la dissolution de son mariage que consécutivement au mariage de son « ex-époux ». Le mari ou la femme devait exprimer la volonté de répudier en s'adressant directement à son conjoint, mais la franchise a des limites. Il est plus simple, pour ne pas dire plus aisé, de donner mission à un affranchi de porter une lettre de répudiation à l'autre. Nous songeons irrésistiblement à notre système juridique contemporain qui dévolue cette mission à

---

[744] Aline ROUSSELLE, « *Gestes et signes de la famille dans l'Empire romain* », in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t. I., A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, l986, p. 303.
J. GAUDEMET, et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd. Montchrestien, Coll. Droit Privé, 2009, p. 70.

[745] Les femmes doivent avoir au moins trois enfants ; Bruno SCHMIDLIN, *Droit privé romain I, Origines et sources, Famille, Biens, Successions*, éd., Bruylant, Université de Genève, 2008, pp. 129-133.

[746] Cette obligation au remariage s'adresse aux hommes entre 25 et 60 ans et aux les femmes entre 20 et 50 ans. Le délai de viduité pour pouvoir se remarier est de deux ans pour les veuves et de dix-huit mois pour les divorcées ; M. HUMBERT, *Le remariage à Rome, Étude d'histoire juridique et sociale*, Giuffre, Milan, 1972.

[747] Avec la loi *julia de adulteris coercendis*, l'adultère de la femme relève de la répression familiale, par le père ou par le mari, même en cas de mariage *sine manu*. Le mari ou le père de la femme disposent donc d'une action dans les 60 jours. Passé ce délai, toute personne est autorisée à intenter une action pénale. L'épouse adultère risque l'exil sur une île. Julie, fille de l'Empereur Auguste et femme de Tibère s'est vue infliger cette peine par son père. L'adultère est un « délit public », c'est-à-dire réprimé par l'autorité publique. Une répression pénale est organisée et assurée par les tribunaux d'État ; J. GAUDEMET, *Mariage en occident*, *op. cit.*, p. 39.

l'avocat[748] et à l'huissier de justice[749]. Il ne s'agirait que d'une continuité : aussi bien hier qu'aujourd'hui, la rupture unilatérale et discrétionnaire n'étant pas assumée frontalement ; l'intermédiaire, professionnel habitué, se charge de porter « l'acte de répudiation » au domicile du « répudié ».

Même au Ier siècle de notre ère, Auguste exige que l'acte de répudiation soit exprimé oralement ou dans un *libellus repudii*[750]. Celui-ci est, ensuite, transmis à l'autre époux, en présence de témoins, par un affranchi qui brise les tablettes du mariage, les *tabulae nuptiales*[751]. La formule de répudiation est la suivante : « *Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito* » qui signifie emporte tes affaires[752].

En dépit de cette volonté de réglementer la répudiation, ces lois caducaires n'ont pas eu les effets escomptés car les mœurs sont profondément ancrées dans la société romaine. Durant plusieurs siècles, la débauche et l'immoralité ont fait des ravages aussi bien du côté des hommes que des femmes, du moins en est-il ainsi dans la haute société.

À ce sujet, Sénèque a écrit : « *qu'il connaissait des femmes qui comptaient les années, non pas comme tout le monde, d'après les noms des consuls en fonction, mais d'après le mari qu'elles avaient à ce moment-là !* »[753].

---

[748] L'article 1106 alinéa 1er du Code civil prévoit, en effet, que : « *l'époux qui veut former une demande en divorce présente par avocat une requête au juge. La requête n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci. Elle contient les demandes formées au titre des mesures provisoires et un exposé sommaire de leurs motifs* ».

[749] L'article 55 du CPC dispose que : « *l'assignation est l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge* ». À peine de nullité l'assignation doit contenir : « *l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit* » ; (article 56. 2° du CPC).

[750] Á ce sujet l'avis des historiens n'est pas unanime, le conditionnel est de rigueur. Il semblerait qu'une loi d'Auguste ait imposé la remise du libelle par le biais d'un messager. Pour d'autres, aucune formalité n'aurait été exigée, puisque la répudiation orale suffisait, ou une répudiation implicite par le remariage. Cicéron se demande si le remariage n'implique pas la dissolution tacite de l'union précédente. Cela se justifierait par la conception du mariage romain : si la volonté qui avait unit le couple n'existe plus, le consentement est retiré sans aucune formalité. Il n'en demeure pas moins que le libelle est très utilisé, au moins à titre de preuve ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit*., p. 69. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille, op. cit*., p. 110.

[751] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit*., p. 69.

[752] (*Gaius*, D. 24, 2, 2, 1) ; J. GAUDEMET, *Le mariage en occident, op.cit*., p. 40. G. LAURENT, *La répudiation et le divorce par consentement mutuel, op. cit*., p. 23.

[753] J.-P LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit*., p. 129.

L'Histoire nous livre quelques illustrations des plus surprenantes : ainsi au Ier siècle, l'Empereur Claude épouse en troisième noces Messaline, une jeune fille de l5 ans. Un jeune aristocrate, du nom de Silius s'éprend de cette dernière et divorce de son épouse afin de s'unir à la femme de l'Empereur. De son côté, Messaline répudie l'Empereur à son insu et se marie avec Silius. Selon l'usage, elle aurait dû envoyer à Claude une lettre ou un messager. Les juristes estiment que Messaline a commis une faute, mais cela n'entraîne pas pour autant la nullité de la répudiation ni même l'annulation du mariage de Silius et Messaline[754].

L'on peut également citer l'exemple de Caton le censeur, qui répudie son épouse Marcia alors enceinte, pour la céder à son ami Hortensius. Mais la séparation n'est que temporaire puisqu'il la reprendra à la mort de ce dernier[755].

Le cas de Cicéron[756] est tout aussi anecdotique. En effet, il n'hésite pas à répudier sa femme, Térentia, pour épouser une jeune fille dont une dot conséquente[757] lui permet de payer ses dettes.

---

[754] L'Empereur Claude règne de 41 à 54 ap. J.-C. De son mariage avec Messaline sont issus deux enfants, une fille, Octavie et un garçon, Britanicus. Le nouvel époux de la femme de l'Empereur, Silius, est décapité à l'issue d'un procès de lèse majesté. Quant à Messaline, elle a connu également une fin tragique : n'ayant pas la force de mettre fin à ses jours, elle sera égorgée par un officier. Claude épousera en quatrième noce sa propre nièce, Agrippine, une veuve dont il adopta le fils Néron. Ce dernier épousera la fille de l'Empereur Octavie (il la fera tuer par la suite) ; L. CAILLET, « *Coup d'œil sur l'histoire du divorce* », in Colloque : *Divorce 20 ans après*, éd. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 12.

[755] Nombreuses sont les femmes qui meurent *en accouchant, ce* qui crée une véritable crise démographique. Au IIe siècle av. J.-C., on assiste à une multiplication des divorces et des remariages des femmes enceintes, aussi bien chez les Plébéiens, que chez la noblesse romaine. Les hommes se prêtent leurs femmes dans le but de procréer, ce qui permet ainsi à celui qui n'a pas d'enfants d'en avoir. L'adoption permet certes d'être père, mais cette paternité est partagée avec le père naturel. Cela expliquerait donc le fait que de nombreux divorces aient eu lieu lorsque la femme était enceinte. Par exemple, Caton, le censeur, « cède » sa femme à Hortensius, afin que ce dernier puisse être père. Par la suite, Hortensius décède et sa femme devenue veuve, retourne avec Caton. Ce dernier la reprend enrichie ; F. DUPONT, *Le citoyen romain sous la République 509-27 av. J.-C.*, Coll. La vie quotidienne, Civilisations et sociétés, Hachette, 1994, pp. 138-139.
R. FLACERIERE, « *Caton d'Utique et les femmes* », in Mélanges offerts à J. *Heurgon*, I, 1976, p.293-302.
Yan THOMAS, « *Á Rome, pères citoyens et Cité des pères (IIe siècle av- IIe siècle après J.-C)* », in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t. I., A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, 1986, pp. 286-287.

[756] Le Consulat de Cicéron se situe en 63 av. J.-C.

[757] Le droit classique va considérer que les pouvoirs du mari sur la dot sont illimités, puis que la dot est destinée à l'entretien de la femme et des enfants. Avec la *lex Julia de fundo dotali*, l'Empereur Auguste voulait restreindre les droits du mari et renforcer les intérêts de la femme afin d'inciter celle-ci à se marier plus volontiers. Cette disposition restrictive est exceptionnelle : elle ne s'applique qu'aux immeubles dotaux italiques, elle ne concerne ni les meubles, ni les terres non italiques. Toute vente réalisée sans le consentement de la femme est frappée d'une nullité totale. Justinien a complété cette loi en affirmant que l'aliénation ne pouvait avoir lieu même si l'épouse y avait consentie ; une Constitution de 530 précise les conditions de restitution de la dot ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit*., pp. 57 et 59-64.

Surprenante est également l'attitude de Sylla[758]. En pleine période de festivité en l'honneur d'Hercule et afin d'éviter de troubler le cours normal des festivités, il n'hésite pas à répudier sa cinquième femme, tombée subitement malade.

Des remariages sont donc fréquemment célébrés. Force est de constater que la répudiation est devenue un arrangement entre les hommes : il est question d'un jeu d'alliances et de stratégies patrimoniales. À cette époque, dans le monde romain, les unions sont provisoires, pour ne pas dire précaires. Se remarier après veuvage ou divorce devient une banalité et ce dans toutes les classes de la société[759]. Cela nous fait penser que le phénomène contemporain des familles recomposées n'est pas nouveau.

Reste que l'institution de la famille romaine se trouve fortement affaiblie et il faudra compter sur les efforts des empereurs successifs pour que le droit puisse faire face aux pratiques libertaires des romains. Ces derniers ne vivent-ils pas dans une société où l'individualisme ne connaît plus aucune de limites ?

Si le Haut-Empire est celui de la splendeur et de l'expansion, le Bas-Empire est celui d'une lente décadence en raison de crises militaires sous-jacentes qui finissent par atteindre l'Empire romain.

b) Les interventions impériales successives

À partir du IVe siècle de notre ère, la liberté de rompre le mariage est fortement réduite par une législation impériale inspirée du Christianisme.

Le premier Empereur chrétien Constantin réglemente le mariage et diverses Constitutions régissent la répudiation de façon assez restrictive[760]. Le mari n'est

[758] La Dictature de Sylla se déroule entre 82-79 av. J.-C. ; (PLUTARQUE, *Vie de Sylla* Chapitre VI) ; P. ARIES, G. DUBY (dir), *Histoire de la vie privée*, éd. du Seuil, 1985.
[759] M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, *Études juridiques et sociales*, *op. cit.*
[760] L'Empereur Constantin règne de 306 à 337 ap. J.-C. Suite au refus des chrétiens d'effectuer des sacrifices aux idoles païennes de l'Empire, ces derniers font l'objet de persécutions importantes. En effet, symboliquement le sacrifice est considéré comme un devoir civique et refuser constitue un acte de désobéissance majeur. Le christianisme est alors vu comme une secte orientale juive. Cependant, le monothéisme commence à séduire : les

autorisé à répudier sa femme que dans trois hypothèses : en cas d'adultère, d'empoisonnement[761] ou lorsque l'épouse est une entremetteuse. De même, il est permis à l'épouse de demander le divorce dans trois cas : lorsque le mari est coupable d'homicide, d'empoisonnement ou qu'il est violateur de tombeau (vol de sépultures).

Toutefois, un divorce décidé en dehors de ces cas produit tout de même des effets : le mariage est dissout mais les époux subissent des sanctions. L'épouse « répudiante » subit une double peine : non seulement elle perd sa dot et les donations que son mari lui avait consenties, mais en plus, elle peut être déportée sur une île (en cas d'adultère). Quant à lui, le mari « répudiant » doit restituer la dot dans son intégralité, cette sanction a un effet immédiat. En outre, il ne lui est pas permis de se remarier[762].

Mais, ces sanctions sont bien trop sévères pour des romains habitués à plus de liberté dans la rupture du mariage. Ici encore, la législation n'est pas parvenue à contrer la pratique.

Le 28 février 380, le Christianisme devient la religion officielle de l'Empire par l'Édit de Thessalonique de l'Empereur Théodose I[er763].

Dès lors, par la suite, les Empereurs vont légiférer en faveur de l'Église et contribuer aux prémices du droit ecclésiastique.

---

chrétiens sont de plus en plus nombreux. Par ailleurs, l'élite romaine est gagnée par ces idées nouvelles. Aussi l'Empereur Constantin décide-t-il pendant l'hiver 312-313 de se réunir à Milan avec l'Empereur d'Orient, Licinius. De cette entrevue naîtra l'Edit de Milan (qui n'est pas un édit, juridiquement) faisant du christianisme une religion licite. Suite à cela, les biens confisqués sont restitués et la politique impériale tend à favoriser les chrétiens. L'Empire romain réalise une transition religieuse fondamentale passant du paganisme au christianisme. La persécution se fait à présent dans le sens inverse : les lois impériales et le personnel ecclésiastique mènent une politique de persécution à l'encontre des païens superstitieux. Pour autant, le christianisme accepte le culte des Saints et des martyrs ; R. MAC MULLEN, *Christianisme et paganisme du VIe au VIIIe siècle*, éd., Histoire, Coll. Les belles lettres, Traduit de l'anglais par Franz REGNOT, 1998.

[761] Vers 33l av. J.-C., la mortalité fait des ravages. Une esclave rapporte à Fabius Maximus que les femmes empoisonnent leurs maris. Des femmes, surprises entrain de préparer un « breuvage suspect », sont conduites au forum devant le tribunal. Pour prouver leur innocence, elles sont contraintes de boire ce breuvage qu'elles déclarent être un médicament. Après avoir ingurgité le liquide, toutes meurent. De même, au IIe siècle, l'emploi du philtre et de la magie est fréquent ; (Tite-Live, VIII, l8 ; XL, 37) ; F. DUPONT, *Le citoyen romain sous la République 509-27 av. J.-C.*, éd., Hachette, Coll. La vie quotidienne, Civilisations et sociétés, 1994, p. 145.

[762] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit.*, pp. 201-202.

[763] « *Théodose Ier* *, substituant ainsi au principe de la liberté religieuse, le régime d'une religion d'État* » ; J. GAUDEMET, et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit.*, p. 139.

Au Ve siècle en 421, en Occident, Honorius autorise le divorce pour certaines causes. Parmi celles-ci, on fait la distinction entre le divorce pour « grands crimes », et le divorce pour faute « médiocre » (*mediocres culpas*) ou sans raison valable[764]. La rupture « pour grands crimes » se justifie, elle est parfaitement valable et l'époux demandeur n'est pas sanctionné. Alors que, s'agissant du divorce « médiocre », en raison du peu de sérieux du motif de la rupture du mariage, des peines pécuniaires sont prévues. Il n'est pas possible pour l'époux de se remarier. La femme qui quitte son mari sans raison sérieuse est déportée[765]. Elle ne dispose pas d'un droit unilatéral et discrétionnaire dans la dissolution du mariage.

En 438, le Code Théodosien[766] reprend les mesures de Constantin et d'Honorius.

Puis, en Orient, une Constitution datée de 439 introduit l'exigence de formes pour la validité du divorce à travers l'envoi d'un acte de répudiation (*repudium*). Et elle précise aussi que dans l'intérêt des enfants la rupture doit être davantage encadrée[767].

---

[764] *Ibidem*.

[765] La Constitution prévoit certains cas ou l'époux et l'épouse peuvent demander le divorce. L'épouse peut quitter son mari pour « causes graves », et dans ce cas, elle est autorisée à emmener la dot et les cadeaux reçus. Elle ne pourra alors contracter un nouveau mariage qu'à l'issu d'un délai de cinq ans. Au cas où elle répudie son mari pour une cause médiocre, dans ce cas, elle perd la dot, les donations, et elle ne peut plus se remarier. L'époux quant à lui, peut répudier sa femme pour « crime grave », il conserve alors la dot et la donation et peut se remarier. S'il s'agit d'une répudiation dû à « l'immoralité » de la femme, il reprend uniquement la donation et devra attendre deux ans pour pouvoir se remarier. Si le mari répudie en dehors de ces cas, il ne peut reprendre ni dot, ni donation, alors que son épouse pourra se remarier dans l'année qui suit.
Jean Gaudemet remarque que « *l'empereur se montre plus sévère à l'égard de la femme qui « répudie » son mari qu'à l'égard de l'homme. En cas de renvoi pour faute grave, la femme ne peut se remarier qu'après cinq ans, le mari peut le faire sans délai. Si le renvoi a eu lieu pour faute « moyenne », la femme ne peut pas se remarier, alors que l'homme le peut après deux ans. Si le renvoi n'est justifié par aucun motif sérieux, la femme est punie de déportation et ne peut se remarier, le mari est privé également du droit de se remarier, mais il n'est pas condamné à la déportation* » ; J. GAUDEMET, *Le mariage en occident*, *op. cit.*, p. 80.

[766] Le Code théodosien est l'œuvre décidée par l'Empereur d'Orient, Théodose II, en 434. Ce dernier « *veut que tous les peuples sur lesquels il exerce son gouvernement suivent la religion que le divin Apôtre Pierre a transmise aux Romains et que suivent Damase, le pontife, et Pierre l'Évêque d'Alexandrie* ». Il nomme pour ce faire une commission chargée de réunir toute la législation à portée générale depuis Constantin. Les compilateurs ne reproduisent que ce qui a valeur législative : on ne conserve que le dispositif, c'est-à-dire qu'on exclut les introductions et les gloses. Il est donc fait un véritable « bricolage » sur les textes, ce qui donne un résultat à la limite du compréhensible. Ce Code est achevé en 437 et publié le l5 février 438 en Orient et en Occident. Les textes ne sont plus invocables que dans la forme du Code. Celui-ci est divisé en seize livres : le 1er sur les sources du droit, du 2e au 5e sur le droit privé, du 6e au 15e concernant le droit public et des dispositions d'ordre fiscal, et enfin le 16e concernant le domaine ecclésiastique. Il a eu beaucoup de succès en Occident jusqu'à la fin du XIe siècle où il est la principale source de connaissance du droit romain. Ce Code sera la source principale du droit romain jusqu'à la Réforme Grégorienne. Beaucoup de ces textes seront intégrés dans les collections canoniques. Il ne sera détrôné qu'à la fin du XIe siècle par la redécouverte du Code de Justinien, le *Corpus juris civilis* ; J. GAUDEMET, *Les sources du droit canonique VIIIe-XXe siècle*, éd. du Cerf, 1993.

[767] J. GAUDEMET, *Le mariage en occident*, *op. cit.*, p. 81.

En 449, la législation impériale détermine de nouvelles causes de divorce, le but étant de rendre celui-ci plus difficile afin de mieux protéger « *l'intérêt des enfants* »[768]. Sur le plan formel, les époux doivent également procéder à l'envoi d'un acte de répudiation (le *repudium*) pour que le divorce soit valide[769], chacun des époux pouvant rompre les liens du mariage pour diverses causes[770]. Pour l'épouse, la sanction de l'inobservation de la loi n'est pas la nullité de la répudiation mais elle se traduit par la perte de la dot ou des donations, outre l'interdiction pour elle de se remarier pendant cinq ans. Pour sa part, l'époux « contrevenant » doit restituer la dot et les donations qu'il aurait reçues.

À la fin du Ve siècle, le christianisme se répand dans un climat assez défavorable à la famille dans une société romaine quelque peu déstructurée.

En 476, à la chute de l'Empire romain, l'Église n'a eu de cesse d'affirmer le caractère sacré et indissoluble du lien matrimonial.

Face à la relative indifférence des droits séculiers, l'Église exerce le monopole dans la gestion de l'institution matrimoniale[771]. Elle « *apparaît alors comme la principale institution organisée ; elle est l'un des rare (ou le seul) facteur d'unité de l'Occident* »[772].

Au VIe siècle, l'Empereur Justinien marquera davantage son attachement aux valeurs chrétiennes, lesquelles ne manqueront pas d'influencer la législation impériale relative à la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage.

---

[768] Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ éd., Romandes Schulthess, 2008, p. 160.
[769] J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit.*, p. 202.
[770] Le divorce est permis dans les cas suivants : l'adultère, l'homicide, l'empoisonnement, la violation de sépultures, la condamnation pour attentat à la sûreté de l'État, le crime de faux, le vol dans les lieux saints, la retenue en esclavage d'une personne libre (*plagiarius*), introduction d'une femme au domicile conjugal par le mari, attentat aux jours du conjoint, traitement brutal à l'égard de l'épouse par le mari, la participation à des réunions de l'épouse avec des hommes sans l'accord de son mari, la sortie la nuit de l'épouse sans juste motif, et enfin lorsque l'épouse se rend au spectacle ou au cirque malgré l'interdiction de son mari ; J. GAUDEMET, *Le mariage en occident*, *op. cit.*, p. 82.
[771] Brigitte BADEVANT-GAUDEMET, « *L'apport du droit canonique* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 42.
[772] *Idem*, p. 49.

2°. Justinien et l'influence de l'Église

« *Que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni* »[773]. L'Église tente ainsi d'imposer l'indissolubilité du mariage en déclarant que seule la mort met fin au lien conjugal.

Toutefois, une ambigüité est apparue au sein même des *Écritures saintes*[774]. Il est question de l'Évangile de Saint-Matthieu qui rapporte que le Christ condamne la répudiation de la femme suivie d'une nouvelle union (XIX, 6). Or, dans un autre passage de Saint Matthieu (V, 31-32), il est fait état d'une restriction « *sauf fornication* »[775] : « *Dictum est autem : quicumque dimiser it uxorem suam date ei libellum repudii. Ego autem dico vobis : quia omnis qui dimiser it uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari et qui dimissam duxerit adulteret* »[776]. Cela signifie que le divorce est admis en cas d'adultère de l'épouse.

C'est sur le fondement de cet évangile que certains Pères de l'Église[777] admettent la répudiation de la femme adultère. Au contraire d'autres, comme Saint Augustin, affirment le caractère indissoluble du lien conjugal[778] en se fondant notamment sur l'interprétation des Évangiles de Marc et de Luc.

Dans l'Évangile de Marc, il est indiqué que « *celui qui répudie sa femme et en épouse une autre commet l'adultère à l'égard de la première, et celle qui renvoie son époux et en épouse un autre commet l'adultère* » ; (X, 11-l2). Dans l'Évangile de Luc seule est envisagée la répudiation de l'épouse, « *Tout homme répudiant sa femme et en*

[773] Évangile selon Saint Matthieu, XIX, 3 ; Saint Luc, XVI, 18 et Saint Marc, X, 9.
[774] Les dates de rédaction des Évangiles sont étalées dans le temps : Marc vers 65, Matthieu et Luc vers 70 et Jean vers l00 (bien que d'autres sources estiment que Jean serait le premier à avoir écrit son Évangile). La langue est le grec ; mais dès le IIe siècle, des traductions latines naissent. Au milieu du IIIe siècle, il existe une bible rédigée entièrement en latin appellée la *Vetus Latina*. Puis Saint Jérôme (né à Stridon, Dalmatie, vers 347 – † à Bethléem, en 420), Père et docteur de l'Église travaille à sa Vulgate (à la fin IVe siècle). Il a traduit la Bible en latin, appelée *Vulgate* et il en a fait des commentaires. Il traduit aussi la *Chronique* d'Eusèbe de Césarée et la continua ; J. GAUDEMET, *Les sources du droit canonique VIIIe-XXe siècle, op. cit*.
[775] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., pp. 45-46.
[776] L'Évangile de Matthieu évoque l'indissolubilité du mariage à deux reprises : V, 32 et XIX, 9, P. PETOT, *La famille*, *op. cit*., p. 194.
[777] Tertullien, Saint Grégoire de Nazianze et Saint Jean Chrysostome ; *ibidem*.
[778] Au Ve siècle, Saint Augustin a même consacré un traité relatif à l'indissolubilité du mariage « *De adulteriis conjugiis* » ; Jean BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle,* 2e éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2009, p. 51.

épousant une autre commet l'adultère et celui qui épouse la femme répudiée par son mari commet l'adultère » ; (XVI, l8)[779].

L'Église catholique ne reconnaît pas le divorce mais néanmoins, elle admet la séparation de corps en cas d'adultère. Dans cette hypothèse, le mariage subsiste mais le divorce et la répudiation ne sont pas permis.

Dans les faits, entre le IVe et le VIe siècle, l'influence chrétienne se fait tout de même sentir. Bien qu'elle ne soit pas interdite, la rupture du mariage par la volonté des époux fait progressivement l'objet d'une réglementation plus spécifique et rigoureuse[780]. L'Empire romain s'intéresse de très près au droit de la famille. En effet, comme il a été examiné ci-dessus, nombre de Constitutions impériales légifèrent en cette matière.

Au VIe siècle, l'Empereur Justinien se montre assez préoccupé par le statut de la femme[781]. C'est alors que dans les *Novelles* : 22, 117, 127 et 134[782], il refond toute la

[779] Brigitte BADEVANT-GAUDEMET, « *L'apport du droit canonique* », *in Mariage-Mariages*, *op. cit*., pp. 47-48.

[780] Sur la question du remariage, en 306, le Concile d'Elvire édicte les pénitences à destination des femmes divorcées qui se remarient (Canon VIII et suivants). De même qu'en 314, le Concile d'Arles préconise le non-remariage des hommes divorcés, mais ne prévoit pas de sanction (canon X). S'agissant du divorce, en 407, le Concile de Carthage prône l'indissolubilité du mariage et sollicite pour se faire qu'une loi impériale vienne l'imposer : « *Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam ne que dimissus ab uxore ne que dimissa ex marito alteri conjugantur, sed ita permaneant aut sibimet reconcilientur. Quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur in quacausa legem imperiali potendum est promulgari* » ; P. PETOT, *La famille*, *op. cit*., pp. 194-195.
Progressivement, la rupture du mariage est remise en cause et en 533, le Concile d'Orléans sanctionne d'excommunication l'époux qui se sépare de son conjoint en invoquant la maladie de l'autre. Les Conciles se succèdent et se positionnent nettement en défaveur du divorce en l'assortissant de sanction. Ainsi en 567, le Concile de Tours frappe d'excommunication les époux séparés et remariés avec d'autres. En 681, le Concile de Tolède envisage la séparation en cas d'adultère ou de débauche. En 673, chez les Anglo-saxons, le Concile de Hereford interdit la répudiation de la femme, sauf adultère de cette dernière ; Jean BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit*., p. 51.

[781] Justinien règne à Constantinople en Orient de 527 à 565. Il parvient à constituer une œuvre législative colossale : le *corpus juris civilis*. Celui-ci est élaboré entre 528 et 534 à Byzance, il comprend quatre recueils : le Code, le Digeste, les *Institutes* et les *Novelles*. La volonté de Justinien est de revenir à une forme classique du droit romain tout en le modernisant. Le *corpus juris civilis* a ainsi permis d'assurer l'épanouissement de la science du droit romain dans les écoles. Cependant, en raison d'un manque de diffusion, cette œuvre a été ignorée de l'Occident pendant presque six siècles (l'*abrégé* de Julien avait diffusé certains extraits). Il n'y a qu'en Italie que l'on connaît un peu le *Code* et les *Institutes* ; mais c'est essentiellement le Code théodosien qui a primé. Sa redécouverte au XIIe siècle a été un véritable rayonnement ; J. GAUDEMET, *Les sources du droit canonique VIIIe-XXe siècle*, *op. cit.*

[782] La *Novelle* 22 date de 538 ; la 117 de 542 ; la 127 de 548 et la 134 de 556. Les *Novelles* sont les Constitutions de Justinien édictées après la publication du Code. Ces textes sont pour la plupart en grec, à quelques exceptions près. Ces *Novelles* seront traduites en latin quand on cherchera à en faire des recueils (elles furent traduites pour la première fois en 554 quand Justinien envoya ses Constitutions au Pape Vigile ; par la suite on en trouvera une

législation antérieure relative à la rupture unilatérale en distinguant : le *repudium ex justa causa*, le *divortium bona gratia* et le *repudium sine nulla causa*.

Dans le cas du *repudium ex justa causa*, la répudiation trouve sa justification dans la faute de l'autre conjoint. Il est question de : l'adultère de l'épouse, de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal par le mari, de l'attentat à la vie du conjoint, de l'abandon du domicile conjugal, du mode de vie libertaire de l'épouse ou encore de l'exercice de certaines professions par cette dernière. Le mariage est dissout et implique des sanctions pour l'époux fautif à savoir : la perte de la dot et des avantages matrimoniaux, voire la réclusion à perpétuité dans un couvent pour la femme adultère[783].

Pour ce qui est du *divortium bona gratia*, la répudiation ne trouve pas son origine dans la faute d'un des conjoints mais se légitime par une cause valable. Tel est le cas de : la stérilité de la femme ou l'impuissance du mari, de la folie de l'un des époux, de l'absence du mari prisonnier pendant cinq ans ou encore de l'entrée en religion. Dans cette hypothèse, il n'y a de peine ni pour l'un ni pour l'autre[784].

Et enfin, s'agissant du *repudium sine nulla causa*, la répudiation intervient ici sans cause sérieuse, en ce sens elle est unilatérale et discrétionnaire. Pour autant, cette répudiation même si elle est considérée comme une faute grave, reste malgré tout parfaitement valable car dans tous les cas le mariage est rompu. Aucune sanction ne vient imposer le maintien de l'union ou la nullité de la répudiation. L'autorité judiciaire n'intervient qu'à l'issue du divorce pour régler ses effets et les sanctionner.

---

autre traduction dans l'*Epistome juliani*, recueil traduit par Julien). Autre collection de *Novelles*, appelée l'*Authentique* a été composée à la fin du XIe siècle à Bologne.
Les *Novelles* sont ainsi classées en 9 livres et on compte 124 Novelles. Elles constituent des textes très longs, contenant des règles complexes sur la discipline ecclésiastique (comme la *Novelle* 6), d'où un succès au Moyen-âge ; A. CASTALDO, *Introduction historique du droit*, 3e éd., Précis Dalloz, Coll. Droit Public et Science Politique, 2006.

[783] Justinien va dans le sens de la modération avec la *Novelle* 134. En effet, Constantin avait rétabli la peine de mort pour la femme adultère. Jean Imbert précise que cette réclusion à perpétuité peut être amenée à deux ans lorsque le mari pardonne : « *On la tuait en coulant dans sa bouche du plomb en ébullition* », Justinien permet à l'époux de reprendre sa femme dans les deux ans ; J. IMBERT, *Le droit Antique*, *op. cit*., p. 87.
Aline ROUSSELLE, « *Gestes et signes de la famille dans l'Empire romain* », in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t. I., A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, 1986, p. 354.

[784] P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd., Dalloz, 2003, p. 178.

Il n'appartient pas au juge de prononcer la dissolution de l'union conjugale, les sanctions sont essentiellement pécuniaires : la femme perd sa dot. Homme ou femme, le conjoint auteur de la répudiation est enfermé dans un couvent ; ses biens propres sont attribués pour un tiers au couvent, le reste allant aux enfants. Le mari ne peut rien garder de la dot et il doit verser la *donatio propter nuptias*, dont un tiers de celle-ci est prélevé sur ses biens[785].

Nous ne pouvons ici que faire un parallèle avec la répudiation musulmane car le juge ne prend t-il pas acte de la rupture et n'organise t-il pas les conséquences de celle-ci ? Cela nous amène à penser que la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage, telle que la connaît le droit musulman, n'est en réalité pas très différente du droit romain.

Revenons au Bas-Empire où la répudiation est à peu prés canalisée. Au terme de l'évolution du droit romain, l'indissolubilité du mariage est loin de séduire : les mœurs résistent à la morale chrétienne.

À la fin du VIe siècle, malgré la volonté des Empereurs d'assurer la stabilité du lien matrimonial, la répudiation se pratique aussi bien en Occident qu'en Orient.

Dans la mesure où la loi n'interdit pas strictement le divorce, l'Église n'est pas encore parvenue à imposer l'indissolubilité du mariage. Néanmoins, pendant « *plus de dix siècles, le mariage ne dépend pratiquement plus que d'elle. Elle va transmettre l'héritage romain, du moins ce qu'elle en a reçu et accepté. La compétence quasi-exclusive de l'Église ne suffira pas à résoudre toutes les difficultés* » [786]. Elle tente alors de réagir en refusant de bénir les remariages aussi biens des divorcés que des veufs. Les Princes qui mettaient un terme à leur engagement matrimonial se voyaient menacés d'excommunication par l'Église[787].

[785] J. IMBERT, *Le droit Antique*, *op. cit*., p. 100. J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit*., p. 202.
[786] B. BADEVANT-GAUDEMET, « *L'apport du droit canonique* », *in Mariage-Mariages*, *op. cit*., p. 49.
[787] A. LAVIRON, Mgr L'archevêque de Paris (dir), *Le christianisme jugé par ses œuvres ou l'influence de la religion chrétienne*, Librairie Eugène Belin, Librairie d'Ambroise Bray, 1857, p. 104.

En France, à l'époque mérovingienne, la répudiation se pratiquait de façon immodérée[788]. Ce n'est qu'à partir du XIIe siècle que l'indissolubilité du mariage aura un réel impacte sur la société[789], grâce notamment aux doctrines de Pierre Lombard et de Gratien[790].

Mais au XVe siècle, l'Église Catholique doit également faire face au grand schisme qui divise les chrétiens et dont le principe de l'indissolubilité du mariage est vivement remis en cause[791].

Héritage historique important, le droit romain a également contribué à l'émergence du droit français de la famille parce qu'au fond, la question du divorce a toujours été récurrente dans l'œuvre législative française.

Section II. – Le divorce, une institution récurrente dans l'œuvre législative française

Le droit du divorce existe depuis longtemps. Il a connu plusieurs évolutions : tantôt largement admis, tantôt contrôlé ou restreint.
En droit français, l'institution du divorce a traversé les siècles suivant les diverses influences subies, qu'elles soient politiques, philosophiques ou religieuses. Afin de

[788] « *On peut citer en particulier, l'histoire bien connue du mariage de Chilperic et de Galswinthe : Chilperic avait épousé Galswinthe, fille du roi des Wisigoths Athanagild. Il l'aimait d'un grand amour, car elle lui a apporté des trésors considérables. Mais, pour obtenir sa main, il avait dû répudier ses autres femmes, parmi lesquelles se trouvait la belle Frénégonde, de naissance servile. On connaît la suite des événements. Frénégonde sut circonvenir le roi, fit assassiner Galswinthen et fut de nouveau épousée par Chilperic. L'usage de la répudiation unilatérale subsista chez les carolingiens. On peut citer à titre d'exemple au IXe siècle la répudiation de Teutberge par Lothaire II, désireux d'épouser sa maîtresse Waldrade. Il est vrai que Lothaire, pour légitimer ses machinations, tenta de faire annuler son mariage avec Teutberge* » ; P. PETOT, *La famille*, *op. cit*., p. 196.
[789] En France, les mœurs de la société n'étaient pas prêtes à adhérer à l'indissolubilité du mariage. Les carolingiens pratiquent les divorces de manière abusive, sans qu'il soit pour autant possible à l'Église de faire face à cet état de fait. Promulgué en 744, par Pépin le Bref : le Capitulaire de Soissons condamne la répudiation mais l'admet tout de même en cas d'adultère de l'épouse. Sous le règne de Charlemagne le divorce et la répudiation sont interdits sans réserve. Il faut attendre le IXe siècle pour qu'enfin prévale le caractère sacramentel du mariage ; C. BONNET, C. DESCATOIRE, *Les carolingiens 741-987*, éd., Armand Colin, Coll.U, 2001.
[790] P. PETOT, *La famille*, *op. cit*., p. 197. B. BADEVANT-GAUDEMET, « *L'apport du droit canonique* », *in Mariage-Mariages*, *op. cit*., pp. 51-52.
[791] Le schisme chrétien au XVe siècle conduira à une divergence de positions. Pour les orthodoxes et les protestants, le divorce est autorisé dans certains cas, notamment en cas d'adultère. Ils fondent leurs positions sur l'Évangile de Matthieu.

mieux comprendre et d'analyser le divorce unilatéral et discrétionnaire contemporain, il paraît alors fondamental de revenir sur l'Histoire du divorce en France. Pour une meilleure compréhension, nous débuterons volontairement notre analyse historique au XVe siècle, en raison de la période charnière que constitue ce siècle.

Dès lors, il convient dans un premier temps de s'intéresser à la pratique du divorce entre le XVe et le XIXe siècle (A), puis dans un second temps, de s'arrêter sur la période contemporaine (B).

A. – Entre le XVe et le XIXe siècle : le mariage « sacralisé »

L'histoire du divorce ne peut se faire indépendamment de celle du mariage. Entre le XVe et le XIXe siècle, c'est la lutte contre l'indissolubilité du mariage (1°) qui a permis de favoriser une législation du divorce plus permissive (2°). Toutefois, au XVIIIe siècle le divorce n'est accordé qu'exceptionnellement (3°).

1°. L'indissolubilité du lien matrimonial : une valeur sûre ?

À l'époque Franque, les mœurs et les coutumes barbares restent tenaces[792], « *la rupture du lien matrimonial, surtout à l'initiative du mari, est fréquente, non seulement chez les grands du royaume (...) mais aussi dans l'ensemble de la population* »[793].

La dissolution du mariage est empreinte d'une dimension religieuse importante. Le principe d'indissolubilité « *a toujours été considéré comme la grande originalité du mariage canonique* »[794]. Ce n'est qu'à l'époque carolingienne que ce principe tend véritablement à être pris en considération suivant l'idée que l'union de l'homme et de la femme s'inscrit dans le même sens que celle du Christ et de l'Église. Cette dernière

[792] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, pp. 97 et 106-107.
[793] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit.*, pp. 50-51.
[794] Claude BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 18.

dispose d'un droit exclusif pour unir les couples et ce jusqu'au XVIe siècle[795]. En effet, le droit canonique et le droit royal proclament l'indissolubilité du mariage puisque « *le droit laïc devient l'auxiliaire de la législation conciliaire et pontificale* »[796].

Cela étant, l'Église applique la théorie des nullités du mariage[797] et accorde le bénéfice du privilège Paulin afin de permettre un relâchement ou la dissolution du lien matrimonial[798].

En raison des abus auxquels il a conduit, ce principe d'indissolubilité est contesté à partir de la Renaissance et de la Réforme[799]. Progressivement, l'Église perd son monopole au profit du pouvoir laïc[800]. « *La distinction entre le mariage contrat et le mariage sacrement sera un argument décisif pour ceux qui souhaitent limiter la compétence de l'Église en matière matrimoniale. Ils affirmeront qu'il appartient à*

[795] Par l'ordonnance de Blois de 1579, la Monarchie commence à légiférer en matière de mariage. Les Tribunaux laïcs et ecclésiastiques pouvaient être compétents de façon concurrente ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., p. 122.

[796] Dès le Moyen Âge, l'Église Catholique pose le principe de l'indissolubilité du mariage. Ce principe a prévalu pendant de nombreux siècles. Le Concile de Trente (1545-1563), confirme à quelles conditions le mariage entre deux baptisés est un sacrement indissoluble. L'Église légifère et juge en matière de divorce ; *Idem*, p. 119.

[797] Il était alors possible d'avoir recours à l'annulation ou à la séparation de corps. Pour ce qui est de l'annulation, il s'agit principalement de l'absence de consommation du mariage, ou l'existence d'un lien de parenté à un degré prohibé, ou encore en cas de vice du consentement. Cependant, l'Église ne procède à des annulations de mariages que dans des cas exceptionnels, en particulier en faveur de la Royauté. Ont ainsi été annulés les mariages de Louis VII avec Aliénor d'Aquitaine, de Louis XII et de Jeanne de France la Boîteuse, d'Henri IV et de la Reine Margot. Mais, toute demande ne conduit pas systématiquement à une annulation : le Roi d'Angleterre Henry VIII sollicitant l'annulation de son mariage d'avec Catherine d'Aragon au motif qu'elle ne lui avait pas donné un fils et au surplus elle avait été sa belle-sœur (épousée suite au décès de son frère aîné). L'Église refuse d'annuler le mariage, Henry VIII renvoie tout de même son épouse, et s'empresse d'épouser Ann Boleyn. C'est ainsi qu'est né le schisme de l'Église d'Angleterre.
Pour ce qui est de la séparation de corps, *separatio corporalis* ou *divortium quoad torum et mensam* (« quant au lit et à la table »), elle met fin au devoir de cohabitation et au devoir conjugal ; J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, *op. cit*., p. 254.
Les juridictions ecclésiastiques, les officialités diocésaines prononçaient la séparation de corps lorsque la relation maritale était devenue chaotique. Le mariage des époux subsistait et il était donc interdit à chacun de se remarier ; L. CAILLET, « *Coup d'œil sur l'histoire du divorce* », in Colloque : *Divorce 20 ans après*, éd. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 13.

[798] Le privilège Paulin permet à l'époux qui se convertit au christianisme d'obtenir la dissolution du mariage contracté avec un païen ; A. SERIAUX, *Droit canonique*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1997, p. 606. J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., pp. 71 et 311.

[799] « *Le principe d'indissolubilité du mariage jusqu'au décès entraîna parfois des abus scandaleux. Pour mettre un terme à une union dont ils ne veulent plus, des hommes n'hésitent pas à recourir au crime, certains à faire égorger leur femme par des bouchers ! D'autres se contentent de les accuser d'adultère, ce qui, dans une discipline assez laxiste, permet la conclusion d'une nouvelle union. Plus simplement, des maris obligent leur femme à tolérer des concubines* » ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., pp. 124-125.

[800] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire Romain au XIXe siècle*, *op. cit*., p. 405.

l'État de gérer le mariage en tant que contrat civil, l'Église n'intervenant que sur l'aspect sacramentel qui peut éventuellement s'ajouter au contrat »[801].

Au XVIe siècle, l'Église protestante autorise le divorce. Luther reconnaît quatre causes de divorce : l'adultère, l'impuissance intervenant au cours du mariage (celle antérieure est cause de nullité), le refus du devoir conjugal et la désertion malicieuse ou l'absence prolongée du mari laissant sa femme sans ressources. Le divorce n'est donc admis dans la doctrine luthérienne que pour des cas spécifiques. Mais Luther n'en reste pas moins hostile[802]car selon lui, la rupture du mariage ne peut se concevoir sans justification. Cela signifie que pour Luther, il n'y a pas de droit discrétionnaire et unilatéral dans le divorce.

Parallèlement, certains humanistes critiquent le principe même de l'indissolubilité[803].

Ainsi, Montaigne « *dénonce la contrainte qui tue l'affection. Pierre Charron au début du XVIIe*

- *, de filet pour attraper les bêtes et les faire languir à petit feu* »[804].

Quant à eux, Pothier et Rousseau plaident pour le maintien de l'indissolubilité du mariage dans l'intérêt des enfants[805]. Au XVIIIe siècle, l'indissolubilité est de nouveau remise en cause par les tenants des libertés individuelles : les *Philosophes des Lumières*[806].

Juridiquement, permettre aux époux de rompre le lien conjugal est un défi important. D'autant plus que la rupture unilatérale et discrétionnaire est impensable,

[801] B. BADEVANT-GAUDEMET, « *L'apport du droit canonique* », *in Mariage-Mariages*, C. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 50.
[802] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., pp. 284-285.
[803] Tels qu'Érasme, Bodin ou Montaigne ; *Ibidem*.
[804] Cité par L. CAILLET, « *Coup d'œil sur l'histoire du divorce* », *op. cit*., p. 14.
[805]J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., p. 345.
[806] Montesquieu, qui est un juriste, critique le mariage perpétuel car il serait la cause d'unions stériles. Il écrit à ce sujet dans les *Lettres persanes* n°116 : qu'« *il est assez difficile de comprendre la raison qui a poussé les chrétiens à abolir le divorce. Le mariage, chez toutes les nations du monde, est un contrat susceptible de toutes les conventions, et on n'en a dû bannir que celles qui auraient pu en affaiblir l'objet* ». Voltaire aussi critique fermement l'Église sur ce point ; *Dictionnaire philosophique*, V°Adultère et Divorce 1764 ; P. DAMAS, *Les Origines du divorce en France*, (thèse), Bordeaux, 1897.

inenvisageable jusqu'à ce que les Révolutionnaires hostiles à l'emprisonnement perpétuel dans le mariage vont revendiquer la liberté à travers le divorce pour incompatibilité d'humeur[807].

2°. La Révolution française ou le retour vers des valeurs libertaires

L'adjectif libertaire permet de qualifier d'« *idéale une société affranchie de toute loi, de tout pouvoir constitué, dans laquelle prime la liberté individuelle* »[808]. Comme il a été examiné précédemment, les romains pratiquaient la répudiation de façon abusive par des stratégies d'alliances et de successions[809]. Nous avions qualifié cette pratique de libertaire pour la période Antique. En France, à l'époque franque, aux VIe-VIIe siècles, la rupture unilatérale du mariage est parfaitement admise et tolérée. Peu à peu, l'Église réglemente les unions maritales et elle tente d'interdire le divorce. Or, au XVIIIe siècle, insufflé par le mouvement révolutionnaire, la rupture unilatérale du mariage est autorisée en droit français. C'est en ce sens que nous évoquons l'expression de retour vers des valeurs libertaires.

En effet, la dissolution du mariage est introduite par la loi du 20 septembre l792 qui instaure l'institution du divorce de façon très libérale à travers trois cas : le divorce par consentement mutuel[810], le divorce pour causes déterminées[811] et le divorce pour

---

[807] À l'origine, les cahiers de doléances des États généraux ne font pas apparaître une quelconque demande relative au divorce, un seul cahier en demandera l'introduction au nom de la liberté individuelle ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit*., p. 389.
Une première loi sécularise le mariage et une seconde institue le divorce. En moins d'une heure la loi relative au divorce est votée, elle va bouleverser l'institution familiale jusque là sous l'emprise de la religion ; L. CAILLET, « *Coup d'œil sur l'histoire du divorce* », in *Divorce 20 ans après, op. cit*., p. 14.

[808] Le nouveau Littré, éd. Garnier 2004.

[809] F. DUPONT, *Le citoyen romain sous la République 509-27 av. J.-C.*, éd., Hachette, Coll. La vie quotidienne, Civilisations et sociétés, 1994, pp. 138-139.
R. FLACERIERE, « *Caton d'Utique et les femmes* », in Mélanges offerts à J. *Heurgon*, I, 1976, pp. 293-302.
Yan THOMAS, « *Á Rome, pères citoyens et Cité des pères (IIe siècle av- IIe siècle après J.-C)* », in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t. I., A. BURGUIERE, C. KLAPISCH-ZUBER, M. SEGALEN et F. ZONABEN (dir.), éd. Armand Colin, 1986, pp. 286-287.

[810] Le divorce par consentement mutuel se formalise par une simple déclaration devant l'officier d'état civil ; C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit de la famille*, 2e éd. Gualino éditeur Manuels ; LGDJ-EJA, 2006, p. 142.
Les époux convoquent une assemblée de six personnes (des proches parents ou amis des deux côtés), et chacun formule alors ses demandes et observations. Suite à cette pseudo-audience de conciliation, l'officier dresse un acte. Dans les six mois, les époux saisissent l'officier d'état civil afin qu'il prononce leur divorce ; L. PFISTER, *Introduction historique au droit privé*, PUF, 2004, p. 86.
« *L'officier d'état civil n'était pas autorisé à exercer un contrôle. L'assemblée de famille, dont les membres avaient le plus souvent partie liée avec l'un ou l'autre des époux, n'eut aucune autorité. La porte était ouverte aux divorces de complaisance* » ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit*., p. 390.

incompatibilité d'humeur ou de caractère[812]. Dans les faits, ce dernier cas de divorce revient à une répudiation car les époux peuvent mettre fin au mariage de façon tout à fait unilatérale et discrétionnaire. Tout au plus, « *la loi exige qu'à trois reprises sur un délai de six mois, l'assemblée de parents entende les parties. En cas de non-conciliation, le divorce est prononcé huit jours au moins et six mois au plus après la tenue de la troisième réunion. Le demandeur n'a pas à fournir d'autre motif que l'incompatibilité d'humeur. Cela évite de révéler des causes de divorce gênantes* »[813]. La dissolution du mariage est prononcée par l'officier d'état civil[814]. Précisons qu'avec cette loi de 1792, la séparation de corps est abolie.

Le nombre de ruptures s'est alors accru de façon considérable et on assiste à une explosion du divorce dans les milieux urbains, en particulier dans la bourgeoisie[815]. « *À Paris, entre janvier 1793 et juin 1795 les demandes émanent surtout des femmes (3 868 contre 2 119). Le motif le plus souvent invoqué est l'incompatibilité d'humeur (619) ; viennent ensuite l'abandon pendant cinq ans (584) les sévices et injures (447)* »[816].

Le divorce pour incompatibilité d'humeur semble correspondre aux aspirations des époux voulant mettre un terme au mariage, sans avoir à se justifier ou à formuler des reproches à l'égard de l'autre. L'époux « répudié » ne dispose d'aucun recours contre la volonté unilatérale de son conjoint et il ne bénéficie d'aucune protection contre l'aspect arbitraire de la décision. Il semblerait que l'essentiel étant de se libérer du carcan, jusque-là rigide du mariage. Le divorce constitue aussi un moyen pour les femmes de s'affranchir de l'autorité maritale.

---

[811] Sept causes déterminées peuvent également conduire au divorce : 1) les excès, sévices et injures graves ; 2) la démence ; 3) l'adultère ; 4) la condamnation à une peine infamante et afflictive ; 5) le crime ; 6) l'absence pendant cinq ans ; et enfin 7) le refus de cohabiter pendant deux ans. Faut-il ici y voir une filiation lointaine avec notre divorce pour altération définitive du lien conjugal, conditionné par le délai de deux ans « d'altération » ? La preuve de l'une de ces causes permettait la dissolution du mariage sans délai. Il suffisait alors au demandeur de saisir directement l'officier d'état civil, lequel sans vérifier le bien fondé de la demande, prononçait le divorce ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 391.

[812] GARAUD et SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, *op. cit.*, p. 71.

[813] M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Coll. Ellipses, 2002, p. 79.

[814] J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire Romain au XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 406.

[815] À partir de l'an VII, un mariage sur trois se termine en divorce ; GARAUD et SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, *op. cit.*, pp. 77-99.

[816] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 392.

La révolution de 1789 a également permis une sécularisation du mariage amorcée en 1787.

Il n'en demeure pas moins qu'entre 1792 et 1804, de nombreuses lois sont prises en matière de divorce. Le législateur ayant dû intervenir pour limiter les ardeurs libertaires des révolutionnaires afin de faire cesser « *le marché de chair humaine, que les abus du divorce ont introduit dans la société* »[817]. C'est ainsi qu'au début du XIXe siècle, les rédacteurs du Code civil décideront de conserver le divorce mais en y apportant des restrictions.

3°. Le XIXe siècle : le divorce exceptionnellement accordé

En 1804, les relations maritales s'inscrivent dans un cadre juridique parfaitement inégal : face à la toute puissance du mari, l'épouse demeure une inconditionnelle incapable[818] et le mariage aliène sa liberté. Néanmoins, la dissolution de l'union matrimoniale n'est plus aussi aisée que par le passé.

En effet, considéré comme « *le poison des mœurs et l'anarchie du mariage* »[819], le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et la séparation de corps rétablie. Le divorce sans justification est très mal compris, par contre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour causes déterminées sont maintenus. La procédure du divorce par consentement mutuel est alourdie[820], le but étant de le rendre exceptionnel[821].

---

[817] Philippe-Delville, 27 brumaire an V, 17 novembre 1796 : Moniteur, n° 30, 30 brumaire, 20 novembre, p. 239, col. 2 ; cité par Xavier MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, éd. Dominique Martin Morin, 2003, p. 204.

[818] « *Dès le Thermidor, l'autorité est de retour et triomphe avec le Code civil, qui consacre l'emprise exclusive de l'État sur la formation du lien matrimonial (art. 165 et suiv.) (...). L'incapacité de la femme mariée qui place l'épouse dans une situation de récluse pour tous les actes de la vie du droit est d'ordre public : les époux ne peuvent y déroger (art.1388)* » ; J. POUMAREDE, « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 63.

[819] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., p. 391.

[820] Assorti de conditions de fond et de forme importantes, ce cas de divorce ne peut être demandé dans les deux premières années de l'union, ni après 20 ans de mariage. L'article 233 du Code Napoléonien dispose que : « *Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouve suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce* » ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit*., p. 253, note 2.

[821] D. ROUGHOL-VALDEYRON, « *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon* », *RTD Civ*. 1975. 482.

Le divorce admis pour des causes déterminées a vu ses causes réduites à trois à savoir : l'adultère de la femme, l'entretien d'une concubine et la condamnation à une peine infamante. Désormais, le tribunal vérifie contradictoirement les allégations du demandeur avant de prononcer le divorce. Le Code interdit le mariage de la femme adultère avec son complice ainsi que le remariage entre les époux divorcés[822]. La volonté du législateur est que le divorce réponde à certains impératifs moraux et sociaux. En restreignant ses conditions, il veut en contrôler le nombre, et dès lors le recours au divorce diminue.

Par ailleurs, en 1814, la Restauration Monarchique fait du catholicisme la religion d'État. À cette occasion, le principe d'indissolubilité du mariage est réaffirmé. La question du divorce est imbriquée dans des considérations d'ordre politique et religieuse. Le divorce est ainsi supprimé par la loi Bonald du 8 mai 1816[823]. La séparation de corps est tout de même maintenue[824].

Seize ans plus tard, avec la Charte de l830, le catholicisme n'est plus la religion d'État. Entre 1816 et 1884, il faut bien comprendre que la législation française méconnaît l'institution du divorce[825]. Son rétablissement dans le Code civil va se faire de façon progressive.

Précisons que dans les années l880, la France connaît une baisse importante de la natalité. On craint une « dépopulation »[826], l'angoisse gagne les milieux politiques car la démographie reflète aussi la puissance militaire, notamment face au puissant voisin

---

[822] « *La femme adultère est condamnée à la réclusion dans une maison de correction pour une durée de trois mois à deux ans* » ; M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille, op. cit.*, p. 81.

[823] Vicomte De Bonald (1754-1840) hostile au divorce lors de son instauration en 1792, il n'a eu de cesse de réclamer sa suppression. En 1800, il publie *Du divorce considéré au XIXe siècle relativement à l'état domestique et à l'état public de la société* ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, pp. 393 et 404.

[824] Dans les années 1870, le divorce est donc interdit en France et seule la séparation de corps est admise. C'est ainsi qu'en août 1874, la Cour de Paris prononce la séparation de corps d'un couple princier : le prince de Bauffremont et la princesse belge Valentine de Caraman-Chimay. Or cette dernière, qui voulait se marier avec un autre prince, fixa provisoirement sa résidence dans un duché allemand (protestant). Ayant acquit la nationalité allemande en mai 1875, la Princesse a pu se défaire de son mariage puisque sa nouvelle loi nationale considérait comme divorcés les catholiques séparés de corps. C'est ainsi qu'elle pu épouser son prince roumain en octobre 1875 à Berlin. Cependant, en France, le prince de Bauffremont était toujours considéré comme son mari et les juges français ont déclaré le remariage inopposable en France ; Cass. Civ., 18 mars 1878, *GA DIP*, n° 6.

[825] Plusieurs tentatives de réintroduction du divorce ont eu lieu dans les années 1840 à1880, sans grand succès.

[826] V. ANTOMARCHI, *Politique et famille sous la IIIe République 1870-1914*, éd. L'Harmattan, 2000, p. 12.

allemand. La presse déclare en titre que : « *La France est entrain de mourir* »[827]. Le député du Vaucluse, Alfred Naquet utilisera cet argument pour réintroduire le divorce[828].

Le climat dans lequel la loi sur le divorce va être votée oppose les cléricaux aux anticléricaux. Cependant, « *le principal enjeu de l'interminable conflit qui a opposé les partisans de l'indissolubilité aux « divorciaires » n'est pas d'ordre religieux, mais éminemment politique : la défense de l'ordre politique et social contre l'aspiration à la liberté individuelle* »[829]. Il est question de liberté dans la rupture du mariage qui se justifie par l'expression de la volonté de l'individu. Cette réflexion est intéressante car on la retrouve dans le débat contemporain.

C'est ainsi que le divorce est très timidement rétabli pendant la IIIe République par la loi Naquet du 27 juillet l884. La séparation de corps est maintenue. Elle peut se convertir en divorce après trois ans de séparation (à la demande d'un époux). Légalement, le consensus n'était pas permis : le divorce par consentement mutuel était impossible. Mais en pratique, les époux désireux, ensemble, de rompre simulaient un divorce pour faute[830]. Cette loi, dite de compromis[831], n'admet le divorce pour faute

[827] *Le Petit Parisien*, 11 octobre 1909, cité par V. ANTOMARCHI, *Ibidem*.
[828] Alfred Naquet (1834-1916), agrégé de médecine, est député radical du Vaucluse. C'est également un féministe. Il fait état d'une pétition déposée par Arsène Drouet, suivant lequel : « *la séparation de corps est la seule ressource des mariages malheureux* », (JO. du 29 juin 1876, p. 4602). En 1884, il déclare que : « *Je ne trouve pas que dans un temps comme celui où nous sommes, alors que la population française subit un temps d'arrêt, alors que la population des nations qui nous entourent augmente au contraire dans une proportion formidable, je ne crois pas qu'il soit prudent et sage (…) de faire des lois dont le résultat nécessaire et fatal serait de faire naître des enfants dans uns situation inférieure imméritée, ou d'entraver le développement de la population de notre pays* » ; *Idem*., p. 36.
[829] J. POUMAREDE, « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 64.
[830] Tribunal civile de la Seine, 4e ch., 12 novembre1902, *D.P*. 1902, 5, p. 565.
[831] Les débats parlementaires sur la question du divorce ont duré huit ans et ont suscité de vives réactions, en particulier de la part des conservateurs. Ces derniers ont considérés cette loi anticléricale ; ainsi en est-il du sénateur Charles Chesnelong qui a déclaré que : « *votre loi met un obstacle à la réconciliation du chrétien avec Dieu ! Je ne veux pas de votre loi ; elle est impie et elle est cruelle* » (JO., débats Sénat, du 20 juin 1884, p. 1110). Le sénateur républicain Edmond Allou a déclaré : « *à côté de ce ménage qui subsiste, qui survit pour les enfants, vous avez le ménage de la femme divorcée qui épouse un nouveau mari et celui du mari qui épouse une nouvelle femme. J'ai donc le droit de dire qu'il y a trois ménages, trois unions, il pourrait y en avoir davantage avec de nombreux divorces ! Á travers tout cela, dans ce croisement étrange que devient la famille ? Que devient la race ? Que devient le patrimoine ?* » (JO. débats Sénat, du 30 mai 1884, p. 992).
Lors des débats parlementaires, le député Alfred Naquet indiqua à propos du divorce que : « *les lois qui régissent le mariage et le divorce n'ont qu'une action extrêmement faible sur le nombre de familles qui se forment et sur le nombre de liens qui se dénouent* » ; (JO. Débats sénat, du 27 mai 1884, p. 965). Il dépose pour la première fois une proposition de loi en 1876 (rejetée), puis une deuxième en 1878 (texte plus nuancé que le premier). Ce n'est qu'en

que pour des motifs limitativement énumérés[832] et elle sanctionne aussi l'adultère de l'époux[833]. Le divorce s'analyse comme une peine infligée à l'époux coupable de manquements aux devoirs conjugaux. En conséquence, ce dernier devait assumer les conséquences financières de la rupture.

Le remariage entre époux divorcés est désormais autorisé (sauf en cas de second mariage suivi d'un second divorce). Le but étant de sanctionner « *l'instabilité matrimoniale* »[834]. Les imperfections du système établis par cette loi[835] et l'évolution de la société ont incité le législateur et le juge à intervenir ponctuellement dans la rupture du mariage.

Avec la loi du 18 avril 1886 qui vient simplifier les procédures de divorce et de séparation de corps[836], on assiste à une hausse des demandes en divorce. Quant à elles, la loi du 06 février 1893 accorde la pleine capacité civile à la femme séparée de corps[837] et la loi du l5 décembre l904 autorise désormais l'époux adultère à épouser sa maîtresse ou son amant[838] ! Il importe également d'évoquer le contexte de l'époque, à la fin du XIXe siècle, avec la consolidation du régime républicain laïque, l'essor du capitalisme, l'industrialisation, l'urbanisation, ou encore le développement des mouvements féministes. Il en résulte une approche différente de la question du divorce. Cela explique, en partie que la législation relative au divorce tend à se libéraliser.

1879, que la Chambre consent à prendre en considération la proposition de loi sur le divorce. En 1881, 247 voix contre 216 rejettent le rétablissement du divorce (JO. débats Chambre, du 9 février 1881, p. 201). Les Républicains emportent la victoire aux élections ; la laïcisation qui était en marche devient éminente. La question du divorce apparait liée à la République. Après trois années d'un processus législatif houleux, la proposition Naquet est enfin votée en juin 1884 à 153 voix contre 116 (JO. du 25 juin 1884, scrutin p. 1205).

[832] Celles du Code civil de 1804.

[833] Cependant, l'article 230 du Code civil précise que : « *la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune* ».

[834] M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, *op. cit.*, p. 81.

[835] Les difficultés résidaient essentiellement dans les conséquences du divorce à savoir : la révision de la pension, l'attribution systématique de la « garde » des enfants à la mère…

[836] *Code de jurisprudence*, Dalloz, 1886, IVe Partie, pp. 27 à 32. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Coll. Droit fondamental droit politique et théorique, 1996, p. 172.

[837] Cela conduit à une augmentation des séparations de corps mais ne fait pas pour autant baisser le nombre de divorce ; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1995, p. 132.

[838] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p. 405.

B. – Le XXe siècle : le lien matrimonial dissoluble stigmatise une législation libérée

Depuis l884, afin d'en faciliter l'accès, le législateur français n'a eu de cesse d'intervenir sur la question du divorce, toujours dans le sens d'une plus grande liberté au sein du couple.

Cet esprit de liberté est favorisé par un début de XXe siècle hostile à l'Église, et aux principes qu'elle défend. En effet, il règne en France un fort climat anticlérical[839], et le combat pour la laïcité conduit à la loi du 09 décembre l905 sur la séparation de l'Église et de l'État[840].

Pour autant, l'Église catholique ne reviendra pas sur le principe d'indissolubilité du mariage, qu'elle continue à réaffirmer avec force et conviction[841].

Le législateur, quant à lui, tente de s'éloigner du courant conservateur et admet la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage, du moins dans une certaine mesure. La législation tend vers une rupture libre (l°), mais la loi de l975 vient encadrer plus strictement le cas de divorce par la volonté unilatérale (2°).

1°. Vers une rupture libre

Progressivement, le droit français tend à faciliter la rupture du mariage. À travers la loi du 06 juin 1908[842], le législateur permet de convertir systématiquement la

[839] A. DANSETTE, *Histoire religieuse de la France contemporaine, l'Église catholique dans la mêlée politique et sociale*, Flammarion, 1965.

[840] Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ; JO. du 11 décembre. ; Recueil Général des Lois et des Arrêts 1906, p. 182 Partie Législative.
P. VALDRINI, J.-P. DURAND, O. ECHAPPE, J. VERNAY, *Droit canonique*, 2e éd., Précis Dalloz, 1998, p. 516.

[841] Le Pape Jean-Paul II n'a eu de cesse de rappeler le caractère indissoluble du mariage en soulignant que : « *Lorsque l'institution du mariage est laissée à l'égoïsme des hommes ou réduite à un arrangement temporaire et inconditionnel auquel on peut mettre fin sans difficulté, nous nous dressons et nous réaffirmons le lien indissoluble du mariage* » ; Homélie du 7 octobre 1979 au Capitol Hall de Washington ; cité par C. ATIAS, *Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce*, *JCP* 1984. I. 3151.
Par ailleurs, l'article 1056 du Code de Droit Canonique (de 1983) énonce que : « *Les propriétés essentielles du mariage, sont l'unité et l'indissolubilité, qui dans le mariage chrétien, en raison du sacrement, acquièrent une solidarité particulière* ».

séparation de corps en divorce au bout de trois ans de séparation[843]. La dissolution du mariage se justifie alors par la seule séparation et l'altération du temps. Le conjoint qui ne veut pas le divorce, le subit automatiquement au bout de trois ans, cette loi a d'ailleurs contribué à une augmentation du nombre des divorces. Ne peut-on y voir, ici, une filiation de notre actuel divorce pour altération définitive du lien conjugal ? La séparation de fait de deux ans (dont le défaut ne peut être soulevé d'office par le juge) n'était-elle pas, à elle seule, suffisante ? La comparaison n'en présente pas moins d'importants points de similitudes.

Pour en revenir en ce début de XXe siècle, certaines mesures législatives visent à encourager le mariage, telle que la loi du 26 mars 1924 qui lève l'interdiction de remariage entre les époux divorcés[844].

De même, en temps de crise pendant la Seconde guerre mondiale, par la loi du 02 avril 1941, le gouvernement de Vichy tente de discipliner le divorce en restreignant ses conditions de mise en œuvre. Le divorce est considéré comme *« une incarnation du vice et comme un agent de démoralisation de la société* »[845]. Ainsi, est-il interdit de divorcer dans les trois premières années du mariage, la conversion de la séparation de corps en divorce n'est plus systématique et les délais de procédures sont allongés[846]. Pour sa part, l'ordonnance du 12 avril 1945 supprime l'interdiction du divorce dans les trois ans du mariage. En outre, elle définit les contours des sévices ou des injures graves, lesquels doivent constituer « *une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage et rendant intolérable le maintien du lien conjugal* »[847]. Dès lors, le divorce n'est permis que s'agissant de motifs graves.

Autant préciser que le divorce unilatéral et discrétionnaire n'est absolument pas envisagé.

---

[842] JO. du 6 juin 1908, débats Chambre, p. 1140.
[843] J. POUMAREDE, « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 66.
[844] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., p. 405.
[845] G. LE GAC, « *L'étrange défaite du divorce (1940-1946)* », *Vingtième siècle ; Revue d'histoire*, oct-nov. 2005, p. 50.
[846] Cette loi du 02 avril 1941fera l'objet d'une mesure d'abrogation à la libération par la loi du 27 mars 1946 ; F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, 5e éd. Vuibert, 2010, p. 168.
[847] J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., p. 405.

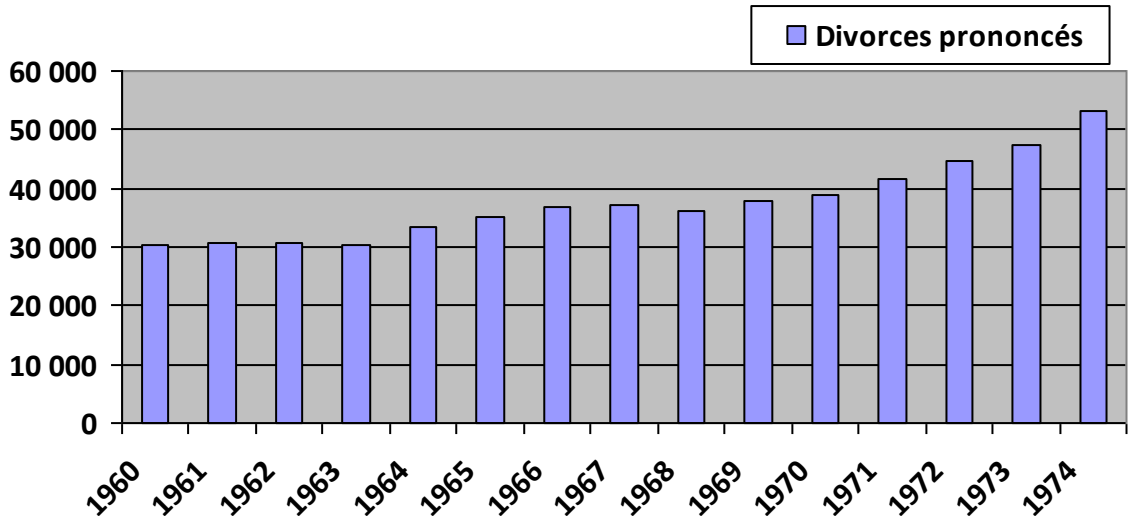
La rupture du mariage doit nécessairement être justifiée. Le contexte de l'époque est à la reconstruction d'après-guerre : la famille passe avant l'individu, l'épanouissement personnel ou professionnel est tout à fait secondaire, en particulier pour la femme[848]. Pour autant, entre 1885 et 1974, le nombre de divorce n'a cessé d'augmenter passant de 3000 à plus de 50 000[849], comme en témoigne les études statistiques de l'INED et de l'INSEE (Tableau 26.Évolution du divorce)[850], que nous avons représentées sous forme de graphique.

Année du jugement	Divorces prononcés (a)	Couples mariés en millier (d)	Divorces pour 1000 couples mariés (b) (d)
1960	30 182	10 576	2,85
1961	30 809	10 667	2,89
1962	30 570	10 882	2,81
1963	30 298	11 064	2,74
1964	33 250	11 187	2,97
1965	34 877	11 302	3,09
1966	36 732	11 396	3,22
1967	37 194	11 489	3,24
1968	36 063	11 570	3,12
1969	37 926	11 681	3,25
1970	38 949	11 815	3,30
1971	41 628	11 968	3,48
1972	44 738	12 123	3,69
1973	47 319	12 267	3,86
1974	53 106	12 396	4, 28

Tableau 26. Évolution du divorce

a) Source : Ministère de la Justice.
b) Taux calculé à partir des divorces prononcés.
c) Divorces pour 1000 habitants. Ce Taux est provisoire pour les deux dernières années, résultats provisoires arrêtés à fin mars 2010.
d) Le nombre de couples mariés correspond au nombre de femmes mariée. Cette donnée est provisoire pour les deux dernières années, résultats provisoires arrêtés à fin mars 2010.

[848] « *En réalité, la reconnaissance de la capacité de la femme mariée n'atteindra ses pleins effets qu'avec la réforme des régimes matrimoniaux en 1965, qui fut un facteur essentiel du rééquilibrage des rapports conjugaux* » ; J. POUMAREDE, « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 67.
[849] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 242.
[850] Tableau 26. Évolution du divorce ; www.ined.fr



Entre 1964 et 1975, période de prospérité et d'abondance, la société française est en pleine mutation[851], d'autant plus que les aspirations individuelles gagnent du terrain. Dans les années 1970, la société française post soixante-huitarde est bercée par un courant d'idéaux de liberté, mettant en avant les « *accords de couple* »[852] tant pour le mariage que pour le « *démariage* »[853]. Cela conduit immanquablement le législateur à se prononcer, de nouveau, sur la question du divorce.

2°. La loi de 1975 ou le divorce assumé

La réforme du divorce de 1975 intervient dans une France où les priorités et les aspirations du couple ont changé, l'idée d'un l'épanouissement dans la relation de couple fait son chemin. Lors des débats parlementaires ayant abouti à cette loi, Jean Lecanuet affirme que : « *l'union conjugale est moins orientée vers les avantages matériels que vers la recherche d'un épanouissement mutuel… Les époux attendent du mariage beaucoup plus qu'autrefois, l'intensité de cette exigence est parfois un facteur d'instabilité du couple. Comment supporter l'échec de ce qui paraît être les*

[851] Jean FOURASTIE, *Les trente glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, éd. Fayard, 1979 ; réédition Le grand Livre du mois, 1998.
[852] François TERRE, « *Contractualiser le droit du couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n°254 du 20 décembre 2007, p. 8.
[853] J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, 21e éd., PUF, Coll. Thémis Droit privé, 2002, pp. 525 et suiv.

conditions essentielles du bonheur ? »[854].

Cela justifie t-il pour autant le recours au divorce unilatéral et discrétionnaire ? Il n'en demeure pas moins que la dissolution du mariage s'inscrit dans un cadre très conflictuel.

La volonté affichée du législateur de l975[855] vise à détendre la rupture non seulement au moment du prononcé du divorce, mais aussi dans ses lendemains. En outre, face à une société en changement, il importe également de réagir. Comme l'a clairement énoncé le Doyen Carbonnier en l975: « *la propension à se démarier (ainsi que les juristes commencent à dire), sans être indépendante du droit, étant bien davantage conditionnée par les mœurs collectives et par la morale individuelle, c'est libéraliser le droit du divorce que de procurer à chaque époux ou à chaque couple, que les mœurs ou la morale ont déjà absous de divorcer, un modèle juridique qui ne comprime pas la liberté* »[856].

Avec la loi du 11 juillet l975, le divorce fait donc l'objet d'une réforme substantielle. Cette loi se rapprocherait de celle de l792, du moins dans son esprit[857], en ce sens, elle « *tend ainsi à faire prévaloir la volonté individuelle des époux et donc l'aspect contractuel du mariage sur sa dimension institutionnelle* »[858].
Cette réforme institue la prestation compensatoire qui constitue une conséquence essentielle de la dissolution du mariage[859]. La réforme instaure également le divorce sur demande conjointe[860], le divorce pour faute[861], le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre[862] et enfin, le divorce pour rupture prolongée de la vie commune[863].

---

[854] Jean Lecanuet, Débats Sénat 1975, p. 1509 ; cité par Catherine PHILIPPE, « *Vers un droit commun des effets du contrat de couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, pp. 18-19.
[855] Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JO. du 12 juillet 1975, p. 7171 ; entrée en vigueur le 1er janvier 1976.
[856] J. CARBONNIER, *La question du divorce : mémoire à consulter*, *D*. 1975, chron. 115.
[857] V. DEMARS- SION, « *Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792 »*, *RTD Civ*. 1980. 231.
[858] L. PFISTER, *Introduction historique au droit privé*, *op. cit*., p. 111.
[859] La prestation compensatoire vise à compenser, « *la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* » de chacun des époux, article 270 du Code civil.
[860] Ancien article 230 du Code civil. Ce cas de divorce existait déjà en 1792.
[861] Ancien article 242 du Code civil. L'adultère n'est plus un délit, c'est une simple faute qui permet le divorce.
[862] Ancien article 233 du Code civil. Jusque-là, les époux qui ne pouvaient divorcer par consentement mutuel, simulaient un divorce pour faute. Déjà en 1907, Raymond Poincaré déclarait : *« j'accepterai sans enthousiasme*

Celui-ci constitue le cas de divorce qui intéresse de près notre problématique en raison du caractère unilatéral et discrétionnaire de la dissolution du mariage.

En effet, le divorce pour rupture de la vie commune n'est admis que dans deux hypothèses limitatives et spécifiques : la séparation de fait depuis six ans ou en cas d'altération des facultés mentales[864]. Ce cas de divorce implique que l'époux demandeur prenne entièrement à sa charge la rupture qu'il impose à l'autre. Aussi, une clause dite d'exceptionnelle dureté peut être invoquée par l'époux défendeur pour faire échec à l'action en divorce. Le divorce pour rupture de la vie commune correspond donc à une rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage décidée par l'un des époux. Nous verrons dans le chapitre suivant que le divorce pour rupture de la vie commune a fait l'objet de vives controverses et que le terme de répudiation a même été employé.

Depuis lors, la société évoluant, un mouvement de réforme se constitue progressivement en droit de la famille.

Statistiquement, d'après les chiffres de l'INED (dont le tableau est reproduit ci-après), on compte en l977 : 71 319 divorces ; 87 615 en 1981 et l25 l75 en 2003[865]. Le taux de divortialité atteint 30.4% en l985, contre 38% en 2001[866].

L'Annuaire Statistique de la Justice de 2008, indique que le nombre total d'affaires terminées par le JAF, dont divorces prononcés, s'élève à 135 960 en 2004 et de 139 147 en 2006[867]. Le rapport sur *le divorce* publié en juin 2009, révèle un pic conjoncturel pour l'année 2005 avec 155 000 divorces prononcés contre 134 000 en

---

mais sans effroi que le divorce par consentement mutuel passât dans notre législation. Il s'est en fait malgré la loi, glissé dans les usages. Lorsque deux époux sont d'accord pour divorcer, ils n'ont jamais grand peine à concerter la comédie nécessaire pour masquer leur entente et pour les amener au résultat désiré. Il serait peut-être plus simple et plus loyal d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce lorsque seraient suffisamment établies la liberté et la persistance du double-consentement » ; Document Chambre, JO. 1907, p. 125.

[863] Ancien article 237 du Code civil.

[864] Cette proposition avait pourtant était mainte fois refusée depuis 1876.

[865] http://www.ined.fr/population-en-chiffres/France/index.html

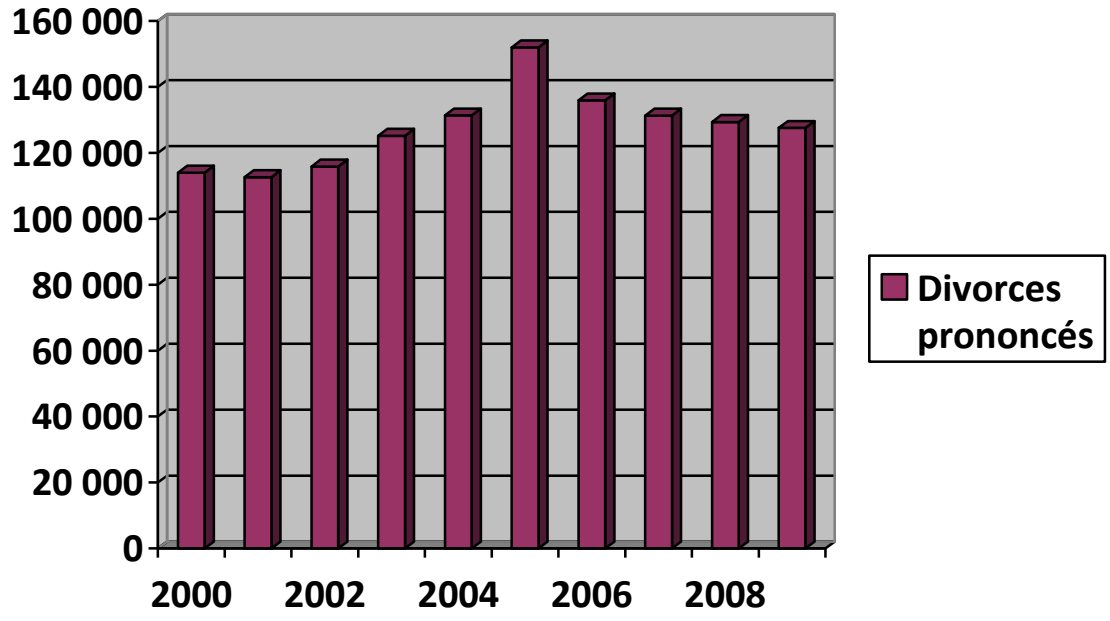
[866] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit.*, p. 242. Le taux de divorce correspond au rapport du nombre de divorces prononcés dans l'année à la population totale moyenne de l'année.
http://www.insee.fr

[867] Annuaire Statistique de la Justice éd. 2008.

2007[868]. Précisons que selon la source, les chiffres peuvent présenter des variables notamment en raison de statistiques provisoires.

Année	Divorces	Indicateur conjoncturel pour 100 mariages
1999	116 813	38,9
2000	114 005	38,2
2001	112 631	37,9
2002	115 860	39,2
2003	125 175	42,5
2004	131 335	44,8
2005	152 020	52,3
2006	135 910	46,9
2007	131 320	45,5
2008	129 379	45,1
2009*	127 578	44,7

Champ : France métropolitaine
*provisoire
Source : Insee, Ministère de la Justice, et de l'évolution démographique récente en France, population n°3, 2010.



La tendance qui semble se dessiner est un nombre de divorces en baisse depuis 2006.

[868] Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARASCO et Aurélie LEMENIER, *Le divorce* ; Ministère de la Justice, SG-2S2M-SDSE-BDSE, Secrétariat Général, Service support et moyens du Ministère de la Sous-direction de la Statistique et des Études ; Juin 2009.

La dernière réforme d'envergure relative au divorce a été, une fois encore, l'aboutissement d'un long travail de consultation, d'élaboration et de recherches avec la loi du 26 mai 2004[869]. La loi de 1975 ne paraissait plus adaptée à la réalité sociologique de l'individu en quête d'une liberté toujours plus grande et toujours plus forte. Force est de constater que la dimension individuelle gagne le pas sur la dimension collective et familiale.

L'objectif est toujours le même : simplifier les procédures de divorce avec une approche pacifiée de la relation de couple en responsabilisant davantage les époux[870]. Cela fait dire à certains que la réforme du divorce de 2004 constitue « *une excellente amélioration technique* »[871] de la loi de 1975.

Annoncée comme révolutionnaire, cette réforme s'inscrit en réalité dans la droite ligne de l'Histoire du divorce en France. Il n'y a pas d'innovation quant aux objectifs, mais le législateur de 2004 a tout de même apporté du renouveau et du « *rétro* »[872].

Ainsi depuis 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, quatre cas de divorces sont possibles : le divorce par consentement mutuel, le divorce accepté, le divorce pour faute et le divorce pour altération définitive du lien conjugal[873]. La

---

[869] Loi n° 2004-439, JO. du 27 mai 2004, p. 9319 ; entrée en vigueur au 1er janvier 2005. Au total six décrets portant sur la réforme du divorce et sur la réforme de la procédure familiale ont été pris :
* deux décrets du 29 octobre 2004, l'un réformant la procédure devant le JAF pour le divorce et pour les autres contentieux familiaux, le second est relatif aux modalités de substitution d'un capital à une rente pour la prestation compensatoire ; (Décret d'application n° 2004-1158 relatif à la procédure en matière familiale, et le décret n° 2004-1157 fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire).
*un décret complémentaire du 6 décembre 2004 rectifiant le précédent ;
*un décret du 23 décembre 2004 fixant la rétribution des avocats intervenant à l'Aide Juridictionnelle et modifiant le tarif des notaires ;
*un décret du 16 mai 2006 portant fixation du tarif des notaires ;
* un décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 fixant l'étendue de la mission des notaires.
Au total 3 circulaires d'applications ont été prises : celles du 15 octobre 2004 ; celle du 23 novembre 2004 et celle du 12 janvier 2005 ; C. LIENHARD, *Divorce : le dispositif d'aide à la décision patrimoniale après le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 (mission du professionnel qualifié et du notaire*; *AJFamille* 2007. 137.

[870] En réalité le législateur de 2004 a repris les mêmes objectifs qu'en 1975, en privilégiant la volonté des individus et en restreignant la marge d'appréciation du Juge aux affaires familiales. La Réforme vise essentiellement à remédier aux imperfections du système antérieur et à adapter le droit aux évolutions de la société et des mœurs. Il ne s'agit nullement d'une réforme révolutionnaire.

[871] A. BENABENT, *La Réforme du divorce article par article*, éd. Defrénois, 2004, p. 9.

[872] Dans le sens de rétrograde, de retour en arrière par rapport à la protection dont pouvait bénéficier l'époux « délaissé » avec le loi du 11 juillet 1975.

[873] Article 229 du Code civil.

rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage est largement encouragée à travers ce dernier cas de divorce. Tout comme la répudiation dite musulmane, il vise à mettre fin au mariage par la volonté d'un époux alors même que celui-ci n'a rien à reprocher à son conjoint.

Cela suffit-il pour affirmer que le législateur français a « sécularisé » la répudiation à travers le divorce pour altération définitive du lien conjugal ?

Nous tenterons d'apporter un éclairage particulier sur ce parallèle, peut être un peu hardi, mais néanmoins nécessaire.

Conclusion

Toutes les législations relatives au divorce apparaissent comme le fruit d'un très long processus, accompagné de nombreuses discussions politico-religieuses, de réflexions, de contestations et d'oppositions.

La rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage a toujours existé, elle est l'expression d'une liberté individuelle tantôt largement exprimée, tantôt strictement régulée selon les époques. L'individualisme a parfois pris le pas sur l'ordre public familial. Depuis la loi du 26 mai 2004 instaurant le divorce pour altération définitive du lien conjugal, le mari ou la femme peuvent rompre unilatéralement et discrétionnairement le mariage. Dès lors, l'un et l'autre ne disposeraient-ils pas d'une faculté de rupture identique à celle de la répudiation ?

Dans l'affirmative, nous nous demanderons - dans notre démarche comparatiste - s'il faut se fixer sur l'idée que la répudiation musulmane n'appartient qu'au seul mari et refuser ainsi toute comparaison avec le divorce pour altération. « *Il est vrai que l'une est réservée au mari alors que l'autre est offerte aux deux époux : l'égalité formelle purgerait-elle la répudiation de ses vices de fond?»*[874]. Parce que finalement, le conjoint subissant la volonté de l'autre n'est-il pas celui qui n'a commis aucune faute et contre lequel aucun grief ne peut être décemment retenu ?

En réalité, est-ce l'inégalité dans le droit de répudier qui est choquante, ou le fait de répudier lui-même ? Le vrai problème ne se situerait-il pas ailleurs ? Au-delà même de la rupture, n'est-ce pas les effets de celle-ci qui importent le plus ?

Mais est-il seulement possible d'affirmer, au risque de choquer ou de susciter des réactions, que le divorce pour altération définitive du lien conjugal revient à une « répudiation sécularisée » ?

[874] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Defrènois, 3e éd., 2009, p. 280.

Chapitre II.-Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : la répudiation « sécularisée » ?

Il n'existe pas de profil type des divorcés. Il peut s'agir de couples avec ou sans enfants, avec des enfants en bas-âge ou encore avec des enfants majeurs et indépendants[875]… Par ailleurs, le divorce est sollicité par de jeunes couples, mais également par de moins jeunes[876]. Même si le divorce semble être entré dans les mœurs, il n'en demeure pas moins qu'il représente une étape douloureuse dans la vie d'un couple et de la famille au sens large.

Généralement, le divorce intervient dans un état de crise lancinant où une quantité de problèmes et de difficultés se sont accumulés au sein du couple. La communication est alors rompue par un mur invisible qui s'est dressé entre les époux : la séparation de fait entre dans ce processus de rupture. Mari et femme ont laissés perdurer une situation de fait qu'ils ne maîtrisent plus, consciemment ou non, dans le dessein d'une hypothétique réconciliation ou en raison de considérations morales et religieuses.

Une fois la décision prise, conjointement ou unilatéralement, les époux peuvent envisager la procédure de divorce. La rupture du mariage implique la machine judiciaire, avec ses professionnels, intervenants obligés et nécessaires. La justice constate en premier lieu l'échec de la relation[877].

---

[875] En 2007, la part des divorces avec enfant(s) mineur(s) est estimée à 57% ; Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARASCO et Aurélie LEMENIER, *Le divorce* ; Ministère de la Justice, SG-2S2M-SDSE-BDSE, Secrétariat Général, Service support et moyens du Ministère de la Sous-direction de la Statistique et des Études ; Juin 2009, p. 7.

[876] L'allongement de la durée de vie augmente aussi la durée de la vie conjugale ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, p. 435.
Divorcer après de longues années de mariage est un fait réel et non marginal. Pour l'année 2007, tous divorces confondus, la durée du mariage au prononcé du divorce est de 14,8 ans. « *Au moment du divorce, la femme est âgée en moyenne de 41,7ans et l'homme de 44,4ans* » ; Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARASCO et Aurélie LEMENIER, *Le divorce* ; *op. cit.*, p. 26.

[877] Philippe Malaurie met en parallèle la peur de l'échec et la profusion législative en matière de divorce. Il explique que : « *c'est sans doute parce qu'on craint l'échec conjugal qu'on légifère si souvent sur le divorce : la crainte de rater sa vie, de rater sa vie de couple, de rater son foyer. Cette crainte est amplifiée dans la société de prospérité à laquelle tend notre société de consommation : le droit au bonheur développe le « droit au divorce ».*
Une psychose collective, la peur de l'échec, ne peut être apaisée qu'en légiférant, et on retrouve le syndrome classique : plus il y a de peurs de rupture, plus il y a de ruptures ; plus il y a de ruptures, plus il y a de peurs ; le divorce crée le divorce : l'alchimie moderne de la cheminée d'appel (….). La crise du mariage crée le droit au divorce. Le « droit au divorce » crée la crise du mariage. La peur de la crise crée la crise et incite à légiférer :

Il importe de préciser que la demande en divorce ne peut se fonder que sur un des quatre cas prévu par la loi à l'article 229 du Code civil à savoir : une demande de divorce par « *consentement mutuel ; d'acceptation du principe de la rupture du mariage; soit d'altération définitive du lien conjugal ; soit de faute* »[878].

Est irrecevable toute autre demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas[879].

Il y a donc la branche gracieuse, représentée par le seul divorce par consentement mutuel, et la branche contentieuse qui regroupe les trois autres cas de divorces.

Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les époux ont prévu les modalités de leur rupture et le Juge aux affaires familiales homologue leur accord tout en veillant au respect de certaines garanties[880].

---

une chaîne sans fin » ; Ph. MALAURIE, « *Conclusions sur la réforme du divorce : le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur* », *Defrénois* 2004, art. 38062, p. 1605.

[878] Article 229 du Code civil.

[879] L'article 1077 alinéa 1er du CPC dispose que : « *la demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil. Toute demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas est irrecevable* ».

[880] Le divorce par consentement mutuel est régit par les articles 230 et 232, 250 à 250-3 du Code civil et 1088 à 1105 du CPC. L'article 230 du Code civil précise que : « *le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce* ». Il a été question de « déjudiciarisation » de ce cas de divorce, mais l'idée à été rejetée par le Commission Guinchard, Proposition n° 25, juin 2008 ; H. FULCHIRON, « *Vers un divorce sans juge ?* », *D.* 2008, p. 365 ; B. BEIGNIER, « *Le divorce, le juge, l'avocat et le notaire* », *Dr. Famille* 2008, n° 12.

Il importe de souligner que l'idée n'est pas nouvelle car en avril 2003, un groupe de travail « *a écarté l'idée d'une « déjudiciarisation » du divorce par consentement mutuel qui avait été émise par Mme Irène Théry dans son rapport de 2001 et par Mme Elisabeth Guigou alors garde des Sceaux* » ; Jacques MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd. Defrénois, 2005, p. 2.

La procédure la plus rapide reste celle du divorce par consentement mutuel. Lorsque la volonté des époux se rejoint, généralement, le conflit de la rupture est moindre. Claire Neirinck fait remarquer que le Juge aux Affaires Familiales ne doit pas vérifier la réalité et la profondeur de la volonté des deux époux au divorce. Elle ajoute que l'homologation de la convention ne peut être refusée par le juge « *que si elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou les intérêts d'un époux. L'adverbe « insuffisamment » fixe le critère unique et particulièrement vague de ce contrôle judiciaire. Il témoigne que l'égalité n'est pas imposée ; que le déséquilibre est admis. Le contenu de la convention peut avantager très nettement un des époux* ». Claire NEIRINCK, « *Vers un droit commun de la rupture ?* », in Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 29.

D'autres dénoncent ouvertement les dangers du divorce par consentement mutuel ; Stéphane DAVID, « *Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel. Les actions ouvertes aux époux* », (p. 420) ; Pierre-Jean CLAUX, « *Lutter contre l'égoïsme d'un époux* », (p. 436); *AJfamille* 2009/10-11 Dossier spécial divorce et transparence. Monsieur Beigner constate que : « *nombreux sont les observateurs qui soulignent que ce divorce tend à mêler, parfois, vitesse et précipitation, et cela dans des sens très variables* ». Aussi ajoute t-il que : « le divorce par consentement mutuel tient parfois du « divorce capitulation » pour l'un des époux lequel se rend compte, après coup qu'un armistice aurait pu suffire ». Il préconise alors d'imposer un rytme de réflexion ; B. BEIGNER, « *Réussir son divorce : une illusion ?* », *Dr. Famille* 2010, n° 12, p. 1.

Le divorce pour acceptation de la rupture du mariage suppose que les époux ne sont pas d'accord sur les conséquences de la rupture[881]. Quant à lui, le divorce pour faute envenime le conflit au point de l'exacerber et nécessite de prouver un manquement aux devoirs du mariage[882]. Pour sa part, le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut être choisi par un époux notamment lorsque l'autre conjoint, non fautif, refuse toute idée de divorce[883].

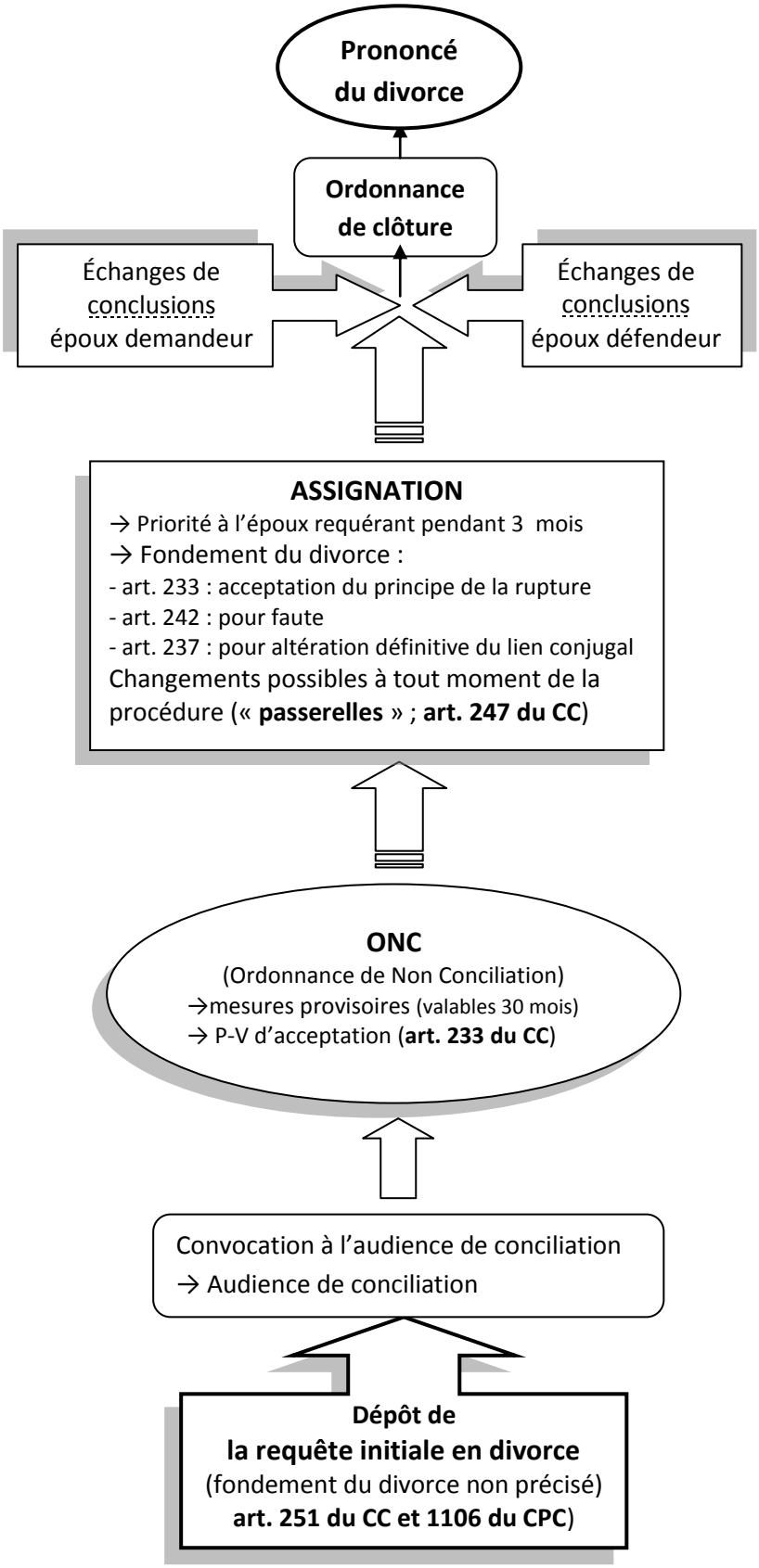
Le législateur de 2004 a envisagé un tronc commun procédural pour les divorces contentieux que nous avons repris ci-dessous. Les articles renvoyant au Code civil sont indiqués sous le sigle « CC » et ceux se référant au Code de procédure civile sont notés « CPC ».

[881] L'article 233 alinéa 1er du Code civil dispose que : « *le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* ». Ce divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux, mais aussi par les deux, lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage. Il s'agit uniquement d'un accord sur le principe de la rupture et non sur ses conséquences. Lors de l'audience de conciliation, les parties nécessairement assistées chacune par leur conseil respectif, peuvent accepter le principe de la rupture (article 253 du Code civil). Le JAF doit recueillir l'accord des époux dans un procès verbal d'acceptation qui sera annexé à l'ONC, « *s'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences* » (article 234 du Code civil). Cette acceptation ne peut pas faire l'objet d'une rétractation même par voie de l'appel (article 1123 du CPC et 233alinéa 3 du Code civil). Les époux peuvent également effectuer une déclaration d'acceptation postérieurement à l'ONC, en cours d'instance (article 1123 alinéa 5 du CPC).

[882] L'article 242 du Code civil dispose que : « *le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque les faits constitutifs d'une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ». Ce cas de divorce a fait débat et il a même été envisagé de le supprimer (en 2001 avec la proposition de loi Colcombet (n° 3189), mais elle a été abandonnée après le changement de majorité).

[883] Article 237 et 238 du Code civil.

TRONC COMMUN PROCÉDURAL



Parmi ces quatre cas de divorce, seul le divorce pour altération définitive du lien conjugal nous intéresse plus particulièrement car il impose la rupture du mariage en dépit du refus ou de l'opposition de l'autre conjoint. Il est question d'une rupture unilatérale et discrétionnaire dont l'initiative appartient aussi bien au mari qu'à la femme. Dans la mesure où chacun des époux dispose de cette faculté de rompre discrétionnairement, faut-il estimer que le divorce pour altération définitive du lien conjugal est une « *répudiation égalitariste*» ?

Aussi, cela nous amène à nous demander si à travers ce cas de divorce, le législateur n'a pas institué un pouvoir exorbitant au bénéfice de l'un des conjoints et au détriment de l'autre ? Si aux yeux de certains, il peut paraître excessif de parler de répudiation, ne peut-on admettre qu'il y a tout de même une très forte filiation avec la répudiation dite musulmane ?

Rappelons que paradoxalement, le juge français a refusé de permettre à des ruptures unilatérales et discrétionnaires prononcées à l'étranger de produire leur plein effet en France[884]. Or, nous sommes en droit de nous interroger sur la cohérence d'un système judiciaire qui condamne les répudiations telles qu'elles sont pratiquées dans les pays de droit musulman, tout en admettant dans son dispositif législatif un mode de dissolution unilatéral et discrétionnaire du lien conjugal.

Force est de constater que le divorce pour altération définitive du lien conjugal est laissé à la discrétion de chacun, mari et femme disposeraient ainsi d'un droit à la rupture.

En effet, le divorce pour altération définitive du lien conjugal de 2004 a remplacé l'ancien divorce pour rupture de la vie commune de 1975, lequel envisageait, et nous le verrons précisément, la protection du conjoint subissant la rupture. Or, bien plus qu'un simple remplacement, le divorce pour altération renforce ce sentiment d'ambigüité et de paradoxe dans l'attitude du législateur et du juge français. Car entre ces deux cas de divorce, il ne s'agit pas d'une simple transposition des termes mais bien d'un nouveau cas de divorce, beaucoup plus libéral. Il convient alors de se

[884] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, *D.* 2004, p. 825.

demander quelle est la teneur de ces changements apportés en 2004 ? En outre, il ne serait pas inintéressant de se pencher sur les modalités de ces divorces unilatéraux au regard de la répudiation.

Dès lors, il semblerait que le divorce pour altération définitive du lien conjugal constitue une « *excellente amélioration technique* »[885] de la loi de 1975 (**Section I**). En réalité, l'altération pourrait constituer une « répudiation égalitariste » (**section II**).

Section I. – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : « *une excellente amélioration technique* »[886] de la loi de l975

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal n'est pas une pure innovation du législateur de 2004. Il remplace et modifie l'ancien divorce pour rupture de la vie commune de 1975. Il nous paraît intéressant d'effectuer une analyse comparative entre ces deux cas de divorces pour démontrer qu'aujourd'hui plus qu'hier, la rupture unilatérale et discrétionnaire existe bien en droit français.

Ainsi, de 1975 à 2004, le divorce pour rupture de la vie commune permettait à un époux de « *demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans* »[887]. « *Il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir. Le juge peut rejeter d'office cette demande, sous réserve des dispositions de l'article 240, si le divorce risque d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint* »[888].

[885] A. BENABENT, *La Réforme du divorce article par article*, éd. Defrénois, 2004, p. 9.
[886] *Ibidem*.
[887] Ancien article 237 du Code civil.
[888] Ancien article 238 du Code civil.

Ce cas de divorce constituait un droit à la rupture, mais supposait tout de même une prise en charge financière du défendeur par l'époux demandeur. Dans certains cas, ce dernier se trouvait débouté de sa demande en raison de la clause d'exceptionnelle dureté. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait d'une rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage.

Depuis le 1er janvier 2005, le divorce pour rupture de la vie commune a cédé la place au divorce pour altération définitive du lien conjugal qui « *peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré* »[889]. « *L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce. Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel*»[890].

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal revient, lui aussi, à accorder un pouvoir discrétionnaire à l'un des époux afin qu'il « gère » la dissolution du mariage et passe outre le ressenti ou l'opposition de l'autre. L'unilatéralité est partagée pour le principe. Pour autant en pratique le résultat est le même : le divorce est prononcé à la demande de l'un des époux et subi par l'autre, cela au nom du principe d'égalité et de liberté. Or, contrairement au divorce de 1975, le divorce de 2004 ne fait pas assumer au demandeur les conséquences de la rupture.

En ce sens, les critiques du divorce pour rupture de la vie commune ont constitué un excellent plaidoyer en faveur du divorce pour altération définitive du lien conjugal (A). Cependant, concrètement, le divorce pour altération est-il meilleur que l'ancien divorce unilatéral de 1975 ? (B).

[889] Article 237 du Code civil tel qu'issu de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce.
[890] Article 238 du Code civil tel qu'issu de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce.

A. – Les critiques du divorce pour rupture de la vie commune : un excellent plaidoyer en faveur du divorce pour altération définitive du lien conjugal

Entre le divorce pour altération définitive du lien conjugal et l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, de nombreuses modifications ont été apportées par le législateur de 2004. Il est désormais question « d'altération définitive » et non plus de « rupture de la vie commune ». Le sens des mots et leur impact ont une certaine importance : ils reflètent à la fois l'esprit du législateur mais aussi l'objectif visé par celui-ci. Il convient alors de s'arrêter un instant sur la terminologie.

« Altération » du verbe altérer, du latin *alteratio*, renvoie à la dégradation et à la détérioration d'une chose ou d'une situation qui à l'origine était parfaitement normale voire saine. C'est un changement d'état du positif vers le négatif, car l'altération a un sens très péjoratif. En géologie, l'altération est « *une transformation des roches due à des facteurs chimiques et biologiques, responsables avec la désagrégation, de la formation des sols* »[891]. La nature subit en quelque sorte les méfaits du temps. En musique, on parle d'une note altérée lorsqu'elle est jouée faussement, ou plus précisément « *c'est un signe modifiant la hauteur de la note* »[892].

Juridiquement, l'altération correspond à la modification d'une chose ayant pour but soit de dénaturer sa fonction première, soit de lui attribuer un autre sens, ou encore en amoindrir sa valeur. Dans ce cas, il en résulte un préjudice, il peut être question de contrefaçon ou de faux en écriture.

L'altération est donc le résultat d'un changement, voulu ou non, mais d'un changement négatif, bien pire que l'état initial.

Dans le cas du divorce, l'altération est la dégradation de la relation des époux par rapport aux débuts harmonieux du mariage. Le mot altération n'est pas synonyme de

[891] Le Nouveau Petit Robert, « altération », éd. 1995.
[892] *Ibidem*.

rupture. Le lien peut être altéré sans qu'il y ait rupture, et l'adjectif « définitif » marque le point de non retour de la relation du couple[893]. Il faut ainsi comprendre que le divorce pour altération définitive du lien conjugal représente la défaite du mariage et la faillite de l'institution familiale.

C'est essentiellement à travers les critiques faites à l'égard de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune que le législateur à revu les modalités d'applications effectives du divorce unilatéral et discrétionnaire. De là est né le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui se justifie par la seule séparation de deux ans des époux (l°). Aussi, la volonté unilatérale et discrétionnaire conduit-elle étrangement à déculpabiliser sereinement le conjoint demandeur (2°).

1°. La séparation de deux ans des époux : une cause unique de divorce

Dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal, à la date de l'assignation, les époux doivent avoir cessé de vivre en commun (a). Cela doit se traduire par une séparation de fait d'une période de deux ans (b), indépendamment des raisons à l'origine de la rupture.

a) La notion de « cessation de la communauté de vie » : une absence de précision

Cette notion de « *cessation de la communauté de vie* » suppose un élément matériel et un élément intentionnel. S'agissant de l'élément matériel, cela implique que les époux ne doivent pas cohabiter ensemble[894]. Quant à lui, l'élément intentionnel correspond à la volonté des époux de ne plus vivre en commun. En conséquence, la rupture de la vie commune doit être motivée par la volonté unilatérale ou conjointe des époux.

---

[893] Nous rejoindrons la remarque de Jacques Massip, qui relève que « *en faisant de l'altération « définitive » du lien conjugal la cause du divorce, le texte nous paraît à la fois présomptueux et peu réaliste. Comment juger à l'avance du caractère définitif de la situation ? Cela est d'autant plus difficile qu'il n'est pas rare que, même après un divorce très conflictuel, deux époux se remarient ensemble. Il nous semble dès lors quelque peu maladroit d'avoir mis en exergue la nécessité d'une altération définitive à la fois dans le texte de la section et dans le texte de l'article 237* » ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd. Defrénois, 2005, p. 28.

[894] La cessation de communauté de vie matérielle implique nécessairement que les époux vivent séparément, « *chacun chez soi* », sans communauté, de toit ce qui exclut le double foyer ; Cass. 3e Civ., 2 octobre 1980, *Bull. Civ*. II. 1981, p. 132.

En l980, la jurisprudence a clairement affirmé que la cessation de la communauté de vie s'entend par une « *séparation affective et matérielle* »[895].

Dès lors, les couples qui vivent séparément pour des raisons professionnelles[896] ou liées à l'incarcération ne sont pas, au sens juridique « *séparés de fait* »[897]. En 2004, le législateur n'a pas fourni de précisions sur cette notion de cessation communauté de vie. Que faut-il déduire de cette absence de précision ? Pourrait-il s'agir d'un oubli ?

Selon certains auteurs, « *seul importe donc le fait matériel d'une vie séparée pendant deux ans. Plus n'est besoin d'apprécier l'état d'esprit passé et présent des intéressés, leurs interventions initiales (est-on parti sans esprit de retour ?) ou leurs regrets (on a songé à revenir ?). Plus n'est besoin de rechercher si toute communauté d'esprit, si toute affection conjugale, ont disparu pendant le délai légal (lettres, visites, rencontres, relations affectives ou plus). Dès lors que chacun a vécu chez soi pendant deux ans, le divorce pourra être demandé sur le fondement des articles 237 et 238* »[898] du Code civil.

Alors que se fondant sur les débats parlementaires, d'autres affirment que la séparation des époux doit être matérielle et affective.

Lors des travaux préparatoires, le projet de loi de réforme du divorce de 2004 précisait une « *cessation de la communauté de vie affective et matérielle…* ». Mais cette précision a été abandonnée car selon le rapporteur de l'Assemblée Nationale, cela aurait pu « *donner lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation et à une jurisprudence compliquée* »[899]. Cet oubli volontaire du législateur viserait ainsi à éviter toutes interprétations incertaines de ces termes car « *le maintien de la condition de cessation de la communauté de vie peut amener à penser qu'une simple séparation*

[895] Cass. 2e Civ., 30 janvier 1980, *JCP* 1981. II. 19521, note R. LINDON, *Gaz. Pal*. 1980, 1, 299, note VIATTE.
[896] Article 108 du Code civil.
[897] La séparation de fait se caractérise, comme pour la loi de 1975, par la cessation de la communauté de vie, tant matérielle qu'affective des époux. Le juge doit constater l'absence de cohabitation et la rupture des relations conjugales. Cette séparation doit être ininterrompue.
[898] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 283.
[899] A. BATTEUR, F. DOUET, L. MAUGER –VIELPEAU, N. RIVIERES, A. TISSERAND-MARTIN, *Le guide des divorces*, Dalloz, 2005, p. 106.

matérielle serait insuffisante si les conjoints continuaient à se considérer comme unis par les liens du mariage »[900].

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal suppose donc une séparation physique et affective du couple pendant deux ans.

b) Le délai réduit aux deux tiers

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal constate la faillite du mariage après deux ans de séparation. Précédemment, dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, le délai était de six ans. Suite à de longues réflexions d'ensemble, il a été réduit à deux ans[901]. Ce délai peut paraître court, mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une modalité d'application du divorce et non son prononcé systématique au bout de vingt-quatre mois de séparation.

Concernant le délai en lui-même, il s'agit d'un délai préfix qui ne peut être ni raccourci, ni interrompu ; sa computation se fait à partir de l'assignation[902]. Il faut qu'au jour de l'assignation, les époux aient cessé de cohabiter ensemble depuis au moins deux ans. Mais cela n'empêche nullement l'époux de présenter la requête initiale (ou l'assignation) avant même l'expiration dudit délai[903]. Concrètement, comme les époux ne vivent plus ensemble, l'époux demandeur pourra toujours tenter d'assigner avant l'expiration dudit délai, surtout si l'autre partie n'est pas diligente (soit qu'elle est absente ou soit qu'elle ait quitté la région sans laisser d'adresse…). Il suffit de déposer une requête en divorce et d'attendre[904].

---

[900] J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit*., p. 28.

[901] En 1998, le Rapport Théry a vivement critiqué la durée de six ans, estimée trop longue. Une durée de trois ans avait été proposée par la Commission Dekeuwer-Défossez. La proposition Colcombet, quant à elle, n'exigeait pas de séparation préalable.
I. THERY, *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, à la Ministre de la Justice, éd. Odile Jacob la Documentation Française, 1998 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, (dir.), Rapport au garde des Sceaux Ministre de la justice, *« Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps »*, rendu public, le 17 septembre 1999, La Documentation Française.

[902] La jurisprudence a considéré que ce délai est apprécié en fonction de la date de l'assignation ; CA Aix-En-Provence, 5 juillet 2005, Juris-Data n° 2005-282483.

[903] J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit*., pp. 28-29.

[904] Jacques Massip s'est demandé s'il était possible d'envisager l'altération du lien conjugal en raison de l'échec irrémédiable du mariage indépendamment du délai de deux ans lorsque par exemple l'un des époux était

Par ailleurs, le juge ne peut relever d'office le défaut du délai de deux ans[905]. Cela fait dire à Monsieur Jacques Massip qu'il « *résulte de l'article 1126 du nouveau Code de procédure civile que le délai de deux ans fixé par la loi n'est pas d'ordre public et que les époux peuvent parfaitement divorcer sur le fondement de l'article 237 du Code civil, même s'ils ne sont pas séparés de fait depuis deux ans* »[906].

En outre, à ce délai de principe, l'article 238 alinéa 2 du Code civil pose une exception importante : « *Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel* ».

Dès lors, dans le cadre d'une demande reconventionnelle en divorce - sur laquelle nous reviendrons plus amplement ci-après - si le juge rejette la demande en divorce pour faute, le divorce sera automatiquement prononcé pour altération définitive du lien conjugal indépendamment de l'expiration du délai de deux ans.

Il est donc tout à fait légitime de se demander si la règle n'est pas vidée de sa substance.

Pourquoi conditionner ce cas de divorce à un délai de deux ans, si légalement il est possible de contourner la règle ? Le lien conjugal n'est-il pas censé être plus sécurisant ? On ne peut que s'interroger sur la nécessité de cet article. Certes, l'époux qui souhaite rompre va pouvoir obtenir le divorce, mais l'époux qui n'a commis aucune faute est « remercié », sans considération aucune. Dans ce cas, ne subit-il pas une « répudiation » ? Quand bien même l'époux qui demande l'altération n'aurait

---

condamné à une peine criminelle ? L'ancien article 243 du Code civil prévoyait une telle cause de divorce, mais la loi de 2004 l'a abrogé. Il explique que l'époux demandeur pourrait ne pas supporter de rester marié à un criminel quand bien même aucune violation des devoirs du mariage ne serait à déplorer (d'autant que le juge ne peut relever d'office le défaut du délai de deux ans); *Idem*, pp. 30 et 33.

[905] L'article 1126 du CPC dispose que : « *sous réserve des dispositions de l'article 472, le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu au premier alinéa de l'article 238 du Code civil* ». En principe, le juge ne peut relever d'office la non expiration du délai de deux ans, sauf si l'époux défendeur ne comparaît pas.

[906] J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 105.

commis aucune faute, il n'en demeure pas moins qu'il décide unilatéralement et discrétionnairement de mettre fin au mariage.

Nous pensons que ce délai de deux ans devrait constituer un délai impératif que le juge devrait pouvoir soulever d'office.

Il reste au conjoint défendeur de réagir[907]. Dans la mesure où le législateur exige deux années continues, non interrompues, l'époux défendeur pourrait se livrer à une défense au fond et contester l'existence d'une séparation de fait de deux ans.

C'est ce qu'à tenté de faire une épouse, défenderesse à la procédure. Toutefois, la Cour de cassation a rejeté son argumentation en affirmant que les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation quant au point de départ du délai de deux ans.

En l'espèce, la Cour de cassation a retenu qu'en : « *appréciant la valeur et la portée des pièces versées au débat, la cour d'appel a souverainement estimé, d'une part, qu'il ne résultait pas des termes de l'accord signé par les époux le 12 septembre 2003 que le mari résidait encore au domicile conjugal au moment de sa signature et, d'autre part, que le contrat de bail conclu par l'époux le 16 juillet 2003 avec prise d'effet au 28 juillet 2003 et le témoignage de deux voisins l'ayant vu s'installer à cette période démontraient que la séparation du couple était effective dès fin juillet 2003 ; qu'elle n'a pu en déduire que la demande en divorce formulée par assignation du 8 août 2005, plus de deux ans après la séparation, était recevable ; que le moyen n'est pas fondé* »[908].

L'époux défendeur pourrait également apporter la preuve d'une interruption du délai, notamment en cas de reprise de la vie commune. Dans ce cas, le délai recommence

[907] Si l'époux défendeur soulève le défaut du délai de deux ans, le juge sera alors contraint de constater que les modalités d'application du divorce pour altération ne sont pas réunies et il devra donc débouter l'époux demandeur. Ce dernier ne pourrait alors plus introduire une requête en divorce sur ce fondement, il lui reste la possibilité de s'orienter vers les autres cas de divorce.

[908] En l'espèce, les époux avaient signés un protocole d'accord en date du 12 septembre 2003. Celui-ci avait pour objectif d'organiser leur séparation. En août 2005, l'époux assigne l'épouse sur le fondement du divorce pour altération définitive du lien conjugal. Cette dernière soulève alors le défaut du délai de deux ans à la date de l'assignation. La Cour de cassation confirme la décision des juges du fond ; Cass. 1re Civ., 25 novembre 2009, note Stéphane DAVID, « *Divorce pour altération : le point de départ du délai de séparation se prouve par tous moyens* », *AJFamille* 2010. 135.

depuis le début, peu importe le délai écoulé antérieurement à la reprise. Cela peut représenter des difficultés de preuve en particulier lorsque les époux ont alternés des phases de ruptures et de réconciliations.

Il importe de préciser que la preuve de la séparation se fait par tout moyen (témoignages, factures distinctes…). Par ailleurs, l'ordonnance de non-conciliation constate la résidence séparée des époux qui pourra constituer le point de départ (non contestable) du délai de deux ans[909]. Lorsque la cessation de la communauté de vie résulte d'une décision de justice (ONC, jugement de séparation de corps, autorisation de résider séparément…), cela ne pose pas de difficultés particulières quant à la séparation effective des époux. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une séparation de fait décidée unilatéralement par l'un des époux, la situation est moins évidente quant à la preuve.

En réalité, comme l'écrit le Doyen Cornu : « *la rupture commence quand prend fin la cohabitation* »[910].

Ainsi, la seule condition exigée pour le divorce pour altération est ce délai de deux ans de cessation de communauté de vie. Cela signifie, et nous développerons par la suite, qu'*a priori*, cesser de cohabiter n'est pas une faute parce que c'est une condition légale.

Non seulement partir du domicile conjugal n'est pas une faute, mais mieux encore, quitter l'autre, malade ou en souffrance, est permis. Car, le législateur de 2004 a complètement déculpabilisé le conjoint demandeur, lequel n'a plus à assumer les conséquences matérielles et financières de sa demande en divorce, comme c'était le cas pour l'ancien divorce pour rupture de la vie commune[911].

[909] Il convient de préciser que le délai des mesures provisoires (fixées au stade de l'ONC) est de deux ans et demi (article 1113 du CPC). C'est dans la perspective de respecter le délai de deux ans du divorce pour altération que le délai des mesures provisoires est passé de 6 à 30 mois. L'ensemble des mesures provisoires deviennent donc caduques passé ce délai.
[910] G. CORNU, *Droit civil La famille*, 9e éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit Privé, 2006, p. 545.
[911] L'ancien article 239 du Code civil précisait que : « *l'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en assume toutes les charges* ».

2°. L'altération déculpabilisée

Alors que l'ancien divorce pour rupture de la vie commune tendait à une protection importante du conjoint délaissé et présumait la culpabilité de l'auteur de la rupture[912], la procédure de divorce pour altération, quant à elle, ne permet plus de résister à la demande en invoquant le caractère excessivement dur du divorce imposé avec la clause d'exceptionnelle dureté (a). Par ailleurs, depuis la réforme de 2004, l'abandon du conjoint malade est légalement admis (b).

a) La disparition de la clause d'exceptionnelle dureté

Lors de l'adoption de la loi de l975, les débats parlementaires ont été particulièrement houleux sur la question du divorce pour rupture de la vie commune[913]. Celui-ci permettait à l'époux demandeur de se libérer des liens du mariage en imposant à l'autre la rupture de façon tout à fait discrétionnaire, tout en ménageant financièrement l'autre époux.

À l'époque, le divorce pour rupture de la vie commune a été qualifié de divorce-remède. Car il visait à apporter une solution à une relation maritale qui n'en présentait plus les caractéristiques. En effet, la séparation de fait des époux dure et perdure dans le temps et dans ce cas, il est vrai que de la vie conjugale, il ne reste plus que le statut. D'où l'expression de coquille vide, d'« *empty shell* »[914].

Le législateur de l975 avait estimé qu'il était important d'apporter des solutions à ces situations conjugales problématiques. Dès lors, le divorce était nécessairement

---

[912] Lorsque l'époux défendeur à un divorce pour rupture de la vie commune formait une demande reconventionnelle pour faute, le juge, s'il retenait la faute, celle-ci ne pouvait être aux torts partagés. L'ancien article 241 du Code civil prévoyait que : « *la rupture de la vie commune ne peut être invoquée comme cause du divorce que par l'époux qui présente la demande initiale, appelée demande principale.*
L'autre époux peut alors présenter une demande, appelée demande reconventionnelle, en invoquant les torts de celui qui a pris l'initiative. Cette demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce et non à la séparation de corps. Si le juge l'admet, il rejette la demande principale et prononce le divorce aux torts de l'époux qui en a pris l'initiative » ; Cass. 1re Civ., 26 janvier 1983, *D.* 1984. 17 (1ère espèce), note J. MASSIP.

[913] JO. 1975 Déb. Ass.nat., à propos de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 ; pp. 3310, 3318-3320 et 3346 ; Décl. de M.J. FOYER, Président de la Commission des lois à l'Ass. nat. Voir également pp. 3297, 3378 et 3496.

[914] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 279.

prononcé au bout de six années et le devoir de secours attaché au mariage était maintenu au-delà du prononcé du divorce[915].

Toutefois, l'époux défendeur disposait de moyens de défense pouvant faire échec à la volonté du demandeur avec la clause dite d'exceptionnelle dureté[916]. En effet, l'ancien article 240 du Code civil prévoyait que : « *Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande. Il peut même la rejeter d'office dans le cas prévu à l'article 238* ».

Dès lors, le juge avait la possibilité de rejeter la demande en divorce, si l'époux défendeur établissait que le divorce aurait pour lui ou pour les enfants des conséquences d'une exceptionnelle dureté (tant sur le plan matériel que moral).

On a vu au lendemain de la loi de 1975 des défendeurs invoquer efficacement des convictions religieuses pour s'opposer à la demande présentée[917], de même, le juge a pu être sensible à des situations particulièrement inéquitables[918]. Le terme de répudiation a même été retenu pour justifier d'un rejet de la demande en divorce. En

---

[915] F. FURKEL, « *La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?* », *D.* 1977, chron. 83.

[916] C. COLOMBET, « *La clause de dureté dans le divorce pour rupture de la vie commune* » in Mélanges A. *Weil*, Dalloz, 1983, p. 139.

[917] CA Paris, 16 mars 1978, *JCP* 1978. II. 18964 (2e espèce), note LINDON ; CA Dijon, 29 juin 1978, *JCP* 1980. II. 19350 (2e espèce), note LINDON ; TGI Perpignan, 29 février 1984, *D.* 1984. 520, note SERIAUX ET VILLACEQUE ; CA Montpellier, 16 février 1987, *D.* 1988. 5, note VILLACEQUE ; CA Colmar, 28 novembre 1990, *JCP* 1991. II. 21764, note VILLACEQUE.
Par ailleurs, la demande en divorce pour rupture de la vie commune a pu être rejetée en raison de l'état de santé de l'époux défendeur ; s'agissant de :
- l'aggravation probable de l'état dépressif de l'épouse avec risque suicidaire aigu, CA Grenoble, 12 septembre 1994 ; *Juris-Data* n°046064.
- risque d'un choc psychologique pouvant provoquer des séquelles irréversibles, CA Bordeaux, 9 mars 1994 ; *Juris-Data* n°040872.
- graves déficiences immunitaires de l'épouse, tout choc moral étant de nature à aggraver sa mauvaise résistance aux maladies, CA Montpellier, 18 novembre 1992 ; *Juris-Data* n°034648.

[918] La demande en divorce pour rupture de la vie commune a été rejetée dans les cas suivants :
- relation adultère de l'époux au domicile conjugal alors même que son épouse, handicapée à 80%, atteinte de sclérose en plaques est hospitalisée. Par ailleurs, sur le plan matériel, l'époux propose des garanties financières insuffisantes ; CA Metz, 12 mars 1991, *Juris-Data* n°042277.
- l'époux a quitté le domicile conjugal au bout de 29 ans de vie commune. L'épouse, quant à elle, a élevé douze enfants, et se trouve dans un état de santé qui risque de s'aggraver. Cette dernière, mariée depuis 43 ans dont 29 de vie commune, s'expose ainsi à la déconsidération sociale et risque aussi de se retrouver dans une situation matérielle précaire ; CA Metz, 22janvier 1991, *Juris-Data* n°041354.

l'espèce, il s'agissait d'un époux ayant quitté le domicile conjugal pour s'installer avec une autre femme. La séparation de fait des époux s'inscrit sur fond d'adultère. Suite à son départ, l'époux transfère tous ses biens à sa concubine, organise son insolvabilité et reste alors redevable de la somme dérisoire de 400 francs par mois à titre de pension alimentaire à l'égard de l'épouse. Il a été retenu que cette attitude donnerait « *au divorce, s'il était prononcé, le caractère d'une* ***répudiation*** *particulièrement choquante ; l'injustice de la situation volontairement créée par le mari s'ajoutant, pour l'épouse, dont la santé est obérée, à la perte d'avantages matériels sont autant d'éléments constitutifs d'une dureté exceptionnelle* »[919]. Le qualificatif de répudiation est ici outrancier et assez caricatural, reste que dans cette affaire, l'épouse a pu bénéficier des effets de cette clause.

La clause de dureté permettait ainsi à l'époux défendeur de paralyser la procédure de divorce et de contrer la volonté de l'époux demandeur. Ce mécanisme pouvait s'analyser comme une sorte de « véto » à la rupture, pourtant contraire à la liberté du mariage. En ce sens, il était possible de contrer la « répudiation ».

Parsemé d'embûches, le divorce pour rupture de la vie commune, décourageait fortement le demandeur qui devait en assumer la charge pleine et entière. Effectivement l'article 239 du Code civil disposait que : « *L'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en supporte toutes les charges. Dans sa demande il doit préciser les moyens par lesquels il exécutera ses obligations à l'égard de son conjoint et des enfants* ».

Aujourd'hui, la différence de la loi de l975, avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal, l'époux demandeur n'a rien à perdre mais tout à y gagner, et ce qui faisait la particularité du divorce de l975 a totalement disparu[920]. Sans vouloir chercher un intermédiaire ou un palliatif, la solution adoptée a été simplificatrice voire

[919] CA Colmar, 29 avril 1989, confirmé en cassation : Cass. 2e Civ., 7 février 1990, pourvoi n°88-16.025.

[920] Le rapport Dekeuwer-Défossez préconisait le maintien de la clause d'exceptionnelle dureté, en outre l'époux demandeur devait supporter toutes les charges du divorce, y compris les frais de procédure ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), Rapport au garde des Sceaux Ministre de la justice, *« Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps »*, rendu public, le 17 septembre 1999, La Documentation Française ; p. 131.

réductrice. Depuis le l[er] janvier 2005 la clause d'exceptionnelle dureté a été purement et simplement supprimée.

Il est vrai que, s'agissant d'une clause qui permettait de maintenir une union alors que la concorde au sein du couple est inexistante, et que le couple lui-même était devenu fictif, cette clause devait disparaître. Quand bien même nous défendons les valeurs familiales, il n'est pas sain pour la famille de n'en avoir que les apparences en maintenant coûte que coûte le mariage. Si l'époux demandeur doit assumer, dans des proportions raisonnables, les conséquences de sa décision unilatérale de rompre, il ne peut rester uni de force à son conjoint. Ce n'était finalement peut-être pas une bonne chose, ni pour le couple ni pour la famille.

Soulignons tout de même qu'en pratique, les magistrats ont fini par ne plus faire application de cette clause[921], celle-ci a surtout été apliquée dans les années 1975-1980. Il paraissait alors évident de la supprimer car « *même si la jurisprudence n'a fait qu'un usage très modéré de cette disposition, il en résultait que le divorce n'était jamais automatique, que le mariage ne pouvait être résolu par la seule volonté unilatérale de l'un des conjoints* »[922]. Or, la réforme de 2004 a consacré une place de choix à la volonté individuelle au détriment du conjoint malade.

b) Le conjoint malade : « oui pour le meilleur, certainement pas pour le pire »

Le malade est une personne dont l'état de santé est défaillant. Elle se trouve dans un état de faiblesse ou de détresse, parfois livrée à elle-même. Il y a des degrés dans la maladie : l'une est passagère, l'autre est incurable, une autre relève de la psychiatrie... Les uns se soignent et se soumettent volontiers à la médecine, d'autres s'y refusent ou nient la maladie, d'autres encore ignorent leur état de santé. Il appartient alors aux proches, à la famille et aux tiers d'assurer la protection juridique de la personne malade. Dès lors, celle-ci va rejoindre le groupe des majeurs protégés, que certains qualifient de « *peuple des majeurs protégés* »[923].

[921] Jacques MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd., Defrénois, 2005, p. 29.
[922] *Idem*, p. 4.
[923] Le Professeur Philippe Malaurie indique que : « *Le peuple des majeurs protégés est nombreux et pitoyable : les fous, furieux ou paisibles (l'idiot du village), les dépressifs, les névrosés, les schizophènes, les psychotiques, les*

La rupture au sein du couple a pour effet direct de fragiliser l'institution familiale. Les solidarités internes se redessinent et le rôle de chacun est redéfini. Des institutions spécialisées prennent également le relai. Lorsque l'incapable est un membre de la famille (enfant, frère, sœur, parents, grands-parents), la séparation l'isole davantage du groupe. Mais concrètement comment s'organise le divorce des personnes placées sous un régime de protection ?

Dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, deux causes de divorce étaient envisageables : un divorce pour séparation de fait prolongée de six ans et un divorce pour altération des facultés mentales. Le divorce pouvait être demandé lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvaient, depuis six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie n'existait plus entre les époux au jour de l'assignation et ne pouvait « *selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir* »[924]. Cela ne supposait pas nécessairement une séparation de fait du couple lors de l'introduction de la requête en divorce[925].

Il était question « d'altération des facultés mentales ». Intuitivement, on a essayé de comprimer l'expression pour donner l'impression qu'il s'agit d'un même cas de divorce. Or, entre le divorce pour rupture de la vie commue et le divorce pour altération du lien, il n'existe pas beaucoup de similitudes si ce n'est le caractère unilatéral et discrétionnaire de la rupture. En effet, le divorce pour altération

---

autistes, les prodigues, les faibles d'esprit, les exaltés (de la procédure, de la science, de la politique, de la religion), les drogués, les alcooliques, les handicapés (physiques et mentaux), les victimes d'accidents (par exemple, de la route) lorsqu'elles sont diminuées physiquement et parfois mentalement, les grabataires, les comateux, et surtout, les vieillards, de plus en plus nombreux et âgés, affaiblis, diminués ou complétement gâteux. Leurs facultés mentales peuvent être plus ou moins altérées, de façon intermittente ou permanente, totale ou partielle. Il y a les riches et il y a les pauvres n'ayant pour revenus que leurs retraites ou les prestations sociales et pour dépenses que les frais d'hébergement et de soin. Ceux qui sont entourés d'une famille aimante, ou d'une famille cupide, ou d'une famille haineuse ou indifférente, ou, les plus nombreux, seuls au monde. Les uns sont hospitalisés, plus ou moins, d'autres dans la rue ; les autres vivent chez eux, plus ou moins. Ceux qui vivent dans une ville et ceux qui vivent à la campagne. Un monde hétérogène, sauf qu'il s'agit toujours de personnes diminuées » ; Ph. MALAURIE, *Les Personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 5e éd., Defrénois, Coll. Droit civil, 2010, p. 280.

924 L'ancien article 238 du Code civil prévoyait que : « *il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent depuis six ans si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir* ».

925 Jacques Massip émet l'hypothèse suivant laquelle, « *on pouvait très bien imaginer le cas d'une maladie mentale, remontant loin dans le passé, qui n'ait pas, dans un premier temps, empêché la cohabitation mais que par son aggravation elle ait rendu impossible, peu à peu, toute communauté physique, intellectuelle ou morale entre deux époux, de sorte que la situation était devenue intolérable pour le conjoint sain d'esprit. Il faudra désormais, dans un tel cas, qu'il y ait une séparation de deux années entre les époux, condition qui n'était pas exigée par le texte antérieur* » ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit.*, p. 29.

n'envisage plus comme cause de divorce l'altération des facultés mentales. Le législateur de 2004 accorde à l'époux incapable une protection bien en deçà de celle prévue en l975[926]. Par ailleurs, deux (et non plus six ans) suffisent à constituer l'altération du lien.

Aucun mécanisme protecteur particulier n'a été mis en œuvre par le législateur lors de la réforme du divorce de 2004. La loi du 5 mars 2007[927] n'a fait que rappeler à l'article 249 du Code civil les modalités du divorce « *des personnes protégées* »[928]. Ainsi, celui-ci dispose que : « *Si une demande en divorce doit être formée au nom d'un majeur en tutelle, elle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis « médical » et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou le juge.*
Le majeur en curatelle exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur ».

C'est donc le juge des tutelles ou le Conseil de famille qui autorise le divorce pour les incapables. En cas de tutelle, l'action en divorce doit être exercée par le tuteur et en cas de curatelle, l'incapable se défend lui-même avec l'assistance du curateur[929]. Lorsque le conjoint était tuteur ou curateur de l'autre, il a été envisagé la nomination d'un « *tuteur ou d'un curateur ad hoc* »[930]. Pour l'époux placé sous sauvegarde de justice, « *la demande en divorce ne peut être examinée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle* » ; toutefois, des mesures urgentes ou provisoires vont pouvoir être prises par le juge[931].

[926] L'ancien article 281 alinéa 1er du Code civil disposait que : « *le devoir de secours couvre tout ce qui est nécessaire au traitement médical du conjoint malade* ». Lors de la rupture, le devoir de secours se matérialisait par le versement d'une pension alimentaire. Dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, le conjoint « innocent » conservait les donations et avantages matrimoniaux qui lui avaient été consentis (ancien article 269 alinéa 2 du Code civil).
[927] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, JO. du 7 mars 2007 ; entrée en vigueur le 1er janvier 2009.
[928] Le législateur de 1968 préférant cette expression à celle d'incapable qui serait plus courtoise et bienveillante à l'égard du malade mental. Le législateur de 2007 n'a fait qu'aller dans le même sens ; Laetitia STASI et Christelle COUTANT-LAPALUS, *Droit civil, Personnes, Incapacités, Famille,* éd., Paradigme, Coll. Manuel, 2009, p. 98.
[929] Article 249-1 du Code civil.
[930] Article 249-2 du Code civil.
[931] Article 249-3 du Code civil.

Même si le divorce par consentement mutuel et le divorce accepté ne sont pas permis pour les conjoints incapables[932], il n'en demeure pas moins que depuis 2005, il est tout à fait possible de divorcer sereinement d'un conjoint incapable comme d'un conjoint bien portant. En définitive, les devoirs de secours et d'assistance perdent toute signification et ne prennent tout leur sens qu'au moment de la procédure de divorce.

Un conjoint malade peut donc être « répudié » en toute légalité. Dès lors, un incapable peut se voir opposer un divorce pour faute ou un divorce pour altération définitive du lien conjugal, et même en être le demandeur. L'époux sous l'emprise d'une addiction (drogues ou alcool) et qui par suite, devient violent à l'égard de l'épouse, verra le divorce prononcé à ses torts exclusifs[933]. Mais, il existe des cas où les juges retiennent que le comportement d'un époux se trouve excusé en raison de son état mental. La maladie justifierait ainsi la faute grave et renouvelée rendant intolérable le maintien de la vie commune. L'altération du lien, quant à elle, vient cautionner l'abandon du conjoint malade.

Ne faudrait-il pas prévoir un régime particulier, dans lequel celui qui décide de partir serait astreint à un certain nombre d'obligations ?

Il s'agirait d'un devoir de secours et d'assistance renforcé. L'idée serait de rappeler au conjoint « bien portant » que le mariage est une institution et qu'à ce titre sa dissolution implique un minimum de considération. Cela se traduirait essentiellement par : le versement d'une prestation compensatoire (ce qui existe déjà), la mise à disposition d'un logement ou la prise en charge des loyers durant une année à compter

[932] Il résulte de l'article 249-4 du Code civil qu'à l'égard du majeur placé sous un régime de protection, « *aucune demande en divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut être présentée* ». C'est une incapacité spéciale de jouissance. Cela ne signifie pas que le divorce n'est pas possible, mais il doit se faire sur un autre fondement, comme par exemple pour altération définitive du lien conjugal.

[933] TGI Lille, 3e Chambre Cab. 1, 14 janvier 2010, jugement n°07/05965 (non publié) ; en l'espèce, le divorce a été retenu aux torts exclusifs de l'époux en raison de la toxicomanie de ce dernier, qui le rend agressif et parfois violent à l'égard de l'épouse. Dans cette affaire, l'époux a quitté le domicile conjugal et admet ses torts.
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 5, 8 janvier 2010, jugement n°06/10435 (non publié) ;
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 3, 29 janvier 2010, jugement n°09/01760 (non publié) ;
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 10, 16 février 2010, jugement n°07/07140 (non publié) ;
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 3, 18 février 2010, jugement n°09/02652 (non publié) ;
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 2, 23 février 2010, jugement n°08/02453 (non publié) ;
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 6, 11 mars 2010, jugement n°08/04476 (non publié) ;
TGI Lille, 3e Chambre Cab. 5, 12 mars 2010, jugement n°09/06945 (non publié) ;

du prononcé du divorce. Cela paraît raisonnable et éviterait d'ajouter au sentiment d'abandon ressenti par le conjoint malade. L'on permet bien au veuf et au partenaire survivant de bénéficier du logement commun pendant un an en cas de décès[934], pourquoi ne pas le permettre au conjoint malade ?

La difficulté réside surtout dans l'évaluation de la prestation compensatoire car elle a pour but de compenser, autant que possible, « *la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* » de chacun des époux[935]. Or, comment déterminer l'étendue de l'incapacité pendant le mariage et au-delà ?

Force est de constater que, le divorce pour altération définitive du lien conjugal est beaucoup moins contraignant que l'ancien divorce unilatéral de 1975, mais en est-il seulement meilleur ?

B. – Le divorce pour altération est-il meilleur que le divorce pour rupture de la vie commune ?

Suivant le Bulletin d'information statistique de janvier 2009, en 2007, le nombre de divorces a augmenté « *du fait de l'essor des divorces pour altération définitive du lien conjugal, dont le nombre est passé de 2000 à plus de 10 000 entre 2005 et 2007* »[936].

Il n'est nullement contesté que le divorce pour altération définitive du lien conjugal se distingue du divorce pour rupture de la vie commune « *par des signes éclatants* »[937]. Pour autant s'il fallait comparer ces deux cas de divorce, pourrait-on affirmer, sans nuance ni détours, que le divorce pour altération serait « meilleur » que l'ancien divorce de 1975 ?

[934] Article 763 (pour le conjoint survivant) et article 515-6 alinéa 3 du Code civil (pour le partenaire survivant).
[935] Article 270 du Code civil.
[936] Aurélie LERMENIER et Odile TIMBART, « *Les divorces prononcés de 1996 à 2007* » ; Infostat Justice, Bulletin d'information statistique, janvier 2009, n°104, p. 2.
[937] G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9e éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit Privé, 2006, p. 543.

C'est principalement le sort de l'époux subissant la rupture qui nous intéresse au premier chef. On peut s'interroger sur les moyens de défense dont il disposerait face à la volonté unilatérale et discrétionnaire de son conjoint. Ce dernier peut-il imposer la rupture sans contrepartie? L'époux défendeur pourrait-il contrer la volonté ou la stratégie de l'autre ?

Pour répondre à l'ensemble de ces questions, il importe de relever que la pratique judiciaire du divorce pour altération est assez riche en enseignement (2°). Mais au préalable, il y a lieu de se pencher sur un mécanisme procédural facultatif : la demande reconventionnelle en divorce. Celle-ci permet aux époux de contester ou de discuter de la décision unilatérale de l'un d'eux (l°).

1°. La demande reconventionnelle : une technique procédurale facultative

Dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal, le mécanisme de la demande reconventionnelle peut paraître aux premiers abords assez complexes (a). Mais concrètement, il offre la possibilité à l'époux défendeur de soulever la violation du devoir de cohabitation (b).

a) Le mécanisme de la demande reconventionnelle : une réponse au divorce unilatéral ?

Avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur ne peut pas invoquer une rupture « sans cause réelle ni sérieuse », c'est-à-dire sans motif. Or, en droit social, l'employeur ne peut pas « répudier » son salarié sans raison valable. Le droit du travail semble plus protecteur que le droit de la famille sur ce point.

Tout au plus, l'époux défendeur à un divorce pour altération peut invoquer une faute de son conjoint (peut-être inexistante ou difficilement caractérisable) en formant une demande reconventionnelle qui correspond à la demande concurrente formée par l'un des époux. Il faut comprendre que ce dernier n'entend pas acquiescer à la demande initiale formée par son conjoint. Il ne s'agit pas d'un mécanisme nouveau, il existait

déjà avec le divorce pour rupture de la vie commune[938]. Le législateur de 2004 a tout simplement rendu plus souple la procédure.

Il convient de préciser que la demande reconventionnelle n'est enfermée dans aucun délai et qu'elle peut être formulée en cours de procédure. Envisageons trois hypothèses afin de mieux expliciter le processus. À l'issue de cet exposé, nous avons dressé un schéma récapitulatif du mécanisme.

Premièrement, il peut s'agir soit d'une demande principale en divorce pour altération définitive du lien conjugal, suivie d'une demande reconventionnelle en divorce pour faute. Dans ce cas, l'époux défendeur entend se défendre en reprochant à l'autre une faute, comme par exemple l'abandon du domicile conjugal.

Deuxièmement, envisageons l'hypothèse inverse, c'est-à-dire une demande principale en divorce pour faute suivie d'une demande reconventionnelle en divorce pour altération. Dans le cas présent, l'époux demandeur invoque une faute de l'autre, et ce dernier va tenter de se défendre en arguant l'altération du lien conjugal.

Concernant ces deux premières hypothèses, la loi précise que : « *Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute s'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal* »[939]. Le divorce pour faute est donc prioritairement examiné, que la demande soit principale ou reconventionnelle[940], et ce quelque soit leur ordre chronologique[941]. Le Doyen Cornu affirme à ce sujet que : « *la priorité chronologique donnée au débat sur la faute*

[938] L'ancien article 241 du Code civil prévoyait que : « *La rupture de la vie commune ne peut être invoquée comme cause du divorce que par l'époux qui présente la demande initiale, appelée demande principale.*
L'autre époux peut alors présenter une demande, appelée demande reconventionnelle, en invoquant les torts de celui qui a pris l'initiative. Cette demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce et non à la séparation de corps. Si le juge l'admet, il rejette la demande principale et prononce le divorce aux torts de l'époux qui en a pris l'initiative ».

[939] Article 246 du Code civil. La règle est également énoncée à l'article 238 alinéa 2 du Code civil.

[940] Par contre, le législateur de 2004 a préféré le divorce à la séparation de corps : lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut se fonder que sur le divorce et non la séparation de corps (article 297 du Code civil). Par ailleurs, lorsqu'une demande en séparation de corps et une demande en divorce pour altération sont présentées concurremment, le juge examine en premier la demande en divorce.

[941] Article 246 alinéa 1er du Code civil.

relativement à l'autre laisse percevoir, dans le principe, entre les deux fondements concurrents une hiérarchie des valeurs »[942]. Dès lors, le divorce pour faute a eu la faveur du législateur.

Ce n'est que si le juge rejette la demande en divorce pour faute, qu'il prononcera automatiquement le divorce pour altération définitive du lien conjugal, alors même que les conditions posées à l'article 238 alinéa 1er du Code civil ne sont pas réunies, notamment le délai de deux ans. Une fois encore, il importe de rappeler que le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration de ce délai[943]. Il constatera que le lien conjugal est altéré « *nonobstant ces dispositions* »[944].

Reste encore une dernière hypothèse, celle du « duel fautif ». Ainsi, troisièmement, lorsque le divorce est demandé pour altération définitive du lien conjugal et que le défendeur forme une demande reconventionnelle en divorce pour faute, le demandeur initial a la possibilité de changer le fondement de sa demande en invoquant les fautes de son conjoint (article 247-2 du Code civil)[945]. Certains expliquent que le passage d'une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal à une demande en divorce pour faute permet au demandeur initial de contester, à titre de défense, les fautes que lui impute l'autre conjoint et d'invoquer éventuellement les fautes qu'il repproche à ce dernier[946]. « *Il s'agit de pallier l'interdiction de former des demandes subsidiaires* »[947].

Dans ce cas, les époux invoquent la faute de l'autre, faute qu'ils doivent prouver, il appartient au juge de retenir la faute de l'un ou de l'autre, ou même des deux. Le risque pour l'époux demandeur est de voir le divorce prononcé à ses torts exclusifs (ou aux torts partagés) et d'être condamné à des dommages et intérêts ou perdre

[942] G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 549.
[943] L'article 1126 du CPC dispose que : « *Sous réserve des dispositions de l'article 472, le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu au premier alinéa de l'article 238 du code civil* ». Le renvoi à l'article 472 du CPC concerne le cas où le défendeur n'a pas comparu.
[944] Article 238 alinéa 2 du Code civil ; peu importe alors le délai de deux ans de cessation de vie commune.
[945] Sous l'empire de la loi de 1975, l'époux demandeur à un divorce pour rupture prolongée de la vie commune ne pouvait pas changer le fondement de sa demande initiale en divorce pour faute en invoquant les fautes de son conjoint. Dès lors, le juge ne pouvait pas prononcer le divorce aux torts partagés des époux ; CA Paris, 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 587. Néanmoins, les fautes réciproques pouvaient aboutir à un rejet de la demande reconventionnelle ; Cass. 1re Civ., 26 janvier 1983, *D.* 1984, 17, note J. MASSIP.
[946] M.-B. MAIZY et C. CADARS BEAUFOUR, « *Incidence procédurale de la faute* », *AJFamille* 2011/ n° 2, p. 74.
[947] *Idem*, p. 16.

éventuellement son droit à une prestation compensatoire[948]. Or, il importe de rappeler que la volonté du législateur de 2004 était de « pacifier » la rupture, de la rendre la moins conflictuelle possible[949]. Certes ont été mis en place un système dit de « passerelles » afin de permettre au couple de modifier le fondement de leur demande en cours de procédure[950]. Cependant, il est également offert aux époux d'emprunter une voie plus conflictuelle, l'objectif d'apaisement des conflits visé par la loi est loin d'être acquis dans ce cas.

Il est intéressant de se demander si, finalement, en voulant rétablir un équilibre dans la rupture, le législateur n'a pas fait entrer le couple dans un système d'engrenage où chacun tente de démontrer la faute de l'autre dans l'échec du mariage.

Mais en définitive, l'altération est tout aussi efficace : le temps étant alors la seule exigence.

---

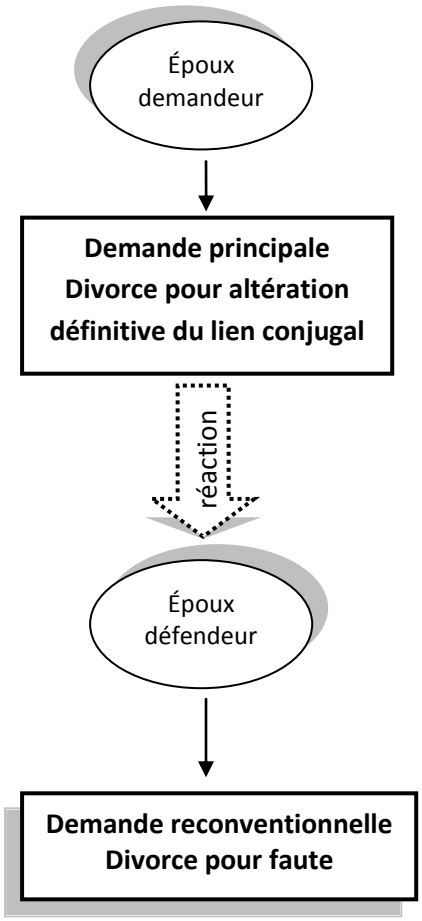
[948] L'article 270 *in fine* dispose que : « *Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture* ». L'ancien article 286-1 du Code civil prévoyait que l'époux coupable ne pouvait bénéficier d'une prestation compensatoire ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit*., p. 324 et suiv.
Cependant, la jurisprudence a admis que l'époux adultère puisse sortir du mariage avec le bon pécule de la prestation compensatoire ; X. LABBEE, « *La femme adultère fait du bénéfice* », note sous TGI de Lille 21 novembre 2006 n° 05/05490, *D.* 2008. 996; Jugement confirmé en appel par la Cour d'appel de Douai (arrêt non publié).

[949] L'article 247 du Code civil indique que : « *Les époux peuvent à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci* ». Ainsi, alors même que les époux s'étaient engagés dans une procédure contentieuse, ils peuvent, à tout moment, passer à un divorce par consentement mutuel en produisant au JAF une convention aux fins d'homologation. Par ailleurs, l'article 247-1 du Code civil prévoit que : « *Les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage* ».
De même, les parties peuvent sortir d'un divorce pour faute ou pour altération, pour un divorce accepté avec production des procès verbaux d'acceptation. À ce sujet l'article 1123 alinéa 5 du CPC précise que : « *en cours d'instance, la demande formée en application de l'article 247-1 du Code civil doit être formulée de façon expresse et concordante dans les conclusions des parties. Chaque époux annexe sa déclaration d'acceptation à ses conclusions* ».

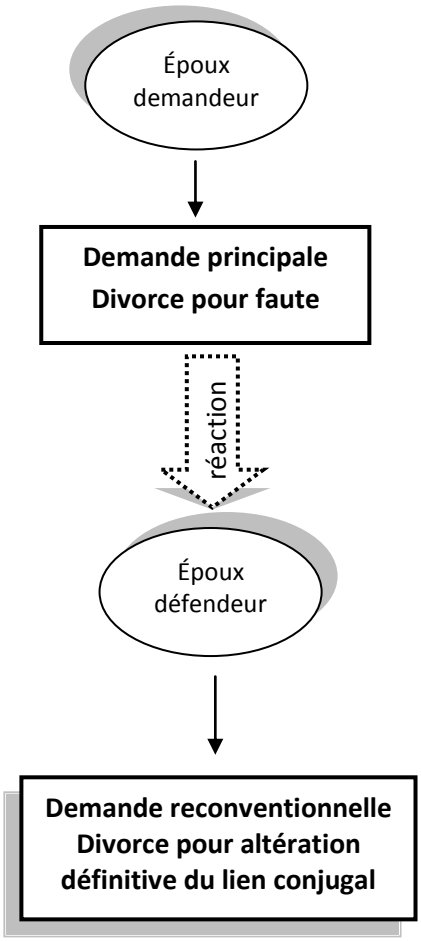
[950] Avant 2005, en principe le demandeur ne pouvait pas changer le fondement initial de sa demande en divorce en cours de procédure (ancien article 1077 du CPC), sauf en cas de divorce par consentement mutuel (ancien article 246 du Code civil) ; Cass. 2e Civ., 1er juin 1987, *Bull. Civ*. 1987, n° 123 ; *D*. 1989, 211, note J. MASSIP ; Defrénois 1988, p. 1291.
Lorsque le demandeur souhaitait s'orienter vers un autre cas de divorce, il devait obligatoirement reprendre toute la procédure depuis son début ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit*., p. 250.

MÉCANISME DE LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE

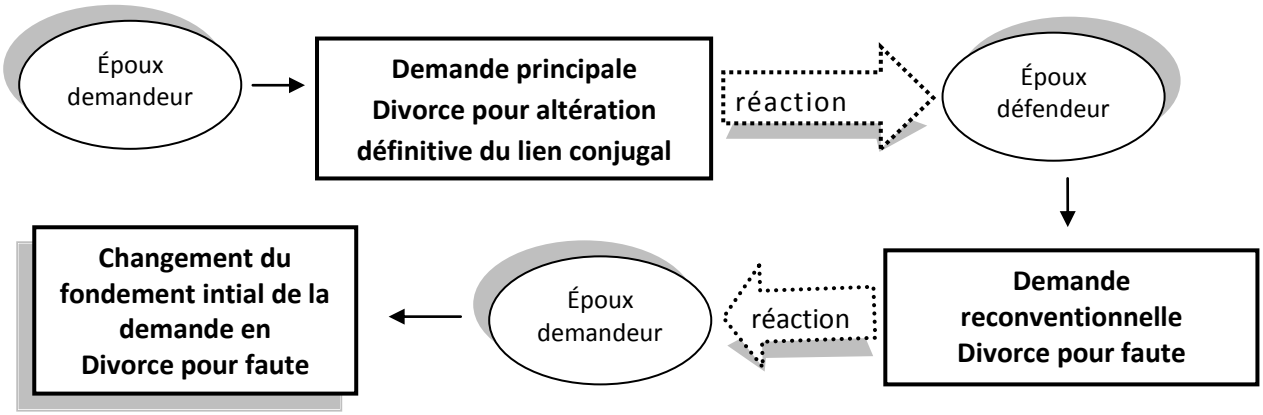
Hypothèse n° 1



Hypothèse n° 2



Hypothèse n° 3 : « *Duel fautif* » art. 247-2 du Code civil



La principale difficulté du divorce pour altération réside dans la cessation de la communauté de vie. Celle-ci peut s'analyser soit en une violation du devoir de cohabitation soit être excusée par la faute de l'autre conjoint. Le contentieux peut ainsi être déplacé sur le terrain de la faute.

La question qui se pose est de se demander comment doit s'effectuer la démonstration de la preuve ?

b) Le devoir de cohabitation : entre violation et excuse

Au soutien d'une demande en divorce pour altération, il est nécessaire d'apporter des éléments de preuve[951]. L'article 259-l du Code civil précise qu'un : « *époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude* »[952].

De même, il y a cette exigence du respect à la vie privée[953]. Au sein du couple, cette frontière de la vie privée est très mince puisqu'à existé une proximité et une intimité certaine dont il n'est pas possible de faire abstraction. Il incombe alors à l'époux invoquant l'altération du lien d'en apporter la preuve. Celle-ci est loin d'être simple car la cessation de la communauté de vie peut aussi constituer une faute.

[951] Il appartient au demandeur de démontrer la réalité des faits qu'il allègue au soutien de sa prétention (article 9 du CPC). L'article 259 du Code civil dispose que : « *les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu* ». Le témoignage reste le mode de preuve le plus fréquemment employé en matière de divorce. L'article 202 du CPC précise que les attestations doivent relater des faits personnellement constatés par le témoin, des faits suffisamment précis et circonstanciés. Les enfants ne peuvent témoigner au divorce de leurs parents (article 205 du CPC). Les éléments de preuve ainsi obtenus ne doivent pas être entachés de violence ou de fraude (article 259-1 du Code civil) et doivent respecter la vie privée (article 259-2 du Code civil).

[952] La Cour de cassation a admis la preuve de l'adultère de l'épouse apporté par le mari par des mails. L'épouse avait alors invoqué le fait que son époux avait « *détourné son code secret d'accès* » à sa messagerie personnelle, et qu'il avait ainsi pu les imprimer à son insu. Mais dans la mesure où elle n'a pu apporter la preuve de la violence ou de la fraude, son argumentation a été rejetée par la Cour de cassation ; Cass. 1re Civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ.* I. 2005, n° 213, Defrénois 2005. 1342, note J. MASSIP. En 2009, la Cour régulatrice a également admis la recevabilité du sms comme mode de preuve ; Cass. 1re Civ., 17 juin 2009 (07-21.796) ; Élodie MULON, « *Sms et divorce : du conjoint volage au conjoint dévoilé…* » ; *RJPF* 2009 n° 9, p. 19.

[953] Article 259-2 du Code civil. Cass. 2e Civ., 6 février 1980, Gaz. Pal. 1980. 2. 434 (l'hussier ayant dans cette espèce outre passer sa mission). Par aillleurs, une décision imposant à l'épouse de se soumettre à des examens afin d'établir son éventuel état de grossesse constitue une atteinte au principe de la liberté individuelle ; TGI Corbeil (référé), 5 juillet 1972, Gaz. Pal. 1972. 2. 749.

Le problème est de savoir si dans le cadre d'un divorce pour altération définitive, l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux peut constituer une faute ? Après tout, l'absence de cohabitation pourrait s'analyser en un abandon du domicile conjugal. Dès lors, face à cette ambigüité, comment définir la faute conjugale ?

L'article 242 du Code civil nous indique que c'est une faute grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage ; une faute si grave qu'elle rend intolérable le maintient de la vie commune.

La jurisprudence retient généralement la faute en cas d'adultère, de violences verbales ou physiques, d'injures graves, d'intempérance ou de prodigalité[954]….

Légalement, seule la cessation de la communauté de vie de deux ans constitue l'unique fondement du divorce pour altération définitive du lien conjugal, nulle autre raison ou explication ne sont à fournir. Donc, le fait d'avoir permis aux époux de demander le divorce au bout de deux ans de séparation suppose que l'époux qui a quitté le domicile conjugal ne commet pas une faute en formant une demande de divorce pour altération.

Pourtant, dans le cadre d'une demande reconventionnelle en divorce pour faute, comme il a été examiné précédemment[955], il est permis aux époux d'invoquer les fautes de l'autre caractérisées par une violation des devoirs du mariage. Le devoir de cohabitation fait partie de ces devoirs.

Toute la difficulté se situe dans la preuve. L'abandon du domicile conjugal est sans conteste une faute, mais il peut être excusé en fonction des raisons ayant motivées le départ de l'époux ou de l'épouse. Par exemple, il peut s'agir de circonstances particulières (violences, adultère[956]) ou encore en raison du caractère ou de l'incompatibilité d'humeur des époux.

---

[954] Cass. 2e Civ., 14 mai 1996, pourvoi n°94-20.868 (adultère) ; Cass. 1re Civ., 23 mai 2006, *Bull. Civ*. I, n°260, p. 228, *D.* 2007, somm. 609, obs. WILLIATTE-PELLITERI (violences verbales) ; Cass. 2e Civ., 14 novembre 2002, *JCP* 2003, IV. 1010, Juris-Data n°2003-016305 (injures graves) ; CA, 14 décembre 1992, Juris-Data n°050099 (intempérance et prodigalité).

[955] Article 247-2 du Code civil, voir également schémas page 298 de la présente étude.

[956] Encore que, « *l'adultère a cessé d'être une infraction pénale et surtout une cause péremptoire de divorce ; les juges ont donc toute latitude pour apprécier au cas par cas si la violation du devoir de fidélité est suffisamment*

La rupture n'est alors plus discrétionnaire : elle doit trouver sa justification dans la faute de l'autre. L'époux qui se refusait à toute explication et l'époux qui refusait obstinément la rupture, vont être tous deux contraints de sortir de la négation. Le mécanisme de la demande reconventionnel constitue une réponse au divorce unilatéral. Cela constitue une différence fondamentale, et non des moindres, avec la répudiation musulmane.

Dans le cadre d'une demande reconventionnelle, l'issue du divorce pour altération définitive du lien conjugal est inéluctable uniquement lorsque la faute n'a pu être prouvée.

Il faut comprendre que l'altération sera retenue par la preuve de la cessation de la communauté de vie depuis au moins deux ans lors de l'assignation et aussi à défaut de réaction de l'autre conjoint. Ou encore lorsque ce dernier n'est pas parvenu à prouver la faute du conjoint ayant invoqué l'altération. C'est en tout cas ce que révèle la pratique judiciaire.

2°. La pratique judiciaire

Après l'échec d'une précédente procédure, le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut constituer une excellente alternative à la rupture du mariage (a). L'époux défendeur subissant la rupture peut également acquiescer dans le dessein d'obtenir des dommages et intérêts (b).

a) L'altération après l'échec d'une précédente procédure de divorce

Il convient de rappeler que, même si la procèdure permet aux époux de modifier le fondement initial de leur demande en divorce (par le mécanisme de la demande reconventionnelle), il ne leur est pas possible de former une demande subsidiaire en

---

grave et rend intolérable le maintien du lien conjugal. Au vu des circonstances, l'adultère peut devenir un fait insignifiant ou se trouver excusé » ; Catherine PHILIPPE, « *Vers un droit commun des effets du contrat de couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *Petites Affiches*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 19.

divorce[957]. Par exemple, cela signifie que les époux ne peuvent pas solliciter un divorce pour faute à titre principal et demander subsidiairement un divorce pour altération. Si le juge rejette la demande en divorce (fondée sur l'article 242 du Code civil), les époux ne pourront plus réintroduire une requête en divorce sur ce fondement-là en raison de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement[958]. C'est dans cette perspective que peut intervenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

En effet, dans la pratique judiciaire, le prononcé du divorce pour altération peut se présenter comme une alternative au déboutée du divorce pour faute. Dans ce cas, les époux se sont engagé dans une procédure de divorce pour faute mais ils ne sont pas parvenu à prouver la faute de l'autre au sens de l'article 242 du Code civil, ce qui a conduit à un double débouté.

Chacun campant sur ses positions : le mariage n'est pas dissout, les époux restent mariés car le fondement juridique choisit au départ n'était pas le bon. Ils ont perdu du temps et adopté une mauvaise stratégie, souvent à cause des rancœurs de la rupture.
Lors de cette première procédure pour laquelle les époux (ou l'un d'eux) ont été débouté de leur demande, le juge a pu organiser leur séparation en fixant la contribution aux charges du mariage et les modalités des droits parentaux[959]. Le couple est autorisé judiciairement à résider séparément, l'altération du lien conjugal est bien consommée.

Cependant, dans la mesure où aucun des époux ne veut s'orienter vers la voie gracieuse ni même accepter le principe de la rupture du mariage, est alors engagée une nouvelle procédure de divorce, cette fois sur le fondement de l'altération définitive du lien conjugal ; l'exigence des deux ans étant largement acquise. Remarquons que dans cette hypothèse, l'époux demandeur au divorce pour altération n'est pas

[957] Article 1077 alinéa 1er du CPC.
[958] Cependant, cela n'empêche pas les époux de former appel du jugement de divorce ou de son débouté ; voir article 538 du Code civil et les articles 542 et suivants du même Code.
[959] L'article 258 du Code civil dispose que : « *Lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale* ».

systématiquement celui qui impose brutalement une rupture unilatérale et discrétionnaire. De même que l'époux défendeur n'est pas toujours une « victime ».

À n'en pas douter, le divorce pour altération peut constituer une « issue de secours» du mariage nécessaire parce qu'il permet la dissolution du lien matrimonial suite à une procédure longue, coûteuse et pénible inscrite dans la faute. L'énergie que chacun a mis dans la recherche de la faute de l'autre s'épuise avec le temps : le juge prend donc acte de la rupture.

Ne pourrait-on effectuer ici un parallèle avec la répudiation musulmane, et affirmer que celle-ci est aussi une rupture nécessaire lorsque le couple s'enlise dans une relation insatisfaisante ?

L'époux défendeur à un divorce pour altération subit la rupture, d'autant plus s'il ne forme pas de demande reconventionnelle. Il acquiesce à sa propre « répudiation ».

Mais, cela ne résulterait-il pas d'une volonté à peine voilée, d'obtenir des dommages et intérêts, conformément à ce que prévoit l'article 266 du Code civil ? Dès lors, il ne serait pas inutile de s'interroger sur l'appréciation de l'allocation des dommages et intérêts par le juge. Comment ce dernier évalue t-il le préjudice résultant de la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage ? Sur quels critères évalue t-il ce préjudice ?

b) Les dommages et intérêts : une indemnisation de principe ?

Les dommages et intérêts ont un caractère indemnitaire, ils viennent réparer un préjudice, peu importe que l'époux bénéficiaire ait des revenus supérieurs à ceux de son conjoint[960]. Les juges du fond évaluent le préjudice au jour de la rupture[961] et ils apprécient souverainement le montant de la réparation. Précisons également que, les dommages et intérêts ne sont exigibles qu'à partir du jour où le divorce est devenu définitif[962].

[960] Cass. 2e Civ., 4 juillet 1968, *D.* 1969, 114.
[961] En cause d'appel, les juges ne doivent pas se placer au jour où ils statuent mais au jour de la rupture du lien matrimonial ; Cass. 2e Civ., 3 juin 1966, *Bull. Civ*. II. 1996, n° 453.
[962] Afin de décourager le conjoint débiteur d'user de moyens dilatoires pour retarder le paiement, il est admis en

Dans le cadre d'un divorce pour altération, l'époux défendeur peut demander la condamnation de son conjoint au versement de dommages et intérêts au titre des articles 1382 et 266 du Code civil. Toutefois, la réparation n'est pas systématique et il incombe à l'époux qui la sollicite de prouver son préjudice[963].

S'agissant de l'article 1382 du Code civil, il est prévu que : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». La réparation suppose la démonstration d'une faute et d'un préjudice. Il incombe à l'époux qui les sollicite de démontrer une faute indépendante de celle qui constitue la cause du divorce. Cela signifie que l'époux doit prouver l'existence d'un préjudice moral ou matériel, distinct de la rupture du mariage.

Ont été réparés en jurisprudence, l'offense dû à l'adultère de l'époux, à savoir le fait de s'être montré en public avec sa maîtresse[964] ou encore le fait d'avoir détourné des biens de la communauté[965]…

La demande de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 peut être exercée aussi bien par le demandeur que par le défendeur à l'instance et ce quelque soit le cas de divorce[966]. Elle n'est pas enfermée dans la procédure de divorce[967].

Quant à l'article 266 du Code civil, le législateur a précisé que : « *Sans préjudice de l'application de l'article 270[968], des dommages et intérêts peuvent être accordés à un*

---

jurisprudence que le juge puisse porter à intérêts, les dommages et intérêts, à compter de sa décision ; Cass. 2e Civ., 5 décembre 1974, *Bull. Civ*. II. 1974, n° 268.

[963] Il appartient aux époux de fonder leur action sur l'un ou l'autre article, ou sur les deux. Mais, il y a lieu de constater que la distinction entre les deux dispositions n'est pas toujours évidente ; J. Hauser, « *La réparation du préjudice moral : 266 ou 1382 ?* », à propos d'un arrêt de la Cass. 1re Civ., 11 janvier 2007 ; *RTD Civ*. 2007. 321.

[964] Cass. 2e Civ., 5 janvier 1991, *Gaz. Pal*. 1992, 1, pan. p. 148.

[965] Cass. 2e Civ., 15 octobre 1981, *Bull. Civ*. II. 1981, n° 186.

[966] Ainsi, la jurisprudence a-t-elle admis une demande de dommages et intérêts au titre de l'article 1382 du Code civil dans le cadre d'un divorce pour rupture de la vie commune ; Cass. 2e Civ., 30 septembre 1983, *Gaz. Pal*. 1984, 2, pan. 185, obs. GRIMALDI.

De même, en cas de divorce aux torts partagés, lorsqu'il est établi un préjudice distinct de celui résultant de la dissolution du lien conjugal, des dommages et intérêts peuvent être alloués sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; Cass. 2e Civ., 15 octobre 1981, *Gaz. Pal*. 1982, 1, pan. p. 103 ; Cass. 2e Civ., 13 mars 1985, *Gaz. Pal*. 1985, 2, somm. p. 210.

[967] La demande de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil est parfaitement autonome de la procédure de divorce car même si le divorce n'a pu être prononcé, la condamnation à des dommages et intérêts est tout à fait possible ; Cass. 2e Civ., 24 janvier 1990, *JCP* G. IV, p. 110.

Par ailleurs, la demande au titre de l'article 1382 du Code civil peut être recevable à une instance postérieure au prononcé du divorce ; CA Paris, 14 novembre 1980, *Gaz. Pal*. 1981, 2, n° 508, note J. MASSIP.

époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce ».

L'époux doit démontrer qu'il subit des conséquences particulièrement graves du fait de la dissolution du mariage. Il est question des « *conséquences du fait de la dissolution du mariage et non les conséquences du « tort » de l'autre* »[969].

Il est nécessaire *« que ces conséquences excédent celles habituelles affectant toute personne se trouvant dans la même situation* »[970]. L'indemnisation se fait à la hauteur du préjudice subi et non en raison des circonstances de la rupture ou des fautes qui ont pu être commises. Le juge doit davantage s'attacher aux conséquences du divorce et non à ses causes, « *encore que, dans certains cas, les circonstances particulièrement odieuses de la rupture soient de nature à influer sur la gravité du préjudice moral subi* »[971].

En effet, il peut s'agir d'un préjudice matériel ou moral. Comme par exemple, le fait de subir des violences conjugales[972] ou quitter une épouse après 56 ans de mariage, âgées de 76 ans et invalide[973]. De même qu'est réparable, au titre de l'article 266 du Code civil, « *le préjudice réel et renforcé* » subi par l'épouse en raison du divorce intervenu dans un pays duquel elle n'est pas native, et où elle n'a aucune famille[974].

---

[968] L'article 270 du Code civil est relatif à la prestation compensatoire.

[969] Marie-Bénédicte MAIZY et Céline Cadars BEAUFOUR, « *Conséquences patrimoniales liées à la faute* », *AJFamille* 2011. 82.

[970] Il s'agissait, en l'espèce, de réparer un préjudice caractérisé par une période de grave dépression de l'épouse liée à la dissolution du mariage. L'épouse ayant démontré que : « *du fait du divorce, ses conditions de vie sont totalement bouleversées puisqu'elle se retrouve privée du milieu artistique dans lequel elle a baigné depuis son mariage* » ; CA Paris, 24e Ch., Sect. C, 15 janvier 2009, n° 08/07520 ; Juris-Data n° 2009-000630 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Dommages-intérêts fondés sur les articles 266 et 1382 du Code civil avant et après la loi du 26 mai 2004* » ; *Dr. Famille* 2009, n° 5, p. 25, Comm. 54.

[971] Jacques MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd., Defrénois, 2005, p. 163.

[972] CA Paris, 24e Ch., sect. A, 14 janvier 2009, n° 08/07529 ; Juris-Data n° 2009-000201. CA Paris ,24e Ch., sect. A, 28 janvier 2009, n° 05/19383 ; Juris-Data n° 2009-000198 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Dommages-intérêts fondés sur les articles 266 et 1382 du Code civil avant et après la loi du 26 mai 2004* » ; *Dr. Famille* 2009, *op. cit.*

[973] CA Paris, 24e Ch., sect. A, 7 mai 2008, D. PIWNICA, « *Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 26 mai 2004* », *JCP* 2009, n° 45, 407, p. 44.

[974] CA Paris, 24e Ch., sect. A, 20 février 2008, Juris-Data 2008-356143; *Dr. Famille* 2008, Comm. 55, obs. V.

Par ailleurs, la durée du mariage et les convictions religieuses de l'épouse peuvent constituer des conséquences d'une particulière gravité générant un droit à réparation[975].

L'action est circonscrite à la procédure de divorce. En outre, cette demande n'est recevable que dans des conditions et des hypothèses très strictes.

Tout d'abord, soit l'époux est défendeur à un divorce pour altération définitive et il ne forme aucune demande reconventionnelle ; dans ce cas, il pourra solliciter des dommages et intérêts. Concrètement, lorsque l'époux ne forme aucune demande reconventionnelle, cela signifie qu'il est confronté à la décision de l'autre, qu'il la subit en quelque sorte. Or, s'il formait une telle demande cela sous-entendrait qu'il accrédite l'altération alléguée par son conjoint. En somme, cette disposition permet à l'époux « répudié » d'obtenir réparation parce qu'il n'a pas voulu la rupture, ainsi c'est l'autre qui est considéré comme « responsable » de la dissolution du lien matrimonial[976].

Ensuite, soit l'époux défendeur forme une demande reconventionnelle pour faute et si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'autre conjoint, dans cette hypothèse, il peut obtenir des dommages et intérêts. Par contre, si sa demande est rejetée et que le divorce est prononcé pour altération, sa demande en réparation n'est pas recevable.

De même, dans le cadre d'un divorce pour faute, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ne pourra solliciter des dommages et intérêts sur ce fondement.

En 2009, la Cour de cassation a rendu une décision concernant l'application de l'article 266 du Code civil, pour le moins surprenante[977]. En l'espèce, les juges du fond ont condamnés le mari, aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé, à

LARRIBAU-TERNEYRE.

[975] CA Paris, 10 septembre 2008, n° 08/03301 ; D. PIWNICA, « *Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 26 mai 2004* », *op. cit.*

[976] G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 9e éd., Montchrestien, Domat Droit Privé, 2006, p. 549.

[977] Cass. 1re Civ., 1er juilllet 2009, n° 08-17.825, Juris-Data n° 2009-048910 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Contrôle des motifs caractérisant les conséquences d'une particulière gravité sur le fondement de l'article 266 issu de la loi du 26 mai 2004* », *Dr. Famille* 2009, n° 9, p. 24, Comm. 103.

verser 15 000 euros de dommages et intérêts à sa femme au titre de l'article 266 du Code civil. A été mis en avant le fait que l'époux « *a quitté son épouse après 39 ans de mariage, dans des conditions difficiles et en recherchant une nouvelle compagne, ce qui a entraîné pour Madame A. un préjudice moral* »[978]. Sous les visas des articles 266 du Code civil et 455 du Code de procédure civile[979], la Cour de cassation censure la décision. Par un arrêt en date du 1er juillet 2009, elle affirme : « *Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à caractériser les conséquences d'une particulière gravité subies par Mme A. du fait de la dissolution du mariage, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés* »[980].

Cet arrêt soulève la question de la définition « des conséquences d'une particulière gravité » puisque le législateur de 2004 n'a donné aucune précision quant à son appréciation.

« *La première chambre civile de la Cour de cassation encourage ainsi les avocats au respect des dispositions légales et à la rigueur dans l'administration de la preuve, ce que certains omettent parfois dans la croyance naïve qu'il suffirait d'invoquer un préjudice pour en obtenir réparation* » [981].

Dès lors, en matière de divorce pour altération définitive du lien conjugal, il essentiel que soit caractérisé une faute distincte de la dissolution du mariage et causant un préjudice (article 1382 du Code civil). Par ailleurs, seul l'époux « non fautif » et « inactif » peut prétendre à des dommages et intérêts au titre de l'article 266 du Code civil. Il incombe à l'époux demandeur, en l'occurrence à son avocat, de prouver le préjudice qu'il a subit. Il appartient seulement au Juge aux affaires familiales d'apprécier l'opportunité de la réparation, son fondement et son montant.

[978] *Ibidem*.
[979] L'article 455 du Code civil dispose que : « *Le jugement doit exposer succintement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif* ».
[980] *Ibidem*.
[981] D. PIWNICA, « *Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 26 mai 2004* », *JCP* 2009, n° 45, 407, p. 44.

Conclusion

Le législateur de 2004 semble avoir institué une dispense légale au devoir de cohabitation, en faisant de l'exigence de la cessation de la communauté de vie de deux ans, la seule condition du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Force est d'admettre qu'aujourd'hui, le divorce constitue une liberté avant de pouvoir constituer un droit. Cela suppose que cette liberté ne soit pas qu'un leurre. La réduction du délai de deux, la disparition de la clause d'exceptionnelle dureté ou encore la protection spéciale du conjoint malade… Toutes ces mesures sont acceptables et compréhensibles. Mais la disparition totale et entière de la prise en charge financière par « *l'époux répudiant des conséquences de la répudiation* » [982] semble inacceptable car cela revient à « *admettre la liberté d'être irresponsable* » [983].

Dans la mesure où ce cas de divorce ne propose aucun garde-fou contre la volonté unilatérale, pourquoi devrait-on se priver de le qualifier de répudiation ?

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal peut être très utile, notamment lorsque la séparation, de fait ou de droit, dure depuis de nombreuse années. Il n'en demeure pas moins qu'il vise à rompre et à imposer la rupture du mariage de façon unilatérale et discrétionnaire à l'image de la répudiation musulmane. En définitive, cette dernière ne serait-elle pas plus acceptable, plus supportable pour celui ou celle qui se voit imposer la rupture ?

Il ne serait pas inintéressant de se demander pourquoi le législateur de 2004 a institué un tel cas de « divorce-libération ». Est-ce une bonne chose que d'encourager la libéralisation du lien du mariage sans contre-poids efficace?

[982] Ph. MALAURIE, « *Conclusions sur la réforme du divorce, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur* », *Defrénois* 2004, art. 38062, p.1603.
[983] *Ibidem*, p. 1606.

Section II. – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou la « répudiation égalitariste »

« *Il y a cette différence entre le divorce et la répudiation que le divorce se fait par un consentement mutuel à l'occasion d'une incompatibilité mutuelle ; au lieu que la répudiation se fait par la volonté et pour l'avantage d'une des parties, indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre* »[984]. C'est ainsi que Montesquieu définit la répudiatio. Cette vision de l'institution n'est-elle pas réductrice ?

En effet, si la répudiation musulmane réserve la faculté de rupture au seul mari, elle obéit quand même à un processus précis qui tend vers le respect de la femme[985]. La répudiation est le droit de rompre le mariage, de manière unilatérale et discrétionnaire sans tenir compte de l'opposition éventuelle de l'épouse. Il ne s'agit pas d'une décision prise à la légère dans l'intérêt de l'un au détriment de l'autre, comme certains le pensent, mais bien d'un acte de réflexion majeur qui s'impose au mari[986]. Son caractère unilatéral et discrétionnaire est volontairement exagéré dans son interprétation et dans son acception en Occident. Cette institution, d'un autre temps choque, elle soulève l'indignation.

Mais si l'on s'attarde un peu plus sur le droit du divorce actuel en France, ce mode de dissolution du mariage ne répondrait-il pas à la définition du divorce pour altération définitive du lien conjugal ?

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal, prévu aux articles 237 et 238 du Code civil, offre la faculté à chacun des époux de demander la dissolution du mariage au bout de deux années de cessation de vie commune. Peu importe les causes de la rupture, il s'agit d'un véritable pouvoir discrétionnaire et unilatéral dont chacun peut

[984] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XVI, Ch. 15.
[985] Voir Titre Ier, Chapitre I de la présente étude.
[986] Telle est la répudiation musulmane au sens des prescriptions coraniques ; Coran Sourate 65, *La répudiation* ; Coran 2/226 à 232 - 236-237 et 241 ; Coran 4/20 -35 -128 et 130 ; Coran 33/4 - 28-29 et 49 ; Coran 58/1à 4 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, « *Le Noble Coran* », *Nouvelle traduction française du sens de ses versets*, éd. Tawhid, 2004.

user librement. L'un et l'autre sont à égalité, c'est en ce sens que nous employons l'expression de « répudiation égalitariste ». Car la notion d'égalitarisme n'est-elle pas une doctrine ou un système qui a pour objet l'égalité absolue en matière politique et sociale[987] ?

Il serait intéressant de se demander si cette égalité est déterminante pour rejeter toute assimilation entre « l'altération » et la répudiation ? Doit-on se formaliser outre mesure sur le pouvoir exclusif de l'époux sur l'épouse ?

Il reste qu'en matière de dissolution du mariage, la liberté dans la rupture est clairement établie. Mais peut-on seulement affirmer que cette liberté de rompre soit sans limite ? Devrait-on encourager cette liberté ou faudrait-il protéger davantage le lien matrimonial ? Dès lors, la question qui se pose est de savoir si le droit au divorce, en tant que composante essentielle de la liberté individuelle, serait accessible à tous ? En effet, peut-on revendiquer un droit au divorce lorsque l'on est un étranger ayant acquis une situation administrative grâce au mariage en France ou avec un conjoint français ?

Il résulte de la réforme de 2004 que le législateur a tenté de chercher un équilibre entre, d'un côté, la « libéralisation » de la dissolution du lien matrimonial (A) et, d'un autre côté, la protection de l'institution du mariage (B).

A. – La libéralisation de la dissolution du lien matrimonial

La « libéralisation » renvoie à diverses acceptions qu'il convient de préciser. En économie, la libéralisation évoque le fait de rendre plus libre une société à travers notamment une intervention étatique limitée. La doctrine libérale se fonde sur un système où l'État n'assume que des fonctions régaliennes permettant la vie en collectivité. Dans cette hypothèse, l'État est à la fois arbitre (du jeu libéral) et gendarme (qui assure le maintien de l'ordre et de la défense nationale). Cette doctrine est favorable aux libertés individuelles, l'initiative privée est mise sur un piédestal : la

[987] *Le nouveau Petit Littré*, « égalité », éd. Garnier 2009.

liberté d'entreprendre est fortement encouragée et la concurrence doit, elle aussi, pouvoir s'exprimer librement.

On rencontre la notion de libéralisation dans de nombreux domaines, que ce soit politique, économique ou social. Tout part de l'idée qu'il faut « *laisser-faire, laissez-passer* ». Le but étant le profit, les règles existent mais elles sont minimalistes : il est question de marché libéral ou encore de démocratie libérale.

La libéralisation c'est également le fait d'être libéral dans son comportement et dans son attitude visant au respect et à la tolérance envers les opinions et l'indépendance d'autrui. Or, cette tolérance peut parfois conduire à une perte des repères parce que les individus s'affranchissent de certaines règles et de certaines valeurs morales au point de créer de nouvelles conceptions de vie bien loin du modèle traditionnel. En ce qui concerne la famille, la libéralisation des mœurs est le reflet d'une société centrée sur l'individualisme : la cellule familiale n'est plus au centre des préoccupations sociétales puisque c'est l'individu qui prime. On ne pense plus principalement pour le groupe mais pour soi.

La libéralisation de la dissolution du lien matrimonial signifie que le mariage se libéralise et en ce sens, défaire les liens est plus facile et plus libre que par le passé. La tendance actuelle n'est pas à la sauvegarde de l'institution mais à sa désagrégation, sous couvert de liberté et de refus d'enferment dans le mariage. Le couple est encouragé dans la rupture, en raison de la primauté de l'individualisme. À chacun d'apprécier les limites de sa propre liberté[988].

---

[988] « *Désormais, et pas seulement en France mais dans l'ensemble du monde occidental, chacun définit comme il veut ce qu'est la religion qui l'engage, presque exclusivement seul. La richesse religieuse vient de la liberté, la grande valeur de notre temps, la valeur majeure ; « Á chacun son droit » avait écrit Jean Carbonnier en présentant le droit contemporain de la famille, ce qui implique aussi « à chacun sa morale », « à chacun sa religion ». Le grand souffle de notre temps, peut-être sa grandeur : c'est la liberté. Il n'y a de véritable conviction que si elle est libre : seule la liberté donne un sens à une foi ou à une morale. Chacun et librement, définit le sens qu'il donne à sa vie et prend pour sa conscience morale et religieuse ce qui lui convient dans la religion, de la même manière qu'on va au marché en achetant des produits qui vous plaisent. Chacun définit sa propre conscience religieuse. La conscience religieuse devient soumise à la loi du marché, comme peut-être progressivement toute notre société. On pourrait en discuter et surtout, on pourrait aller plus loin ; « à chacun son droit, sa morale et sa conscience », signifie, à chacun son divorce, à chacun son mariage, à chacun sa conception de vie et sa manière de vivre la vie de couple. Vive la convention !* » ; Ph. MALAURIE, « *Conclusions sur la réforme du divorce, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur* », *Defrénois* 2004, art. 38062, pp. 1603-1604.

C'est dans cet état d'esprit que le législateur de 2004 a affirmé que : « *L'adaptation du droit de la famille aux évolutions sociologiques qui ont marqué ces dernières décennies, constitue un objectif indispensable à la mise en œuvre d'une politique nouvelle en direction des couples et des familles, à la fois respectueuse des valeurs fondamentales de notre société, volontariste et pragmatique. Cette politique a pour ambition de mieux reconnaître, au sein de la sphère privée,* ***l'aspiration de nos concitoyens à plus de volonté et de liberté*** *et d'affirmer les références essentielles qui constitue le socle de notre société, au rang desquels* ***la valeur de l'engagement, la solidarité et la responsabilité*** »[989].

Sont ainsi mises en avant la volonté individuelle et la liberté de se désengager des liens du mariage comme constituant une « *aspiration* », autant dire un droit. En même temps, sont rappelées les valeurs de l'engagement, de la solidarité et de la responsabilité. Pourtant, le droit de mettre un terme au mariage de façon discrétionnaire et unilatérale ne paraît pas compatible avec la solidarité ou la responsabilité dans la rupture. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal ne semble pas permettre de conjuguer à la fois cette « aspiration » et ces valeurs.

Nous rejoindrons la pensée de certains auteurs qui retiennent que : « *Le divorce est « libéralisé », dit-on, parce qu'il est rendu plus facile ; les époux sont libérés de la servitude des lois et peuvent échapper à celle du mariage. Désormais, ce n'est plus la loi qui exerce une contrainte sur les époux, mais leur volonté individuelle, leurs sentiments individuels, leur morale individuelle, leur passé individuel, l'influence de leur famille individuelle* »[990].

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal incarne la liberté dans la rupture. La répudiation musulmane représente cette même liberté, certes au service exclusif de l'époux. C'est essentiellement à cause de cette dernière caractéristique que cette institution est décriée.

[989] Projet de loi relatif au divorce, Sénat n° 389, cité par A. BATTEUR, F. DOUET, L. MAUGER –VIELPEAU, N. RIVIERES, A. TISSERAND-MARTIN, *Le guide des divorces*, Dalloz, 2005, p. 8.
[990] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit*., p. 239.

Toutefois, en se penchant davantage sur la législation française, force est de constater que la France a su, s'agissant de particularismes locaux, tolérer la répudiation musulmane : nous songeons ici à Mayotte. Notre étude ne pourrait faire l'impasse sur l'attitude du législateur à l'égard de la répudiation mahoraise, longtemps marquée par la tolérance. En effet, paradoxalement, à titre dérogatoire, la France a permis à Mayotte de pratiquer la répudiation musulmane pendant une très longue période sur le territoire décentré de la République[991]. Depuis le 1er janvier 2005[992], la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage à l'initiative du mari n'y est plus permise. Pourtant, la loi du 26 mai 2004, notamment le divorce pour altération définitive du lien conjugal applicable à Mayotte[993], autorise la rupture unilatérale et discrétionnaire du lien matrimonial à l'initiative du mari ou de la femme.

Il importe alors de se demander si le progrès réalisé réside en l'abolition de la répudiation mahoraise ou en l'instauration d'un divorce libéral ?

À n'en pas douter, le divorce pour altération définitive du lien conjugal consacre un droit à la rupture (1°) et à Mayotte, il restaure un droit à la rupture unilatérale et discrétionnaire (2°).

1°. Un droit à la rupture consacré

Face à la liberté aucune barrière n'est infranchissable, surtout si le législateur vient renforcer ce sentiment « *du droit à…* » en consacrant certains droits tels que : le droit à un procès équitable, le droit à la santé, le droit au logement, le droit au mariage, le droit à une vie familiale normale, le droit au respect de la vie privée[994], le droit à une liberté sexuelle[995]… Mais, qu'en est-il du droit au divorce ?

---

[991] S. BLANCHY, *La Vie quotidienne à Mayotte*, L'Harmattan, 1991.

[992] Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 relative à l'Outre-mer, JO.du 22 juillet 2003, p. 12320. Cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2005, comme la loi relative au divorce.

[993] La loi du 26 mai 2004 est applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie Française, à Wallis et Futuna, et à Mayotte. Les dispositions du titre IV du Livre 1er du Code civil (Au divorce) sont applicables à Mayotte aux personnes relevant du statut civil de droit local ; Article 26 de la Loi n° 2004-439, du 26 mai 2004 ; JO. du 27 mai 2004, p. 9319.

[994] R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 10e éd. Dalloz, 2004. Thierry-S. RENOUX (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices, La Documentation Française, 2007.

[995] S'agissant de relations sadomasochistes adultères librement consenties ; CEDH, 17 février 2005, *KA et AD c/*

En 1986, la Cour Européenne des Droits de l'Homme avait refusé de reconnaître un droit au divorce s'agissant d'un couple d'irlandais (à cett époque, en Irlande le divorce était alors interdit[996]). En l'espèce, les époux avaient invoqué les dispositions de la Convention EDH, notamment l'article 8 concernant le droit au respect de la vie privé et familiale et l'article l2 relatif à la liberté du mariage.

Selon la Cour : « *le sens ordinaire des mots « droit de se marier » est clair : ils visent la formation de relations conjugales et non leur dissolution* ». Elle ajoute qu'« *ils figurent dans un contexte renvoyant expressément « aux lois nationales » ; même si, comme l'affirment les requérants, l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12* ». Pour ce qui est de l'article 8, elle indique que l'on ne peut: « *logiquement déduire de l'article 8, texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu (…) de l'article 12* » [997].

Depuis l986, le droit du divorce en Europe, suivant en cela les avancées du droit de la famille, a bien évolué. Il est fort probable qu'aujourd'hui, la Cour Européenne puisse se prononcer en faveur d'un droit au divorce.

Dés 1984, avec le divorce pour rupture de la vie commune, la doctrine énonçait clairement : « *qu'il n'y a évidemment pas de droit au divorce* » [998]. En l999, le Professeur Dekeuwer-Defossez affirmait qu'en France « *même si, actuellement, le divorce est plus facile, il n'est pas un droit pour les époux* »[999]. Or, avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal, il est communément admis qu'il s'agit d'un « *vrai droit au divorce unilatéral* (…) *par volonté unilatérale* »[1000].

Belgique, *RTD Civ*. 2005, p. 341, note J.-P. MARGUENAUD.

[996] C'est à l'occasion d'un référendum, que fut permis le divorce en Irlande en 1995. En Europe, l'Italie a admis le droit de divorcer en 1970, l'Espagne en 1981. À Malte le divorce est encore interdit.

[997] Arrêt Johnston et al. c/ Irlande, du 18 décembre 1986, série A, n° 112 ; GA CEDH, n°41. Mais, en 1979, dans l'arrêt *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, la CEDH avait affirmé que dans le cadre du respect à la vie privée ou familiale, les États interdisant le divorce comme mode de dissolution du mariage, avaient l'obligation de dispenser les époux de leur devoir de cohabitation ; Série A, n° 32 ; GA CEDH, n° 2.

[998] C. ATIAS, « *Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce* », *JCP* 1984. I. 3151.

[999] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *À propos du pluralisme des couples et des familles* », *LPA* 1999, n° 84, p. 34.

[1000] Jacques MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd., Defrénois, 2005, p. 4.

Aujourd'hui, « *le divorce n'est plus un fléau mais est devenu au contraire l'expression d'un droit* »[1001]. La question se pose de savoir s'il ne s'agit pas de la consécration d'un véritable droit fondamental au divorce ?

Ce divorce ne permet-il pas de mettre un terme au mariage en dépit de l'opposition de l'autre époux de façon unilatérale et discrétionnaire ? En définitive, n'est-ce pas ce qui caractérise la répudiation dite musulmane ?

Dès lors, il convient de se demander si le divorce pour altération définitive du lien conjugal ne représenterait pas une « répudiation déguisée » (a) voire une « répudiation renforcée » (b) ?

a) Le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou la « répudiation déguisée »

Lors des discussions relatives au divorce pour rupture de la vie commune, certains s'étaient demandé s'il ne s'agissait pas d'une forme de « répudiation déguisée»[1002] dans la mesure où le divorce pouvait être imposé à un époux alors même qu'aucune faute ne lui était imputable. La situation semblait particulièrement choquante, voire injuste. Rappelons que jusque-là, le divorce devait nécessairement trouver sa cause dans la faute du conjoint, et que ce mode de dissolution était pour l'époque assez « révolutionnaire ». Cela revenait à un divorce pour incompatibilité d'humeur que l'on ne connaissait plus depuis 1792 !

Les détracteurs de la loi de l975 ont pointé du doigt ce cas de divorce en raison de sa très forte proximité avec la répudiation[1003].

À ce sujet, la jurisprudence s'est prononcée en 1987. En l'espèce, l'épouse (défenderesse à l'instance) avait invoqué la violation du divorce pour rupture de la vie

[1001] X. LABBEE, « *L'ordre matrimonial à deux visages* », *JCP* 2009 n° 16-17, 15 avril 2009, p. 5.
[1002] R. LINDON, *« La nouvelle législation sur le divorce », JCP* 1975. I. p. 2728, n° 108 et suiv.; B. MONSALLIER, « *Le divorce pour rupture de la vie commune », RTD Civ.* 1980, pp. 266 et 468.
[1003] Avec le divorce pour rupture de la vie commune, il était question de « *l'introduction dans notre droit d'une voie de répudiation unilatérale* » ; C. ATIAS, « *Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce* » ; *JCP* 1984. I. 3151.

commune à l'article 8 de la Convention EDH qui assure le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale. Elle considérait que « *le pouvoir donné au magistrat d'accueillir une demande qui constituerait, en l'absence de toute faute du conjoint défendeur ou de toute incompatibilité constatée de caractère ou de mode de vie, une* ***véritable répudiation****, constituerait nécessairement une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée et familiale dudit époux défendeur ; qu'en refusant d'admettre que la demande en divorce présentée par Monsieur Leroy violait les dispositions de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour d'appel a violé ce texte par refus d'application* »[1004].

L'épouse affirmait que le divorce pour rupture de la vie commune constituait une ingérence dans la vie privée du couple et correspondait à une répudiation. Cependant, la Cour de cassation a jugé que ce cas de divorce n'était pas contraire à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Les juges de cassation ont rejeté catégoriquement l'assimilation du divorce pour rupture de la vie commune avec la répudiation en se contentant d'affirmer que : « *Mais attendu que le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune n'est pas contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé* »[1005].

La motivation peut paraître un peu mince mais elle est ferme. Les controverses de l975 se sont peu à peu atténuées avec le temps, notamment en raison du faible nombre de divorces pour rupture de la vie commune. Ces derniers représentaient moins de 1,5% des divorces prononcés annuellement en France[1006]. Or, entre 2005 et 2007, le nombre

---

[1004] « *Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Madame Leroy de sa demande tendant à faire déclarer irrecevable la demande en divorce présentée par le mari pour rupture de la vie commune prolongée comme violant les dispositions de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'homme. Aux motifs qu'une instance engagée à l'initiative d'un particulier ne saurait constituer l'ingérence d'une autorité publique contraire à la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui ; Alors qu'aux termes de l'alinéa 1er de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'homme, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, que l'alinéa 2 dudit article précise que s'il peut avoir ingérence de l'autorité publique c'est à condition que cette ingérence constitue une mesure qui soit nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui* ; (…) » ; Cass. 2e Civ., 25 mars 1987; *RTD Civ*. 1989. 48, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

[1005] Cass. 2e Civ., 25 mars 1987, *Bull Civ*. II. 1987, n° 76, p. 42, *D.* 1987, *IR* p. 85 ; *JCP* 1987. IV. p. 190.

[1006] Patrick COURBE, *Droit de la famille,* 5e éd., Dalloz Sirey, 2008, p. 148. Au début des années 1990, il représente à peine 1,4 à 1,5% selon l'Annuaire statistique de la Justice, 1991-1995, La Documentation Française 1997.

Le rapport sur *Le Divorce* de juin 2009 précise qu'il y a « *une très faible proportion de demandes en divorce pour*

de divorces pour altération définitive du lien conjugal a quintuplé, passant de 2000 à plus de 10 000 en 2007[1007].

Rappelons que le divorce pour altération est en faveur de celui qui veut mettre un terme au mariage, peu importe la volonté de l'autre conjoint. La tendance est à la libération. Le JAF n'est plus tenu de tenter de faire renoncer les époux au divorce mais simplement de « *procéder à la tentative de conciliation* »[1008]. Simple formalité procédurale au cours de laquelle l'époux demandeur maintient sa demande en dépit de l'opposition de l'autre.

L'on pourrait légitimement se demander dans quelle mesure le Juge aux affaires familiales peut-il intervenir dans la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage ?

La réponse est que le juge dispose d'un pouvoir limité puisqu'il prend acte de la rupture : il constate l'altération du lien. Invité privilégié de l'intimité du couple, il ne vient pas au secours de l'institution familiale, il est là pour constater sa perte, son échec et ses déboires.

Parallèlement, au Maroc et en Algérie, la répudiation est judicaire : le juge intervient dans la dissolution unilatérale du mariage. Ce dernier chargé de recevoir le couple, joue le rôle de médiateur au sein des familles[1009] et il dispose d'un pouvoir d'appréciation concernant les conséquences du *talâk*. « *Il veille à l'application des*

---

rupture de la vie commune et en conversion de séparation de corps (moins de 3% de l'ensemble des affaires nouvelles avant 2005) ». En 1996, 1.5% des affaires nouvelles de divorce sont des demandes en divorce pour altération, 1.4% en 1999, 1.2% en 2001 contre 0.9% en 2004 ; Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARASCO et Aurélie LEMENIER, *Le divorce* ; Ministère de la Justice, SG-2S2M-SDSE-BDSE, Secrétariat Général, Service support et moyens du Ministère de la Sous-direction de la Statistique et des Études ; Juin 2009, pp. 37-38.

[1007] Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARASCO et Aurélie LEMENIER, *Le divorce* ; Ministère de la Justice, SG-2S2M-SDSE-BDSE, Secrétariat Général, Service supports et moyens du Ministère de la Sous-direction de la Statistique et des Études ; Juin 2009, p. 12.

[1008] L'article 252 alinéa 2 du Code civil précise que : « *Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* ». Un praticien s'est même interrogé sur le devenir de l'entretien individuel entre le juge et les parties ; Michel LAURAIN, « *Divorce : l'entretien individuel entre le juge et les parties a-t-il un avenir ?* », *AJFamille* 2008. 246 ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd., Defrénois, 2005, pp. 74 et suiv.

[1009] « Le professeur Malaurie a montré qu'il n'est pas seulement un témoin privé. Selon ses propres termes, il a reçu une délégation des autorités religieuses et publiques pour constater la foi musulmane de l'auteur de la répudiation, ainsi qu'éventuellement la capacité et la rectitude du consentement de la femme, dont le caractère libre et spontané a quelque chose qui paraît formel. Aussi voit-il dans cet acte « sui generis », impossible à classer selon nos critères occidentaux et devant être pris tel qu'il se présente » ; *JCP* 1984. II. 20131, concl. Monsieur l'Avocat général GULPHE. (Travaux comité, p. 81).

stipulations du mariage-contrat par rapport au versement de l'arriéré de la dot et règle les contestations éventuelles, il évalue le montant de l'obligation d'entretien, il évalue le cas échéant celui de la mut'a ou don de consolation, il attribue la garde des enfants et règle les modalités d'exercice du droit de surveillance de l'autre parent. Fût-elle de nature gracieuse, cette activité conduit le juge à procéder à des vérifications juridictionnelles qui impriment à son œuvre un caractère décisionnel »[1010]. En conséquence, le juge algérien ou marocain « prend acte » de la décision unilatérale du mari, il revoit les modalités financières et il sanctionne d'éventuels abus.

En quoi le pouvoir du juge français est-il différent en matière de divorce pour altération définitive du lien conjugal ? Le JAF, comme le juge musulman, ne prend t-il pas lui aussi, acte de la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage ?

Dans la mesure où l'altération de deux ans suffit[1011], le JAF « *n'a pas à apprécier si l'altération du lien conjugal est définitive et ne pourrait, en se fondant sur le fait qu'il existe un espoir de réconciliation, se refuser à prononcer le divorce. Autrement dit, la séparation de deux années constitue une présomption irréfragable, d'altération définitive du lien conjugal. Le juge aura une « compétence liée* »[1012].

Le Juge aux affaires familiales n'a aucun pouvoir pour apprécier les motifs de la rupture. Finalement, son rôle n'est pas si différent de celui du juge musulman, tout au plus aménage t-il les conséquences financières de la rupture.

Pourquoi alors, le juge français insiste t-il sur le pouvoir du juge algérien et marocain dans la répudiation[1013], si lui-même dispose d'un pouvoir identique en matière de divorce pour altération définitive du lien conjugal ?

[1010] Roula EL-HUSSEINI, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *RCDIP* 1999. 441.

[1011] Dans le cadre d'une demande reconventionnelle, ce délai de deux ans ne constitue pas une condition impérative ; article 1126 du CPC.

[1012] Jacques MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd. Defrénois, 2005, p. 27.

[1013] Les juges de cassation n'hésitant pas alors à retenir que : « *le juge étranger est privé de tout autre pouvoir que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial* » ; Affaire Monsieur Hadi X contre Madame Hafida Y (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne. Et d'ajouter, dans une autre espèce que : « *le tribunal ne peut qu'accéder à sa requête* » (du mari); Affaire Monsieur Ahmed X… contre Madame Zohra Y… (n° 02-11-618) ; répudiation algérienne ; Cass. 1re Civ., 17 février 2004 ; *D*. 2004. 815, note P. COURBE ; *JCP* G 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; *Gaz. Pal*. 25-26 février 2004, 1, Jur., p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RTD Civ*. 2004. 337, obs. J.-P. MARGUENAUD.

Certains affirment très justement qu'« *aujourd'hui, de nombreux pays occidentaux connaissent, sans toujours l'avouer, ce type de divorce, revêtu des habits du divorce faillite. La réforme du 26 mai 2004, en transformant le divorce pour rupture de la vie commune en divorce pour altération définitive du lien conjugal a ouvert à son tour un droit à répudiation* »[1014].

Par ailleurs, le Professeur Lardeux souligne qu'en « *droit français désormais, il est possible d'obtenir le divorce, sans que ni le juge ni l'autre conjoint ne puissent s'y opposer, en apportant uniquement la preuve d'une séparation des époux de deux ans minimum. Le juge, qui ne peut plus en réalité que constater la rupture, a alors l'obligation de prononcer le divorce et ne conserve plus que le pouvoir d'en organiser les conséquences. Il s'agit donc bien d'un mode discrétionnaire de rupture du lien conjugal à l'instar de ce qu'est la répudiation musulmane* » [1015].

Le divorce pour altération, tout comme c'était le cas pour le divorce pour rupture de la vie commune, reviendrait, en réalité, à une « répudiation déguisée » voire à une « répudiation renforcée » notamment en raison du défaut de prise en charge financière de la rupture.

b) Le défaut de prise en charge financière de la rupture unilatérale : une « répudiation renforcée »

Deux raisons peuvent expliquer en partie, la hausse du divorce pour altération définitive du lien conjugal par rapport au divorce pour rupture de la vie commune[1016]. Tout d'abord, le raccourcissement du délai de séparation- de six ans à deux ans-, puis le défaut de prise en charge financière de la rupture[1017].

Rappelons que, dans le cadre de l'ancien divorce de 1975, la protection particulière dont pouvait disposer l'époux « répudié » était telle qu'elle dissuadait l'époux

[1014] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 232.
[1015] G. LARDEUX, « *Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille* », *D.* 2010, p.547.
[1016] Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARASCO et Aurélie LEMENIER, *Le divorce* ; Ministère de la Justice, SG-2S2M-SDSE-BDSE, Secrétariat Général, Service supports et moyens du Ministère de la Sous-direction de la Statistique et des Études ; Juin 2009, p. 12.
[1017] *Ibidem.*

demandeur d'introduire une procédure de divorce sur ce fondement[1018]. C'est sur cette caractéristique de la prise en charge financière de la rupture unilatérale du mariage qu'une partie de la doctrine s'était fondée, pour écarter toute confusion entre le divorce pour rupture de la vie commune et « la répudiation *more islamico* »[1019]. Cela a fait dire à certains que « *les conditions auxquelles la loi subordonne le prononcé d'un tel divorce par le juge conduisent à rejeter cette opinion* »[1020]. D'autres en ont conclu que « *le spectre de la répudiation a ainsi été conjuré* »[1021].

Depuis 2004, le débat est à nouveau relancé et la doctrine est également divisée sur le sujet[1022]. Des auteurs n'hésitent pas à parler de « répudiation » [1023] s'agissant du divorce pour altération définitive du lien conjugal, en déclarant sans nuance, qu'en France : « *la répudiation en tant que mode discrétionnaire de rupture du lien conjugal a été adopté. Le propos semblera peut-être choquant dans sa formulation ; il n'en reste pas moins juste au fond* » [1024]. Ils insistent également sur ses conséquences pour le conjoint délaissé, notamment au niveau économique[1025]. Parce que dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, le défendeur pouvait s'opposer à la demande

[1018] Le divorce pour rupture de la vie commune est en effet, resté très marginal, en raison notamment du délai de six ans (jugé trop long), des lourdes charges qu'il impliquait (le maintien du devoir de secours, la prestation compensatoire, la clause d'exceptionnelle dureté…). Par ailleurs, « *la Cour de cassation a décidé, par une interprétation littérale des textes de procédure, que les dépens incombaient en totalité à l'époux demandeur, même dans le cadre d'une demande reconventionnelle ou d'un appel injustifié ou dilatoire. On ajoutera que la Cour a décidé que le divorce pour rupture de la vie commune ne pouvait être prononcé, même si toutes les conditions étaient réunies, que si le juge réglait préalablement les conséquences pécuniaires du divorce. Toutes ces solutions étaient de nature à dissuader les demandeurs en divorce de se fonder sur les articles 237 et 238 du Code civil et les a incités à se tourner vers le divorce pour faute en cas de manquements peu caractérisés aux devoirs du mariage, voire en s'appuyant sur des témoignages de complaisance* » ; J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, *op. cit*., p. 26.

[1019] *Idem*, p. 4.

[1020] D. FENOUILLET et F. TERRE, *Le démariage, divorce et séparation de corps*, éd. Dalloz, 1994.

[1021] *Rénover le droit de la famille*, Rapport au garde des Sceaux, Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), La Documentation Française, 1999, p. 128.

[1022] Le rapprochement du divorce pour altération définitive du lien conjugal et de la répudiation est pointé du doigt. Alors que certains ont écrit que : « *la répudiation n'est pas loin, ni même le divorce pour incompatibilité d'humeur* » ; Laurence ATTUEL-MENDES, « *Le divorce du XXIe siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ?* », *LPA*, 10 mai 2004. 16.

D'autres ont souligné que : « *la réforme permettrait à un époux de mettre fin aux liens du mariage, voire à répudier son concubin comme l'autorise le pacs* » ; Gertrude PIERATTI, « *Un point de vue sur la réforme du divorce : le XXIe siècle témoin de l'affaiblissement du mariage et de l'apparition d'un droit au divorce* » ; *Petites Affiches*, 15 avril 2004. 3.

[1023] « *Le droit français connaît désormais une forme de répudiation. Si l'on définit en effet la répudiation comme le droit discrétionnaire reconnu aux époux ou à l'un d'eux, de mettre fin unilatéralement au mariage, comment, ne pas retenir une telle qualification pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal ? Certes le mot est choquant, mais la réalité l'est plus encore* » ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit*., p. 280.

[1024] G. LARDEUX, « *Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille* », *D.* 2010, p. 547.

[1025] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit*., p. 239.

en divorce en invoquant la clause d'exceptionnelle dureté. Or, avec le divorce pour altération, le défendeur ne peut plus s'opposer à la demande de divorce en faisant valoir cette clause. Cela constitue une différence fondamentale et non des moindres.

Suivant le raisonnement de Madame Koudeye Dicko-Touré[1026], c'est cette protection du conjoint défendeur qui permettait d'éloigner l'ancien divorce pour rupture de la vie commune de la répudiation musulmane. Par analogie, peut-on donc affirmer qu'en l'absence d'une telle protection, le divorce pour altération du lien conjugal se rapproche du *talâk ?*

De même, le Professeur Vignal déclarait que : « *la comparaison ne peut toutefois conduire à une assimilation totale, car la principale caractéristique du divorce pour rupture de la vie commune est que le demandeur en assume toutes les charges, ce qui n'est pas nécessairement le cas en matière de répudiation* »[1027].

D'autres ont soutenu que : « *si répudiation il y avait, il s'agissait d'une répudiation encadrée, tempérée et en quelque sorte " moralisée "* »[1028].

Dans le divorce pour altération, toutes les contraintes qui pesaient sur l'époux demandeur sont purement et simplement supprimées. Le mariage devient « révocable » (comme l'est la répudiation) « *car l'époux qui rompt n'a plus à assumer les conséquences de la rupture. Désormais, l'époux peut mettre à la porte et sur la paille un conjoint qui ne lui convient plus. Malheur à la femme vieillie, et peu importe sa détresse !* »[1029].

Cela signifie qu'il serait désormais possible de parler de répudiation.

[1026] K. DICKO-TOURE, *Le divorce pour rupture de la vie commune en droit français, comparaison avec la répudiation en droit islamique*, (Thèse) Imprimerie Fleury IPH et Cie, Yverdon-les-Bains, Suisse, 2002.
[1027] Thierry VIGNAL, « *Reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale* », *JCP* 2002. II. 10039.
[1028] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 280.
[1029] P. MALAURIE, « *Conclusions sur la réforme du divorce, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur* », *Defrénois* 2004, art. 38062, p.1602.

Monsieur Massip souligne que la suppression de la clause d'exceptionnelle dureté « *a une portée morale et philosophique importante : elle rapproche incontestablement le divorce de la répudiation unilatérale* »[1030].

Le Professeur Terré, quant à lui, fait remarquer que : « *si le mariage devait être considéré, parmi les contrats spéciaux, comme un contrat à durée indéterminée d'assistance et de secours, par lequel un homme et une femme s'engagent exclusivement l'un à l'égard de l'autre, on en vient naturellement à se demander pourquoi la répudiation, vers la possibilité de laquelle tend de plus en plus le droit positif, peut être le cas échéant plus facile que la rupture unilatérale d'un autre contrat* »[1031].

La comparaison entre le divorce pour altération et la répudiation semble indéniablement permise[1032]. « *L'honnêteté intellectuelle* » commande de l'admettre[1033].

Nous ajouterons que la répudiation paraît même moins excessive que le divorce pour altération, notamment en ce qui concerne le bénéfice de la prestation compensatoire. En 1975, l'ancien divorce pour rupture de la vie commune privait l'époux demandeur du bénéfice de cette prestation (sauf équité[1034]).
Depuis 2005, le juge fixe le montant de la prestation compensatoire en tenant compte des revenus des époux ainsi que de nombreux critères conformément aux dispositions de l'article 271du Code civil[1035]. Dès lors, l'importance de la durée du mariage, la

---

[1030] J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, éd., Defrénois, 2005, p. 29.
[1031] François TERRE, « *Contractualiser le droit du couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *Petites Affiches*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 8.
[1032] « *La répudiation n'est pas loin, ni même le divorce pour incompatibilité d'humeur* » ; Laurence ATTUEL-MENDES, « *Le divorce du XXIe siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ?* », *LPA*, 10 mai 2004. 16.
[1033] G. LARDEUX, « *Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille* », *D.* 2010, p. 547.
[1034] L'ancien article 280-1 du Code civil prévoyait que : « *L'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire.*
Toutefois, il peut obtenir une indemnité à titre exceptionnel si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce ».
C'est donc à titre tout à fait exceptionnel, que l'époux demandeur pouvait bénéficier de la prestation compensatoire en raison de l'équité.
[1035] L'article 271 du Code civil dispose que : « *La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. Á cet effet, le juge prend en considération notamment :*
-la durée du mariage ;

présence de jeunes enfants, la disparité de revenus, l'âge et le défaut d'activité d'un des conjoints sont autant d'éléments justifiant l'octroi d'une prestation compensatoire.

Dans le cadre du divorce pour altération, l'époux « répudiant » peut solliciter une prestation compensatoire. Chacun des conjoint a vocation à en demander le bénéfice, qu'il soit demandeur ou défendeur, qu'il soit fautif ou non, qu'il soit le « répudié » ou le « répudiant ».

Le juge n'a aucun pouvoir modérateur : l'époux qui est parti peut prétendre à une prestation compensatoire et l'époux « répudié », abandonné sans avoir commis la moindre faute, peut se voir condamner à payer une certaine somme d'argent[1036] à celui qui a usé de sa faculté de « répudiation ».

Lorsqu'il est question d'un divorce pour faute, tout au plus, il appartient au juge, statuant en équité, de rejeter la demande, compte tenu « *des circonstances particulières de la rupture* »[1037]. Paradoxalement, il incombe à l'époux non fautif de prouver que les circonstances particulières de la rupture justifient le refus de toute prestation compensatoire[1038]. La tendance jurisprudentielle actuelle est à la prise en compte de ces circonstances. Il a ainsi été refusé une prestation compensatoire à l'épouse ayant abandonné le domicile conjugal et ayant entretenu avec un tiers des relations privilégiées et injurieuses à l'égard de l'époux[1039] ; de même qu'à la mère de famille de quatre enfants- dont la charge effective et entière est assumée par le père- en raison de son âge (33 ans), du peu d'intérêt qu'elle manifestre à ses enfants par de

---

-l'âge et l'état de santé des époux ;
-leur qualification et leur situation professionnelle ;
-les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
-le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
-leurs droits existants et prévisibles ;
-leur situation respective en matière de pension de retraite ».

[1036] Le principe est celui du versement de la prestation compensatoire en capital. Cependant, le versement de la prestation compensatoire sous forme de rente temporaire ou viagère est tout à fait possible.

[1037] Article 270 alinéa 3 du Code civil.

[1038] M.-B. MAIZY et C. CADARS BEAUFOUR, « *Conséquences patrimoniales liées à la faute* », *AJFamille* 2011/n° 2, p. 81.

[1039] Cass. 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 09-67. 655 ; *AJFamille* 2011/n° 2, p. 81.

rares visite et du peu d'effort entrepris par elle pour suivre une formation ou exercer un emploi[1040].

Par ailleurs, le départ précipité et définitif du domicile conjugal après vingt-quatre ans de vie conjugale harmonieuse justifie, en équité, de débouter l'épouse de sa demande de prestation compensatoire[1041]. Les juges du fond ont également refusé d'accorder le bénéfice de ladite prestation en raison de l'attitude de l'épouse, qui sous l'emprise d'un « guide », a rejeté son mari, ses enfants et sa famille[1042] ; de l'épouse ayant fait preuve d'un harcélement prolongé, intensif et violent[1043] ; de celle ayant « *fait le choix de quitter brutalement son mari et sa fille pour aller s'installer dans le même village avec un autre homme* »[1044] ; ou encore de celle « *dont les épisodes d'alcoolisation excessive et les injures par libellés et inscriptions murales* » a inscrit la rupture dans des circonstances particulières[1045].

Dès lors, l'attribution des torts est prise en considération par le juge qui doit motiver sa décision en cas de refus.

Or, s'agissant du divorce pour altération définitive du lien conjugal, aujourd'hui, force est de constater que la prestation compensatoire est quasiment de droit. « *La règle est tout simplement scandaleuse : l'équité (on ose dire la morale) aurait voulu que le juge puisse au moins refuser d'accorder une prestation compensatoire en considération des circonstances de la cause, comme il peut le faire si le divorce est prononcé aux torts exclusifs d'un époux* »[1046].

[1040] Cass. 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 09-66. 186, *RTD Civ* 2010. 770, obs. Jean HAUSER.
[1041] CA Dijon, ch. Civ. C, 30 septembre 2010, RG n° 10/00065, *AJFamille* 2010. 541, obs. DAVID.
[1042] En 2008, la CA de Montpellier retient que : « *selon l'article 270 du Code civil, le juge peut refuser d'accorder une prestation compensatoire si l'équité le commande notamment lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture. –Attendu que les circonstances particulières de la rupture, nées de l'attitude incompréhensible de [l'épouse] qui rejette son mari et ses enfants pour se consacrer désormais à une vie exclusivement spirituelle, sous l'emprise d'un "guide", justifie de ne pas lui accorder de prestation compensatoire » ;* CA de Montpellier, 5 février 2008 *; S. David, « Pas de prestation compensatoire pour l'époux fautif ! », AJFamille* 2008. 395.
[1043] CA Paris, ch. 24 A, 21 novembre 2007, RG n° 06/19724, *AJFamille* 2011. 82.
[1044] CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 9 octobre 2007, RG n° 06/05023 ; *AJFamille* 2011. 82.
[1045] CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 2 mai 2007, RG n° 06/02123 ; *AJFamille* 2011. 82.
[1046] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 286.

Dans cette situation, la répudiation ne paraît-elle pas en définitive moins criante que le divorce pour altération ?

En droit musulman, la prestation compensatoire n'existe pas, néanmoins il incombe au mari d'assumer pleinement la rupture qu'il a volontairement choisie. Le choix de la liberté doit être entièrement assumé par l'époux qui en fait la demande et ce dernier ne peut envisager de compensation au sortir du mariage. Cette situation est parfaitement inéquitable notamment lorsque le divorce pour altération définitive du lien conjugal résulte d'un adultère[1047].

Le législateur de 2004 aide les époux à se libérer aisément, alors que le mariage est tout de même l'union par excellence. Sa dissolution unilatérale et discrétionnaire ne devrait pas être aussi peu assumée[1048]. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal non seulement facilité et encourage la rupture mais surtout il la déculpabilise financièrement.

Certains auteurs défendent le divorce pour altération et invoquent la liberté du demandeur, qui parfois ne s'entend tout simplement plus avec l'autre. Il permettrait aussi à celui qui mène « une double vie » en état d'adultère de régulariser la situation. D'autres auteurs, refusent d'assimiler le divorce pour altération à la répudiation, mais admettent tout de même sa proximité[1049].

[1047] L'attribution des torts ne prive pas automatiquement le conjoint de toute sécurité pécuniaire. Il importe alors de se demander s'il est équitable que l'époux fautif puisse prétendre à une compensation. Plus particulièrement concernant l'époux adultère. L'évolution de la société et des mœurs ne peut constituer un fait justificatif. L'adultère est une faute grave, il n'est pas permis de la minimiser car elle viole une obligation essentielle du mariage : le devoir de fidélité. Il importe alors de ne pas perdre à l'esprit les engagements et les vœux pris lors du mariage. En conséquence, l'époux adultère devrait assumer l'échec du mariage car cela résulte d'un manquement, du moins ne pourrait-il plus solliciter de prestation compensatoire. En l'état actuel du droit positif, il appartient au Juge aux affaires familiales de refuser le principe même de la prestation compensatoire « *en raison de circonstances particulières* » ; mais en pratique l'adultère même s'il est reconnu comme faute, n'est pas considéré comme « particulier ». La jurisprudence ne devrait-elle pas être moins clémente à l'égard de celui (ou celle) qui ne se comporte pas conformément à ses obligations ? Doit-on considérer qu'aujourd'hui, la morale est exclue des prétoires ? Quoiqu'il en soit, nous estimons que la faute doit avoir un prix.

[1048] Le divorce pour altération n'est plus à la charge exclusive de celui qui le demande. Suivant les termes de l'article 1127 du CPC, concernant les frais de procédure, les dépens restent à la charge de l'époux demandeur, sauf avis contraire du juge. L'époux aux torts exclusifs duquel est prononcé le divorce est généralement condamné aux dépens. En considération de l'équité, le juge peut aussi condamner l'une ou l'autre partie au paiement des frais non compris dans les dépens ; article 700 du CPC.

[1049] « *On ne pourrait sans excès le taxer de répudiation unilatérale, mais il en est tout proche* » ; G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 550.

Il n'en demeure pas moins que la protection dont jouissait l'époux « répudié » de l975 à 2005 a été complètement repensée et réagencée. C'est elle qui empêchait toute assimilation avec la répudiation musulmane. On aurait pu croire que désormais avec le divorce pour altération, il était possible de parler de « divorce-répudiation », or le raisonnement à opéré un glissement vers l'égalité. On ne pense plus en termes de protection mais en termes d'égalité dans la rupture.

Pour autant, l'essentiel est-il que chacun puisse, au nom du principe d'égalité, rompre unilatéralement et discrétionnairement le mariage ? Ne faudrait-il pas s'attacher davantage aux effets de la rupture ?

Rejeter la répudiation au motif de la violation du principe d'égalité ne serait-ce pas faire preuve d'une certaine forme d'ethnocentrisme[1050] à l'égard les institutions étrangères ?

Que le divorce pour altération soit considéré comme valant mieux que la répudiation, cela est tout à fait compréhensible : l'institution étrangère étant généralement perçue au regard de son propre système. Mais l'attitude tolérante du législateur français vis-à-vis de la répudiation musulmane est pour le moins assez suprenante à Mayotte où plus de 90 % de la population mahoraise est d'obédience musulmane[1051]. Jusqu'en 2005, le mahorais pouvait répudier son épouse. Puis, en 2005, en marche vers la départementalisation, la pratique de la répudiation a fait l'objet d'une abolition législative. À la même date, soit au 1er janvier 2005, la réforme du divorce était applicable à Mayotte.

Sous couvert « d'intégration », peut-on décider de l'abolition de la répudiation musulmane, et en même temps restaurer la rupture unilatérale et discrétionnaire à travers le divorce pour altération définitive du lien conjugal ?

[1050] L'ethnocentrisme vise à considérer la culture de l'autre à travers sa propre culture, selon ses propres normes et valeurs. Celles-ci sont intégrées dans le processus émotionnel et réactionnel des individus. Le danger serait d'estimer comme règle absolue notre mode de fonctionnement et de pensée.

[1051] Il s'agit de musulmans sunnites de rite chaféite. Les invasions arabes successives ont laissé un héritage important de la culture swahilie, et elles ont également implanté l'Islam à Mayotte ; S. BLANCHY, *La Vie quotidienne à Mayotte*, L'Harmattan, 1991.

Il importe alors de s'interroger sur le contenu précis de la loi abolissant la répudiation à Mayotte et sur la pertinence de cette avancée dite sociale.

2°. Mayotte, la répudiation et la République : un droit à la rupture unilatérale et discrétionnaire « restauré »

En 2009, Mayotte devient le 101e Département de la République[1052], après un long processus politique et législatif[1053]. Il convient de préciser que la petite île est rattachée à la France depuis plus d'un siècle[1054].

[1052] Le 29 mars 2009, près de 95% de la population s'est prononcée pour une départementalisation de Mayotte. (Le taux de participation était de 61%). Pour autant, la petite île ne devient pas *de facto* un département, plusieurs étapes vont devoir se succéder : une loi organique doit confirmer le résultat du référendum, une autre portera sur l'organisation et la composition de la future assemblée unique. Ce n'est vraisemblablement qu'en 2011 que Mayotte disposera du statut de Département d'Outre-mer. La départementalisation s'effectuera alors de façon progressive sur une durée de 20 à 25 ans, en raison des spécificités locales de Mayotte.

[1053] Pendant longtemps, Mayotte représentait une collectivité *sui generis* soumise à un statut transitoire. Contrairement aux aspirations d'indépendance des pays colonisés, Mayotte manifeste fortement son attachement à la France. Consultés à plusieurs reprises, les mahorais souhaitent rester sous le protectorat français. En 1958, Mayotte devient un territoire d'Outre-mer. Interrogés en décembre 1974, par voie de référendum les Mahorais se prononcent à 68,8% contre l'indépendance. Ils réitèrent massivement leur souhait de maintenir Mayotte au sein de la République française et refusent d'intégrer la République Fédérale islamique des Comores créée le 6 juillet 1975. À travers la Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte, l'archipel dispose d'un statut provisoire de Collectivité Territoriale de la République. Pendant de nombreuses années, les réformes relatives au statut de Mayotte se suivent. Les tenants du statut personnel ont ardemment milité pour le maintien d'une telle spécificité.
Le 27 janvier 2000 est signé « *L'accord sur l'avenir de Mayotte* » ; et le 2 juillet 2000, la population se prononce en faveur de cet accord à 72,94%. Les principales orientations de cet accord ont été reprises dans un projet de loi statutaire, ayant abouti à la loi du 11 juillet 2001 dont l'objectif est de doter Mayotte d'un statut de collectivité départementale (Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, relative à Mayotte, JO. du 13 juillet 2001, p. 11199). Cette loi maintient l'existence du statut civil de droit local et précise les possibilités de renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun. Elle prévoit, en son article 3, que les lois et les décrets de la Métropole relatifs à certaines matières vont s'appliquer à Mayotte. Il s'agit de dispositions sur la nationalité, les régimes matrimoniaux, l'état et la capacité, les successions et les libéralités, les procédures pénales, les lois électorales et les procédures administratives, et enfin les postes et télécommunications ; Loi organique n° 2007-223 du 21 janvier 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'Outre-mer, complété par la loi n° 2007-224 (du même jour) ; Livre Ier de la 6e partie du Code Général des Collectivités territoriales (articles LO. 6111-1 et suivants).
La loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'Outre-mer, a défini le régime législatif et réglementaire applicable à Mayotte. Le 18 avril 2008, le Conseil Général de Mayotte a adoptée une résolution relative au statut de Département d'Outre-mer.

[1054] Mayotte est une île de 374km, située entre la Tanzanie et Madagascar. Constituée de deux îles principales : Petite Terre et Grande Terre, ainsi que d'une trentaine d'îlots, Mayotte se situe dans la partie orientale de l'archipel des Comores.
Au cours du XVe siècle, les européens utilisent l'archipel comme point de ravitaillement sur la route des Indes. Entre la fin du XVIIIe et du début du XIXe siècle, Mayotte est enclin à de nombreuses crises politiques du fait, notamment, de la razzia des esclaves et des pillages. C'est dans ce contexte qu'en 1841 le sultan malgache, Andriant Souli, cède Mayotte à la France qui devient une colonie française ; Rapport d'information n°1485, « *Départementalisation de Mayotte : un pari à gagner* »; Rapport enregistré à la Présidence de l'AN le 18 février 2009 ; p. 9.

La population mahoraise, à dominante musulmane, compose avec l'Islam qui occupe une place majeure dans l'organisation de la société : les usages locaux et la pratique administrative s'inspirent directement du Coran[1055]. Les mahorais musulmans bénéficient d'aménagements juridiques spécifiques, car aussi paradoxal que cela puisse paraître, le système juridique y est particulier : le droit français et le droit local cohabitent[1056]. En effet, en application de l'article 75 de la Constitution du 4 octobre l958[1057], les mahorais jouissent d'un statut civil personnel de droit local dérogatoire au droit commun, en vertu duquel la répudiation musulmane était autorisée.

Le problème se posait en ce qui concerne le droit des femmes en raison du principe d'égalité des sexes, lequel constitue une garantie constitutionnelle[1058]. C'est la volonté politique d'élever Mayotte à une échelle internationale, qui a incité les responsables

---

Au 31 juillet 2007, la population atteignait 186 452 habitants ; http://www.outre-mer.gouv.fr/?presentation-mayotte.html (consulté le 09 avril 2009).

[1055] Le droit coutumier en vigueur à Mayotte a donc pour base le droit musulman auquel se mêle l'influence de coutumes locales, africaines et malgaches ; Monique RICHTER, *Quel habitat pour Mayotte ? Architecture et mode de vie*, éd. L'Harmattan, 2005, p. 15.
La *Chari'a* connaît alors, une certaine application conformément au recueil de jurisprudence appelé le *Minhadj Al Talibin* « Livre des croyants zélés » : recueil d'aphorismes et de préceptes, qui date de 1223 ; Guy FONTAINE, *Mayotte*, éd. Karthala, Coll. Méridiens, 1996, p. 39.

[1056] D'une part, il y a le *droit commun* résultant du Code civil français qui est nécessairement applicable aux Mahorais *non musulmans*. D'autre part, le *droit coutumier local*, inspiré du droit musulman est, quant à lui, spécifiquement destiné aux musulmans de l'île.
Néanmoins, tout Mahorais musulman peut opter, de façon irréversible, pour le statut civil de droit commun par simple requête auprès du Tribunal de Première Instance. Les Mahorais ayant conservés leur statut personnel sont soumis à des règles particulières. Le statut personnel est reconnu par la Constitution de 1946 et de 1958, et par la loi statutaire de Mayotte de 1976. La délibération de la Chambre des députés des Comores en date du 3 juin 1964 définit le régime juridique du statut personnel, exclusivement réservé aux Mahorais de confession musulmane, issus de deux parents relevant eux-mêmes de ce statut. Les Mahorais apparaissent fortement attachés au statut personnel qui fait partie intégrante de leur culture, et qui constitue un fondement de la société traditionnelle. On note tout de même que, depuis quelques années le droit local décline : dans la ville de Mamoudzou, *« le droit local a concerné en 2008 moins d'une naissance sur dix »*, selon le Rapport d'information n° 1485, « *Départementalisation de Mayotte : un pari à gagner* » ; *op. cit.*, p. 15.
Concrètement, le statut personnel vise principalement les droits de la personne et de la famille. On assiste donc à une dualité des règles applicables. En outre, la justice coutumière, exercée par les *cadis*, et la justice de droit commun co-existent. Le contentieux nés de l'application du droit local relèvent de la compétence des juridictions cadiales.

[1057] L'article 75 de la Constitution de 1958 prévoit que : *« Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncés ».*

[1058] Article 1er de la Constitution de 1958 dispose que : « *La République et les peuples des territoires d'outre-mer qui, par un acte de libre détermination, adoptent la présente Constitution institue une Communauté.*
La Communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent ».
L'article 2 précise que : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ».

parlementaires à remettre en question certaines dispositions du droit local, précisément concernant le statut de la femme[1059].

C'est ainsi que la rupture unilatérale et discrétionnaire à Mayotte a fait l'objet d'une abolition législative (a), puis d'une restauration officielle avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal (b).

a) L'abolition législative de la répudiation mahoraise

À Mayotte, la mise en œuvre de la répudiation ne diffère pas fondamentalement de la répudiation musulmane : il est toujours question d'un pouvoir unilatéral et discrétionnaire de rupture du lien matrimonial. On ne parle plus de *talâk*, mais de *twalaka* ou *toilakas*, cela ne constitue qu'une différence de vocable dont la racine reste le terme « *talâq* »[1060].

À l'issue de la cérémonie du mariage mahorais[1061], le *cadi* dit aux époux : « *Vous vous mariez dans de bonnes conditions (hamwema), si vous vous séparez faites-le dans de*

[1059] La loi du 11 juillet 2001 a reconnu à la femme mahoraise le droit d'exercer un travail rémunéré, le droit d'ouvrir un compte bancaire et de disposer librement de ses biens propres, sans autorisation préalable de son conjoint. Cela permet à Mayotte d'adopter une organisation juridique, économique et sociale proche du droit commun des départements. En cela, les Mahorais ont exprimés une volonté d'intégrer, à petit pas, le système juridique et législatif français de droit commun. Lors du projet de loi, (Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, relative à l'Outre-mer, JO. du 22 juillet 2003, p. 12320), les parlementaires, à l'initiative du député de Mayotte d'alors, Mansour Kamardine, se sont de nouveau penchés sur la question de la répudiation musulmane. Le Parlement a décidé, en votant un amendement du Gouvernement, d'interdire la répudiation unilatérale de la femme par son époux.

[1060] Les « *TWALAKA peuvent être oraux, prononcés devant témoins ou bien écrits et transmis à la femme par un messager, ou encore adressés au cadi lui-même qui avertit la femme de son nouvel état* » ; S. BLANCHY, *La Vie quotidienne à Mayotte*, *op. cit*., p. 86.
Le mari peut exprimer sa volonté de répudier son épouse par un, deux ou trois *twalaka*. Lorsqu'il en aura prononcé deux, il peut retourner vivre avec son épouse, par contre lorsqu'il en aura prononcé trois, cela ne lui est plus possible ; « *Jusqu'à deux toilakas, le mari peut retourner vivre avec sa femme une deuxième fois après la réconciliation. Mais s'il donne trois toilakas, pour pouvoir se remettre en ménage avec elle, il faut que quelqu'un d'autre l'épouse avant, consomme l'union (…), puis divorce* » ; Bacar ACHIRAF, *Les mœurs sexuelles à Mayotte*, éd. L'Harmattan, Coll. Sexualité humaine, 2006, p. 65.
Mayotte suit le rite chaféite, lequel permet que les trois *twalaka* puissent être « *donnés ensemble ou en une seule fois* », la colère des maris conduit parfois à des répudiations dénuées de toute réflexion, teintées de regrets. Le rite malékite ne permet pas de prononcer une triple répudiation en une seule fois; S. BLANCHY, *La Vie quotidienne à Mayotte*, *op. cit*., p. 86.

[1061] À Mayotte, il est d'usage lors du mariage, que l'épouse reçoive de la part de son père une maison, qui constitue le domicile conjugal (celui-ci est alors un bien propre de la femme). En cas de séparation, c'est l'époux qui doit quitter les lieux. L'épouse peut lui en faire sommation. Dès lors, en pratique, la rupture unilatérale ne serait pas exclusivement réservée au mari ; B. ACHIRAF, *Les mœurs sexuelles à Mayotte*, *op. cit*., p. 64.

bonnes conditions »[1062]. Le ton est donné quant à la répudiation conformément aux prescriptions de l'Islam[1063].

La volonté d'abolir la répudiation mahoraise a débuté il y a de près de dix ans. Et les efforts en ce sens se poursuivent. En effet, les dispositions du titre VI « *Du statut civil de droit local applicable à Mayotte* », de la loi du 11 juillet 2001 [1064] ont été modifiées par l'article 68 de la loi du 21 juillet 2003[1065].Ont ainsi, été insérées les articles 52-l à 52-4.

L'article 52-3 (de la loi) relatif à l'abolition de la répudiation musulmane, dispose que : « *Le mariage est dissout par le décès de l'un des conjoints, ou le divorce, ou la séparation judiciairement prononcée.* ***La rupture unilatérale de la vie commune par l'un des époux est cause de divorce****. Les époux sont égaux dans les conditions et les effets de la dissolution du mariage. Cette disposition n'est applicable qu'aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1er janvier 2005* »[1066].

Le texte n'affirme pas de façon explicite l'abolition de la répudiation à Mayotte, mais de toute évidence, il faut comprendre que la rupture unilatérale du lien conjugal est une cause de divorce. Le législateur de 2003 rappelle les causes habituelles de dissolution du mariage, à savoir le décès et le divorce prononcé par le juge. Cette précision marque la volonté de circonscrire les relations du couple au niveau de la rupture, par l'intervention du juge. Le couple n'est pas livré à lui-même.

[1062] S. BLANCHY, *La Vie quotidienne à Mayotte*, *op. cit*., p. 86.

[1063] Coran 2/226 à 232 - 236-237 et 241 ; Coran 4/20 -35 -128 et 130 ; Coran 33/4 - 28-29 et 49 ; Coran 58/1à 4 ; Suivant la traduction du Coran réalisée par S. ZAKARIA SEDDIKI, T. RAMADAN, S. YUSUF IBRAM, *op. cit.*

[1064] Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, relative a Mayotte, JO. du 13 juillet 2001, p. 11199. La loi prévoyait au Titre VI : *Du Statut civil de droit local applicable à Mayotte*, à l'article 52 que : « *La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer, à Mayotte, l'égalité des femmes et des hommes* ».

[1065] Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, relative à l'Outre-mer, JO. du 22 juillet 2003, p. 12320. Une révision constitutionnelle est également intervenue par la loi du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République (loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003).
Une loi de programme détermine les objectifs de l'action économique et sociale de l'État. Celle relative à l'Outre-mer, du 21 juillet 2003, vise à assurer un développement économique durable ultramarin et prévoit un important dispositif d'allégement des charges sociales et de défiscalisation pour relancer l'investissement privé. Ce n'est donc pas une loi uniquement destinée à l'abolition de la répudiation mahoraise.

[1066] *Ibidem*.

Cette loi de programme sur l'Outre-mer du 21 juillet 2003[1067] instaure par le biais de cette disposition, une égalité au sein du couple, conformément aux principes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme[1068].

Saisi à l'occasion de cette loi, le Conseil constitutionnel ne se penche pas sur la question de la répudiation puisque celle-ci ne lui est pas soumise[1069]. Il importe juste de relever que les députés ont précisé dans leur requête que : *«L'article 52-2, qui interdit la polygamie ou la répudiation unilatérale de la femme par son époux, n'encourt pas de reproche quant à sa constitutionnalité, dans la mesure où il permet, de par la volonté du législateur, de mettre en œuvre le principe à valeur constitutionnelle de l'égalité de l'homme et de la femme, comme le prévoit l'article 52 de la loi n° 2001-616 du 21 juillet 2001 relative* à *Mayotte qui dispose que : « La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer, à Mayotte, l'égalité des femmes et des hommes »*[1070].
Soulignons que seuls les époux en âge de se marier au 1er janvier 2005 sont privés de cette faculté de répudiation[1071]. Néanmoins, il s'offre à eux le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui peut constituer, dans une certaine mesure, une « répudiation déguisée ». Il y a lieu de se demander s'il faut saluer l'abolition législative de la répudiation ou encore si le divorce pour altération à Mayotte est une bonne chose pour la famille mahoraise ?

b) La restauration officielle de la répudiation à travers le divorce pour altération

L'article 32 de la loi du 26 mai 2004 dispose que la loi relative au divorce *« est applicable en Nouvelle Calédonie, en Polynésie française, à Wallis et Futuna et à Mayotte »*[1072].

[1067] *Idem.*
[1068] Il s'agit notamment de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.
[1069] Le Conseil des Sages déclare que s'il n'est pas permis au législateur de mettre fin au statut personnel en raison de l'article 75 de la Constitution, il ne lui est cependant pas interdit de modifier ce statut dans un sens conforme aux exigences constitutionnelles, comme l'égalité des droits ou la dignité de la personne humaine ; Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC « *Loi de programme pour l'Outre-mer* », JO. du 22 juillet 2003, p. 12336.
[1070] *Ibidem.*
[1071] Cela suppose que pour les couples mariés avant le 1er janvier 2005, la répudiation serait encore possible.
[1072] Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce ; JO. du 27 mai 2004.

Au 1er janvier 2005, la réforme du divorce de 2004 et celle de l'Outre mer de 2003, sont entrées en vigueur. L'une a instauré le divorce pour altération définitive du lien conjugal et l'autre était censée abolir la répudiation. Alors qu'une loi tente de supprimer une institution jugée archaïque, une autre permet en quelque sorte de la restaurer, mais de façon plus formelle. Autrement dit, à Mayotte, la rupture unilatérale et discrétionnaire est loin d'être abolie. Elle est tout simplement soumise à des conditions de fond et de forme différentes, et même plus libérales. Car cette faculté de rupture appartient désormais aux deux époux et déculpabilise complètement le conjoint « répudiant ». La rupture devient judiciaire selon les règles de droit commun.

Dès lors, pour les couples Mahorais en âge de se marier au 1er janvier 2005, la rupture unilatérale et discrétionnaire est toujours possible à travers le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Il est plus aisé de se séparer de son conjoint que par le passé.

Mayotte a réalisé de nombreux efforts en réformant son droit coutumier local. Cette volonté de rapprochement avec la République s'oriente dans le sens d'une plus grande équité et égalité entre l'homme et la femme[1073]. En soi, l'objectif est légitime même si, en pratique, il s'avère difficile à mettre en œuvre.

En effet, il résulte du rapport d'information n°1485 intitulé : « *Départementalisation de Mayotte : un pari à gagner* » du 18 février 2009[1074] que la modernisation du statut personnel reste inachevée et que la répudiation entre «*en tension tant avec les principes de laïcité et d'égalité devant la loi tels qu'ils sont exprimés à l'article 1er de la Constitution*[1075]*, qu'avec les articles de la Convention européenne des droits de l'homme interdisant les discriminations sexuelles*[1076]».

[1073] Même si le concept d'égalité n'a pas la même définition dans le monde musulman, il existe pourtant.
[1074] Rapport d'information n° 1485, « *Départementalisation de Mayotte : un pari à gagner* » ; présenté par D. QUENTIN, Ph. GOSSELIN et R. DOSIERE (Députés) ; Rapport enregistré à la Présidence de l'AN le 18 février 2009.
[1075] L'article 1er de la Constitution de 1958 prévoit en substance que : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* », elle « *respecte toute les croyances* », elle « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».
[1076] Il est principalement questions des articles 14 et 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Autant dire que la loi de 2003, entrée en vigueur en 2005 n'a pas véritablement abolie la pratique de la répudiation mahoraise. Le Rapport en question salue le courage et la pertinence de « *ce toilettage du droit local applicable à Mayotte* », tout en précisant que « *cela mettra encore beaucoup de temps à produire tous ses effets* ». Faut-il comprendre que les mahorais continuent à répudier leurs épouses en dehors de tout cadre judiciaire ? Cela expliquerait l'effet d'annonce de l'abolition de la répudiation à Mayotte lors des résultats du référendum du 29 mars 2009. Or, en théorie, la répudiation ne devrait plus être permise pour les époux en âge de se marier depuis le l[er] janvier 2005.

Il est inutile de saluer l'abolition de la répudiation à Mayotte, car non seulement, cette abolition n'est que relative car elle ne concerne que les couples en âges de se marier au 1er janvier 2005[1077], mais en plus, il semblerait qu'elle ne soit pas effective en pratique.

En outre, avec le divorce pour altération les époux et les épouses peuvent se « répudier » mutuellement. La famille mahoraise de type traditionnel va au devant de difficultés structurelles majeures, et cela impliquerait que la tradition laisse place à la loi. Il faut dès lors, admettre que c'est le terme même de répudiation qui ne semble pas être acceptable. Il correspond pourtant à une rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage.

De fait divorcer est un droit, mieux encore : une liberté à l'image de la liberté dans le mariage, il existe la liberté dans le divorce. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal incarne la « libéralisation » du lien matrimonial dissoluble à souhait. Mais, si le divorce est avant tout un droit et une liberté, tous les époux ne disposent pas de la Liberté grande et majestueuse d'en finir avec le mariage. En France, pour les étrangers, le droit au divorce est très conditionné, pour ne pas dire limité. Le législateur en voulant protéger l'institution du mariage adopte une attitude suspicieuse à l'égard des étrangers.

[1077] La répudiation n'a pas de délai d'expiration. Elle peut aussi bien intervenir au début du mariage, comme elle peut intervenir après plusieurs années de vie commune. Finalement, elle ne diffère pas tellement du divorce tel qu'on le connaît en France : le divorce des séniors est une réalité. Pourquoi ne pas avoir étendu l'interdiction de la répudiation pour tous les couples mariés ? Était-il nécessaire de restreindre l'interdit ?

Nous ne pouvons que nous interroger sur un tel différentiel de traitement. Faudrait-il comprendre que la « *répudiation à la française* »[1078] est plus acceptable que la répudiation dite musulmane ?

B. L'étranger impuissant face à la protection du lien matrimonial

Suivants les termes de l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de l789, les droits naturels et imprescriptibles de l'Homme sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. L'article 4 de cette même déclaration précise que : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* »[1079].

Il est principalement question de la liberté personnelle, laquelle sous-tend la liberté du mariage[1080]. Dès lors, parce que le mariage est l'expression d'un engagement librement consenti : les fiancés ont la possibilité, à tout moment, de mettre un terme aux fiançailles, ils ne peuvent être contraints au mariage. En outre, la liberté du mariage c'est aussi la liberté de choisir son conjoint[1081]. L'importance de cette liberté est essentielle car à travers cette union de droit, l'homme et la femme s'unissent pour former une famille.

Il est vrai que, le mariage a toujours été ancré dans une dimension sacrée et solennelle, accompagné d'un ensemble de rites et de traditions. Juridiquement, le couple marié est

[1078] M. FARGE, « *La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane* », *JCP G* 2001. I. 293, p. 253.
[1079] Gérard CONAC, Marc DEBENE et Gérard TEBOUL, *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Economica, 1993.
[1080] À ce propos le Conseil constitutionnel a considéré que le fait pour un étranger d'être en situation de séjour irrégulier, ne pouvait être un obstacle à son mariage ; Cons. constit., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, JO. du 27 novembre 2003, p. 20154.
[1081] En 2005, l'Angleterre a été condamnée par la Cour EDH en raison de la violation de l'article 12 de la CEDH consacrant le droit au mariage. En l'espèce, la législation anglaise interdit le mariage entre un beau-père et sa belle-fille (ou l'inverse c'est-à-dire entre une belle-mère et son gendre). La Cour affirme que cet empêchement, même s'il vise à protéger l'intégrité de la famille, n'en constitue pas moins une atteinte excessive au droit au mariage en violation de l'article 12 de la Convention ; CEDH, 13 septembre 2005, *B. and L. c/. United Kingdom*, n° 36536/02 ; *D*. 2006, p. 1418, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RTD Civ*. 2005. 735, obs. J.-P. MARGUENAUD, et p. 758, obs. J. HAUSER ; *Dr. Famille* 2005, n° 234, obs. A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE.

soumis à un statut particulier, générant des droits et des devoirs réciproques[1082]. L'union des époux peut aussi avoir des implications administratives assez importantes parce que le mariage permet « *d'assurer la mobilité internationale des personnes en contournant les règles relatives à l'immigration des étrangers* »[1083]. Ainsi, l'étranger en situation irrégulière, désireux de s'établir durablement en France va pouvoir par le mariage, régulariser sa situation administrative.

Force est de constater que depuis plus de dix ans, le nombre de mariages contractés entre français et ressortissants étrangers est en constante augmentation[1084]. En 2006, 88 550 mariages mixtes ont été célébrés[1085]. Selon une étude récente de l'INED, un mariage sur 7 célébré en France serait mixte, soit environ l2.7%[1086].

Cette mixité n'est pas sans poser quelques difficultés sur le plan juridique, ce qui explique que le mariage de l'étranger en France, ou avec un conjoint français[1087], fait l'objet d'une réglementation rigoureuse[1088]. Le législateur a édicté des règles visant à

[1082] Articles 212, 213, 220 et suiv. du Code civil.

[1083] Nicolas NORD, « *L'état des textes* », in dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 244.
Mais il importe tout de même de rappeler, qu'il a toujours existé une suspicion de principe à l'égard des mariages mixtes. Selon Géraldine Auvolat, « *le mariage binational, interethnique, interculturel, mixte a, de tout temps et dans toute société, oscillé entre interdit et tolérance, suspicion et reconnaissance* » ; Géraldine AUVOLAT, « *Les formalités applicables au mariage mixte célébré en France* », *in* dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 246 ; A. BARBARA, *Les couples mixtes*, Bayard éditions, 1993.

[1084] En 1995, les mariages mixtes représentent 9,4% des mariages célébrés ; en 2005, ils représentent 15,4% ; source INSEE, cité par G. AUVOLAT, « *Les formalités applicables au mariage mixte célébré en France* », *in* dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 246.

[1085] En 2006, 38 310 mariages mixtes ont été célébrés en France et 50 240 à l'étranger ; *Les orientations de la politique d'immigration*, 4e rapport du Comité Interministériel de l'Immigration, décembre 2007.

[1086] *Mariages mixtes*, étude de l'INED mise à jour le 16 novembre 2009.

[1087] Le droit communautaire se situe dans une toute autre optique. La Cour de Justice des Communautés Européennes a rendu un arrêt important le 25 juillet 2008, dit Arrêt *Métock*, suivant lequel « *un conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union peut circuler et séjourner avec ce citoyen dans l'Union sans avoir au préalable séjourné légalement dans un État membre* ». Ainsi, tout citoyen non européen conjoint d'un citoyen de l'union européenne résidant dans un autre pays que le sien a immédiatement droit à un titre de séjour, dès lors qu'il se trouve dans le pays de l'union où réside son conjoint et ce, quel que soit son mode d'entré sur le territoire ; CJCE 25 juillet 2008, C-127/08. C'est à l'initiative de la Cour d'Irlande que la CJCE s'est prononcé sur l'interprétation de l'article 3 § 1er de la Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

[1088] Face à une politique de plus en plus ferme à l'égard des unions mixtes, est né en 2007, le Mouvement de couples mixtes pour la défense du droit de mener une vie familiale, plus communément appelé « *Les amoureux au ban public* ». Ce mouvement se structure en collectifs, et compte plus de trente antennes dans toute la France ; http://amoureuxauban.net (site consulté le 26 juin 2009).
Le mariage des étrangers, ouvrage collectif *GISTI, Les amoureux au ban public, La Cimade*, Coll. GISTI Les cahiers juridiques, avril 2009.

lutter contre le détournement de l'institution matrimoniale[1089] en restreignant les conditions d'obtention du titre de séjour[1090] et de la nationalité française[1091].

[1089] Peuvent être citées les dispositions législatives suivantes :
* la loi du 17 juillet 1984 permettait au conjoint de français de bénéficier de plein droit de la délivrance d'un titre de séjour dès lors qu'il se trouvait sur le territoire national ; F. JULIEN-LAFERRIERE, « *Droit de séjour* », *in* dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 257.
* la loi n° 93-933du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité ; JO. du 23 juillet 1993, p. 10342 ;
*la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 dite « *loi Pasqua* » relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; JO. du 29 août 1993, p. 12196. Cette loi restreint davantage les conditions de séjour de l'étranger conjoint de français. La présence de l'étranger ne doit pas constituer une menace pour l'ordre public, il doit être entré régulièrement sur le territoire national et y séjourner régulièrement au moment de la demande, il ne doit pas vivre en état de polygamie, il ne peut faire sa demande qu'à l'issue de la première année du mariage. La communauté de vie est exigée depuis le mariage et par ailleurs, le conjoint français doit avoir conservé sa nationalité française ;
*la loi n° 93-1147du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil ; JO. du 1er janvier 1994, p. 11 ;
*l'Instruction générale du garde des Sceaux relative à l'état civil du 11 mai 1999 ; JO. du 28 juillet 1999.
*la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ; JO. du 5 avril 2006, p. 5097 ;
* la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, dite « loi Sarkozy II), JO. n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047 : l'étranger, conjoint de français, ne dispose plus du droit à la carte de résident, il ne bénéficie plus que d'un simple droit à la carte temporaire valable un an. Cette loi a créé l'OQTF (l'Obligation de Quitter le Territoire Français). L'article L. 623-1 du CESEDA tel qu'issu de ladite loi, prévoit également une infraction de participation volontaire et d'organisation de mariage de complaisance (5 ans d'emprisonnement et 15 000€ d'amende, ou 7 ans et 750 000€ d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée). Le procureur de la République peut alors poursuivre la personne qui contracte mariage dans l'unique but d'obtenir ou faire obtenir un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement ou dans l'unique but d'acquérir ou de faire acquérir la nationalité française, de même que la personne qui organise ou tente d'organiser un mariage aux mêmes fins.
*la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relatives au contrôle de la validité des mariages. Cette loi est entrée en vigueur le 1er mars 2007. Le décret d'application a été publié au JO. du 11 mai 2007 (décret n° 2007-773 du 10 mai 2007)
*la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit ; JO. n° 0296 du 21 décembre 2007, p. 20639, texte n° 2.
*la loi n° 2008-561du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ; JO. n° 0141du 18 juin 2008, p. 9856.

[1090] Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite « loi Chevènement » ou loi « RESEDA », JO. du 12 mai 1998, p. 7087 ; *RCDIP* 1998. 521, note D. TURPIN. Voir également Hugues FULCHIRON, *Réforme du droit des étrangers*, Coll. Carré Droit, éd. Litec, 1999.
Plus récemment, la politique « immigration choisie » permet à des étrangers de venir en France suivant certains critères. En effet, ils doivent répondre à un certains nombres de considérations tenant à l'intégration dans la société française par une évaluation linguistique de la langue française et par une connaissance « *des valeurs de la République* ». Le Décret du 30 octobre 2008 précise le régime du contrat d'accueil et d'intégration destiné à préparer l'intégration en France des étrangers. L'article R. 311-30-5 du CESEDA précise « *les valeurs de la République* » que les étrangers doivent connaître. Il est question d'égalité hommes-femmes, de laïcité, de respect des droits individuels et collectifs, de libertés publiques, de sécurité et sureté des personnes et des biens, des règles régissant l'éducation et la scolarité des enfants…
Dans le cadre du regroupement familial, le conjoint étranger signe un contrat d'accueil et d'intégration pour la famille (prévu aux articles R. 311-30-12 et suivants du CESEDA). Il est informé sur les droits et devoirs des parents en France, notamment le respect de l'obligation scolaire, l'autorité parentale, l'égalité hommes-femmes, ou encoure de la protection des enfants… ; E. PUTMAN, « *Un décret précise le régime d'accueil et d'intégration de l'étranger en France* », *RJPF* 2009.15.

[1091] La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 dite « loi Sarkozy », relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO. du 27 novembre 2003, p. 20136 ; F. BELLIVIER, *RTD Civ.* 2004. 148 ;

De l'avis de certains auteurs, « *décidemment, à vouloir trop restreindre les possibilités, pour certaines catégories d'étrangers - dont les conjoints de Français -, d'entrer ou de séjourner en France, le législateur se met en contradiction avec lui-même et avec les principes fondamentaux des droits de l'homme* »[1092].

Ce droit matrimonial a pour objectif de démasquer les fraudes[1093] et les mariages de complaisance. Il convient de reconnaître que le mariage blanc est une réalité, cependant sur les 88 123 mariages mixtes célébrés en 2004, il n'y a eu que 395 annulations de mariages blancs[1094]. C'est la raison pour laquelle nous ne nous attarderons pas sur les mariages de complaisances où les époux sont de connivence. Nous nous intéresserons davantage aux ruptures unilatérales et discrétionnaires à l'initiative de l'époux étranger de bonne foi. Le principe de précaution semble l'emporter en cette matière car on peut constater que si le mariage est entouré d'un formalisme rigoureux[1095], la rupture suit également le même chemin, du moins, en ce

---

*le décret n° 2007-610 du 25 avril 2007 modifiant le décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française ; A. LEBORGNE, « *Une loi de plus !* », *RJPF* 2007 n° 3, p.10.

[1092] F. JULIEN-LAFERRIERE, « *Droit de séjour* », *op. cit.*, p. 258. Voir également, X. LABBEE, « *Le privilège de juridiction du procureur de Nantes (suite)*», *JCP* G., n° 3, 14 janvier 2009, p. 3.

[1093] CE, 11 avril 2008, *Mme El kihel*, n° 305231 ; « *en l'espèce, un ressortissant marocain a épousé une ressortissante marocaine dont il a divorcé avant d'épouser une ressortissante française – et d'acquérir par cette voie la nationalité française- dont il a divorcé avant d'épouser de nouveau sa première femme qui demandait un visa pour la France afin de rejoindre son époux avec ses enfants. L'administration a estimé légalement que le divorce et le remariage avec la requérante avaient pour seul but de permettre à son époux d'acquérir la nationalité française et de s'installer en France avec sa famille* » ; Emmanuel AUBIN, *Droit des étrangers*, éd., Gualino Master Pro, 2009, p. 245.

[1094] *Les annulations de mariages en 2004*, bulletin d'information du comité interministériel de l'immigration, Infostat n° 90, ministère de la Justice, août 2006.

[1095] Suivant les termes de l'article 63 du Code civil, en amont, lors de la célébration du mariage, l'officier d'état civil peut décider d'auditionner les futurs époux. Par ailleurs, l'article 40 du Code de Procédure Pénale prévoit que : « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui lui sont relatifs* ». En effet, la fraude au mariage implique généralement des infractions telles que l'obtention indue de documents administratifs, ou l'usurpation d'identité… l'officier d'état civil doit alors faire un signalement au procureur de la République.
La Cour de cassation rappelle qu'est irrégulière l'interpellation d'un étranger suite à une convocation dans le cadre d'un projet de mariage. En l'espèce, suite à la convocation qu'ils ont reçue de la gendarmerie pour l'examen de leur dossier de mariage, les intéressés ont été placés en garde à vue. Le préfet prend à leur encontre une mesure d'éloignement en centre de rétention. Le juge des libertés et de la détention conclut à l'irrégularité des conditions d'interpellation et de ce fait met fin à la mesure de rétention. Le procureur général se pourvoit en cassation, au motif que la convocation s'inscrivait dans l'exécution d'une enquête ordonnée par le procureur de la République, à la suite d'un signalement de l'officier d'état civil. La Cour de cassation considère que les conditions d'interpellation étaient irrégulières et ne répondaient pas aux exigences de loyauté ; Cass. 1re Civ., 11 mars 2009, n° 08-11. 177, Procureur général près la cour d'appel de Lyon c/ Delen ; Cass. 1re Civ., 11 mars 2009, n° 08-11.796, *Procureur général près la cour d'appel de Lyon c/ Bahiddine* ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 178, Mai 2009, éd. Législatives, p. 5632.

qui concerne les époux étrangers. Il est question du divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui en principe, offre la possibilité aux deux conjoints de mettre fin unilatéralement et discrétionnairement au mariage.

Effectivement, la rupture du lien conjugal, qu'elle soit voulue ou subie, entraîne des conséquences non négligeables sur la situation administrative du conjoint étranger. Rappelons que celui-ci a tiré avantage du mariage par l'obtention d'un titre de séjour ou même de la nationalité française. Remettre en cause le mariage revient donc à vouloir qu'il retrouve rétroactivement la situation dans laquelle il se trouvait avant le mariage.

Il importe alors de se demander si en France le conjoint étranger dispose d'un droit au divorce ?

Et sous quelles conditions pourrait-il « répudier » son conjoint sans devoir subir des conséquences administratives non négligeables ?

Il n'empêche que si l'étranger récemment régularisé peut demander le divorce, il s'agit d'un droit non discrétionnaire (1°). Le principe d'égalité dans la rupture est fortement mis à mal par la « répudiation judiciaire » ou « administrative » de l'époux étranger par le conjoint durablement établit en France (2°).

1°. Le divorce des étrangers récemment régularisés : un droit non discrétionnaire

La préfecture délivre les titres de séjours pour les étrangers et elle procède aussi à leur renouvellement ou à leur retrait.

Lorsque la délivrance du titre de séjour a été motivée par le mariage des époux, la dissolution de celui-ci peut entrainer, dans certaines circonstances, le retrait du titre de séjour. C'est un acte qui engendre de graves conséquences pour l'étranger car dans ce

Suite à une question écrite, la Ministre de la Justice rappelle qu'il appartient aux juridictions judiciaires d'examiner si les conditions d'interpellation des étrangers en situation irrégulière suite au dépôt d'un dossier de mariage sont conformes aux exigences de loyauté (Rép. min. n° 07569 ; JO. Sénat Q., 16 avril 2009, p. 961).

cas, il se trouverait en situation irrégulière et devrait quitter le territoire national[1096]. Ce pouvoir de retrait constitue une prérogative importante de l'administration.

Cette dernière doit procéder à une appréciation concrète de la situation tant en ce qui concerne la procédure de divorce des époux (a) que les motifs invoqués notamment s'agissant des violences (b).

a) L'introduction de la requête en divorce par l'époux étranger

Dans le cadre d'une procédure de divorce, la rupture du mariage est consommée : mari et femme se séparent, avant ou après la régularisation administrative de l'époux étranger. Lorsque celui-ci est à l'initiative de la demande, est-il possible de lui retirer son titre de séjour ?

Il a été admis en jurisprudence que le fait pour un ressortissant algérien de demander le divorce ne peut se traduire systématiquement par le retrait de son certificat de séjour de dix ans[1097]. Il est nécessaire de prouver que le conjoint étranger s'est marié dans l'unique but d'obtenir un titre de séjour. À défaut, il n'est pas permis aux autorités préfectorales de retirer ledit document.

Cela signifie que l'étranger qui sollicite le divorce n'est pas *de facto* supposé avoir manœuvré lors du mariage pour obtenir un titre de séjour. L'introduction de la requête en divorce ne peut suffire, à elle seule, à constituer un élément probant. Généralement,

[1096]L'Obligation de Quitter le territoire Français (OQTF) ; « *Cette nouvelle mesure d'éloignement s'intercale entre le refus de séjour et l'arrêté de reconduite à la frontière ; elle concerne, en effet, les étrangers à qui l'administration a refusé la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour ou à qui le titre de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour (APS) a été retirée pour des raisons autres qu'une menace pour l'ordre public. (…) cette mesure d'éloignement n'a plus à être motivée depuis la loi Hortefeux* » du 20 novembre 2007 ; E. AUBIN, *Droit des étrangers*, *op. cit*., p. 271-272.

[1097] La Cour administrative d'appel de Paris énonce qu' « *il est constant que l'intéressé est entré en France en juillet 2004 pour épouser une ressortissante française et a obtenu un certificat de résidence de dix ans en octobre 2005. Si, par un courrier de décembre 2006, son épouse a saisi le ministre de l'intérieur de la détérioration des relations conjugales et de la demande en divorce de l'intéressé, il n'est pas établi, notamment par le rapport d'enquête, qu'il se serait marié dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour. Le préfet ne pouvait pas lui retirer son titre de séjour. La Cour lui donne injonction de restituer le titre de séjour sous deux mois (…)* » ; CAA Paris, 26 novembre 2008, n° 08PA01141, SASSI ; « *Conjoint de Français (certificat de dix ans)* » ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 178, Mai 2009, n° 57, p. 5643.

tout un faisceau d'indices va pouvoir démontrer l'intention frauduleuse de l'époux ou de l'épouse.

Pour autant, les motifs du divorce devront être exposés afin de démontrer l'absence de toute manœuvre et imputer l'échec du mariage à une cause quelle qu'elle soit notamment en cas de violence.

b) Les violences au sein du couple : une appréciation relative

En matière de violence, l'article L. 313-12 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) précise que lorsque la communauté de vie a été rompue en raison de violences conjugales subies de la part du conjoint, l'autorité administrative ne peut pas procéder au retrait du titre de séjour de l'étranger et peut même en accorder le renouvellement[1098]. Or, l'article 6. 2°) de l'Accord franco-algérien du 27 décembre l986 modifié, prévoit quant à lui, que le premier renouvellement du certificat de résidence est subordonné à une communauté de vie effective entre les époux. Dès lors, en principe, les ressortissants algériens ne peuvent invoquer les dispositions du CESEDA. Ainsi, la juridiction administrative n'a pas permis à un algérien victime de violences de la part de son épouse, de bénéficier de mesures protectrices du CESEDA, en raison de la prééminence du droit conventionnel[1099].

[1098] L'article L. 313-12 alinéa 2 du CESEDA dispose que : « *Le renouvellement de la carte de séjour délivrée au titre du 4° de l'article L. 313-11 est subordonné au fait que la communauté de vie n'ait pas cessé. Toutefois, lorsque la communauté de vie a été rompue en raison de violences conjugales qu'il a subies de la part de son conjoint, l'autorité administrative ne peut procéder au retrait du titre de séjour de l'étranger et peut en accorder le renouvellement. En cas de violences commises après l'arrivée en France du conjoint étranger mais avant la première délivrance de la carte de séjour temporaire, le conjoint étranger se voit délivrer, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale"* ».

[1099] En l'espèce, Monsieur X, ressortissant algérien est victime des violences de son épouse. Celle-ci l'expulse du domicile conjugal. Elle est condamnée au pénal. Lors de la demande de renouvellement de son titre de séjour, Monsieur X s'est vu opposer un refus en raison de la cessation de la communauté de vie avec son épouse. Un arrêté formalise le refus du titre de séjour et lui somme de quitter le territoire français (OQTF).
En défense, devant le Tribunal administratif de Bordeaux, Monsieur X invoque l'article 313-12 du CESEDA, lequel prévoit que lorsque la communauté de vie des époux a été rompue en raison de violences conjugales, l'autorité administrative peut accorder le renouvellement du titre de séjour.
Le TA rejette le recours de Monsieur X au visa de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, et affirme que l'article 313-12 du CESEDA n'est pas applicable à Monsieur X : « *considérant que l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié régit d'une manière complète (...) les règles concernant la nature des titres de séjour qui peuvent leur être délivrés ; (...) qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'article 313-12 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile ne sont pas applicables aux ressortissants algériens ; que par*

Nous remarquons que le juge administratif veille à l'effectivité des conventions internationales, ce qui n'est pas forcément le cas du juge judiciaire[1100].

Il semblerait tout de même, qu'en matière de violence, la jurisprudence tend à se fixer. En effet, a été annulé une décision administrative refusant le renouvellement du titre de séjour d'une algérienne divorcée, victime de violences conjugales de la part de son conjoint français[1101]. De même, le juge administratif a enjoint à l'administration de restituer sa carte de résident à une étrangère car la rupture de la vie commune résultait de violences conjugales[1102].

En matière de violence, l'autorité administrative doit donc user d'un certain pouvoir d'appréciation. Par ailleurs, il y a lieu de préciser que la récente loi du 9 juillet 2010 relative *aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants* ; a prévu des mesures protectrices pour l'époux étranger victime[1103].

---

suite, la circonstance que la vie commune aurait été rompue à la suite de violences conjugales exercées sur M. X par son épouse, et en tout état de cause, sans incidence sur la légalité de la décision attaquée ».

Cette solution est parfaitement justifiée en droit, même si au niveau de l'équité elle parait contestable ; TA de Bordeaux, 10 juillet 2008, note L. BRUNEAU, « *La situation du ressortissant algérien victime des violences de son conjoint* » ; *AJFamille* 2008. 479.

[1100] Cass. 1re Civ., 17 février 2004 ; *Dr. Famille* 2004, chron. 9, obs. S. PRIGENT ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, « *Répudiations musulmanes : la Cour de cassation renoue avec le principe d'égalité des époux* », *RJPF* 2004-5/11 ; *D.* 2004. 824, concl. F. CAVARROC, « *Le rejet des répudiations musulmanes* ». Cass. 1re Civ., 4 novembre 2009, *D.* 2010, p. 543, note G. LARDEUX.

[1101] En l'espèce, la jeune femme se marie avec un français qui « *dès son entrée sur le territoire français (...) l'a contrainte à vivre « comme en Algérie », l'a harcelée par jalousie et lui a fait subir jusqu'en mai 2007 des formes de rapports non consentis* ». Le divorce est prononcé et confirmé en Algérie. L'épouse algérienne se voit refuser le renouvellement d'un certificat de résidence en qualité de conjoint de français, au motif de la rupture de la communauté de vie. Elle fait alors l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière. Elle invoque les violences conjugales dont elle a été victime avec dépôt de plainte et certificats médicaux à l'appui.

Le TA de Nice annule le refus de renouvellement de titre de séjour pour erreur manifeste dans l'appréciation de la situation personnelle de l'intéressé. Le juge administratif entend rappeler à l'autorité administrative qu'elle dispose d'un certain pouvoir d'appréciation et qu'il lui appartient : « *d'examiner les possibilités d'accorder un renouvellement du titre de séjour sollicité au regard soit de* ***considérations humanitaires*** *incluant les violences conjugales faites aux femmes, soit des justificatifs produits devant lui, parmi lesquels notamment des dépôts de plainte* » ;

L'arrêté préfectoral est annulé, la ressortissante algérienne peut bénéficier d'un certificat de résidence « vie privée et familiale » ; TA Nice, 10 janvier 2009, n° 0900037 ; « *Conjoints de français : appréciation de la rupture de la communauté de vie en raison des violences conjugales* » ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers,* Bulletin 178, Mai 2009, p. 5629 et p. 5642.

Voir aussi, s'agissant d'une espèce franco-vietnamienne ; TA Cergy-Pontoise, 31 mars 2009, n° 0811721 ; « *Le cas des conjoints de Français (violences conjugales*) » ; Voir également la circulaire du 30 octobre 2004, NOR : INTD0400134C.

[1102] TA de Paris, 10 décembre 2009, n° 0910819/5-1, *Rahho* ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 186 février 2010, p. 5438.

[1103] Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JORF n°0158 du 10 juillet 2010 page 12762.

Dans la mesure où la cessation de la communauté de vie doit être justifiée, nous pouvons affirmer que les étrangers ne disposent pas d'un véritable droit discrétionnaire à la rupture.

Lorsque la dissolution du mariage est gracieuse, une suspicion peut peser sur les époux, mais cela n'intéresse pas directement notre problématique. Par contre, lorsque le JAF prononce le divorce pour altération définitive du lien conjugal demandé par l'époux étranger ; cela n'empêchera pas l'époux défendeur d'introduire, dans le même temps, une action en annulation de mariage auprès d'un autre juge[1104]. Dans ce cas, il devra nécessairement justifier sa demande en divorce : la simple altération ne pourrait suffire. Par ailleurs, l'administration exerce un contrôle sur les raisons à l'origine de la rupture pour refuser la délivrance ou le renouvellement du titre de séjour.

L'époux étranger ayant « profité » du mariage doit justifier la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage. Si ordinairement l'initiative de la rupture est par elle-même assez difficile à prendre, elle l'est encore plus pour l'époux étranger en raison de la précarité qui le guette. Mais il n'est pas rare de relever que dans certains cas,

---

Cette loi a modifié certaines dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (le CESEDA) :

* L'article L. 313-12 *in fine*, prévoit que : « *Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, l'autorité administrative accorde, dans les plus brefs délais, la délivrance ou le renouvellement du titre de séjour de l'étranger qui bénéficie d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil en raison des violences commises par son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin*. »;

* L'article L. 431-2 *in fine*, dispose que : « *Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, l'autorité administrative accorde, dans les plus brefs délais, la délivrance ou le renouvellement de la carte de séjour temporaire de l'étranger qui bénéfice d'une ordonnance de protection en vertu de l'application de l'article 515-9 du code civil en raison des violences commises par son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin*. »

* L'article L. 316-3 suivant lequel : « *Sauf si sa présence constitue une menace à l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée à l'étranger qui bénéficie d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil. La condition prévue à l'article L. 311-7 du présent code n'est pas exigée. Cette carte de séjour temporaire ouvre droit à l'exercice d'une activité professionnelle* ».

* et L'article L. 316-4 qui précise qu': *« En cas de condamnation définitive de la personne mise en cause, une carte de résident peut être délivrée à l'étranger ayant déposé plainte pour une infraction mentionnée au premier alinéa de l'article 132-80 du code pénal* ».

Concernant les ressortissants algériens, le législateur déclare qu'un : « *rapport remis par le Gouvernement sur l'application des dispositions prévues à l'article 515-9 du code civil aux ressortissants algériens soumis à l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles, complété par un protocole, deux échanges de lettres et une annexe, signé à Alger le 27 décembre 1968, est présenté au Parlement avant le 31 décembre 2010* ».

[1104] Le Tribunal de Grande Instance est compétent en matière d'annualtion du mariage, mais cela ne relève pas de la compétence du Juge aux affaires familiales, mais du Juge de droit commun. Le ministère public agissant dans l'intérêt de l'ordre public ; art. 171-8 et suivants du Code civil.

c'est l'autre conjoint qui procède à la « répudiation judiciaire ou administrative » de l'époux étranger.

Le principe d'égalité est totalement occulté, il s'efface sous le prétexte de la sauvegarde de l'ordre public.

2°. La « répudiation judiciaire ou administrative » des étrangers : le principe d'égalité mis à mal

La question du mariage est importante car elle touche à l'ordre public[1105]. L'article 423 du Code de procédure civile précise qu'en dehors des cas prévus spécifiquement par la loi, le ministère public « *peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci* ».

Sous couvert de menace à l'ordre public, l'époux « répudiant » peut solliciter l'annulation du mariage à travers un processus judiciaire (a), ou il peut également dénoncer son « compagnon » en situation irrégulière et le répudier *via* la Préfecture lorsqu'il n'a pas encore obtenu de titre de séjour (b).

a) L'annulation du mariage : la « répudiation judiciaire »

« *Le mariage (…), donne naissance à un droit. Il n'y a pas pour l'État de pouvoir discrétionnaire, mais seulement la faculté de s'opposer à ce droit, sous le contrôle du juge* »[1106]. Précisons que généralement, la procédure d'annulation de mariage est plus rapide que celle de divorce.

Par ailleurs, le prononcé du divorce n'exclut pas l'action en nullité du mariage[1107]. L'article 184 du Code civil prévoit que : « *Tout mariage contracté en contravention*

[1105] Emmanuelle NERAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe, La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, éd., Bruylant, Bruxelles, 2006.
[1106] Jean-Philippe THIELLAY, *Les clés de la nationalité française*, 2e éd., Berger-Levrault, Coll. « Le Point sur », 2005, p. 78.
[1107] Cass. 1re Civ., 10 mars 1998, *Dr. Famille* 1998, n° 147, note H. LECUYER.
La nullité anéantie les effets passés du mariage, ce qui n'est pas le cas du divorce : la dissolution du mariage produit des effets dans les rapports personnels et patrimoniaux des époux.

aux dispositions contenus aux articles 144,146, 146-1, 147, 161, 162, 163 peut être attaqué dans un délai de ***trente ans*** *à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public* ».
En 2006, les statistiques révèlent que dans 90% des cas d'annulations de mariages, l'un des conjoints est français et l'autre est étranger[1108].

Le Procureur de la République peut obtenir la nullité d'un mariage, à condition de prouver le défaut d'intention matrimoniale de la part du ou des époux[1109]. Mais, l'un des conjoints peut également le saisir pour faire annuler le mariage, en invoquant le fait que son conjoint s'est marié dans le seul but de régulariser sa situation administrative[1110].

Une enquête est effectuée, les époux sont entendus, la famille et les témoins sont mis à contribution. Différente du divorce, l'annulation pénètre de façon plus pernicieuse dans l'intimité du couple, tout est passé au peigne fin : de la première rencontre (photos, vidéo du mariage...) à la vie conjugale quotidienne (visite du domicile conjugal, enquête de voisinage…).

Dans la pratique, « *le procureur de la République reçoit régulièrement des dénonciations de mariage de complaisance. Il ordonne une enquête sur la validité des mariages concernés pour démontrer que, au moment de l'échange des consentements devant l'officier de l'état civil, le consentement des époux ou de l'un d'eux était*

Le régime des nullités diffère selon la nature de la nullité. Celle-ci est absolue ou relative.
* La nullité est dite absolue lorsque qu'il s'agit de préserver l'ordre public. Elle se prescrit par trente ans (article 184 du Code civil) ; Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JO. n° 0141. du 18 juin 2008, p. 9856. On rencontre la nullité absolue dans les cas suivants, pour : défaut de consentement d'un époux ; défaut d'âge légal ou impuberté ; identité de sexe ; bigamie ; inceste ; clandestinité de la célébration ou défaut de publicité ; incompétence de l'officier d'état civil.
* La nullité est dite relative lorsqu'il est question de sauvegarder des intérêts privés, elle se prescrit par cinq ans (article 180 du Code civil). Il s'agit principalement des vices du consentement et du défaut d'autorisation pour les mineurs ou les majeurs protégés (article 183 du Code civil) ; Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4e éd., LGDJ, 2009, pp. 309 et suiv.

[1108] Statistiques Infostat justice, août 2006, n° 90. De 1995 à 2004, on constate une augmentation du nombre de procédures en annulation de mariage. En 2004, 737 mariages sont annulés, (soit 73,6% des demandes), contre 265 demandes rejetées (soit 26,4%) ; Cité par J. HAUSER, *RTD Civ*. 2007. 312.

[1109] X. LABBEE, « *La liberté de contracter mariage de l'étranger de bonne foi* », *D*. 2006, pp. 709 et suiv., note sous TGI de Lille (1re Ch. A), 21 septembre 2005.

[1110] Le législateur est également intervenu pour lutter contre les mariages de complaisance à travers la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006, entrée en vigueur le 1er mars 2007 ; Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 ; Décret n° 2007-773 du 10 mai 2007 ; (article 63 du Code civil).

inexistant ou vicié. Cette preuve n'est pas aisée à rapporter, surtout lorsqu'il est saisi longtemps après la célébration du mariage »[1111]. Une suspicion pèse sur l'étranger, et il doit démontrer que le mariage s'est inscrit dans un but très « conventionnel » : créer une famille. La procédure d'annulation de mariage engendre des conséquences administratives importantes. Dès lors, il lui incombe de démontrer que son mariage n'avait pas pour unique but l'obtention d'un titre de séjour, même si le principal objectif était la régularisation de sa situation administrative, ce que ne pouvait ignorer l'autre époux.

Or, en principe, la charge de la preuve n'incombe t-elle pas à celui qui invoque la violation ?

On relève en effet, que l'annulation à l'initiative du conjoint est perverse, car celui-ci ne peut, en principe, se prévaloir de sa propre turpitude. Il dispose sur l'autre d'un pouvoir malsain aux antipodes du sentiment amoureux. Il ne pouvait ignorer que grâce au mariage, la situation administrative, voire financière (aides étatiques : RSA, allocations…) de l'étranger allait bouleverser sa vie. Du statut « d'indésirable », il devient « époux de français », « parent d'enfant français »… Il dispose alors d'une nouvelle assurance que sa situation antérieure ne pouvait lui permettre : la liberté de circulation, le droit au logement, au travail, le droit d'ouvrir un compte bancaire… Donc, lorsque l'étranger prend conscience que la société française lui concède à présent des droits, il ne peut que changer dans sa relation de couple. L'autre ne comprend pas ce changement d'attitude et le traduit systématiquement par une intention frauduleuse.

Il est certains que des abus existent de la part de certains étrangers. Toutefois aujourd'hui, l'autre conjoint, le « national », dispose d'un pouvoir assez exorbitant dans la gestion de la relation. Déçu par l'époux étranger, il tente de lui retirer tous les avantages que le mariage a pu lui procurer car divorcer ne suffit pas. Le mariage a, en effet, changé du tout au tout la situation de l'étranger, qui est aujourd'hui à égalité, mais pas dans la rupture car il ne peut rompre unilatéralement et discrétionnairement

[1111] Joselyne KAN, « *Contrôle du parquet* », *in* dossier *Mariages mixtes*, *AJFamille* 2007. 253.

le mariage sans risque. Est-ce que seuls les mariages des couples mixtes représentent un risque ? Bien sûr que non.

Il n'en reste pas moins que le conjoint étranger peut se voir retirer son titre de séjour, et être reconduit à la frontière. De même, suite à l'annulation du mariage, il peut être déchu de la nationalité française (qu'il avait acquise grâce à son mariage[1112]). Le contentieux de la nationalité est assez important et la situation est loin d'être simple[1113]. En cas d'annulation du mariage, l'acquisition de la nationalité française est remise en question. Il peut arriver que le conjoint ait pu passer un concours national, et dans ce cas il se retrouve non seulement sans emploi puisqu'il ne rempli plus la

[1112] Il existe différents moyens d'acquérir la nationalité française : la naissance et résidence en France, le mariage, la déclaration ou la naturalisation ; Pâquerette GIRARD-ZAPPELLI, *Guide pratique de la nationalité française, Le droit, Les démarches*, 4e éd., Sofiac, 2005.
La législation en matière de nationalité ne cesse d'évoluer, le législateur apportant ponctuellement des modifications ; Voir par exemple la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 ; *Dr. Famille* 2007.
Ainsi, l'étranger conjoint de français ne peut acquérir la nationalité française par déclaration qu'au bout de quatre ou cinq ans de vie commune selon les cas (sous l'empire de la loi n° 98-170 du 16 mars 1998, une année de vie commune suffisait). L'article 21-2 du Code civil prévoit que : « *L'étranger ou apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut, après un délai de quatre ans à compter du mariage, acquérir la nationalité française par déclaration à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas cessé entre les époux depuis le mariage et que le conjoint français ait conservé sa nationalité.*
Le délai de communauté de vie est porté à cinq ans lorsque l'étranger, au moment de la déclaration, soit ne justifie pas avoir résidé de manière ininterrompue et régulière pendant au moins trois ans en France à compter du mariage, soit n'est pas en mesure d'apporter la preuve que son conjoint français a été inscrit pendant la durée de leur communauté de vie à l'étranger au registre des Français établis hors de France. En outre, le mariage célébré à l'étranger doit avoir fait l'objet d'une transcription préalable sur les registres de l'état civil français.
Le conjoint français doit en outre justifier d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française.
La déclaration est faite dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants. Par dérogation aux dispositions de l'article 26-1, elle est enregistrée par le ministre chargé des naturalisations ».

[1113] Il importe de souligner qu'en matière d'acquisition de la nationalité française, la condition de communauté de vie est essentielle. Suivant les termes de l'article 26-4, alinéa 3 du Code civil, le ministère public peut contester l'enregistrement de la déclaration de nationalité, en cas de mensonge ou de fraude, dans les deux ans à compter de leur découverte. Est présumée comme frauduleuse la déclaration de nationalité lorsque la vie commune a cessé dans les 12 mois suivant l'enregistrement de ladite déclaration. Néanmoins, le délai de prescription de l'action du ministère public ne commence à courir que lorsqu'il est informé des faits entraînant la présomption de fraude. « *En l'espèce, il a pu légitimement les ignorer jusqu'à un courrier du tribunal d'instance auquel étaient joints la déclaration de nationalité et le jugement de divorce. Le délai ne court pas à partir de la mention du jugement de divorce en marge des actes de l'état civil car le ministère public n'est pas informé systématiquement de ces mentions en marge. Il n'est pas réputé les connaître, bien que les registres de l'état civil soient placés sous son autorité* » ; « *Fraude à la déclaration de nationalité : conditions de l'action du ministère public* » ; Cass. 1re Civ., 19 novembre 2008, n° 08-10.077 (rejet) ; CA Orléans, 8 janvier 2007 ; *RJFP* 2009/n° 2, informations en brèves, p.15.
La Cour de cassation rappelle que la condition du maintien de la communauté de vie depuis le mariage s'apprécie à la date de la déclaration de nationalité. Elle précise que « *le fait qu'une procédure de divorce soit engagée à ce moment est indifférent si la communauté de vie n'a pas effectivement cessé* »; Cass. 1re Civ., 17 décembre 2008, n° 07-17. 583 (cassation) ; CA Bourges, 12 avril 2007 ; « *Acquisition de nationalité : appréciation de la condition de communauté de vie* », *RJPF* 2009/n° 3, (informations en brèves), p. 17.

condition de nationalité, mais en plus il va être déclaré en situation irrégulière et il sera donc dans l'obligation de quitter le territoire.

L'action en nullité peut être exercée dans un délai de trente ans. L'annulation du mariage peut, ainsi, remettre en cause de nombreux droits acquis.

Le conjoint non régularisé peut aussi, sur dénonciation, être expulsé par les autorités préfectorales. Ne serait-on ici pas face à une véritable « répudiation administrative » ?

b) L'expulsion : « la répudiation administrative » des étrangers

Alors que certains couples se présentent ensemble devant la préfecture pour les démarches administratives relatives au titre de séjour, d'autres en rupture peuvent dénoncer la clandestinité de leur amour déchu aux autorités. Celles-ci procèdent alors par la mise en œuvre d'une procédure administrative, en expulsant l'étranger en situation irrégulière. C'est une décision administrative consécutive à un arrêté ministériel ou préfectoral. Si des recours contre cet acte existent, leur effectivité est difficile à mette en œuvre[1114].
L'étranger sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français, suite au refus de délivrance d'un titre de séjour, de son renouvellement ou de son retrait, est considéré en situation irrégulière. S'il est interpellé au cours d'un contrôle d'identité, il peut être placé en garde à vue ou en rétention administrative. L'époux ou le concubin de l'étranger pourrait être à l'origine de ce contrôle.

La dénonciation a pour but de mettre définitivement un terme à une relation jugée décevante, au sein de laquelle les comptes se soldent par le départ forcé de l'étranger du territoire national. Cela peut être le cas pour les couples de fait car,

[1114] « *L'arrêté d'expulsion peut être exécuté d'office (L.523-1) ; l'étranger est immédiatement éloigné, sous la réserve du temps nécessaire pour introduire les recours* » ; Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e éd. Montchrestien, 2009, p. 589.
Par ailleurs, s'agissant de l'exécution d'un arrêté d'expulsion, « *le Conseil d'État a précisé qu'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière n'a pas à comporter, dans sa motivation, des précisions sur la situation personnelle et familiale de l'étranger[1114] ; l'arrêté étant suffisamment motivé lorsqu'il vient sanctionner le maintien illégal d'un étranger sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa de 30 jours sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré ou d'un récépissé de demande de titre de séjour* » ; E. AUBIN, *Droit des étrangers*, éd. Gualino Master Pro, 2009, p. 270.

comme nous le verrons ci-après dans le dernier Titre de la présente étude : il n'existe pas de procédure de dissolution judicaire du pacte civil de solidarité et du concubinage.

La procédure d'expulsion des personnes en situation irrégulière est beaucoup plus rapide qu'une procédure de divorce ou d'annulation. Quelque soit l'auteur à l'origine de la rupture, le concubin ou l'époux en situation régulière dispose d'un pouvoir exorbitant, c'est en ce sens que nous évoquons l'expression de « répudiation administrative ».

Force est de constater que l'étranger régularisé ou en situation irrégulière ne dispose pas d'un droit à la rupture. Il est contraint et forcé de supporter l'autre, de vivre en couple pendant de nombreuses années avant de pouvoir envisager reprendre sa « Liberté », sans risque majeur pour sa situation administrative. Et encore, l'action en nullité se prescrit par trente ans. « *Un couple mixte qui a réussi à se marier peut à tout moment se voir assigner en nullité* » [1115] ; une suspicion sur trente ans, c'est tout de même assez long, d'autant que les mariages n'ont pas tous cette longévité.

Après tout, le mariage ne fonctionne pas systématiquement pour tout le monde que l'on soit étranger ou non, c'est un pari sur la vie à deux.

Ajoutons que, le principe d'égalité n'est pas universellement applicable à tous : l'étranger ne dispose pas d'un droit au divorce. Il ne lui est pas permis de mettre un terme au mariage de façon unilatérale et discrétionnaire ; s'il veut rompre il doit avoir une excellente raison, la justifier et la motiver. Pourtant, l'échec du mariage ne repose pas forcément sur l'intention malveillante du conjoint étranger.

Cela nous conduit à observer les limites et les contradictions du système français en matière de rupture unilatérale et discrétionnaire du lien matrimonial. D'un côté, le juge français ne permet plus aux répudiations musulmanes de produire leurs effets en France, sous couvert de violation du principe d'égalité, et d'un autre côté, le

[1115] X. LABBEE, « *La liberté de contracter mariage de l'étranger de bonne foi* », *D.* 2006, pp. 709 et suiv., note sous TGI de Lille (1re Ch. A), 21 septembre 2005.

législateur permet aux couples de se « répudier » sans avoir à assumer financièrement la rupture ?

Par contre, ce même législateur, sous couvert de détournement de l'institution matrimoniale, ne permet pas à l'étranger d'user librement de ce droit au divorce consacré.

Dès lors, « *nos lois reflètent deux images totalement contradictoires. Il existe en fait deux ordres publics. Entre nous français, nous sommes tolérants et volontiers libertins. Nous transformons avec beaucoup de facilité nos fautes, nos erreurs, nos faiblesses, nos écarts de conduites et nos turpitudes en libertés (c'est tellement plus simple) et nous admettons tout, en nous abstenant de juger les comportements et encore plus de les sanctionner. La vie privée, les mœurs, ne regardent personne. Chacun fait comme il veut. Tout cela serait parfait si le principe était universel. Or, (…) nous exigeons de l'autre ce que nous n'exigeons plus de nous-mêmes* »[1116].

[1116] [1116] X. LABBEE « *L'ordre matrimonial à deux visages* », *JCP* G., n° 16-17, 15 avril 2009, p. 6.

Conclusion Titre 1

Si pour le droit canonique, le mariage est un sacrement indissoluble[1117], il en va différemment pour le droit positif. La dissolution du lien matrimonial est érigée en véritable droit à la rupture.

Aujourd'hui, la répudiation et le divorce pour altération se rapprochent sensiblement car *« il n'est plus question d'équilibre ni d'arbitrage entre des intérêts et des volontés contraires, ni de liberté de l'un dans le respect de l'autre. Même s'il s'en défend, le législateur a consacré un véritable droit au divorce. Le droit français connaît désormais une forme de répudiation. Si l'on définit en effet la répudiation comme le droit discrétionnaire, reconnu aux époux ou à l'un d'eux, de mettre fin unilatéralement au mariage, comment ne pas retenir une telle qualification pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal ? Certes le mot est choquant, mais la réalité l'est plus encore »*[1118].

Le législateur a semble t-il institutionnalisé un droit de répudiation au profit de chacun des époux. Le divorce devient accessible à tous au nom de la liberté, peu importe les engagements échangés lors du mariage. Si l'un des époux ne souhaite plus rester uni à l'autre, la loi lui permet de « répudier » son conjoint sans avoir à s'expliquer. Le but n'est-il pas de rompre sans avoir à se justifier ? Certes, il n'existe pas de transposition parfaite entre le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la répudiation musulmane. Cependant, le caractère unilatéral et discrétionnaire de la rupture contribue immanquablement à les rapprocher.

Rappelons que les répudiations marocaines et algériennes sont judiciaires, donc elles sont aussi prononcées par un juge. En quoi le jugement de divorce étranger serait-il moins acceptable que le divorce pour altération ?

Nous ajouterons qu'il ne nous paraît pas sain d'encourager la « libéralisation » du lien matrimonial. Lors de la procédure de divorce, la tentative de conciliation est devenue

[1117] Ph. TOXE, « *Le mariage dans le droit canonique catholique actuel* », in *Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, pp. 103 et suiv.
[1118] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit.*, p. 280.

une simple formalité : il n'est plus question de conciliation ou de médiation. Il n'y a plus d'écoute, ni de tentative mais une volonté d'accélérer le mouvement afin de désengorger les tribunaux. Le mariage reste l'institution par excellence, alors, avant de le dissoudre ne faudrait-il pas marquer un temps d'arrêt et s'assurer que tout à été mis en œuvre pour sa dissolution, dans le respect de chacun ? Le divorce en général et plus spécialement le divorce pour altération ne permet pas la mise en place de telles modalités.

Par ailleurs, malgré les garde-fous que le législateur a tenté de mettre en place, le divorce pour altération tourne principalement à l'avantage de l'époux « répudiant ». La prise en charge telle qu'on l'a connue sous l'empire du divorce pour rupture de la vie commune a disparue. Mais l'aberration réside surtout dans la possibilité de se voir attribuer une prestation compensatoire et de voir simplement l'autre condamné à des dommages et intérêts symboliques. Or la répudiation musulmane ne permet pas une telle iniquité, elle ne peut conduire le conjoint à verser à l'autre un quelconque dédommagement au nom de la « *disparité du niveau de vie* ». La séparation reste à la charge du mari car c'est lui seul qui en prend la responsabilité morale et matérielle. Le législateur français en 2004 a complètement déculpabilisé l'époux demandeur.

De même, le droit au divorce est à nuancer car tous ne disposent pas de ce droit. Le législateur français manie avec complexité, pour ne pas dire une très grande dextérité, le droit des étrangers en la matière en raison de la notion d'ordre public[1119].

Finalement, « séculariser la répudiation » en France, permettrait à un époux de sortir du mariage presque aussi simplement que pour le PACS et le concubinage.

[1119] [1119] X. LABBEE « *L'ordre matrimonial à deux visages* », *JCP* G., n° 16-17, 15 avril 2009, p. 5.

Titre 2.- La rupture unilatérale extra-judiciaire : le PACS et le concubinage

En France, le couple, quel qu'il soit, dispose d'une réelle reconnaissance tant juridique que sociétale. Mariés, pacsés ou concubins, les membres du couple jouissent d'un statut relativement commun. Pourtant, que de chemin parcouru pour arriver à ce degré d'acceptation et d'équivalence. Notons qu'à partir des années l970, la structure familiale évolue, elle se métamorphose et s'organise différemment[1120]. Entre 1960 et 1990, la famille traditionnelle implose[1121] et le couple marié ne constitue plus l'unique mode de vie permettant au groupe familial d'exister et de s'épanouir. Bien au contraire, des aspirations nouvelles, notamment de la jeunesse soixante-huitarde, mettent en avant la liberté dans la relation de couple, qui n'a finalement de raison de durer que si les sentiments sont encore très vivaces. La légitimité tirée du mariage ne semble plus représenter une exigence absolue.

La société subit alors des bouleversements structurels importants[1122]. Le nombre de mariage commence à baisser[1123] de façon conséquente au profit de l'union libre[1124] qui attire de plus en plus de couple dans le non-droit.

[1120] Le XXe siècle a bouleversé l'image traditionnelle de la famille. L'influence décroissante de l'Église a certainement contribué à un changement des mœurs et des mentalités ; I. THERY, *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la Ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, à la Ministre de la Justice, éd. Odile Jacob, La Documentation Française, 1998.
C. NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux, évolution de droit de la famille*, éd. Ères, 2003.

[1121] X. LABBEE, « *Reconstruire la famille : le droit commun du couple* » ; *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 5.

[1122] « *À la fin des années 1960, la famille change avec la société toute entière. Brutalement, toutes les courbes mesurant le nombre des naissances, des mariages et des divorces, se retournent affichant une même chute dans tous les États de l'Europe du Nord, suivis quelques années plus tard par les États du Sud. La donne change, les repères s'effacent, les références se déplacent* » ; Jean-Claude ROEHRIG, « *La famille du troisième millénaire* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 311.

[1123] Le Rapport de la mission d'information parlementaire de 2006 sur « *La famille et les droits de l'enfant* » de Valérie Pécresse, indique qu'en 1970, 394 000 mariages étaient célébrés contre 279 000 en 2002 ; Rapp. AN n° 2832 du 25 janvier 2006 ; www.asssemblee-nationale.fr/12/rap-info/2832.asp (Site consulté le 18 janvier 2009).
Suivant les chiffres de l'INSEE, cette tendance à la baisse des mariages ne fait que se confirmer ces dernières années, soit 273 969 en 2007, 265 404 en 2008 et 251 478 en 2009 ; www.insee.fr (Site consulté le 21 février 2011) ; *Données détaillées des statistiques d'état civil sur les mariages en 2009*, Tableau 8-Mariages par état

Avant 1999, l'union libre correspondait à toute forme de relation caractérisée par la très grande liberté du couple, tant au stade de sa formation que de sa dissolution. Depuis la loi du 15 novembre 1999, deux types d'unions légales sont instituées : le PACS et le concubinage. Ils induisent des rapports beaucoup moins contraignants que dans le mariage. L'un et l'autre se définissent par la mise en ménage du couple. Pour les uns, il s'agit de vivre sous le même toit, de partager un quotidien, une sorte d'essai avant la vie conjugale. Pour d'autres, c'est une question de choix, refusant ou ne pouvant se marier[1125]. Considérons successivement ces deux unions.

Juridiquement, le PACS constitue : « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »[1126] ; alors que le concubinage est « *une union de fait, caractérisée par une vie commune représentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* »[1127].

Bon gré mal gré, les couples et les familles hors-mariage sont finalement acceptés. Le droit a été contraint de prendre en compte ces modes de conjugalités, allant jusqu'à l'assimiler au mariage[1128]. En effet, les partenaires et les concubins disposent d'un

---

matrimonial antérieur (Excel/France métropolitaite et Dom)

[1124] Nous ne retiendrons pas la distinction opérée par le professeur Cornu entre « *l'union libre pure et simple et l'union libre engagée dans les liens d'un pacte de solidarité* » ; G. CORNU, *Droit civil La famille*, Coll. Domat droit privé, 9e éd. Montchrestien, 2006, p. 84. En effet, nous considérons l'union libre comme libre de tout effet et de tout engagement et désengagement. Ce qui n'est pas le cas du PACS et du concubinage qui sont des unions légalement définit par le législateur depuis 1999. L'union libre, quant à elle, n'a aucune existence juridique et elle reste dans la zone du non-droit. Elle n'est ni le concubinage, ni le PACS.

[1125] Il peut s'agir des homosexuels, des personnes déjà engagées dans les liens du mariage, ou encore d'un mariage impossible en raison des interdictions légales.
Pour certains, le mariage représente une institution très importante, la seule qui concrétise véritablement la relation. Concernant le mariage homosexuel, la jurisprudence a rappelé son interdiction en France. Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme : ce principe n'est contredit par aucune disposition de la Convention EDH et de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne qui n'a pas en France force obligatoire ; Cass. 1re Civ., 13 mars 2007, *D.* 2007 1389 note AGOSTINI ; M. AZAVANT, « *La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel* », *Dr. Famille* 2007, p. 30. Voir également, CEDH, 24 juin 2010 : *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/04, *AJFamille* n°7-8/2010, obs. Valérie AVENA-ROBARDET, p. 333.
Le Conseil constitutionnel dit également non au mariage homosexuel, Cons. const., DC n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Cahiers n°32* ; www.conseil-constitutionnel.fr (Site consulté le 20 février 2011).

[1126] Article 515-1 du Code civil.

[1127] Article 515-8 du Code civil.

[1128] Selon Louis Josserand : « *les faits, les nécessités de la vie, les exigences de l'équité ont été plus puissants que la volonté législative ; placée en présence de la réalité, la jurisprudence a dû résoudre, coûte que coûte, de nombreux problèmes soulevés par le concubinage, et, si l'union libre n'est pas une institution, du moins a-t-elle revêtu une signification juridique de plus en plus accusée et est-elle devenue comme un centre obligatoire qui doit*

statut particulier se rapprochant parfois de celui des couples mariés[1129]. Il est particulièrement surprenant de constater cette « *proximité entre les valeurs, les représentations, les comportements* » des couples en général[1130]. Car dans les faits, rien ne permet de les distinguer, « *seul le projet qui les sous-tend est différent* »[1131]. Cela signifie que le mariage suppose nécessairement un engagement solennel voulu durable, voire éternel, alors que, dans le PACS et le concubinage il n'y a pas de solennité. Leur célébration se distingue en tout point à celle du mariage : il n'y a d'échange ni de consentement, ni d'alliance, ni de témoins, pas plus que la présence du maire ou de l'officier d'état civil n'est requise…

Mais, la différence essentielle entre le mariage, le PACS et le concubinage se situe au stade de la rupture. C'est effectivement, lors de la dissolution de la relation qu'un fossé immense se creuser entre eux, et l'on comprend dès lors que le mariage reste l'union par excellence. Parce que la rupture du mariage exige l'intervention d'un juge, elle est enfermée dans un processus judiciaire sous contrôle. La fin du PACS ou du concubinage est, quant à elle, extra-judicaire. Elle peut demeurer dans l'informel, en dehors de tout arbitrage d'un juge, livrée à la volonté du plus fort. La rupture est semble t-il marquée par une grande flexibilité, pour ne pas dire facilité.

Pourtant, à l'origine, les couples de fait, en particulier de même sexe, réclamaient des droits et avantages identiques à ceux des couples mariés. Or, concernant la rupture, ils

---

retenir l'attention du juriste » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, éd. 1930, n° 1177.

[1129] Par exemple la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique permet le don d'organes entre personnes vivantes au bénéfice de « *toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur* » ; article L. 1231-1 alinéa 2 du Code de la santé publique.

L'article 449 du Code civil (tel qu'issu de la loi du 5 mars 2007) prévoit qu'en cas de placement sous tutelle ou sous curatelle, le juge nomme comme tuteur ou curateur : « *le conjoint de la personne protégée, le partenaire avec qui elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin* » (sauf si avant d'être placé sous un régime d'incapacité, l'intéressé avait désigné son tuteur ou son curateur).

De même, dans cette tendance aux rapprochements des statuts de couples, la loi n° 2007-1787, du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JO. du 21 décembre 2007, permet de se faire représenter par son concubin ou partenaire devant les juridictions suivantes : le Tribunal d'Instance, la Juridiction de proximité, le Conseil des Prud'hommes, le Tribunal des Affaires de la Sécurité Sociale, le Tribunal du Contentieux de l'Incapacité, la Cour Nationale de l'Incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (article L. 144-3, 1° bis du Code de la Sécurité Sociale) et le Tribunal Paritaire des Baux ruraux.

Par ailleurs, la loi du 12 mai 2009 donne compétence au JAF pour connaître du litige de la rupture entre partenaires et entre concubins (liquidation) ce qui témoigne d'un rapprochement des statuts de couples ; Loi n° 2009-256 du 12 mai 2009 relative à la simplification et la clarification du droit et allégement des procédures, JO. du 13 mai 2009.

[1130] Irène THERY, « *Problèmes contemporains* », *in Mariage-Mariages*, Claude BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 78.

[1131] D. GANANCIA, *Droits et obligations résultant du concubinage*, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 17.

ne demandent pas la symétrie avec le mariage, à savoir une rupture judiciaire. Cependant, cette liberté tant appréciée au départ se révèle excessive lorsque l'une des parties en use de façon brutale et discrétionnaire. Cela ne renverrait-il pas, dans les faits, à la rupture unilatérale qu'est la répudiation ? Bien que le droit à la rupture soit bilatéralisé, concrètement le résultat n'est-il pas identique : l'un répudierait l'autre sans explication, sans faute, en toute liberté et surtout en dehors de tout contrôle d'un juge ? Précisons que cela n'est pas le cas des répudiations algériennes et marocaines car celles-ci sont judiciaires.

Ici encore, on ne peut que constater le paradoxe de la situation : la répudiation dite musulmane n'est plus reconnue en France depuis ces fameux arrêts du 17 février 2004[1132], alors même qu'il serait permis à des personnes vivant en couples de se « répudier » en toute légalité en vertu du principe de liberté et d'égalité.

Est-il cohérent de condamner une institution étrangère tout en sachant que l'équivalent existe chez soi ? Pourquoi le législateur a-t-il tenu à cette liberté grandissante dans la rupture ? Quand bien même il est question de PACS et de concubinage, l'engagement pris fut-il moral ou contractuel, n'implique t-il pas un minimum de considération par le droit ?

Rompre de façon unilatérale le concubinage ou le PACS peut-il s'analyser en une répudiation eu égard au caractère discrétionnaire de la rupture? De ce fait, doit-on considérer que le PACS et le concubinage soient des unions aléatoires, voire précaires ?

Nous répondrons à l'ensemble de ces interrogations, tout au long de cette dernière partie, tout d'abord, par l'examen de la dissolution unilatérale et discrétionnaire du PACS, en tant que « répudiation formelle » (**Chapitre I**). Puis par l'étude de la rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage, en tant que « répudiation libre et informelle » (**Chapitre II**).

[1132] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11. 549 ; n° 02-11. 618, 02-15. 766 ; 02-10.755 et 02-17. 479 ; *D*. 2004. 815, note P. COURBE.

Chapitre I.- La résiliation unilatérale et discrétionnaire du Pacte civil de solidarité : une « répudiation formelle »

Aussi bien le PACS que le mariage marque une étape importante dans la vie des couples. Pour illustration, en octobre 2007 se tenait à Lille, pour la première fois ensemble, le 1er salon du PACS et du mariage. Paris reprenant l'idée en 2008 et depuis, le Salon annuel du mariage intègre le PACS à ses côtés. Pour les professionnels du mariage et de l'événementiel, le PACS se célèbre, c'est un marché à prospecter. Or juridiquement, le pacte civil de solidarité est une union, certes consacrée par le droit, mais dont le statut ne peut être parfaitement assimilé au mariage.

Le partenaire d'un PACS n'est pas un conjoint, la terminologie est précise et les effets ne sont pas identiques[1133]. Le pacte ne peut pas constituer l'acte fondateur d'une famille[1134], pas plus qu'il ne crée des liens d'alliance. Par ailleurs, sa conclusion n'entraîne aucune incidence sur l'état des personnes. En matière électorale, la jurisprudence a certes admis que « *le pacsé est un membre électoral de la famille* »[1135], mais elle a aussi affirmé que « *les dispositions visant les « conjoints » ne peuvent être étendues aux pacsés* »[1136].

[1133] La jurisprudence a affirmé que le terme de « conjoint » ne désigne que la personne unie à une autre par les liens du mariage ; Cass. 2e Civ., 5 mars 2008, pourvoi n° 08-60230 ; *Dr. Famille* 2008. 51, note LARRIBAU-TERNEYRE.

[1134] Il n'y a pas d'obligation alimentaire envers les parents de son partenaire, cela ne vaut que pour les gendres et les belles-filles, ce qui implique le mariage (article 206 et 207 du Code civil) ; CA Paris, 19 mai 1992, *D*. 1993. Somm. 47. Les partenaires ne peuvent pas non plus bénéficier des immunités pénales en cas de vol ou autres infractions entre époux (article 311-12 du Code pénal). Les partenaires ne sont pas des alliés, cela emporte comme conséquence que le devoir d'aide matérielle ne peut pas être analysé comme un devoir de nature alimentaire.

[1135] La Cour de cassation considère que le partenaire d'un PACS conclu avec un fonctionnaire, bénéficie des dispositions de l'article L. 30, 1° du Code électoral, qui permettent aux fonctionnaires d'être mutés et aux « *membres de leur famille domiciliés avec eux* » d'être inscrits sur les listes électorales en dehors des périodes de révisions de ces listes ; Cass. 2e Civ., 25 mars 2004, obs. J. HAUSER, *« Le pacsé est un membre…électoral…de la famille »*, *RTD Civ*. 2004. 489 ; *D*. 2004, *IR*, 1125.

[1136] Cass. 2e Civ., 5 mars 2008, n° 08-60.229 (rejet TI Corte, 27 février 2008). En l'espèce, un homme, radié des listes électorales d'une commune, invoque le fait d'être pacsé avec une femme habitant la commune. Il fait valoir que l'article L. 11, 2° du Code électoral, qui permet au « conjoint » d'être inscrit sur la même liste que le contribuable, est applicable dès lors que la qualité de conjoint doit être attribuée aux personnes liées par un PACS comme à celles liées par mariage. La Cour rejette le pourvoi, considérant que les conjoints étant en l'état de la législation française, des personnes unies par des liens du mariage, les dispositions de l'article L.11, 2° du Code électoral en faveur du conjoint ne s'étendent pas aux personnes vivant maritalement et ne peuvent être invoquées

Contrairement au mariage qui est une institution ancestrale, le PACS est un mode d'union contemporain, inventé par le législateur. Les implications juridiques du PACS tant au niveau national qu'international sont loin d'être négligeables. Seule la dimension de droit interne intéresse de près notre problématique, c'est la raison pour laquelle nous ne développerons pas davantage l'aspect international du PACS[1137].

Précisons qu'avant de naître en 1999, le pacte civil de solidarité a été le fruit d'un long travail politique et législatif de plusieurs années.

En effet, c'est vers la fin des années 1980 qu'il est apparu nécessaire d'instituer un nouveau type d'union conjugale visant à encadrer l'union libre. Diverses propositions de lois ont eu pour objectif de créer un cadre juridique pour deux personnes ayant un projet de vie en commun.

En 1990, une première proposition de loi tendant à créer un contrat de partenariat civil a été présentée[1138]. Puis, en l993, une proposition de loi sous l'appellation de Contrat d'Union Civile (CUC)[1139] a été déposée à l'Assemblée Nationale. Ensuite, ont suivies

---

par le partenaire d'un PACS ; Stéphane VALORY, « *Les dispositions visant les « conjoints » ne peuvent être étendues aux pacsés* », *RJPF* 2008. 21.

[1137] Concernant les PACS conclus en dehors du territoire français, plusieurs interventions réglementaires ont été nécessaires. En effet, les agents diplomatiques et consulaires, en se basant sur la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, ont refusé d'enregistrer des PACS dans des pays où l'union libre (en particulier homosexuelle) n'était pas admise dans le pays d'accueil. Cette Convention précise que : « *les agents diplomatiques et consulaires ne peuvent exercer des fonctions interdites par les lois et règlements de l'État de résidence* ». Le Conseil d'État, en 2007 a affirmé que ce refus constituait une discrimination en raison de la différence de traitement qui existe entre les couples français et les couples mixtes, mais aussi entre les couples homosexuels et hétérosexuels ; CE, ord. du 18 décembre 2007 ; n° 310837, GISTI et autres, *JCP* 2008. II. 10013 note A. DEVERS ; *RJPF* 2008. 28, obs. S. VALORY.

Une Circulaire du 19 janvier 2008 a donc précisé que désormais, les autorités consulaires ou diplomatiques ne peuvent plus refuser l'enregistrement du PACS mais elles doivent informer les partenaires des risques que leur union peut engendrer dans le pays d'accueil ; Circulaire du 19 janvier 2008 relative au PACS, NOR : MAEF0801234C, Ministère des affaires étrangères et européennes.

Rép. min. n° 28470, *JOAN* Q 21 octobre 2008, p. 9073: face à l'augmentation du nombre de partenariats souscrits à l'étranger par les couples mixtes ou entre partenaires étrangers et des difficultés auxquelles ils se trouvent confrontés lorsqu'ils s'installent en France, la garde des sceaux avait envisagé d'introduire, dans notre législation, une règle de droit international privé fixant les conditions dans lesquelles ces partenariats étrangers, à l'exclusion de toute autre forme d'union, pourraient être reconnus. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a inséré l'article 515-7-1 du Code civil, lequel prévoit que : « *les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement* ».

[1138] Proposition de loi n° 422 tendant à créer un contrat de partenariat civil, déposée au Sénat le 25 juin 1990 par J.-L MELENCHON.

[1139] Proposition de loi n° 3066 concernant la création d'un contrat d'union civile déposée à l'assemblée nationale le 25 novembre 1992 par J.-Y. AUTEXIER, J.-P. MICHEL, J.-M. BERLOGEY, H. BOUCHARDEAU, A. LABARRERE, J.-

des propositions de « contrat d'union sociale »[1140], cependant toutes ces propositions ont été refusées[1141].

Quelques années plus tard, en l998, un deuxième projet d'origine doctrinale voit le jour. Le Professeur Jean Hauser, chargé par le Gouvernement de mener une mission d'enquête, propose le Pacte d'Intérêt Commun (PIC). Celui-ci est conçu comme un contrat spécial de droit commun ouvert à tous. Ce PIC avait des ambitions modestes, dans la mesure où il n'était destiné à régir que les relations pécuniaires du couple. Il visait l'organisation de la vie commune, sans connotation sexuelle, ainsi que la mise en commun de certains biens. Il ne concernait pas de destinataires précis et il pouvait fonctionner entre concubins, entre deux personnes quelconques, deux amis ou encore deux sœurs célibataires[1142]. Ici encore, le projet n'a pas aboutit à une loi.

Enfin, après plusieurs propositions infructueuses, le projet du pacte civil de solidarité a donné lieu à la loi du l5 novembre l999[1143]. Le législateur a institué une nouvelle forme juridique d'union conjugale en donnant une définition légale au PACS et au concubinage. Il a précisé la nature juridique du PACS, qui est un contrat conclut entre deux personnes (de même sexe ou de sexe opposé) ayant décidées de vivre ensemble, selon une forme de communauté de vie. Les dispositions le régissant sont contenues

---

M. LE GUEN, Y. VIDAL et J.-P. WORMS.
Proposition de loi n° 880 tendant à la création d'un contrat d'union civile déposée à l'Assemblée National le 21 décembre 1993 par les députés du mouvement des citoyens, J.-P. MICHEL, J.-P. CHEVENEMENT et G. SARRE.

[1140] Proposition de loi n° 3315 relative au contrat d'union sociale déposée à l'Assemblée Nationale le 23 janvier 1997 par L. FABIUS et les députés du groupe socialiste. Proposition de loi n° 88 déposée à l'Assemblée Nationale le 23 juillet 1997 par J.-P. MICHEL et les députés du groupe RCV (Radicaux Mouvements des citoyens Verts).

[1141] J.-M. FLORAND et K. ACHOUI, « *Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile* », *Petites affiches* 1993, n° 43, p. 11 ; L. LEVENEUR, « *Les dangers du contrat d'union civile ou sociale* », *JCP* 1997. I. 4069 ; H. LECUYER, « *le CUC ferait-il un tabac ?* », *Dr. Famille* n° 11/1997 ;
J.-P. POULIQUEN, *D.* 1997.41 ; I. THERY, « *Le contrat d'union sociale en question* », *Revue Esprit*, oct. 1997, p.159 ; M.-T. CALAIS-AULOY, « *Faut-il craindre le contrat d'union civile et sociale ?* », *LPA* 1998, n° 37, p. 6 ; A. SERIAUX, « *Être ou ne pas être : les ambigüités juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile* », *Dr. Famille* 1998/3, Chron., p. 5.

[1142] Cela aurait pu être envisageable. Récemment, deux sœurs anglaises vivant ensemble depuis une trentaine d'années, ont introduit une requête alléguant une discrimination dans la jouissance du droit au respect de leurs biens. Elles invoquaient le fait qu'au décès de l'une, la survivante aurait à payer des droits de succession sur la part de la maison familiale possédée par la défunte. Or, elles soulèvent que dans la même situation, le conjoint survivant ou le partenaire homosexuel survivant d'un pacsé, seraient exonérés des droits de succession. La Cour européenne estime que « *leur situation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celles qui existent entre deux conjoints ou partenaires civils* ». Elle conclut à la non-violation de l'article 14 de la Convention EDH ; CEDH, Grande Chambre, 29 avril 2008, Aff. *Burden c/Royaume-Unis* (requête n° 13378/05). *AJFamille* 2008. 182.

[1143] Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, JO. du 16 novembre 1999, p. 16959.

dans le Code civil aux articles 515-1 à 515-7-1, au Livre Premier sur les Personnes, au Titre XIII. Paradoxalement, les dispositions relatives au PACS ne figurent pas au Livre III (Titre III) relatif au contrat, mais elles suivent les dispositions relatives aux majeurs protégés et à la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle.

Ainsi, en 1999, la loi consacre la reconnaissance sociale du couple homosexuel[1144], et concerne donc principalement les couples de même sexe dans un premier temps. Mais rapidement, cette revendication va s'étendre et s'adresser plus généralement a tous les couples vivants hors mariage. Cette extension a même constitué un argument politique majeur.

Loin d'être parfaite, cette loi de 1999 a aussi fait l'objet de vives critiques[1145]. On dit d'elle qu'elle « *est techniquement lamentable, elle dessert même ceux pour qui elle a été faite* »[1146]. On dit encore que « *le Pacte civil de solidarité est mal né, sa gestation a été mouvementée, son état civil n'est pas clair* »[1147]. Le législateur est alors intervenu tout au long de ces dix dernières années pour redessiner et préciser les contours du pacte civil de solidarité.

En 2004, le Garde des Sceaux confie alors une mission à un groupe de réflexion chargé d'évaluer la loi du 15 novembre 1999 et de présenter des propositions en vue de son amélioration[1148]. Le 30 novembre 2004 un rapport est remis, il présente trente-

[1144] Or aujourd'hui, statistiquement, les partenaires homosexuels sont minoritaires. Depuis 2007, la CNIL a autorisé l'accès aux données relatives au sexe des partenaires afin de permettre l'étude de la part des PACS conclus par les couples homosexuels. « *Le bilan fait apparaître que 93% des contrats concernent des couples hétérosexuel* » ; Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 16e éd., Sirey Dalloz, 2009, p. 718.

[1145] P. CATALA, « *Critique de la raison médiatique* », *Dr. Famille*, décembre 1999, n° hors série « *Le Pacs* », p. 63. P. MURAT, « *Chronique d'une défaite de la raison juridique* », in *Mélanges offerts à P. Catala*, Litec, 2001, p. 109. F. TERRE, « *Histoire d'une loi* », *Dr. Famille* 1999/n°12, p. 28.
B. BEIGNIER, « *Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux Enfers* », *Defrénois* 2000, art. 37175, p. 620.

[1146] Thierry FOSSIER, « *Le pacte civil de solidarité et le tribunal* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 108

[1147] Raymond LE GUIDEC, « *Le Pacs et la transmission des biens entre concubins* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 133.

[1148] L'intervention du Ministre de la Justice fait suite à une affaire politico-médiatique. En effet, un maire, malgré l'opposition du ministère public, à célébré un mariage entre deux personnes de même sexes. Le 27 juillet 2004, le Tribunal de grande instance de Bordeaux annulait le premier mariage homosexuel célébré en France. Cette annulation a été confirmée par la Cour d'Appel de Bordeaux le 19 avril 2005. Elle a été jugée conforme à la loi par la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 13 mars 2007. En l'espèce, le maire de la commune de Bègles avait célébré le mariage de deux personnes de même sexe, le 5 juin 2004, et ce malgré l'opposition du ministère public, le 27 mai 2004. Le parquet a donc agi en annulation du mariage. L'annulation du

deux propositions[1149]. Toutefois, concernant les règles de dissolution du PACS, aucune proposition ne vient remettre en question la loi de 1999. Le caractère unilatéral ne semble pas avoir retenu l'attention du groupe de travail qui décide de maintenir l'extrême souplesse dans la rupture.

Des modifications ponctuelles sont intervenues, surtout au niveau patrimonial et fiscal. Par exemple, la loi de finance de 2005 a permis aux partenaires pacsés de bénéficier de l'imposition commune dès la conclusion du pacte et non plus au bout de trois ans[1150], mais cela n'a pas suffit à faire taire la critique.

Un autre rapport déposé en février 2006 par la mission d'information sur *La famille et les droits de l'enfant*[1151] a formulé un certain nombre de propositions inspirées du rapport du 30 novembre 2004.
En 2006, le législateur, à travers la loi du 23 juin 2006[1152], a contribué à améliorer le statut des partenaires. Pour l'application de cette loi, l'autorité réglementaire a

---

mariage par les juges du fond se fondait tant sur le principe d'hétérosexualité du mariage, déduit aussi bien de l'article 144 du Code Civil que de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (article 12 de la Convention EDH), que sur le caractère justifié (par l'objectif de fonder une famille) de la distinction de traitement opérée à raison de l'orientation sexuelle. La Cour de cassation se prononce contre le mariage homosexuel, elle rejette donc le pourvoi en confirmant que l'on doit déduire de l'article 144 du Code Civil un principe d'hétérosexualité du mariage ; Cass. 1re Civ., 13 mars 2007, AJFamille 2007. 227, obs. CHENEDE.
Récemment, le 5 février 2011, le maire de Montpellier a célébré le mariage entre deux hommes, mais juridiquement cela ne pose pas de difficulté dans la mesure où il n'y a eu aucune inscription sur le registre officiel des mariages. Ce mariage est présenté comme étant un mariage symbolique, c'est en réalité une parade. En définitive, le mariage des homosexuels ne constitue t-il qu'un symbole tenant au lieu ? Car n'oublions pas qu'il ne s'agit que d'une pure illusion du mariage, aucun des droits et des devoirs du mariage ne sont attachés à cette célébration.
Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a affimé, le 28 janvier 2011, que : « *le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que les couples de même sexe puissent se marier* ». En l'espèce, le Conseil des Sages a été saisi par la Cour de cassation, en novembre 2010, d'une Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), relative aux articles 75 et 144 du Code civil. S'agissant d'un projet de mariage entre deux femmes, il était question de savoir si ces dispositions ne contrevennaient pas à la liberté du mariage, au droit de mener une vie familiale normale et au principe d'égalité devant la loi ; Cons. Constit., DC n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Cahiers n°32* ; www.conseil-constitutionnel.fr (Site consulté le 20 février 2011).

[1149] Le groupe de réflexion est alors présidé par Monsieur Marc Guillaume, Directeur des Affaires civiles et composés d'universitaires (B. Beignier, N. Molfessis…), de juristes (magistrats, avocats, notaires) et de représentants des milieux associatifs; F. GRANET-LAMBRECHTS, « *Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacs* », *Dr. Famille* 2005. 10.

[1150] Loi de finance pour 2005 (n° 2004-1484 du 30 décembre 2004) ; JO n° 304 du 31 décembre 2004. M. MARTEAU-PETIT, « *Le Pacs et le fisc* », *Dr. Famille* 2001, chron. 12§15. Dominique GRILLET-PONTON, « *La fiscalité du Pacs, forces et faiblesses du nouveau statut* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 271.

[1151] Rapport de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant ; P. BLOCHE, Président, V. PECRESSE, rapporteur. Rapport publié : l'enfant d'abord, AN, février 2006, n° 2832, p. 87 à 97.

[1152] Loi n° 2006-718 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO. du 24 juin 2006, ev. le

procédé par voie de décret[1153] puis par voie de circulaire[1154]. Il est à noter qu'il ne s'agit pas d'une loi spécifique dédiée au PACS, mais qu'elle a été intégrée à la réforme des successions. Le régime juridique du PACS est modifié, la procédure d'enregistrement, les modalités de publicité et le régime patrimonial des partenaires sont également simplifiés. Il importe de souligner que le PACS a fait son entrée dans l'état civil et donc dans le droit des personnes. Il laisse désormais des traces : tous les pactes font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires[1155]. Ainsi seront précisés : l'identité de l'autre partenaire (nom, prénom, date et lieu de naissance) et le lieu où le PACS a été enregistré. Des conséquences importantes sont attachées à l'accomplissement de ces formalités[1156]. Précisons que désormais, les tiers peuvent avoir connaissance des PACS qui ont été contractés[1157].

En raison de sa popularité, le PACS continue à susciter l'intérêt du législateur. Car toujours dans un souci de parfaire cette union intermédiaire, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs contient des mesures

---

1er janvier 2007.

[1153] Tout d'abord, le Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité (JO. du 31 décembre 2006). Ce décret envisage principalement le formalisme à respecter. Puis, le Décret n° 2006-1807 du 23 décembre 2006 relatif à l'enregistrement, à la conservation et au traitement des données à caractère personnel relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité (JO. du 31 décembre 2006). Ce décret réglemente le traitement des données à caractère personnel relatives au PACS, fixant les modalités de leur gestion et de leur conservation par les greffes. De même, les conditions d'accès et de communication aux tiers sont prévues. Ce décret permet également l'utilisation de ces informations à des fins statistiques.
Ces décrets abrogent le Décret n° 1999-1090 du 21 décembre 1999 et le décret n° 1999-1091 du 21 décembre 1999.

[1154] Circ. min., 5 février 2007, NOR : JUSC0720105C.

[1155] La publication sur le registre de l'état civil se fait à la diligence du greffe ; Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité (JO. du 31 décembre 2006).

[1156] Depuis le 1er juillet 2008, la preuve du PACS se fera par la remise d'un extrait de naissance obtenu auprès de la mairie du lieu de naissance, ou à Nantes pour les Français nés à l'étranger. Le PACS est opposable aux tiers à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies (article 515-3-1 du Code civil). Le PACS ou la convention modificative n'est opposable aux tiers qu'au jour où les formalités de publicité ont été accomplies sur l'acte de naissance des partenaires ou sur le registre spécial du TGI de Paris pour les étrangers (article 515-3-1 alinéa 2 du Code civil).

[1157] C'est cela qui a suscité des controverses par craintes de discriminations à l'égard des homosexuels. Le nombre de personnes pouvant avoir accès à ces informations a ainsi été limité par le décret n° 2006-1807 du 23 décembre 2006 relatif à l'enregistrement, à la conservation et au traitement des données à caractère personnel relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité (JO. du 31 décembre 2006).
Un délai de 6 mois avait été accordé aux partenaires d'un PACS, conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, pour leur permettre de dissoudre leur pacte s'ils ne voulaient pas se voir soumis au nouveau régime de publicité. Le dispositif transitoire a permis à certains partenaires de rester dans l'ombre : « *il n'y a aucune trace sur les actes de naissance des PACS dissous avant le 1er janvier 2008* » ; (cela peut poser quelque difficulté en matière de preuve, par exemple pour prouver une indivision au moment de la rupture) ; S. VALORY, « *La formation du PACS* », *Droit&Patrimoine* n° 173/ septembre 2008, p. 63.

relatives à la dissolution du PACS à l'égard des majeurs incapables[1158]. C'est en effet au stade de la rupture que ce type d'union atteint ses faiblesses.

Les partenaires, incapables ou non, peuvent rompre le PACS de façon unilatérale et discrétionnaire par simple voie d'huissier[1159]. Tout comme la répudiation, cette rupture n'a pas à être motivée : la brutalité et l'arbitraire de la décision ne sont, en définitive, que le reflet de la volonté individuelle. Mais, contrairement à la répudiation musulmane, l'initiative de cette décision appartient aux deux membres du couple. À travers une simple procédure, sur laquelle nous nous pencherons plus amplement ci-après, l'un et l'autre disposent, par la loi, d'un pouvoir discrétionnaire de dissolution. Dès lors, cela ne constituerait-il pas une « répudiation formelle » ?

Il ne serait pas vain de se demander pourquoi, tout au long de cette dernière décennie, le législateur n'a pas cessé d'intervenir en redéfinissant les contours du PACS, tant au stade de sa formation que de ses effets, alors même que la rupture unilatérale n'a pas fait l'objet d'une attention particulière ?

Pourtant, en sa qualité de contrat, le PACS n'exige-t-il pas un minimum de sécurité ? Comment peut-on concevoir de se « délier » d'un contrat aussi brutalement, sans préavis, ni indemnités, et en même temps critiquer l'institution de la répudiation ?

Il n'empêche que, la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS constitue une simple formalité (**Section I**). Le partenaire quitté et faible, subit sans ménagement la désunion décidée par le partenaire « dominant » (**Section II**).

[1158] Articles 461 et suivants du Code civil ; Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO. du 07 mars 2007.

[1159] L'article 515-7 alinéa 5 du Code civil dispose que : « *le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre* ». X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D*. 2008, p. 2354.

Section I. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS : une simple formalité

Selon les chiffres officiels, depuis 1999 plus de 605 000 PACS ont été conclus contre 92 851 dissolutions[1160]. Cette union s'inscrit dans un processus légal auquel il ne peut être dérogé tant au niveau de ses conditions de fond (1°) que de ses conditions de forme (2°). De telles conditions auraient pu laisser supposer que sa dissolution serait tout aussi exigeante (3°).

1°. Les conditions de fond du PACS

L'article 515-1 du Code civil nous indique qu'il s'agit d'un « *contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »[1161]. En sa qualité de contrat, le pacte est soumis aux règles de droit commun des contrats.

Suivant les termes de l'article 1108 du Code civil, « *quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*
Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation ».

Dès lors, la validité du PACS suppose tout d'abord, que les partenaires aient un consentement exempt de tout vice[1162]. Ensuite, qu'ils doivent être **«** *deux personnes*

[1160] Selon les déclarations de Joël Creusat, Chef du bureau des dispositifs de la statistique et des études du Ministère de la Justice et des libertés ; http://www.justice.gouv.fr (site consulté le 10 octobre 2010).
[1161] Article 515-1 du Code civil.
[1162] Le consentement doit exister et être exempt de vice. La nullité absolue est encourue en cas de défaut de consentement, par contre le vice du consentement est sanctionné par la nullité relative. CA Paris, 9 novembre 2006, *Droit de la famille* 2007, n° 30, note LARRIBAU-TERNEYRE. En l'espèce, la Cour refuse d'annuler un PACS pour vice du consentement au motif que l'erreur déterminante sur les mobiles de l'un des partenaires prétendument animé uniquement par l'intérêt financier n'est pas démontrée. Cependant, le dol (article 1116 du Code civil) semble plus facile à faire admettre qu'en matière de mariage ; CA Paris, 20 décembre 2001 et CA Grenoble 8 octobre 2001, cités par J. HAUSER, *RTD Civ*. 2002. 272.

physiques majeures ». La condition de la majorité est impérative : le mineur ne peut contracter un PACS sous peine de nullité du contrat[1163]. On retrouve les mêmes empêchements que pour le mariage, à savoir, les liens de parenté et de bigamie[1164]. Depuis le 1er janvier 2009, l'incapable placé sous tutelle peut aussi souscrire à un pacte civil de solidarité[1165]. Précisons qu'il n'est pas possible, comme en matière de mariage, de former « *opposition à PACS* »[1166]. Et enfin, le contrat de PACS doit avoir un objet certain et une cause licite pour être valable. Toute disposition contraire serait considérée comme nulle et non advenue.

La validité du pacte civil de solidarité suppose donc la réunion de ces conditions de fond auxquelles il faut ajouter des conditions de forme.

[1163] Toutefois, le mineur émancipé peut conclure un PACS car selon certains auteurs « *aucune disposition spéciale ne le lui interdit* » ; Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 16e éd. Sirey Dalloz, 2009, p. 721.
Pour les ressortissants étrangers, l'âge de la majorité est fixé par la loi de l'État dont ils sont ressortissants ; Circ. Min., 10 novembre 1999, NOR : JUSC9920683.
Le Conseil constitutionnel avait précisé à ce sujet qu'eu : « *égard à la nature des empêchements édictés par l'article 512-2, justifiés notamment par les mêmes motifs que ceux qui font obstacle au mariage, la nullité prévue par cette disposition ne peut être qu'absolue* » ; Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419, DC JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.

[1164] La conclusion d'un PACS est interdite entre ascendants et descendants en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'a 3e degré inclus. Aucune dispense n'est possible. En effet, à la différence du mariage, l'existence d'un lien de parenté est toujours un obstacle à la conclusion du PACS et aucune dispense du Président de la République ne peut être sollicitée.
L'article 515-2 du Code civil prévoit qu'à : « *peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :*
1°. Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;
2°. Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ;
3°. Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité ».
En matière de PACS, il y a cette volonté de faire respecter la prohibition de l'inceste et de faire respecter la fidélité dans le mariage. Cependant, la condition de bigamie est assez libérale puisqu'un partenaire peut se marier avec un tiers sans que cela ne puisse constituer un empêchement à mariage.

[1165] L'ancien article 506-1 du Code civil interdisait aux incapables sous tutelle de conclure un PACS ; T. FOSSIER, « *Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés* », *JCP* G 2001. I. 293, n° 5.
C'est la loi du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs qui leur permet d'accéder au PACS ; Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO. du 07 mars 2007.
L'incapable placé sous tutelle ne peut souscrire un PACS qu'avec l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles (art. 462 al. 1er du Code civil). Un parallèle peut être effectué avec le mariage : l'article 460 alinéa 2 du Code civil prévoit, en effet que : « *le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* »).
En matière de curatelle, l'incapable peut effectuer seul la déclaration au greffe, mais il doit être assisté lors de la signature du contrat, il est prévu que : « *la personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, signer la convention par laquelle elle conclut un pacte civil de solidarité* », (art. 461 al. 1er du Code civil) ; ici encore on se rapproche du mariage d'un incapable placé sous curatelle (art. 460 al. 1er Code civil). Concernant le majeur placé sous sauvegarde de justice, la loi n'a rien changé, ce dernier dispose donc de la faculté de conclure librement un PACS (article 435 du Code civil).

[1166] X. LABBEE, « *PACS encore un tout petit effort !* », *AJFamille* 2007/ n° 1.

2°. Les conditions de formes du PACS

Formellement, le pacte civil de solidarité est un écrit dans lequel les partenaires ont envisagés l'organisation de leur vie commune : aucun contenu spécifique ne leur est imposé[1167]. Il peut s'agir d'acte sous seing privé ou d'un acte notarié[1168].

Néanmoins, pour que le PACS soit effectif, il faut tout de même respecter une procédure précise, puisque son enregistrement a lieu devant le greffier du Tribunal d'Instance. Le couple comparaît en personne[1169] et présente une déclaration conjointe au greffe du TI dans le ressort duquel il a fixé sa résidence commune. Il faut noter qu'aucune vérification ne peut être effectuée sur ce point (la fraude est tout à fait possible). Á peine d'irrecevabilité, les partenaires produisent au greffier la convention et joignent les pièces d'état civil[1170]. Si le dossier est incomplet, les parties sont invitées à le compléter (la demande n'est pas irrecevable). En revanche, si le greffier constate[1171] qu'il y a un empêchement au PACS (incapacité ou autre), il

---

[1167] La circulaire du 5 février 2007 rappelle qu'aucune : « *forme ni contenu particulier autre que ceux prévus par les règles de droit commun applicables aux actes sous seing privé ou authentiques ne sont requis* » ; Circ. min., 5 février 2007, *op. cit*.
La circulaire du 19 janvier 2008 propose un modèle-type de quelques lignes qui renvoient aux dispositions de la loi : « *Nous soussignés…. (Nom de famille, nom d'usage, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité adresse) concluons un pacte de solidarité régi par les articles 515-1 à 515-7 du Code civil. Fait à …le …en un exemplaire original* » ; Circulaire du 19 janvier 2008 relative au PACS, NOR : MAEF0801234C, Ministère des affaires étrangères et européennes.

[1168] Les partenaires doivent produire une expédition délivrée par le notaire. L'acte notarié est un acte authentique et en ce sens, il est revêtu de la formule exécutoire. Par conséquent, lorsque les parties avaient convenu du montant de l'aide matérielle, cela implique que l'acte doit être exécuté sans délai. L'acte notarié est conservé par le notaire, ce qui peut éviter certains conflits relatifs à la perte ou au vol.

[1169] Les partenaires ne peuvent recourir à un mandataire. S'il existe un empêchement durable, l'appréciation appartient au seul greffier, ce dernier peut se déplacer jusqu'au domicile des partenaires ; Circ. Min. du 5 février 2007, *op. cit.* Par ailleurs, cela signifie qu'il n'est pas possible de contracter un PACS à titre posthume ; Rép. Ministérielle À QE n° 47405, *JOAN* Q21 août 2000, p. 4987, RJPF 2000-n° 9/27 ; *Dr. Famille* 2001. 35, note B. BEIGNIER.

[1170] En plus du contrat, il faut :
1) une pièce d'identité pour chacun ;
2) une copie intégrale ou un extrait avec filiation de leur acte de naissance datant de moins de trois mois. Cela permet au greffier de vérifier qu'il n'existe pas d'empêchement légal à la conclusion du PACS (articles : 506-1, 515-1 et 515-2 du Code civil), que les partenaires sont majeurs, et qu'ils ne sont pas placés sous un régime de protection ;
3) une attestation sur l'honneur attestant qu'il n'existe entre eux aucun lien de parenté ou d'alliance qui constituerait un empêchement pour conclure un PACS, en vertu de l'article 515-2 du Code civil ;
4) Une attestation sur l'honneur indiquant que le couple fixe sa résidence commune dans le ressort du tribunal où il a fait sa demande ;
5) Un livret de famille si l'un d'eux est veuf ou divorcé. Depuis le 1er juillet 2008, la copie intégrale ou l'extrait d'acte de naissance permet, à elle seule, de vérifier qu'aucun des partenaires n'est pas déjà lié par un PACS.

[1171] La Circulaire du 5 février 2007 précise « *au vu des pièces fournies par les partenaires » ;* Circ. min., 5 février 2007, *op. cit*.

doit refuser l'enregistrement de la déclaration[1172]. Après la production de l'ensemble des pièces, le greffier procède à l'enregistrement[1173], lequel confère date certaine au PACS ; la convention produit ses effets à compter de cette date[1174].

Précisons que l'acte notarié ne vaut pas conclusion du Pacte civil de solidarité[1175].

Ainsi, lors de la formation du PACS, un formalisme est institué, et même s'il est moins rigoureux qu'en matière de mariage, il s'en rapproche sensiblement. Par ailleurs, le PACS présente des points d'accroches importants avec le mariage, ce qui pourrait tromper les partenaires quant à la réelle nature juridique de leur relation. Ils pensent avoir fait le bon choix de la conjugalité : plus que le concubinage, avec de nombreux avantages du mariage et très peu de ses inconvénients.

Il est certain que lorsque tout va bien au sein du couple, le PACS ne peut contenir que des avantages.

Mais, lors de la rupture, le couple et la famille sont grandement fragilisés. Les supposées garanties d'hier, deviennent aujourd'hui inexistantes en raison de la rapidité effrayante et simpliste de la procédure de dissolution. C'est en ce sens que nous employons l'expression de « répudiation formelle ».

[1172] Suivant les termes de l'article 1er du décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006, le greffier doit alors motiver sa décision d'irrecevabilité : une copie de la décision est conservée au greffe et une autre est remise aux partenaires. Ces derniers ont la possibilité d'exercer un recours devant le Président du TGI ou son délégué statuant en la forme des référés. En 2003, le Conseil d'État avait considéré que les juridictions administratives étaient incompétentes pour connaître du recours exercé contre un refus d'enregistrement, celui-ci n'ayant pas le caractère d'un acte administratif ; CE, 23 mai 2003, n° 248982, *RJPF* 2003- n° 9/33, *D.* 2004, p. 295, note J. GOURDOU et J.-J. LEMOULAND, *Gaz. Pal.* 2004, 1, jur., p. 420, concl. E. PRADA-BORDENAVE, *RTD Civ* 2003. 684, obs. J. HAUSER.

[1173] Article 515-3 alinéa 2 du Code civil. Le Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité (JO. du 31 décembre 2006) détermine également les données à enregistrer : nom, prénoms, date et lieu de naissance et sexe des partenaires, la date de la déclaration conjointe et le numéro d'enregistrement du PACS. La donnée « sexuelle » permet d'établir des statistiques en fonction du sexe des partenaires.

[1174] Article 515-2-3 alinéa 2 du Code civil. La preuve de l'enregistrement peut se faire au moyen du visa figurant sur la convention de PACS (le visa correspond à l'apposition du numéro et de la date d'enregistrement ainsi que de la signature du greffier), et trois jours plus tard, par la production d'un extrait d'acte de naissance ou du document établi par le greffe du TGI de Paris pour les partenaires étrangers nés à l'étranger. Suite à l'enregistrement du PACS, un récépissé d'enregistrement établi sur papier ordinaire « *peut être remis aux partenaires qui en font la demande* » ; Circulaire du 5 févier 2007 ; Circ. min., 5 février 2007, *op. cit*.

[1175] Un PACS non enregistré se réduirait alors à une simple convention de concubinage ; AUVOLAT et RUSSO « *Enregistrement et publicité du PACS : les nouvelles règles applicables* » ; *AJFamille* 2007. 10.

3°. La dissolution du PACS

L'article 515-7 du Code civil dispose que : « *Le pacte civil de solidarité se dissout par la mort de l'un des partenaires ou par le mariage de l'un des partenaires ou de l'un d'eux (…) par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux* ». Ainsi, la relation des partenaires se dissout par le décès, le mariage des partenaires ensemble ou avec un tiers, ou encore par la volonté conjointe ou unilatérale des partenaires. La dissolution du PACS par décès ne retiendra pas notre attention en raison du caractère involontaire et fortuit de la rupture[1176]. De même que la rupture par la volonté conjointe qui ne semble pas poser des difficultés majeures[1177].

Les cas de ruptures problématiques sont ceux résultant de la volonté d'un seul. Paradoxalement la rupture unilatérale suit une procédure aux antipodes des précautions prises par le législateur lors de la formation du PACS. C'est à se demander si le mécanisme juridique est cohérent.

La répudiation musulmane, nous l'avons examiné précédemment, obéit à un processus en plusieurs étapes. Les répudiations algériennes et marocaines sont prononcées systématiquement par le juge, ce qui n'est pas le cas de la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité. Les partenaires disposent tous les deux de la faculté de mettre fin à la relation de manière unilatérale et discrétionnaire. Pour autant, le juge ne prononce

[1176] Le décès d'un des partenaires met fin au PACS. Informé du décès d'un des partenaires par l'officier d'état civil, le greffier du Tribunal d'Instance du lieu d'enregistrement du PACS enregistre la dissolution et procède aux formalités de publicité. La dissolution prend effet à la date du décès. À l'origine en 1999, il appartenait au partenaire survivant d'adresser copie de l'acte de décès au greffe du TI du lieu d'enregistrement du PACS. La dissolution par décès et par mariage obéit à la même procédure.

[1177] En effet, lorsqu'il y a consensus sur le principe de la séparation, le couple est beaucoup moins enclin à des rivalités et des bassesses. La procédure est assez simple, les partenaires ne sont pas contraints de se déplacer ou de comparaître personnellement. Ils peuvent décider d'adresser au greffe du TI (auprès duquel la déclaration initiale avait été faite et non plus du lieu de domicile de l'un d'eux) la déclaration conjointe de dissolution par lettre recommandée avec accusé de réception. Aucune formalité n'est requise, seule doit apparaître leur volonté commune de mettre un terme au PACS. Le greffier procède à l'enregistrement de la dissolution et adresse récépissé de cette déclaration aux partenaires.
Néanmoins, des fraudes ne sont pas à exclure. Le partenaire désirant mettre un terme au contrat peut adresser au greffier une déclaration de dissolution, supposée conjointe, en imitant de la signature du partenaire et en y joignant une copie de sa pièce d'identité (il suffit juste d'une photocopie d'une pièce d'identité du partenaire, la cohabitation en facilitant l'accès), puis il doit envoyer le tout par LRAR. À l'égard des tiers, la dissolution est opposable au jour de sa mention en marge de l'acte de naissance. Selon Élodie Mulon, « *on peut craindre, là encore, comme sous l'empire de l'ancienne loi, que les partenaires se dispensent quelquefois de cette information, et que dès lors, il soit mis un terme à des pacs sans que les tiers en soient avisés* » ; E. MULON, « *La dissolution du pacs* », *Droit&Patrimoine* n° 173/ septembre 2008, p. 69.

pas la rupture, peu importe le couple, peu importe la famille. Peut-on dire que la répudiation soit « sécularisée en droit français » ?

Il n'en demeure pas moins que la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS est généralement présentée comme étant l'expression d'une liberté (A) et même d'un droit discrétionnaire « sagement » approuvé (B).

A. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS : l'expression d'une liberté

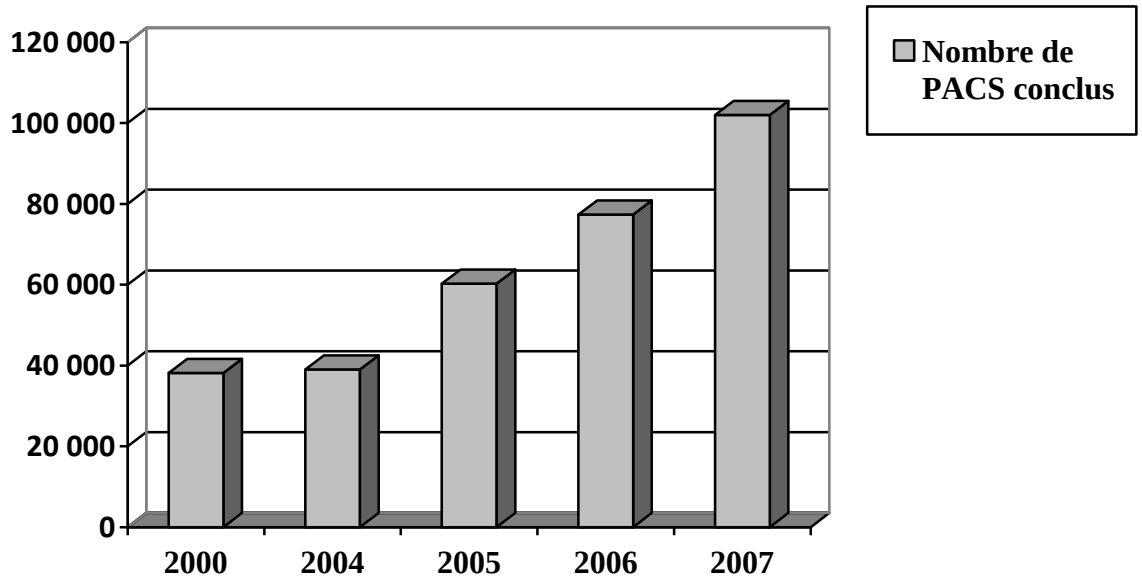
Aujourd'hui, force est de constater que les premiers destinataires du PACS n'en sont pas les premiers intéressés, à savoir les couples de même sexe. Les statistiques révèlent, effectivement, que les couples hétérosexuels ont majoritairement souscrit un PACS, alors que les couples homosexuels sont une minorité. Seulement 7 % des couples de même sexe[1178] ont conclus un PACS en 2006, cela signifie donc que les couples hétérosexuels en sont les grands bénéficiaires[1179].

La doctrine s'est interrogée sur l'intérêt pour un homme et une femme de se voir consacrer juridiquement une union civile différente du mariage[1180]. Quel est l'intérêt de permettre à un couple hétérosexuel de choisir une catégorie intermédiaire entre le concubinage et le mariage ?

S'il visait à inciter au mariage : il n'est absolument pas certain qu'après le PACS suive le mariage, la rupture étant majoritaire. Le partenaire préfère rester en dehors du cadre contraignant du mariage. Car il est vrai que, « *si les homosexuels se pacsent pour vivre « comme s'ils étaient mariés » ; les hétérosexuels se pacsent pour vivre « comme s'ils étaient célibataires » »*[1181].

[1178] Bulletin Infostat n° 97 d'octobre 2007.
[1179] Pourquoi ce contrat boudé par ses premiers destinataires séduit-il autant les autres ? Cela peut s'expliquer du fait qu'il y ait un alignement au niveau des droits, notamment en matière fiscale. S'est posé la question de savoir si le PACS allait remplacer le mariage en raison de l'augmentation du nombre de PACS, corrélativement à la baisse du nombre de mariages.
[1180] J. CARBONNIER, *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*, t Il, PUF, 2003 (21e éd.).
[1181] B. BEIGNER, « *Réussir son divorce : une illusion ?* », *Dr. Famille* 2010, n° 10, p. 1.

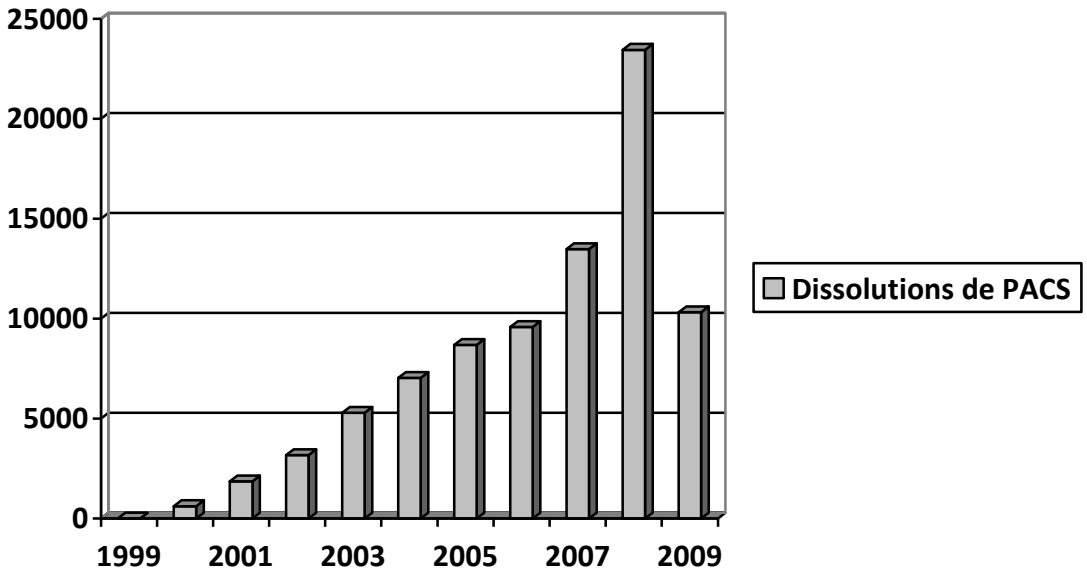
Il n'en demeure pas moins que, le succès du PACS est réel et qu'il ne cesse d'augmenter en nombre. Plus de 605 000 pactes ont été conclus depuis 1999[1182] ! En juillet 2000, on relève que 38 108 PACS ont été souscrits depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1999[1183]. On en compte 39 000 en 2004 ; 60 223 en 2005[1184] et 77 362 en 2006[1185]. Pour l'année 2007, on dénombre plus de 102 012 PACS signés contre 266 500 mariages[1186] ; et sur les 13 474 dissolutions de PACS enregistrées 1446 se justifient par un mariage[1187]. Néanmoins, les statistiques ne nous indiquent pas si le mariage a été célébré entre les partenaires ou avec un tiers. Reprenons quelques unes de ces données dans le graphique ci-dessous.



Si le nombre de PACS enregistré ne cesse d'augmenter, le nombre de dissolution suit le même chemin, bien que la propension soit moindre. On relève, en effet, qu'en 1999, le nombre de dissolution de PACS s'élevait à 7 (en l'espace d'un mois puisque la loi

[1182] Selon les déclarations de Joël Creusat, Chef du bureau des dispositifs de la statistique et des études du Ministère de la Justice et des libertés ; http://www.justice.gouv.fr (Site consulté le 10 octobre 2010).
[1183] Jean-Claude ROEHRIG, « *La famille du troisième millénaire* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 312.
[1184] Depuis 1999, le nombre de PACS n'a cessé de progresser ; Bulletin d'informations statistiques du Ministère de la Justice ; Infostat justice, juin 2006, n° 89 ; Rép. Min Justice, n° 93281 Min., 2 mai 2006, JO AN. Q. 20 juin 2006, p. 6638.
[1185] *RJPF* 2008/n° 3, p. 6.
[1186] On relévera que l'année 2009 est présentée comme étant l'année du plus faible nombre de mariages depuis 1945, avec 5, 2% de moins qu'en 2008, INSEE résultats n°115, nov. 2010, Dr. Famille 2011, n°1, *En bref*, p. 7.
[1187] *RJPF* 2008/n° 3, p. 6.

date du 15 novembre 1999). En 2000, ce nombre passe à 624, en 2001 à 1872, en 2002 à 3185, en 2003 à 5292, en 2004 à 7043, en 2005 à 8690 et en 2006 à 9583.
En 2007, la tendance s'accélère avec 13 474 dissolutions. En 2008, l'augmentation se poursuit avec 23 448 dissolutions. Pour les deux premiers trimestres de l'année 2009, ont été recensés 10 324 dissolutions[1188].



De 2006 à 2007, il y a eu une augmentation signification du nombre de dissolutions de pactes, toutes ruptures confondues[1189]. Cette hausse peut s'expliquer par les effets de la loi du 23 juin 2006 qui prévoit la mention en marge de l'acte d'état civil des partenaires la conclusion de leur PACS[1190].

Si la conclusion du PACS est soumise à un certain nombre de conditions de fond et de forme[1191], ce n'est pas le cas de sa dissolution. Sa formation exige la comparution personnelle des partenaires devant le greffier du Tribunal d'Instance, alors que sa dissolution est beaucoup moins formelle et n'impose pas la présence des partenaires. Ces derniers peuvent rompre par courrier ou tout simplement en se mariant avec un

[1188] Ministère de la Justice et des libertés- Secrétariat Général- Sous-direction de la Statistique et des études ; http://www.justice.gouv.fr (Site consulté le 10 octobre 2010).
[1189] En 2007 13474 PACS ont été dissous contre 9583 en 2006 ; *RJPF* 2008/n° 3, p. 6.
[1190] Loi n° 2006-718 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO. du 24 juin 2006, ev. le 1er janvier 2007.
[1191] Article 515-2 et suivants du Code civil.

tiers. Mettre un terme à une relation de façon unilatérale et discrétionnaire n'est-ce pas ce qui caractérise la répudiation ?

L'essence même de ce type d'union est cette liberté de se défaire d'un lien contractuel sans témoins, mais le risque d'abus est évident. L'absence de tout contrôle et de toute procédure significative contribue à renforcer le sentiment de liberté des partenaires. Peut-être que sans cette liberté, le PACS n'aurait jamais été conclu.

Séduit par cette facilité de rupture, les partenaires ne mesurent pas, lors de la conclusion du PACS, que sa dissolution peut être unilatérale et discrétionnaire, chacun pouvant être « répudié » et « répudier » l'autre. Faut-il se féliciter de cette égalité de principe, laquelle dans le même temps, est vectrice d'une grande instabilité ? Pourquoi avoir institué une union légale aussi peu formaliste et avoir accordé autant de pouvoir sans contre poids ?

Il nous semble difficile de suivre la cohérence du système législatif et judiciaire français. D'un côté, il pose des exigences à l'égard des répudiations musulmanes et de l'autre, ne prévoit-il pas en son sein une forme de « répudiation » à travers la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS ?

Il convient de s'arrêter sur la rupture unilatérale du PACS en ce qu'elle se caractérise par la volonté d'un seul (1°), de même que celle résultant de la célébration d'un mariage avec un tiers (2°).

1°. La rupture par la volonté d'un seul

L'article 515-7 alinéas 3 et 5 du Code civil dispose que : « *le pacte civil de solidarité se dissout également par déclaration (…) unilatérale de l'un d'eux (…).*
Le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre ». Dès lors, cela implique nécessairement l'intervention de l'huissier de justice. En effet, lorsque l'un des partenaires souhaite mettre un terme à la relation contractuelle, il fait signifier sa décision à l'autre par l'intermédiaire de l'huissier de

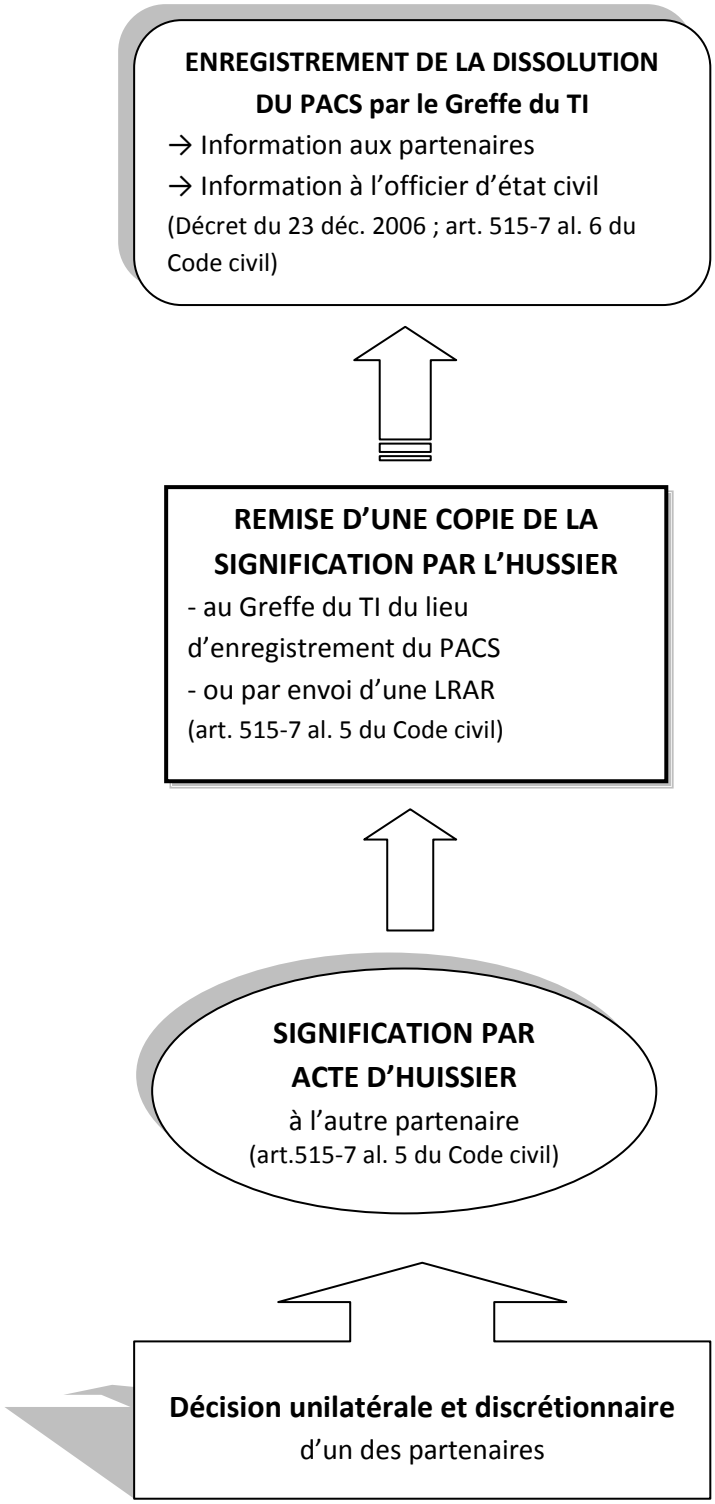
justice[1192]. Ce dernier est alors mis à contribution pour signifier la rupture unilatérale et discrétionnaire. L'acte de signification doit être remis en principe, et conformément aux dispositions du Code de procédure civile, à la personne concernée ; à défaut, il peut être remis en mairie ou au dernier domicile connu. La mission principale de l'huissier de justice est d'annoncer au partenaire que l'autre a décidé de rompre, sans devoir énoncer un motif ou une raison quelconque justifiant cet acte.

Ensuite, l'huissier remet une copie de la signification, au greffe du TI du lieu d'enregistrement du PACS, ou encore peut-il l'adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Seul le TI ayant reçu la décision initiale du PACS est compétent pour enregistrer sa dissolution quelle qu'en soit la cause. Puis, à la réception de la copie de la signification, le greffe doit enregistrer la cause de dissolution du PACS et informer les ex-partenaires de l'enregistrement de la dissolution. Dans tous les cas, le greffier qui reçoit une déclaration de rupture[1193] doit aviser « *sans délai l'officier de l'état civil détenteur de l'acte de naissance de chaque partenaire afin qu'il soit procédé aux formalités de publicité (...)* » [1194]. Le schéma, page suivante, reprend les différentes étapes de la dissolution unilatérale et discrétionnaire du PACS.

Il importe de préciser que la dissolution du PACS par décision unilatérale va prendre effet à la date de l'enregistrement au greffe pour les rapports entre les partenaires[1195] . Pour ce qui est des rapports aves les tiers[1196], le PACS est considéré comme dissout à la date d'accomplissement des formalités de publicité. Il faut garder à l'esprit que tant que la décision de rupture n'est pas enregistrée par le greffe, elle ne produit pas d'effet.

[1192] Article 515-7 alinéa 5 du Code civil.
[1193] Que la rupture soit volontaire, conjointe ou unilatérale, par mariage ou encore par décès.
[1194] Article 6 du décret du 23 décembre 2006, lequel précise que : « *(...). Si l'un des partenaires est de nationalité étrangère et né à l'étranger, l'avis est adressé au greffier du tribunal de grande instance de Paris, à charge pour celui-ci de porter dans les trois jours la mention de la déclaration conjointe sur le registre prévu au premier alinéa de l'article 515-3-1 du Code civil* » ; Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité (JO. du 31 décembre 2006).
[1195] Article 515-7 alinéa 7 du Code civil.
[1196] C'est-à-dire au jour de sa mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire ; article 515-7 alinéa 8 du Code civil.

LA RUPTURE UNILATÉRALE ET DISCRÉTIONNAIRE DU PACS



Contrairement à ce qui a été prévu en 1999, la dissolution unilatérale du PACS n'intervient plus après un délai de préavis de trois mois après la signification délivrée par l'huissier[1197] . Il convient de se demander ce qui a incité le législateur de 2006 à supprimer ce délai de préavis ? Il semblerait que la loi soit du côté de la « libéralisation » puisque à ceux qui veulent rompre, plus besoin de tergiverser, dans la mesure où aucune contrainte légale ne pèse sur eux, il leur appartient de mettre un terme unilatéralement au PACS « *malgré l'opposition* »[1198] de l'autre partenaire.

Mieux encore, en matière d'incapacité, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs[1199] est venue renforcer les modalités de dissolution unilatérale du PACS lorsque l'un des partenaires est placé sous un régime de protection. Pour autant, il est tout à fait possible d'être placé sous un régime de protection et subir une rupture unilatérale et discrétionnaire, ou en être l'auteur[1200]. Le droit à la rupture semble accessible à tous, même aux incapables. Le revers n'en est que peu reluisant, entre décider et subir, il n'y a qu'un pas.

Des auteurs n'ont pas hésité à rapprocher la rupture unilatérale du PACS à celle de la répudiation musulmane, et se sont indignés de *« ces engagements qui n'engagent pas, de ces couples livrés aux caprices individuels, de ces statuts légaux solubles par exploit d'huissier. En réalité, le caractère quasiment indécent de ce mode de dissolution, en dit plus long sur le PACS, que les grands discours pro ou contra : le PACS est un statut précaire, un engagement qui engage aussi longtemps qu'on le veut bien, une communauté de vie contractuelle plus précaire qu'un contrat ordinaire,*

[1197] L'ancien article 515-7 alinéa 7 du Code civil prévoyait que : « *le pacte civil de solidarité prend fin …trois mois après la signification délivrée en application du deuxième alinéa, sous réserve qu'une copie en ait été portée à la connaissance du greffier du tribunal désigné* ».

[1198] Cette motivation avait été retenue par la Cour de cassation pour justifier le rejet des répudiations musulmanes en France ; Cass. 1re Civ., 17 février 2004, Affaire Monsieur Hadi X… contre Madame Hafida Y… (n° 01-11-549) ; répudiation algérienne ; *JCP G* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON.

[1199] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO. du 07 mars 2007.

[1200] Pour être valable, la rupture unilatérale du partenaire devra d'abord être signifiée au tuteur (art. 462 al. 4 du Code civil). Aussi, l'article 462 alinéa 5 du Code civil dispose que : « *la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité peut également intervenir sur initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, après audition de l'intéressé et recueille, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage* ».
En matière de curatelle, le majeur placé sous curatelle peut remettre, seul, la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance, mais il doit être assisté de son curateur pour signifier la rupture unilatérale à son partenaire et en adresser copie au greffe. L'article 461 alinéa 3 du Code civil prévoit que : « *La personne en curatelle peut rompre le pacte civil de solidarité par (...) décision unilatérale. L'assistance de son curateur n'est requise que pour procéder à la signification prévue au cinquième alinéa de l'article 515-7* ». L'assistance du curateur est également requise pour procéder aux opérations de liquidation et pour évaluer les créances entre les partenaires.

puisqu'il peut être rompu à tout moment, sans motifs et sans sanctions, sinon celles de la responsabilité délictuelle de droit commun »[1201].

Effectivement, beaucoup plus rapide qu'une procédure de divorce, la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS peut résulter d'une déclaration formelle signifiée à l'autre partenaire. Elle correspondrait à une « répudiation formelle » car le partenaire « répudié » prend connaissance de la dissolution du PACS par acte d'huissier. Même si dans les faits, la rupture est consommée, la procédure instituée par le législateur manque incontestablement de courtoisie.

Il n'existe aucun parallélisme des formes entre la formation et la dissolution du PACS, or c'est essentiellement au stade de la rupture que les conflits de couples s'exacerbent. La volonté de l'un doit-elle se faire au mépris de l'autre ?

Est moins tolérable, nous semble t-il, la volonté unilatérale et discrétionnaire qui se traduit par le mariage avec une autre personne que son partenaire.

2°. « La répudiation » par mariage subséquent

Le PACS prend fin automatiquement en cas de mariage des partenaires entre eux ou avec un tiers[1202], c'est un cas de caducité du pacte, la date de dissolution du pacte est celle du mariage. Que le mariage soit célébré entre les partenaires cela est tout à fait compréhensible et semble représenter une évolution, une sorte de consécration dans la relation du couple. La dissolution du PACS est, dans ce cas précis, une simple conséquence du mariage des partenaires. En revanche, lorsque l'un des partenaires épouse un tiers la situation est paradoxale. La rupture par mariage subséquent avec un autre que son partenaire manque d'élégance.

[1201] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille,* 3e éd. Defrénois, 2009, pp. 214-215.
[1202] L'article 515-7 du Code Civil prévoit que le greffier est informé du mariage (ou du décès) d'un des partenaires par l'officier d'état civil compétent. Il n'appartient donc plus au partenaire d'en informer le greffe. La date de dissolution du PACS est celle du mariage (ou du décès). C'est à partir de cette date que le PACS prend fin entre les partenaires et que la dissolution est opposable aux tiers. Les partenaires sont informés de l'enregistrement de la dissolution, de même que l'officier d'état civil détenant l'acte de naissance des partenaires aux fins de mention en marge de l'acte de naissance avec indication de la cause de dissolution. Pour les étrangers, un registre est tenu à cet effet au greffe du TGI de Paris.

Le législateur de 1999 avait précisé que le partenaire qui se mariait signifiait par voie d'huissier à son ex-partenaire la nouvelle de son mariage. Ensuite, il adressait copie de l'acte de signification au greffe du TI auprès duquel le PACS avait été enregistré. Puis, le greffier procédait aux formalités de publicité. La dissolution était actée et dépendait surtout de la diligence du partenaire « marié ».

La loi de 2006 a renforcé la brutalité de la rupture, et désormais l'information du mariage ne se fait plus par le partenaire lui-même. C'est l'officier de l'état civil, requis pour apposer en marge de l'acte de naissance la mention du mariage, qui doit aviser sans délai le greffe du TI du lieu d'enregistrement du pacte[1203]. De cette façon, le législateur déculpabilise complètement le partenaire « marié », puisque s'il ne peut ou s'il ne veut informer son ex-partenaire, la justice s'en charge. Il incombe au greffier d'annoncer la bonne nouvelle du mariage et consécutivement de la dissolution du PACS au partenaire « répudié ». Quand bien même, dans les faits, la rupture serait réelle et effective, cela ne saurait justifier cette procédure légale de dissolution.

L'on ne peut que s'interroger sur cette procédure. Pourquoi le législateur a-t-il épargné au partenaire qui décide de se marier d'en informer l'autre, même par voie d'huissier ? Aurait-il craint que cette formalité ne puisse dissuader le partenaire au mariage ? N'est-ce pas, d'une certaine façon, encourager l'irresponsabilité que de laisser le soin au greffier « d'aviser » le partenaire de la rupture ?

On en déduit qu'il existe une hiérarchie entre les différents modes de conjugalité, le mariage étant considéré comme une union supérieure, dans une catégorie bien à part.

Le partenaire qui décide de se marier est libre de tout engagement, même s'il est contractuellement lié à une autre personne. Le partenaire « marié » n'est absolument pas obligé d'informer son partenaire de la rupture et encore moins de préciser à son futur époux ou épouse qu'il était engagé dans un PACS.
Il est possible d'être pacsé et de se marier, mais le contraire n'est pas possible : être marié et se pacser n'est pas permis[1204]. Cela placerait immédiatement la personne

[1203] Article 515-7 du Code civil alinéa 2.
[1204] Article 515-12, 2°) du Code civil.

mariée en situation d'infidélité, voire même en état d'une certaine forme de « bigamie ». La rupture unilatérale du PACS par mariage subséquent « *instaure surtout insidieusement la bigamie et la hiérarchie entre les conjoints et les conjugalités : j'ai le droit d'épouser une autre personne que mon partenaire que je n'ai même pas besoin de prévenir et qui se trouve, du fait de la loi, automatiquement destitué. Je peux donc avoir dans le même temps une fiancée et une (ou un) partenaire de service, qui disparaîtra du fait du mariage. C'est bien la loi qui considère mon partenaire comme un être inférieur à celui que j'épouse. Il y a donc le maître, l'épouse et l'esclave* »[1205].

Cela signifie aussi qu'en matière de PACS, l'infidélité est, dans une certaine mesure, tout à fait permise puisque le mariage constitue un cas légal de dissolution.

Dans les faits et en droit, il est paradoxal d'entamer une nouvelle relation lorsque l'on se trouve déjà engagé. Le partenaire nouvellement « marié » s'est engagé dans les liens du mariage, alors même que son régime partenarial n'a pas encore fait l'objet d'une liquidation. Les comptes n'étant pas soldés, est-il sain de créer une nouvelle union avant que l'ancienne ne soit totalement liquidée ? D'autant plus qu'il s'agit d'une union légale conclue publiquement avec une autre personne : la situation est particulièrement malsaine. Le législateur vient conforter le pouvoir de rupture : celui qui veut rompre pour se marier avec un tiers est libre de le faire, peu importe l'autre partenaire. Est mise en avant la liberté de s'unir par le mariage. Certes, c'est un droit définit par la loi, toutefois, la liberté dans le mariage ne doit pas excuser les attitudes indécentes et condescendantes.

Le législateur devrait conditionner le mariage à la dissolution du PACS par signification d'huissier car, après tout, il s'agit d'une simple formalité. Le mariage suppose logiquement d'être libre de tout engagement.

Ainsi, la rupture unilatérale a suscité de vives critiques qui ont amené le juge constitutionnel à préciser les contours de la loi relative au PACS dans une décision

[1205] X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D.* 2008, p. 2355.

très importante le 9 novembre l999[1206]. De nombreux points ont été précisés, et quelques réserves d'interprétation ont été émises à cette occasion.

B. – Un droit discrétionnaire « sagement » approuvé

La rupture unilatérale du PACS résulte d'un droit discrétionnaire. Les partenaires sont libres de mettre un terme à leur relation, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer un motif légitime, ni même de justifier les raisons qui ont dictées cette décision. Dans la mesure où, la loi du 23 juin 2006[1207] n'a pas fondamentalement modifié les règles de la dissolution du PACS, la décision du Conseil des Sages de 1999 reste une référence essentielle en la matière[1208].

L'on retiendra que dès 1999, le juge constitutionnel a rejeté toute comparaison de la rupture unilatérale du PACS avec la répudiation musulmane (1°). Dès lors, on ne peut que constater l'incohérence d'un système qui pointe du doigt une institution étrangère, tout en niant l'existence de pareille institution en son sein (2°).

1°. La répudiation « *répudiée* »[1209] par le juge constitutionnel

En 1999, le Conseil constitutionnel refuse clairement d'admettre que la rupture unilatérale du PACS constitue une répudiation en rappelant la nature contractuelle du pacte (a). Néanmoins, il affirme que cette rupture pouvait s'accompagner d'un droit à réparation dans certaines circonstances (b).

a) La rupture unilatérale d'un contrat de droit privé à durée indéterminée

Les parlementaires, ayant saisi le Conseil constitutionnel en 1999, ont fait valoir que la faculté de rupture unilatérale du PACS s'apparentait à une

[1206] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419,DC JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.
[1207] Loi n° 2006-718 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO. du 24 juin 2006.
[1208] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419,DC *; op. cit.*
[1209] L'expression est empruntée à WAUTELET (Patrick), « *La répudiation répudiée* », *Revue de la Faculté de droit de Liège* 2004/3, n° 3, éd. Larcier, Bruxelles, 2004.

répudiation[1210]. Ils avaient invoqué l'absence de garanties offertes au partenaire délaissé. Selon eux, la loi niait le principe, à valeur constitutionnelle[1211], du respect de la dignité de la personne humaine.

Pour répondre à ces arguments, le Conseil des Sages déclare que le PACS est un contrat spécifique soumis aux dispositions du Code civil. Il en déduit qu'à ce titre, chaque partenaire peut se désengager unilatéralement. Il rappelle qu'il n'est pas envisageable de contraindre les partenaires à demeurer indéfiniment liés par ce contrat. Dès lors, la nature contractuelle du PACS l'a amené à considérer que : « *les dispositions générales du Code civil relatives au contrat et obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf pour ce qu'elles ont de nécessairement contraires à la présente loi, en particulier, les articles 1109 et suivants du Code civil, relatifs au consentement, sont applicables au Pacte Civil de Solidarité* »[1212].

Les parlementaires ont également invoqué le principe d'immutabilité des contrats. À ce sujet, le Conseil constitutionnel a précisé que : « *si le contrat est la loi des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de l789, justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou par l'autre des contractants* »[1213].

Par ailleurs, les parlementaires ont affirmé que la rupture du PACS par le mariage constituait une violation du principe d'égalité entre les contractants. Les Sages ont soulevés que : « *la cessation du pacte à la date du mariage de l'un des partenaires met en œuvre le principe de valeur constitutionnelle de la liberté du mariage. (…) Le PACS est un contrat étranger au mariage, qu'en conséquence, sa rupture unilatérale, quelque en soit sa cause, ne saurait être qualifié de répudiation* »[1214].

[1210] La loi instituant le PACS en 1999 a été déférée au Conseil constitutionnel sur saisine, par 213 députés et 115 sénateurs. Ceux-ci invoquaient les griefs suivants : irrégularité de la procédure, violation du principe d'égalité, atteinte au mariage républicain, atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine, méconnaissance des dispositions relatives à la protection de l'enfant et de la famille et de l'atteinte aux droits des concubins. R. PIASTRA, « *Loi relative au Pacs* », *D*. 2000. 203.
[1211] Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, JO. du 29 juillet 1994, p. 11024.
[1212] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC ; *op. cit.*
[1213] *Idem.*, Considérant 67.
[1214] *Ibidem.*

En conséquence, il faut comprendre que pour le Conseil constitutionnel, la rupture unilatérale du PACS ne peut être assimilée à une répudiation. Puisque le PACS est un contrat à durée indéterminée, il peut être rompu unilatéralement et discrétionnairement par l'un ou l'autre des contractants. De même, le juge constitutionnel énonce que la rupture unilatérale par le mariage découle de la nécessité d'assurer l'exercice de la liberté du mariage. Implicitement, on en déduit une préférence pour cette institution.

Force est de constater que, le droit français consent à la rupture unilatérale conformément à un principe révolutionnaire refusant tout engagement perpétuel, mais aucun mécanisme de compensation n'est prévu. Tout au plus, le juge constitutionnel avait rappelé la possibilité d'un droit à réparation pour le partenaire « répudié ».

b) La rupture unilatérale assortie éventuellement d'un droit à réparation

En principe, la rupture en elle-même ne peut donner lieu à des dommages et intérêts. Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il ne saurait y avoir de faute à rompre puisque la rupture est libre. En revanche, « *le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subit notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture* »[1215]. Ce n'est que lorsqu'un préjudice a été subi, qu'éventuellement, le partenaire « répudié » pourra demander réparation en justice[1216].

Le juge constitutionnel précise également que « *dans tous les cas de rupture unilatérale, toute clause du pacte interdisant l'exercice du droit du partenaire à réparation devra être réputée non écrite* »[1217]. Cela signifie qu'il n'est pas permis de prévoir conventionnellement la renonciation d'un droit à réparation. Une telle clause viendrait renforcer la rudesse de la rupture et placerait le partenaire « répudié » dans une fragilité extrême lors de la dissolution unilatérale du PACS.

[1215] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419,DC *; op. cit.*
[1216] Selon Thierry Fossier, *« il en résulte clairement que, au rebours des travaux parlementaires, ou de la jurisprudence sur le concubinage, ce ne sont pas seulement les « modalités » de la rupture qui peuvent dégénérer en préjudice indemnisable, mais bien son principe lui-même, conformément d'ailleurs à la loi du contrat, et sur la preuve rapportée d'un dommage concret* » ; T. FOSSIER, « *Le Pacte civil de solidarité et le tribunal* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 126.
[1217] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419,DC *; op. cit.*

Toutefois, une action en dommages et intérêts peut être introduite pour rupture abusive sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[1218].

Le Conseil des Sages a affirmé que *« la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant être garanties »*[1219]. Il a indiqué que ce droit à réparation « *met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »[1220]. Selon Madame Geneviève Viney, il s'agit là d'une « *méthode d'interprétation particulièrement audacieuse* »[1221].

L'indemnité, à laquelle il est fait référence, est à évaluer en équité. Le but étant de réparer le dommage subit, notamment au niveau moral ou économique. Ainsi, l'abus dans l'exercice de ce droit de résiliation peut engager la responsabilité du partenaire « répudiant ».

Certains voient, à travers cette réparation, « *le germe d'une prestation compensatoire* »[1222]. Cependant, la mise en œuvre de la responsabilité civile est assez difficile et n'a rien à voir avec l'attribution d'une prestation compensatoire. D'autant plus que cette dernière s'inscrit dans un processus judiciaire de rupture, et qu'elle vient compenser une disparité de vie. Ce qui n'est pas le cas des dommages et intérêts qui ont un caractère indemnitaire totalement aléatoire. Paradoxalement cela signifie qu'en l'absence de faute, il n'y a pas de réparation possible, quand bien même il existerait une disparité de niveau de vie. Pourtant, lorsqu'une faute a été commise, la réparation est possible même sans disparité.

Nous l'avons dit, seule une rupture abusive peut donner lieu à des dommages et intérêts[1223]. Des fautes ont pu être commises en particulier, dans les circonstances inélégantes de la rupture.

[1218] N. MOLFESSIS, « *La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel* », *JCP* 2000. I. 210.
[1219] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419,DC; *op. cit*., Considérant 67.
[1220] *Ibidem*.
[1221] G. VINEY, « *L'article 1382 traduit " une exigence constitutionnelle"* », *JCP* 2000. I. 280, chron.
[1222] Axel DEPONDT, « *Le pacs : aspects patrimoniaux* », *Droit&Patrimoine* n° 173/septembre 2006, p. 77.
[1223] L'appréciation de ce caractère abusif est la même en matière de concubinage. Par exemple, lorsque le

Mais concrètement, comment caractériser la faute dans la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS ? Le maître mot, n'est-il pas la *Liberté* ? La liberté de partir, de s'installer ailleurs, de fuir et même de se marier avec un tiers ?

La loi impose tout au plus au cocontractant « abandonnant », d'informer l'autre de sa décision unilatérale de rupture du PACS. Le Conseil constitutionnel rappelle l'importance de : « *l'information du cocontractant* ».Or, dans le cas de la rupture unilatérale par mariage subséquent, l'information du partenaire est tout à fait discutable parce qu'il est mis devant le fait accompli : il est répudié *de facto*. Face au principe constitutionnel de la liberté dans le mariage, la réparation semble difficile à obtenir car le mariage du partenaire avec un tiers n'est pas considéré comme une faute. Ce cas de dissolution ne constitue t-il pas un cas légal de résiliation du contrat ? Il n'en demeure pas moins que le préjudice est bien réel.

Dès lors, en quoi peut consister la faute du partenaire pouvant générer un droit à réparation pour le partenaire « répudié » ? L'on peut légitimement se demander si l'infidélité du partenaire peut être invoquée ?

Basons-nous sur la définition légale du PACS, à savoir que : « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune* »[1224]. En 2006, le législateur a précisé que désormais, la « vie commune » ressort d'un engagement. « La vie commune », visée à l'article 515-1 du Code civil, suppose une communauté de toit. Le Conseil constitutionnel a souligné en 1999 qu'il : « *résulte du PACS une obligation de résidence commune et de vie de couple au sens sexuel du terme tout comme le mariage suppose des relations intimes entre époux* »[1225]. Il faut comprendre que la volonté du législateur a été d'instaurer plus qu'une simple communauté d'intérêt entre deux personnes. Cela signifie que les partenaires entretiennent nécessairement des relations sexuelles. La dimension sexuelle du PACS n'est pas négligeable et elle n'est pas occultée.

---

partenaire était malade ou enceinte, ou encore lorsque la rupture est intervenue dans des circonstances humiliantes, voire brutales.

[1224] Article 515-4 du Code civil.

[1225] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *op. cit.*

Il n'en demeure pas moins qu'à la différence du mariage, la conclusion d'un PACS n'engendre aucune obligation de fidélité[1226]. Les partenaires sont liés par des obligations de loyauté et de bonne foi pendant toute la durée du contrat.

Néanmoins, même si la loi ne prévoit pas expressément l'obligation de fidélité, toute liaison pourrait « *éventuellement* » être considérée comme une faute.

La jurisprudence nous en a donné une illustration en 2002. En effet, les juges du fond ont estimé que les partenaires, engagés dans des liens contractuels, sont soumis au droit commun des obligations et doivent exécuter ce contrat de bonne foi. En conséquence, ils ont sanctionné l'attitude du partenaire qui entretenait une liaison avec une autre personne en retenant qu'il : « *découle de l'article 515-1 une obligation de vie commune entre les partenaires d'un PACS, qui doit être exécutée loyalement, et que le manquement à cette obligation justifie une procédure en résiliation du PACS aux torts du partenaire fautif* »[1227]. La jurisprudence a admis que l'infidélité puisse constituer un manquement à l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat. Cela a permis au partenaire trompé d'obtenir des dommages et intérêts.

Certains auteurs se sont demandé s'il était possible d'inclure dans le PACS une clause pénale[1228]. Celle-ci fixerait le montant d'une indemnité en cas de rupture, à condition qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté de rompre. Si les partenaires contestent ledit montant, il appartiendra alors au juge d'apprécier le montant convenu conformément

[1226] Le législateur de 1999 ne s'est pas prononcé sur le devoir de fidélité. Il semblerait qu'en matière de PACS « *il trompe qui peut…certes il n'est pas interdit aux partenaires d'être fidèles. Mais, il ne peut s'agir que d'un engagement moral que les concubins sont libres de prendre l'un envers l'autre. En toute hypothèse, le fait de ne pas être fidèle ne constitue pas en soi une faute… l'exclusivité des relations sexuelles n'est pas dans le commerce. Seul le mariage peut créer une telle obligation* » ; Ph. MALAURIE et FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, op. cit., p. 196. D'autres parlent d'une obligation de fidélité implicite, observant que la loi sur le PACS, qui interdit la bigamie, ferait une promotion de la bigamie et de l'exclusivité sexuelle. Dans le prolongement de cette idée, la loi ferait la promotion de la fidélité ; T. REVET, « *Chronique de la législation française en matière de droit* », *RTD Civ*. 2000, pp.174-175.

[1227] TGI Lille, ord. Réf., 5 juin 2002 ; *D*. 2003.515, note X. LABBEE, *Dr. famille* 2003. Comm. n° 57, note B. BEIGNIER ; *RTD Civ*. 2003. 870, obs. J. HAUSER ; L. ANTONINI-COLIN, « *Le paradoxe de la fidélité* », *D*. 2005. 23.

[1228] La clause pénale vient sanctionner les obligations contractuelles. Les partenaires *« peuvent également prévoir des dommages -intérêts pour rupture lorsque celle-ci intervient dans des cas précis, préalablement définis. Ils peuvent enfin prévoir à l'avance une indemnité compensatrice que le plus aisé fournira au plus démuni. Cette organisation contractuelle de la rupture, pensée à l'époque où les partenaires s'entendent, est particulièrement appréciable* » ; Claire NEIRINCK, « *Vers un droit commun de la rupture ?* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 29.

aux dispositions de l'article 1152 du Code civil[1229]. Une telle clause permettrait de palier à certaines ruptures abusives.

Il convient de préciser que désormais, depuis la loi du 12 mai 2009 sur la simplification et la clarification du droit[1230], le Juge aux affaires familiales est seul compétent pour éventuellement connaître des demandes en réparation pour rupture abusive[1231]. Cependant, il y a lieu de souligner que la réparation en matière de PACS dépend de la saisine du juge, si ce dernier n'est pas saisi, ce droit à réparation n'est pas effectif. Le recours judiciaire, s'il est possible, doit être engagé par le partenaire « répudié ». D'autant plus que, si cette loi vise à réunir le contentieux de couple devant le même juge, elle n'en est qu'à ses prémices. Effectivement, suivant en cela l'esprit du texte, le juge n'entend pas le couple, pas plus qu'il ne cherche à le concilier ou à le comprendre. De même, il ne peut que constater la « répudiation du partenaire »[1232] (il ne la prononce pas). Il va pouvoir, éventuellement, chiffrer le droit à réparation.

On se demande alors pourquoi dans un souci de simplification et de clarification du droit, le législateur a estimé nécessaire cette mesure ? Pourquoi ne pas avoir été encore plus loin dans la logique en judiciarisant la rupture des partenaires ?

Il n'y a pas beaucoup de jurisprudence publiée en matière de rupture unilatérale du PACS, et quand elle existe, elle ne semble pas très satisfaisante. Il ne faudrait surtout pas en déduire que le contentieux n'existe pas (puisque des dissolutions de PACS sont bien enregistrées). C'est juste que le conflit de la rupture ne soit pas systématiquement

[1229] L'article 1152 du Code civil dispose que : « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

[1230] Loi n° 2009-256 du 12 mai 2009 relative à la simplification et la clarification du droit et allégement des procédures, JO. du 13 mai 2009.

[1231] Si en 2003, la Cour d'appel de Douai avait rappelé que les difficultés liées au PACS dans ses modalités de dissolution devaient être soumises au juge du contrat et non au juge aux affaires familiales, aujourd'hui, ce n'est plus le cas. CA Douai, 27 février 2003, *D*. 2004, somm. 2969, obs. LEMOULAND ; *RTD. Civ*. 2003. 684, note J. HAUSER ; *AJFamille* 2003.313. Par ailleurs, le juge administratif s'était également prononcé sur la compétence du juge du contrat pour connaître des conséquences de la rupture du PACS ; CE 23 mai 2003, *D*. 2003, *IR*, 1665 ; *RJPF* 2003/9, p. 33.

[1232] Abla KOUMDADJI et Xavier LABBEE, « *Le partenaire répudié* », *D*. 2010, p. 69.

porté devant le juge. La jurisprudence à venir nous dira si le contentieux relatif à la rupture unilatérale du PACS se judiciarise.

L'action en réparation constitue une procédure avec tout ce qu'elle implique (délai, frais de procédure…). Peut-être verra t-on de plus en plus de couples de pacsés devant le Juge aux affaires familiales pour régler leur contentieux post-rupture. À supposer que le couple ait des enfants, la saisine du JAF interviendrait, à un moment ou à un autre, pour fixer les modalités d'exercice des droits parentaux. En conséquence, le partenaire « répudié », pourrait demander au juge de régler le conflit qui les oppose concernant la rupture.

Ainsi, la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS constitue un cas légal de dissolution. C'est dans cette perspective que la doctrine avait pensé, à l'époque, que du fait de l'existence en droit français d'un mode de rupture unilatéral et discrétionnaire, le juge allait être beaucoup moins rigoureux à l'égard des répudiations musulmanes. Mais ce ne fut pas le cas, d'où l'incohérence du système.

2°. L'incohérence du système

Au moment de l'avènement du PACS en 1999-2000, certains auteurs de droit international privé ont parlé d'institutionnalisation de « la répudiation » par le droit français. Ils ont pensé que, désormais, « *par la mise en place de contrats tels que le Pacte civil de solidarité (PACS) qui peut être répudié unilatéralement* », le juge français allait certainement modifier sa position à l'égard de l'accueil des répudiations musulmanes[1233]. D'autres sont allés plus loin dans la réflexion, affirmant qu'en « *reconnaissant, dans l'article 515-7 du Code civil, le droit de mettre fin unilatéralement à une union qui, sans être un mariage, constitue une autre forme possible d'union légale entre les sexes, l'ordre juridique français devrait désormais se garder d'avoir un œil critique sur la répudiation musulmane* »[1234].

[1233] R. EL-HUSSEINI, « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *RCDIP* 1999. 467. L'auteur se demandait : « *si cette conception scrupuleusement égalitaire de l'ordre public paraîtra légitimement suffisante pour rejeter les répudiations islamiques ou si elle ne paraît pas, en définitive, trop subtile* ».
[1234] M. FARGE, « *La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane* », *JCP* G 2001. I. 293, p. 253.

Pourtant, d'autres ont considéré que le fait que le législateur « *autorise chacun des partenaires à mettre fin unilatéralement et de manière discrétionnaire au pacte civil de solidarité* »[1235] ne permettait en aucun cas de faire preuve de tolérance à l'égard des répudiations musulmanes. Ils nuançaient la comparaison notamment en raison du privilège exclusif du mari, ce qui n'est pas le cas en matière de PACS où les deux partenaires disposent d'un droit de rupture unilatérale.

C'est en ce sens, qu'indépendamment de « l'institutionnalisation » du PACS, les juges n'ont pas changé leur position à l'égard des répudiations musulmanes. Bien au contraire puisqu'en 2004, la jurisprudence a mis un coup d'arrêt à la reconnaissance des répudiations musulmanes en France[1236]. Cela malgré la présence dans son système législatif de modes de dissolution unilatéraux et discrétionnaires.

Néanmoins, nous considérons que la bilatéralité ne peut suffire, à elle seule, à exclure une assimilation totale de la répudiation. Car la conséquence est la même : l'un décide, « je m'en vais, je ne veux plus être avec toi » (autrement dit, « je te répudie »), et l'autre subit. Á ce sujet Monsieur Farge précise que *« la réserve d'ordre public doit être définie en comparant, non pas l'esprit de deux systèmes juridiques, mais les résultats concrets produits par leurs institutions : en suivant cette méthode, il n'y aurait que peu de différence entre la situation de la concubine victime du « divorce foudroyant » de l'article 515-7 et celle de l'épouse musulmane répudiée* »[1237]. La « répudiation partenariale » n'est pas une fiction, elle a été prévue par le législateur. Il n'est pas permis d'en amoindrir ses effets, ni même de rejeter en bloc toute comparaison avec la répudiation car le but visé par l'une et l'autre est identique.

[1235] « *C'est parce que les intéressés et, notamment la femme qui en est la première victime, n'ont pas le choix d'un statut moins précaire, que l'analogie entre la répudiation qui accompagne le PACS et celle du droit musulman nous paraît abusive. Il faudrait même se demander si compte tenu de l'évolution du droit français de la famille, l'accueil des répudiations intervenues à l'étranger ne conduirait pas désormais à consacrer une disparité de statut intolérable entre les personnes résidant en France. Il paraît en effet difficile d'admettre que, sur un même territoire, certains voient leur bien-être individuel sacralisé au point de choisir sur mesure le modèle de vie de couple qui correspond le mieux à leurs aspirations cependant que d'autres, en l'occurrence les femmes musulmanes, sont condamnés à être prisonniers d'un modèle unique et parfaitement discriminatoire à leur égard. Dés lors, le regain de tolérance à l'égard des répudiations devrait trouver des justifications ailleurs que dans l'avènement du Pacte civil de solidarité. Il pourrait d'ailleurs s'expliquer sans peine grâce à une réactivation de la notion d'ordre public atténué* » ; L. GANNAGE, *RCDIP* 2001, pp.710-711.

[1236] Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11.549 ; n° 02-11.618, 02-15.766 ; 02-10.755 et 02-17.479 ; *D.* 2004. 815, note P. COURBE.

[1237] M. FARGE, « *La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane* », *op. cit.*

Nous préconisons une rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS, plus formaliste et moins laxiste. Parce que si le PACS est un acte patrimonial important, c'est aussi l'acte fondateur d'une famille. Dès lors, la dissolution unilatérale devrait être davantage encadrée par le juge. D'autant plus que la rupture unilatérale du PACS lèse le partenaire le plus faible du couple, qui est abandonné par le droit. Peu importe le nombre d'années de PACS, la liberté de rompre a été sacralisée par le juge constitutionnel qui l'a assortie, « éventuellement », d'un droit à réparation tout à fait illusoire. Il importe de rappeler, une fois encore, que les répudiations marocaines et algériennes s'inscrivent dans un processus judiciaire.

Si la répudiation musulmane peut sembler rude, la rupture unilatérale du PACS l'est encore plus, puisque cette dernière insiste davantage sur le statut inférieur du partenaire pacsé. En ce sens, la « répudiation partenariale » est un mode de rupture au service du plus fort.

Section II. – La « répudiation partenariale » : un instrument de domination

Contrairement à la conclusion du PACS qui exige le respect de certaines conditions, la rupture quant à elle, est purement formelle.

La volonté unilatérale s'exprime grandement, seule compte la liberté de s'unir ou de se désunir. Cependant, au sein du couple le déséquilibre est flagrant : celui qui prend l'initiative de la rupture la fait subir à l'autre. Ce dernier est complètement désarmé face à la rupture, car il n'existe aucun mécanisme de protection, ni aucun contrôle judiciaire.

Les efforts politiques se concentrent essentiellement autour de la « célébration » du PACS, la question de sa dissolution ne semble pas intéresser outre mesure. Ainsi, le 30 juin 2008, la Commission présidée par le Recteur Guinchard a déposé un rapport

intitulé « *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée* »[1238]. Elle estimait que l'enregistrement des PACS, par voie d'extension la dissolution, ne relevait pas d'attributions judiciaires, et devrait être transférée aux officiers d'état civil. Mais la déjudiciarisation de l'enregistrement du PACS est-elle seulement envisageable, alors même que nous sollicitons la judiciarisation de sa dissolution ?

Toutefois, un récent rapport a rejeté toute idée de célébration en mairie. En effet, le 25 novembre 2009, la Commission des lois a rendu un rapport sur une proposition de loi visant à renforcer les droits des partenaires (Sénat texte 461)[1239]. Ce rapport dresse le constat qu'entre le PACS et le mariage, il existe un différentiel de traitement et souligne, à ce sujet, que : « *les questions que soulève le traitement différent des partenaires et des conjoints par le droit français sont délicates tant elles confinent parfois à la discrimination* »[1240]. Cependant, la Commission considère que s'agissant d'unions distinctes, il ne peut être question d'un traitement identique, elle écarte ainsi « *l'éventuel alignement des conditions actuelles d'enregistrement du Pacs sur la procédure suivie pour le mariage par " la substitution de la compétence du maire à celle du greffier du tribunal d'instance "* »[1241].

Pour l'heure, aucune réforme n'est envisagée concernant la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS.
Eut égards aux nombreux avantages ayant conduit les partenaires à conclure un PACS, il ne serait pas anodin de se demander pourquoi les conséquences de la rupture unilatérale ne sont pas davantage prises en compte par le droit. Faut-il en déduire que les relations entre les partenaires sont soumises à la loi du plus fort[1242] ?

Si lors de la conclusion du PACS, les partenaires ont été motivés par les avantages matrimoniaux (A), ce n'est qu'au moment de la rupture unilatérale qu'ils se rendent compte que leur union n'était, en réalité, que l'illusion du mariage (B).

[1238] *Droit&Patrimoine*, n° 173/septembre 2008, p. 6.
[1239] Maryline BRUGGEMAN, « *Droit des personnes liées par un pacte civil de solidarité : un renforcement peu probable* », *Dr. Famille* 2010. 6. (Sénat, Rapp. n° 114, 25 novembre 2009). Voir également Rép. min. n° 010337 : JO Sénat Q, 26 novembre 2009.
[1240] *Ibidem*.
[1241] *Ibidem*.
[1242] X. LABBEE, « *Et si le PACS restaurait l'esclavage ?* », *JCP* G., n° 17, 23 avril 2008, p. 3.

A. – La conclusion du PACS motivée par les avantages du mariage

Quand bien même le PACS n'est pas le mariage, il s'en approche effrontément. La loi du 23 juin 2006 a, effectivement, contribué à aligner les statuts du PACS et du mariage[1243]. Certains ont pu dire du PACS qu'il constituait un quasi-mariage[1244]. D'autres sont restés dans la nuance, en admettant tout de même « *cette impression de convergence avec le mariage* » [1245].

Force est d'admettre que le législateur a accordé aux partenaires de nombreux avantages liés au mariage, notamment au niveau fiscal et social (1°). Par ailleurs, depuis peu, le partenaire victime de violence au sein du couple- tout comme le concubin- bénéficie de la même protection que celle du conjoint (2°).

1°. Le foyer fiscal et les droits sociaux : un alignement parfait

De nombreux effets du PACS semblent avoir été calqués en partie sur ceux du mariage. Sur le plan fiscal, avec la loi de finances pour 2010 du 30 décembre 2009[1246], l'imposition commune constitue l'un des avantages majeurs pouvant motiver la conclusion du PACS, « *on se pacse pour payer moins d'impôts* »[1247]. Car, comme pour les époux, les partenaires font trois déclarations de revenus la première année[1248]. Le choix de la date se révèle important puisqu'il permet de calculer au mieux les avantages fiscaux. Maître Axel Depondt, notaire parisien, nous explique que : « *l'intérêt est que la somme des deux déclarations qui précèdent l'enregistrement du*

[1243] Loi n° 2006-718 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO. du 24 juin 2006.
[1244] P.HILT et SIMLER, « *Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage* », *JCP* G 2006. I. 161.
[1245] J.-J. LEMOULAND, « *Vers un droit commun de la formation des couples ?* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 15.
[1246] Loi du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, JO n° 0303 du 31 décembre 2009, p. 22856.
[1247] Bernard BEIGNER, « *Illusions et espoirs du pacte civil de solidarité* », *Dr. Famille* 2010, n° 3, Comm. 4.
[1248] Les partenaires peuvent comme les époux, choisir de faire une déclaration de revenus séparés (Instr. 5 B-28-05, §11 à 14). Il y a lieu d'indiquer qu'une récente proposition, en septembre 2010, visait à supprimer l'avantage fiscal la première année du mariage (et du divorce). Il est fort probable que cette proposition s'étende au PACS. Cependant, concernant l'ISF, les partenaires sont contraints d'effectuer une déclaration commune (article 885A alinéa 5 du Code Général des Impôts) ; Axel DEPONDT, « *Le pacs : aspects patrimoniaux* », *Droit & Patrimoine* n° 173/septembre 2006, p. 75.

pacs soit égale au double des revenus communs pour la période postérieure à cet enregistrement »[1249].

La dissolution du PACS entraîne la perte de l'avantage fiscal. Le législateur « *refuse aux partenaires les effets du foyer fiscal et surtout ceux de la baisse d'impôt l'année suivant celle du PACS, aux partenaires qui se séparent avant le 31 décembre de l'année suivant celle de la conclusion du PACS…* »[1250]. La rupture du pacte n'est pas sans incidence au niveau fiscal, d'où l'importance de la judiciariser.

Sur le plan social, le PACS confère de nombreux avantages sociaux, notamment en droit du travail et de la sécurité sociale[1251]. *« Par sa souplesse, le droit social a toujours su prendre en compte la situation de fait que constituent les formes de vie en commun hors mariage* »[1252]. Ainsi, le partenaire d'un chef d'entreprise bénéficie des dispositions protectrices du Code du travail et peut également opter pour le statut de collaborateur, de salarié ou d'associé[1253]. Aussi, les fonctionnaires peuvent-ils se prévaloir du PACS pour bénéficier du droit de mutation en vue d'un rapprochement entre les partenaires[1254]. En outre, il convient de préciser que le pacte est opposable à l'employeur dans le cadre du contrat de travail : les partenaires ont la possibilité de demander des congés simultanément[1255] ou être autorisés à s'absenter deux jours en cas de décès du partenaire[1256].

[1249] *Ibidem.*
[1250] *Ibidem*.
[1251] Lorsque l'un des partenaires est à la charge effective et permanent de l'autre, il peut bénéficier de la qualité d'ayant droit pour l'assurance maladie et maternité (article L. 161-14 alinéa 1er du Code de la Sécurité Sociale. Pierre-Yves VERKINDT, « *Les figures du couple en droit du travail* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? »* du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 47.
[1252] Yann FAVIER, « *Les concubins et leurs droits sociaux* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 241.
[1253] La loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 permettait aux seuls partenaires pacsés d'agriculteur d'opter pour de tels statuts. Désormais, avec la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JO. du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1), le partenaire pacsé du chef d'une entreprise commerciale, artisanale ou libérale peut opter pour le statut de collaborateur, de salarié ou d'associé (article L121-8 du Code de commerce).
[1254] CE Section, 8 juillet 2005, *RTD Civ*. 2005.760, obs. J. HAUSER. en l'espèce, le CE a déclaré que l'article 41 du décret du 22 septembre 1998 relatif à la prise en charge des frais de voyages des conjoints des agents de la fonction publique affectés à Mayotte est illégal au motif que les autorités n'ont pas étendu aux partenaires d'un PACS le bénéfice de cet avantage.
[1255] Article L.223-7 du Code du travail.
[1256] Article L. 226-1 alinéa 4 du Code du travail. Par ailleurs, le partenaire survivant peut aussi dans certains cas bénéficier de l'assurance décès, articles L. 361-4 du Code de la Sécurité Sociale.

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), dans une délibération du 11 février 2008, a recommandé une révision du Code du travail afin que les salariés pacsés puissent bénéficier des congés pour événements familiaux accordés aux salariés mariés. Elle a notamment affirmé que « *le partenariat civil organise une famille très comparable en droit à celle issue du mariage* »[1257].

Mais la « famille partenariale » doit-elle uniquement fonder son existence sur ces avantages ? Il importe de rappeler que lors de la conclusion du PACS les partenaires ont pu jouir de nombreux avantages qui disparaîtront *de facto* lors de la dissolution. Ne serait-il pas utile de se demander si conclure un PACS permet seulement d'obtenir des avantages fiscaux et sociaux ? Cela signifie t-il que la rupture puisse trouver sa justification, une fois l'avantage obtenu ?

Se pose alors la question de la fraude. La rupture peut intervenir après l'octroi de ces avantages : aucun contrôle n'est effectué. Mais concrètement, contrôler la motivation des partenaires est-ce seulement possible ? Retenons simplement que contrairement à l'officier d'état civil, le greffier ne relève pas les PACS de complaisance.

Force est de constater que cette question ne semble pas avoir retenue l'attention du législateur. Ce dernier s'intéresse davantage aux discriminations dont peuvent faire l'objet les couples de partenaires vis-à-vis des couples mariés. C'est en ce sens que, la loi du 9 juillet 2010 a renforcé la protection du partenaire victime de violence au sein du couple[1258].

2°. **Les violences partenariales : une récente protection**

En matière de violence, la loi du 4 avril 2006 a instaurée une obligation de respect entre époux[1259].

[1257] *RJPF* 2008. 6.

[1258] Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JO n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

[1259] Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JO. n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097.
AZAVANT (M.), « *Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la protection et la répression des violences au sein du couple* », *Dr. Famille* 2006, Étude 40. D. VIRIOT-BARRIAL, « *Commentaire de la loi du 4 avril 2006*

Toutefois, une telle obligation n'avait pas été envisagée entre les partenaires.

Pourtant en droit pénal, les violences sont aggravées lorsqu'elles sont commises « *par le conjoint ou le concubin de la victime, ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* »[1260]. Cela veut dire que sur le plan pénal, il n'y a pas de distinction entre les divers modes de conjugalités. En cas de violence, il est possible d'ordonner une mesure d'éloignement du logement avant toute décision[1261].

Jusqu'alors, le droit civil, ne la prévoyait pas et traitait différemment le mariage et les autres formes de conjugalités. Il n'existait pas de pareilles procédures en matière PACS ou de concubinage[1262], il fallait supposer le respect entre les partenaires[1263].
La doctrine a fortement réagi contre cet oubli du législateur[1264] ; car, si au niveau fiscal l'effort a été plus que considérable dans l'alignement des règles d'imposition, sur le plan des violences dans le couple, l'effort s'est fait attendre.
Le 28 octobre 2009, la Ministre de la Justice d'alors, Madame Alliot-Marie, avait annoncé un projet de loi concernant les violences conjugales au sein du couple. À cette occasion, elle avait rappelée que : « *seuls les maris violents peuvent être éloignés du domicile, pas les concubins et les pacsés* ». Elle avait annoncée que la mesure serait étendue d'ici l'été 2010. C'est chose faite avec la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants[1265].

---

renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises entre les mineurs », *D.* 2006, p. 2351.

[1260] Articles 222-10, 6°et 222-9 du Code pénal.

[1261] Article 41-1 du Code de procédure pénale dispose que: « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la république peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur…en cas d'infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou par son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants...* ». Cela suppose un dépôt de plainte au préalable. Les mesures prises deviennent caduques au bout de 4 mois si aucune requête en divorce ou séparation de corps n'a été déposée.

[1262] Les juges du fond ont considéré que l'article 220-1 du Code civil n'est pas applicable aux concubins ; TGI de Lille 21 février 2006 *D.* 2006, Jurispr., p. 1350, note X. LABBEE.

[1263] C'est aussi une question de savoir vivre. L'article 212 du Code civil prévoit expressément cette obligation de respect entre époux qui « *se doivent mutuellement « respect », fidélité, secours, assistance* ».

[1264] I. CORPART, *« Les lacunes du dispositif de protection civile des concubines subissant des violences "conjugales " »*, *Dr. Famille* 2006, comm. p. 141 ; X. LABBEE, note sous TGI Lille, 3e ch., 21 février 2006, *D.* 2006, Jurispr., p. 1350.

[1265] Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JO n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762. Voir également,

Désormais, le JAF pourra être amené à prononcer l'expulsion du domicile du conjoint, du partenaire ou du concubin violent[1266]. Ses pouvoirs sont plus étendu en la matière parce qu'il peut : délivrer une ordonnance de protection visant à évincer le compagnon violent, reloger la victime lorsqu'elle a quitté le domicile conjugal, interdire à l'auteur des violences le port d'armes, fixer les modalités d'exercice des droits parentaux (autorité parentale, droit de visite et d'hébergement, pension alimentaire…) ou encore décider de l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle pour la victime[1267].

L'ensemble de ces mesures provisoires s'appliquent pendant quatre mois renouvelables en cas de dépôt d'une demande en divorce ou de séparation pour les couples mariés[1268].

Cela suppose que la reconduction de ces mesures n'a pas été envisagée pour les couples de partenaires ou de concubins. Ces derniers ne disposent de cette protection

---

AJFamille 2010, n°12, Dossier spécial : « *Violences conjugales* ».

[1266] Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, « *Un téléphone portable comme bouclier antiviolence* », *Dr. Famille* 2010. 1. Les articles 515-9 à 515-13 du Code civil, tels qu'issus de la loi du 9 juillet 2010, donnent compétence au JAF pour prononcer une ordonnance de protection en cas de violences au sein du couple de conjoints, de partenaires ou de concubins.

[1267] L'article 515-11 du Code civil, tel qu'issu de cette loi du 9 juillet 2010, dispose en effet que : « *l'ordonnance de protection est délivrée par le juge aux affaires familiales, s'il estime, au vu des éléments produits devant lui et contradictoirement débattus, qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime est exposée. A l'occasion de sa délivrance, le juge aux affaires familiales est compétent pour :*

« 1° Interdire à la partie défenderesse de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge aux affaires familiales, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit ;

« 2° Interdire à la partie défenderesse de détenir ou de porter une arme et, le cas échéant, lui ordonner de remettre au greffe contre récépissé les armes dont elle est détentrice ;

« 3° Statuer sur la ***résidence séparée des époux*** *en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal et sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement. Sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au* ***conjoint*** *qui n'est pas l'auteur des violences ;*

« 4° ***Attribuer la jouissance du logement ou de la résidence du couple au partenaire ou au concubin*** *qui n'est pas l'auteur des violences et préciser les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement ;*

« 5° Se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et, le cas échéant, sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle au sens de l'article 515-4 pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ;

« 6° Autoriser la partie demanderesse à dissimuler son domicile ou sa résidence et à élire domicile chez l'avocat qui l'assiste ou la représente ou auprès du procureur de la République près le tribunal de grande instance pour toutes les instances civiles dans lesquelles elle est également partie. Si, pour les besoins de l'exécution d'une décision de justice, l'huissier chargé de cette exécution doit avoir connaissance de l'adresse de cette personne, celle-ci lui est communiquée, sans qu'il puisse la révéler à son mandant ;

« 7° Prononcer l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle de la partie demanderesse en application du premier alinéa de l'article 20 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

« Le cas échéant, le juge présente à la partie demanderesse une liste des personnes morales qualifiées susceptibles de l'accompagner pendant toute la durée de l'ordonnance de protection. Il peut, avec son accord, transmettre à la personne morale qualifiée les coordonnées de la partie demanderesse, afin qu'elle la contacte ».

[1268] Article 515-12 du Code civil, tel qu'issu de la loi du 9 juillet 2010.

que pour quatre mois, au-delà rien n'a été prévu. Cela implique que ces couples doivent saisir de nouveau, le JAF pour statuer sur les modalités de la rupture relative aux enfants (lorsqu'il y en a). L'on remarquera qu'en ce qui concerne les partenaires et les concubins victimes de violences, le provisoire ne reste que provisoire.

L'avenir nous renseignera sur l'effectivité de ces mesures de protection, relevons simplement que se pose la difficulté de l'appréciation de la vraisemblance des violences par le juge[1269].

Ainsi, cette volonté d'unifier les statuts de couple est louable en soi, mais il y a lieu de se demander pourquoi le législateur a tant tenu à instaurer « un mariage bis » au niveau des avantages et de la protection, alors même que la symétrie n'a pas été envisagée pour la rupture ? L'intérêt du PACS par rapport au mariage prend ici toute son importance : les avantages sans les inconvénients de la rupture. Le PACS ne semble être alors que « l'apparence du mariage »[1270], une sorte d'illusion.

B. – L'illusion de la symétrie du mariage

Tant que dure le PACS, il semble présenter de nombreux attraits. Or, il ne faut pas se tromper, lors de la rupture unilatérale et discrétionnaire, le PACS n'a pas la sécurité du mariage. Bien au contraire, c'est la protection en moins. En effet, entre le PACS et le mariage, la différence fondamentale se situe au niveau des conséquences de la rupture. Rappelons que le divorce implique un processus judiciaire qui peut parfois durer de nombreuses années. Ce qui n'est pas le cas de la rupture unilatérale du PACS, qui peut prendre tout au plus une quinzaine de jours.
On croyait le divorce pour altération d'une particulière iniquité, la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS l'est encore plus. Ce contrat, voulu très particulier, peut être rompu aisément, sans grande difficulté au mépris du respect d'autrui.

[1269] Certains magistrats font remarquer que : « *le texte comporte déjà dans sa lettre et son esprit un certain paradoxe : il confie au juge l'appréciation de la vraissemblance, tout en lui intimant d'apprécier la preuve selon les règles du droit civil, qui exclut justement en matière probatoire la simple vraissemblance* » ; Marie-Bénédicte MAIZY et Michèle CHOPIN, « *La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ?* » ; *AJFamille 2010*, n° 12, p. 514.
[1270] Bernard BEIGNIER, « *L'apparence du mariage* », *Dr. Famille* 2010, n° 5, Comm. 5.

Le législateur n'a pas estimé nécessaire de revenir sur ce mode de dissolution, considéré comme l'expression d'une liberté. Il n'est absolument pas tenu compte du partenaire qui subit la rupture. Peu importe qu'il soit économiquement plus faible que l'autre, peu importe la situation matérielle dans laquelle il est confronté, peu importe qu'il soit ou non d'accord avec la dissolution du PACS.

Quand bien même l'institution de la répudiation peut sembler inégalitaire, le sort de l'épouse est pris en considération par le juge qui tente, un tant soit peu, de préserver l'intérêt de la famille.
Cela nous amène à nous demander si la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS ne reviendrait pas, dans les faits, à une « répudiation sèche » ?

À l'évidence, la rupture unilatérale du PACS renforce la précarité du couple (1°). En outre, il importe de relever que le contenu et l'exécution du contrat du pacte sont laissés à la libre discrétion de chacun des partenaires et que finalement, ce n'est qu'au moment de sa résiliation que l'on se penche sur le contrat en lui-même (2°).

1°. Les partenaires : un couple précaire

Certains affirment sans détours que : « *le droit du pacte restaure la répudiation dans ce qu'elle a de plus abjecte puisque le partenaire répudié n'a droit à rien* » [1271]. Il est vrai que contrairement au mariage, le PACS n'envisage qu'une solidarité partenariale de façade (a). Par ailleurs, il n'assure aucune protection au logement des partenaires (b). De même, la liquidation du régime partenarial, en l'absence de tout cadre juridique contraignant, risque de se faire au détriment du partenaire le plus faible (c).

a) Une solidarité partenariale de façade

En matière de mariage, il existe entre les époux des droits et des devoirs réciproques. L'article 212 du Code civil prévoit, entre autre, la fidélité, le respect et

[1271] X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D.* 2008, pp. 2354-2355.

l'assistance. L'article 214 du même Code envisage, pour sa part, la contribution aux charges du mariage. Il est vrai que la vie à deux nécessite certains aménagements d'ordre matériel et pécuniaire. C'est à ce même titre qu'entre les partenaires, le législateur a prévu un principe de solidarité à travers l'aide matérielle à l'article 515-4 du Code civil , suivant lequel : « *Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives* ».

Les modalités de cette aide sont en principe fixées par le pacte ; c'est une obligation légale incontournable[1272]. Pour autant, la loi ne prévoit rien quant à la nature de cette obligation[1273], ni quant à son régime[1274].

Tout au plus, son inexécution pourrait éventuellement être sanctionnée par la responsabilité du partenaire défaillant[1275]. L'aide matérielle en matière de PACS semble se rapprocher de celle de l'article 214 du Code civil relatif à l'obligation de contribution aux charges du mariage. *A fortiori* depuis l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2009 qui attribue compétence au JAF pour connaître des conflits de couples[1276].

Par ailleurs, la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation est venue préciser les limites de la solidarité des partenaires à l'égard des tiers[1277]. Ainsi, le nouvel article 515-4 alinéa 2 du Code civil indique que, outre pour les dépenses de la vie courante, cette solidarité : « *n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les*

[1272] Depuis le 1er janvier 2007, l'engagement de vie commune, l'aide matérielle, l'assistance mutuelle et la solidarité sont applicables de plein droit à tous les partenaires, quelle que soit la date d'enregistrement de leur convention. Cependant concernant le régime patrimonial, si les partenaires souhaitaient bénéficier des mesures nouvelles, ils devaient procéder à la modification de leur convention initiale si elle avait été conclue avant le 1er janvier 2007.

[1273] X. LABBEE, « *L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire* », *JCP* G 2008 n° 42, 15 octobre 2008.

[1274] Le Conseil constitutionnel avait affirmé dans sa décision du 9 novembre 1999 qu'il : « *découle des dispositions combinées des articles 514-4 alinéa 1er et 515-3, alinéa 2 que l'aide mutuelle et matérielle s'analyse comme un devoir entre partenaires du pacte ; il en résulte implicitement mais nécessairement que, si la libre volonté des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, serait nulle toute clause méconnaissant le caractère obligatoire de ladite aide* ». Il résulte que l'obligation matérielle est d'ordre public.

[1275] F. SAUVAGE, « *Le régime des partenaires d'un pacs : liberté, prospérité et solidarité ?* », *Droit&Patrimoine* n° 172/septembre 2008, p. 67.

[1276] Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO. du 13 mai 2009.

[1277] Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JO n° 0151du 2 juillet 2010, p. 12001.

emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante »[1278].

La ressemblance avec l'article 220 du Code civil, relatif au mariage est ici plus qu'évidente. Comme pour le mariage, la solidarité du ménage est limitée aux dépenses de la vie courante et ne s'applique pas aux dépenses manifestement excessives[1279] . Cela signifie donc que les dettes contractées par l'un des partenaires pour les besoins de la vie courante obligent les deux solidairement. Toutefois il n'est plus fait référence, comme en 1999, aux dépenses relatives au logement commun.

Le PACS présente alors de nombreuses similitudes avec le mariage, mais, il ne faut pas s'y méprendre car la solidarité n'est absolument pas la même. Le pacte n'envisage aucune protection pour le logement. En effet, la question du logement est primordiale en cas de rupture unilatérale, notamment lorsque le logement appartient en propre à celui qui a pris l'initiative de la rupture.

b) Le logement des partenaires : « la loi du plus fort »

Le législateur n'a pas prévu la même protection du logement que pour les couples mariés[1280]. « *Le partenaire (comme le concubin) n'a aucun droit au maintien dans les lieux qu'il occupe chez son partenaire qu'il héberge gracieusement, parce que la notion de « domicile partenarial » n'existe pas. Il peut donc être mis dehors sans autre procédure que le changement de serrure, étant ainsi bien moins protégé qu'un locataire (qu'on ne peut expulser qu'après un commandement, jugement et en dehors de la période hivernale)*»[1281].
Lorsque les partenaires sont locataires, en cas d'abandon du domicile par l'un d'eux, la loi du 6 juillet 1989 permet uniquement la poursuite du bail au profit du partenaire « abandonné » [1282]. Cependant, lorsqu'un seul des partenaires est locataire, l'autre ne bénéficie d'aucune protection spécifique.

[1278] L'entrée en vigueur de cette disposition a été reportée au 1er mai 2011.
[1279] Article 515-4 alinéa 2 du Code civil. Le caractère excessif de la dépense est soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, au regard du train de vie des partenaires.
[1280] Article 215 alinéa 2 et 1751 du Code civil.
[1281] X. LABBEE « *Et si le PACS restaurait l'esclavage ?* », *JCP* G., n° 17, 23 avril 2008, p. 4.
[1282] Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 ; les dispositions de l'article 14 ont été étendues par la loi n° 99-944 du 15

S'agissant d'un logement dont la propriété est commune aux deux partenaires, ce sont les règles de l'indivision qui s'appliquent. Dans ce cas, la situation est loin d'être simple[1283].

La situation où l'un des partenaires est le seul propriétaire du logement est encore moins confortable, dans la mesure où il est parfaitement libre d'expulser l'autre de son domicile. Par ailleurs, le partenaire propriétaire va pouvoir disposer seul de l'immeuble et le vendre sans l'accord de l'autre. Cela n'est pas sans poser quelques difficultés non seulement à l'égard du partenaire délaissé, mais également à l'égard des enfants, résidant dans ce logement.

Remarquons que paradoxalement, le législateur semble enclin à une protection particulière pour le partenaire survivant. En matière successorale, le PACS ne crée pas de vocation héréditaire *ab intestat* au bénéfice du partenaire survivant, un testament étant toujours possible[1284]. Toutefois, avec la loi du 23 juin 2006, le législateur a accordé au partenaire survivant le droit, dans certains cas, de jouir gratuitement du logement du couple et du mobilier qui le garnit pendant une année[1285]. Ainsi, lorsque le logement appartient aux deux partenaires ou qu'il dépend de la succession, le partenaire survivant peut en jouir gratuitement pendant un an. Il en est de même s'agissant d'un bien en location, à charge pour la succession de lui rembourser les loyers et indemnités d'occupation dont il serait redevable.

---

novembre 1999 aux partenaires pacsés.

[1283] Dans l'hypothèse où l'immeuble est indivis, la cession sera soumise aux dispositions de l'article 815-14 du Code civil. L'article 815-5 du même Code envisage une mesure d'autorisation lorsque le refus d'un coindivisaire met en péril l'intérêt commun. Or, il est certain que l'intérêt commun n'est pas forcément l'intérêt familial.

[1284] Article 916 du Code civil. De même « *depuis le 22 août 2007, le partenaire survivant bénéficie d'une exonération sur les droits de succession qui s'applique dès la conclusion du PACS. Le bénéfice de ces dispositions est remis en cause lorsque le PACS prend fin au cours de l'année civile de sa conclusion ou de l'année suivante pour un motif autre que le mariage entre les partenaires ou le décès de l'un d'entre eux.*
Un abattement de 20% sur la valeur vénale de la résidence principale du partenaire défunt est également appliqué si, au moment du décès, la résidence est occupée par le partenaire survivant ou les enfants mineurs ou les majeurs protégés du défunt ou de son partenaire » ; Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille*, 3e éd. Gualino, Coll. Manuels, 2008.

[1285] Article 763 du Code civil par renvoi de l'article 515-6 du même code. L'article 515-6 *in fine* du Code civil, prévoit que : « *lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès d'un des partenaires, le survivant peut se prévaloir des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 763* ». Celui-ci dispose que : « *Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession qui le garnit.*
Si son habitation était assuré au moyen d'un bail à loyer « ou d'un logement appartenant pour partie indivise au défunt, les loyers ou l'indemnité d'occupation » lui en seront remboursés par la succession pendant l'année, au fur et à mesure de leur acquittement ».

Par ailleurs, la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA) a supprimé les droits de succession entre époux et entre partenaires[1286]. Or, « *on imagine ne plus avoir à payer de droits de succession en oubliant qu'il n'y a pas de droit à la succession d'un pacsé sur l'autre* »[1287]. Le système manque incontestablement de cohérence.

Reste que le législateur a tenu à protéger le partenaire survivant mais il n'a absolument rien prévu pour le partenaire « répudié ». De plus, lors de la rupture unilatérale la liquidation du régime partenarial peut s'avérer très déplaisante pour ce dernier, en raison de l'absence d'un cadre juridique contraignant.

c) La liquidation du PACS : une absence de cadre juridique contraignant

Aujourd'hui, le pacte civil de solidarité constitue un excellent outil de gestion et de transmission du patrimoine[1288]. Les partenaires peuvent choisir entre deux options : soit la sép *quasi-communautaire dite spéciale* »[1289]. Dès lors, quelque soit le cas de dissolution, à la séparation du couple, suit généralement la séparation des biens[1290]. Nous ne nous étendrons pas sur l'aspect patrimonial du PACS, mais soulignons que face à de tels effets, il n'est pas logique de ne pas encadrer davantage la rupture unilatérale.

Précisons tout de même, que le législateur a soumis les biens des partenaires au régime de l'indivision par moitié, sauf prévision conditionnelle. Lors de la convention initiale ou en cours de PACS (en cas de modification), les partenaires ont pu choisir

[1286] Loi TEPA n° 2007- 1223 du 21 août 2007, JO n° 193 du 22 août 2007, p. 13945.
[1287] Bernard BEIGNIER, « *Illusions et espoirs du pacte civil de solidarité* », *Dr. Famille* 2010, n° 3, p. 1.
[1288] Notamment depuis la loi du 23 juin 2006 et la loi TEPA n° 2007- 1223 du 21 août 2007, JO. 22 août 2007. David BOULANGER, « *Droit patrimonial du couple et contractualisation* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? »* du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 34.
[1289] B. BEIGNER, « *À chacun son couple, à chacun son droit* », (Entretien), Dr. Famille 2010, n° 7-8, p. 11.
[1290] Comme le souligne à juste titre Maître Mulon : « *la simplicité apparente du pacs, en tout cas concernant la conclusion de celui-ci, ne doit pas faire oublier qu'il demeure, au-delà d'un nouveau mode de conjugalité et un outil de transmission du patrimoine, un contrat dont la dissolution peut générer un contentieux important. Or ce contentieux ne doit pas échapper aux praticiens, et ce d'autant que les partenaires séparés n'ont pas toujours conscience des conséquences d'un acte qui participe souvent lorsqu'il est conclu d'une volonté de s'engager dans des conditions qui peuvent sembler moins contraignantes que le mariage. Or, à bien y réfléchir, il est bien plus aujourd'hui que la simple organisation d'un lien patrimonial mieux organisé que le concubinage : il constitue un véritable engagement et sa rupture entraîne des conséquences, tant sur le plan patrimonial qu'extrapatrimonial* » ; E. MULON, « *La dissolution du pacs* », *Droit&Patrimoine* n°173/septembre 2008, p. 73.

entre le régime de séparation des patrimoines[1291] et le régime d'indivision[1292]. Cependant, afin d'éviter des difficultés d'ordre civil et fiscal, l'article 515-5-2 du Code civil prévoit que certains biens restent des propriétés exclusives des partenaires[1293].

Lors de la dissolution du PACS, chaque partenaire reprend les biens qui lui appartiennent, à condition d'apporter la preuve de leur caractère personnel. À défaut d'une telle preuve, le législateur de 2006 a posé une présomption d'indivision par moitié pour tous les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive[1294].

La dissolution unilatérale, discrétionnaire et brutale du PACS rend difficile la preuve. Lorsque les partenaires ont fait le choix de l'indivision, ils devront, si aucun accord n'est trouvé, avoir recours au juge. Ce dernier aura pour mission de liquider le régime, de faire les comptes et d'obliger le partenaire récalcitrant à sortir de l'indivision. L'article 515-7 alinéa 9 du Code civil énonce, qu'à défaut d'accord entre les partenaires, « *le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi* ». Encore faudrait-il que le juge soit saisi.

[1291] À défaut de choix, c'est le régime de la séparation qui s'applique (c'est le régime légal) dans ce cas, chacun des partenaires conservera seul l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Il restera également seul tenu des dettes qu'il aura personnellement contractées avant ou pendant le pacte (à l'exception des dépenses faites pour les besoins de la vie courante). Les partenaires sont considérés comme les époux mariés sous le régime de la séparation des biens.

[1292] Le choix du régime optionnel doit apparaître très clairement. Si les partenaires font le choix de l'indivision, ils ont des droits identiques sur les biens acquis pendant le pacte, quelle que soit la part payée par chacun. Le nouveau régime patrimonial n'est applicable qu'aux pactes conclus depuis le 1er janvier 2007. Pour les PACS conclus avant cette date, les partenaires souhaitant bénéficier de ce nouveau régime doivent conclure une convention modificative.

[1293] Sont donc exclus de l'indivision : « *les deniers perçus par chacun de partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien.*
- Les biens créés et leurs accessoires.
- Les biens à caractère personnel.
- Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale.
- Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession.
- Les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation ».

[1294] L'article 515-5 alinéa 2 du Code civil prévoit que : « *Chacun des partenaires doit prouver par tous moyen, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun par moitié* ».

Il y a lieu de préciser que la loi du 23 juin 2006 a introduit une disposition à l'article 515-7 *in fine* du Code civil. Celui-ci prévoit que les créances entre partenaires seront évaluées selon les règles prévues à l'article 1469 du Code civil[1295], c'est-à-dire selon les règles régissant les récompenses et les créances entre époux. Cela signifie que, lorsqu'un bien a été acquis en tout ou partie avec des deniers de l'autre, celui-ci pourra revendiquer une créance à l'encontre du partenaire propriétaire.

Cependant, à la différence du concubinage, que nous verrons dans le dernier Chapitre, lorsque l'un des partenaires estime qu'il a contribué à enrichir l'autre à son détriment par des apports en nature ou en industrie, le partenaire ne peut invoquer l'enrichissement sans cause ou l'existence d'une société créée de fait.

Ainsi lors de la rupture, les comptes s'imposent. Il n'est plus question ni d'amour ni de sentiments, mais de calculs purement mathématique : « ma relation m'a coutée du temps et de l'argent », à défaut de pouvoir remonter le temps, les partenaires vont tenter de récupérer leurs investissements pécuniaires[1296].
Reste au « partenaire répudié » un recours judiciaire pour faire valoir les obligations contractuelles auxquelles avait volontairement souscrit l'autre partenaire. Effectivement, n'oublions pas que le PACS est un contrat et à ce titre, ceux sont les règles de droit commun de la responsabilité contractuelle pour inexécution des obligations qui s'appliquent.

2°. Le PACS : contenu et exécution laissés à la discrétion des partenaires

Lors de la conclusion du PACS, les partenaires avaient convenu d'un ensemble d'engagements dans la convention, dont le contenu et l'exécution ont été laissés à leur libre discrétion. Dès lors, le PACS est un contrat sans contrôle (a), le mécanisme de la responsabilité contractuelle n'intervenant qu'en ultime recours (b).

[1295] Auquel renvoie l'article 1543 du Code civil.
[1296] « *On rompt d'abord. Et puis on partage ensuite (si l'on partage…) devant le notaire de son choix (si tant est qu'il faille prendre un notaire). Et tant pis pour le nouveau conjoint ou le nouveau partenaire qui devra supporter les revendications de l'ex… dans un patrimoine non encore partagé* » ; X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D.* 2008, p. 2355.

a) Le PACS : un contrat sans contrôle

Les partenaires organisent librement leurs rapports pendant la durée du PACS. Dans la convention, ils se sont engagés dans les liens du PACS et ils ont pu fixer la contribution de chacun aux charges de la vie courante. Généralement, l'engagement est symbolique et renforce ou sécurise la relation du couple.

Au moment de la conclusion du PACS, les partenaires présentent au greffier une seule et unique convention. L'article 1er du décret du 23 décembre 2006 prévoit que : « *les partenaires produisent l'original de la convention ou son expédition lorsque la convention a été conclue en la forme authentique* »[1297]. Il n'est plus nécessaire de fournir une convention en double original comme cela avait été prévu en 1999.

Or, en cas de contentieux, notamment lors de la rupture unilatérale, le double original n'aurait pas était inutile. Pourquoi le législateur a-t-il supprimé cette exigence ? Serait-ce pour faciliter davantage la rupture ?
En outre, lors de son enregistrement par le greffier, aucune copie de la convention de PACS n'est conservée au greffe. La circulaire du 5 février 2007 indique que le greffier : « *rappelle aux partenaires que sa conservation relève de leur responsabilité, notamment lorsque celle-ci a été conclue par acte sous seing privé, et les invite à prendre toutes les mesures pour en éviter la perte* »[1298]. Cela veut dire qu'il appartient aux partenaires de prendre les mesures utiles pour sa conservation.

Cela est particulièrement étonnant dans la mesure où le greffe conserve les déclarations de dissolution de PACS. Doit-on comprendre que la rupture aurait plus d'importance que la formation ? Ne devrait-on pas également conserver une trace de la convention initiale ? À l'aire du numérique et des supports dématérialisés, cela ne serait-il pas réalisable ?

[1297] Décret n° 2006-1806 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité ; JO. du 31 décembre 2006.
[1298] Circ. min., 5 février 2007, NOR : JUSC0720105C.

De même, en cas de modification du pacte[1299], les partenaires n'ont pas l'obligation de produire leur convention initiale ; aucun contrôle ne peut donc être exercé sur cette modification. Pourtant, la circulaire du 5 février 2007 recommande au greffier de : « *s'assurer de ce que la convention modificative ne comporte pas de clause contraire à l'ordre public* » avant de procéder à son enregistrement[1300]. Pourtant, ce dernier ne conserve ni la convention initiale ni la convention modificative. Il « *informe les partenaires que sa conservation relève de leur responsabilité* »[1301].

Comment contrôler un contenu abusif en l'absence de toute convention ? Il importe de se demander si le greffier doit ou non s'investir d'une mission particulière.

Il est tout de même paradoxal de constater que si, dans un premier temps, la circulaire de 2007 indique qu'il : « *ne revient pas au greffier d'apprécier la validité des clauses de la convention de pacte civil de solidarité, ni de conseiller les parties quant au contenu de leur convention. S'il est interrogé sur ce point par les partenaires, il importe qu'il les renvoie consulter un notaire ou un avocat* »[1302]. Dans un second temps, elle poursuit en indiquant que : « *si la convention paraît contenir des dispositions contraires à l'ordre public, le greffier informe les partenaires du risque d'annulation. Si les intéressés maintiennent ces dispositions, il doit enregistrer le pacte en les informant qu'il en saisit le procureur de la République* »[1303].

Le greffier exercerait un contrôle purement formel. Il ne vérifie pas la motivation des partenaires, leur sincérité ou le but poursuivi et il ne se penche pas non plus sur le contenu même du pacte civil de solidarité.
En conséquence, aucun contrôle sur le contenu de la convention, initiale ou modificative, du PACS ne peut être réalisé car il n'en existe aucun support.

[1299] À des fins de modifications de la convention, les partenaires peuvent se présenter en personne au greffe du TI (qui a reçu l'acte initial) ou adresser par LRAR la convention modificative (par déclaration conjointe). La modification du PACS fait également l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire.
[1300] *Ibidem.*
[1301] *Ibidem.*
[1302] *Ibidem.*
[1303] *Ibidem.*

Ce n'est qu'à l'occasion de la rupture du partenariat que la validité de certaines clauses pourra éventuellement être examinée. Encore faudrait-il que le juge soit saisi et que le contrat « existe » encore. Les partenaires ont pu envisager dans leur convention le montant et les modalités de l'aide matérielle ou bien convenir qu'en cas de rupture le partenaire délaissé percevrait des subsides. Aussi ont-ils pu prévoir la répartition des biens meubles acquis pendant la vie commune en cas de rupture.

En l'absence d'une telle convention comment prouver le contenu des obligations contractuelles?

Dès lors, en cas de rupture unilatérale du PACS, le partenaire le plus faible se retrouve dans une situation parfaitement inconfortable, notamment lorsque le contrat prévoyait les modalités de la rupture.

La difficulté pour le partenaire « répudié » sera alors d'enclencher le mécanisme de la responsabilité contractuelle.

b) La responsabilité contractuelle : le recours ultime

L'avantage d'un PACS conclu sous la forme authentique devant notaire, revêtu de la formule exécutoire, va permettre d'obtenir la sanction des obligations souscrites sans recourir au juge. L'engagement « authentique » prend ici toute son importance, en particulier, lorsque le couple dispose d'un patrimoine immobilier. Mais, pour les partenaires ayant opté pour l'acte sous seing privé, l'exécution des obligations contractuelles s'avère périlleuse en cas de rupture unilatérale. Comme le font justement remarquer certains[1304], en raison de l'importance numérique du PACS et de ses conséquences patrimoniales, ne serait-il pas préférable d'imposer l'acte authentique ?
Généralement, la responsabilité contractuelle permet à l'un des contractants de soulever le manquement aux obligations souscrites. L'action en responsabilité pourrait, dans une certaine mesure, sanctionner le défaut de diligence d'un des

[1304] Ph. SIMLER et P. HILT, « *Le nouveau visage du Pacs, un quasi-mariage* », *JCP* 2006. I. n° 30, Étude 161, p. 1495.

partenaires. Rappelons, qu'en principe, la faculté de résiliation n'est pas purement discrétionnaire : la rupture du contrat ne doit pas être abusive. L'usage veut que l'auteur de la rupture informe au préalable son co-contractant, en respectant un délai de préavis. À défaut, même si le contrat est rompu, sa résiliation unilatérale peut déboucher sur l'allocation de dommages et intérêts pour le co-contractant qui subit la volonté de l'autre.

Dans certaines matières, le législateur oblige le co-contractant à motiver sa décision unilatérale de rupture[1305]. C'est le cas en droit social, où l'employeur ne peut procéder au licenciement d'un salarié qu'en motivant sa décision ; à défaut, la rupture sera qualifiée d'abusive. Par contre, le salarié dispose d'un droit discrétionnaire à la rupture de son contrat de travail : il n'a pas à expliciter les causes de sa démission.

Pour la rupture unilatérale du PACS, cela est beaucoup moins évident puisqu'il est question d'un contrat dont la rupture libre et discrétionnaire est parfaitement admise. Il s'agit tout de même, d'un droit constitutionnellement reconnu[1306]. Il importe alors de se demander si la responsabilité contractuelle peut être engagée par le partenaire « répudié » ?

Dans la mesure où le partenaire délaissé ne réclame pas l'exécution d'une obligation légale, mais une obligation contractuelle découlant du PACS, en théorie une action en responsabilité est tout à fait envisageable. Par exemple, en cas de manquement au devoir d'aide matérielle, à l'obligation de vie commune, de loyauté dans l'exécution des obligations issues du contrat… Parce que le Conseil constitutionnel a considéré ces obligations d'ordre public, les partenaires peuvent enclencher le mécanisme de la responsabilité contractuelle[1307]. En pratique, celle-ci reste « *éminemment théorique* »[1308]. En effet, lorsqu'une partie décide de rompre discrétionnairement le PACS, elle peut échapper à ses obligations contractuelles et laisser l'autre dans le

[1305] Denis MAZEAUD, « *Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs !* » ; *D.* 2001, p. 2178.
[1306] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419,DC JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.
[1307] *Ibidem*.
[1308] « *Les statistiques sont cruelles. En huit années de pratique de PACS, il semble qu'il n'y ait jamais eu de procès en « rupture abusive » (à titre d'exemple, aucune procédure de ce genre n'a été menée au TGI de Lille en huit années, comme nous l'a confirmé le président du tribunal* » ; X. LABBEE « *Et si le PACS restaurait l'esclavage ?* », *JCP* G., n° 17, 23 avril 2008, p. 4.

besoin et dans le désarroi le total. Car en cas de manquement, aucune sanction n'a été prévue par le législateur, et si effectivement les partenaires ont prévu les modalités de cette aide, ils n'y seront plus tenus en cas de résiliation. Les obligations contractuelles sont purement et simplement réduites à néant par la simple dissolution du PACS. La résiliation unilatérale (ou amiable) est beaucoup plus simple et rapide qu'une procédure en annulation ou une action en responsabilité contractuelle.

Comme le souligne, à juste titre, Le Professeur Labbée, le « *droit du partenaire d'exiger de l'autre une « aide matérielle », c'est en fait une illusion ou une hypocrisie… puisque à la moindre demande on peut répliquer par une résiliation immédiate. À quoi bon saisir le juge d'une demande d'aide matérielle si le PACS est déjà résilié avant même que la demande ne parvienne au juge ?* »[1309]. Autrement dit, la rupture du PACS étant souple, celui-ci peut être rompu avant même qu'une demande d'aide matérielle ne parvienne au juge. Cela a pour effet de rendre toute procédure sans objet. L'absence de contentieux en la matière s'explique puisque procéduralement, il est difficile d'intenter une action pour fixer ou exécuter l'aide matérielle (le PACS étant dissout). Retenons que, les obligations contractuelles et légales ne tiennent que tant que le pacte civil de solidarité existe. En l'absence de convention, le contentieux serait particulièrement exacerbé. Le mécanisme de la responsabilité contractuelle est donc difficile à mettre en œuvre par le partenaire « répudié ». Ce recours ultime s'avère inefficace et vide de sens.

Plus qu'une répudiation, la rupture unilatérale du PACS est une rupture au service du plus fort car « *il n'existe aucune mesure susceptible de protéger, en cours de PACS, le partenaire dominé contre la volonté de l'autre. En effet, à la moindre réclamation ou au moindre écart de conduite de sa part, l'autre peut le « répudier » discrétionnairement sans délai, sans préavis et sans indemnité ; le PACS est en effet résilié du seul fait de l'enregistrement de l'acte de signification d'huissier par lequel le partenaire fait connaître à l'autre sa volonté de rompre* »[1310].

[1309] *Ibidem.*
[1310] *Ibidem.*

Conclusion

Le législateur a institué en 1999 un nouveau mode de conjugalité, situé semble t-il entre le mariage et le concubinage. Dix ans après, les chiffres nous prouvent que le PACS est une union qui remporte un franc succès[1311]. Mais on est en droit de se demander pourquoi le législateur a-t-il tant tenu à instituer une union, dont la formation paraît répondre à un certain formalisme et dont la dissolution semble marquée par une liberté « abusive » ?

Dans les conditions de formation, le pacte se rapproche du mariage, par contre aussitôt qu'il est question de rupture, il rejoint davantage le concubinage. Il est parfaitement paradoxal d'encourager ce mode de «quasi-conjugalité » eu égards à la solennité de l'acte lors de sa conclusion et, en même temps, de simplifier au maximum la rupture par des formalités aussi allégées.

L'institution du PACS ne s'avère pas très solide, et institutionnalise la précarité. La rupture du PACS révèle une précarité du couple du fait même de la facilité accordée par la loi aux partenaires de se désengager. En effet, pensant bien faire, le législateur contribue à précariser davantage le couple en général notamment lors de la rupture. La loi du 23 juin 2006 a ainsi rendu plus précaire la situation du partenaire délaissé. La rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS correspond dans les faits à une répudiation « renforcée » car non judiciaire. Cela apporte une connotation péjorative à ce type d'union où pourtant le qualificatif de pacte aurait pu laisser penser qu'il s'agissait d'un engagement sérieux. Alors même que, l'unilatéralité de la rupture renvoie dans les faits à un abandon, à l'instar de la répudiation, le législateur et le juge constitutionnel nient cette réalité érigeant le sacro-saint principe de Liberté. Cette « répudiation partenariale » est considérée, sans aucune nuance, comme acceptable et nécessaire.

Le partenaire « répudié » doit faire face à une absence de sécurité, de toit et de droit, que le législateur n'a pas consentie à lui accorder. Pourtant prévoyants, les partenaires

[1311] Plus de 605 000 PACS ont été conclus depuis 1999 ; Selon les déclarations de Joël Creusat, Chef du bureau des dispositifs de la statistique et des études du Ministère de la Justice et des libertés ; http://www.justice.gouv.fr (site consulté le 10 octobre).

avaient envisagés lors de la conclusion du PACS, les modalités d'exécution du contrat. Mais celles-ci peuvent être purement et simplement « répudiées » par l'autre partenaire qui use de sa faculté de résiliation-répudiation. Les obligations contractuelles sont alors réduites à néant.

Évoquons le fait, qu'il peut arriver que même si le PACS est rompu, les partenaires restent unis sur le plan patrimonial. Pensant que leur amour durerait indéfiniment, ils ont pu, par exemple, faire une tontine. Dans ce cas, la rupture du PACS n'a pas d'incidences sur le bien tontinier : il n'est pas possible de partager le bien, qui n'est pas un bien indivis[1312]. Dans cette hypothèse, les partenaires ne se sont pas contentés du simple contrat de PACS, ils ont volontairement pris d'autres engagements plus contraignant juridiquement et plus sécurisant. Ici, la rupture unilatérale et discrétionnaire est davantage orientée vers la réflexion, ce que ne permet pas le PACS.

Même si en pratique, comme toute rupture, rompre la relation fait appel à tout un processus psychologique, il n'en demeure pas moins que le législateur contribue à la déresponsabilisation. Par ailleurs, il ne semble pas se soucier des véritables intentions des partenaires lors de la conclusion du PACS, alors que le doute est permis.

Nous préconisons la judiciarisation de la rupture du PACS comme remède préventif : « *il faut faire rentrer les partenaires – un peu- dans l'ordre pour éviter les injustices et pour protéger le plus faible* »[1313]. Car, si le JAF peut connaître des conséquences de la rupture, autant qu'il la prononce puisque de toute les façons il devra se pencher sur les circonstances de celle-ci. En outre, afin de permettre un recours effectif et efficace de la responsabilité contractuelle, il ne serait pas vain d'envisager la conservation de la convention initiale et modificative du pacte civil de solidarité.

Le droit doit davantage se préoccuper de la rupture. Celle-ci, lorsqu'elle est unilatérale, en l'état actuel des textes, est quasiment libre et semble présenter l'avantage d'être aussi simple que d'envoyer une lettre par la poste. L'un décide discrétionnairement et l'autre subit la rupture sans qu'aucune faute ne puisse lui être

[1312] En cas de décès, il échappe même à la succession. La tontine est généralement faite en faveur d'une maîtresse.
[1313] X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D.* 2008, p. 2355.

reprochée. En définitive, La répudiation dite musulmane semblerait plus acceptable que la rupture unilatérale du PACS, dans la mesure où, un minimum de garanties procédurales et pécuniaires est prévu. Pour sa part, la « répudiation partenariale » est au service du plus fort.

Mais la situation des concubins où la « répudiation » est libre et totalement informelle est encore bien plus précaire.

Chapitre II.- La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage : une « répudiation libre et informelle »

Le concubinage est une union, qui se caractérise essentiellement par cette volonté de demeurer en dehors de tout cadre légal contraignant. Présentée comme une institution issue de nos mœurs libérées, c'est en réalité une relation de fait qui existe depuis toujours, bien avant l'institutionnalisation du mariage.

Pendant longtemps, le concubinage a constitué un choix par défaut. Ne pouvant s'unir par le mariage, les concubins entretenaient une relation de pur fait, ce qui représentait une solution alternative.

Or de nos jours, le concubinage est parfaitement entré dans les mœurs[1314]. Il résulte d'un véritable choix[1315], celui de ne pas opter pour une institution ou un contrat. Les concubins refusent non seulement le mariage, qui semble représenter une union sacramentelle qui engage fortement, mais également le PACS, union contractuelle et moins solennelle.

Si le PACS et le concubinage sont souvent regroupés sous la même expression d'union libre, pour autant, il ne faut pas s'y méprendre ni les confondre car leurs régimes juridiques sont bien différents. Dès lors, refusant ou encore hésitant sur le mariage ou sur le PACS, les concubins trouvent dans leur relation un certain attrait : la liberté pleine et entière de s'unir (1°) et de se désunir (2°).

[1314] Encore que certains s'interrogent en se demandant s'il faut « *adopter une tendance empirique, autrement dit se régler sur l'évolution des comportements individuels, ou bien faut-il résister à l'évolution et faire prévaloir une éthique dictée par une conception idéaliste ? Les tribunaux adoptent une position intermédiaire ; ils ne se contentent pas de se référer à la pratique courante, ce qui serait suivre les mœurs et non pas relever les bonnes mœurs ; ils cherchent sinon dans une morale transcendantale, du moins dans une conception élevée de la vie, un élément de référence qui leur permette de dissocier l'admissible et l'intolérable, le convenable de l'inconvenant* » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations / Contrat*, t. 2, 6e éd., Litec 1998, p. 241, n° 553.
La Cour de cassation a ainsi pu accorder une indemnité à la concubine « adultère » qui a perdu son compagnon à la suite d'un accident ; Cass. Crim., 19 juin 1975, *D.* 1975. 679, note TUNC.

[1315] De nos jours, le concubinage représente « *l'expression d'un choix des partenaires de ne pas entrer dans les liens du mariage* » ; M. MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre, Étude du droit Suisse, français et allemand*, Librairie Droz, Genève, 1986, p. 15.

1°. S'unir sans formalisme

Le concubinage ne nécessite aucune formalité particulière pour être constitué, la simple mise en ménage du couple étant suffisante. Dans les faits, les concubins se présentent comme des *compagnons*, ils se comportent comme un couple marié d'où l'expression « *vivre maritalement* »[1316]. En apparence, se confondent les qualités d'épouse[1317], de concubine ou de compagne[1318]. Toutefois, en droit, le concubinage reste une relation de fait répondant à une définition précise.

Alors que les époux se soumettent à des droits et des devoirs réciproques[1319], les concubins sont juridiquement indépendants : les règles de dévolution du nom de famille ne les concernent pas[1320], pas plus qu'ils ne disposent de droit successoral *ab intestat*[1321]. Le mariage crée la famille « légitime », à ce titre il établit des liens de droit entre les familles respectives des deux époux : c'est du mariage que naît la solidarité familiale. En matière d'obligation alimentaire, l'époux peut ainsi être appelé à subvenir aux besoins de sa belle-mère. Mais le concubin, tout comme le partenaire,

---

[1316] J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit privé*, Précis Dalloz, 1re éd., Coll. Droit Privé, 2002, p. 140. Les concubins vivent « *maritalement mais sans être mariés, conjoints de fait, conjoints non mariés » ;* G. CORNU, *Droit civil, La Famille*, coll. Domat droit, Montchrestien, 9e éd., 2006, p. 85.
Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier le concubinage de « *ménage de fait* » ; R. RODIERE, *Le ménage de fait devant la loi française*, Travaux Association Capitant, 1957, p. 55. D'autres vont plus loin et évoquent l'expression de « *mariage de fait* » ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait* », *RTD Civ.*1984. 389. D'autres encore ont réduit le concubinage à une « *vie maritale* » ; F. ALT, *« Choisir la vie maritale ou la vie conjugale »*, *JCP* G 1983. I. 3119.

[1317] Les statuts juridiques des conjoints et des concubins sont bien différents. La jurisprudence rappelle constamment la distinction entre « l'union libre » et le mariage. Ainsi, le Conseil d'État, dans un arrêt en date du 6 décembre 2006, affirme que dans le cadre du mariage, les conjoints sont assujettis à une solidarité financière et à un ensemble d'obligations, lesquelles ne s'imposent pas aux couples de concubins. Le Conseil d'État en déduit que cette différence de situation juridique justifie, au regard de l'objet de la loi, la différence de traitement instituée entre les concubins et les conjoints pour l'attribution du droit à une pension de réversion. Le Conseil d'État estime que le refus de l'octroi au concubin d'une pension de réversion de retraite n'est pas contraire à la Convention Européenne des Droit de l'Homme ; CE 6 décembre 2006, arrêt n° 262096, *Dr. Famille* 2007, comm. n° 27, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[1318] J. GRANIER, « *Épouse, concubine ou compagne* ? », *JCP* 1956. I. 1299 (à propos de la loi du 12 novembre 1955 allouant une aide annuelle aux compagnes des militaires, des marins et des civils morts pour la France comme pour les pensions des veuves de guerres).

[1319] Le mariage obéit à un processus légal, sa célébration est conditionnée tant sur le fond que sur la forme. Le couple conjugal est soumis à un régime juridique basé sur le respect, la fidélité, le secours et l'assistance mutuelle ; Article 212 du Code civil.

[1320] La concubine ne peut porter, à titre d'usage, le nom de son concubin ;TGI Briey, 30 juin 1966, *JCP* G 1967. II. 15130, note J. CARBONNIER.

[1321] Il n'existe pas de droit successoral *ab intestat* en matière de concubinage. Les donations et les testaments font l'objet d'une taxation à 60%. Il semblerait que le réel avantage serait de souscrire une assurance vie au profit de son concubin.

ne peut être tenu envers ses « beaux-parents » parce que le concubinage n'entraîne pas des rapports d'alliance[1322].

Contrairement au pacte civil de solidarité, le concubinage n'est pas soumis à des formalités de fond et de forme. Comme il a été examiné précédemment, les partenaires ont décidé de contractualiser leur relation et s'astreignent à certaines obligations. La conclusion du PACS n'est effective que par l'enregistrement de cette convention. En matière de concubinage, une telle convention (non enregistrée) pourrait exister mais toutefois et de manière générale, les concubins s'affranchissent de pareilles contraintes afin de toujours disposer de cette liberté de rompre sans contre-mesure.

2°. Se désunir sans se soumettre à un régime de dissolution

Il faut comprendre que la liberté dans laquelle le concubinage s'est inscrit suit le même processus au niveau de la rupture. Légalement, aucune formalité n'est exigée mais pourtant, c'est essentiellement au stade de la séparation que la situation se révèle particulièrement précaire dans le concubinage.

Par ailleurs, la rupture résultant de la volonté unilatérale d'un des concubins entraîne des conséquences non négligeables tant au niveau patrimonial qu'au niveau familial.
Si les concubins avaient des biens communs ou partageaient une activité commune, la rupture unilatérale peut intervenir dans ce contexte en créant un déséquilibre dans la situation financière de l'un au profit de l'autre[1323]. La famille, quant à elle, se désagrège et se retrouve émiettée.

[1322] Cass. 1re Civ., 28 mars 2006, *JCP* 2006. IV. 1933 ; il a été retenu que l'union libre ne crée pas d'alliance, qu'ainsi une mère ne peut réclamer des aliments au concubin de sa fille. De même, en matière de dette d'aliment, le juge ne doit pas prendre en considération les revenus du concubin. En l'espèce, les juges du fond avaient tenus compte des revenus du concubin pour fixer la somme due par la fille à sa mère. La Cour de cassation a reproché aux juges du fond, sous le visa de l'article 455 du Code de procédure civile, de s'être fondés sur les revenus de son concubin alors que celui-ci n'était pas concerné par les dispositions de l'article 206 du Code civil ; Cass. 1re Civ., 9 janvier 2008, *RJPF* 2008. 28, note Stéphane VALORY, « *Les revenus du concubin ne doivent pas être pris en considération dans l'appréciation des ressources du débiteurs d'aliments* ». Cependant, une réponse ministérielle précise qu'il y a lieu de tenir compte de la minoration des charges induites par la participation aux dépenses de la vie courantes du conjoint, concubin ou partenaire ; Réponse ministérielle n° 23758, JO. Sénat Q 26 avril 2007, p. 868.

[1323] Le mécanisme de la tontine permet de demeurer « éternellement » unis patrimonialement. Il n'est pas possible de rompre le « pacte » tontinier.

Dans le concubinage, il n'existe aucune conséquence découlant de la séparation, ce qui n'est pas le cas du mariage. Ici encore, peu importe le nombre d'années de vie commune : aucune compensation financière, telle que la prestation compensatoire, n'est assurée au concubin « abandonné ». En outre, en raison de l'absence de lien de droit, la rupture décidée unilatéralement et discrétionnairement par l'un des concubins se fait en dehors de tout cadre judiciaire, en ce sens qu'elle est libre et informelle[1324]. La rupture du concubinage est laissée à la totale et entière discrétion des concubins. Le concubinage n'aurait alors que l'apparence du mariage. Il se distingue du PACS parce qu'il n'a pas fait l'objet d'un contrat.

En définitive, la rupture unilatérale du concubinage et du PACS n'entraîne t-elle pas les mêmes effets : l'un des concubins ne « répudie » t-il pas l'autre en toute légalité ? Concrètement cela ne caractériserait-il pas la répudiation : l'un décide de mettre un terme à la relation, l'autre ne peut ni empêcher, ni exiger des explications sur le motif de la rupture ? S'agissant d'une union de fait, pourrait-on évoquer l'expression de « répudiation informelle » ?

Dans l'intérêt de la famille, il y a lieu de se demander s'il faut encourager le concubinage. Lui permettre d'obtenir certains effets du mariage, tout en laissant sa dissolution sans contrôle, est-il seulement raisonnable ? Pourquoi accorder des droits à ceux qui souhaitent rester hors du droit ?

Il convient de répondre à l'ensemble de ces questions en commençant tout d'abord par une approche historique. Comme cela a été le cas pour toutes les unions abordées, il nous est apparu nécessaire de terminer cette étude en présentant l'aspect historique du concubinage. L'objectif étant de démontrer comment la rupture unilatérale a incité les législateurs de toutes époques, à intervenir pour légiférer en la matière. Précisons que, quelle que soit la période considérée, il n'a jamais été remis en question le caractère supérieur du mariage par rapport aux autres formes de conjugalités. La préférence étant nettement en faveur du mariage. Cependant, le concubinage a toujours fait partie de la vie sociale. Il n'est pas possible d'en faire abstraction dès lors que l'on se

[1324] P. LABBEE, « *Le couple en crise* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 23. X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D.* 2008, p. 2345.

penche sur le couple. Dans le cadre de la présente étude, nous avons voulu présenter le concubinage à travers ses origines, ses fondements et son évolution.

Ainsi, du concubinat romain au concubinage, la rupture unilatérale et discrétionnaire a toujours été emprunte de liberté (**Section I**). Pourquoi ne pourrait-on la qualifier aujourd'hui de « répudiation informelle » ? (**Section II**).

Section I. – Du concubinat au concubinage : la rupture unilatérale et discrétionnaire est un phénomène constant

Au fil du temps, c'est à travers la rupture unilatérale que s'est développée une législation de protection à l'égard des concubins (A). Mais il faudra attendre 1999, pour qu'une définition légale du concubinage soit insérée dans le Code civil (B).

A. – La rupture unilatérale du concubinage : l'histoire d'une législation de protection

À Rome, le concubinage est une union parfaitement admise. Nous observerons néanmoins que peu à peu s'opère un glissement vers la déconsidération sociale pour ce mode de quasi-conjugalité à partir du VIe jusqu'au XVIIIe siècle (1°). Puis étrangement, entre XIXe et XXe siècle, le concubinage passe de la déconsidération sociale à la protection juridique (2°).

1°. De l'acceptation à la déconsidération sociale

Dès la Rome Antique, on retrouve des origines du concubinage où il est question de concubinat (a). En France, entre le VIe au le XVIIe siècle, le concubinage est une union qu'il faut contenir (b).

a) Les origines romaines : le concubinat, une union honorable inférieure au mariage

Sous le Haut-Empire, le concubinat est largement répandu[1325]. Selon Jean Gaudemet, c'est une union « *souvent honorable (…) aucun discrédit n'était attaché à de telles unions* » [1326]. Dès lors, mariage et concubinat constituent des relations de couples acceptées et comprises par la société de l'époque[1327].

Il y a lieu de souligner que dans la pratique, le concubinat concerne des personnes qui ne peuvent pas se marier et non qui ne le souhaitent pas[1328]. C'est par exemple le cas des militaires qui sont dans l'incapacité de se marier pendant le service, mais qui peuvent néanmoins vivre en concubinage avec une *hospita*. À la fin de leur carrière, ils obtiennent la régularisation de leur situation[1329].

Cela étant, le mariage est tout de même préféré au concubinat[1330]. Au IVe siècle, Constantin légifère en faveur de la conversion du concubinat en mariage[1331]. Aujourd'hui, la préférence ne se dément pas, même si le concubinage n'a plus de connotation péjorative. Dès lors que le couple est constitué, il semblerait que l'acceptation soit de mise aussi bien par les administrations que par les individus. Il

---

[1325] J. PLASSARD, *Le concubinat à Rome*, Thèse, Toulouse, 1921.

[1326] J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain,* 3e éd., Montchrestien, 2009, p. 41.

[1327] J. GAUDEMET, *Union libre et mariage dans la Rome impériale*, *Sociologie historique du droit*, PUF, 2000, pp. 235 et suiv.

[1328] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental Droit civil, 1996, p. 105.

[1329] LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit privé, op. cit.*, pp. 140-141.

[1330] En dehors du mariage, toutes les autres formes d'unions étaient considérées comme « inférieures ». L'existence de ces unions dites inférieures s'explique par le fait que dans la Rome Antique, les esclaves ne sont pas admis à contracter mariage ; seul les sujets de droit peuvent contracter un véritable mariage, car eux seuls ont accès aux actes juridiques ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 15 ; A. BITKER-PORTEAU, *Des unions inférieures contractées par les esclaves*, Thèse dactylographiée, Paris, 1958.
Face au mariage, un ensemble d'unions dites inférieures sont contractées, telles que le mariage des pérégrins, le mariage des citoyens de cités différentes ou encore le mariage des esclaves appelé *contubernium ;* J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, p. 42.

[1331] L'empereur Constantin est né d'un concubinat et a lui-même pratiqué le concubinat (dont est issu un fils). On retient qu'à partir de Constantin, un homme ne pouvait avoir une épouse et une concubine ; Duc Paul de NOAILLES, *Histoire de Madame de Maintenon et principaux événements du Règne de Louis XIV*, t. I, Comptoir des imprimeurs, 1848, p. 323.
Constantin interdisait aussi de faire des libéralités et des donations en faveur du concubin ou des enfants naturels. Mais, s'agissant de la régularisation par légitimation des enfants nés de mariage subséquent, il octroyait au couple certains avantages ; C. VAN DE WIEL, *La légitimation par mariage subséquent de Constantin à Justinien*, R.I.D.A 25(1978), pp. 307- 350.

n'est pas question d'une évolution des mœurs, mais bien de la résurgence d'un mode d'union correspondant aux aspirations individuelles.

Il n'en demeure pas moins que déjà à l'origine, le mariage représente l'institution par excellence : on peut parler de hiérarchie d'unions. La femme mariée est l'épouse légitime *uxor, mater familias* ou *matrona,* elle seule atteint le même rang social que son époux. Car « *mariage légitime et concubinat étant l'un et l'autre des unions essentiellement consensuelles, la différence entre eux réside dans l'intention des parties. Dans le concubinat on ne rencontre pas l'affectio maritalis (au sens juridique précis de cette expression). Il n'y a pas d'honor matrimonii, d'intention de traiter la femme comme une épouse légitime. Mais mariage et concubinat ont en commun l'élément matériel de l'union, la communauté de vie (et non pas simplement l'union charnelle)* »[1332].

Le concubinat se distingue essentiellement du mariage en raison de l'absence de devoir de fidélité de la femme car ni *uxor*, ni *mater familias,* il ne peut lui être reproché d'avoir failli à ce type d'obligation.

Par ailleurs, la différence fondamentale entre ces deux unions réside dans la rupture. La dissolution du mariage se fait par le *repudium*, alors que la rupture du concubinage n'obéit à aucun formalisme particulier.

Dès le IVe siècle, l'Église commence à s'imposer en tant que religion et la législation canonique se développe à travers des Conciles[1333]. Précisons que ceux-ci permettent l'édification de statuts épiscopaux lesquels définissent les règles de base du catholicisme. Il en résulte que le mariage est la seule union par laquelle la famille catholique se constitue et se pérennise.

Lorsqu'en 380, « *Théodose Ier par l'Édit de Thessalonique, impose « à tous les habitants de l'Empire de suivre la foi romaine », substituant ainsi au principe de la*

[1332] J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, pp. 41-42.
[1333] Du latin *concilium*, un concile est une assemblée d'évêques chargée de prendre, ensemble, des décisions relatives à la foi (concile œcuménique) et à la discipline chrétienne.

liberté religieuse, le régime d'une religion d'État »[1334] ; l'union de fait est de moins en moins encouragée. Subissant l'influence grandissante de l'Église, ce n'est que de manière ponctuelle et disparate que le législateur va intervenir en la matière entre le VIe et le XVIIIe siècle. Il cherche alors à définir les modalités de formation du concubinage et surtout à le contenir afin qu'il ne devienne pas un mode d'union généralisé, la préférence étant laissée au mariage.

b) Du VIe au XVIIIe siècle, le concubinage face à l'Église : une union à contenir

Dans les compilations justiniennes datant du VIe siècle, on retrouve des traces du concubinat. Cette union de fait n'y est pas interdite, mais elle fait l'objet d'une réglementation précise : certaines conditions sont exigées pour sa formation[1335]. Par exemple, les concubins sont nécessairement monogames, ce qui signifie que ni l'un ni l'autre ne doit être dans les liens du mariage. Les mêmes interdits de parenté et d'alliance que pour le mariage s'appliquent[1336], et le concubinat incestueux est interdit[1337].

Entre le VIe et VIIe siècle, le concubinat produit des effets juridiques non négligeables. Ainsi, en matière successorale, la concubine et les enfants disposent de droits, ces derniers pouvant même être légitimés[1338].

Parallèlement au Bas-Empire, le droit romain du mariage est confronté à la morale chrétienne[1339]. L'Église est sévère à l'égard du concubinage et condamne les relations passagères, plus particulièrement le concubinat d'un homme marié. Cependant, elle

[1334] J. GAUDEMET, et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit*., p. 139.
[1335] J. GAUDEMET, *Le mariage en occident*, éd. CERF, 1987, p. 174.
[1336] Digeste 26, 7, 7, 1, 4 ; Novelle 18, 5 ; cité par J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit*., p. 42.
[1337] Digeste 23, 2, 56. Pour être valablement admis, le concubinat suppose que la femme ait plus de 12 ans (*Digeste* 25, 7, 1, 4) ; *Ibidem*.
[1338] Novelle 74, 538 « *les enfants naturels deviennent légitimes* » ; élargissement de la légitimation des enfants naturels ; *Idem*, p. 183.
[1339] J. GAUDEMET, *L'union libre et le mariage dans la Rome impériale*, in *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg, 1992, p. 375. La constitution de 336 (C. Th, 4, 6, 3), où apparaît pour la première fois l'interdiction des libéralités en faveur de la concubine et des enfants naturels, est attribuée à l'influence chrétienne ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 120.

adopte une attitude plus tolérante à l'égard de « *ceux qui ne pouvant conclure un mariage régulier ont une concubine pro uxore (Concile de Tolède de 400)* »[1340].

Au fil des siècles, l'Église réprouve ardemment ceux qui peuvent contracter un mariage mais ne le font pas[1341]. D'une certaine façon, elle contraint les concubins à régulariser leur situation par la conclusion d'un « *mariage conditionnel, jurant de se marier " si, à partir de maintenant, ils ont entre eux des relations sexuelles ". Les concubins devaient donc se séparer, sinon la poursuite de leurs relations réalisait la condition à laquelle était subordonné leur mariage* »[1342]. Donc loin d'être interdit, le concubinage se mue en mariage.

Au IXe siècle, les Conciles de Mayence en 851 et de Tribus en 895, mènent une politique assez rude à l'égard du concubinat[1343]. Le Concile de Latran, en 1215, lutte contre les mariages clandestins sous peine d'excommunication.

Pour autant, le concubinage est tout de même pris en considération par le droit, notamment lors de la rupture. Les juristes médiévaux ont recours à une théorie dite « *la théorie des mariages présumés* » qui permet d'assimiler au mariage certains concubinages. Selon Madame Lefebvre-Teillard, cette théorie « *facilite le maintien de cette pratique dont la femme fait la plupart du temps, les frais, délaissée elle se tourne vers l'official qui assigne le « mari », lequel s'empresse d'avouer les relations charnelles mais nie le plus souvent l'existence de promesses de mariage* »[1344]. En effet, au Moyen-âge le mariage, institution sacramentelle, est entouré d'un ensemble de rites et se célèbre publiquement, alors que le concubinage demeure une union officieuse[1345]. Ici se situe la distinction fondamentale entre d'un côté, le caractère officiel et le public du mariage impliquant des droits et des devoirs ; et de l'autre, le caractère officieux et privé du concubinage, libre de tout désengagement.

[1340] *Idem*, p. 116.
[1341] *Ibidem*.
[1342] J. GAUDEMET, *Le mariage en occident*, *op. cit.*, pp. 173-174.
[1343] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 129.
[1344] *Idem*, p. 145.
[1345] Charlemagne avait onze épouses ou concubines (au total 16 enfants). Son petit fils Lothaire Ier, veuf de l'Impératrice Ermengarde, s'entoure, lui aussi, de concubines ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit*., pp. 122 et 124.

Au XVIe siècle, le Concile de Trente[1346] prévoit des sanctions contre les concubins : l'excommunication et l'exil après trois avertissements[1347]. La législation à leur égard se durcit progressivement. L'article 6 de la déclaration de 1639 ne permet pas au mariage *in extremis* de produire ses effets, dès lors, le concubin ne peut acquérir le statut de conjoint et les enfants issus de leur union ne deviennent pas des enfants légitimes[1348].

Sous l'Ancien Régime, les relations hors mariage, bien que ne bénéficiant pas d'une reconnaissance juridique et publique, sont pourtant connues de tous[1349]. La monarchie combat fermement le concubinage et oblige les concubins à se séparer sous menace de peine sévères[1350]. La morale publique et la religion plus prégnante au sein de la société, pourraient expliquer l'attitude du législateur face à ce type de relation[1351].

En France, « *se situant hors du droit l'union libre bénéficiait de l'ignorance du législateur. Les concubins n'étaient pas frappés de peine, mais leur union de fait ne leur donnait aucun droit. Toutefois le concubinage était tenu pour une débauche dans de nombreuses coutumes, qui frappaient de nullité les libéralités entre concubins* »[1352]. C'est effectivement à travers les libéralités entre concubins que la jurisprudence a tenté de condamner ce type de relation au nom de la morale[1353].

[1346] Face au protestantisme, à travers ce Concile de Trente 1545-1563, l'Église tente de préciser ses fondements et son dogme, ainsi que le contenu de sa foi. Afin de lutter contre les mariages clandestins, il est exigé que les consentements des fiancés soient échangés devant le curé de la paroisse d'un des fiancés ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit*.

[1347] LEVY et CASTALDO, *Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 141.

[1348] Déclaration du 26 novembre 1639 de Louis XIII portant règlement sur l'ordre qui doit être observé à la célébration des mariages et contre ceux qui commettent le crime de rapt ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 174.

[1349] Au XVIIe siècle, Le frère de Louis XIV, Philippe de France, Duc d'Orléans est un homme à la coquetterie féminine. Marié à la Princesse de Palatine, il n'en demeure pas moins attiré par la gente masculine qu'il n'hésite pas à couvrir de présents somptueux tels que des bijoux. Le Roi lui-même a des maîtresses qu'on nomme des favorites, telle que Madame de Montespan. Elles n'ont pas les mêmes égards que la Reine, cependant elles occupent une position connue de toute la Cour. Le Roi va intervenir juridiquement par exemple en les anoblissant ou en légitimant les enfants issus de ses œuvres. Ces enfants sont de sang royal, dit « sang bleu ». Cette expression proviendrait en fait de l'Espagne médiévale, où les rois passaient le plus clair de leur temps assis sur leur trône, il en résultait une mauvaise circulation sanguine, d'où la couleur bleue de leur sang.
Jean-Christian PETITFILS, *Madame de Montespan*, éd. Fayard, 1988. Simone BERTIERE, *Les Femmes du Roi-Soleil*, éd. de Fallois, 1998. Antonia FRASER, *Les Femmes dans la vie de Louis XIV*, éd. Flammarion, 2007.

[1350] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 174.

[1351] J. GAUDEMET, *Le mariage en occident, op. cit.*, p. 348.

[1352] *Idem.*, p. 394.

[1353] Mais la jurisprudence déclare nulles les donations « *ayant pour objet la formation ou la poursuite de relations immorales* » ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 222.

Ainsi entre le VIe et XVIIIe siècle, le concubinage a fait l'objet d'une réglementation impériale, ecclésiale et royale relativement souple. Cependant, si un intérêt a pu être porté au couple pendant la vie commune, ce n'est que de manière très exceptionnelle que la rupture a pu intéresser le législateur. S'agissant d'une union de fait, le droit français n'a pu que l'ignorer jusque-là.

Ce n'est qu'à partir du XIXe siècle que les concubins vont passer de la déconsidération sociale à la protection juridique. La rupture, notamment unilatérale, est enfin prise en considération par le juge et législateur en raison de son caractère abusif.

2°. Les XIXe- XXe siècles : de la déconsidération sociale à la protection juridique

À la fin de l'Ancien Régime au XVIIIe siècle, la politique répressive à l'égard des concubins s'atténue progressivement[1354]. Il n'en demeure pas moins que les sentiments au sein du concubinage sont considérés de façon assez péjorative. En 1784, le Répertoire Guyot précise que « *les lois, qui veillent sur le bonheur des citoyens, s'empressent-elles d'anéantir les personnes qui sont dans les chaînes de cette passion. Elles les regardent comme l'ouvrage de la débauche, et comme des monuments honteux d'un amour criminel* »[1355]. Le concubinage n'est pas une bonne chose, même s'il résulte d'un choix des concubins, ces derniers n'ont que leur amour. La société désapprouve cette relation dénuée de raison, emportée par la passion amoureuse et qualifiée de criminelle.

Les nombreux apports des philosophes des *Lumières,* critiquant la religion comme étant une soumission de l'esprit, et de la Révolution française ont fortement contribué à encourager la liberté individuelle. De ce fait, le concubinage est perçu comme une relation où se conjugue à la fois, la liberté de choisir son partenaire, mais également la liberté de pouvoir rompre une relation dès lors que le sentiment amoureux disparaît.

[1354] Le concubinage était alors réprouvé tant par le droit canonique que par le droit laïc ; Louis-Augustin BARRIERE, « *Penser le(s) concubinage(s), la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 144.

[1355] Répertoire Guyot de 1784 au mot concubinage n° I, cité par L. BOYER, « *Les concubinages et les concubinats du Code d'Hammourabi jusqu'à la fin du XIXe siècle* », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, approche sociojuridique*, t. I, éd. CNRS, 1986, p. 143.

Or jusque-là, il n'était pas permis de mettre fin au mariage aussi aisément. On assiste en réalité à un retour aux sources antiques. En 1789, le divorce pour incompatibilité d'humeur constituait une réaction à la rigidité dans laquelle était enfermé le couple conjugal, comme nous avons pu l'examiner dans les développements relatifs à l'Histoire du divorce en France[1356].

Cependant suite à cette période de chaos, de Terreur et de libertinage, le droit est, de nouveau, intervenu dans la famille où le mariage est considéré comme le seul et unique mode d'union valable. Dès lors, le Code civil de 1804 a purement et simplement refusé toute existence juridique au concubinage (a). Puis, au XXe siècle, on voit apparaître les prémices d'une véritable protection juridique du concubinage (b).

a) Le Code civil de 1804 : le concubinage déconsidéré

En 1804, le Code civil sécularise le mariage, seule institution légalement reconnue. L'alliance informelle entre deux personnes n'est pas prise en compte par le droit, le concubinage est plus subi que voulu.

Napoléon a très clairement affirmé que : « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* »[1357]. Le droit fait preuve d'ignorance à l'égard du concubinage. C'est une façon de nier l'existence des concubins[1358] et de leurs enfants[1359]. Il faut également préciser qu'il est question de renforcer l'institution familiale. Or ce type de

[1356] Voir Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II de la présente étude.
[1357] MALAURIE et FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, Coll. Droit civil, 3e éd. Defrénois, 2009, p. 156.
[1358] Cependant, l'article 230 du Code civil de 1804, précisait que l'épouse pouvait « *demander le divorce pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il avait tenu sa concubine dans la maison commune* ». C'était par ailleurs, l'unique disposition du code qui évoquait le concubinage. Cet article a été supprimé à l'occasion de la loi de 1884 sur le divorce; L.-A. BARRIERE, « *Penser le(s) concubinage(s), la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil* », *op. cit.*, pp. 148-149.
[1359] En 1804, le Code civil se montre assez rude à l'égard des enfants nés hors mariage ; l'action en recherche de paternité est interdite expressément à l'article 340 du Code civil. En matière d'aliment, si le père refuse de reconnaître l'enfant par acte authentique, comme le prévoit l'article 334 du Code civil, non seulement la filiation paternelle de l'enfant ne peut être établie, mais encore l'enfant ne peut pas lui réclamer une pension alimentaire. C'est la jurisprudence qui va tenter d'y remédier ; Grégoire BIGOT, « *La jurisprudence au secours de l'alimentation des enfants illégitimes au XIXe siècle* », in *Ordre et désordre dans les familles*, Christiane PLESSIX-BUISSET (dir.), *Études d'Histoire du droit*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 125.

relation vise précisément à fragiliser le mariage notamment en raison de l'absence d'engagement formel et public.

Ce n'est que de manière très ponctuelle que le législateur a été contraint, par la force des choses, d'intervenir dans les relations entre concubins, en particulier en ce qui concerne les conséquences de la rupture à l'égard des enfants naturels. En effet, face à la multiplication des liaisons hors mariage, le Code civil va admettre la possibilité de reconnaître les enfants qui sont issus du concubinage. Il n'en demeure pas moins que la situation de ces derniers reste bien inférieure à celle des enfants légitimes[1360]. Par ailleurs, le juge est aussi amené à se prononcer en matière de donations. Le caractère immoral de celles-ci l'incite même parfois à les annuler[1361].

Mais fondamentalement, le droit se soucie très peu des conséquences de la rupture unilatérale. C'est un phénomène tout à fait admis sans qu'aucun recours ne soit possible car l'union de fait n'est pas l'union de droit.

Néanmoins, à la fin du XIXe siècle, les ruptures unilatérales répétées et abusives du concubinage seront à l'origine d'interventions jurisprudentielles et législatives disparates. Le but étant d'apporter un minimum de protection au concubin délaissé.

b) Le XXe siècle : les prémices d'une véritable protection juridique du concubinage

La société industrielle du XIXe siècle contribue à développer de façon importante le concubinage dans les milieux ouvriers[1362]. L'urbanisation aidant, on assiste à une évolution des mœurs[1363]. Le droit ne peut plus condamner aussi

[1360] P. PETOT, *La famille*, Coll. Histoire, éd. Loysel, 1992, pp. 471-478.
[1361] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 174.
[1362] Michel FREY, *Du mariage et du concubinage dans les classes populaires à Paris* (1846-1847), *in* Annales, ESC, 1978, pp. 803 et suiv. Anne Lefebvre-Teillard, considère que l'on a peut-être exagéré le concubinage ouvrier au XIXe siècle afin de voir un allégement des formalités du mariage ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 215.
De même que J. Poumarède, qui relève qu'au : « *XIXe siècle, le concubinage fut une réalité marginale mais présente et en progression constante dans toutes les couches de la société, et pas simplement dans la classe ouvrière, contrairement à une idée entretenue par les ligues de vertu* » ; J. POUMAREDE, « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in* C. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 67.
[1363] M.-T. MEULDERS-KLEIN, « *Mariage et concubinages ou le sens et contresens de l'histoire* », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages dans le monde*, CNRS 1990, p. 263.

fermement le concubinage. Dès 1870, la jurisprudence valide les donations faites à l'égard d'un concubin lorsque celles-ci ont pour objet la rupture de la relation[1364].

La tendance est à l'assimilation des statuts de couples : le couple de fait obtient des avantages qui, en principe, ne sont dévolus qu'aux seuls couples mariés. En 1903, est publié un *Code de l'Union libre* dont l'auteur est un avocat, Maître Rouet. Ce dernier présente les divers aspects pratiques et juridiques de la vie en concubinage, tout en soulevant les différents problèmes auxquels pouvaient conduire l'union de fait. Il va même plus loin en proposant « *des contrats d'union libre* » afin de permettre aux concubins de mieux gérer leur vie commune[1365]. Cela n'est pas sans rappeler notre contrat actuel qu'est le pacte civil de solidarité.

Au début du XXe siècle, « l'union libre » constituait déjà un sujet d'étude et de recherche[1366]. Il n'est plus question de l'ignorer, ni même de la promouvoir, mais simplement de lui reconnaître une réalité juridique. Ainsi, la loi du 16 novembre 1912 permet, en cas de concubinage notoire, la reconnaissance judiciaire de paternité[1367]. L'objectif étant que le père assume ses responsabilités. De même, en 1914, face à la mobilisation dans les armées, le gouvernement français accorde « *à titre exceptionnel* » l'allocation d'aides financières aux personnes « *sans lien de droit* » avec les militaires appelés à servir la nation[1368]. Il incombait simplement à la femme

[1364] Mais elle déclare nulles les donations « *ayant pour objet la formation ou la poursuite de relations immorales* » ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, p. 222.

[1365] Code de l'Union libre (1re éd. 1903, Librairie de droit usuel pratique ; cité par L.-A. BARRIERE, « *Penser le(s) concubinage(s), la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil* », *op. cit.*, pp. 162-163.

[1366] Diverses thèses sont soutenues au début du XIXe siècle, dont celle d'Adrien PEYTEL, *L'union libre devant la loi*, thèse, Paris, 1905 ; celle de J. REGARD DE VILLENEUVE, *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, thèse, Lyon, 1910 ; ou encore celle d'André BOYER, *Les conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, thèse, Montpellier, 1908.

La thèse d'A. Peytel mettait en avant l'attrait de l'union libre en raison des conditions strictes du mariage. L'évolution du droit n'a pas, à son sens, suivie l'évolution des mœurs. Il préconisait l'égalité au sein du couple, l'éducation des filles avec un libre choix de leur conjoint. Mais, il réprouvait le divorce par la volonté d'un seul époux.

J. Regard de Villeneuve, pour sa part, affirmait que l'avènement de l'union libre était inévitable et qu'en ce sens il était préférable de l'aménager plutôt que de la sanctionner.

La thèse, présentée par A. Boyer, s'intéressait principalement au concubinage ouvrier. Il relevait une idée dominante de l'époque, celle d'un droit au bonheur, justifiant le rejet du mariage. Il préconisait un « contrat de ménage » dans le dessein de protéger les intérêts des tiers et de la concubine en cas de rupture brutale.

[1367] Il ne s'agissait pas d'une action en recherche de paternité naturelle, laquelle était interdite depuis le Code civil de 1804 (article 340).

[1368] La circulaire du 28 août 1914, prise en application de la loi du 5 août 1914 sur les allocations et majoration dues aux femmes nécessiteuses dont le soutien est sous les drapeaux, prévoit un système d'allocations aux familles de militaires dans le besoin ; cette aide concerne aussi les personnes vivant en union libre ; Loi du 5 août 1914

de prouver que le couple vivait ensemble et qu'elle était à la charge du militaire. Le texte précise que le concubinage doit résulter d'une vie de couple « *dans des conditions de moralités suffisantes* »[1369]. Il faut ici comprendre que le concubinage ne doit pas résulter d'une situation d'adultère entre les concubins.

Une législation favorable au concubinage se développe aussi bien à l'égard des enfants que de la concubine[1370]. La prise en compte de cette union de fait par le droit semble représenter le reflet de l'affaiblissement des valeurs morales et religieuses[1371], et en même temps, le besoin de répondre à un impératif de société.

Cependant, ce n'est qu'au XXe siècle que certains avantages vont véritablement être concédés aux concubins. Ne pouvant continuer à ignorer le concubinage plus longtemps[1372], le juge, puis le législateur, ont dû réagir plus généralement en cette matière. L'État providence doit intervenir pour un équilibre harmonieux au sein de la société. À cette occasion, la doctrine n'a pas hésité à parler d' « *avènement du concubinat* » [1373], afin de marquer un retour en arrière.

Néanmoins, au début des années 1960, les deux tiers de la population française sont opposés au concubinage[1374]. Mai 1968 et la libéralisation des mœurs aidant, la fin de

---

« familles nécessiteuses », *JORF* du 06 août 1914 page 7127.
J. POUMAREDE, « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in* Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 68.

[1369] Cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit*., p. 223.

[1370] La loi du 7 avril 1917 relative à la légitimation des enfants nés hors mariage dont le père mobilisé est décédé depuis le 4 août 1914 ; la loi du 9 mars 1918 relative aux modifications apportées aux baux à loyers par la guerre permet à la concubine survivante de se maintenir dans le logement du couple; la loi du 29 décembre 1918 sur les pécules ; la loi du 1er avril 1926 sur les loyers (prorogation de bail); SAVATIER, *Le droit, L'amour, la liberté*, LGDJ 1937, p. 110 (2e éd. 1963); L.-A. BARRIERE, « *Penser le(s) concubinage(s), la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil* », *op. cit*., pp. 168-169.

[1371] Au début du XXe siècle, régnait en France un fort climat anti-clérical qui abouti notamment à l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 relative la séparation des Églises et de l'État ; JO. du 11 décembre. ; Recueil Général des Lois et des Arrêts 1906, p. 182, Partie Législative. P. VALDRINI, J.-P. DURAND, O. ECHAPPE, J. VERNAY, *Droit canonique*, 2e éd., Précis Dalloz, 1998, p. 516.

[1372] Paul ESMEIN, « *Le problème de l'union libre* », *RTD Civ*. 1935, pp. 745-785.

[1373] L. JOSSERAND, « *L'avènement du concubinat* », *D.H.* 1932, Chron. p. 45. L'auteur rappelle que le concubinat romain était une union de deux personnes de conditions inégales, qui ne pouvaient pas se marier ou qui ne le voulaient pas tout simplement. Il effectue un parallèle avec le concubinage du XXe siècle. Il expose que le concubinage est redevenu le concubinat de par son institutionnalisation. Il explique que le législateur et le juge ont accordés des droits aux concubins (action en recherche de paternité, théorie du mandat domestique ou du mandat apparent, législation sur les baux…). Contre la montée de l'union libre, L. Josserand préconisait alors de freiner efficacement le concubinage en ne faisant produire que des effets négatifs pour les couples de faits ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1930 (3e éd. 1938).

[1374] L.-A. BARRIERE, « *Penser le(s) concubinage(s), la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil* »,

cette décennie est plutôt marquée par un regain de l'union libre, laquelle se généralise. En effet, statistiquement, en 1968 il y avait 314 000 couples non-mariés et à la fin des années 1990, ils sont 2,4 millions[1375].

Cette relation de fait est définitivement ancrée dans la société : « *nous ne reviendrons pas en arrière* »[1376]. Le mariage n'est plus la seule union par laquelle se fonde une famille.

Aujourd'hui, la morale (phénomène collectif) a laissé place à la volonté individuelle[1377], laquelle ne serait plus néfaste à l'institution familiale[1378]. Or le concubinage ne se réduit pas au couple, c'est aussi une cellule familiale : des enfants peuvent être issus de la relation. « *Traits d'union* »[1379], ces derniers constituent le ciment majeur de la famille. En 2004, 46,4% des naissances ont eu lieu hors mariage en France (métropolitaine), contre 8,5% en 1974[1380]. En 2007, les naissances hors mariage sont majoritaires, et elles atteignent 51,7% (contre 50,5% en 2006)[1381]. Cette tendance se confirme en 2009 avec près de 53, 7%[1382].
Face à cette réalité sociale, le législateur et surtout le juge[1383], ont progressivement aligné les règles du mariage sur celle du concubinage à l'égard des enfants. C'est

---

op. cit., p. 179.
[1375] *Insee Première*, janvier 1999.
[1376] Jean-Claude ROEHRIG, « *La famille du troisième millénaire* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 316.
[1377] La Cour de cassation a clairement affirmé dans un arrêt de principe que : « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec sa concubine* » ; Cass. 1re Civ., 3 février 1999, *Bull. Civ*. I. 1999, n° 43 ; *JCP* 1999. II. 10 083, comm. M. BILLAU et G. LOISEAU ; *JCP* 1999. I. 152 chron. L. LEVENEUR ; *D.* 1999, 267, note J.-P. LANGLADE-O'SUGRHUE ; *Dr. Famille* 1999, comm. n° 54, obs. B. BEIGNIER.
[1378] « *Dans les années 1980, on a voulu simplifier le droit de la famille au nom de la liberté individuelle et de l'égalité dans le couple. On a cultivé le désengagement de l'État dans la politique familiale. On n'a pas voulu défendre que le couple était la base de la famille. On récolte aujourd'hui les fruits de cette politique qui paraît tout à coup bien égoïste et qui ne faisait qu'élever les uns contre les autres, en parlant des droits que la femme exerce contre son mari, et de ceux que l'enfant exerce contre ses parents. C'est ainsi que la famille a éclaté* » ; X. LABBEE « *Et si le PACS restaurait l'esclavage ?* », *JCP* G., n° 17, 23 avril 2008, p. 4.
Depuis 2004, la Cour de cassation admet la validité d'une donation faite à l'égard de la concubine adultère ; Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004, *Defrénois* 2005, p. 1045.
[1379] J. CARBONNIER , *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd. LGDJ, 2001.
[1380] INSEE Première, n° 1105, oct. 2006, cité par J. HAUSER, *RTD Civ*. 2007. 324.
[1381] Statistiques d'état civil sur les naissances en 2007, INSEE Résultats n° 85.
[1382] INSEE, résultats n° 100, juillet 2010, *Dr. Famille* 2010, n° 10, p. 8.
[1383] Une jurisprudence favorable à la concubine et à l'enfant naturel se développe après la seconde guerre mondiale. Il s'agissait surtout de reconnaître des droits non seulement à la concubine lorsque le mariage était prévu, mais aussi à l'enfant qui a fait l'objet d'une reconnaissance paternelle.

effectivement la présence de ces derniers qui permet un rapprochement certain du concubinage avec le mariage. Famille naturelle et légitime sont assimilées[1384] et bénéficient des mêmes avantages sociaux, notamment au niveau des prestations familiales[1385] et en matière de succession[1386]. Peu importe le statut des parents : mariés, concubins ou pacsés ; seul est envisagé « *l'intérêt supérieur de l'enfant* »[1387].

Lorsque les concubins sont parents, ils sont nécessairement soumis à des règles, lesquelles régissent malgré eux leur relation de famille (et non leur relation de couple).

De nos jours, le concubinage est un mode d'union choisi par le couple qui dispose d'un libre choix entre le mariage, le PACS et le concubinage. Depuis 1999[1388], juridiquement, le concubinage se définit par le caractère stable et durable de la relation. On ne peut que s'interroger sur cette définition : pourquoi le législateur de 1999 s'est-il senti obligé de définir le concubinage sans pour autant le doter d'un régime juridique spécifique ? Faut-il supposer que le fait même que le législateur définisse le concubinage emporte création d'un statut juridique ?

Si le concubinage peut, à certains égards, représenter les aspirations de liberté individuelle de chacun, néanmoins une question se pose : pourquoi accorder un intérêt

---

Ainsi, un enfant ayant été reconnu par son père et dont le mariage des parents n'a pu avoir lieu en raison du décès du père (mariage programmé dans les six jours), la Cour de cassation a retenue que : « *c'est à bon droit que, pour accueillir la demande en réparations civiles d'une concubine à la suite du décès de son concubin, provoqué par un homicide involontaire, un arrêt énonce que la demanderesse était non seulement la concubine de la victime, mais aussi la mère d'un enfant naturel reconnu par lui, qu'elle devait épouser la victime à une date se situant six jours après l'accident, les publications étant affichées en mairie, et que cette union paraissait d'autant plus inévitable que la femme était enceinte de huit mois d'un second enfant* »; Cass. Crim., 16 décembre 1954, *JCP* 1955. 2. 8505. De même en 1959, la Cour de cassation a accordé des droits aux enfants ayant été reconnu par le *de cujus* ; Cass. Crim., 24 février 1959, *JCP* 1959. 2. 11095, note PIERSON.

[1384] Déjà par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, le législateur avait affirmé que : « *l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports aves ses père et mère* », (ancien article 334 du Code civil) ; H. MAZEAUD, « *Une famille dans le vent, la famille hors mariage, le projet de loi relatif à la filiation* », *D. S* 1971, chron. p. 99.
En matière de filiation, l'ordonnance du 4 juillet 2005 va jusqu'à supprimer la distinction entre enfants naturels et légitimes : la prééminence de la filiation légitime a disparu.

[1385] Articles R. 513-1 ; R. 513-2 et R. 521-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

[1386] CEDH, 1er février 2000, demande n° 34406/97, 1077, arrêt *Mazurek* ; *D.* 2000. 332, note J. THIERRY ; *JCP* 2000. II. 10 286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE. Cet arrêt affirme le droit pour l'enfant adultérin de recueillir dans la succession de son auteur une part égale à celle de l'enfant légitime ou naturel.

[1387] Article 373-2-6 du Code civil. Félicité MBALA MBALA, « *Divorce pour faute et autorité parentale* », *AJFamille* 2011. 89.

[1388] Loi du 15 novembre1999, n° 99-944, JO. du 16 novembre1999, p. 16959.

à ce couple de concubins alors même que ces derniers préfèrent rester à l'écart du droit ? C'est essentiellement à cause de la rupture unilatérale que le droit a été contraint de réagir : pourquoi le législateur n'a t-il pas inséré une disposition spécifique relative à la rupture du concubinage en dehors du droit commun de la responsabilité (de l'article 1382 du Code civil) ?

Dans la mesure où il s'agit d'une union qui existe et dont le nombre ne cesse d'augmenter, pourquoi un seul article lui est consacré dans le Code civil ?

B. – 1999 : Une définition légale du concubinage, une disposition unique dans le Code civil

À l'occasion de la loi relative au pacte civil de solidarité, le législateur s'est penché sur la notion même de concubinage. Mais, à l'origine, il n'était pas question de la faire figurer dans la loi[1389], c'est après avoir rejeté le projet de loi initial que le Sénat a proposé de définir cette relation de fait[1390]. Précisons que ce n'est que depuis 1999 que nous disposons d'une définition légale du concubinage qui permet de situer juridiquement ce type d'union.

En effet, le législateur a retenu à l'article 515-8 du Code civil que : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune représentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes*[1391]*, de sexe différent ou de même sexe*[1392]*, qui vivent en couple* ».

[1389] Loi du 15 novembre 1999, n° 99-944, JO. du 16 novembre 1999, p. 16959.

[1390] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille, op. cit.*, p. 160.

[1391] Cela limite le nombre de personnes à deux. Mais cela n'empêche pas les concubins de mener une double vie : il n'y a pas d'exclusivité affirmée dans le concubinage. Antérieurement à la loi du 15 novembre 1999, une jurisprudence des juges du fond avait considéré que : « *la cohabitation d'un homme et d'une femme, qui sont d'accord pour que chacun ait, en même temps, les maîtresses et les amants qui lui plaisent, n'est jamais, même si elle dure un certain temps, qu'une aventure et ne peut être considérée comme un concubinage ayant une certaine stabilité,* ***ce genre d'existence menée de cette façon contenant, en lui-même, le germe de sa rupture puisqu'à tout moment, l'un quelconque des individus du couple, peut quitter l'autre pour s'attacher à un partenaire de rencontre*** » ; CA Montpellier, 08 juin 1982, *D.* 1983. 607, note O. DHAVERNAS.

[1392] Cela distingue fondamentalement le concubinage du mariage, et le rapproche du PACS. Or, jusque là, la Cour de cassation condamnait fermement le concubinage homosexuel.
Effectivement, elle considérait que suivant le règlement d'Air France, « *des facilités de transport sur les lignes de la compagnies sont accordées aux agents et aux membres de leur famille, la cour d'appel a justement décidé que*

Le début de la relation de concubinage est purement informel, car il se concrétise par la mise en ménage du couple. Cela suppose qu'aucune formalité particulière n'est exigée pour former un couple de concubins.

Contrairement au mariage et au PACS, aucun formalisme n'est imposé quant à sa conclusion. Il *« a une existence factuelle et morale »*[1393]. Il n'y a pas de célébration officielle devant une autorité administrative ou judiciaire, pas de contraintes, pas d'engagement marital... Par ailleurs, les concubins n'ont signé ni devant le maire, ni devant le greffier. S'ils ont signé un contrat de concubinage, cet acte n'en reste pas moins un acte privé sur lequel nous reviendrons ci-après. La liberté est totale quant à la formation du concubinage.

Toutefois, aucune précision n'est donnée par le législateur quant à sa dissolution. Faudrait-il en déduire que le droit se désintéresse de la rupture du concubinage ?

En conséquence, il importe de se demander si cette définition légale est suffisante au regard du régime juridique du concubinage ? Pourquoi définir sans préciser davantage les modalités « *de la vie commune* » et surtout sans évoquer la rupture ?
Dès lors, il semble particulièrement étrange de caractériser le concubinage à travers la notion de « *vie commune* » (1°), ayant le *«caractère de stabilité et de continuité »* (2°).

1°. La *« vie commune »* des concubins

L'article 515-8 du Code civil évoque les expressions de « *vie commune* » et « *vie en couple* ». Cela implique t-il ou induit-il des droits et des obligations ?

---

le § 2411 de cette règlementation qui étend le bénéfice de ladite mesure au ***« conjoint en union libre »*** *doit être compris comme ayant entendu avantager deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* ». Dans un second arrêt, la Cour affirme qu'en : « *se référant dans l'article 13 de la loi du 2 janvier 1978 à la notion de vie maritale, le législateur a, par là même, entendu limiter les effets de droit, au regard des assurances maladies et maternité à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de* ***vivre comme des époux****, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* » ; Cass. Soc., 11 juillet 1989 (2 arrêts), *D.* 1990. 582, note Ph. MALAURIE.
Par ailleurs, en 1997, la troisième Chambre civile avait jugé que : « *le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* » ; Cass. 1re Civ., 17 décembre 1997, *D.* 1998, 111 ; *JCP* G 1998. II. 10093, note A. DJIGO. La loi relative au PACS a mis fin à cette jurisprudence.

[1393] G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 87.

Á l'image de ce qui existe pour le mariage[1394], le concubinage suppose une communauté de toit, de lit et de vie. Il est question de vie à deux, et non à trois. Le concubinage, du latin *cum cubare* signifie coucher ensemble ; la dimension sexuelle et affective étant essentielle dans ce type d'union. Le couple partage nécessaire une « couche » commune, ce qui les distingue de simples colocataires[1395]. Comme le font remarquer à juste titre Messieurs Malaurie et Fulchiron la relation n'est pas simplement « *une volonté, elle est aussi une consommation* »[1396].

Si par le passé, l'existence de relations sexuelles permettait à elle seule de caractériser le concubinage[1397], aujourd'hui ce n'est plus le cas.

Le concubinage impliquerait bien plus qu'une simple cohabitation sexuelle selon Les Sages. En effet, le Conseil constitutionnel avait précisé que la relation des concubins « *ne recouvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes, la vie commune mentionnée par la loi déférée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple* »[1398].

Pour autant, en dehors de cette caractéristique sexuelle, légalement la relation est laissée à l'entière liberté des concubins.
Par exemple, dans le concubinage, la fidélité n'est pas un devoir : l'un et l'autre sont parfaitement libres d'entretenir des relations sexuelles avec un tiers, sans pour autant s'exposer à une quelconque sanction juridique. Ils ne sont pas soumis aux dispositions des articles 212 et 226 du Code civil car leur vie est gouvernée par le principe de la

[1394] Dans le concubinage, l'appréciation de la communauté de vie est assez souple par rapport au mariage ; C. VILLENEUVE-GOPALX, « *Vivre en couple chacun chez soi* », *Population*, 1996, p. 106.
[1395] Selon Irène Théry, la sexualité permet de distinguer les couples des simples comparses. Elle se demande : « *pourquoi savons-nous très bien reconnaître que deux étudiants, un frère et sa sœur, ou deux vieilles dames qui cohabitent ne sont pas un couple ? Non parce que nous aurions mis des espions dans leur lit, mais parce que la sexualité ne participe pas de la symbolique du lien qui les définit socialement. A l'inverse, nous savons très bien percevoir pourquoi un couple qui n'a quasiment plus, voire plus du tout de relations sexuelles, est quand même un couple : parce que la sexualité participe à la symbolique de son lien* ». ; I. THERY, « *Le contrat d'union social en question* », *Esprit*, octobre 1997, p. 174.
[1396] P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille, op. cit.*, p. 160.
[1397] Josserand affirmait que l'existence de relations sexuelles représentait l'élément prépondérant du concubinage. Par exemple, l'ancien article 340-4° du Code civil sur les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité, (et du délai aussi) l'existence de relations sexuelles suffisait pour caractériser le concubinage ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1930 (3e éd. 1938).
[1398]Cons.const., Décision n° 99-419 du 9 novembre 1999, JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.

liberté individuelle. Les concubins ne sont tenus à aucune obligation d'ordre personnel.

En matière de concubinage, l'engagement reste exclusivement moral. Cette notion de vie commune n'a donc que l'apparence du mariage. Il n'en demeure pas moins que, le législateur n'hésite pas à présenter le concubinage comme une relation « *ayant un caractère de stabilité et de continuité* ».

On ne peut que s'interroger sur le caractère stable et continu d'une telle relation ?

2°. Une relation de couple ayant *«un caractère de stabilité et de continuité »*

En 1935, la jurisprudence qualifiait le concubinage de « *situation, essentiellement précaire et instable* »[1399]. Paradoxalement en 1999, le législateur considère l'inverse, c'est-à-dire que le concubinage est une relation plus honorable, stable et continue.

La stabilité et la continuité impliquent que la relation de concubinage doit être de notoriété publique. Cela exclut les relations épisodiques et éphémères : la concubine n'est pas la maîtresse. Il est nécessaire qu'il n'y ait aucun doute aux yeux des tiers sur la nature de la relation. C'est en se fondant sur le caractère de stabilité que les juges ont permis à une concubine d'organiser les obsèques de son concubin dont elle connaissait la volonté[1400].

En 1999, le Conseil constitutionnel a précisé que : « *pour le surplus, la définition des éléments constitutifs du concubinage reprend celle donnée par la jurisprudence* »[1401]. Or, étrangement, l'article 515-8 du Code civil ne reprend pas le caractère « *notoire du concubinage* » fréquemment énoncé dans la jurisprudence[1402] alors même que certains textes continuent de l'exiger[1403].

[1399] Cass. 1re Civ., 9 juillet 1935, *DH* 1935, 444.
[1400] CA Douai, 7 juillet 1998, *JCP* 1998. II. 10173, note X. LABBEE.
[1401] Cons.constit, Décision n° 99-419 du 9 novembre 1999, JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.
[1402] Dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, l'ancien article 238 du Code civil prévoyait comme motif de suppression de la pension alimentaire, versée au titre du devoir de secours, le concubinage notoire du

Ces critères de stabilité et de continuité sont présentés comme étant déterminants, mais il semble particulièrement difficile d'apprécier le degré de stabilité et de continuité au sein d'une telle relation. En effet, face à ces exigences textuelles, la rupture semble se caractériser, quant à elle, par une très grande latitude. Car les concubins sont libres l'un et l'autre de mettre un terme à leur relation sans avoir à respecter ni procédure, ni motif légitime.

Ils ont le droit de rompre de façon unilatérale et discrétionnaire. N'est-ce pas ce qui définit la répudiation musulmane ? Dans la mesure où le législateur n'a prévu aucune formalité lors de la dissolution du concubinage, ne pourrait-on pas songer à une « répudiation informelle » ?

Section II. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage : une « répudiation informelle »

Le concubinage est une situation de fait, qui contrairement au mariage et au PACS, n'est soumise à aucun statut : les concubins disposent de la faculté de ne pas contracter[1404] et de ne pas faire entrer le droit dans leur vie.

---

créancier d'aliments. La jurisprudence a également considéré que la preuve de l'existence d'un concubinage notoire justifiait selon le droit en vigueur la suppression d'une pension alimentaire après divorce, CA Versailles, 7 mai 1998, *RTD Civ*. 1999, 823, obs. J. HAUSER.

[1403] Une condition de notoriété est exigée par exemple, en matière de droit au logement (Loi du 6 juillet 1989 n° 89-642, tendant à améliorer les rapports locatifs, JO. du 8 juillet 1989, p. 854, article 14 et 15).
Il en est de même en matière pénale pour les bénéficiaires de l'immunité pour non-dénonciation de crime, l'article 434-1 du Code pénal prévoit que : « *le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.*
Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans :
1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ;
2°Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou ***la personne qui vit notoirement en situation maritale*** *avec lui. (…)* ».
Par ailleurs, en matière fiscale, pour le calcul de l'impôt de solidarité sur la fortune, il est aussi question de concubinage notoire ; l'article 885-E alinéa 2 du Code Général des Impôts indique que : « *dans le cas de concubinage notoire, l'assiette de l'impôt est constituée par la valeur nette, au 1er janvier de l'année, de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables appartenant à l'un et l'autre concubins et aux enfants mineurs mentionnés au premier alinéa* ».

[1404] « *La souveraineté de la volonté signifie, d'abord, que l'on n'est jamais obligé de contracter : il n'y a contrat*

De même, sa dissolution ne requiert aucune procédure particulière.

Aucun cadre légal ne vient réglementer la désunion, l'un et l'autre peut user de cette liberté de rompre, que la rupture soit conjointe ou unilatérale. Il s'agit d'un véritable droit discrétionnaire : nulle explication, nulle raison valable ne doit être invoquée.

Est-il alors possible de dire que « *le concubinage s'accommode de la répudiation* »[1405]? Le concubin, par son départ brutal et sans explication, n'agirait-il pas comme l'époux ou le partenaire « répudiant » ?

Il est certain que la rupture unilatérale du concubinage est l'expression d'une liberté (A). Néanmoins, le droit y apporte tout de même quelques atténuations (B).

A. – La rupture unilatérale du concubinage : l'expression d'une liberté choisie, voulue et subie

La reconnaissance publique de la relation de concubinage n'est plus considérée comme une nécessité par le couple de concubins : alors que le mariage, et d'une certaine façon le PACS, constituent un engagement envers la société, le concubinage se réduit à un engagement envers l'autre. Cette volonté de rester hors du droit pourrait manifester l'expression du couple de ne pas être considéré comme une entité aux yeux de la société, et cela afin de rester en dehors de tout contrôle normatif[1406].

---

que si les parties l'ont voulu. C'est le principe de la liberté contractuelle. On peut conclure un contrat comme on peut refuser de conclure un contrat. C'est l'expression la plus abrupte et la plus simple du principe de l'autonomie de la volonté » ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, 4e éd., Économica, 1998, n° 114, p. 104.

[1405] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, coll. Droit civil, 3e éd., Defrénois, 2009, pp. 167-168.

[1406] Pour autant, l'administration prend en considération cette situation de fait et prévoit une case spécifique pour les concubins dans les formulaires administratifs : déclaration d'impôt, sécurité sociale, Caisse d'allocations familiales (ce qui peut générer une réduction des prestations sociales), dossier inscription scolaire, titre de séjour….et bien d'autres.
Généralement, le formulaire pose la question suivante : « Quelle est votre situation ? ». Il faut alors nécessairement cocher l'une des cases suivantes : « □ célibataire □ marié □ pacsé □ concubinage ». Certaines administrations demandent aussi de signaler le changement de situation en cas de rupture, il faut préciser « depuis quand ? ». Cela permet certes, à certaines administrations d'évaluer des droits, mais ces indications identifient la personne et son statut au regard de la société.

Les concubins, en voulant éviter toutes les contraintes du mariage ou du PACS, ont fait le choix de ne pas se marier et de ne pas se pacser. Parce que le mariage est une union de droit, il est soumis à un régime juridique très particulier où les époux ont des droits et des devoirs réciproques. Sa dissolution unilatérale est obligatoirement judiciaire[1407]. Pour ce qui est du PACS, un régime primaire régit la vie des partenaires et la rupture unilatérale obéit à un léger formalisme[1408].

Le concubinage, quant à lui, ne contraint pas le couple à se soumettre à un quelconque statut juridique : ils ont choisi de ne pas s'engager formellement. En conséquence, « *l'union libre implique rupture libre* »[1409]. Les concubins sont alors libres de s'unir et de se désunir sans formalités, sans contrainte et sans sanctions juridiques. C'est une façon de nier la réalité juridique de cette relation de fait car la rupture est bien réelle. D'autant qu'elle engendre des conséquences juridiques importantes tant sur le plan personnel que patrimonial.

Aussi, la dissolution unilatérale du concubinage voulue par l'un est également subie par l'autre. Dans ce cas, l'expression de la liberté a un revers peu reluisant pour le concubin qui n'a pas voulu la rupture unilatérale et discrétionnaire de la relation.

On peut se demander pourquoi, au sein de cette relation de choix, le législateur n'a pas prévu la rupture ? Faut-il se contenter du mécanisme de réparation de droit commun prévu à l'article 1382 du Code civil ?

Sous couvert de discrimination, on a considéré que tous les couples sont à « égalité » et ont le droit de bénéficier (voire de profiter) des mêmes avantages. Dans cette hypothèse, ne faudrait-il alors pas admettre qu'à « égalité », la rupture unilatérale du concubinage doive, elle aussi être réglementée comme pour le mariage et le PACS ? Sinon, pourquoi favoriser ceux qui ne veulent tirer profit que de la vie de couple ?

[1407] Il est question du divorce pour altération définitive du lien conjugal (articles 237 et 238 du Code civil) ; Cf. Partie I, Titre premier.
[1408] La rupture unilatérale du PACS (article 515-7 du Code civil) ; Cf. Chapitre précédent.
[1409] D. HUET-WEILLER, « *La cohabitation sans mariage* », *The American Journal of comparative Law*, vol. XXIX, 1981, n° 2, p. 247, spéc. p. 261.

Car effectivement, la fin la vie commune des concubins implique la fin de la « *vie de couple* » (1°), et n'est pas sans poser des difficultés personnelles et patrimoniales. D'autant que cette liberté de rompre unilatéralement et discrétionnairement le concubinage est fortement encouragée, il semblerait qu'elle se justifierait par l'expression de la liberté individuelle (2°).

1°. La fin de la vie commune : la fin de « *la vie de couple* »

À elle seule, la fin de la vie commune suffit à mettre un terme à la relation des concubins. Tant que dure l'union, le droit reste en dehors de leur vie de couple, et il n'interviendra éventuellement qu'au moment de la rupture[1410], car le concubinage n'accède à la vie juridique que lorsqu'il disparaît[1411].

Dans la mesure où le couple ne dispose pas d'un régime juridique, l'un et l'autre sont considérés comme deux individus sans liens de droit. C'est de cette absence de lien de droit que découle l'absence de solidarité (a) et de protection (b)

a) Une absence de solidarité

Nous l'avons déjà dit : le droit ne régit pas les modalités de la formation du concubinage pas plus qu'il ne s'intéresse à « *la vie commune* » des concubins. Pourtant, la vie quotidienne de ces derniers a forcément généré des dépenses communes et une confusion de leurs ressources. Il en résulte une dimension matérielle importante. En effet, pendant la vie commune, les concubins s'organisent de façon tout à fait informelle, spontanément, en dehors de tout cadre légal. Ils ne sont soumis à aucun régime légal relatif aux biens. Par ailleurs, ils ne sont pas contraints de partager les charges de la vie courante.

Il importe de préciser que le concubinage n'implique pas de droits et de devoirs mutuels entre eux, ni d'obligation alimentaire de l'un envers l'autre. Les règles de la contribution aux charges du mariage ne sont pas transposables[1412] : les dispositions de

[1410] C. LABRUSSE-RIOU, « *Couple et lien affectif* », in *La notion juridique du couple*, C. BRUNETTI-PONS (dir.), Économica 1998, p. 75, spéc. 93.
[1411] D. VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, t. I, éd. L'harmattan, 2001.
[1412] Cass. 1re Civ., 9 janvier 1979, *Bull. Civ.* I. 1979, n°11 ; TGI Paris, 21 novembre 1986, *JCP* G 1987. II. 20836.

l'article 214 du Code civil ne peuvent pas être invoquées par des concubins. De même, l'article 220 du Code civil ne peut s'appliquer car les concubins ne sont pas tenus solidairement responsables des dettes du ménage[1413].

À l'égard des tiers, le concubinage produit peu d'effets patrimoniaux[1414]. Il n'existe pas de solidarité pour les dettes contractées par l'autre[1415].

Le couple de concubins représente deux individualités distinctes, que ce soit pendant ou après le concubinage. Ainsi, paradoxalement, quand bien même la vie commune implique de partager un quotidien, légalement, il n'existe aucune obligation de solidarité entre les concubins. Dans le même état d'esprit, lors de la rupture du concubinage, à défaut de convention établissant la participation de chacun aux frais et dépenses de la vie courante, chacun supportera seul les dépenses qu'il a exposées

---

CA Versailles, 14 mars 1991, *RTD Civ*. 1992. 67, obs. J. HAUSER. ; Cass. 1re Civ., 19 mars 1991, *Defrénois*, 1991, p. 942, obs. J. MASSIP.

Cass. 1re Civ., 17 octobre 2000, *D*. 2000, *IR*, p. 272, *JCP* 2001, Jur. p. 497, note CABRILLAC, *JCP* 2001. II. 10568, note T. GARE, *Dr. Famille*, 2000, p. 34.

Cass. 1re Civ., 28 juin 2005, *Defrénois* 2005. 1838, obs. J. MASSIP ; en l'espèce, les juges de cassation ont estimés que, dès lors que le concubin ne s'est pas engagé, il n'est pas contraint de « *s'acquitter des charges d'un bail dont il n'était pas signataire* ».

C'est ainsi que la Cour de cassation a pu considérer que : « *la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée ; cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ; l'article 220 du Code civil qui institue une solidarité de plein droit des époux en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'est pas applicable en cas de concubinage* » ; Cass. 1re Civ., 27 avril 2004, n° 02-16.991, *D*. 2004, somm. p. 2968, obs. *D*. VIGNEAU ; *RTD Civ*. 2004. 487, obs. J. HAUSER.

[1413] Cass. 1re Civ., 11 janvier 1984, *Gaz. Pal*., 1985, 1, p. 133 ; Cass. 1re Civ., 2 mai 2001, *Bull. Civ*. 2001, I, n°111, *D*. 2002 ; *RTD Civ*. 2001. 565, obs. J. HAUSER.

[1414] Le concubinage pose fréquemment des difficultés dans l'appréciation des ressources du débiteur : Cass., 2e Civ., 21 février 2002, n° 00-11. 114, *D*. 2002, IR p. 939, Defrénois 2002, 1160 obs. J. MASSIP ; *Dr. Famille* 2002, n° 100, obs. H. LECUYER ; ou du créancier d'aliments : Cass., 2e Civ., 8 novembre 1989, *D*. 1990, somm. 118, obs. A. BENABENT.

[1415] Cass. 1re Civ., 11 janvier 1984, *Gaz. Pal*. 1985, I, 133.

Une Cour d'appel a condamné une concubine à payer les arriérés des factures d'EDF dues par son concubin, elle avait estimé que : « *Si l'union libre confère des droits de plus en plus nombreux qui rapprochent cette situation du statut du mariage, il convient alors de faire application aux concubins des mêmes obligations que celles des époux* ». Elle a été censurée, la Cour de Cassation retenant que le concubin était seul débiteur car il avait seul souscrit le contrat d'abonnement ; Cass. 1re Civ., 2 mai 2001 ; *D*. 2002, Somm. 612, obs. J-J. LEMOULAND.

Dans une autre affaire, un contrat de prêt à la consommation est souscrit par la concubine, le montant des échéances sont prélevées sur le compte du concubin. Cependant, cela n'engage en aucune façon le concubin qui peut faire cesser les prélèvements, en conséquence, il ne peut être condamné solidairement à payer ; Cass. 1re Civ., 27 avril 2004, *JCP* 2005. II. 10008, note CAVALIER.

Cependant, les concubins sont solidairement tenus de rembourser l'aide personnalisée au logement versée à tort à l'un d'eux, dès lors que tous deux en ont tiré profit (CE, avis, 09 juillet 2003, *D*. 2004. 2967, obs. J.-J. LEMOULAND).

Dans certains cas, les tiers pourront invoquer la théorie de l'apparence afin d'exiger de l'un ou de l'autre le paiement intégral de la dette ; CA Paris, 23 juillet 1932, *Gaz. Pal*. 1932, II, 423. CA Rouen, 30 octobre 1973, *D*. 1974, somm. 19.

pendant la vie commune[1416]. Cela paraît tout à fait logique, l'absence de lien de droit empêche toute obligation réciproque. Mais, l'absence de solidarité peut aussi conduire à des situations particulièrement inéquitables lors de la rupture. Par exemple, le concubin ayant souscrit un prêt pour l'achat d'un véhicule utilisé par l'autre, reste seul tenu. Il en est de même s'agissant d'un prêt relatif à un bien immobilier. L'arrangement moral ou simplement verbal ne saurait contraindre le concubin[1417].

La rupture unilatérale du concubinage peut s'inscrire dans un contexte brutal, et dans ce cas, aucune protection n'est prévue pour le concubin abandonné.

b) une absence de protection

Les enquêtes européennes mettent en évidence la grande fragilité des unions hors mariage par rapport aux couples mariés. Elles révèlent que c'est dans les premières années que le risque de rupture est très élevé[1418].

Cette liberté tant voulue, tant sacralisée par les concubins, considérée comme un attrait séduisant, révèle une situation moins sécurisante lors de la rupture unilatérale.

Le concubinage n'est pas le mariage et sa dissolution n'entraîne aucun mécanisme protecteur.

Le logement des concubins ne fait l'objet d'aucune protection juridique[1419] : les articles 215 et 1751 du Code civil ne peuvent être invoqués en matière de concubinage[1420]. Le concubin peut quitter le domicile « commun » ou donner congé au

[1416] En l'absence de disposition légale régissant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun doit, à défaut de volonté expresse à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées ; Cass. 1er Civ., 19 mars 1991, *JCP* 1991. IV. 190, *Bull. Civ*. I. 1991, n° 92, p. 60.
C'est une jurisprudence constante confirmée en 2006 ; Cass. 1re Civ., 31 janvier 2006, *Dr. Famille* 2006. 83, note LARRIBAU-TERNEYRE. Cass. 1re Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-15.480, *AJFamille* 2007. 33, obs. F. CHENEDE ; *RTD Civ*. 2007. 94, note J. HAUSER.
Cela peut être source de conflit, notamment en l'absence de preuve.
[1417] Voir ci-après le développement sur la notion d'obligation naturelle.
[1418] Fr. PRIOUX, « *Vivre en couple, se marier, se séparer ; contrastes européens* », in *Bull.INED*, n° 422, avril 2006 ; Population et Société. H. MARTY-SCHMID, *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union-libre* ; étude des droits suisse, français et allemand ; Genève, Droz, 1986, 1 vol.
[1419] J. RUBELLIN-DEVICHI, « *La famille et le droit au logement* », *RTD Civ*. 1990. 245.
[1420] TI Privas, 7 septembre 1993, *RTD Civ*. 1994. 81, obs. J. HAUSER ; CA Paris, 20 mars 1996, Juris-Data n°

propriétaire de façon unilatérale, c'est-à-dire sans l'accord et sans en informer l'autre. Il ne commettrait aucune faute. Son attitude ne peut, en principe, donner lieu à réparation.

Il peut aussi « expulser » l'autre de son domicile (s'agissant d'un bien propre) sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée. Parce que « *le concubin qui habite dans une maison appartenant à l'autre est un « occupant sans droit ni titre » que l'on peut chasser à tout moment. Cette qualité ne donne pas le droit d'obtenir des délais pour partir, ni même la possibilité de réintégrer le domicile dont on vient d'être chassé* »[1421].

En matière civile, le concubin violent ne pouvait pas se voir « expulsé » de son domicile (bien propre) car les dispositions de l'article 220-1 du Code civil relatives à l'éviction du domicile du conjoint violent étaient exclues en matière de concubinage[1422]. Cependant, depuis la loi du 9 juillet 2010, cet article a été abrogé et le concubin victime bénéficie de la même protection que celle du conjoint (bien que cette protection reste temporaire pour les concubins comme pour les partenaires)[1423].

Cependant, lorsque le couple a en commun la propriété du domicile, sauf accord, il n'est pas possible d'en demander l'attribution préférentielle[1424]. Il appartiendra alors au juge saisit de trancher le litige[1425].

020960 ; *Dr. Famille* 1996, comm. 1, p. 7, obs. H. LECUYER.

[1421] Pascal LABBEE, « *Le couple en crise* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 25.

[1422] TGI Lille, 21 février 2006, *D.* 2006, jur. p.1350, note X. LABBEE ; *Dr. Famille* 2006, comm. 141, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
Il en va différemment en matière pénale, les articles 222-13 et 222-48-1 du Code pénal, prévoient que les violences exercées à l'encontre des concubins sont prises en compte dans l'aggravation de la peine ; M. AZAVANT, « *Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la protection et la répression des violences au sein du couple* », *Dr. Famille* 2006, Étude 40. D. VIRIOT-BARRIAL, « *Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises entre les mineurs* », *D.* 2006, p. 2351.

[1423] Cette protection est temporaire puisque les mesures de l'ordonnance de protection ne sont valables que pendant 4 mois ; Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JO n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

[1424] Seuls les époux peuvent formuler une telle demande, en conséquence ni l'un ni l'autre des concubins ne peut solliciter l'attribution préférentielle d'une maison indivise après la rupture ; Cass. 1re Civ., 9 décembre 2003, *JCP* 2004. II. 10035.

[1425] Cependant, le concubin ayant hébergé gracieusement l'autre pendant des années, ne peut réclamer lors de la rupture une indemnité d'occupation ; Cass. 1re Civ., 16 juin 1998, *Dr. Famille* 1998. 114 ; CA Pau, 7 juin 2004, *Defrénois* 2005, J. p. 1804.

Cette absence de protection est renforcée en cas de décès car, à défaut de testament[1426], le concubin survivant ne peut occuper le logement propriété du prédécédé. Il n'a aucun droit à rester dans les lieux, peu importe la durée du concubinage et du temps passé dans ce logement. Au cas où, il y demeurerait, il serait redevable d'une indemnité d'occupation à la succession[1427].
Pour les concubins locataires, la loi du 06 juillet 1989, relative aux baux d'habitation, prévoit uniquement qu'en cas d'abandon ou de décès du concubin titulaire du bail, son concubin bénéficiera d'un droit de reprise du bail[1428].

Ainsi, en cas de dissolution du concubinage, que les concubins soient locataires ou propriétaires, la question du logement est essentielle. Elle donne un pouvoir certain à celui qui est propriétaire et place dans la précarité celui qui est « hébergé »[1429]. Le concubin subissant la rupture doit aussi se soumettre à la volonté unilatérale de l'autre sans avoir eu forcément le temps de réaliser la situation. Non seulement il est « répudié », mais en plus, il doit quitter les lieux en laissant « ses meubles »[1430].

La liberté dans laquelle cette relation s'est inscrite resurgit très brutalement lors de la rupture unilatérale et discrétionnaire.

[1426] Le seul souci avec le testament est sa libre révocation par le testateur. En 2004, la Cour de cassation a clairement affirmé à ce sujet que : « *la faculté de révoquer un testament constitue un droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité* ». En l'espèce, un concubin avait déposé chez son notaire un testament olographe en date du 5 octobre 1994 par lequel il léguait son appartement à sa concubine depuis 22 ans, Mlle S. (avec laquelle il vivait dans ce domicile). Le lendemain, soit le 6 octobre 1994, dans un document en date du 5 octobre 1994, le concubin révoque son testament. La vie commune du couple se poursuit encore pendant trois ans jusqu'à la mort du concubin. La concubine prend alors connaissance de la révocation du legs et tente de la contester sur le terrain de la faute et de l'exécution d'un devoir de conscience. Mais, la Cour de cassation a refusé de suivre son raisonnement ; Cass. Civ., 30 novembre 2004, *Dr. Famille*, février 2005, comm. n° 27, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[1427] CA Versailles, 30 avril 1998, Juris-Data n° 045967.

[1428] Loi du 6 juillet 1989 n° 89-642, tendant à améliorer les rapports locatifs, JO. du 8 juillet 1989, p. 854, articles 14 et 15.
« *Déjà une loi du 12 novembre 1955, qui instituait le maintien dans les lieux pour l'occupant de bonne foi, pouvait être invoquée par le concubin survivant ou au cas d'abandon du domicile par l'autre partenaire* » ; cité par J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, éd. Cerf, 1987, pp. 438-439.

[1429] Celui-ci est alors un « occupant sans droit ni titre » ; P. LABBEE, « *Le couple en crise* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 25.

[1430] « *Les concubins sont donc le plus souvent soumis à la loi de la jungle pour régler le partage de leurs meubles meublants. Ce constat peut paraître choquant parce qu'il concerne les couples les plus pauvres, c'est-à-dire ceux qui n'ont en commun que quelques objets mobiliers courants (qui n'en ont pourtant que plus de prix). Mais il est surtout, aujourd'hui, étonnant, car les concubins entrent dans une forme de conjugalité officiellement reconnue par la loi* » ; X. LABBEE, « *Les meubles meublants des concubins homosexuels* », *D.* 2006, n° 24, p. 1669, note sous TI de Lille, 10 mars 2006.

Il serait légitime de se demander s'il l'on peut encore parler de liberté de rompre lorsque c'est le pouvoir qui caractérise la rupture ? Pourquoi cette liberté serait-elle justifiée par la liberté du mariage, alors même que, suite à la rupture, aucun mariage n'est célébré ? N'est-ce pas plutôt la liberté individuelle qui serait privilégiée ?

2°. La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage excusée par la liberté individuelle

La décision de mettre un terme unilatéralement et discrétionnairement au concubinage n'est pas considérée comme fautive (b), parce qu'elle se caractériserait par le caractère fondamental de la liberté du mariage (a).

a) Le caractère fondamental de la liberté du mariage

La doctrine a un temps soutenu que, le fait de ne pas persévérer dans une mauvaise action ne pouvait être considéré comme fautif[1431]. « *On ne saurait admettre qu'un état de fait immoral puisse devenir source de droit pour ceux qui l'ont crée ; ils n'ont aucun droit acquis à sa prolongation* »[1432]. Dés lors, rompre unilatéralement cette relation de fait ne serait que la fin d'une situation de « non-droit »[1433].

Puis progressivement, la rupture unilatérale du concubinage a été justifiée par la liberté du mariage[1434]. En effet, en 1993, c'est à l'occasion de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France[1435], que le caractère fondamental de la liberté du mariage a été affirmé par le Conseil constitutionnel[1436]. Ce dernier a considéré que, le fait de

[1431] H. MAZEAUD, note sous CA Paris, 4 janvier 1952, *D*. 1952, 2, 85 ; P. VOIRIN, note sous CA Poitiers 29 octobre 1928, *DP*, 1929, 2, 19 ;
[1432] P. GUINARD, *Les effets de l'union libre en jurisprudence*, Thèse, Paris 1933, p. 79.
[1433] J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9e éd. LGDJ 1998, p. 36.
[1434] Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ratifié par la France par un décret du 29 janvier 1981) précise à l'article 23 alinéa 2 que : « *le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile* » ; J.-P. JACQUES, *Le respect de la vie privée familiale dans la jurisprudence des organes de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Annales de la faculté de droit de Toulouse 1981, tome XXIX, p. 130.
[1435] Loi n° 93-1027 du 24 août1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; JO. n°200 du 29 août 1993, p. 12196.
[1436] Conseil constitutionnel 13 août 1993, JO. du 18 août 1993, *JCP* G 1993. III. 66372.

subordonner la célébration du mariage à des conditions préalables[1437], méconnaissait le principe de la liberté du mariage en tant que liberté individuelle. Cette loi avait été déclarée contraire à la Constitution[1438].

De même, en 1999, les Sages ont très clairement affirmés que la liberté de rompre unilatéralement et discrétionnairement est ce qui permet de différencier le concubinage et le PACS du mariage[1439]. Il n'est donc pas envisageable de restreindre la liberté de rupture du concubinage car cela risquerait de porter atteinte à la liberté du mariage.

Madame Vich-Y-Llado souligne qu' « *ainsi conçue comme le prolongement de la liberté matrimoniale, la liberté de rompre présente, elle aussi, un caractère d'ordre public* »[1440]. Il convient alors de se demander si nous sommes face à un ordre public nouveau ? Au sein du couple, « l'intérêt général » a-t-il sa place ? Cela étant, le but de la Société n'est-il pas justement de protéger l'intérêt des plus faibles ?
Il faut en déduire que la liberté de rupture en union libre est érigée comme fondement afin d'éviter toute concurrence au mariage[1441].

[1437] Notamment par la saisine du procureur de la République par l'officier d'état civil lorsqu'il existe des indices sérieux, des suspicions de mariage blanc. Le Conseil constitutionnel retient que :
« *105. Considérant que l'article 31 de la loi qui est applicable aux nationaux comme aux étrangers modifie les dispositions du code civil relatives au mariage en y insérant plusieurs articles nouveaux ; qu'il prévoit notamment que lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République et que ce dernier peut décider qu'il sera sursis pour une durée ne pouvant excéder trois mois à la célébration du mariage ;*
106. Considérant que les députés auteurs de la second saisine allèguent que cet article crée une sanction manifestement disproportionnée par rapport aux faits qui l'entraînent, "dont il n'est au surplus même pas certain qu'ils soient établis", méconnaît le droit à exercer un recours et qu'il porte en outre atteinte à la liberté du mariage et au respect de la vie privée ;
107. Considérant que l'article 175-2 du code civil tel qu'il est inséré dans ce code par le III de l'article 31 fait obligation à l'officier d'état civil de saisir le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale ; que le procureur de la République dispose d'un délai de quinze jours durant lequel il peut décider qu'il sera sursis à la célébration du mariage pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois, sans que sa décision soit assortie d'une voie de recours ; qu'en subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions préalables, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ; que dès lors que celles-ci ne sont pas séparables des autres dispositions de l'article 175-2 du code civil, cet article doit être regardé dans son ensemble comme contraire à la Constitution » ; Cons. const. 13 août 1993, DC n°93-325, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; JO du 18 août 1993, p. 11722.
[1438] *JCP* G 1993. III. 66372. F. GRANET, « *La liberté matrimoniale et l'avant-mariage* », *Dr. Famille* 1999. 14.
[1439] Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.
[1440] D. VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, t. I, éd. L'harmattan, 2001, p. 87.
[1441] H. MAZEAUD, note sous CA Paris, 4 janvier 1952, *S.* 1952, 2, 85.

Or en réalité, le lien matrimonial est grandement fragilisé. Il ne s'agit pas de préserver et de défendre ce lien mais de garantir la liberté individuelle. Par exemple, en matière de fiançailles[1442] (qui concrètement, dans certains cas, pourraient constituer un concubinage), chacun conserve le droit de renoncer de façon unilatérale et discrétionnaire au mariage[1443].

Autant reconnaître la primauté de la liberté individuelle de rompre sans détour[1444].
Sans conteste, lors de la rupture du concubinage, les concubins recouvrent leur individualisme. L'individu est, effectivement, au centre de cette relation de fait, le législateur s'interdisant d'intervenir en la matière.
Le juge, quant à lui, persiste à affirmer qu'il n'y a pas de faute à vouloir rompre. Dès les années 1960, la rupture unilatérale du concubinage a donné lieu à une jurisprudence abondante et la Cour de cassation rappelle avec une belle constance le principe de la liberté dans la rupture.

b) Le principe de la liberté dans la rupture unilatérale du concubinage

Il est vrai que « *lorsqu'on choisit le concubinage, on choisit la liberté de la rupture* »[1445]. La jurisprudence a, depuis bien longtemps, affirmé cette liberté en qualifiant le concubinage de relation « *précaire et instable* » même après quatorze années de vie commune[1446]. La Cour de cassation a rendu un certain nombre de décisions (que nous ne reproduirons pas en intégralité ici), qui témoignent de l'importance du contentieux post-rupture au sein du concubinage.

[1442] En matière de fiançailles, la rupture en elle-même est libre. La jurisprudence s'est prononcée à ce sujet à diverses reprises. Ainsi dans une espèce, des relations entre Monsieur de La Rochefoucauld et Dame Brandt est issu un enfant né en 1944. Monsieur de La Rochefoucauld met un terme à la relation. Dame Brandt affirme qu'il avait promis de l'épouser et forme donc une action en dommages et intérêts pour rupture abusive d'une promesse de mariage. Elle est déboutée de sa demande au motif que : « *les juges du fond apprécient souverainement le sens et la portée des témoignages d'où ils déduisent qu'aucune promesse de mariage n'était intervenue entre les concubins, en relevant notamment que si l'amant avait présenté le fils né de cette union et reconnu par lui à divers amis, il n'avait laissé s'instaurer aucune équivoque à cet égard, puisqu'il précisait son intention de ne pas épouser la mère* » ; Cass. 1re Civ., 3 mars 1964, *Bull. Civ*. I. 1964, pp. 92-93.
Voir également la jurisprudence sur la rupture des fiançailles : J. RUBELLIN-DEVICHI, *RTD Civ*. 1989. 281.
[1443] CA Paris, 30 avril 1963, *D*. 1963, 428, S. 1963, 179, note A. TOULEMON, « *Le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner* ».
[1444] A. BENABENT, « *La liberté individuelle et le mariage* », *RTD Civ.* 1973. 441.
[1445] Adeline GOUTTENOIR-CORNUT, « *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage* » ; in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 258.
[1446] Cass. Civ., 9 juillet 1935 ; *D*. 1935, p. 144.

C'est ainsi que, dans un arrêt en date du 22 février 1960, la Cour de cassation refuse de considérer la rupture unilatérale du concubinage comme constituant une faute et énonce que : « ***la rupture d'une liaison illégitime*** *ne constitue pas en elle-même une faute civile susceptible d'ouvrir droit à des dommages et intérêts* ». Elle retient que manque de base légale l'arrêt de la Cour d'appel qui, pour condamner un homme à verser des dommages et intérêts à son ex-concubine à la suite de la rupture de leur liaison, « *se borne à énoncer que celle-ci " a subi un préjudice tant matériel que moral du fait de la naissance" d'un enfant, sans s'expliquer sur aucune autre circonstance éventuellement propre à caractériser une faute du défendeur et à engager sa responsabilité civile* »[1447].

De même, en 1964, la Première chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur la rupture d'un concubinage de quinze ans et affirme que : « *la situation, essentiellement précaire et instable, créée par l'union libre, étant susceptible de se modifier par la seule volonté de l'une ou l'autre partie, le seul fait de la rupture par l'amant des relations, d'apparence durable, nées d'un entrainement réciproque, ne peut en principe justifier l'allocation de dommages et intérêts ; il n'en est autrement que s'il existe des circonstances de nature à caractériser une faute de son auteur* »[1448].

En outre en 1971, le juge de cassation réaffirme, avec force, le principe de la liberté dans la rupture. Dans cette affaire, une concubine forme une action en dommages et intérêts car elle reproche à son compagnon de lui avoir fait croire qu'il était divorcé. Or, ce dernier était en instance de divorce et n'avait pas mené la procédure à son terme. Suivant la motivation des juges du fond, la Cour de cassation retient que la Cour d'appel a souverainement apprécié qu'il *« n'est pas établi » que Robert ait caché « cette circonstance à sa maîtresse… »*[1449]. La concubine-maîtresse ne peut se plaindre d'une situation qu'elle connaissait et la « répudiation » qu'elle a subie n'est alors pas « réparable ».

La rupture unilatérale du concubinage est parfaitement libre de toute justification. Aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de celui qui a décidé de « répudier »

[1447] Cass 1re Civ., 22 février 1960, *Bull. Civ.* I. 1960, p. 95
[1448] Cass. 1re Civ., 3 mars 1964, *Bull. Civ.* I. 1964, pp. 92-93.
[1449] Cass. 1re Civ., 18 mai 1971, *Bull. Civ.* I. 1971, pp. 135-136.

l'autre. Cette décision ne génère, en principe, aucun droit au profit du concubin « répudié ». Comme le rappelle Michel Muller, « *le principe en matière de concubinage est donc nécessairement la liberté de rompre à tout moment, sans motif, ni préavis, ni indemnité d'aucune sorte, quel que soit le préjudice qui en résulte* »[1450]. Dès lors, la rupture, en elle-même, ne constitue pas une faute permettant l'octroi de dommages et intérêts[1451].

Aujourd'hui, la rupture unilatérale du concubinage n'est pas judiciaire, mais le concubin « répudié » peut, tout de même, tenter de mettre l'autre face à ses responsabilités afin qu'il assume, dans une certaine mesure, sa décision.

Il convient de se demander pourquoi faudrait-il combler la lassitude des concubins qui se complaignent dans leur relation ?

Faut-il considérer que le choix du concubinage doit-être pleinement assumé par le concubin « répudié » ? Après tout, il a pris un risque dans cette relation, pourquoi le droit devrait-il venir à son secours ?

B. – Une relative prise en compte de la rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage

Depuis le 1er janvier 2010, suite à la rupture du concubinage, les concubins ont la possibilité, à titre facultatif, de saisir le Juge aux affaires familiales pour solder leurs comptes (1°). Aussi, le concubin « répudié » peut-il engager la responsabilité de celui qui a pris l'initiative de la rupture unilatérale et discrétionnaire (2°). Dans ce cas, la question qui se pose est de savoir si cette action a une visée juridique ?

[1450] M. MULLER, « *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources* », *D.* 1986, chron. 328.

[1451] Cass. 1re Civ., 17 juin 1953, *D.* 1953, p. 596. Cass. 1re Civ., 3 mars 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 2, p. 83. Cass. 2e Civ., 24 novembre 1976, *D.* 1977, inf. rap. p. 99. Cass. 1re Civ., 31 janvier 1978, *Bull Civ.* I. 1978, n° 39. CA Paris, 27 février 1979, *D.* 1979, inf. rap. p. 508. CA Paris, 28 mars 1985, *D.* 1985, inf. rap. p. 481. Cass. 1re Civ. 30 juin 1992, *Rép. Not.* 1992, 1436. CA Rennes, 28 octobre 1996, *Dr. Famille* 1997, comm. n° 171, obs. H. LECUYER.

1°. Solder les comptes devant le Juges aux affaires familiales : un recours facultatif

Dans les faits, un couple quel qu'il soit constitue une famille. C'est dans cette optique que le législateur a concentré le contentieux familial entre les mains du Juge aux affaires familiales. C'est avec la loi du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit et de l'allégement des procédures[1452], que le JAF est désormais compétent pour régler les litiges de couples. Les conséquences de la dissolution du mariage, du PACS et du concubinage sont réglées par le même juge[1453].

Cependant, la rupture du concubinage (et celle du PACS) n'est pas judiciaire, les causes de la rupture ne sont pas systématiquement soumises à l'appréciation d'un juge comme c'est le cas en matière de divorce. Par ailleurs, le recours n'est pas obligatoire, il est juste prévu. L'avenir nous dira si effectivement, les concubins ont saisi plus le JAF que le juge de droit commun pour régler leur litige de couple. Mais, on peut d'ores et déjà supposer que le juge saisi à propos des enfants, règlera aussi le conflit du couple.

En effet, désormais le JAF est seul compétent pour connaître du conflit de couple (a) mais aussi du conflit parental opposant les concubins (b).

a) Le conflit de couple

Pendant la « *vie commune* », les concubins se focalisent sur leur engagement affectif et ne songent pas toujours à l'aspect matériel de leur relation. C'est principalement à travers leurs rapports patrimoniaux qu'ils vont amener leur rupture devant le juge.

Lors de la séparation, il ne faut pas occulter le contentieux relatif aux biens. La cohabitation a pu générer une confusion dans la propriété des biens. Une communauté

[1452] Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JO. du 13 mai 2009.
[1453] Le contentieux relatif aux fonctionnements et aux partages des indivisions entre concubins ou pacsés a été transféré du juge de droit commun au JAF (compétence précédemment dévolue au juge du contrat).

d'intérêts pécuniaires a pu se constituer, créant ainsi un enchevêtrement des intérêts personnels. Lorsque le concubinage a existé pendant de nombreuses années, les concubins font l'acquisition de biens à usage communs. Lors de la rupture, en principe, les biens restent propres à celui qui les a acquis. S'ils ont été achetés en commun, dans ce cas, ils sont réputés avoir été acquis en indivision[1454].

Les concubins se trouvent dans la même situation que les conjoints séparés de biens : les biens communs sont considérés comme indivis ou proportionnels à l'apport respectif de chacun. La preuve est libre et se fait par tout moyen. Mais on assiste à des difficultés lorsque les concubins ne sont pas d'accord sur la propriété d'un bien. Car ils n'ont pas forcément songé à se pré- constituer des preuves, ni à conserver les justificatifs nécessaires. Lorsque la preuve de la propriété d'un bien ne peut être établie, celui-ci est réputé indivis[1455]. La liquidation du régime peut ensuite avoir lieu[1456].

Le concubinage peut également conduire à une confusion entre sentiments et activité professionnelle, dès lors, les comptes à la rupture s'avèrent complexes. Pour remédier à certaines situations inéquitables, la jurisprudence a tenté de combler « *l'imprévoyance des concubins* »[1457] à travers des mécanismes d'indemnisation : ceux-ci permettent de liquider les biens et intérêts communs. Le juge a du palier l'inapplicabilité des règles

[1454] Cependant, en pratique le fait d'avoir participé au financement d'un bien ne confère pas la qualité d'indivisaire ; CA Pau, 7 juin 2004, *Defrénois* 2005, J. 1804, note D. ARLIE.

[1455] L'indivision peut être légale (article 815 et suiv. du Code civil) ou conventionnelle (article 1873-1 et suivants du Code civil). Il importe alors de déterminer la part de chacun dans l'indivision.
Cass. Com., 27 juin 1961, *Bull. Civ*. III, n° 297. Cass., 1re Civ., 7 décembre 1977, *Gaz. Pal*. 1978, 1, pan. Jurispr. p. 69.
TGI Paris, 21 novembre 1982, *RCDIP* 1984. 628, à propos d'un compte joint sur lequel étaient versés les salaires des concubins.
CA Dijon, 7 juin 1996, Jurisprudence-Data n° 044461, *Dr. Famille* 1997, comm. 20, obs. H. LECUYER ;
J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, in *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, tome II, J. GHESTIN (dir.), LGDJ 1991, p. 493.

[1456] « *La liquidation est une opération comptable, préalable au partage, qui consiste à fixer et à chiffrer les droits de chacun des copartageants, c'est-à-dire à déterminer et évaluer la masse successorale et la part de chacun ; elle permet la composition des masses actives et passives* », Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4e éd. Cujas, 1998, p. 443.

[1457] A. PROTHAIS, « *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux* », *JCP* G 1990. I. 3440 ;
A. PROTHAIS, « *Les rapports pécuniaires des concubins entre eux ou le droit commun palliant l'imprévoyance* », in *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988 organisées par le LERADP, LGDJ 1989, p. 141.

issues des régimes matrimoniaux en utilisant le droit des sociétés avec les concepts de société créée de fait[1458] et d'enrichissement sans cause[1459].

Concernant la société créée de fait, on va considérer que les concubins représentent un groupement de personnes qui se sont comportées en associés, sans être constituées en société[1460]. Cela permet notamment au concubin « répudié » d'obtenir une partie des bénéfices[1461].

[1458] La société créée de fait exige la réunion de trois éléments, il incombe au demandeur de prouver :
1°) l'existence d'apports mutuels en biens ou en industrie ;
2°) l'intention de collaborer à un projet commun (*affectio societatis)* ;
3°) l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes ;
Le but est d'obtenir une part des bénéfices dégagée par cette collaboration ; J.-M. de BERMOND DE VAULX, « *L'empire des faits et l'émergence de la notion de société* », *D*. 1996, Chron. p. 185. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait* », *D*. 1982, Chron. p. 83.

[1459] La notion d'enrichissement sans cause, grand principe du droit civil, n'est pas énoncée expressément dans le Code civil, appelée aussi action *in rem verso*. C'est une notion élaborée par la jurisprudence dans un souci d'équité qui défend de s'enrichir au dépend d'autrui. Cass. Req. 15 juin 1892, 1, 156 ; *S*. 1893, 1, 281 (arrêt *Boudier*).
L'action *in rem verso* permet d'obtenir une indemnité destinée à compenser l'appauvrissement subi.
Pour que cette action puisse être exercée, cinq conditions doivent être préalablement réunies :
1°) un enrichissement, l'acquisition ou l'amélioration d'un droit, la diminution d'un passif ;
2°) un appauvrissement corrélatif : le passage de valeur d'un patrimoine à un autre, direct ou indirect ;
3°) le caractère injuste et sans cause de l'enrichissement ;
4°) une absence d'intérêt personnel chez l'appauvri ;
5°) l'impossibilité pour l'appauvri d'obtenir satisfaction par un quelconque autre moyen : cette action a un caractère subsidiaire et ne peut être utilisée au lieu et place d'une action en responsabilité civile (délictuelle, semi-délictuelle, contractuelle ou semi-contractuelle) ; Cass. 1re Civ., 2 mars 1915, *D*.P 1920 1.102 (1ère espèce)

[1460] Dans un premier temps, la jurisprudence s'est plutôt montrée laxiste à l'égard de l'admission de cette notion ; CA Chambéry, 27 mai 1925, *Gaz. Pal*. 1927, 2, 85 ; CA Aix, 28 décembre 1933, *D*. 1935, 2, 41.
Puis elle a durci sa position en 1949. En effet, la Cour de cassation a affirmé que : « *la seule cohabitation même prolongée, de personnes non mariées qui ont vécu en couple et se font passer pour tels au regard du public, ne saurait donner naissance entre elles à une société* » ; Cass. Com., 25 juillet 1949, *JCP* G 1950. II. 5798.
Depuis, la jurisprudence est stricte et exige que soit rapportée la preuve de la volonté des concubins de s'engager dans les liens contractuels caractéristiques du contrat de société. Elle a ainsi considéré qu'une : « *société de fait entre concubins ne peut seulement résulter de la vie commune même prolongée, et d'apports en commun. Elle exige chez les parties la volonté, qui ne peut être présumée, de s'associer et notamment l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes et les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une telle société* » ; Cass. 1re Civ., 5 mars 1985, *Bull. Civ.* I. 1985, n° 85.
De même que : « *L'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter ; ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres* » ; Cass. Com., 3 novembre 2004, n° 02-21.637, *AJFamille* 2005. 21, obs. F. CHENEDE.
L'existence d'une société créée de fait est strictement appréciée par le juge ; Cass., 1re Civ., 19 avril 2005, *AJFamille* 2005. 281, obs. F. CHENEDE ; *RTD Civ*. 2005. 576, note J. HAUSER. La Cour rappelle que lors de la liquidation d'une société créée de fait, il n'y a lieu ni à la reprise, ni au remboursement des apports en industrie.

[1461] Ainsi, un concubin a pu contribuer activement à l'entreprise appartenant à l'autre sans recevoir aucune rémunération. Ou encore, ils ont pu mettre en commun leurs ressources financières ou affecter un immeuble propre pour participer à l'élaboration d'un projet commun. Le concubinage est alors assimilé à une société dont la dissolution va permettre la liquidation puis le partage.

S'agissant de l'enrichissement sans cause – qu'on appelle aussi action *in rem verso*- le concubin, par son travail, a collaboré à l'exploitation du fonds de commerce de l'autre, mais il n'a reçu aucune rémunération[1462]. On considère qu'il a participé à l'enrichissement de l'autre, lequel s'est enrichi sans cause à son détriment. Dans ce cas, il y a absence de contrepartie équitable[1463]. Précisons que l'action *in rem verso* est exclusivement subsidiaire[1464], elle ne peut être exercée que si le demandeur ne peut bénéficier d'une autre action en justice. Certains la qualifient de « *soupape d'équité*»[1465].

Ainsi, indépendants juridiquement dans les faits, les concubins ont pu développer une certaine dépendance, notamment économique[1466]. La rupture unilatérale et discrétionnaire de la relation décidée par le concubin qui subvenait aux charges de la vie courante, laisse l'autre dans le dénuement total. Dans cette hypothèse, l'absence de régime patrimonial n'est pas sans poser quelques problèmes d'équité.

Il convient donc de se demander s'il faut protéger le concubin le plus faible économiquement ou s'il faut laisser s'exprimer la liberté individuelle ? Concrètement, doit-on laisser le couple livré à lui-même ? L'intérêt des enfants issus du concubinage, ne devrait-il pas davantage être pris en considération par le droit ?
En effet, le conflit de couple se mêle généralement au conflit parental. Car suite à la rupture unilatérale du concubinage, au-delà de la rupture du couple, c'est aussi l'éclatement de la cellule familiale. Désormais, les parents peuvent soumettre leur conflit personnel et parental devant le JAF[1467].

[1462] Cass. 1re Civ., 4 mars 1997, *Dr. Famille*. 1997, n° 67, note LECUYER.
[1463] Cass., Com., 9 octobre 2001, *Bull. Civ*. IV. 2001, n° 165, la Cour retient que lorsque le concubinage prend fin, il n'y a pas de réglementation spécifique relative à la liquidation des intérêts patrimoniaux.
Cass., 1ère Civ., 28 novembre 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, n° 561, « *Concubinage et enrichissement sans cause* », en l'espèce la Cour ne permet pas d'avoir recours à l'enrichissement sans cause pour régler les comptes entre concubins.
[1464] « *L'action fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* » ; Cass., 1re Civ., 12 mai 1914, *S*. 1918, 1, 41.
[1465] A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6e éd. Montchrestien 1997, p. 288, n° 484.
[1466] P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *Indépendance financière et communauté de vie*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), LGDJ 1989, p. 191.
[1467] Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JO. du 13 mai 2009.

b) Le conflit parental

Les concubins n'ont aucun lien juridique entre eux. La rupture n'aura alors aucune conséquence sur le statut de l'un ou de l'autre. Toutefois, en présence d'enfants, si le couple n'existe plus pour lui-même, il restera toujours un couple de parents quoiqu'il décide pour l'avenir. La désunion affective du couple parental entraîne des effets de droits non négligeables à l'égard de l'enfant[1468].
Rappelons que depuis 2006, les naissances hors mariage sont majoritaires avec 50,5%, 51,7% en 2007 et 53,7% en 2009[1469].

En matière de concubinage, il n'existe pas la même présomption que pour le mariage[1470] : le statut de l'enfant est surtout défini par l'établissement des liens de filiation, cela signifie que la reconnaissance est nécessaire. Elle engendre des droits et des obligations à l'égard des parents : nom de famille, succession (uniquement à l'égard des enfants et non entre les concubins), obligation alimentaire… Cependant, le fait de ne pas reconnaître un enfant ne dispense pas totalement les parents de pourvoir à sa subsistance[1471].

[1468] La loi du 29 juillet 1994 permet aux concubins d'avoir recours à la procréation médicalement assistée au bout de 2 ans de vie commune (article L. 2141 du Code de la Santé publique). La rupture du concubinage met fin au projet d'enfants. En matière de PMA, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique précise que : « *font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou par la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ».

[1469] Statistiques d'état civil sur les naissances en 2007, INSEE Résultats n° 85. INSEE, résultats n° 100, juillet 2010, *Dr. Famille* 2010, n° 10, p. 8.

[1470] L'article 312 du Code civil dispose que : « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».
L'article 372 du Code civil prévoit que : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales* ».
C'est le juge de droit commun et non le juge aux affaires familiales, qui est compétent en matière de contestation de paternité. De nos jours, les actions en contestation de paternité son nombreuses lors de la rupture. Généralement c'est la mère qui introduit cette action. Parfois, le père qui a reconnu l'enfant en pensant légitimement être le père biologique, est évincé juridiquement de la vie de cet enfant qu'il a élevé (changement de nom, perte de l'autorité parentale…). La question est tout autre en ce qui concerne les reconnaissances de complaisance. La volonté hier de constituer une famille est aujourd'hui oubliée et même niée.

[1471] L'article 342 du Code civil indique que : « *tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établi peut réclamer de subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception (…). L'action est recevable même si le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne, ou s'il existait entre eux un des empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du Code civil* ».

Dans la pratique, lorsque le couple se sépare, les enfants sont souvent l'enjeu de divers chantages[1472]. Tous les prétextes sont bons : demande d'autorité parentale exclusive, droit de visite et d'hébergement élargit, partage des frais de scolarité, de transport, de voyage[1473]... La situation est la même quelque soit les liens ayant unis les parents mariés, partenaires ou concubins.

Il importe de souligner que la rupture du concubinage ne conduit pas automatiquement devant le JAF, ou lorsqu'il est saisi la procédure n'est pas forcément contentieuse. Les concubins peuvent lui soumettre une convention pour homologation tant en ce qui concerne les conséquences matérielles de la rupture que les modalités d'exercice des droits parentaux.

Mais à défaut d'accord, les concubins vont aussi pouvoir solliciter des réparations sur le fondement de la responsabilité. Il importe de se demander si cette action a des chances d'aboutir ou si elle est simplement symbolique, voire thérapeutique ?

2°. La responsabilité dans la rupture unilatérale et discrétionnaire : une réparation symbolique ou une vertu thérapeutique ?

Lorsque la liberté dans la rupture unilatérale et discrétionnaire devient opprimante, elle appelle un besoin de justice. Dans une certaine mesure, en présence d'un écrit, le concubin « répudié » peut engager la responsabilité contractuelle de son ex-compagnon ou faire valoir l'existence d'une obligation naturelle (a). Ou encore, intenter une action sur le fondement de la responsabilité délictuelle (b).

[1472] Le développement de la mobilité internationale conduit dans certains cas lors de la rupture du couple parental à de graves difficultés quant à l'organisation de la vie familiale, en particulier concernant les enfants. Le décret du 9 mars 2004 n° 2004-211 fixe le siège et le ressort des TGI compétents pour connaitre des actions engagées sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et communautaires relatives au déplacement illicite international d'enfants. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfant en est une illustration.
La Cour de cassation a précisé le but de cette Convention, en affirmant qu'elle assure le retour immédiat dans l'État de leur résidence habituelle des enfants retenus illicitement dans tout autre État contractant, elle ajoute : « *qu'il ne peut être statué sur la garde de l'enfant tant que la décision ordonnant son retour n'a pas été exécutée* » ; Cass., 1ère Civ., 25 janvier 2005, *D*. 2005, p. 2790.
Le Règlement Bruxelles II bis n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, entré en vigueur au 1er mars 2005, règle également les questions relatives à cette matière. Citons également la Convention Franco-algérienne du 21 juin 1988 (*JCP* 1992. II. 21918) et la Convention Franco-marocaine du 10 août 1981(*RJPF* 2002. 38).
[1473] Article 373-2 alinéa 2 du Code civil.

a) La responsabilité contractuelle et naturelle: un engagement contraignant ?

En présence de contrat, il est possible de mettre en œuvre le mécanisme de la responsabilité contractuelle (α). De même lorsque les concubins ont décidés d'exécuter spontanément une obligation naturelle, celle-ci peut se transformer en obligation civile (β).

***α)* La responsabilité contractuelle**

Lorsque les concubins entendent inscrire leur relation dans la durée - même si en pratique cela doit être rare- ils peuvent contractualiser leur relation à travers un contrat de concubinage, lequel est un contrat soumis à certaines conditions légales[1474]. En effet, l'article 1128 du Code civil prévoit que seules les choses qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet d'une convention[1475]. Cela répond aux exigences du principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

Par ailleurs, le contrat ne doit pas contrevenir aux dispositions d'ordre public[1476] et aux bonnes mœurs[1477] ce qui implique qu'il doit comporter un objet certain et licite[1478].

[1474] L. MAYAUX, « *Les contrats des concubins* », in *Les concubinages approche socio-juridique*, t. II, éd. CNRS Lyon 1986, p. 25. D. RANDOUX, « *Les contrats des concubins* », *in Indépendance financière et communauté de vie*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), LGDJ 1989, p. 109.

[1475] « *Ce qui rend pourtant le contrat illicite, c'est précisément qu'il existe un contrat, qu'il existe donc une obligation (…). Il y a atteinte à l'extra-commercialité quand le fait portant sur une chose hors commerce a force obligatoire pour la personne liée à cette chose* » ; I. MOINE, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1997, n° 423, p. 279.

[1476] Ils ne peuvent prévoir la fidélité ou « l'union éternelle » dans leur convention car cela contreviendrait tant au principe de liberté du mariage et aux libertés individuelles qu'aux droits de la personnalité. Tout au plus, la fidélité constituerait une promesse morale dénuée de toute sanction civile ; B. OPPETIT, « *L'engagement d'honneur* », *DS* 1979, Chron. 107.

[1477] L'article 6 du Code civil prévoit qu'on : « *ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

[1478] L'article 1108 du Code civil dispose que : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ». La licéité de la cause a posé de fréquentes difficultés notamment en matière de libéralité ; P. ASCENCIO, « *L'annulation des donations immorales entre concubins* », *RTD Civ* 1975. 248.
H. AUBIN, H. FULCHIRON et T. GARE, « *Les libéralités entre les concubins* », in *Les concubinages approche socio-juridique*, t. II, éd. CNRS 1986, p. 55.
En 1999, sous les visas des articles 1131 et 1133 du Code civil, la Cour de cassation a considéré que les libéralités consenties sont parfaitement valides même lorsqu'elles tendent au maintien de relations adultérines. C'est ainsi que la Première Chambre civile affirme que les donations consenties même pour le maintien de relations adultérines ne peuvent être annulées comme étant fondées sur une cause immorale ; Cass. 1re Civ., 3 février 1999, *D*. 1999, p. 267. En 2004, l'Assemblée plénière retient que la cause d'une libéralité dont l'auteur entend maintenir

Les concubins disposent de la liberté d'organiser leurs rapports pécuniaires. Ils ont ainsi pu prévoir conventionnellement certaines modalités financières ou personnelles, comme par exemple en matière de loyer[1479].

Ils ont aussi pu convenir par contrat des modalités de leur rupture. Dans ce cas, il est possible d'envisager une action en dommages et intérêts pour inexécution[1480] des engagements souscrits, car l'article 1134 du Code civil précise que : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Le contrat, censé à l'origine rassurer les concubins du sérieux de leur relation et prévenir tout conflit consécutivement à une hypothétique rupture, peut être soumis à l'appréciation du juge. Le contrat sécurise un temps les concubins mais, il n'empêche absolument pas le contentieux. Nous ajouterons que lorsque ce contrat existe, ses modalités d'application ne sont pas pour autant assurées.

En 2006, la Cour de cassation a annulé une convention de concubinage dans laquelle les concubins avaient prévus qu'en cas de rupture, celui qui renoncerait à son emploi pour élever les enfants du couple pourrait exiger de l'autre une indemnité[1481]. Celle-ci serait égale à la moitié du salaire de l'autre à condition que les enfants soient élevés à son foyer. La Cour de cassation a considéré que les règles relatives à l'obligation alimentaire (proportionnelle aux ressources et aux besoins des parents) sont d'ordre public et que les parties ne peuvent y déroger. Elle a ajouté que cette disposition constituait un moyen de dissuader le concubin de rompre, contraire au principe de la liberté individuelle.

C'est la première fois que la Cour de cassation reconnaît de façon aussi explicite, en matière contractuelle, le principe de libre rupture du concubinage. Il faut retenir que la

---

une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs ; Cass. Ass. Plén., 29 octobre 2004, *AJFamille* 2005. 23. En l'espèce un homme de 95 ans avait institué comme légataire universelle sa secrétaire et maitresse âgée de 31 ans. Un an plus tard, il décède. Sa veuve et sa fille saisissent le juge afin de voir annuler ce legs pour cause illicite. Elles font valoir que sa cause serait contraire aux bonnes mœurs puisque le seul but de cette libéralité était le maintien d'une relation adultère. La Cour d'appel de Paris avait abondé en ce sens. Elle a été censurée. Il est donc tout à la fois possible de demeurer marier avec une femme, et être en concubinage avec une autre que l'on va remercier gracieusement. La jurisprudence avalise ce comportement.

[1479] Cass. 3e Civ., 8 novembre 1995, *Bull. Civ*. III. 1995, n° 220.

[1480] Article 1147 du Code civil.

[1481] Cass. 1re Civ. 20 juin 2006, pourvoi n° 05-17. 475, *AJ Famille* 2006, obs CHENEDE, p. 234

liberté de rupture prévaut sur l'engagement contractuel lorsque celui-ci contient des dispositions contraires au principe de la liberté individuelle.

Par ailleurs, l'exécution du contrat est, en réalité, soumise à la « *bonne volonté* »[1482] des concubins, qui peuvent également le résilier unilatéralement[1483] en toute quiétude[1484], à tout moment, avant même que le juge ne soit saisi.

Au-delà de l'aspect écrit et contractuel, il existe également des engagements moraux contraignants entre concubins, telle que l'obligation naturelle.

β) L'obligation naturelle

Avant la rupture dans leur vie quotidienne les concubins, ont pu développer une certaine forme de solidarité. En effet, pendant le concubinage, le couple vit sous le même toit, l'un pouvant héberger l'autre et pourvoir à sa subsistance[1485].

Lors de la séparation, se pose un véritable devoir de conscience que le droit a tenté de conforter par le mécanisme de l'obligation naturelle de secours[1486]. Elle correspond à un devoir de conscience[1487], et se caractérise par une exécution en nature, par exemple la prise en charge des frais de santé du concubin malade. À la rupture du

[1482] P. JESTAZ, « *Rapport de synthèse* », in *Indépendance financière et communauté de vie*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, (dir.), LGDJ 1989, p. 191-206.
[1483] B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris II, 1973;
C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations le contrat*, tome 3, 4e éd., Économica, 1998, p. 187.
[1484] Tout au plus une faute pourra être retenue à leur encontre en cas de rupture abusive ; CA Paris, 15 février 1990, *RTD Civ*. 1990. 653, obs. MESTRE.
[1485] La jurisprudence a considéré la donation entre concubins comme l'exécution d'une obligation naturelle, en s'appuyant sur la durée des relations d'une très grande stabilité ; CA Paris 19 novembre 1974, *D.* 1975, p.614.
[1486] La jurisprudence a admis l'obligation naturelle entre frère et sœur (Cass. 1re Civ., 27 mai 1862 *D*.P. 62. 1. 208), entre tante et neveu (Tribunal civil du Havre 27 juillet 1935, *Gaz. Pal*. 1936. 2. 753), de même qu'entre beaux-pères (Chambre des requête 10 janvier 1905, *D*. P. 1905. 1. 47).
[1487] Les juges du fond ont constatés que l'existence d'un « *devoir de conscience et d'honnêteté (...) de ne pas laisser sans ressources une personne à qui l'on a donné juste lieu de croire, par une communauté prolongée d'existence avec elle, qu'elle trouverait en vous un avenir assuré* » ; CA Paris, 23 juillet 1914, *D*. 1918, 2, 51.
Il a été très finement soulevé, « *Combien de prétendants scrupuleux, soi-disant soucieux de satisfaire aux exigences de leur conscience, s'avéreront n'être que des individus cédant devant le chantage et la crainte du déshonneur que ne manquerait pas de provoquer la publicité donnée à leur immoralité passée ? Telle donation à la maîtresse soi-disant destinée à lui manifester de la reconnaissance ou assurer ses vieux jours, telle promesse d'aliments (...) apparaitront davantage comme le prix du silence que comme la soumission à la voix de la conscience* » ; D. LAZLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ 1993, p. 93-94. Voir aussi B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, LGDJ 1995.

concubinage, le concubin peut décider de cesser toute contribution, jusque-là versée spontanément, cela aurait pour conséquence de laisser l'autre dans un état de besoin.

Ce n'est que lorsque le débiteur s'est engagé spontanément et volontairement à payer qu'il ne peut solliciter de remboursement.

L'article 1235 alinéa 2 du Code civil dispose que : « *la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées* ». Ce qui signifie que la concubine qui s'est volontairement acquittée des frais d'obsèques de son compagnon ne peut en demander la restitution car elle a exécuté une obligation naturelle[1488]. Aussi, sous certaines conditions[1489], l'obligation naturelle se transforme en obligation civile, on dit alors qu'il y a novation[1490]. Dès lors, le bénéficiaire de l'obligation naturelle peut en demander l'exécution en justice en cas de défaillance de la part de celui qui s'était obligé[1491]. Toute la difficulté se situe dans la preuve.

Le juge prend en considération les promesses que se font les concubins. En 1999, la Cour de cassation a permis à une concubine de se voir attribuer le logement du

[1488] TGI Alès 9 novembre 1966, *D*. 1968. 328.

[1489] En 1962, la Cour de cassation rejette la demande de réparation d'une concubine en raison d'un défaut de preuve. Dans cette affaite, un couple de concubins, Bertho et Demoiselle Rossi ont vécu en concubinage de 1922 à 1957. Bertho rompt la relation d'avec la demoiselle et en épouse une autre. La concubine délaissée forme une action en dommages et intérêts pour rupture fautive du concubinage. Elle invoque la brutalité de la rupture et fait valoir le fait que pendant plus de 35 ans, il n'avait eu de cesse de lui procurer des moyens matériels d'existence et des marques constantes d'attachement. Elle ajoute qu'ils avaient le projet de s'établir à la campagne lors de la retraite de Monsieur. Cependant, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui énonce que : « *la rupture d'une liaison illégitime, ne constitue pas une faute génératrice de responsabilité* ». Elle souligne que l'ex-concubine reproche seulement à son compagnon « *de l'avoir abandonnée après avoir projeté de se retirer avec elle à la campagne* ». La demande de dommages et intérêts est en conséquence rejetée car la Demoiselle Rossi « *ne rapporte pas la preuve de la transformation en obligation civile de l'obligation naturelle que le concubin avait pu assumer* » ; Cass. 1re Civ., 18 juillet 1962, *Bull. Civ*. I. 1962, pp. 332-333.

[1490] Selon certains auteurs le terme de novation ne devrait pas s'employer en matière d'obligation naturelle dans la mesure où il suppose l'existence d'une dette civile, que l'on éteint pour en créer une autre. Ce qui n'est pas le cas de l'obligation naturelle ; M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse Paris, 1957.
Par ailleurs, la Cour de cassation a utilisé le terme de transformation d'une obligation naturelle et non de novation, en se fondant sur l'existence d'un engagement unilatéral ; Cass. 1re Civ., 10 octobre 1995, *D*. 1997, 85, note N. MOLFESSIS. Dans le même sens, CA Aix-en-Provence, 28 juin 2005, *Dr. Famille* février 2006, comm. n° 49.

[1491] La Cour de cassation a admis la validité d'une convention par laquelle un concubin, au moment de la rupture, s'était engagé à verser à la concubine délaissée une indemnité à condition qu'elle ne l'importune plus. La Cour a considéré que cette promesse valait exécution d'une obligation naturelle ; Cass. 1re Civ., 29 mai 1956, *RTD Civ*. 1956. 108. Voir aussi, Cass. 1re Civ., 6 octobre 1959, *JCP* G 1959. II. 11305, note ESMEIN ; *D*. 1960, p. 515, note Ph. MALAURIE. Cass. 1re Civ., 16 octobre 1967, JCP G 1967. II. 15287.
Aussi a-t-il été reconnu que suite à la rupture du concubinage, le concubin s'est engagé à verser des subsides à sa maîtresse sous forme de pension, son obligation étant devenue civile ; CA Paris, 19 janvier 1977, *D*. 1977, *IR*, 332.

concubin, sous le motif que l'obligation naturelle s'est transformée en en obligation civile[1492].

Il faut donc comprendre que ceux qui ne promettent pas et s'abstiennent de toute exécution spontanée, ne peuvent être contraints d'exécuter une quelconque obligation contractuelle ou naturelle.

Reste alors, à celui qui subit la rupture unilatérale et discrétionnaire, la possibilité de solliciter des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

b) La responsabilité délictuelle : un droit à indemnisation strictement apprécié

Confrontée au droit à l'indemnisation du concubin survivant, la jurisprudence longtemps réticente, a finalement prévu des mécanismes d'indemnisation[1493]. Une fois de plus, cela témoigne de la prise en considération de ce type de relation par le droit.

[1492] Il s'agissait d'un couple ayant vécu en concubinage durant plusieurs années ; deux enfants étaient issus de cette union. Le Juge aux affaires familiales avait fixé la résidence des enfants chez la mère, laquelle était restée au domicile familial appartenant au compagnon. Ce dernier avait souhaité récupérer son bien, en conséquence, il avait introduit une requête en référé afin d'expulsion. L'ex-concubine avait fait valoir une lettre de Monsieur dans laquelle il lui proposait d'occuper l'appartement « *toute sa vie* ». La Cour d'appel s'était prononcée en faveur de l'expulsion. Elle est censurée par la Cour de cassation qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir cherché si, compte tenu des circonstances de la cause, le concubin n'avait pas entendu exécuter un devoir de conscience et n'avait pas transformé une obligation naturelle en obligation civile ; Cass. 1re Civ., 17 novembre 1999, *D*. 2000, Somm. p.419, obs. J.-J. LEMOULAND.

[1493] La Cour de cassation retient que l'article 1382, « *en ordonnant en termes absolus la réparation de tout fait qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien la nature (…) du lien qui doit unir, en cas de décès, la victime avec celui qui demande la réparation, et que la partie civile en l'espèce, invoquait une union de vingt-huit années d'une parfaite dignité, et l'existence d'un enfant commun, de telle sorte que le préjudice apparaissait avec évidence* » ; Cass. Crim., 26 novembre 1926, *DP* 1927, 1, 73, note LALOU.

Cependant, le Conseil d'État a refusé de réparer le préjudice d'une concubine résultant de la mort de son concubin écrasé par un camion militaire parce qu'il affirme que : « *pour obtenir en justice réparation d'un préjudice, il ne suffit pas d'un intérêt, mais qu'il faut pouvoir justifier d'un droit lésé* » ; *S*. 1928, 3, 97, concl. ANDRIEUX, note M. HAURIOU. Le CE n'a admis l'indemnisation de la concubine qu'à partir de 1978 ; CE Ass. 3 mars 1978, Dame *Müesser* ; *JCP* G 1978. II. 18986, concl. M. DONDOUX ; D. COUDEVYLLE, « *Le pretium affectionis : un piège pour le juge administratif* », *D*. 1979, chron. p. 173.

Pour sa part, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure et considère qu'il ne peut avoir lieu à indemnisation du concubin victime par ricochet du fait du décès de l'autre, en raison de l'absence de lien de droit entre les deux ; Cass. 1re Civ., 27 juillet 1937, *Gaz. Pal*. 1937, 2, p. 376 ; *DP* 1938, 1, 5, note SAVATIER ; *S*. 1938, 1, p. 321, note G. MARTY. Voir aussi, Cass. Crim., 13 février 1937, *D*. 1938, 1, 5 et Cass. Civ., 22 février 1944, *D*. 1945, p. 293, note FLOUR.

La Chambre criminelle, quant à elle, admet le droit à réparation en cas de concubinage stable et non adultère ; Cass. Crim., 26 juin 1958, *Gaz. Pal*. 1958, 2, p. 160.

Finalement, la Cour de cassation reconnaît que le responsable du décès d'une personne est tenu d'indemniser le concubin victime par ricochet d'un préjudice moral et matériel ; Cass. Chbres mixtes, 27 février 1970 (Arrêt *Dangereux*), *D*. 1970, p. 201, Note COMBALDIEU ; *JCP* 1970. II. 16305, concl. LINDON, note PARLANGE ; *RTD Civ*. 1970. 353, obs. DURRY.

Soulignons que le décès du concubin constitue un cas de dissolution du concubinage susceptible de générer des droits. Or, lors de la rupture du concubinage par la volonté, aucun processus d'indemnisation n'est prévu ; c'est le droit commun qui s'applique. Le concubin « répudié » ne fait pas l'objet d'une protection particulière alors que le concubin « survivant » va être considéré comme le conjoint survivant. Cela est tout à fait paradoxal : le droit accorde plus de crédit au chagrin résultant du deuil qu'au chagrin d'amour. Le lien de droit entre concubins est reconnu lorsqu'il s'agit d'obtenir une indemnisation d'un tiers responsable d'un accident.

Mais, ce lien de droit est complètement ignoré s'agissant de condamner l'attitude inélégante et brutale du concubin dans la rupture. Dès lors, la concubine abandonnée du fait de la volonté est moins bien protégée que la concubine survivante. Dès 1935, la doctrine a réagi face à cette jurisprudence en la qualifiant de « *surprenante* »[1494], elle relevait encore « *une certaine inconséquence- voire quelque hypocrisie- à maintenir le principe de l'immunité de l'auteur de la rupture unilatérale tout en décidant que le responsable de l'accident qui a coûté la vie à l'un des concubins doit réparation à celui qui partageait sa vie* »[1495].

Suivant la volonté ou le cas fortuit de la rupture du concubinage, le droit réagit différemment. On ne manquera pas de s'interroger comme l'ont fait d'autres avant nous, « *quand l'abus se fait jour, quand l'exploitation de l'un par l'autre apparaît, quand le mépris s'installe, faut-il que le droit s'abstienne en répondant « vous l'avez voulu » ? Non le droit au respect de l'autre peut y pallier* »[1496].

Même si en droit, les concubins n'ont pas de devoirs réciproques d'assistance ou de secours, le droit ne peut rester indifférent face à certaines situations de fait. Confrontés aux abandons de concubins, abusés et désabusés par la confiance de

---

La jurisprudence a également admis l'indemnisation de la concubine adultère ; Cass. Crim., 20 avril 1972 ; *JCP* 1972. II. 17278, note VIDAL. La Cour admet même le droit à réparation d'une concubine du fait du décès de son concubin alors que celui-ci était marié. Il importe de resituer dans le contexte de l'époque où l'adultère constituait un délit (jusqu'à sa dépénalisation en 1975) ; Cass. Crim., 10 juin 1975 (Arrêt *Toros*), *D*. 1975. p. 679, Note TUNC. Notons que les juges du fond ont admis l'indemnisation conjointe de la concubine et de l'épouse ; CA Riom, 9 novembre 1978, *JCP* 1979. II. 19107, note ALMAIRAC.

[1494] P. ESMEIN, « *L'union libre* », *D*. 1935, chron. p. 49.

[1495] D. HUET-WEILLER, « *La cessation du concubinage* », in *L*es *concubinages, approche sociojuridique*, J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), t. I, éd. CNRS, 1986, p. 119.

[1496] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, « *Les fautes de l'an 2000* », *RTD Civ*. 1991. 771.

l'autre, le juge une fois saisi[1497], a été contraint de répondre à un état de fait.

Ainsi, la jurisprudence a admis que la rupture abusive du concubinage puisse donner lieu à réparation au profit du concubin délaissé notamment lorsque la relation a duré plusieurs années. Les circonstances de la rupture vont pouvoir générer un droit à réparation. Une action en dommages et intérêts sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil est possible. En effet, l'article 1382 du Code civil dispose que : « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Cela signifie que le mécanisme de la responsabilité civile exige la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

La preuve de la faute est difficile à mettre en œuvre. Comme pour le divorce et pour le PACS, la faute en elle-même ne peut résulter de la décision de rompre. Il incombe au concubin « répudié » de démontrer l'existence d'une faute détachable de la rupture[1498]. Le préjudice réparable peut être moral et/ou économique.

Si être infidèle ou tromper ne constitue pas une faute en matière de concubinage[1499], il convient alors de se demander en quoi pourrait consister la faute du concubin ayant pris l'initiative de la rupture ?

Il a été admis que la rupture du concubinage après promesse de mariage[1500] ou manœuvres dolosives[1501] peut générer un droit à réparation. Cependant, cette

[1497] C'est la différence avec le divorce, le couple marié doit nécessairement passer devant le juge pour une rupture judiciaire du mariage. Donc, le juge fait partie intégrante du processus de dissolution de la relation, ce qui n'est pas systématiquement le cas en matière de concubinage.

[1498] Le fait pour un concubin qui décide de rompre unilatéralement et discrétionnairement la relation avec sa maîtresse, avec laquelle il avait eu un enfant qu'il avait reconnu, n'est pas considéré comme une faute. La Cour de cassation énonce que : « *de telles constatations sont insuffisantes pour caractériser une faute, en l'absence de tout élément de nature à démontrer que soit la contrainte morale, soit l'abus d'autorité, soit la séduction dolosive, soit tout autre procédé abusif a déterminé la liaison entre demoiselle ESCURE et COUTURE* » ; Cass. 1re Civ., 17 juin 1953, arrêt *Couture, D.* 1953. 596.

[1499] Les juges du fond ont considéré que le fait pour un homme de rompre avec sa maîtresse pour renouer avec sa femme n'est pas constitutif d'une faute ; CA Toulouse 23 janvier 2001, *Dr. Famille* 2001, comm. n° 69, obs. H. LECUYER.

[1500] Cass. Req., 24 juin 1944, *Gaz. Pal*. 1944, 2, p. 82. *D.* 1951, somm. p.7; Cass. 1re Civ., 12 juillet 1955, *D.* 1955, jur. p. 736. Il est question ici de jurisprudence ancienne, il n'est pas certain qu'aujourd'hui les promesses de mariage puissent donner lieu à réparation.

jurisprudence est déjà bien ancienne, il n'est pas certain qu'elle puisse encore être admise aujourd'hui[1502]. C'est essentiellement par un examen au cas par cas que les juges vont sanctionner le défaut d'élégance dans la rupture unilatérale du concubinage[1503].

L'attitude du concubin qui présente sa maîtresse comme sa future épouse, et qui au moment où elle est enceinte lui signifie la rupture sans invoquer contre elle aucun grief, est constitutive d'une faute. Ce concubin a trahi ses engagements dans des circonstances où ladite rupture était particulièrement préjudiciable à la concubine abandonnée, du point de vue matériel comme du point de vue moral[1504].

La faute a aussi pu être retenue, en raison d'une séparation intervenue dans les premiers mois de grossesse de la concubine[1505], suite à la rupture accompagnée d'une assignation brutale en expulsion[1506], d'une rupture annoncée et suivie d'effets alors même que la concubine « répudiée » (et trompée) devait passer un concours[1507].

[1501] Cass. 1re Civ., 7 octobre 1957, *Bull. Civ.* I. 1957, n° 355; *D.* 1958, p. 493, note SAVATIER. Jurisprudence sur la rupture des fiançailles : J. RUBELLIN-DEVICHI, obs. *RTD Civ.* 1989. 281.

[1502] Adeline GOUTTENOIR-CORNUT, « *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage* » ; in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 260.

[1503] Cass. 1re Civ., 29 novembre 1977 ; en l'espèce la Cour de cassation avait retenu la faute du concubin qui avait abandonné sa concubine vieillie et malade pour éviter de la prendre en charge ; *Defrénois* 1978, p. 1129, note J. MASSIP.

[1504] Cass. 1re Civ., 9 janvier 1961, *Bull. Civ* .I. 1961, p. 16.

[1505] Cass. 1re Civ. 6 juillet 1976, *Bull. Civ.* I. 1976, n° 218. La jurisprudence a admis la réparation du préjudice résultant de la rupture unilatérale, notamment lorsqu'elle est « *brutale et sans raison* » (Cass. 1re Civ., 5 mai 1965, *Bull Civ.* I. 1965, n° 299), lorsqu'elle apparaît à une époque particulièrement préjudiciable pour la fiancée en état de grossesse (Cass. 1re Civ., 6 novembre 1974 *Bull Civ*. I. 1974, n° 296; Cass. 1re Civ., 29 avril 1981 *Bull. Civ*. I. 1981, n° 144 ; *Gaz. Pal.* 1989 1374. Rapp) ou encore lorsqu'elle intervient quelques jours avant la naissance de l'enfant (Cass. 1re Civ., 3 novembre 1976, *Bull. Civ*. I. 1976, n° 322).

[1506] CA Rennes, 4 juin 1999, *Dr. Famille* 2000, p. 15, note H. LECUYER.

[1507] Une concubine apprend, à la veille d'un concours, la liaison de son concubin et le désir de ce dernier de mettre un terme à leur relation, alors même qu'ils avaient ensemble des projets de mariage. La Cour d'appel retient que : « *compte tenu des projets de mariage du couple et des circonstances particulières entourant la rupture, M. L a commis une faute préjudiciable à Mlle. L., justifiant l'octroi de 10 000 francs de dommages et intérêts* » ; CA Bordeaux, 4 janvier 2000, *Dr. Famille* 2000 mars 2000, note H. LECUYER, p. 17.

À propos de cette jurisprudence, le Professeur Gouttenoir-Cornut affirme que : *« là encore, l'admission de la faute du concubin paraît être contestable. Le fait même qu'il y ait une liaison avec une autre femme ne saurait en soi engager sa responsabilité en l'absence de fidélité entre les concubins. Lui reprocher de n'avoir rien dit à sa concubine est sans doute excessif voire paradoxal ! S'il lui avait fait lui-même part de sa liaison, on lui aurait reproché de ne pas avoir attendu la fin des examens… Sans doute le concubin n'a-t-il pas pris toutes les précautions nécessaires pour éviter à sa concubine de subir les perturbations de la rupture à un moment où elle avait besoin de toutes ses facultés, mais il paraît difficile d'imposer à l'auteur de la rupture unilatérale du concubinage « l'obligation positive » de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter à l'autre de trop souffrir!* » ; A. GOUTTENOIR-CORNUT, « *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage* » ; in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, pp. 264-265.

Est également constitutif d'une faute, le fait pour un concubin de mettre fin unilatéralement au concubinage alors qu'il avait créé une dépendance économique à son égard[1508]. Le départ brutal du concubin, après 40 ans de vie commune, a également été jugé fautif[1509].

Selon le Professeur Neirinck, « *par des motivations parfois peu rigoureuses, les magistrats tentent donc de rétablir lors de la rupture du concubinage une équité que la loi n'impose pas* »[1510]. D'autres n'hésitent pas à critiquer la « *générosité* »[1511] des tribunaux à l'égard de la concubine délaissée[1512]. L'allocation de dommages et intérêts en matière de concubinage serait, dans une certaine mesure, ce qu'est la prestation compensatoire en matière de mariage. En raison de leur montant parfois élevé, les dommages et intérêts viendrait ainsi compenser la disparité de niveau de vie[1513].

Il n'en demeure pas moins que la faute est strictement appréciée par les juges[1514]. Ces derniers ont ainsi écarté la responsabilité pour faute d'un concubin alors même que ce dernier avait abandonné sa concubine âgée et en mauvaise santé, après 30 ans de vie commune[1515]. Il semblerait que la dépendance économique voulu par le concubin, ainsi que la présence d'enfants, soit jugées plus réparables que les circonstances inélégantes de la rupture[1516].

[1508] En l'espèce, le concubin avait incité sa compagne à déménager et à quitter son emploi. Il lui avait même interdit de travailler. Par ailleurs, il s'était engagé à subvenir à ses besoins et à ceux de leur enfant commun ; Cass. 1re Civ., 29 novembre 1977, *Defrénois* 1978, art. 31827, note J. MASSIP.

[1509] CA Montpellier, 11 octobre 2004, *Dr. Famille*, mars 2005, p. 23, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Cass. 1er Civ., 3 janvier 2006 *JCP* 2006. I. 199, obs CHENEDE.
Déjà en 1998, la Cour de cassation avait considéré que la rupture du concubinage intervenue après une vie commune de onze ans au cours de laquelle, la concubine s'était consacrée exclusivement au foyer et aux enfants communs, était fautive, Cass. 1re Civ., 7 avril 1998, n° 96-10. 581, *Dr. Famille* 1998, comm. 81, obs. H. LECUYER ; Defrénois 1998, art. 36895, note J. MASSIP.

[1510] Claire NEIRINCK, « *Vers un droit commun de la rupture ?* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, p. 32.

[1511] A. GOUTTENOIR-CORNUT, « *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage* » ; *op. cit*., p. 260.

[1512] En 1998, la Cour de cassation retient la faute du concubin pour avoir « *brusquement congédié, après onze ans de vie commune* » la concubine alors même qu'il avait exigé d'elle qu'elle se consacre à l'éducation des enfants et qu'elle renonce ainsi à un emploi. En réparation du préjudice subi, les juges du fond avaient estimés le préjudice à 500 000 francs ; Cass. 1re Civ., 7 avril 1998, *RTD Civ*. 1998. 884 obs. J. HAUSER. H. LECUYER, « *Une prestation compensatoire entre concubins…* », *Dr. Famille* 1998, comm. n° 81.

[1513] A. GOUTTENOIR-CORNUT, « *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage* » ; *op. cit*., p. 268.

[1514] CA Orléans, 25 avril 2000, *Dr. Famille* 2000, Jurisprudence-Data n° 118935.

[1515] CA Paris, 27 février 1979, *D*. 1979, *IR*, p. 508; CA Paris, 30 octobre 1997, *JCP* G 1998. I. 151, obs. H. BOSSE-PLATIERE.

[1516] Les juges du fond ont refusé d'accorder des dommages et intérêts à une concubine en dépit des circonstances inélégantes de la rupture : espoir légitime d'un mariage, évènement annoncé publiquement… La rupture est intervenue après une longue vie commune : un soir en rentrant d'un colloque le concubin la lui annonce et s'en va

En 1999, les juges du fond vont même plus loin en considérant un partage des fautes. En l'espèce, un homme marié vit en concubinage avec sa maîtresse depuis trois ans. Monsieur n'étant pas encore divorcé, le mariage avec la concubine est ajourné. Cette dernière, exaspérée, forme une action en dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Les juges ont retenu que « *Monsieur S. a sciemment entretenu, aussi longtemps que cela lui a été possible, la croyance qu'il était en capacité de se marier, et d'une façon générale, s'est joué des sentiments que lui portait sa concubine* ».
Mais ils retiennent également que « *Mlle P. a pour sa part commis à l'origine cette faute d'accepter d'entretenir une relation avec un homme qu'elle savait marié, au mépris des règles qui régissent notre société civile, faute sans laquelle le dommage qu'elle déplore ne se serait pas produit. Qu'il s'en suit qu'un partage de responsabilité doit être ordonné à hauteur de 2/3 pour M. S et d'1/3 pour sa victime. D'où il suit qu'il doit être alloué à la demanderesse une indemnité de 10 000 francs en application du partage sus-évoqué* »[1517].

Il convient de se demander si en matière de responsabilité civile, le consentement de la victime peut supprimer la responsabilité de l'auteur du dommage ? Autrement dit, la victime doit-elle subir les conséquences économiques des risques qu'elle a consentie à prendre[1518].
Selon Madame Vich-Y-Llado, il n'est pas possible de retenir « *l'idée d'un consentement de la victime sous la forme d'une acceptation des risques inhérents à la*

---

avec la voiture. Par ailleurs, la concubine, à la demande du concubin affirme avoir cessé de travailler à temps plein pour prendre un emploi à mi-temps. Les juges du fond ont soulignés que le couple n'avait pas d'enfant et que la concubine a toujours travaillé. Dans cet arrêt, le préjudice résultant de la rupture a pris le pas sur la faute ; CA Paris, 16 novembre 1999, juris-Data n° 104894, *Dr. Famille* 2000, comm. n° 56, obs. H. LECUYER.

[1517] TI d'Épernay, 15 octobre 1999, *Dr. Famille* 1999. 8, « *Rupture du concubinage adultère : les fautes étaient partagées* », note H. LECUYER.

[1518] H. HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, 1969.
Selon Michel MULLER : « *le consentement de la victime va (alors) supprimer l'élément illicite de la faute. La victime doit subir l'incidence économique des risques qu'elle a accepté (...). Son consentement interdit alors de voir une faute dans la rupture de l'union par le partenaire* ». En effet, lorsque la victime a consenti à prendre des risques économiques (notamment celui de se voir abandonner du jour au lendemain sans ressources), elle ne peut se retourner contre son ou sa partenaire. Cependant, il poursuit son raisonnement en indiquant que lorsque le consentement de la victime est altéré, cela signifie qu'elle n'a pas accepté le concubinage et les risques d'abandon : là résiderait la faute. Ainsi, en est-il en matière de séduction dolosive, d'abus d'autorité ou d'influence, ou encore de promesse de mariage. La promesse a altéré le consentement à l'origine de la relation. La faute a engendré le concubinage, sans cette faute le dommage subi n'aurait jamais existé ; M. MULLER, « *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources* », *D.*1986, chron. p. 329.

précarité de l'union »[1519]. En effet, le droit doit protéger le plus faible. La connaissance des « risques » ne saurait suffire à justifier l'attitude inélégante et brutale du concubin qui décide de la rupture.

Cependant, comme pour le divorce et comme pour le PACS, en matière de rupture unilatérale et discrétionnaire, la réparation n'est pas généralisée, elle reste tout à fait exceptionnelle.

[1519] D. VICHY-Y-LLADO, *La désunion libre*, t. I, éd. L'Harmattan, 2001, p. 44.

Conclusion

Aucun formalisme n'est exigé pour la dissolution du concubinage parce que rompre est ici bien plus qu'un droit, c'est une liberté fondamentale. Le tout est de savoir si le concubin « répudié » avait pris conscience de l'importance de cette liberté au début de la relation.

On ne peut que s'interroger, une fois encore, sur la cohérence de ce positionnement jurisprudentiel visant à rejeter les répudiations musulmanes alors même que la rupture unilatérale et discrétionnaire est grandement présente dans le dispositif législatif et jurisprudentiel français.

À l'ère de l'édification d'un droit commun du couple, on ne peut s'empêcher de considérer tous les modes de conjugalités et de quasi-conjugalités.

Face à ceux qui contesteraient l'équivalence de ces unions de fait qui n'auraient rien de comparable à l'union de droit qu'est le mariage, on pourrait aisément objecter que le concubinage fait partie du droit puisqu'en 1999, le législateur en a donné une définition. Les concubins restent dans une certaine mesure soumis au droit, et si aucun cadre statutaire ou contractuel légal ne s'impose à eux, ils restent, malgré tout, soumis au droit commun[1520]. Car il existe un ensemble de dispositions légales éparses qui vont pouvoir s'appliquer en matière de rupture du concubinage.

Par ailleurs, quand bien même le concubinage est une union de fait, il se forme par le couple. La tendance actuelle étant à l'uniformisation des couples. On ne peut pas vouloir uniformiser les statuts de couple et en même temps refuser de les assimiler. La « répudiation de fait » du concubinage semble être l'image noircie du divorce pour altération définitive du lien conjugal et de la rupture unilatérale et discrétionnaire du pacte civil de solidarité.

[1520] S'applique aux concubins, le droit des biens, le droit des contrats, le droit de la responsabilité, le droit du crédit, et le droit des obligations en général. En matière de droit des contrats et des quasi-contrats sont utilisées, les notions : de société, de prêt, d'entreprise, de mandat exprès, tacite ou apparent, de gestion d'affaire ou d'enrichissement sans cause.

Ainsi, à travers le concubinage, les concubins ont entendu refuser les contraintes du mariage et par là-même, ils ont renoncé à la protection que ce dernier apporte. Cette volonté de liberté, en refusant de se marier ou de se pacser ne devrait pas être encouragée. Du moins, les concubins ne devraient-ils pas pouvoir bénéficier d'avantages dévolus aux autres couples.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Si nous avons choisi d'intituler cette étude « *La sécularisation de la répudiation en droit français* », c'est que d'une certaine façon nous avons voulu démontrer que les effets de la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage subie par l'épouse répudiée dans les systèmes de droit musulman ne sont, ni plus ni moins différents que ceux imposés au conjoint défendeur à un divorce pour altération, au partenaire ou au concubin subissant la rupture unilatérale et discrétionnaire de la relation.

Dès lors, le fait de rompre unilatéralement et discrétionnairement le mariage, le PACS ou le concubinage paraît ressortit d'un droit très subjectif, justifié par la liberté individuelle. On retiendra que « *l'individualisme connaît un développement inquiétant ; il entraîne le doute ou du moins le rejet des formalités et des contraintes qui réglaient les unions familiales* »[1521]. En définitive, le droit contemporain ne refléterait que l'image « *d'un égoïsme destructeur* »[1522]. Mais n'oublions pas que, nous sommes dans la continuité de l'Histoire car dès l'origine, l'homme a toujours été au service de ses besoins les plus élémentaires[1523]. Il est juste que, depuis quelques décennies, la tendance qui se dessine est celle d'un droit faisant la promotion de cette liberté individuelle, notamment lors de la rupture de la relation de couple. Au nom de cette liberté, il est admis que l'un de ses membres « répudie » l'autre en toute quiétude.

Nous sommes bien évidemment conscients, et nous le répétons, que le calque parfait n'existe pas entre la répudiation, le divorce pour altération, la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS et du concubinage.

[1521] François DAGOGNET, « *Libres propos d'un philosophe* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, éd. Litec, 2002, p. 16

[1522] X. LABBEE, « *Reconstruire la famille : le droit commun du couple* » ; *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? »* du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 5.

[1523] J. GAUDEMET, « *L'apport du droit romain* » ; *in* Cl. BONTEMS (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001, p. 34. P.-F GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, éd., Dalloz, 2003, p. 177.

Il n'en reste pas moins qu'à l'issue de cette étude, nous en sommes venus à formuler quelques axes de réflexions majeurs regroupés sous deux ensembles, l'un relatif à la nécessité de définir le couple et à travers lui, la famille (I), le second à la nécessité de réagir face aux conséquences de l'individualisme (II).

I. La nécessité de définir le couple et la famille : prolégomènes constructivistes

La méthodologie juridique impose constamment au juriste d'expliciter son exposé en commençant par définir les termes du sujet. Cela suppose une parfaite connaissance du droit, mais aussi un savoir et une culture générale certaine, c'est en ce sens que nous employons l'expression de prolégomènes constructivistes. Car il importe de regrouper l'ensemble des notions préliminaires à une science avant de pouvoir l'aborder. Or, en droit de la famille, il semble nécessaire d'apporter une définition juridique au couple (A) afin de mieux comprendre la famille (B).

A. La définition juridique du couple : une nécessaire démarcation

Avant de constituer un couple, il est essentiel, aujourd'hui, de savoir ce qu'est le couple. Cette définition est importante car elle détermine aussi le statut juridique de ses membres : mari et femme, partenaires, concubins ou concubines… Quand bien même il tendrait à un droit commun du couple, il ne faut pas s'y méprendre : le mariage n'est pas le PACS et le concubinage n'en a que les apparences.

Dans l'imaginaire populaire, le concept de couple reste une référence essentielle, une entité à laquelle il faut appartenir parce que finalement être célibataire c'est être seul. Si le mariage est perçu comme l'union de couple par excellence, on connaît de lui plus sa dissolution que son contenu. Le mariage fait peur parce qu'il est comparé constamment aux autres formes de couples que sont le PACS et le concubinage, formes d'unions désormais reconnues par la loi.

Accorder des droits en surnombres aux partenaires et aux concubins identiques à ceux qui sont mariés, ne fait qu'encourager les hommes et les femmes à construire une conjugalité non pas fondée sur le respect (on n'ose dire l'amour) et la solidarité, mais sur l'avantage fiscal et les droits sociaux… Donc, instinctivement on perd de vue les droits et les devoir de chacun qui se résument à la simple cohabitation et à la prise en charge des frais de la vie courante. L'individu en perte de valeurs morales, ou à la recherche continuelle de la satisfaction de ses propres besoins, n'en est que plus déstablilisé lors de la rupture de la relation.

En conséquence, « *ne serait-il pas utile de former les esprits à ce qu'est la vie de couple : une liberté partagée et non mutilée, une vie construite à deux et non en parallèle* »[1524]. Cela passe par une définition de la notion de couple, qui suppose des degrés d'engagements différents selon qu'il s'agit du mariage, du PACS ou du concubinage. Dans le mariage, le couple doit constituer le socle fondamental de la famille, l'engagement qui en découle est plus important que pour les autres couples puisqu'il prend tout son sens lors de la rupture de la relation.

Il serait alors bon de démarquer la vie du couple marié des couples non-mariés. L'uniformisation de certains droits ne doit pas amener à la confusion des modes de conjugalités, d'autant que de nos jours, il n'existe plus un modèle de famille, mais des familles.

B. Du couple à la famille : la famille musulmane et la famille laïque

À la question : « la France a-t-elle sécularisé la répudiation religieuse telle que décrite par l'Islam », il nous faut répondre non et espérons qu'elle ne le fera jamais. La fermeté avec laquelle la Cour de cassation refuse de reconnaître les répudiations marocaines et algériennes- en dépit des efforts effectués par la Maroc et l'Algérie pour en adoucir les conséquences- motive notre réponse négative.

[1524] B. BEIGNIER, « *Réussir son divorce : une illusion ?* », *Dr. Famille* 2010/n° 12, Comm. 11.

Mais alors, comment comprendre que dans le même temps, la France instaure le divorce pour altération définitive du lien conjugal, la résiliation unilatérale du pacte civil de solidarité et admette les ruptures informelles de concubinages ? Comment gérer ce paradoxe ?

On ne peut l'expliquer qu'en tenant compte de différents paramètres tenant à la notion de famille en droit musulman (1°) et à la famille laïque en droit français (2°).

1°. La famille en droit musulman

Dans les pays musulmans, le mariage est la seule forme de conjugalité reconnue. Dans la mesure où les principes légaux ne sont guère séparés des principes religieux, le droit musulman défend une seule et unique forme de couple, et a une vision très traditionnelle de la famille.

Il est certain qu'il ne reconnaîtra jamais le couple de concubins et encore moins le couple homosexuel : le premier est hors-la loi et le second révèle souvent d'une infraction pénale. L'union libre n'a aucune existence factuelle ou juridique, elle ne génère pas comme en France de droits ou avantages identiques à ceux des couples mariés, même à l'égard des enfants. Cette forme de conjugalité est impensable.

La famille de fait, sans célébration du mariage, ne peut coexister avec la famille de droit. Le couple n'existe que par le mariage, quand bien même celui-ci se réduirait à sa forme religieuse[1525]. Or, cette vision est bien loin de la famille française actuelle.

2°. La famille laïque en droit français

En France, la famille est plurielle puisqu'on vit dans une société de libre choix : le choix de la conjugalité, le choix de la famille, le choix des enfants[1526].

[1525] Pour autant, cela ne signifie pas que la société musulmane ne connaisse pas certains phénomènes tels que la prostitution ou les familles monoparentales composées essentiellement de mères célibataires. Mais, d'un point de vue juridique aucune revendication, que ce soit au titre de l'égalité ou au titre des discriminations, ne peut être invoquée pour obtenir la symétrie des droits avec le mariage. C'est principalement le milieu associatif qui tente d'intervenir en raison de la dignité de la personne humaine et non pas au nom de l'égalité de traitement.

[1526] « *L'enfant arrive, non pas quand la nature le donne, mais quand on l'a voulu* » avant, pendant ou hors-

Contrairement au droit musulman, en droit français, il existe trois formes officielles de conjugalités que sont le mariage, le PACS et le concubinage. Ces couples, nous l'avons vu, disposent pratiquement d'un statut commun qui leur permet de bénéficier de droits identiques dans certaines matières.

En outre, il convient de préciser que les principes régissant le droit du couple n'ont plus grand chose à voir avec les principes religieux dont ils sont totalement séparés.

Ainsi, la nécessité de définir implique de rechercher un concept, de le situer et d'en faire une présentation la plus objective possible. Ensuite seulement, il sera possible de comprendre la notion et de l'utiliser. Au-delà de ce préalable de définition, il est tout aussi nécessaire de réagir face à une matière aussi essentielle que le droit du couple et de la famille.

II. La nécessité de réagir face aux conséquences de l'individualisme

La justice en matière de droit de la famille ne correspond plus à l'évolution de la société et des tendances actuelles en matière de rupture (A). En outre, il semblerait que l'on assiste à l'émergence d'un ordre public familial qui se situerait entre égalité et réalité (B)

A. Une justice familiale à repenser

La rupture au sein du couple, marié ou non- marié, appelle parfois un besoin de justice. Cependant, face à cette attente, il importe de souligner que le système

---

mariage ; X. LABBEE, « *Reconstruire la famille : le droit commun du couple* » ; *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, p. 5.

La notion de famille existe essentiellement à travers l'établissement des liens de filiation. En l'absence d'enfants et de propriété, l'on peut supposer que la rupture unilatérale du PACS et du concubinage peut très bien demeurer en dehors de tout cadre judicaire. En effet, « *certaines séparations restent dans le domaine du non droit à cause de l'exigence d'une intervention humaine pour accomplir le droit. (…). Si l'intérêt qui s'y attache est trop faible, il ne se rencontrera personne pour plaider, voire pour réclamer amiablement. Le droit aura été neutralisé par le coût de son accomplissement…* » ; J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur,* 10e éd., LGDJ, 2001, p. 264.

judiciaire manque, non seulement de moyens humains pour réguler le contentieux (1°), mais aussi de cohérence (2°).

1°. Le manque manifeste de moyens humains

Lorsqu' au sein du couple règne la concorde, il n'est nulle raison que la justice intervienne. Le droit qui régit la vie conjugale ou quasi-conjugale ne fait qu'orienter, de façon très abstraite, le quotidien du couple. Par contre, aussitôt que la discorde apparaît, au-delà de la difficulté de l'épreuve très intime, le couple doit affronter un univers très particulier : celui de la justice. Pour certains, c'est à l'occasion de la rupture de leur relation qu'ils ont affaire à la justice pour la toute première fois. Le profane est perdu dans cet univers avec ses codes, son langage, ses ramifications, son système opaque… La justice est censée apporter l'équilibre à défaut de vérité, difficile dans cette matière.

Le premier interlocuteur du couple en crise est le juriste-conseil : l'avocat. L'accompagnement et l'écoute de ce dernier sont essentiels dans la procédure de divorce. La banalisation du phénomène ne doit pas faire perdre de vue aux professionnels du droit- avocats et magistrats- que pour ces personnes c'est la fin d'une tranche de vie, la fin d'une relation, notamment lorsque celle-ci est plus subie que voulue. Dans la rupture unilatérale et discrétionnaire, le juriste a un rôle primordial dans le processus de dissolution de la relation. Ce n'est pas tout de vouloir pacifier, encore faut-il expliquer, conseiller et se faire comprendre, prendre le temps et accorder le temps de la réflexion.

Le contentieux familial est tel au sein des tribunaux, qu'un Pôle de la famille est plus que nécessaire. Le législateur a voulu unifier les contentieux de couple entre les mains d'un seul et même juge : le Juge aux affaires familiales, ce qui est un progrès. Pour autant, si tous les couples mariés et non-mariés peuvent saisir le juge pour régler leur conflit lors de la rupture et même post-rupture, ce dernier doit faire face à un contentieux de masse toujours plus important. Les affaires s'amoncellent en permanence, contraignant le juge à ne plus borner son temps de travail. La justice familiale manque cruellement de moyens, alors que l'importance de la matière

nécessite de réagir. Aborder efficacement la rupture et ses conséquences ne peut se faire indépendamment du juge, lequel ne peut à lui seul répondre, en un temps record, à toutes les demandes. Il faut donc plus de Juges aux affaires familiales pour une justice plus adaptée aux évolutions de la société ; cela implique également qu'il y ait plus de greffiers. L'enjeu n'en est que plus important pour la famille, aussi plurielle et multi-plurielle soit-elle.

Réagir suppose d'avoir compris ce dont il est question. Ceux qui restent sans réaction sont généralement ceux qui n'ont pas fait l'effort de comprendre. Ceux qui subissent sont soit débordés, soit dépassés. La méconnaissance est une pauvreté de l'esprit. S'agissant de l'institution de la répudiation, les malentendus sont persistants dans ce domaine.

2°. Le manque de cohérence du système

Le droit de la famille est un droit particulier, qui aux premiers abords paraît très concret, mais dès lors qu'intervient un élément d'extranéité, des mécanismes et des concepts internationaux entrent en concurrence avec le droit national.

La question de la répudiation musulmane renvoie directement à la question de la femme en Islam. C'est un sujet intarissable pour lequel on se passionne, pour lequel on dresse des étendards, on se soulève, on s'indigne du traitement qu'elle subie du fait de sa condition… Il est important comme pour toute société, de dénoncer les abus dont sont victimes les femmes ; mais la généralisation, et à travers elle la stigmatisation, ne devrait pas être permise.

La répudiation dite musulmane est présentée comme une institution où l'homme disposerait de pouvoirs illimités dans la vie conjugale alors que l'épouse serait une femme entièrement soumise à sa volonté. À tel point qu'on occulte, volontairement ou non, les autres modes de dissolutions du mariage, y compris le divorce consensuel. C'est faire preuve d'ignorance, car il n'y a rien de pire pour l'esprit que de se laisser submerger par pareille facilité. Le terme même de *talâk*, traduit par la répudiation

musulmane, englobe plus largement toutes les formes de rupture du lien matrimonial, quelle qu'en soit les causes : peut-être que, de là vient la confusion.

Il n'est pas question d'accepter ou de rejeter la répudiation, mais de savoir la comprendre en tant que mode de dissolution et non en tant qu'attribut exclusif et arbitraire de l'époux musulman. C'est la raison pour laquelle nous avons examiné la répudiation musulmane telle qu'elle résulte des prescriptions religieuses, et nous constatons qu'elle est simplement conçue comme un mode de dissolution du mariage.

C'est essentiellement la pratique abusive de certains hommes qui est à déplorer parce qu'à l'origine, l'institution de la répudiation musulmane n'est pas pensé comme « libératoire » du lien conjugal, mais elle est surtout présentée comme un acte de réflexion majeure s'imposant au mari, lequel doit respecter son épouse pendant tout le processus de rupture (des délais, *idda*, de 3-4 mois). S'il n'a pas à s'étendre sur les motifs de sa décision, aussi futiles et aussi graves soient-ils, il lui incombe de prendre en charges la rupture avec décence. C'est plus une question de personne que de culture ou de religion.

Le *talâk* suppose la connaissance de l'institution de la répudiation en tant que mode de dissolution du mariage telle qu'elle est en vigueur dans les pays de droit musulman. Un examen circonstancié tant de la procédure suivie que de ses effets s'impose au juge de l'exequatur. Lorsqu'elle intervient dans le cadre frauduleux où l'époux bafoue les droits de l'épouse, il est parfaitement normal de refuser d'en connaître les effets en France.

Toutefois, dans le cas contraire où les droits de l'épouse ont été respectés conformément au droit du pays, que la procédure a été loyale et contradictoire, le rejet de la répudiation n'est pas sans poser quelques tracas au niveau international.

Par ailleurs, en matière de divorce, le juge a l'obligation de rechercher la teneur du droit étranger. La Cour de cassation n'a de cesse de le rappeler s'agissant d'époux mariés à l'étranger et de nationalité étrangère. La jurisprudence manque ici encore de

cohérence dans la mesure, où il suffit d'invoquer la violation de l'ordre public français pour écarter l'application du droit étranger.

Pour autant, l'argument de la violation du principe d'égalité est-il suffisant pour justifier le rejet des effets de la répudiation en France ?

B. Un ordre public familial entre égalité et réalité

Il est certain que la notion d'égalité a une portée toute relative, quand bien même il s'agit d'un concept voulu universel (1°). Reste que l'essentiel doit demeurer la protection juridique du couple et de la famille (2°).

1°. Le principe d'égalité : la relativité d'un concept voulu universel

Il est reproché à la répudiation musulmane d'être un mode de rupture du mariage dont seul le mari peut faire usage. C'est ici la différence fondamentale avec les modes de ruptures unilatéraux et discrétionnaires du droit français. Sous couvert du manquement au principe d'égalité, les répudiations musulmanes font l'objet depuis quelques années d'un rejet systématique dû à un courant « égalitariste ».

Mais il nous semble qu'à lui seul, cet argument ne saurait être pleinement satisfaisant, car comment pourrait-on en toute objectivité, déterminer le contenu précis de ce principe d'égalité ?

Le concept d'égalité doit être utilisé avec une extrême prudence. L'égalitarisme à outrance est effrayant dans le sens où il nie toute ouverture, toute compréhension et coupe court à tout échange et à toutes discussions. Il a été permis d'étendre le PACS aux couples hétérosexuels qui, pourtant, n'en avaient pas besoin. Pourquoi ne pas avoir poussé la logique juridique jusqu'à permettre à des frères et sœurs de conclure un tel contrat pour payer moins d'impôts ? Ce même principe d'égalité n'est-il pas à l'origine de la loi relative au nom de famille ? Au fond, l'égalité a les limites que le législateur veut bien lui donner.

L'égalité est conçue en termes de réciprocité, d'équilibre dans les droits et devoirs de chacun. Il faut bien admettre qu'au sein du couple, il existe toujours un déséquilibre : il y a forcément une partie qui est désavantagée et lésée par la rupture unilatérale et discrétionnaire. Ainsi, le droit au mariage, de même que le droit au divorce sont érigés comme des droits tenants aux droits individuels. Mais s'agissant des étrangers, ces droits doivent laisser place à un ordre public matrimonial, toujours un peu plus grand et plus intrusif. Le conjoint étranger n'est pas en rapport de parfaite égalité avec celui qui est français ou celui qui en situation régulière[1527], pas plus que ne l'est le conjoint âgé face au conjoint plus jeune, ni celui qui est malade face au conjoint bien portant, le pauvre face au riche, le naïf face au manipulateur, l'amoureux transi face à celui qui n'aime plus (ou qui n'a jamais aimé), l'égoïste face à l'altruiste, le croyant face à celui qui n'a aucun scrupule… La liste est longue !

Dès lors, il est possible d'étendre ou de restreindre le champ de l'égalité en fonction de ce qui est arrangeant. Si l'on s'en tient à l'égalité des droits, celle-ci souffre de nombreuses atténuations. L'égalité parfaite et symétrique n'existe pas, le principe d'égalité ne serait en réalité qu'un leurre[1528].

En conséquence, le droit ne remplit pas sa fonction initiale, et parler de discrimination ou d'égalité paraît alors bien futile car le droit devrait être là de façon générale pour protéger le plus faible et établir un équilibre. Or, concrètement, le droit français du couple n'est pas cohérent et laisse - sous couvert d'égalité- la faille à la merci du plus fort : il permet à tout compagnon, partenaire ou conjoint de se débarrasser de l'autre sans motif. Le juge, par principe, est absent lors de la rupture du PACS et du concubinage et il ne fait que prendre acte de la rupture dans le cadre d'un divorce pour altération. S'il fallait mesurer le degré de sécurité de chacune de ces ruptures en droit français, le divorce pour altération l'emporterait, viendrait ensuite le PACS puis le concubinage. On relèvera que ces deux derniers ne sont que « *des formes d'unions*

[1527] X. LABBEE « *L'ordre matrimonial à deux visages* », *JCP* G., n° 16-17, 15 avril 2009, p. 5.
[1528] Monsieur Labbée s'est demandé si « *la liberté et l'égalité dans le couple n'est-elle pas un leurre ? N'y a-t-il pas dans tout couple un conjoint plus âgé, en moins bonne santé, sans travail, ou que la vie a défavorisé ? Ce conjoint peut-il rester soumis à la loi du plus fort ? Le législateur ne doit-il pas le protéger contre le bon vouloir de l'autre ? N'est-il pas temps de clarifier et de redessiner l'ensemble du droit conjugal ? Si l'on peut encore simplifier le divorce, ne faut-il pas maintenant judiciariser le droit du couple et du PACS en particulier ? Il y a encore du chemin à parcourir* » ; X. LABBEE « *Et si le PACS restaurait l'esclavage ?* », *JCP* G., n° 17, 23 avril 2008, p. 4.

inférieures au mariage, dominées par la précarité, l'irresponsabilité et la loi du plus fort »[1529]. Pour preuve, la récente loi relative aux violences conjugales a, certes, étendu la protection à tous les couples, néanmoins pour les couples non-mariés cette protection est temporaire, limitée dans le temps à quatre mois[1530]. Rien n'a été prévu à l'issue de cette période.

D'où la nécessité de judiciariser la rupture notamment en matière de PACS. En effet, s'il n'est pas possible de revenir en arrière sur les droits acquis et restreindre l'accès du pacte aux couples de même sexe, on ne peut laisser les partenaires se livrer à la loi du plus fort. La liberté de rompre ne saurait justifier le manque de considération et de respect dû à chacun. L'attitude du législateur est en contradiction avec les normes qu'il édicte. Le PACS manque de cohérence, il est devenu une catégorie intermédiaire, une sorte de quasi- mariage où se retrouvent des couples peureux de l'engagement parce que finalement, le pacte n'est pas un engagement sérieux : il est le mariage sans le risque du divorce. C'est uniquement dans les mots et par la symbolique, pour ceux qui s'en contentent, que le PACS est un contrat. Il n'est en réalité qu'une sous catégorie de contrat. Si l'on veut faire du PACS une véritable union juridique, il doit nécessairement disposer d'un régime juridique de dissolution. Il n'est plus possible de poursuivre dans la voie de la déjudiciarisation de la rupture. Le couple a besoin d'engagement franc et véritable, et cela ne peut être renforcé que par l'établissement d'un régime juridique de dissolution plus rigoureux.

Nous réclamons donc la judiciarisation de la rupture, notamment la rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS. Cette rupture pourrait se faire devant le juge, meilleur garant des droits et libertés de chacun (à condition que des moyens humains soient déployés au sein des juridictions).

Laisser court à la liberté individuelle sans aucune limite peut être néfaste pour la famille, et elle risque, si cela n'est déjà fait, de justifier tous les excès des individus, aussi vils et importants soient-ils.

[1529] X. LABBEE, « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D*. 2008, p. 2355.
[1530] Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JO n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

2°. La protection juridique : un enjeu de société

La question qui se pose est de savoir si le couple mérite protection. Si le couple n'est que l'union de deux individualités jalouses de liberté, alors il n'est pas utile de le protéger et l'on peut le chasser du droit de la famille, voire du droit tout court. Mais nous avons observé que le droit objectif contemporain ne nie pas l'existence du couple, au contraire, il le prend en compte, au risque peut-être d'avoir à lui donner un autre fondement.

En effet, beaucoup se demandent si le droit du couple fait encore partie du droit de la famille, ou s'il n'a pas rejoint le droit commun des obligations. Le droit de la famille, dans son ensemble, ne formerait-il pas qu'un département spécifique du droit des obligations ? Car aujourd'hui, la rupture conjugale en France s'inspire essentiellement des principes de la rupture contractuelle : la rupture consensuelle (la résiliation *mutuus discensus*) ; la résiliation unilatérale (qui pourrait correspondre à une répudiation) et la résiliation pour inexécution fautive du débiteur (qui renverrait au divorce pour faute). On pourrait ainsi enseigner le droit du couple comme une matière spéciale du droit général des obligations et non plus du droit de la famille.

Faut-il comprendre que l'ordre public conjugal s'inspire de l'ordre public contractuel ?

Certains en doutent et considère que l'ordre public matrimonial serait en fait inexistant puisque le couple ne serait que l'union de deux individualités[1531]. L'ordre public matrimonial permettrait en fait à chacun de faire ce qui lui plaît. Nous pensons, de notre côté, que l'ordre public matrimonial devrait être d'inspiration contractuelle. Il est évident que le droit des contrats, fait de liberté (contractuelle) et d'égalité (des contractants), ne peut admettre l'inégalité de l'homme et de la femme, ou la supériorité du mari sur l'épouse. Aux yeux du droit commun des obligations, la répudiation musulmane apparaît comme une technique contraire aux principes fondamentaux du droit des contrats. À ce titre, il est donc logique qu'elle ne soit pas reconnue par le droit français.

[1531] F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Thèse, Paris, LGDJ, 2008.

Mais que penser de la rupture discrétionnaire « à la française » du couple contemporain ?

Si les principes qui présidaient à son organisation étaient effectivement ceux que l'on connaît en matière contractuelle (respect du préavis, sanction de la rupture abusive) il n'y aurait rien à dire, ce qui n'est pas le cas. L'absence de contentieux en matière de PACS ne permet pas de savoir véritablement comment se séparent les partenaires. La jurisprudence en matière de concubinage paraît cependant sanctionner la rupture abusive (et donc la « répudiation » abusive).

Si le droit des contrats ne permet pas à un contractant de se dégager discrétionnairement de son cocontractant, alors pourquoi le droit conjugal le permettrait-il ?

Loin de vouloir, coûte que coûte, maintenir une union, nous pensons que celle-ci ne devrait pas être marquée par la toute puissance de l'un sur l'autre, peu importe finalement qu'il s'agisse du mari ou de la femme. Le droit conjugal ne peut être un instrument instaurant la domination de l'un sur l'autre. Nous estimons qu'il faut créer, en matière conjugale, des principes protecteurs du plus faible parce que le couple ne doit pas être une structure où l'un est au service de l'autre. C'est le droit de la famille qui ira inévitablement à sa perte si on ne défend pas le couple qui lui sert de fondement.

L'essentiel n'est-il pas de sauver le couple et à travers lui la famille, structure sociale par excellence ?

Le législateur doit davantage songer à la famille et encadrer la rupture, notamment la rupture unilatérale. À partir du moment où a existé une « *communauté de vie stable et durable* », la rupture doit être entourée d'un cadre légal. L'intervention du juge devrait être automatique en matière de rupture du PACS, car le but est la protection de l'intérêt familial. Pour ce qui est du divorce pour altération définitive du lien conjugal, il n'existe pas à notre sens, de rupture du mariage sans motif ; aussi considérons-nous

que « l'équité » devrait être plus prise en considération s'agissant de l'attribution de la prestation compensatoire.

S'il faut admettre la rupture unilatérale, il nous semble que celle-ci ne peut pas être discrétionnaire et sans conséquences. Elle doit pouvoir être assumée car comme l'a si finement écrit Victor Hugo : « *Tout ce qui augmente la liberté, augmente la responsabilité* »[1532].

[1532] Victor HUGO, « Paris et Rome », in *Actes et Paroles : Depuis l'Exil 1870-1876* ; éd. Nabu Press, 2010.
Plus la liberté dans la rupture de la relation de couple est importante, et plus la responsabilité qui en découle devrait l'être. Par ailleurs, si cette liberté résulte d'un choix, cela implique nécessairement de pouvoir assumer la responsabilité de cette rupture ; Emmanuel KANT, *Critique de la raison pratique* (1788), trad. Luc FERRY et Heinz WISSMANN, éd., Gallimard, 1985 ; Trad. PICAVET, PUF, Coll. Quadrige, 1997.

SOURCES

I. LÉGISLATION

Code civil
Code de procédure civile
Code de l'organisation judiciaire
Code de la consommation
Code de la fonction publique
Code de la santé publique
Code de la sécurité sociale.
Code des assurances
Code du travail
Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)
Code de la nationalité
Code de droit canonique
Code de droit international privé (belge), éd. Bruylant
Instruction Générale Relative à l'État civil (IGREC)

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ; JO. du 11 décembre. ; Recueil Général des Lois et des Arrêts 1906, p. 182, Partie Législative.

Loi du 5 août 1914 « familles nécessiteuses », *JORF* du 06 août 1914 page 7127.

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JO. du 12 juillet 1975, p. 7171.

Décret n° 89-37 du 24 janvier 1989, JO. du 27 janvier, p. 1233.

Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à l'amélioration des rapports locatifs ; JO. du 8 juillet 1989.

Loi n° 93-933du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité ; JO. du 23 juillet 1993, p. 10342.

Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 dite « *loi Pasqua* » relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; JO. du 29 août 1993, p. 12196.

Loi n° 93-1147du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil ; JO. du 1er janvier 1994, p. 11.

Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite « loi Chevènement » ou loi « RESEDA », JO. du 12 mai 1998, p. 7087.

Instruction générale du garde des Sceaux relative à l'état civil du 11 mai 1999 ; JO. du 28 juillet 1999.

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, JO. du 16 nov. 1999, p. 16959.

Décret n° 1999-1090 du 21 décembre 1999 et le décret n° 1999-1091 du 21 décembre 1999 (abrogés).

Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, relative à Mayotte, JO. du 13 juillet 2001, p. 11199.

Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 sur le nom de famille, JO. du 5 mars 2002, p. 4159.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO. n°54 du 5 mars 2002, p. 4161, texte n°3 ; p. 4161.

Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, relative à l'Outre Mer, JO. du 22 juillet 2003, p. 12320.

Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 dite « loi Sarkozy », relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JO. du 27 novembre 2003, p. 20136.

Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JO. du 27 mai 2004, p. 9319.

Loi de finance pour 2005 (n° 2004-1484 du 30 décembre 2004) ; JO n° 304 du 31 décembre 2004.

Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ; JO. du 1er février 2005.

Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme des filiations, ev. le 1er juillet 2006, JO. n°156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte n° 19.

Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JO. n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097.

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO. du 24 juin 2006.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, dite « loi Sarkozy II », JO. n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

Loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relatives au contrôle de la validité des mariages ; JO du 15 novembre 2006 ; ev. le 1er mars 2007, décret d'application publié au JO. du 11 mai 2007 (décret n° 2007-773 du 10 mai 2007).

Décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité ; JO. du 31 décembre 2006.

Décret n° 2006-1807 du 23 décembre 2006 relatif à l'enregistrement, à la conservation et au traitement des données à caractère personnel relatives à la formation, la modification et la dissolution du pacte civil de solidarité ; JO. du 31 décembre 2006.

Loi organique n° 2007-223 du 21 janvier 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'Outre-mer, complété par la loi n°2007-224 (du même jour) ; Livre Ier de la 6e partie du Code Général des Collectivités territoriales (articles LO. 6111-1 et suivants).

Circ. min., 5 février 2007, NOR : JUSC0720105C.

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO. du 7 mars 2007 ; ev. le 1er janvier 2009.

Décret n° 2007-610 du 25 avril 2007 modifiant le décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993 relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française ; *RJPF* 2007 n° 3, p.10.

Loi TEPA n° 2007-1223 du 21 août 2007, JO. N° 193 du 22 août 2007, p. 13945.

Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, JO. n° 0296 du 21 décembre 2007, p. 20639.

Circulaire du 19 janvier 2008 relative au PACS, NOR : MAEF0801234C, Ministère des affaires étrangères et européennes.

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JO. n° 0141. du 18 juin 2008, p. 9856.

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, JO. du 13 mai 2009.

Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, JO n° 0303 du 31 décembre 2009, p. 22856.

Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JO n° 0151 du 2 juillet 2010, p. 12001.

Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ; JO n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

II. DISPOSITIONS ÉTRANGÈRES

Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales.

Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis relatif à *la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ;* JO de l'Union Européenne n°L338 du 23 décembre 2003, p. 0001-0029.

1. Maroc

Convention Franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition (publiée par décret n°60-11 du 12 janvier 1960 portant publication de la Convention judiciaire, de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition, de la Convention culturelle, signées par la France et le Maroc le 05 octobre 1957 ; JO du 14 janvier 1960, p. 421).

Dahir n° 1-57-343 du 28 Rebia II 1377 (22 novembre 1957) portant application des livres I et II du Code de Statut personnel et des successions publié au B.O n°2378 du 23 mai 1958.

Décret n° 60-11 du 12 janvier 1960 portant publication de la Convention judiciaire, de la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition, de la Convention culturelle, signées par la France et le Maroc le 05 octobre 1957 ; JO du 14 janvier 1960, p. 421).

Code de Statut Personnel, in *Revue Marocaine de Droit, de Politique et d'Économie*, n° 10, 2e semestre 1981, numéro spécial, publications de la Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales de Rabat.

Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *RCDIP* 1983.534 ; ev. le 13 mai 1983 ; Décret n° 83-435 du 27 mai 1983, JO 1er juin 1983.

Dahir portant promulgation de la loi n° 1-93-347 du 10 septembre 1993, modifiant et complétant certaines dispositions du Code de Statut personnel et des successions ; Bulletin officiel du 1er décembre 1993. 664.

Code de la Famille ; suivant la traduction officielle, Bulletin officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 (06 octobre 2005).

Dahir n° 1-04-22 du 12 *hija* 1424 (03 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la Famille, Bulletin Officiel (édition générale) n° 5184 du 14 hija 1424 (5 février 2004), p. 418.

Le Code de la famille, perception et pratique judiciaire, ouvrage collectif ; éd. ImpriElite, 2007.

2. Algérie

Loi n° 47-1853 du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie, JO. du 21 septembre 1947.

Ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 *relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local* ; *JO*. de la République française du 11 février 1959, p. 1860.

Article 11 alinéa 6 du Décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959 *portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par des personne de statut civil local* ; *JO*. de la République française du 19 septembre 1959, p. 9139.

Loi n° 63-224 du 29 juin 1963, *J.O.R.A.* n°44 du 2 juillet 1963.

Convention franco-algérienne du 27 août 1964, relative à l'exequatur et à l'extradition, *RCDIP* 1965, p. 784.

Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant le Code de la Famille, *J.O.R.A*, n°24 du 12 juin 1984.

Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, *JCP* 1992. II. 21918.

Décret présidentiel n° 92-941 du 19 décembre 1992, *J.O.R.A* du 23 décembre 1992.

Ordonnance n° 05-02 du 18 *Moharram* 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n°84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille, *J.O.R.A*. n° 15.

Code de la famille, 4e éd., Les éditions de l'O.N.T.E, 2005.

Décret exécutif n° 06-154 du 13 *Rabie Ethani* 1427 correspondant au 11 mai 2006 fixant les conditions et modalités d'application des dispositions de l'article 7 *bis* de la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille ; *J.O.R.A.* n°31.

Loi n° 08-09 du 18 *Safar* 1429 correspondant au 25 février 2008 portant Code de Procédure Civile et Administrative, *JORA* n° 21, du 17 *Rabie Ethani* 1429, 23 avril 2008.

III. JURISPRUDENCE

A. JURISPRUDENCE CIVILE

1. Tribunal d'instance/Tribunal de grande instance

Tribunal civile de la Seine, 4e ch., 12 novembre1902, *D.P*. 1902, 5, p. 565.

Tribunal civil du Havre 27 juillet 1935, *Gaz. Pal*. 1936. 2. 753.

Tribunal civil de la Seine du 25 avril 1938 ; *RCDIP* 1939.103.

Tribunal civil de la Seine, 26 mars 1956, *Kaci c/Hamache, D*. 1956, p. 654, note François LUCHAIRE ; *JCP* 1956. II. 9318.

TGI de la Seine, 26 oct. 1959, *RCDIP* 1960. 354.

TGI de la Seine, 23 mai 1960, *D*. 1960. 716, Note Ph. MALAURIE.

TGI Briey, 30 juin 1966, *JCP* G 1967. II. 15130, note J. CARBONNIER.

TGI Alès 9 novembre 1966, *D*. 1968. 328.

TGI de Paris 26 janvier 1978, *RCDIP* 1979.111.

TGI Paris, 5 décembre 1979, (1ère espèce *Dame Bonnereau c/El Amrani*, 2e espèce *Dame Vanquathem c/ Belarbi*), *RCDIP* 1981. 91-92.

TGI de Limoges 10 juin 1982, *RCDIP* 1984.333.

TGI Paris, 21 novembre 1982, *RCDIP* 1984. 628.

TGI Paris, 21 novembre 1986, *JCP* G 1987. II. 20836.

TGI de Paris, 30 septembre 1992, *Clunet* 1994. 115, note Y. LEQUETTE ;

TI Privas, 7 septembre 1993, *RTD Civ*. 1994. 81, obs. J. HAUSER.

TGI Bourges, 29 juin 1993, Juris-Data n° 044973.

TI d'Épernay, 15 octobre 1999, *Dr. Famille* 1999. 8, note H. LECUYER.

TGI Lille, ordonnance du 5 juin 2002, *RTD Civ*. 2003. 870, obs. J. HAUSER.

TGI de Lille (1re Ch. A), 21 septembre 2005, *D*. 2006. 709, note X. LABBEE.

TGI Lille 21 février 2006, *D*. 2006. 1350, note X. LABBEE.

TGI de Lille 21 novembre 2006, *D*. 2008. 996, note X. LABBEE.

TGI Lille 1er Avril 2008, « *La mariée n'était pas vierge* », *D*. 2008. 1389, note P. LABBEE.

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 1, 14 janvier 2010, jugement n°07/05965 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 5, 8 janvier 2010, jugement n°06/10435 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 3, 29 janvier 2010, jugement n°09/01760 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 10, 16 février 2010, jugement n°07/07140 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 3, 18 février 2010, jugement n°09/02652 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 2, 23 février 2010, jugement n°08/02453 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 6, 11 mars 2010, jugement n°08/04476 (non publié).

TGI Lille, 3e Chambre Cab. 5, 12 mars 2010, jugement n°09/06945 (non publié).

2. Cour d'appel

CA Paris, 23 juillet 1914, *D*. 1918, 2, 51.

CA Chambéry, 27 mai 1925, *Gaz. Pal*. 1927, 2, 85.

CA Poitiers 29 octobre 1928, *DP*, 1929, 2, 19 ; note P. VOIRIN.

CA Paris, 23 juillet 1932, *Gaz. Pal*. 1932, II, 423. CA Rouen, 30 octobre 1973, *D*. 1974, somm. 19.

CA Aix, 28 décembre 1933, *D*. 1935, 2, 41.

CA Paris 15 décembre 1948, arrêt WEILLER; *JCP* 1949. II. 4950, note SARRAUTE et TAGER.

CA Rouen, 26 juillet 1949, *D*. 1951. 532, note LEBRUN.

CA Paris, 4 janvier 1952, *D*. 1952, 2, 85 ; note H. MAZEAUD.

Cour de Paris, 12 avril 1957, *D*. 1957. 100.

Cour de Paris, 1re Ch., 14 décembre 1957, *Djébar Mohamed*, *JCP* 1959. 11225, note Jules ROUSSIER.

CA Paris, 30 avril 1963, *D*. 1963, 428, S. 1963, 179, note A. TOULEMON.

CA Paris, 1er juin 1963, *JCP* G 1963. II. n° 13450 bis.

CA Paris 19 novembre 1974, *D*. 1975, p.614.

CA Paris, 19 janvier 1977, *D*. 1977, *IR*, 332.

CA Paris, 19 mai 1978, *D*. 1978, p. 587.

CA Riom, 9 novembre 1978, *JCP* 1979. II. 19107, note ALMAIRAC.

CA Paris, 27 février 1979, *D*. 1979, *IR*. p. 508.

CA Paris, 14 novembre 1980, *Gaz. Pal*. 1981, 2, n° 508, note J. MASSIP.

CA Montpellier, 08 juin 1982, *D.* 1983. 607, note O. DHAVERNAS.

CA Paris, 6 juillet 1982, *Bairouk c/ Madame Essoudy*, *RCDIP* 1984. 325.

CA Paris, 28 mars 1985, *D*. 1985, inf. rap. p. 481.

CA Paris, 15 février 1990, *RTD Civ*. 1990. 653, obs. MESTRE.

CA Versailles, 14 mars 1991, *RTD Civ*. 1992, p. 67, obs. J. HAUSER.

CA Versailles, 27 février 1992 et CA de Paris 22 avril 1992 ; *RCDIP* 1993. 473, note H. MUIR WATT.

CA Douai, 10 février 1993, *RTD Civ*. 1995. 887, obs. J. MESTRE.

CA Versailles 23 mars 1995, *RCDIP* 1996.699, note H. GAUDEMET-TALLON.

CA Paris, 20 mars 1996, Juris-Data n° 020960 ; *Dr. Famille* 1996, comm. 1, p. 7, obs. H. LECUYER.

CA Dijon, 7 juin 1996, Jurisprudence-Data n° 044461, *Dr. Famille* 1997, comm. 20, obs. H. LECUYER.

CA Rennes, 28 octobre 1996, *Dr. Famille* 1997, comm. n° 171, obs. H. LECUYER.

CA Paris, 30 octobre 1997, *JCP* G 1998. I. 151, obs. H. BOSSE-PLATIERE.

CA Versailles, 30 avril 1998, Juris-Data n° 045967.

CA Versailles, 7 mai 1998, *RTD Civ*. 1999, 823, obs. J. HAUSER.

CA Douai, 7 juillet 1998, *JCP* 1998. II. 10173, note X. LABBEE.

CA Versailles, le 11 mars 1999 (Jurisdata n° 043689).

CA Paris, 18 mars 1999 (Jurisdata n° 024001).

CA Rennes, 4 juin 1999, *Dr. Famille* 2000, p. 15, note H. LECUYER.

CA Paris, 2 novembre 1999 (Jurisdata n° 024887).

CA Paris, 16 novembre 1999, juris-Data n° 104894, *Dr. Famille* 2000, comm. n° 56, obs. H. LECUYER.

CA Bordeaux, 4 janvier 2000, *Dr. Famille* 2000 mars 2000.

CA Orléans, 25 avril 2000, *Dr. Famille* 2000, Jurisprudence-Data n° 118935.

CA Paris, 30 mai 2000, *D.* 2000, p. 231.

CA Toulouse 23 janvier 2001, *Dr. Famille* 2001, comm. n° 69, obs. H. LECUYER.

CA Grenoble 8 octobre 2001, J. HAUSER, *RTD Civ*. 2002. 272.

CA Paris, 20 décembre 2001, J. HAUSER, *RTD Civ*. 2002. 272.

CA Douai, 27 février 2003, *D.* 2004, somm. 2969, obs. LEMOULAND.

CA Amiens, 14 avril 2004, *RCDIP* 2006.958.

CA Pau, 7 juin 2004, *Defrénois* 2005, J. p. 1804.

CA Montpellier, 11 octobre 2004, *Dr. Famille*, mars 2005, p. 23, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

CA Douai 23 juin 2005, n° RG : 04/00449, *M. Allal B… c/ Madame Chama F…*

CA Aix-en-Provence, 28 juin 2005, *Dr. Famille* février 2006, comm. n° 49.

CA Aix-En-Provence, 5 juillet 2005, Juris-Data n°2005-282483.

CA Lyon, Chambre civile 6, 9 mars 2006 (n°04/04012) ; JurisData : 2006-299087.

CA Orléans, 8 janvier 2007 ; *RJFP* 2009/n° 2, p.15.

CA Bourges, 12 avril 2007, *RJPF* 2009/n° 3, p. 17.

CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 2 mai 2007, RG n° 06/02123 ; *AJFamille* 2011. 82.

CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 9 octobre 2007, RG n° 06/05023 ; *AJFamille* 2011. 82.

CA Paris, ch. 24 A, 21 novembre 2007, RG n° 06/19724, *AJFamille* 2011. 82.

CA de Montpellier, 5 février 2008, *AJFamille* 2008. 395, obs. S. David.

CA Paris, 24e Ch., sect. A, 20 février 2008, Juris-Data 2008-356143; *Dr. Famille* 2008, Comm. 55, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

CA Paris, 24e Ch., sect. A, 7 mai 2008, *JCP* 2009, n° 45, 407, p. 44, note D. PIWNICA.

CA Paris, 10 septembre 2008, n° 08/03301 ; *JCP* 2009, n° 45, 407, p. 44, note D. PIWNICA.

CA Douai 17 novembre 2008, *RJPF* 2009. 20, note A. LEBORGNE.

CA Paris, 24e Ch., sect. A, 14 janvier 2009, n° 08/07529 ; Juris-Data n° 2009-000201 ; *Dr. Famille* 2009, n° 5, p. 25, Comm. 54, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

CA Paris, 24e Ch., Sect. C, 15 janvier 2009, n° 08/07520 ; Juris-Data n° 2009-000630 ; *Dr. Famille* 2009, n° 5, p. 25, Comm. 54.

CA Paris, 24e Ch., sect. A, 28 janvier 2009, n° 05/19383 ; Juris-Data n° 2009-000198 ; *Dr. Famille* 2009, n° 5, p. 25, Comm. 54.

CA Paris, 26 mars 2009, n° 07/15322 ; *Dictionnaire Permanent Droit des étrangers*, Bulletin n°178, Mai 2009, « *l'exception d'ordre public* », n°90, p. 5647 ; Ed. Législatives.

CA Versailles, 25 mars 2010, n° 08/08808, Juris-Data n° 2010-003637 ; *Dr. Famille* 2010/ n°11, p. 38, Comm. 173, note M. FARGE.

CA Dijon, ch. Civ. C, 30 septembre 2010, RG n° 10/00065, *AJFamille* 2010. 541, obs. DAVID.

3. Cour de cassation

Cass. 1re Civ., 27 mai 1862 *D.*P. 62. 1. 208.

Cass. Civ., 18 mars 1878, *GA DIP*, n° 6.

Cass. Req. 15 juin 1892, 1, 156 ; *S*. 1893, 1, 281 (arrêt *Boudier*).

Chambre des requête 10 janvier 1905, *D*. P. 1905. 1. 47.

Cass., 1re Civ., 12 mai 1914, *S*. 1918, 1, 41.

Cass. 1re Civ., 2 mars 1915, *D.*P 1920 1.102.

Cass. Crim., 26 novembre 1926, *DP* 1927, 1, 73, note LALOU.

Cass. Crim., 14 février 1929, Sirey 1930, p. 280.

Cass. 1re Civ., 9 juillet 1935, *DH* 1935, 444.

Cass. Crim., 13 février 1937, *D*. 1938, 1, 5.

Cass. 1re Civ., 27 juillet 1937, *DP* 1938, 1, 5, note SAVATIER.

Cass. Req., 24 juin 1944, *Gaz. Pal*. 1944, 2, p. 82. *D*. 1951, somm. p.7.

Cass. Civ., 22 février 1944, *D*. 1945, p. 293, note FLOUR.

Cass. Com., 25 juillet 1949, *JCP* G 1950. II. 5798.

Cass. 1re Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *RCDIP* 1953. 412, note BATIFFOL.

Cass. 1re Civ., 17 juin 1953, arrêt *Couture*, *D*. 1953, p. 596.

Cass. Crim., 16 décembre 1954 ; *JCP* 1955. 2. 8505.

Cass. 1re Civ., 12 juillet 1955, *D*. 1955, jur. p. 736.

Cass. 1re Civ., 29 mai 1956, *RTD Civ*. 1956. 108.

Cass. 1re Civ., 7 octobre 1957, *Bull. Civ.* I. 1957, n° 355; *D*. 1958, p. 493, note SAVATIER.

Cass. Crim., 26 juin 1958, *Gaz. Pal*. 1958, 2, p. 160.

Cass. Crim., 24 février 1959, *JCP* 1959. 2. 11095, note PIERSON.

Cass. 1re Civ., 6 octobre 1959, *JCP* G 1959. II. 11305, note ESMEIN.

Cass. 1re Civ., 22 février 1960, *Bull. Civ*. I. 1960, p. 95.

Cass. 1re Civ., 9 janvier 1961, *Bull. Civ* .I. 1961, p. 16.

Cass. Com., 27 juin 1961, *Bull. Civ*. III. 1961, n° 297.

Cass. 1re Civ., 18 juillet 1962, *Bull. Civ*. I. 1962, pp. 332-333.

Cass. 1re Civ., 7 janvier 1964, *Münzer*, *RCDIP* 1964.344.

Cass. 1re Civ., 3 mars 1964, *Bull. Civ*. I. 1964, pp. 92-93.

Cass. 1re Civ., 5 mai 1965, *Bull Civ.* I. 1965, n° 299.

Cass. 2e Civ., 3 juin 1966, *Bull. Civ*. II, 1966, n° 453.

Cass. 1re Civ., 16 octobre 1967, JCP G 1967. II. 15287.

Cass. Chbres mixtes, 27 février 1970, *D*. 1970, p. 201.

Cass. 1re Civ., 18 mai 1971, *Bull. Civ.* I. 1971, pp. 135-136.

Cass. Crim., 20 avril 1972 ; *JCP* 1972. II. 17278, note VIDAL.

Cass. 1re Civ., 6 novembre 1974 *Bull Civ*. I. 1974, n° 296.

Cass. 2e Civ., 5 décembre 1974, *Bull. Civ*. II. 1974, n° 268.

Cass. Crim., 10 juin 1975 (Arrêt *Toros*), *D*. 1975. p. 679, note TUNC.

Cass. Crim., 19 juin 1975, *D.* 1975. 679, note TUNC.

Cass. 1re Civ. 6 juillet 1976, *Bull. Civ.* I. 1976, n° 218.

Cass. 1re Civ., 3 novembre 1976, *Bull. Civ*. I. 1976, n° 322.

Cass. 2e Civ., 24 novembre 1976, *D.* 1977, *IR.* p. 99.

Cass. 1re Civ., 29 novembre 1977, *Defrénois* 1978, p. 1129, note J. MASSIP.

Cass., 1re Civ., 7 décembre 1977, *Gaz. Pal*. 1978, 1, pan. Jurispr. p. 69.

Cass. Chbres mixtes, 27 février 1970 (Arrêt *Dangereux*), *D.* 1970, p. 201.

Cass. 1re Civ., 20 juin 1978, *RCDIP* 1981. 89.

Cass. 1re Civ., 31 janvier 1978, *Bull Civ.* I. 1978, n° 39.

Cass. 1re Civ., 9 janvier 1979, *Bull. Civ*. I. 1979, n°11.

Cass. 1re Civ., 18 décembre 1979, *Dahar, RCDIP* 1981.90.

Cass. 2e Civ., 30 janvier 1980, *JCP* 1981. II. 19521, note R. LINDON.

Cass. 2e Civ. 18 juin 1980, *Bull. Civ*. II. 1980, n° 142.

Cass. 3e Civ., 2 octobre 1980, *Bull. Civ*. II. 1981, p. 132.

Cass. 1re Civ., 29 avril 1981 *Bull. Civ*. I. 1981, n° 144 ; *Gaz. Pal.* 1989 1374. Rapp.

Cass. 2e Civ., 15 octobre 1981, *Bull. Civ*. II. 1981, n° 186.

Cass. 2e Civ., 28 janvier 1982, *Bull. Civ*. II. 1982, n°13.

Cass. 1re Civ., 15 juin 1982, *RCDIP* 1983.300, note BISCHOFF.

Cass. 1re Civ., 19 janvier 1983, *RCDIP* 1984, note P. MAYER.

Cass. 1re Civ., 26 janvier 1983, *D.* 1984, 17, note J. MASSIP.

Cass. 2e Civ., 30 septembre 1983, *Gaz. Pal*. 1984, 2, pan. 185, obs. GRIMALDI.

Cass. 1re Civ., 3 novembre 1983, *Rohbi, RCDIP* 1984.325, note I. FADLALLAH.

Cass. 1re Civ., 11 janvier 1984, *Gaz. Pal*., 1985, 1, p. 133.

Cass. 2e Civ., 5 juin 1984, *Bull. Civ*. II. 1984, n° 106.

Cass.1re Civ., 6 février 1985, *Simitch, RCDIP* 1985. 369.

Cass. 1re Civ., 5 mars 1985, *Bull. Civ.* I. 1985, n° 85.

Cass. 2e Civ., 13 mars 1985, *Gaz. Pal*. 1985, 2, somm. p. 210.

Cass. 1re Civ., 10 octobre 1995, *D*. 1997, 85, note N. MOLFESSIS.

Cass. 1re Civ., 25 février 1986, *Shafa, RCDIP* 1987.103, note F. MONEGER.

Cass. 1re Civ., 22 avril 1986, *Gaz. Pal*. 1986.2, pan. 139.

Cass. 2e Civ., 9 juillet 1986, *D*. 1988, p. 5.

Cass. 1re Civ., 22 avril 1986, *Riahi, RCDIP* 1987. 374, note P. COURBE.

Cass. 2e Civ., 25 mars 1987, *RTD Civ*. 1989. 48, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

Cass. 2e Civ., 1er juin 1987, *Defrénois* 1988, p. 1291.

Cass. 1re Civ., 8 décembre 1987, *RCDIP* 1989.733.

Cass. 1re Civ., 1er mars 1988, *RCIDP* 1989.721, note A. SINAY-CYTERMANN.

Cass. 1re Civ., 6 juillet 1988, *Clunet* 1989.63, note M.-L. NIBOYET.

Cass. 1re Civ., 11 octobre 1988, *RCDIP* 1989. 368, note Y. LEQUETTE.

Cass. Soc., 11 juillet 1989 (2 arrêts), *Bull. Civ* ; *D*. 1990. 582, note Ph. MALAURIE.

Cass., 2e Civ., 8 novembre 1989, *D*. 1990, somm. 118, obs. A. BENABENT.

Cass. 2e Civ., 24 janvier 1990, *JCP* G. IV, p. 110.

Cass. 1er Civ., 15 mai 1990, *Defrénois* 1990, p. 943.

Cass. 1re Civ., 6 juin 1990, *RCIDP* 1991.593, note P. COURBE.

Cass. Soc., 25 octobre 1990, *RTD Civ.* 1991. 306.

Cass. 2e Civ., 5 janvier 1991, *Gaz. Pal*. 1992, 1, pan. p. 148.

Cass. 1re Civ., 19 mars 1991, *Defrénois*, 1991, p. 942, obs. J. MASSIP.

Cass. 1re Civ., 21 janvier 1992 ; *D*. 1993, somm., p. 351, obs. B. AUDIT.

Cass. 1re Civ. 30 juin 1992, *Rép. Not*. 1992, 1436.

Cass. 1re Civ., 16 juillet 1992, *Defrénois* 1993, art. 35484, n°2, note J. MASSIP.

Cass. 1re Civ., 4 mai 1994, *RCDIP* 1995.104, note J. DEPREZ.

Cass. 1re Civ., 1er juin 1994, *D*. 1995 p.263, note J. MASSIP.

Cass. 1re Civ., 13 déc. 1994 ; *JDI* 1995, p. 343, note Ph. KAHN.

Cass. 1re Civ., 4 janvier 1995, *D*. 1995. 251.

Cass. 1re Civ., 31 janvier 1995, *RCDIP* 1995. 569, note J. DEPREZ.

Cass. 1re Civ., 28 mars 1995, *D*. 1996, p. 180, Note J.-L. MOURALIS.

Cass. 1re Civ., 10 octobre 1995, *D*. 1997, p. 155, note G. PIGNARRE.

Cass. 3e Civ., 8 novembre 1995, *Bull. Civ*. III. 1995, n° 220.

Cass. Ass. Plen., 1er décembre 1995, *Alcatel et autres*, *JCP* 1996. II. 22565.

Cass. Soc., 6 décembre 1995, *JCP* 1996. II. 22671.

Cass. 1re Civ., 19 décembre 1995, *Bull. Civ*. 1995. I. n° 469, p. 326.

Cass. 2e Civ., 29 mai 1996, *RTD Civ*. 1996. 601.

Cass. Crim., 11 juin 1996, *D*. 1997. 576, note E. AGOSTINI.

Cass. 1re Civ., 4 mars 1997, *Dr. Famille*. 1997, n° 67, note LECUYER.

Cass. 1re Civ., 11 mars 1997, *JCP G* 1998. I. 101, n° 3, obs. H. FULCHIRON.

Cass. 1re Civ., 17 décembre 1997, *JCP* G 1998. II. 10093, note A. DJIGO.

Cass. 1re Civ., 10 mars 1998, *Dr. Famille* 1998, n° 147, note H. LECUYER.

Cass. 1re Civ., 7 avril 1998, n° 96-10. 581, *Dr. Famille* 1998, comm. 81, obs. H. LECUYER.

Cass. 1re Civ., 16 juin 1998, *Dr. Famille* 1998. 114.

Cass. 1re Civ., 5 janvier 1999, *D*. 1999, Jurispr. p. 671, note AGOSTINI.

Cass. 1re Civ., 3 février 1999, *Bull. Civ*. I. 1999, n° 43.

Cass. 1re Civ., 26 mai 1999, *RCDIP* 1999.707, note H. MUIR WATT.

Cass. 1re Civ., 17 novembre 1999, *D*. 2000, Somm. p. 419, obs. J.-J. LEMOULAND.

Cass. 1re Civ., 17 octobre 2000, *D*. 2000, *IR*, p. 272.

Cass. 1er Civ., 2 mai 2001, *JCP* 2002. II. 10009.

Cass. Crim., 29 mai 2001, *Bull. Crim* 2001. n° 134 ; *D*. 2002, Somm. 613.

Cass. 1re Civ., 3 juillet 2001, *RCDIP* 2001.704, note L. GANNAGE.

Cass. Com., 9 octobre 2001, *Bull. Civ*. IV. 2001, n° 165.

Cass., 2e Civ., 21 février 2002, n° 00-11. 114, *D*. 2002, IR p. 939, *Defrénois* 2002, 1160 obs. J. MASSIP.

Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1141, note H. FULCHIRON.

Cass. 1re Civ., 13 novembre 2003, *AJFamille* 2004.28, obs. S. David.

Cass. 1re Civ., 9 décembre 2003, *JCP* 2004. II. 10035.

Cass. 1re Civ., 17 février 2004 (cinq arrêts n°01-11.549 ; n°02-11.618, 02-15.766 ; 02-10.755 et 02-17.479); *Bull. Civ*. I., n°47 et n°48 ; *D*. 2004. 815, note P. COURBE ; *JCP G* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; *Gaz. Pal*. 25-26 février 2004, 1, Jur., p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RTD Civ*. 2004. 337, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. Famille* 2004, chron. 9, obs. S. Prigent ; M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, *RJPF* 2004-5/11 ; *D*. 2004.824, concl. F. CAVARROC.

Cass. 2e Civ., 25 mars 2004, *RTD Civ*. 2004. 489, obs. J. HAUSER.

Cass. 1re Civ., 27 avril 2004, n° 02-16.991, *D*. 2004, somm. p. 2968, obs. *D*. VIGNEAU.

Cass. Ass. Plén., 29 octobre 2004, *Defrénois* 2005, p. 1045.

Cass. Com., 3 novembre 2004, n° 02-21.637, *AJFamille* 2005. 21, obs. F. CHENEDE.

Cass. Civ., 30 novembre 2004, *Dr. Famille*, février 2005, comm. n° 27, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Cass 1re Civ., 25 janvier 2005, *D*. 2005. 2790.

Cass. 1re Civ., 22 février 2005, *AJFamille* 2005, p. 277.

Cass., 1re Civ., 19 avril 2005, *AJFamille* 2005. 281, obs. F. CHENEDE.

Cass. 1re Civ., 18 mai 2005, *Defrénois* 2005. 1342, note J. MASSIP.

Cass. 1re Civ., 28 juin 2005, *Defrénois* 2005. 1838, obs. J. MASSIP.

Cass. 1re Civ., 25 octobre 2005, *Gaz. Pal*. 2006, n°55, p. 16, obs. M.-L. NIBOYET.

Cass. 1re Civ., 22 novembre 2005, *AJFamille* 2006. 30, obs. S. David.

Cass. 1re Civ., 3 janvier 2006, *RCDIP* 2006. 628, obs. M.-C. NAJM.

Cass. 1re Civ., 31 janvier 2006, *Dr. Famille* 2006. 83, note LARRIBAU-TERNEYRE.

Cass. 1re Civ., 28 mars 2006, *Bull. Civ*. I. 2006, p.155, n° 177.

Cass. 1re Civ., 10 mai 2006, *AJFamille* 2006. 374.

Cass. 1re Civ., 7 juin 2006, n° 04-17.225, *AJFamille* 2006, note A. BOICHE.

Cass. 1re Civ., 20 juin 2006, n° 04-19.636 et n°05-17.675 ; *Dr. Famille* 2006, comm., p. 176, note FARGE.

Cass. 1re Civ,. 20 septembre 2006, n° 04-16.534, *Bull. Civ*. I. 2006, p. 351, n° 406.

Cass. 1er Civ., 20 septembre 2006, n° 05-20.507 ; note M.-Ch. MEYZEAUD-GARAUD, *RJPF* 2006.13-14.

Cass. 1re Civ., 30 octobre 2006, *RJPF* 2007. 18.

Cass. 1er Civ., 28 novembre 2006, *AJFamille* 2007.33.

Cass. 1re Civ., 28 novembre 2006, *RCDIP* 2007.584, note N. JOUBERT.

Cass. 1re Civ., 12 décembre 2006, *AJFamille* 2007.226, obs. A. BOICHE.

Cass. 1re Civ., 11 janvier 2007 ; *RTD Civ*. 2007. 321.

Cass. 1re Civ., 18 janvier 2007, *Dr. Famille* 2007. 70, note FOSSIER.

Cass. 1re Civ., 23 janvier 2007, *RCDIP* 2007. 402.

Cass. 1re Civ., 20 février 2007 ; *D*. 2007, p. 1115, note L. d'AVOUT et S. BOLLEE.

Cass. 1re Civ., 6 et 13 mars 2007, *RTD Civ*. 2007.553.

Cass. 1re Civ., 13 mars 2007, *D*. 2007. 1389 note AGOSTINI.

Cass. 1re Civ., 25 avril 2007, *AJFamille* 2007, p. 397, obs. A. BOICHE.

Cass. 1re Civ., 4 juillet 2007, *AJFamille* 2007. 399.

Cass. 1re Civ., 19 septembre 2007, *Dr. Famille* 2007.19 ; *RJPF* 2007.16 ; *AJFamille* 2007. 438.

Cass. 1re Civ., 17 octobre 2007, *D*. 2007, p. 2815.

Cass. 1re Civ., 31 octobre 2007, n°06-20.799, *RJPF* 2008, comm. T. GARE, p.19.

Cass. 1re Civ., 28 novembre 2007, *AJFamille* 2008, p. 212, obs. A. BOICHE.

Cass. 1re Civ., 09 janvier 2008, n° 06-19.659, *RJPF* 2008.20 obs. T. GARE.

Cass. 1re Civ., 23 janvier 2008, *D.* 2008, p. 490.

Cass. 1re Civ., 06 février 2008 ; *RJPF* 2008. 21, obs. T. GARE.

Cass. 2e Civ., 5 mars 2008, pourvoi n° 08-60230 ; *Dr. Famille* 2008. 51, note LARRIBAU-TERNEYRE.

Cass. 1re Civ., 25 juin 2008 (n° 7-14.342), *RJPF* 2008.19.

Cass. 1re Civ., 9 juillet 2008, *RCDIP* 2009.493, note P. LAFARGE.

Cass. 1re Civ., 19 novembre 2008 (n° 08-10.077), *RJFP* 2009/n° 2, p.15.

Cass. 1re Civ., 19 novembre 2008 (n° 07-21.263), *RJPF* 2009.18, obs. T. GARE.

Cass. 1re Civ., 17 décembre 2008, *AJFamille* 2009. 129, note A. BOICHE.

Cass. 1re Civ., 17 décembre 2008 (n° 07-17. 583), *RJPF* 2009/n° 3, p. 17.

Cass. 1re Civ., 14 janvier 2009 ; *AJFamille* 2009.260, obs. A. BOICHE.

Cass. 1re Civ., 11 février 2009, *RCDIP* 2009.493, note P. LAFARGE.

Cass. 1re Civ., 11 mars 2009, n° 08-11. 177, Procureur général près la CA de Lyon c/ Delen ; Cass. 1re Civ., 11 mars 2009, n° 08-11.796, *Procureur général près la cour d'appel de Lyon c/ Bahiddine* ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 178, Mai 2009, éd. Législatives, p. 5632.

Cass. 1re Civ., 6 mai 2009, *RCDIP* 2009. 493, note P. LAFARGE.

Cass. 1re Civ., 17 juin 2009 (07-21.796), *RJPF* 2009/9, p. 19, note É. MULON.

Cass.1re Civ., 1er juillet 2009, *Gaz. Pal.* 2009, n° 310-311, Jurisprudence, p. 31.

Cass. 1re Civ., 1er juilllet 2009, n° 08-17.825, Juris-Data n° 2009-048910 ; *Dr. Famille* 2009, n° 9, p. 24, Comm. 103, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Cass. 1re Civ., 4 novembre 2009, *D.* 2010, p. 543, note G. LARDEUX.

Cass. 1re Civ., 25 novembre 2009, *AJFamille* 2010. 135, note S. DAVID.

Cass. 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 09-67. 655 ; *AJFamille* 2011/n° 2, p. 81.

Cass. 1re Civ., 8 juillet 2010, n° 09-66. 186, *RTD Civ* 2010. 770, obs. Jean HAUSER.

B. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET EUROPEENNE

1. Tribunal administratif

TA de Bordeaux, 10 juillet 2008, *AJFamille* 2008. 479, note L. BRUNEAU.

TA Nice, 10 janvier 2009, n° 0900037 ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 178, Mai 2009, Ed. Législatives, p. 5629 et p. 5642.

TA Cergy-Pontoise, 31 mars 2009, n° 0811721 ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 178, Mai 2009, Ed. Législatives, p. 5629 et p. 5642.

TA de Paris, 10 décembre 2009, n° 0910819/5-1, *Rahho* ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 186 février 2010, p. 5438.

2. Cour administrative d'appel

CAA Paris, 26 novembre 2008, n° 08PA01141, SASSI ; « *Conjoint de Français (certificat de dix ans)* » ; *Dictionnaire Permanent Droit des Étrangers*, Bulletin 178, Mai 2009, Ed. Législatives, n° 57, p. 5643.

3. Conseil d'État

CE, Ass., 11 mars 1910 : *Compagnie générale française de Tramway*. Concl. L. Blum, *GAJA*, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, 12e éd., *D*. 1999, p. 134.

CE, Ass., 3 mars 1978, Dame *Müesser* ; *JCP* G 1978. II. 18986, concl. M. DONDOUX.

CE, Ass., 2 juillet 1982, *Huglo*, *AJDA* 1982, 657, concl. BIANCARELLI, note LUKASCEWIEZ.

CE, 23 mai 2003, *RTD Civ* 2003. 684, obs. J. HAUSER.

CE, Section, 8 juillet 2005, *RTD Civ*. 2005.760, obs. J. HAUSER.

CE, 6 décembre 2006, *AJFamille 2007*. 34.

CE, ord. 18 décembre 2007 ; n° 310837, GISTI et autres, *JCP* 2008. II. 10013 note A. DEVERS.

CE, 11 avril 2008, *Mme El kihel*, n° 305231 ; E. AUBIN, *Droit des étrangers*, éd. Gualino Master Pro, 2009, p. 245.

4. Conseil constitutionnel

Cons. const. 13 août 1993, DC n° 93-325, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; JO du 18 août 1993, p. 11722.

Cons. const. 27 juillet 1994, (loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal), n° 94-343/344 DC, JO. du 29 juillet 1994, p. 11024.

Cons. const. 9 novembre 1999, (loi relative au PACS), n° 99-419 DC, JO. du 16 novembre 1999, p. 16962.

Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC « *Loi de programme pour l'Outre-mer* », JO. du 22 juillet 2003, p. 12336.

Cons. constit., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, JO. du 27 novembre 2003, p. 20154.

Cons. constit., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, « *Mmes Corinne C. et Sophie H*. », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahiers n° 32.

5. Cour Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CEDH, 18 décembre 1986, Arrêt *Johnston et al. c/ Irlande*, série A, n° 112 ; GA CEDH, n° 41.

CEDH, 9 octobre 1979, Arrêt *Airey c/ Irlande*, Série A, n° 32 ; GA CEDH, n° 2.

CEDH, 1er février 2000, demande n° 34406/97, 1077, arrêt *Mazurek* ; *D*. 2000. 332, note J. THIERRY.

CEDH, 17 février 2005, *KA et AD c/ Belgique*, *RTD Civ*. 2005, p. 341, note J.-P. MARGUENAUD.

CEDH, 13 septembre 2005, *B. and L. c/. United Kingdom*, n° 36536/02, *Dr. Famille* 2005, n° 234, obs. A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE

CEDH, 08 novembre 2005(req. N° 3/02), *D.D.C c/ France*, *Gaz. Pal*. 2006, 2, Jur., p. 16, note M.-L. NIBOYET.

CEDH, Grande Chambre, 29 avril 2008, Aff. *Burden c/Royaume-Unis* (requête n° 13378/05). *AJFamille* 2008. 182.

CEDH, 24 juin 2010 : *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/04, *AJFamille* n° 7-8/2010, obs. Valérie AVENA-ROBARDET, p. 333.

VI. SITES INTERNET CONSULTÉS

http://www.legifrance.gouv.fr/
http://www.justice.gouv.fr/
http://www.courdecassation.fr/
http://www.conseil-etat.fr/cde/
http://www.conseil-constitutionnel.fr/
http://www.echr.coe.int/echr/
http://www.lexisnexis.com
http://www.justice.gov.ma/index_fr.aspx
http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/Guide%20pratique%20du%20code%20de%20la%20famille.pdf
http://www.amb-maroc.fr/
http://www.amb-algerie.fr/
http://www.mosquee-de-paris.org/
http://www.jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/r%E9pudiation.pdf
http://www.insee.fr/fr/default.asp
http://www.ined.fr/
http://amoureuxauban.net
http://www.islam-fr.com/coran/arabe/sourate-65-at-talaq-le-divorce.html#559

ANNEXE

Le Coran, Sourate 65 « La répudiation »

I. DROIT MAROCAIN

1. Préambule du Code de la famille de 2004

2. Code de la famille issu du Dahir n° 1-04-22 du 12 *hija* 1424 (03 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la Famille

- Articles 70 et 71 ;
- Articles 78 à 93 (divorce sous contrôle judiciaire) ;
- Article 94 (divorce pour raison de discorde) ;

3. Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957

- Article 16 d)

4. Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire

- Article 9 ;
- Article 13 alinéa 1er.

II. DROIT ALGÉRIEN

1. Code de la famille issu de l'Ordonnance n° 05-02 du 18 Moharram 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille

- Article 48 ;
- Articles 49 et suivants ;

2. Code de procédure civile et administrative tel qu'issu de la Loi n° 08-09 du 18 *Safar* 1429 correspondant au 25 février 2008, *JORA* n° 21, du 17 *Rabie Ethani* 1429, 23 avril 2008

- Article 426 (compétence territoriale) ;
- Article

3. Dispositions de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur et à l'extradition

- Article 1er d).

III. DROIT FRANÇAIS

1. Mariage/Divorce

- Articles 14 et 15 du Code civil (privilège de juridiction) ;

▪ Article 184 du Code civil (annulation de mariage) ;
▪ Anciens articles 237, 238 et 239 du Code civil (divorce pour rupture de la vie commune) ;
▪ Articles 229 ; 237 et 238 du Code civil (divorce pour altération définitive du lien conjugal) ;
▪ Articles 246 ; 247 et suivants du Code civil (demande reconventionnelle) ;
▪ Article 309 alinéa 2 du Code civil ;
▪ Articles 266 et 1382 du Code civil (dommages et intérêts) ;
▪ Article 1070 du Code de procédure civile :
▪ Article L 313-12 du CESEDA ;

2. Arrêts de la Cour de cassation du 17 février 2004

▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 02-17.479 ; arrêt n° 260 ; *Mme Fatma X..., épouse Y… c/ M. Ahmed Y...*
▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n°02-15.766 ; arrêt n° 259 ; *Mme Rabia X..., épouse Y... c/ M. Mohamed Y...*
▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 02-11.618 ; arrêt n° 258 ; *M. Ahmed X... c/Mme Zohra Y...*
▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11.549 ; arrêt n° 256 ; *M. Hadi X... c/ Mme Hafida Y..., épouse X...*
▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 02-10.755 ; procureur général de la cour d'appel de Rennes *c/ M. Chaldi X…*

3. PACS et concubinage

▪ Article 515-1 et suivants du Code civil
▪ Article 515-8 du Code civil

IV. DROIT EUROPÉEN

1. Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis relatif à *la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale*

▪ Article 3

2. Convention Européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales

▪ Article 1er ;
▪ Article 5 protocole n°7 (égalité dans la rupture du mariage) ;
▪ Articles 8 et 12

Coran Sourate 65 *« La Répudiation »*

http://www.islam-fr.com/coran/arabe/sourate-65-at-talaq-le-divorce.html#559



سُورَةُ الطَّلَاقِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا
الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ
وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ
اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ
اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ
بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ
وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ
بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾ وَيَرْزُقْهُ
مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ ۚ وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ
بَالِغُ أَمْرِهِ ۚ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا ﴿٣﴾ وَاللَّائِي يَئِسْنَ
مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ
وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ
وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿٤﴾ ذَٰلِكَ أَمْرُ اللَّهِ أَنزَلَهُ
إِلَيْكُمْ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يُكَفِّرْ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ وَيُعْظِمْ لَهُ أَجْرًا ﴿٥﴾

أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟
عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ
فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا۟ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن
تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴿٦﴾ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ
وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا
إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾ وَكَأَيِّن مِّن قَرْيَةٍ
عَتَتْ عَنْ أَمْرِ رَبِّهَا وَرُسُلِهِۦ فَحَاسَبْنَٰهَا حِسَابًا شَدِيدًا وَعَذَّبْنَٰهَا
عَذَابًا نُّكْرًا ﴿٨﴾ فَذَاقَتْ وَبَالَ أَمْرِهَا وَكَانَ عَٰقِبَةُ أَمْرِهَا خُسْرًا ﴿٩﴾
أَعَدَّ ٱللَّهُ لَهُمْ عَذَابًا شَدِيدًا ۖ فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ۚ
قَدْ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيْكُمْ ذِكْرًا ﴿١٠﴾ رَّسُولًا يَتْلُوا۟ عَلَيْكُمْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ مُبَيِّنَٰتٍ
لِّيُخْرِجَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِنَ ٱلظُّلُمَٰتِ إِلَى ٱلنُّورِ ۚ
وَمَن يُؤْمِنۢ بِٱللَّهِ وَيَعْمَلْ صَٰلِحًا يُدْخِلْهُ جَنَّٰتٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا
ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَآ أَبَدًا ۖ قَدْ أَحْسَنَ ٱللَّهُ لَهُۥ رِزْقًا ﴿١١﴾ ٱللَّهُ ٱلَّذِى خَلَقَ
سَبْعَ سَمَٰوَٰتٍ وَمِنَ ٱلْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ ۖ يَتَنَزَّلُ ٱلْأَمْرُ بَيْنَهُنَّ لِتَعْلَمُوٓا۟ أَنَّ
ٱللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ ۙ وَأَنَّ ٱللَّهَ قَدْ أَحَاطَ بِكُلِّ شَىْءٍ عِلْمًا ﴿١٢﴾

La sourate de la Répudiation, « *At-Talâq* » ; Suivant la traduction du Coran effectuée par Shaykh Zakaria SEDDIKI, Tariq RAMADAN, Shaykh Yusuf IBRAM, « *Le Noble Coran* » éd. Tawhid, Lyon 2004, pp. 558-559.

« Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux.

▪**1** O Prohète ! Quand vous répudiez vos femmes, faites-le en respectant leur délai de viduité, dont vous compterez les jours avec soin. Craignez Dieu, votre Maître ! Avant ce délai, ne les renvoyez pas de leurs demeures, et qu'elles n'en sortent pas, à moins qu'elles n'aient commis une turpitude dûment prouvée. Telles sont les normes fixées par Dieu. Quiconque les enfreint se fait du tort à lui-même. Qu'en sais-tu ? Peut-être que d'ici là Dieu suscitera un heureux changement ? ▪**2** Puis au terme de ce délai, reprenez-les de façon convenable ou séparez-vous d'elles décemment. À cet effet, assurez-vous le témoignage de deux de vos concitoyens connus par leur honorabilité et que ce témoignage soit pris au nom de Dieu. Voilà une exhortation à l'intention de celui qui a foi en Dieu et au jour dernier, car le Seigneur ménage toujours une issue favorable à celui qui Le craint, ▪**3** et Il lui accorde Ses dons par des voies insoupçonnées. Dieu suffira à quiconque s'en remet à lui, et Ses arrêts s'accompliront toujours, car à toute chose Il a assigné une mesure.
▪**4** La période d'attente pour celles de vos femmes qui ont atteint l'âge de la ménopause sera de trois mois, pour plus de sûreté. Il en est de même pour celles qui n'ont pas encore atteint l'âge de la ménopause. Quant à celles qui sont enceintes, la période de viduité prendra fin pour elles avec leur accouchement. Quiconque craint Dieu trouvera une grande facilité dans ce qu'il entreprend. ▪**5** Tel est l'ordre que Dieu vous envoie. Dieu efface les péchés de celui qui Le craint et lui attribue une large récompense.
▪**6** Gardez les femmes répudiées dans vos propres demeures et traitez-les selon vos moyens, mais sans leur nuire en les faisant vivre à l'étroit. Si elles sont enceintes, assurez leur entretien jusqu'à l'accouchement. Si elles allaitent l'enfant né de vous, une pension leur sera servie, après concertation honnête avec elles. En cas de difficulté, faites appel à une nourrice pour assurer l'aillaitement de l'enfant. ▪**7** L'homme aisé versera une pension en rapport avec sa fortune, et l'homme aux ressources modestes paiera dans la limite de ce que Dieu lui a accordé. Dieu n'impose jamais à l'homme une charge qui excède ses moyens, mais fait plutôt succéder l'aisance à la gêne.
▪**8** Que de cités ont traité avec dédain l'Ordre de leur Seigneur et de Ses Envoyés ! Nous leur fîmes rendre un compte des plus sévères, et leur infligeâmes un châtiment des plus cruels. ▪**9** Elles subirent ainsi les néfastes conséquences de leur comportement et sombrèrent dans la ruine qui en fut l'aboutissement, ▪**10** car c'est là le châtiment rigoureux que Dieu leur avait préparé. Craignez donc Dieu, vous qui êtes doués d'intelligence et qui avez la foi ! Dieu a révélé à votre intention le Coran, ▪**11** et envoyé un Prophète qui vous récite Ses versets édifiants, afin de faire sortir ceux qui croient et font le bien des ténèbres vers la lumière ! Dieu admettra quiconque aura cru et fait le bien dans des Jardins baignés d'eaux vives, où il demeurera à jamais immortel.
Telle est la belle rétribution que Dieu lui a réservé.
▪**12** C'est Dieu qui a crée sept Cieux et en a fait autant pour la Terre, et Ses ordres descendent graduellement des Cieux vers cette dernière, afin que vous sachiez que Sa puissance n'a point de limite et que Sa science embrasse toute chose ».

I. DROIT MAROCAIN

1. Préambule du Code de la famille

PRÉAMBULE

_____

Depuis son accession au trône de ses glorieux ancêtres, Sa Majesté le Roi Mohammed VI, Commandeur des croyants, que Dieu le glorifie, s'est attaché à inscrire la promotion des droits de l'Homme au cœur du projet sociétal démocratique et moderne qui est engagé sous l'impulsion royale. Outre son souci d'équité à l'égard de la femme, le projet vise notamment à protéger les droits de l'enfant et à préserver la dignité de l'homme, sans se départir des desseins tolérants de justice, d'égalité et de solidarité que prône l'*Islam*. Parallèlement, il fait une large place à l'effort jurisprudentiel de *l'Ijtihad* et à l'ouverture sur l'esprit de l'époque et les exigences du développement et du progrès.

C'était le regretté Souverain, Sa majesté le Roi Mohammed V – Que Dieu ait son âme -, qui, dès le recouvrement par le Maroc de sa pleine souveraineté, s'est attaché à la promulgation d'un code du statut personnel (*Moudawana*) qui devait constituer un premier jalon dans l'édification de l'État de droit et dans le processus d'harmonisation des prescriptions afférentes au dit statut. Quant à l'œuvre engagée par Feu Sa Majesté le Roi Hassan II, - que Dieu l'ait en sa sainte miséricorde -, elle s'est notamment caractérisée par la consécration constitutionnelle du principe d'égalité devant la loi. En effet, le défunt Roi accordait aux questions touchant la famille, sa très haute et bienveillante attention, dont les retombées concrètes étaient clairement palpables dans tous les domaines de la vie politique, institutionnelle, économique, sociale et culturelle. De fait, et entre autres conséquences de cette évolution, la femme marocaine s'est hissée à un statut qui lui a permis de s'impliquer et de s'investir avec efficience dans les différents secteurs de la vie publique.

Continuant sur la voie judicieuse tracée par ses vénérés Grand-Père et Père, Sa Majesté le Roi Mohammed VI - que Dieu l'assiste -, s'est montré déterminé à donner sa pleine expression à la démocratie participative de proximité. Répondant aux aspirations légitimes du peuple marocain et confirmant la volonté unanime de la Nation et de son Guide Suprême, d'aller résolument de l'avant sur le chemin de la réforme globale, du progrès soutenu et du rayonnement accru de la culture et de la civilisation du Royaume, Sa Majesté le Roi Mohammed VI - que Dieu le garde – a tenu à ce que la famille marocaine, fondée sur le principe de la responsabilité partagée, de l'égalité et de la justice, vivant en bonne intelligence, dans l'affection et l'entente mutuelles et assurant à sa progéniture une éducation saine et équilibrée, constitue un maillon essentiel dans le processus de démocratisation de la société, dont elle est, du reste, la cellule de base.

Depuis que Lui est échue la charge suprême de la commanderie des croyants, le Souverain, en visionnaire sage et avisé, s'est attaché à la concrétisation de ce projet, en mettant en place une commission Royale consultative, constituée d'éminents experts et *ouléma*, hommes et femmes d'horizons, de sensibilités et de domaines de compétence multiples et variés. En lui confiant le soin de procéder à une révision en profondeur du code du statut personnel, Sa Majesté n'a pas manqué de lui prodiguer en permanence Ses hautes directives et Ses conseils éclairés, pour la bonne préparation d'un nouveau Code de la Famille. Le Souverain insistait, à cet égard, sur la

nécessité de s'en tenir scrupuleusement aux prescriptions légales et de garder constamment à l'esprit les véritables desseins et finalités de l'*Islam* généreux et tolérant. Sa Majesté a également exhorté les membres de la commission à se prévaloir de l'effort jurisprudentiel de *l'Ijtihad*, en tenant compte de l'esprit de l'époque, des impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement.

Ce processus, conduit avec la Haute Sollicitude Royale, a été couronné par l'élaboration d'un Code de la Famille historique, précurseur et inédit par sa teneur et ses dispositions autant que par son habillage linguistique juridique contemporain et parfaitement en phase avec les prescriptions et les finalités généreuses et tolérantes de l'*Islam*.

De fait, les solutions énoncées dans le nouveau Code sont frappées du sceau de l'équilibre, de l'équité et de l'opérationnalité. Elles traduisent l'effort jurisprudentiel éclairé et ouvert qui a été et doit être déployé, ainsi que les droits des citoyennes et des citoyens marocains, qui doivent être ancrés et consacrés, dans le respect des référentiels religieux célestes.

La sagesse, la clairvoyance, le sens des responsabilités et le réalisme avec lesquels Sa Majesté le Roi Mohammed VI, que Dieu le glorifie, a initié le processus d'élaboration de ce monument juridique et sociétal, constituent un motif de fierté pour les deux chambres du Parlement qui s'enorgueillissent du changement historique remarquable que représente le Code de la famille, et le considèrent comme un texte juridique fondateur de la société démocratique moderne.

Les représentants de la Nation au Parlement apprécient hautement l'initiative démocratique royale de soumettre le projet du Code de la Famille à l'examen des deux chambres. Par cette action, Sa Majesté, en tant que Commandeur des croyants et représentant suprême de la Nation, confirme sa confiance dans le rôle vital dévolu au Parlement dans l'édification démocratique de l'État des institutions.

Le Parlement exprime également toute sa reconnaissance pour le soin avec lequel Sa Majesté le Roi a veillé à l'instauration d'une justice de la famille qui soit spécialisée, équitable, qualifiée, moderne et efficiente. Il réaffirme la mobilisation de toutes ses composantes derrière *Amir Al Mouminine* pour assurer tous les moyens et les textes à même de constituer un dispositif législatif exhaustif et harmonieux, au service de la cohésion de la famille et de la solidarité sociale.

Pour toutes ces considérations, le Parlement, exprime sa fierté pour les propos édifiants et les directives éclairées du discours historique que Sa Majesté a prononcé à l'occasion de l'ouverture de la deuxième année législative de la 7e législature. Il les adopte en les considérant comme le meilleur préambule possible pour le Code de la Famille. On citera, à cet égard, les extraits ci-après du discours de Sa Majesté le Roi, que Dieu l'assiste :

« En adressant Nos Hautes Directives à cette Commission, et en Nous prononçant sur le projet de Code de la Famille, Nous entendions voir introduire les réformes substantielles suivantes :

1. Adopter une formulation moderne, en lieu et place des concepts qui portent atteinte à la dignité et à l'humanisme de la femme et placer la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux. A cet égard, Mon Aïeul le Prophète Sidna Mohammed, - Paix et Salut soient sur lui

– a dit : "les femmes sont égales aux hommes au regard de la loi ". Il est, en outre, rapporté qu'il a dit : " est digne, l'homme qui les honore et ignoble celui qui les humilie ".

2. Faire de la tutelle (*wilaya*) un droit de la femme majeure, qu'elle exerce selon son choix et ses intérêts, et ce, en vertu d'une lecture d'un verset coranique selon laquelle la femme ne saurait être obligée à contracter un mariage contre son gré : " Ne les empêchez pas de renouer les liens de mariage avec leurs maris si les deux époux conviennent de ce qu'ils croient juste ". La femme peut, toutefois, mandater de son plein gré à cet effet, son père ou un de ses proches.

3. Assurer l'égalité entre l'homme et la femme pour ce qui concerne l'âge du mariage, fixé uniformément à 18 ans, en accord avec certaines prescriptions du Rite Malékite ; et laisser à la discrétion du juge la faculté de réduire cet âge dans les cas justifiés. Assurer également l'égalité entre la fille et le garçon confiés à la garde, en leur laissant la latitude de choisir leur dévolutaire, à l'âge de 15 ans.

4. S'agissant de la polygamie, Nous avons veillé à ce qu'il soit tenu compte des desseins de l'*Islam* tolérant qui est attaché à la notion de justice, à telle enseigne que le Tout-Puissant a assorti la possibilité de polygamie d'une série de restrictions sévères : " Si vous craignez d'être injustes, n'en épousez qu'une seule ". Mais le Très-Haut a écarté l'hypothèse d'une parfaite équité, en disant en substance : " vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez " ; ce qui rend la polygamie légalement quasi-impossible. De même, avons-Nous gardé à l'esprit cette sagesse remarquable de l'*Islam* qui autorise l'homme à prendre une seconde épouse, en toute légalité, pour des raisons de force majeure, selon des critères stricts draconiens, et avec en outre, l'autorisation du juge.

En revanche, dans l'hypothèse d'une interdiction formelle de la polygamie, l'homme serait tenté de recourir à une polygamie de fait, mais illicite. Par conséquent, la polygamie n'est autorisée que selon les cas et dans les conditions légales ci-après :

- Le juge n'autorise la polygamie que s'il s'assure de la capacité du mari à traiter l'autre épouse et ses enfants équitablement et sur un pied d'égalité avec la première, et à leur garantir les mêmes conditions de vie, et que s'il dispose d'un argument objectif exceptionnel pour justifier son recours à la polygamie ;

- La femme peut subordonner son mariage à la condition, consignée dans l'acte, que son mari s'engage à s'abstenir de prendre d'autres épouses.

Cette conditionnalité est, en fait, assimilée à un droit qui lui revient. À cet égard, Omar Ibn Khattab - que Dieu soit satisfait de lui - a dit : "Les droits ne valent que par les conditions y attachées ", " Le contrat tient lieu de loi pour les parties " (*Pacta Sunt Servanda*). En l'absence d'une telle condition, il lui appartient de convoquer la première épouse et demander son consentement, aviser la deuxième épouse que son conjoint est déjà marié, et recueillir également son assentiment.

En outre, il devrait être loisible à la femme dont le mari vient de prendre une deuxième épouse de réclamer le divorce pour cause de préjudice subi.

5. Concrétiser la Haute Sollicitude Royale dont Nous entourons Nos chers sujets résidant à l'étranger, et afin de lever les contraintes et les difficultés qu'ils subissent à l'occasion de l'établissement d'un acte de mariage, en en simplifiant la procédure, de sorte qu'il soit suffisant de l'établir en présence de deux témoins musulmans, en conformité avec les procédures en vigueur dans le pays d'accueil, et de le faire enregistrer par les services consulaires ou judiciaires marocains, conformément à cette recommandation du Prophète : " Facilitez, ne compliquez point"!

6. Faire du divorce, en tant que dissolution des liens de mariage, un droit exercé et par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire. Il s'agit en effet, de restreindre le droit de divorce reconnu à l'homme, en lui attachant des normes et conditions visant à prévenir un usage abusif de ce droit. Le Prophète - Prière et Salut soient sur Lui - dit à cet égard : " le plus exécrable (des actes) licites, pour Dieu, est le divorce ". Pour ce faire, il convient de renforcer les mécanismes de conciliation et d'intermédiation, en faisant intervenir la famille et le juge. Si le pouvoir de divorce revient au mari, l'épouse en a également la prérogative, par le biais du droit d'option. Dans tous les cas de figure, il faudra, avant d'autoriser le divorce, s'assurer que la femme divorcée bénéficiera de tous les droits qui lui sont reconnus. Par ailleurs, une nouvelle procédure de divorce a été adoptée. Elle requiert l'autorisation préalable du tribunal et le règlement des droits dus à la femme et aux enfants par le mari, avant l'enregistrement du divorce. Elle prévoit, en outre, l'irrecevabilité du divorce verbal dans des cas exceptionnels.

7. Élargir le droit dont dispose la femme pour demander le divorce judiciaire, pour cause de manquement du mari à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage, ou pour préjudice subi par l'épouse, tel que le défaut d'entretien, l'abandon du domicile conjugal, la violence ou tous autres sévices, et ce, conformément à la règle jurisprudentielle générale qui prône l'équilibre et le juste milieu dans les relations conjugales. Cette disposition répond également au souci de renforcer l'égalité et l'équité entre les deux conjoints. De même qu'a été institué le divorce par consentement mutuel, sous contrôle judiciaire.

8. Préserver les droits de l'enfant en insérant dans le Code les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc, et ce, en ayant constamment à l'esprit l'intérêt de l'enfant en matière de garde, laquelle devrait être confiée à la mère, puis au père puis à la grand-mère maternelle. En cas d'empêchement, il appartient au juge de décider de l'octroi de la garde au plus apte à l'assumer parmi les proches de l'enfant et en tenant compte du seul intérêt de l'enfant. Par ailleurs, la garantie d'un logement décent pour l'enfant, objet de la garde, devient, désormais, une obligation distincte de celles au titre de la pension alimentaire. La procédure de règlement des questions liées à ladite pension sera accélérée, puisqu'elle devra s'accomplir dans un délai ne dépassant pas un mois.

9. Protéger le droit de l'enfant à la reconnaissance de sa paternité au cas où le mariage ne serait pas formalisé par un acte, pour des raisons de force majeure. Le tribunal s'appuie à cet effet, sur les éléments de preuve tendant à établir la filiation. Par ailleurs, une période de cinq ans est prévue pour régler les questions restées en suspens dans ce domaine, et ce pour épargner les souffrances et les privations aux enfants dans une telle situation.

10. Conférer à la petite fille et au petit-fils du côté de la mère, le droit d'hériter de leur grand-père, dans le legs obligatoire, au même titre que les petits-enfants du côté du fils, et ce, en application du principe de l'effort jurisprudentiel (l'*Ijtihad*) et dans un souci de justice et d'équité.

11. S'agissant de la question de la gestion des biens acquis par les conjoints pendant le mariage, tout en retenant la règle de séparation de leurs patrimoines respectifs, les conjoints peuvent, en principe, convenir du mode de gestion des biens acquis en commun, dans un document séparé de l'acte de mariage. En cas de désaccord, il est fait recours aux règles générales de preuve pour l'évaluation par le juge de la contribution de chacun des époux à la fructification des biens de la famille.

Mesdames et Messieurs les honorables parlementaires,

Ces réformes dont nous venons d'énoncer les plus importantes, ne doivent pas être perçues comme une victoire d'un camp sur un autre, mais plutôt comme des acquis au bénéfice de tous les Marocains. Nous avons veillé à ce qu'elles cadrent avec les principes et les références ci-après :

- Je ne peux, en Ma qualité d'*Amir Al Mouminine*, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé ;

- Il est nécessaire de s'inspirer des desseins de l'*Islam* tolérant qui honore l'homme et prône la justice, l'égalité et la cohabitation harmonieuse, et de s'appuyer sur l'homogénéité du rite malékite, ainsi que sur l'*Ijtihad* qui fait de l'*Islam* une religion adaptée à tous les lieux et toutes les époques, en vue d'élaborer un Code moderne de la Famille, en parfaite adéquation avec l'esprit de notre religion tolérante ;

- Le Code ne devrait pas être considéré comme une loi édictée à l'intention exclusive de la femme, mais plutôt comme un dispositif destiné à toute la famille, père, mère et enfants. Il obéit au souci, à la fois, de lever l'iniquité qui pèse sur les femmes, de protéger les droits des enfants, et de préserver la dignité de l'homme.

Qui, parmi vous, accepterait que sa famille, sa femme et ses enfants soient jetés à la rue, ou que sa fille ou sa sœur soit maltraitée ?

- Roi de tous les Marocains, Nous ne légiférons pas en faveur de telle ou telle catégorie, telle ou telle partie. Nous incarnons la volonté collective de la *Oumma*, que Nous considérons comme Notre grande famille.

Soucieux de préserver les droits de Nos fidèles sujets de confession juive, Nous avons tenu à ce que soit réaffirmé, dans le nouveau Code de la Famille, l'application à leur égard des dispositions du statut personnel hébraïque marocain.

Bien que le Code de 1957 ait été établi avant l'institution du Parlement, et amendé par dahir, en 1993 au cours d'une période constitutionnelle transitoire, Nous avons jugé nécessaire et judicieux que le Parlement soit saisi, pour la première fois, du projet de Code de la Famille, eu égard aux obligations civiles qu'il comporte, étant entendu que ses dispositions à caractère religieux relèvent du ressort exclusif d'*Amir Al Mouminine*.

Nous attendons de vous d'être à la hauteur de cette responsabilité historique, tant par le respect de la sacralité des dispositions du projet qui s'inspirent des desseins de notre religion généreuse et tolérante, qu'à l'occasion de l'adoption d'autres dispositions. Ces dispositions ne doivent pas être perçues comme des textes parfaits, ni appréhendées avec fanatisme. Il s'agit plutôt de les aborder avec réalisme et perspicacité, dès lors qu'elles sont issues d'un effort d'*Ijtihad* valable pour le Maroc d'aujourd'hui, ouvert au progrès que Nous poursuivons avec sagesse, de manière progressive, mais résolue.

En Notre qualité d'*Amir Al Mouminine*, nous jugerons votre travail en la matière, en Nous fondant sur ces prescriptions divines : " Consulte les sur la question " et " si ta décision est prise, tu peux compter sur l'appui de Dieu ".

Soucieux de réunir les conditions d'une mise en œuvre efficiente du Code de la Famille, Nous avons adressé à Notre Ministre de la Justice, une Lettre Royale, faisant remarquer que la mise en œuvre de ce texte, quels que soient, par ailleurs, les éléments de réforme qu'il comporte, reste tributaire de la création de juridictions de la Famille qui soient équitables, modernes et efficientes. En effet, l'application du Code actuel a confirmé que les lacunes et les défaillances qui ont été relevées, ne tenaient pas seulement aux dispositions proprement dites du Code, mais plutôt à l'absence de juridictions de la Famille qualifiées sur les plans matériel, humain et de procédure, à même de réunir les conditions de justice et d'équité nécessaires et de garantir la célérité requise dans le traitement des dossiers et l'exécution des jugements.

Nous lui avons également ordonné, outre la mise en place rapide du Fonds d'entraide familiale, de prévoir des locaux convenables pour les juridictions de la Famille, dans les différents tribunaux du Royaume, et de veiller à la formation de cadres qualifiés de différents niveaux, eu égard aux pouvoirs que confère le présent projet à la Justice. Nous lui avons, en outre, ordonné de soumettre à Notre Majesté, des propositions pour la mise en place d'une commission d'experts, chargée d'élaborer un guide pratique comportant les différents actes, dispositions et procédures concernant les juridictions de la Famille, afin d'en faire une référence unifiée pour ces juridictions, tenant lieu de mode d'application du Code de la Famille. Il importe également de veiller à réduire les délais prévus dans le code de procédure civile en vigueur, concernant l'exécution des décisions prises sur des questions afférentes au Code de la Famille ".

2. Code de la famille issu du Dahir n° 1-04-22 du 12 *hija* 1424 (03 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03

▪ **Article 70**

« Le recours à la dissolution du mariage, par divorce sous contrôle judiciaire ou par divorce judiciaire, ne devrait avoir lieu qu'exceptionnellement et en prenant en considération la règle du moindre mal, du fait que cette dissolution entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants ».

▪ **Article 71**

« La dissolution du mariage résulte du décès de l'un des époux, de la résiliation, du divorce sous contrôle judiciaire, du divorce judiciaire ou du divorce moyennant compensation (*Khol'*) ».

▪ **Article 78**

« Le divorce sous contrôle judiciaire est la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent Code ».

▪ **Article 79**

« Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte par deux *adoul* habilités à cet effet dans le ressort du tribunal dans lequel est situé le domicile conjugal, le domicile de l'épouse ou son lieu de résidence ou le lieu où l'acte de mariage a été conclu, selon l'ordre précité ».

▪ **Article 80**

« La demande d'autorisation de faire constater l'acte de divorce doit contenir l'identité, la profession et l'adresse des conjoints et le nombre d'enfants, s'il y a lieu, leur âge, leur état de santé et leur situation scolaire.

Le document établissant le mariage est joint à la demande, ainsi que les preuves établissant la situation matérielle de l'époux et ses charges financières ».

▪**Article 81**

« Le tribunal convoque les époux pour une tentative de conciliation.

Si l'époux reçoit personnellement la convocation et ne comparaît pas, il est considéré avoir renoncé à sa demande.

Si l'épouse reçoit personnellement la convocation et ne comparaît pas et ne communique pas d'observations par écrit, le tribunal la met en demeure, par l'intermédiaire du ministère public, qu'à défaut de comparaître, il sera statué sur le dossier. S'il apparaît que l'adresse de l'épouse est inconnue, le tribunal recourt à l'aide du ministère public pour rechercher ladite adresse.

Lorsqu'il est établi que l'époux a utilisé des manœuvres frauduleuses, la sanction prévue à l'article 361 du code pénal lui est applicable à la demande de l'épouse ».

▪ **Article 82**

« Lorsque les deux parties comparaissent, les débats ont lieu en chambre de conseil, y compris l'audition des témoins et de toute autre personne que le tribunal jugerait utile d'entendre.

En vue de concilier les conjoints, Le tribunal peut prendre toutes les mesures utiles, y compris le mandatement de deux arbitres ou du conseil de famille ou de toute personne qu'il estime qualifiée. En cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours.

Si la conciliation entre les époux aboutit, un procès-verbal est établi à cet effet et la conciliation est constatée par le tribunal ».

▪ **Article 83**
« Si la conciliation des conjoints s'avère impossible, le tribunal fixe un montant que l'époux consigne au secrétariat-greffe du tribunal, dans un délai ne dépassant pas trente jours, afin de s'acquitter des droits dus à l'épouse et aux enfants à l'égard desquels il a l'obligation d'entretien, tels que prévus aux deux articles suivants ».

▪ **Article 84**
« Les droits dus à l'épouse comportent : le reliquat du *Sadaq*, le cas échéant la pension due pour la période de viduité (*Idda*), et le don de consolation (*mout'â*) qui sera évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.
Durant la période de viduité (*Idda*), l'épouse réside dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement qui lui convient et en fonction de la situation financière de l'époux. Á défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement, qui sera également consigné au secrétariat-greffe du tribunal, au même titre que les autres droits dus à l'épouse ».

▪ **Article 86**
« Si l'époux ne consigne pas le montant prévu à l'article 83 ci-dessus dans le délai imparti, il est censé renoncer à son intention de divorcer. Cette situation est constatée par le tribunal ».

▪ **Article 87**
« Dès que le montant exigé est consigné par l'époux, le tribunal l'autorise à faire instrumenter l'acte de divorce par deux *adoul* dans le ressort territorial du même tribunal. Dès l'homologation par le juge du document établissant le divorce, un exemplaire en est transmis au tribunal qui l'a autorisé ».

▪ **Article 88**
« Après réception de l'exemplaire visé à l'article précédent, le tribunal rend une décision motivée comprenant ce qui suit :
1) les nom et prénom des conjoints, leur date et lieu de naissance, la date et le lieu de leur mariage, leur domicile ou leur lieu de résidence;
2) un résumé des allégations et demandes des parties, les preuves et exceptions qu'elles ont présentées, les procédures accomplies dans le dossier et les conclusions du ministère public;
3) la date à laquelle le divorce a été instrumenté par les *adoul*;
4) si l'épouse est enceinte ou non;
5) les nom et prénom des enfants, leur âge, la personne chargée de la garde et l'organisation du droit de visite;

6) la fixation des droits prévus aux articles 84 et 85 ci-dessus et la rémunération de la garde après la période de viduité.
La décision du tribunal est susceptible de recours, conformément, aux procédures de droit commun ».

▪ **Article 89**
« Si l'époux consent le droit d'option au divorce à l'épouse, celle-ci peut l'exercer en saisissant le tribunal d'une demande, conformément aux dispositions des articles 79 et 80 ci-dessus.
Le tribunal s'assure que les conditions du droit d'option sur lesquelles les conjoints se sont mis d'accord sont réunies. Il entreprend la tentative de conciliation, conformément aux dispositions des articles 81 et 82 ci-dessus.
Si la conciliation n'aboutit pas, le tribunal autorise l'épouse à faire instrumenter l'acte de divorce par deux *adoul* et statue sur ses droits et, le cas échéant, sur ceux des enfants, conformément aux dispositions des articles 84 et 85 ci-dessus.
L'époux ne peut révoquer le droit d'option au divorce qu'il a consenti à l'épouse ».

▪ **Article 94**
« Lorsque les deux époux ou l'un d'eux, demandent au tribunal de régler un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à leur discorde, il incombe au tribunal d'entreprendre toutes tentatives en vue de leur conciliation, conformément aux dispositions de l'article 82 ci-dessus ».

3. Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 octobre 1957

▪ **Article 16**
« En matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou au Maroc ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre pays si elles réunissent les conditions suivantes :

a. La décision émane d'une juridiction compétente selon les règles de droit international privé admises dans le pays où la décision est exécutée, sauf renonciation certaine de l'intéressée ;
b. les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes ;
c. la décision est, d'après la loi du pays où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution ;
d. **la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public du pays où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans ce pays, elle ne**

doit pas non plus être contraire à une décision judiciaire prononcée dans ce pays et possédant à son égard l'autorité de la chose jugée ».

4. Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire

▪ **Article 9**

« La dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux États dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande.

Si à la date de la présentation de la demande, l'un des époux a la nationalité de l'un des deux États et le second celle de l'autre, la dissolution du mariage est prononcée selon la loi de l'État sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun ».

▪ **Article 13**

« **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**.

Lorsqu'ils sont devenus irrévocables, 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 les jugements de divorce ».

II. DROIT ALGÉRIEN

1. Code de la famille issu de l'Ordonnance n° 05-02 du 18 Moharram 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille

▪ **Article 48**

« Le divorce est la dissolution du mariage, sous réserve des dispositions de l'article 49 ci-dessous. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 de la présente loi ».

▪ **Article 49**

« Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé de plusieurs tentatives de conciliations des parties effectuées par le juge, au cours d'une période qui ne saurait excéder un délai de trois (3) mois à compter de l'introduction de l'instance.

Le juge doit établir un procès-verbal dûment signé par lui, le greffier et les parties, dans lequel sont consignés les actes et résultats des tentatives de conciliations.

Les jugements de divorce sont transcrits obligatoirement à l'état civil à la diligence du Ministère public ».

▪ **Article 50**

« La reprise de l'épouse pendant la période de conciliation ne nécessite pas un nouvel acte de mariage. Cependant, la reprise de l'épouse suite à un jugement de divorce exige un nouvel acte ».

▪ **Article 51**

« Tout homme ayant divorcé de son épouse par trois fois successives, ne peut la reprendre qu'après qu'elle se soit mariée avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcée ou qu'il meurt après avoir cohabité ».

▪ **Article 52**

« Si le juge constate que l'époux a abusivement usé de la faculté de divorce, il accorde à l'épouse des réparations pour le préjudice qu'elle a subi ».

▪ **Article 53**

« Il est permis à l'épouse de demander le divorce pour les causes ci après :

1- Pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcée par jugement à

moins que l'épouse n'ait connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles 78, 79 et 80 de la présente loi,

2- Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage,
3- Pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre (4) mois,
4- Pour condamnation du mari pour une infraction de nature à déshonorer la famille, et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale,
5- Pour une absence de plus d'un (1) an sans excuse valable ou sans pension d'entretien,
6- Pour violation des dispositions de l'article 8 ci- dessus,
7- Pour toute faute immorale gravement répréhensible établie,
8- Pour désaccord persistant entre les époux,
9- Pour violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage,
10- Pour tout préjudice légalement reconnu ».

▪ **Article 72**
« En cas de divorce, il incombe au père d'assurer, pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde, un logement décent ou à défaut son loyer. La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement ».

▪ **Article 73**
« Si un litige intervient entre les époux ou leurs héritiers relativement aux effets mobiliers du domicile commun sans qu'aucun des conjoints ne fournisse de preuve, la déclaration de l'épouse ou ses héritiers fera foi sur son serment quant aux choses à l'usage des femmes seulement, et celle de l'époux ou de ses héritiers fera foi sur son serment quant aux objets à l'usage des hommes seulement.
Les objets communs à l'usage de l'homme et de la femme sont partagés entre les époux sur le serment de chacun ».

2. Code de procédure civile et administrative (CPCA) tel qu'issu de la Loi n° 08-09 du 18 *Safar* 1429 correspondant au 25 février 2008, *JORA* n° 21, du 17 *Rabie Ethani* 1429, 23 avril 2008

▪ **Article 426 du CPCA**
« Le tribunal territorialement compétent est :
1) celui du domicile du défendeur, en matière de renonciation aux fiançailles;
2) celui du domicile du défendeur, en matière de preuve du mariage;
3) celui du domicile conjugal, en matière de divorce ou de réintégration, sauf lorsqu'il s'agit d'une demande de divorce par consentement mutuel ; dans ce dernier cas, est compétent celui du lieu où réside l'un ou l'autre des deux conjoints, selon leur choix ;
4) celui du lieu où s'exerce la garde, en matière de droit de garde, de droit de visite et d'autorisations administratives délivrées au mineur;

5) celui du lieu du domicile du créancier d'aliments, en matière de pension alimentaire;
6) celui du lieu du domicile conjugal, en matière de litiges relatifs aux effets du domicile conjugal;
7) celui du lieu du domicile du requérant, en matière d'autorisation à mariage;
8) celui du domicile du défendeur, en matière de contestations relatives à la dot;
9) celui de l'exercice de la tutelle, en matière de tutelle ».

▪ **Article 431 du CPCA**
« Á la date fixée pour la comparution, le juge vérifie la recevabilité de la requête, entend les époux d'abord séparément, puis ensemble, s'assure de leur consentement et tente de les concilier, si faire se peut. Il examine ensuite, avec les époux ou leurs mandataires respectifs, l'accord des parties sous réserve de supprimer ou d'en modifier éventuellement les clauses jugées contraires à l'intérêt des enfants ou à l'ordre public. Il rend un jugement par lequel il consacre la volonté des époux, homologue l'accord définitif et prononce le divorce ».

▪ **Article 440 alinéa 2 du CPCA**
« Si les époux le demandent, un membre de la famille peut assister et participer à la tentative de conciliation ».

3. Dispositions de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'exequatur et à l'extradition

▪ **Article 1er**
« En matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou en Algérie, ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre État si elles réunissent les conditions suivantes :

a. La décision émane d'une juridiction compétence selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'État où la décision doit être exécutée ;
b. Les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes, selon la loi de l'État où elle a été rendue ;
c. La décision est, d'après la loi de l'État où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution ;
d. La décision ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'État où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans cet État. Elle ne doit pas non plus être contraire à une décision judiciaire prononcée dans cet État et possédant à son égard de l'autorité de la chose jugée ».

III. DROIT FRANÇAIS

1. Mariage/Divorce

▪ **Article 14 du Code civil**
« L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

▪ **Article 15 du Code civil**
« Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

▪ **Article 184 du Code civil**
« Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ».

▪ **Ancien article 237 du Code civil**
« Un époux peut demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans ».

▪ **Ancien article 238 du Code civil**
« Il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir. Le juge peut rejeter d'office cette demande, sous réserve des dispositions de l'article 240, si le divorce risque d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint ».

▪ **Ancien article 239 du Code civil**
« L'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en supporte toutes les charges. Dans sa demande il doit préciser les moyens par lesquels il exécutera ses obligations à l'égard de son conjoint et des enfants ».

▪ **Article 229 du Code civil**
« Le divorce peut être prononcé en cas :
- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;

- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute ».

▪ **Article 237 du Code civil**
« Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré ».

▪ **Article 238 du Code civil**
« L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce. Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel ».

▪ **Article 246 du Code civil**
« Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute. S'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal ».

▪ **Article 247 du Code civil**
« Les époux peuvent, à tout moment de la procédure, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci ».

▪ **Article 247-1 du Code civil**
« Les époux peuvent également, à tout moment de la procédure, lorsque le divorce aura été demandé pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage ».

▪ **Article 247-2 du Code civil**
« Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande ».

▪ **Article 309 Code civil**
« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

▪ **Articles 266 du Code civil**

« Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage, soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.

Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce ».

▪ **Article 1382 du Code civil**

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

▪ **Article 1070 du Code de procédure civile**

« Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :

- le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;
- si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;
- dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.

En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.

Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs.

La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée ».

▪ **Article L 313-12 alinéa 2 du CESEDA**

« Le renouvellement de la carte de séjour délivrée au titre du 4° de l'article L. 313-11 est subordonné au fait que la communauté de vie n'ait pas cessé. Toutefois, lorsque la communauté de vie a été rompue en raison de violences conjugales qu'il a subies de la part de son conjoint, l'autorité administrative ne peut procéder au retrait du titre de séjour de l'étranger et peut en accorder le renouvellement. En cas de violences commises après l'arrivée en France du conjoint étranger mais avant la première délivrance de la carte de séjour temporaire, le conjoint étranger se voit délivrer, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale" ».

2. Arrêts de la Cour de cassation du 17 février 2004

▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 02-17. 479 ; arrêt n° 260 ; *Mme Fatma X…, épouse Y contre M. Ahmed Y…*

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu l'article 1er litt. a) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, ensemble l'article 1070 du nouveau Code de procédure civile applicable en la cause ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que les décisions rendues par les juridictions algériennes produisent effet en France, à condition notamment qu'elles émanent d'une juridiction compétente selon les règles françaises posées par le second en matière de divorce ;

Attendu que pour déclarer exécutoire en France le jugement rendu le 1er mars 1998 par le tribunal d'Oran (Algérie), ayant prononcé le divorce des époux Ahmed Y... et Fatma X..., l'arrêt attaqué retient que la juridiction algérienne était compétente en l'état de la nationalité algérienne des deux parties et qu'aucune fraude n'était établie dans la saisine de cette juridiction ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les deux époux étaient domiciliés en France de sorte que leur nationalité algérienne commune ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie et que le juge algérien n'était pas compétent pour en connaître, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 juin 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Président : M. Lemontey
Rapporteur : Mme Pascal, conseiller
Avocat général : M. Cavarroc
Avocat(s) : la SCP Peignot et Garreau, la SCP Thouin-Palat et Urtin-Petit

▪ **Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n°02-15.766 ; arrêt n° 259 ; *Mme Rabia X..., épouse Y...c/ M. Mohamed Y...***

Sur le premier moyen pris en ses deux branches :

Vu l'article 13, alinéa 1, de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et les articles 16, 19 et 21 de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes, que les décisions marocaines constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée et si elles sont passées en force de chose jugée et susceptibles d'exécution ;

Attendu que, pour déclarer irrecevable la demande en divorce formée devant un tribunal français par Mme X... contre son mari, tous deux ressortissants marocains domiciliés en France, et dire que les époux étaient déjà divorcés, l'arrêt attaqué retient que l'action formée par Mme X... devant la juridiction marocaine - en référence à l'acte de divorce révocable établi le 4 août 2000 par défaut devant deux adouls et homologué le 9 août 2000 - qui a abouti, le 5 février 2001, à une majoration des pensions allouées, démontre que l'épouse avait accepté, en son principe, le divorce constaté au Maroc ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors d'une part que le fait pour l'épouse, d'avoir sollicité la majoration des pensions accordées pour elle-même et pour les enfants ne saurait être considéré comme un acquiescement et, d'autre part qu'aucun certificat de non-opposition, non-appel ou non pourvoi n'était produit, la cour d'appel, qui eût dû vérifier, d'office, le respect des conditions posées par les textes susvisés, les a violés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 mars 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Président : M. Lemontey
Rapporteur : Mme Pascal, conseiller
Avocat général : M. Cavarroc
Avocat(s) : la SCP Bouzidi et Bouhanna, la SCP Richard

▪ **Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 02-11.618 ; arrêt n° 258 ; *M. Ahmed X... c/Mme Zohra Y...***

Sur le moyen unique :

Attendu que M. X... et Mme Y..., tous deux de nationalité algérienne, se sont mariés en Algérie en 1957 ; que, le 8 aout 1994, M. X... a demandé au Tribunal de Biskra (Algérie) de prononcer le divorce ; qu'il a été fait droit à sa demande par jugement contradictoire du 22 janvier 1995 ; que, le 10 octobre 1996, il a demandé au tribunal de grande instance de Colmar de déclarer exécutoire en France ce jugement ;

Attendu que M. X... reproche à l'arrêt attaqué (Colmar, 27 octobre 2000) d'avoir rejeté sa demande en s'abstenant de s'expliquer sur l'absence de fraude invoquée par lui et sans rechercher si des compensations financières obtenues par Mme Y... n'assuraient pas l'égalité des droits des époux lors de la dissolution du mariage, de sorte que la cour d'appel n'aurait pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1er de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 ;

Mais attendu que l'arrêt retient que le jugement du Tribunal de Biskra avait été prononcé sur demande de M. X... au motif que "la puissance maritale est entre les mains de l'époux selon la Charia et le Code" et que "le Tribunal ne peut qu'accéder à sa requête" ; qu'il en résulte que cette 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 1984, 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 à l'ordre public international réservé par l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard des textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Président : M. Lemontey
Rapporteur : M. Pluyette, conseiller
Avocat général : M. Cavarroc
Avocat(s) : Me Jacoupy, la SCP Roger et Sevaux

▪ **Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 01-11. 549 ; arrêt n° 256 du 17 février 2004 ; *M. Hadi X... C/Mme Hafida Y..., épouse X...***

Sur le moyen unique pris en ses trois branches :

Attendu que M. X... et Mme Y..., tous deux de nationalité algérienne, se sont mariés en Algérie en 1985 ; qu'en janvier 1998, Mme Y... a présenté une requête en divorce au juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Paris ; qu'à l'audience du 7 avril 1998, M. X... a soulevé l'exception de litispendance internationale, en raison de l'instance en divorce pendante devant le tribunal de Sidi M'hamed (Algérie) depuis le 23 novembre 1997 ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 22 mars 2001) d'avoir dit que le jugement du tribunal de Sidi M'hamed du 29 mars 1998 ayant prononcé le divorce ne pouvait être reconnu en France et d'avoir rejeté l'exception de chose jugée, alors, selon le moyen, *que*, dès *lors qu'il résulte des propres constatations des juges du fond : 1°/ que le litige entre les époux, tous deux de nationalité algérienne et mariés en Algérie, se rattachait de manière caractérisée aux juridictions algériennes, 2°/ que la procédure devant la juridiction algérienne avait été loyale et contradictoire, l'épouse obtenant des dommages-intérêts, 3°/ que le choix du juge algérien n'avait pas été frauduleux, dans la mesure où la saisine de la juridiction algérienne ne visait pas à faire obstacle à la saisine préalable du juge français et où, au contraire, l'épouse n'avait saisi la juridiction française qu'après mise en œuvre de la procédure en Algérie, la cour d'appel ne pouvait refuser l'exequatur du jugement algérien du 23 mars 1998 sans violer l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 et les principes régissant l'ordre public international français ;*

Mais attendu que l'arrêt retient que le divorce des époux X... a été prononcé par les juges algériens, malgré l'opposition de la femme, au seul motif, admis par la loi algérienne, que le pouvoir conjugal reste entre les mains de l'époux et que le divorce doit être prononcé sur la seule volonté de celui-ci ; que la cour d'appel en a exactement déduit que, même si elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire, cette 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, était contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, 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, dès lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français ; d'où il suit que la deuxième branche du moyen n'est pas fondée tandis que les deux autres sont inopérantes dès lors qu'elles s'attachent à la compétence du juge algérien que la cour d'appel n'a pas déniée ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Président : M. Lemontey
Rapporteur : M. Pluyette, conseiller
Avocat général : M. Cavarroc
Avocat(s) : Me Choucroy, Me Cossa

▪ Cass. 1re Civ., 17 février 2004, n° 02-10.755 ; procureur général de la cour d'appel de Rennes *c/ M. Chaldi X…*

Sur le troisième moyen qui est recevable :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que M. X..., de nationalité marocaine, et Mme Y…, de nationalité française, mariés le 11 janvier 1986, ont divorcé par jugement du 8 mars 1991 après enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite par M. X… le 7 mars 1990 sur le fondement de l'article 37-1 du Code de la nationalité française ; que, par actes des 6 février et 5 mars 1998, le procureur près le tribunal de grande instance de Nantes a assigné M. X… et Mme Y… en annulation de leur mariage pour bigamie et pour faire constater, en conséquence, la caducité de la déclaration de nationalité ;

Attendu que pour débouter le ministère public de sa demande en nullité du mariage, la cour d'appel retient qu'il résulte des pièces versées aux débats que M. X… s'est marié au Maroc le 22 août 1981 avec Madame Z…, de nationalité marocaine, mais qu'il établit que le mariage a été dissous par divorce en février 1983 selon la loi marocaine ; qu'elle ajoute que la décision de divorce doit être reconnue de plein droit en France ;

Attendu qu'en statuant ainsi, par des considérations générales qui ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la régularité internationale de la décision marocaine, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu à statuer sur les autres moyens :

CASSSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 novembre 2001 entre les parties, par la cour d'appel de Rennes, remet en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt, et pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

Président : M. Lemontey
Rapporteur : M. Pluyette, conseiller
Avocat général : M. Cavarroc
Avocat(s) : la SCP Vuitton

3. PACS et concubinage

▪ **Article 515-1 du Code civil**

« Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

▪ **Article 515-2 du Code civil**

« À peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité :

1° Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ;

2° Entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ;

3° Entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité ».

▪ **Article 515-3 du Code civil**

« Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, dans le ressort duquel se trouve la résidence de l'une des parties.

En cas d'empêchement grave, le greffier du tribunal d'instance se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité.

À peine d'irrecevabilité, les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité produisent au greffier la convention passée entre elles.

Le greffier enregistre la déclaration et fait procéder aux formalités de publicité.

Lorsque la convention de pacte civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement du pacte et fait procéder aux formalités de publicité prévues à l'alinéa précédent.

La convention par laquelle les partenaires modifient le pacte civil de solidarité est remise ou adressée au greffe du tribunal ou au notaire qui a reçu l'acte initial afin d'y être enregistrée.

À l'étranger, l'enregistrement de la déclaration conjointe d'un pacte liant deux partenaires dont l'un au moins est de nationalité française et les formalités prévues aux troisième et cinquième alinéas sont assurés par les agents diplomatiques et consulaires français ainsi que celles requises en cas de modification du pacte ».

▪ **Article 515-3-1 du Code civil**

« Il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire. Pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au greffe du tribunal de grande instance de Paris. L'existence de conventions modificatives est soumise à la même publicité.

Le pacte civil de solidarité ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Il en va de même des conventions modificatives ».

▪ **Article 515-4 du Code civil**

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante ».

▪ **Article 515-5 du Code civil**

« Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte, hors le cas du dernier alinéa de larticle 515-4.

Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Le partenaire qui détient individuellement un bien meublé est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul sur ce bien tout acte d'administration, de jouissance ou de disposition ».

▪ **Article 515-5-1 du Code civil**

« Les partenaires peuvent, dans la convention initiale ou dans une convention modificative, choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent ensemble ou séparément, à compter de l'enregistrement de ces conventions. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, sans recours de l'un des partenaires contre l'autre au titre d'une contribution inégale ».

▪ **Article 515-5-2 du Code civil**

« Toutefois, demeurent la propriété exclusive de chaque partenaire :

1° Les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du pacte et non employés à l'acquisition d'un bien ;

2° Les biens créés et leurs accessoires ;

3° Les biens à caractère personnel ;

4° Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi ;
5° Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession ;
6° Les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.
L'emploi de deniers tels que définis aux 4° et 5° fait l'objet d'une mention dans l'acte d'acquisition. A défaut, le bien est réputé indivis par moitié et ne donne lieu qu'à une créance entre partenaires ».

▪ **Article 515-5-3 du Code civil**
« A défaut de dispositions contraires dans la convention, chaque partenaire est gérant de l'indivision et peut exercer les pouvoirs reconnus par les articles 1873-6 à 1873-8.
Pour l'administration des biens indivis, les partenaires peuvent conclure une convention relative à l'exercice de leurs droits indivis dans les conditions énoncées aux articles 1873-1 à 1873-15. À peine d'inopposabilité, cette convention est, à l'occasion de chaque acte d'acquisition d'un bien soumis à publicité foncière, publiée à la conservation des hypothèques.
Par dérogation à l'article 1873-3, la convention d'indivision est réputée conclue pour la durée du pacte civil de solidarité. Toutefois, lors de la dissolution du pacte, les partenaires peuvent décider qu'elle continue de produire ses effets. Cette décision est soumise aux dispositions des articles 1873-1 à 1873-15 ».

▪ **Article 515-6 du Code civil**
« Les dispositions des articles 831, 831-2, 832-3 et 832-4 sont applicables entre partenaires d'un pacte civil de solidarité en cas de dissolution de celui-ci.
Les dispositions du premier alinéa de l'article 831-3 sont applicables au partenaire survivant lorsque le défunt l'a expressément prévu par testament.
Lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès d'un des partenaires, le survivant peut se prévaloir des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 763 ».

▪ **Article 515-7 du Code civil**
« Le pacte civil de solidarité se dissout par la mort de l'un des partenaires ou par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux. En ce cas, la dissolution prend effet à la date de l'événement.
Le greffier du tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du pacte civil de solidarité ou le notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte, informé du mariage ou du décès par l'officier de l'état civil compétent, enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.
Le pacte civil de solidarité se dissout également par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux.

Les partenaires qui décident de mettre fin d'un commun accord au pacte civil de solidarité remettent ou adressent au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte une déclaration conjointe à cette fin.
Le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre. Une copie de cette signification est remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte.
Le greffier ou le notaire enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.
La dissolution du pacte civil de solidarité prend effet, dans les rapports entre les partenaires, à la date de son enregistrement.
Elle est opposable aux tiers à partir du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.
À l'étranger, les fonctions confiées par le présent article au greffier du tribunal d'instance sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français, qui procèdent ou font procéder également aux formalités prévues au sixième alinéa.
Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. À défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.
Sauf convention contraire, les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre sont évaluées selon les règles prévues à l'article 1469. Ces créances peuvent être compensées avec les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante ».

▪ **Article 515-7-1 du Code civil**
« Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ».

▪ **Article 515-8 du Code civil**
« Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

IV. DROIT EUROPÉEN

1. Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Bruxelles II bis)

▪ **Article 3 - Compétence générale**

« 1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel se trouve :

- la résidence habituelle des époux, ou
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou
- la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile";

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme "domicile" s'entend au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande ».

2. Convention Européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales

▪ **Article 1er - Obligation de respecter les droits de l'homme**

« Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention »:

▪ **Article 5 - (protocole additionnel n° VII), Égalité entre époux**

« Les époux jouissent de l'égalité de droit 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 ».

▪ **Article 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale**

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Article 12 – Droit au mariage

« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ABECASSIS (E.), *La répudiée*, éd. Albin Michel, 2002.

ABIBOL (Michel), *Histoire du Maroc*, éd. Perrin, 2009.

ABOU DAOUDA (Cheikh Boureïma), *Le mariage en Islam*, éd. Dar Albouraq, Beyrouth, Liban, 2002.

ABU USAMA (Messaoud), *Les compagnons du prophète : les premiers hommes de l'Islam*, éd. Tawhid, 2004.

ACHIRAF, (B.), *Les mœurs sexuelles à Mayotte*, éd. L'Harmattan, Coll. Sexualité humaine, 2006.

ALDEEB ABU-SAHLIEM (Sami), *Les musulmans en Occident entre droits et devoirs*, L'Harmattan, 2002.

ID., *Introduction à la société musulmane : fondements, sources et principes*, Eyrolles, Paris, 2005.

ID., *Le Coran, texte arabe et traduction française par ordre chronologique selon Azhar avec renvoi aux variantes, aux abrogations et aux écrits juifs et chrétiens*, éd. de l'Aire, Vevey, 2008.

ID., *Projets de constitutions et droits de l'homme islamiques*, Studia Arabica VIII, éd. De Paris, 2008.

AL HARIRI-WENDEL (Tanja), *Les symboles de l'islam*, éditeur Guy Trédaniel, 2000.

AL-GHAZALI, *Des vertus du mariage*, traduit par A. DESMAZIERES, Alif éd., Lyon, 1997.

AL- QARDÂWǏ (Yûsuf), *Le licite et l'illicite en Islam*, éd. Al-qalam, 1995.

ALLARD (Julie), *Dworkin et Kant réflexions sur le jugement*, éd. De l'université de Bruxelles, Coll. De philosophie politique et juridique, Bruxelles 2001.

AL-SALAH (Sobhî), *Al-Nudhum al-islâmiyya*, 2e éd., *Dâr al-'ilm li-l-malâyîn*, Beyrouth, 1968.

AMDOUNI (Hassan), *La famille musulmane relations familiales et éducation*, éd. Al qalam, 2000.

ID., *Les menstrues, les métrorragies, Les lochies, à la lumière des quatre écoles*, éd. Le Savoir, Bruxelles, 2004.

ANDRIEUX (Jean-Paul), *Introduction historique au droit*, Coll. Dyna'Sup Droit, Vuibert, 2006.

ANTOMARCHI, (V.), *Politique et famille sous la IIIe République 1870-1914*, éd. L'Harmattan, 2000.

ARKOUN (Mohamed), *Islam, morale et politique*, éd. Desclée Brouwer, 1986.

ASAD (Muhammad), *Le Coran peut-il être traduit ?*, éd. Tawhid, Lyon, 2001.

AUBERT (J.-L), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 8e éd. Armand Colin, 2000.

AUBIN (Emmanuelle), *Droit des étrangers*, éd., Gualino Master Pro, 2009.

AUDIF (Bernard), *Droit international privé*, 4e éd. Economica, Coll. Corpus Droit privé, 2006.

AYYUB (Hassan), *Guide pratique du musulman*, éd. Tawhid, 2002.

AZIZ (Philippe.), *L'Homme du Coran, Mahomet*, éd. Ramsay, 2001.

BAKOUCHE (David), *Droit civil, les personnes, la famille*, éd. Hachette Supérieur, 2005.

BARBARA (A.), *Les couples mixtes*, Bayard éditions, 1993.

BARDIN (Pierre), *Algériens et Tunisiens dans l'Empire ottoman de 1848 à 1914*, CNRS, 1979.

BART (Jean), *Histoire du droit privé : de la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, Coll. Domat droit privé, 2e éd. Montchrestien, 2009.

BATTEUR (Annick), *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4e éd. LGDJ, 2009.

BAUDART (Anne), *La morale et sa philosophie*, Coll. Dominos Flammarion, 1998.

BAYSSON (Hubert), *L'idée d'étranger chez les philosophes des Lumières*, éd. L'Harmattan, 2002.

BEIGBEDER, (Frédéric), *L'amour dure trois ans*, Gallimard, 2001.

BEIGNIER (Bernard), *Cours d'introduction au droit, Montchrestien*, 2007.

ID., *L'honneur et le droit*, LGDJ 1995.

BENABENT (Alain), *Droit civil, Les obligations*, 6e éd. Montchrestien 1997.

ID., *Droit civil : La famille*, 11e éd. Litec, 2003.

ID., *La réforme du divorce article par article*, éd. Defrénois, 2004.

BENAÏSSA (Omar), *Le Coran*, éd. Librio, 2003.

BENTOUNES (Cheikh Khaled), *L'homme intérieur à la Lumière du Coran*, éd. Albin Michel, 1998.

BERGEL (J.-L), *Théorie générale du droit*, 4e éd., Dalloz, Coll. Méthode du Droit, 2004.

BERQUE (Jacques), *Le Coran*, éd. Sindbad, 1990.

BLANC (François-Paul), *Le droit musulman*, éd. Dalloz, l995.

ID., et MILLIOT (Louis), *Introduction à l'étude du droit musulman*, éd. Dalloz-Sirey, 2e éd., 2001.

ID., *Le droit musulman*, Dalloz, 2e éd. Coll. Connaissance du droit, 2006.

BLANCHY (Sophie), *La Vie quotidienne à Mayotte*, L'Harmattan, 1991.

BOUBAKEUR (Dalil), *Le Coran tolérant*, éd., Dalloz, 2008.

BOUDJEDRA (Rachid), *La Répudiation*, Denoël, 1969, Coll. Les Lettres nouvelles ; réed. Gallimard, Coll. Folio, 1981.

BOUDJENOUN (Messaoud), *Le mariage en Islam*, éd. Tawhid, 1995.

BOULANGER (François), *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, (t. I), 3e éd., Économica, Coll. Droit civil, Série Études et Recherches, 1997.

BOURDIEU (Pierre), *Le bal des célibataires, crise de la société paysanne du Bearn*, éd. du Seuil, Coll. Essais-Point, 2002.

ID., *Sociologie de l'Algérie*, Coll. « Que sais-je ? », n°802, 8e éd., PUF, 2001.

BRAHAMI (Mostafa) et OTMANI (Fethallah), *Le marché du halal, entre références religieuses et contraintes industrielles*, éd., Tawhid/AVC, 2010.

BREGI (Jean-François), *Introduction historique au droit*, Coll. Universités droit, éd. Ellipses, 2005.

Id., *Droit international privé*, t. 2, Partie Spéciale, éd. PUF, Coll. Thémis Droit, 2007.

BULLOCK (Katherine), *Femme musulmane et voile, face aux stéréotypes modernes et historiques*, (traduit par Rachid et Michèle MESSAOUDI), éd. Institut International de la pensée Islamique (IIIT France), 2008.

CAHEN (Claude), *L'Islam des origines au début de l'empire Ottoman*, éd. Hachette Littérature, Coll. Plurielle Histoire, 1999.

CALLE, (P.), *L'acte public en droit international privé*, Économica, 2004.

CARBASSE (J.-M.), *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF Droit, Coll. Droit fondamental, 2e éd., 2003.

CASTALDO (André), *Introduction historique du droit*, 3e éd., Précis Dalloz, Coll. Droit Public et Science Politique, 2006.

CARBONNIER (Jean), Droit civil t. II, *La famille, l'enfant, le couple*, 21e éd., PUF, 2002.

ID., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ, 2001.

ID., *Droit civil Introduction*, 27e éd., PUF, Coll. Thémis droit privé, 2002.

CESARI (Jocelyne), *Être musulman en France, associations, militants et mosquées*, éd. Karthala-Ireman, 1994.

CHARNAY (J.-P), *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXème siècle*, 1ère éd., Quadrige PUF, 1991.

ID., *Esprit du droit musulman*, Daloz, Coll. Esprit du droit, 2008.

CHARPIN (D.), *Hammu-rabi de Babylone*, PUF, 2003.

CHAUVEL (Geneviève), *Aïcha la bien-aimée du Prophète*, éd. Télémarque, 2007.

CHEBEL (Malek), *Le Coran, Nouvelle traduction*, éd. Fayard, 2009.

CHELBI (Mustapha), *L'islam en procès*, éd. L'harmattan, Comprendre le Moyen-Orient, 2004.

CHEVALLIER (Jean-Jacques), *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, 9e éd., Armand Colin, Coll. Classic, 2001.

CHOURAQUI (André), *Histoire des Juifs en Afrique du Nord*, Hachette, 1985.

CISSE (Abdoullah), *Musulmans, pouvoirs et société*, L'harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1998.

CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, 3e éd., Montchrestien, 2005.

ID., *Droit civil La famille*, 9e éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit Privé, 2006,

ID., *Droit civil des personnes*, 13e éd., Montchrestien, 2007.

COURBE (Patrick), *Droit de la famille*, Armand colin, 3e éd., 2003.

ID., *Droit international privé*, 2e éd. Armand Colin, Compact, 2003.

ID., *Droit de la famille*, 5e éd., Dalloz Sirey, 2008.

COURNIL (Christel), *Le statut interne de l'étranger et les normes supranationales*, éd. L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2005.

DALLE (Ignace), *Les trois rois, la monarchie marocaine de l'indépendance à nos jours*, éd. Fayard, 2004.

DAOUD (Zakya), *Féminisme et politique au Maghreb*, Maisonneuve & Larose, 1993.

DANSETTE (A.), *Histoire religieuse de la France contemporaine, l'Église catholique dans la mêlée politique et sociale*, Flammarion, 1965.

DERMENGHEM (Émile), *Mahomet et la tradition islamique*, éd. Le Seuil, 2003.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), *L'égalité des sexes*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1998.

DE PERCIN (Laurence), *Concubinage, PACS ou mariage que choisir ?*, éd, Vuibert, 2003.

DERRUPE (Jean), LABORDE (Jean-Pierre), *Droit international privé*, 15e éd., Dalloz, 2005.

DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, l953, réimpression Dalloz, 2004.

DIF (Malika), *Etre musulmane aujourd'hui, Statut juridique de la femme musulmane selon l'Islam*, éd. Tawhid, 1999.

ID., *Les épouses du Prophète de l'Islam*, éd. Tawhid, 2007.

DJAVANN (Chahdortt), *Que pense Allah de l'Europe ?*, éd. Gallimard, 2004.

DUPONT (Florence), *Le citoyen romain sous la République 509-27 av. JC*, Hachette, Coll. La vie quotidienne, Civilisations et sociétés, 1994.

EUDIER (Frédérique), *Droit de la famille*, 2e éd. Armand Colin, 2003.

FILALI-ANSARY (Abdou), *L'Islam est-il hostile à la laïcité ?*, éd. Sindbad, Casablanca, 2002.

FINET (A.), *Le Code d'Hammourabi*, éd. Du Cerf, Littératures anciennes du Proche Orient, 5e éd., 2004.

FLEURY (Georges), *Comment l'Algérie devint française 1830-1848*, éd. Perrin, 2008.

FÖGEN, (M.-T.), *Histoire du droit romain, De l'origine et de l'évolution d'un système social*, traduit de l'allemand par Denis TRIERWEILER, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2002 (version originale), 2007 (traduction).

FOHRER (E.), *L'incidence de la Convention Européenne sur l'ordre public international français*, éd. Bruylant, 1999.

FONTAINE (G.), *Mayotte*, éd. Karthala, Coll. Méridiens, 1996.

FORMERY (Simon-Louis), *La Constitution commentée article par article*, 7e éd., Hachette Supérieur, Coll. Les fondamentaux, 2003.

FOURASTIE (Jean), *Les trente glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, éd. Fayard, 1979 ; réédition Le grand Livre du mois, 1998.

FOYER (Jean), *Histoire de la justice*, PUF, 1996.

FULCHIRON (H.), *Réforme du droit des étrangers*, éd., Litec, Coll. Carré Droit, 1999.

GAUDEMET (Jean), *Le mariage en Occident : les mœurs et le droit*, éd. Du Cerf, 1987.

ID., *Les sources du droit canonique VIIIe-XXe siècle*, éd. du Cerf, 1993.

ID., *Les naissances du droit le Temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 2e éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 1999.

ID., *Droit privé romain*, 2e éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 2000.

ID., *Les Institutions de l'Antiquité*, 7e éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 2002.

ID., et CHEVREAU (E.), *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2009.

GAUDEMET (Eugène), *L'Interprétation du Code civil en France depuis 1804*, éd. La Mémoire du Droit, Coll. Du deuxième centenaire du Code civil, 2002.

GHASSAN (Ascha), *Du statut inférieur de la femme en islam*, éd. L'Harmattan, 1997.

ID., *Mariage, polygamie et répudiation en islam*, éd. L'Harmattan, 1998.

GIRARD (Paul-Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 2003.

GIRARD-ZAPPELLI (Pâquerette), *Guide pratique de la nationalité française, Le droit, Les démarches*, 4e éd., Sofiac, 2005.

GOLDZIHER (I.), *Le dogme et la loi dans l'islam*, éd. Gunther/L'Éclat, 2005.

GOODY (Jack), *L'islam en Europe, histoire, échanges et conflits*, éd. Découverte Poche, 2004.

GUELLOUZ (Azzedine), *L'Islam*, éd. Fayard, 2004.

GUTMANN (Daniel), *Droit international privé*, 5e éd. Dalloz, Coll. Cours, 2007.

HALPERIN (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Coll. Droit fondamental droit politique et théorique, 1996.

HESS-FALLON (Brigitte), SIMON (Anne-Marie), *Droit de la famille*, 5e éd. Dalloz Sirez, 2004.

HONORAT (H.), *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, 1969.

HORTS (A.), *La vie familiale juive ; étude sur les mœurs du peuple juif à travers les âges*, éd. M. Weissenbruck, Bruxelles, 1922.

HUMBERT (M.), *Le remariage à Rome, étude d'histoire juridique et sociale*, éd., Giuffre, Milan, 1972.

IMBERT (Jean), *Le droit Antique*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1994.

ID., *Histoire du doit privé*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1996.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1930 (3e éd. 1938).

KAN'ÂN (Muhammad Ahmad), *Les fondements de la vie conjugale*, éd. Ennour, 2002.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction EISENMANN, Dalloz, l962, réédition LGDJ en l999.

LABBEE (Xavier), *Le droit commun du couple*, éd. Presses Universitaire du Septentrion, 2010.

ID., *introduction générale au droit : pour une approche éthique*, éd. Presses Universitaire du Septentrion, 2010.

ID., *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, éd. Presses Universitaires du septentrion, 1996 ; Presses Universitaires de Lille, 1994.

ID., *Les critères de la norme juridique*, éd. Presses Universitaire de Lille, 1994.

LACOUTURE (Jean), *L'Algérie algérienne*, éd. Gallimard, 2008.

LAMRABET (Asma), *Musulmane tout simplement*, éd. Tawid, 2002.

ID., *Aïcha épouse du prophète ou l'islam au féminin*, éd. Tawhid, 2003.

ID., *Le coran et les femmes : une lecture de libération*, Tawhid, 2007.

LAROUI (Abdelatif), *Islam et histoire*, éd. Flammarion, 2001.

LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, 4e éd., Économica, 1998, n° 114, p. 104.

LAZLO-FENOUILLET (D.), *La conscience*, LGDJ 1993.

LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1996.

LEWIS (Bernard), *Que s'est-il passé ? L'Islam, l'occident et la modernité*, traduit de l'anglais par Jacqueline CARNAUD, éd. Le débat Gallimard, 2002.

LINANT DE BELLEFONDS (Y.), *Traité de droit musulman comparé*, éd. Mouton et Co., 1965, Tome 11.

LUGAN (Bernard), *Histoire du Maroc, des origines à nos jours*, éd. Perrin, Coll. Pour l'histoire, 2000.

MAC MULLEN (R.), *Christianisme et paganisme du VIe au VIIIe siècle*, éd. Histoire, Coll. Les belles lettres, Traduit de l'anglais par Franz REGNOT, 1998.

MANDEL KHAN (Gabriele), *Les 99 noms de Dieu*, éd. Guy Trédaniel, 2009.

MANTRAN, (Robert) *L'expansion musulmane VIIe-XIe siècle*, PUF, Coll. Clio, 1ère éd. 1969, 6e éd. 1995.

MARTIN (Xavier), *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, éd. Dominique Martin Morin, 2003.

MASSIP (Jacques), *Le nouveau droit du divorce*, éd. Défrénois, 2005.

MAURIN (André), *Droit administratif*, 4e éd., Dalloz Sirey, Coll. Aide-mémoire, 2003.

MECARY (Caroline), *Le nouveau PACS*, Dalloz, Coll. Delmas, 2006.

MERNISSI (Fatema), *L'amour dans les pays musulmans*, éd. Albin Michel, 2009.

MILLIOT (Louis), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz Sirey, 1953.

MILTON (John), *Doctrine et discipline du divorce*, traduit et présenté par TOURNU (Christophe), éd. Bilingue, Belin, 2005.

MIQUEL (André), collaboration d'Henry Laurens, *L'islam et sa civilisation*, éd. Armand Colin, 2003.

MOGHNIE (M.-J.), *Le figh selon les cinq rites-jaafarite, hanafite, chaférite, hanbalite*, 8e éd., Dâr al Jawâd, Beyrouth, 1984 (en arabe).

MOINE (I.), *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1997.

MONNEYRON (Frédéric), *L'androgyne romantique du mythe au mythe littéraire*, éd. Elug, Grenoble, 1994.

MOULAY RCHID (A.), *La femme et la loi au Maroc*, 2e éd., Le Fennec, Coll. « Femmes du Maghreb », Rabat, 1993.

ID., *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, Recueil des cours, volume 268, par l'Académie de Doit International de La Haye, 1997, (290 p.).

MOUNIR (Omar), *Le nouveau droit de la famille au Maroc : essai analytique, le sort des mariages mixtes, les Marocains à l'étrangers*, éd. Cheminements, Coll. Part de Vérité, 2005.

NASEEF (Fatima), *Droits et devoirs de la femme musulmane, à la lumière du Coran et de la Sunna*, éd. Tawhid, 1999.

NERAUDAU-D'UNIENVILLE (E.), *Ordre public et droit des étrangers en Europe, La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, éd. Bruylant, 2006, Bruxelles.

NOAILLES (Duc Paul de), *Histoire de Madame de Maintenon et principaux événements du Règne de Louis XIV*, t. I, Comptoir des imprimeurs, 1848, p. 323.

PARQUET (Muriel), *Droit de la famille*, éd. Bréal, 2004.

PETOT (P.), *La famille*, éd., Loysel, Coll. Histoire du droit privé français, 1992 (Texte établi et annoté par Claude Bontems).

PFISTER (Laurent), *Introduction historique au droit privé*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2004.

PICHONNAZ, (P.), *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ éd., Romandes Schulthess, 2008.

PLATON, *Le Banquet*, Traduction DACIER et GROU par E. SAISSET, 1873.

PREMARE (A.-L de), *Les fondations de l'Islam, entre écriture et histoire*, éd. Le Seuil, 2002.

PUJO (Pierre), *Mayotte la Française*, L'Harmattan, 1992.

RAMADAN (Hani), *La femme en Islam*, éd. Tawhid, 1999.

ID., *Les noms divins*, éd. Tawhid, 2001.

ID., *Recueil de Hadiths sur la vie familiale*, éd. Tawhid, 2002.

ID., *La question du divorce, Le point de vue de l'Islam*, Conférence, 2007, Tawhid.

RAMADAN (Saïd), *La Shari'a, introduction au droit islamique*, Tawhid, 2001.

RAMADAN (Tariq), *Aux sources du renouveau musulman*, éd. Tawhid, 2002.

ID., *Musulmans d'occident*, éd. Tawhid, 2002.

RAOUF (Wafik), *L'Europe vue par l'Islam, une perception ambivalente*, éd., L'Harmattan, Coll. Histoire et perspectives méditerranéennes, 2000.

RENAULT-BRAHINSKY (Corinne), *Droit des personnes et de la famille*, 3e éd. Gualino, Coll. Manuels, 2008.

RENAUT (Marie-Héléne), *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, 2002.

REUTER (Paul), *Introduction au droit des Traités*, 3e éd. revue et augmentée par Philippe CAHIER, Publications de l'institut universitaire de Hautes études internationales- Genève, 1995, p. 194.

REVILLARD (Mariel), *Droit international privé et droit communautaire*, 6e éd. Defrènois, 2006.

RICCI (Jean-Claude), *Droit administratif général*, 2e éd., Hachette Supérieur, Coll. Hu Droit, 2007.

RICHTER (M.), *Quel habitat pour Mayotte ? Architecture et mode de vie*, éd. L'Harmattan, 2005.

RIGAUDIERE (Albert), *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, 2e éd., Coll. Corpus histoire du droit, Économica, 2005.

ROBAYE (René), *Le droit romain, tome I : Sources du droit-Personnes-Successions-Biens*, 3e éd., Academia Bruylant, Coll. Pédasup, Louvain-la Neuve/Bruxelles, 2005.

ROYER (Jean-Pierre), *Histoire de la justice en France*, 3e éd., PUF droit, Coll. Droit fondamental droit politique et théorique, 2001.

RODINSON (Maxime), *La fascination de l'islam, Les étapes du regard occidental sur le monde musulman*, éd. Maspéro, 1980.

SABIQ (Sayyid), *Fiqh As-Sunna pour les femmes*, éd., Maison d'Ennour, 2010.

SALAME, (Georgette.), *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, PUAM, Coll. Berthold Goldman, 2006.

SALEM (Jean), *Tel un Dieu parmi les hommes : l'éthique d'Epicure*, Librairie Philosophique J. Vrin, Coll. Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie, 1994.

SAVATIER, *Le droit, L'amour, la liberté*, LGDJ 1937, p. 110 (2e éd. 1963);

SCHACHT (J.), *Introduction au droit musulman*, Trad. P. KEMPF et A. M. TURKI, Maisonneuve et Larose, 1983.

SCHEIL, (V.), *La loi d'Hammourabi* (vers 2000 av. J.-C.), 2e éd. Ernest Leroux Éditeur, 1904.

SCHMIDLIN, (B.), *Droit privé romain I, Origines et sources, Famille, Biens, Successions*, éd. Bruylant, Université de Genève, 2008.

SERIAUX (Alain), *Le droit une introduction*, Ellipses, 1997.

ID., *Droit canonique*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1997.

SEROUSSI (Roland), *Introduction au Droit Comparé*, 2e éd. Dunod, 2003.

STIBBE (Isabelle), *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, éd. Edis, Coll. Broché, 2005.

STORA (Benjamin*), Le mystère De Gaulle, son choix pour l'Algérie*, éd. Robert Laffont, 2009.

ID., *Histoire de l'Algérie coloniale 1830-1954*, éd. La Découverte, 2004.

SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7e éd. PUF, Collection droit fondamental, 2005.

SZRAMKIEWICZ (Romuald), *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, Coll. Connaissance du Droit/Droit privé, 1995.

TAHON (Marie-Blanche), *Sociologie des rapports de sexe*, éd. Presse Universitaire de Rennes, 2004.

TERRE (François), *Introduction générale au droit*, 6e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2003.

TERRE (Dominique), *Les questions morales du droit*, PUF, Coll. Ethique et philosophie morale, 2007.

TEYSSIER (Arnaud), *Lyautey, Le ciel et les sables sont grands*, éd. Perrin, Coll. Broché, 2004.

THERY (Irène), *Le démariage. Justice et vie privée*, éd. Odile Jacob, 1993.

THIELLAY (J.-P.), *Les clés de la nationalité française*, 2e éd. Berger-Levrault, Coll. « Le Point sur », 2005.

TOULET (Valérie), *Droit civil : Les obligations*, 10e éd., Coll. Paradigme, 2005.

VERMEREN (Pierre), *Histoire du Maroc depuis l'indépendance*, éd. La Découverte, 2006.

VINCENT (L.), *Petits arrangements avec l'amour*, éd. Odile Jacob, 2005.

ID., *Comment devient-on amoureux ?* , éd. O. Jacob, 2004.

VIGNAL (Thierry), *Droit international privé*, Dalloz, Coll. Droit U, 2005.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

A. MONOGRAPHIES, THÈSES, MÉMOIRES

ABDELRAHMAN AHMED (Hanaa), « *La répudiation en droit romain et en droit musulman* », Mémoire de D.E.A. D'histoire des institutions, des idées et des faits sociaux, Université de droit,d'économie et sciences sociales Paris II, sous la direction du professeur CARDASCIA Guillaume, 1982.

ANDREZ (Emmanuelle), *L'Institution de la répudiation en droit arabo-musulman et son accueil par les juridictions françaises*, Mémoire de D.E.A. de droit international, Université Panthéon-Assas, sous la direction du professeur AUDIT, 2000.

BOYER (André), *Les conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, Thèse, Montpellier, 1908.

DAMAS, (P.), *Les Origines du divorce en France*, Thèse, Bordeaux, 1897.

DAOUDI (Zineb), *Polygamie et répudiation, l'universel et le spécifique, à la lumière du nouveau Code de la Famille marocain*, Mémoire pour le Master recherche Lille2, Lille, 2005.

DICKO-TOURE (Koudeye), *Le divorce pour rupture de la vie commune en droit français, comparaison avec la répudiation en droit islamique*, (Thèse) Imprimerie Fleury IPH et Cie, Yverdon-les-Bains, Suisse, 2002.

EL-HUSSEINI BEGDACHE (Roula), « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », LGDJ, 2002

FARGE (M.), *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, Thèse, Grenoble, 2000.

GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, 2001.

GOBERT (M.), *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse, Paris, 1957.

GODIN (Frédéric), *De l'application du droit musulman en Algérie*, Thèse, Bordeaux, 1900.

GUINARD (P.), *Les effets de l'union libre en jurisprudence*, Thèse, Paris 1933.

GUTMANN (D.), *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille,* LGDJ, 2000.

HADDAD (Nayla), *La répression de l'adultère en droit musulman*, Mémoire pour le Master Droit Canonique, Paris XI-Institut Catholique de Paris, 2005.

HAMMJE (P.), *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Paris I, 1994.

HOUIN (B.), *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse, Paris II, 1973.

JOUBERT (Nathalie), *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé,* Université de Bourgogne-CNRS-Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Thèse, 2007 ; éd. Litec.

LAURENT (Georges), *La répudiation et le divorce par consentement mutuel*, Thèse, Dijon, 1904.

MARTY-SCHMID (M.), *La situation patrimoniale des concubins à la fin de l'union libre, Étude du droit Suisse, français et allemand*, Librairie Droz, Genève, 1986.

MERCIER (Pierre), *Conflits de civilisation et droit international privé : polygamie et répudiation*, éd. Comparativa 1, Librairie Droz, Genève, 1972.

MILLIOT (Louis), *Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb : Maroc, Algérie, Tunisie,* sous la présidence de M. Leseur, Librairie Jules Rousset, Paris, 1910. (Thèse).

NIBOYET (Frédérique), *L'ordre public matrimonial*, Thèse, Paris/Nanterre, LGDJ, 2008.

PEYTEL (Adrien), *L'union libre devant la loi*, Thèse, Paris, 1905.

PLASSARD (J.), *Le concubinat à Rome*, Thèse, Toulouse, 1921.

REGARD DE VILLENEUVE (J.), *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, Thèse, Lyon, 1910.

SAÏDI (Kamel), *Conflit entre la loi française et le statut personnel des algériens musulmans, du conflit interpersonnel au conflit international*, thèse, Nanterre, 1992.

SALAME (G.), *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Coll. Berthold Goldman, PUAM, 2006.

VALENSI (V.), *L'application de la loi du divorce en France*, thèse, Montpellier, 1905.

D. VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, (t. I/II), (Thèse) éd. L'harmattan, 2001.

B. OUVRAGES COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES, RAPPORTS, MELANGES

ADDI (Lahouari) et *al.*, *Islam et démocratie*, Pouvoir Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°104, éd. Seuil, 2003.

ALEXANDRE (Danièle), *La protection de l'épouse contre la répudiation*, in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993.

ALVAREZ-PEREYRE (Franck) et HEYMANN (Florence), **«** *Un désir de transcendance, modèle hébraïque et pratique juive de la famille* **»**, in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t.I, BURGUIERE (André), KLAPISCH-ZUBER (Christine), SEGALEN (Martine) et ZONABEN (Françoise) (dir.), éd. Armand Colin, l986.

ANCEL (Bertrand) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd. Dalloz, 2006.

ARIES, (P.) et DUBY (G.) (dir), *Histoire de la vie privée*, éd. du Seuil, 1985.

AUBIN (A.), FULCHIRON (H.) et GARE, (T.), « *Les libéralités entre les concubins* », in *Les concubinages approche socio-juridique*, t. II, éd. CNRS 1986.

AULIBE-ISTIN (Paulette) et *al.*, *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de Revue Juridique d'Île-de-France, éd., Dalloz, Collection Thèmes et commentaires 1997.

BALESTRA (Luigi), *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002.

BARRIERE (Louis-Augustin), « *Penser le(s) concubinage(s), la doctrine française et le concubinage depuis le Code civil* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002.

BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), « *L'apport du droit canonique* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001.

ID., GAUDEMET (Jean), *Introduction historique au droit XIIIe-XXe siècle*, 2e éd., LGDJ, Coll. Manuel, 2003.

BATTEUR (Annick), DOUET (Frédéric), MAUGER –VIELPEAU (Laurence), RIVIERES (Nathalie) et TISSERAND-MARTIN (Alice), *Le guide des divorces*, éd., Dalloz, 2005.

BERGER (V.), *La jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme,* Sirey, 9e éd., 2004.

BIANQUIS (T.), « *La famille en islam arabe* », in *Histoire de la famille, Temps médiévaux*, t. II, BURGUIERE (André), KLAPISCH-ZUBER (Christine), SEGALEN (Martine) et ZONABEN (Françoise) (dir.), éd. Armand Colin.

BIGOT (Grégoire), « *La jurisprudence au secours de l'alimentation des enfants illégitimes au XIXe siècle* », in *Ordre et désordre dans les familles*, Christiane PLESSIX-BUISSET (dir.), *Études d'Histoire du droit*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, p. 125.

BONNELLE François (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte, Rapport au Secrétaire d'Etat à l'Outre-Mer*, La Documentation Française, 1998.

BONNET, (C.) et DESCATOIRE (C.), *Les carolingiens 741-987*, éd. Armand Colin, Coll.U, 2001.

BONTEMS (Claude) (dir.), *Mariage-Mariages*, PUF, 2001.

BOULANGER (David), « *Droit patrimonial du couple et contractualisation* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? »* du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, pp. 34 et suiv.

BOUREL (Pierre), LOUSSOUARN (Yvon) et DE VAREILLES-SOMMIERES (Pascal), *Droit international privé*, 9e éd., Dalloz, Coll. Précis Droit privé, 2007.

BOYER (L.), « *Les concubinages et les concubinats du Code d'Hammourabi jusqu'à la fin du XIXe siècle* », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir), *Les concubinages, approche sociojuridique*, t. I, éd. CNRS, 1986, p. 143.

BRAIBANT (G.) et STIRN (B.), *Le droit administratif français*, 7e éd. Presses de sciences po/Dalloz, Coll. Amphi, 2005, p. 435.

BRECHON (Pierre), (dir.), *Les valeurs des français : évolutions de 1980 à 2000*, éd., Armand Colin, 2000.

BUFFELAN-LANORE (Yvaine) et LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 16e éd., Sirey Dalloz, 2009.

BUREAU (Dominique) et MUIR WATT (Horatia), *Droit international privé*, (t. I et II), PUF, Coll. Thémis Droit, 2007.

CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 10e éd., Dalloz, 2004.

CAPITANT (Henri), TERRE (François) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction personnes- famille- biens, régimes matrimoniaux-successions*, (t. I), 11e éd., Dalloz, 2004.

CARLIER (J.-Y.), FALLON (Marc) et MARTIN-BOSLY, *Code de droit international privé 2008*, éd. Bruylant, 2008.

CASTALDO (André) et LEVY (Jean-Philippe), *Histoire du droit privé*, Précis Dalloz, Coll. Droit Privé, 2002.

COLOMBET (C.), « *La clause de dureté dans le divorce pour rupture de la vie commune* » in Mélanges *A. Weil*, Dalloz, 1983, p. 139.

CONAC (Gérard), DEBENE (Marc) et TEBOUL (Gérard), *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Economica, 1993.

DASTE (Adeline) et MORGEN-GUILLEMIN (Aude), *Divorce séparation de corps et de fait*, 19e éd. Delmas, 2006.

DEBOVE (Frédéric), SALOMON (Renaud) et JANVILLE (Thomas), *Droit de la famille*, 5e éd. Vuibert, 2010.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise) (dir.), Rapport au garde des Sceaux Ministre de la justice, *« Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps »*, rendu public, le 17 septembre 1999, La Documentation Française.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), DONVAL (A.), JEAMMET (Ph.) et ROULAND (N.), *Inventons la famille !*, éd. Bayard, 2001.

DELMAS-MARTY (M.) et LABRUSSE-RIOU (C.), *Le mariage et le divorce*, PUF, 1978.

DELUMEAU (J.) (dir.) et GUELLOUZ (A.), *Le fait religieux L'islam*, éd. Fayard, 2004.

DEPREZ (J.), « *Droit international privé et conflits de civilisations, Aspects méthodologiques, Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel* », *Recueil Cours La Haye*, 1988, t. 211.

DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J) et CHRETIEN (P.), *Droit Administratif*, 9e éd., Armand Colin, Coll. U, 2004.

ID., *Droit administratif*, 10e éd. Dalloz, Coll. Sirey Université, 2007.

DURAND (Bernard), CHENE (Christian) et LECAS (Antoine), *Introduction historique au droit*, Montchrestien, 2004.

FABERON (Jean-Yves) et ZILLER (Jacques), *Droit des Collectivités d'Outre Mer*, LGDJ, Coll. Manuel, 2007.

FABRE (Martine), « *Le rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration du droit colonial* », in *La justice en Algérie*, La Documentation Française, 2005.

FAHD (Toufic), « *Naissances de l'Islam : origines et vocation du fondateur de l'islam* », in *Histoire des religions II*, PUECH (C.-H.) (dir.), éd. Gallimard, Coll. Folio/Essais, 1999.

FAVIER (Yann), « *Les concubins et leurs droits sociaux* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 241.

FAVOREU (Louis) et PHILIP (Loïc) (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15e éd., Dalloz, 2009.

FENOUILLET (D.) et VAREILLES-SOMMIERES, *La contractualisation de la famille*, 2001, Économica.

ID., FENOUILLET et TERRE (F.), *Le démariage, divorce et séparation de corps*, Dalloz, 1994.

FLAUSS-DIEM (Jaqueline) et FAURE (Georges) (dir.), *Du PACS aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, Coll. Ceprisca, PUF, 2006.

FLOBETS (M.-C.) et CARLIER (J.-Y.), *Le Code marocain de la famille, incidences au regard du droit international privé en Europe*, éd. Bruylant, 2005.

FOSSIER, (Thierry), « *Le pacte civil de solidarité et le tribunal* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 108.

FULCHIRON (H.), *Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ?, Actes du colloque Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention EDH* ; F. SUDRE, (dir.), Montpellier, février 2002, éd. Bruylant.

GARAUD et SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, PUF, 1978.

GAUDEMET-TALLON (H.), *La désunion du couple en droit international privé*, (t.I), Rec. cours La Haye, 1991.

GLASSNER (J.- J.), *« De Sumer à Babylone : famille pour gérer, famille pour régner »*, in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, t. I., BURGUIERE (André), KLAPISCH-ZUBER (Christine), SEGALEN (Martine), ZONABEN (Françoise) (dir.), éd. Armand Colin, 1986.

GODARD (Bernard) et TAUSSIG, (Sylvie), *Les musulmans en France, courants, institutions, communautés : un état des lieux*, éd., Robert Laffont, 2007.

GOUTTENOIR-CORNUT (Adeline), « *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage* » ; in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 258.

GRILLET-PONTON (Dominique), « *La fiscalité du Pacs, forces et faiblesses du nouveau statut* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 271.

GUILLOT (Olivier), RIGAUDIERE (Albert) et SASSIER (Yves), *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale : des origines à l'époque féodale*, (t. I), 3e éd., Armand Colin, Coll. U., 1999.

HANOTEAU (A) et LETOURNEUX (A), *La Kabylie et les coutumes kabyles*, (t. II), éd. Bouchène, 2003.

HAUSSER (Jean) et HUET-WEILLER (D), *La famille, Traité de droit civil*, (t. 2) ; J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1991.

HOLLEAUX (D.), FOYER (J.) et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, éd. Masson, 1987.

HUET-WEILLER (D.), « *La cessation du concubinage* », in *L*es *concubinages, approche sociojuridique*, J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), t. I, éd. CNRS, 1986, p. 119.

HUGOT (J.) et ILLEBOUT, *La prestation compensatoire et le divorce*, 2e éd. Litec, 2002.

JACQUES (J.-P.), « *Le respect de la vie privée familiale dans la jurisprudence des organes de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », in Annales de la faculté de droit de Toulouse 1981, tome XXIX, p. 130.

JAMIN (Christophe) et MAZEAUD (Denis) (dir.), Colloque « *Unilatéralisme et droit des obligations*», éd., Économica, Coll. Études Juridiques 9, 1999.

JESTAZ (P.), « Rapport de synthèse », in *Indépendance financière et communauté de vie*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), LGDJ 1989.

JONCKERS (D.), CARE (R.), DUPRE (M.-C) (dir), *Femmes plurielles, les représentations des femmes : discours, normes et conduites*, éd. De la Maison des Sciences de l'Homme, 1999.

JOURDAN (Dominique), de BAILLEUL (Camille), Cabinet J. BARTHELEMY et Associés, *Contrat de travail, du recrutement à la rupture*, 7e éd., Delmas, 2008.

KOUBI (Geneviéve) (dir.), *Le préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, Centre Universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, 1996.

LABBEE (X.) (coord.), Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? »* du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007.

LABRUSSE-RIOU (C.), « *Couple et lien affectif* », in *La notion juridique du couple*, C. BRUNETTI-PONS (dir.), Économica 1998, p. 75, spéc. 93.

LAGARDE (P.), « *Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial* », in *Privatrecht in Europa, Vielfalt, Kollision, Kooperation*, Mélanges en l'honneur de H.-J. *Shonnenberger*, Munich, 2004, p. 481.

ID., « *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation* », (t. 2), in *Nouveaux itinéraires en droit* ; Hommages à F. *Rigaux*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1993.

LAMGHANI (S.), « *Religion, droit et interprétation* », p.181-201, in *Mélanges M. Charfi*, Tunis, CPU, 2001.

LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), THOURET (S.), LACOSTE (G.) et GONZALEZ-GHARBI, *Dossier spécial, Réforme du divorce*, éd. du Jurisclasseur, février 2005.

LAVIRON (A.), Mgr L'archevêque de Paris (dir), *Le christianisme jugé par ses œuvres ou l'influence de la religion chrétienne*, Librairie Eugène Belin, Librairie d'Ambroise Bray, 1857.

LE GUIDEC (Raymond), « *Le Pacs et la transmission des biens entre concubins* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002, p. 133.

LEMOULAND (J.-J.), « *Vers un droit commun de la formation des couples ?* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n°254 du 20 décembre 2007.

LERMENIER (Aurélie) et Odile TIMBART (Odile), « *Les divorces prononcés de 1996 à 2007* » ; Infostat Justice, Bulletin d'information statistique, janvier 2009, n°104.

LIENHARD (Claude), BRETON (M.-E.), CLAUX (P.-J.) et LALOUBERE (M.), « *La nouvelle procédure de divorce* », *AJFamille* décembre 2004 et janvier 2005.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELEVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16e éd., Dalloz, 2007.

LOUSSOUARN (Yvon), BOUREL (Pierre) et de VAREILLES-SOMMIERES (Pascal), *Droit international privé*, 9e éd., Précis Dalloz, 2007.

MALAURIE (P.) et L. AYNES, (L.), *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4e éd. 1998, Cujas.

ID., et FULCHIRON (H.), *La famille*, 3e éd., Defrènois, 2009.

MAROUF ((Nadir) (dir.), *Le fait colonial au Maghreb, Ruptures et continuités*, L'Harmattan, CEFRESS Université de Picardie-Jules Verne, Amiens, 2007.

MAYAUX (L.), « *Les contrats des concubins* », in *Les concubinages approche socio-juridique*, t. II, éd. CNRS Lyon 1986.

MAYER (Pierre) et HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, 9e éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2007.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « *Mariage et concubinages ou le sens et contresens de l'histoire* », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages dans le monde*, CNRS 1990, p. 263.

MILLIOT (Louis), « *Le statut personnel des musulmans algériens* », Mélanges *Maury,* (t.I), Dalloz Sirey, 1960, p. 309.

MOULAY RCHID (A.), *Modernité et politiques législatives en matière de statut personnel dans les pays arabo-africains à majorité musulmane*, dans le cadre d'un Colloque sur le thème « *Familles musulmanes et modernité : le défi et les traditions* », Publications au Conseil international des sciences sociales de la Faculté de Droit de Tunis, 1986.

MUIR WATT (H.), « *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français* », in Mélanges *Loussouarn*, Dalloz, 1994.

MURAT (Pierre), « *Chronique d'une défaite de la raison juridique* », in *Mélanges offerts à P. Catala*, Litec, 2001, p. 109.

ID., « *Couple, filiation parenté* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002.

ID., (dir.), *Droit de la famille 2008/2009*, Dalloz, 2007.

MURAT-SEMPIETRO (Marie-Pierre) et TRAMBOUZE (Violaine), *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*, éd., LexisNexis/Litec, Coll. De l'Institut National de formation Notariale, 2006.

NEIRYNCK (Claire) (dir.), *La famille que je veux, quand je veux, évolution de droit de la famille,* éd. Ères, 2003.

NEIRYNCK (Jacques), (entretien avec T. Ramadan), *Peut-on vivre avec l'Islam ?*, éd., Favre, 2004.

NIBOYET (Marie-Laure) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud), *Droit international privé*, 2e éd., LGDJ, Coll. Manuel, 2007.

PANSIER (François-Jérôme) et GUELLATY (Karim), *Le droit musulman*, PUF, 2000.

PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain) et JEAMMAUD (Antoine), *Droit du travail*, 24e éd., Dalloz, Coll. Droit privé, 2008.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 1995.

PHILIPPE (Catherine), « *Vers un droit commun des effets du contrat de couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007.

PICANO (J.) (coord.), MURAT (P.), CROS (J.-M) et BORRELY (A.), *Les apports du judaïsme, du christianisme et de l'islam à la pensée occidentale*, éd. Culture et Histoire, Coll. Ellipse, 1996.

POUMAREDE (J.), « *De la sécularisation au déclin contemporain* », *in Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001.

PRIOUX (Fr.), « *Vivre en couple, se marier, se séparer ; contrastes européens* », in *Bull.INED*, n° 422, avril 2006.

PROTHAIS (A.), « *Les rapports pécuniaires des concubins entre eux ou le droit commun palliant l'imprévoyance* », in *Indépendance financière et communauté de vie*, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988 organisées par le LERADP, LGDJ 1989.

RAMBAUD (Patrick), « *Les grandes décisions de la jurisprudence communautaire* », éd., Hachette Supérieur, Coll. Les Fondamentaux, 2002.

RANDOUX (D.), « *Les contrats des concubins* », *in Indépendance financière et communauté de vie*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir.), LGDJ 1989.

RENOUX (Thierry-S.) (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices, La Documentation Française, 2007.

ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8e éd. Montchrestien, 2009.

ROEHRIG (Jean-Claude), « *La famille du troisième millénaire* », in *Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, éd. Litec, 2002.

ROUSSELLE (A.), « *Gestes et signes de la famille dans l'Empire romain* », in *Histoire de la famille, Mondes lointains*, (t. I), BURGUIERE (André), KLAPISCH-ZUBER (Christine), SEGALEN (Martine), ZONABEN (Françoise) (dir.), éd., Armand Colin l986.

ROUSSILLON (Alain), « *Réformer la Moudawana : statut et condition des marocaines* » in *Maghreb Machrek, Femmes dans le Monde arabe*, n° 179, Printemps 2004.

RUBELLIN-DEVICHI (J.) (dir.), *Les concubinages, approche socio juridique*, (t. I), éd., CNRS, 1986.

SAMBRON (Diane), « *L'évolution du statut juridique de la femme musulmane à l'époque coloniale* », in *La justice en Algérie 1830-1962*, La Documentation Française, 2005.

SASSIER (Yves) et SAINT-BONNET (François), *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien, Coll. Domat Droit Public, 2004.

SAULNIER-CASSIA (Emmanuelle) et TCHEN (Vincent) (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*,

Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires Actes, 2009 ; (Actes du Colloque organisé le 17 avril 2008 par le Centre de recherches Versailles-Saint-Quentin).

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Obligations / Contrat*, t. 2, 6e éd., Litec 1998, p. 241, n° 553.

SUDRE (Frédéric), MAGUÉNAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline) et LEVINET (Michel), *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 4e éd., PUF, Coll. Thémis Droit, 2007.

TARVERNIER (P.), « *Les États arabes, l'ONU et les droits de l'Homme* », in CONAC (G.) et AMOR (A.)(dir.), *Islam et droits de l'homme*, Économica, 1994.

TERRE, (François), « *Contractualiser le droit du couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007.

THERY (Irène) (dir.), *Couple, filiation, et parenté aujourd'hui*, Rapport à la Ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, Ministre de la Justice, éd. Odile Jacob, La Documentation Française, 1998.

ID., « *Problèmes contemporains* », *in Mariage-Mariages*, Claude BONTEMS (dir.), PUF, 2001.

THOMAS, (Y.), « *Mariages endogamiques à Rome. Étude d'une mutation* », in *Production, pouvoir et parenté dans le monde méditerranéen de Sumer à nos jours*, Actes du colloque du CNRS-EHESS, 1976, 1981.

TOXE (Ph.), « *Le mariage dans le droit canonique catholique actuel* », in *Mariage-Mariages*, Cl. BONTEMS (dir.), PUF, 2001, p. 103.

VALDRINI, (Patrick), DURAND, (Jean-Paul), ECHAPPE (Olivier) et VERNAY (Jacques), *Droit canonique*, 2e éd., Précis Dalloz, 1998.

VERKINDT (Pierre-Yves), « *Les figures du couple en droit du travail* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 décembre 2007, pp. 47 et suiv.

VILATTE (S.), « *La représentation des femmes dans le discours savant du 1er christianisme Ier-IIe siècle*) », in *Femmes plurielles, les représentations des femmes : discours, normes et conduites*, JONCKERS (D.), CARE, (R.) et DUPRE (M.-C.) (dir), éd. De la maison des Sciences de l'Homme, 1999.

VOIRIN (Pierre) et GOUBEAUX (Gilles), *Droit Civil : Personnes-Famille-Incapacité-Biens-Obligations-Sûretés*, (t. 1), 28e éd., LGDJ, Coll. Manuel, 2001.

WEIL (Patrick), *Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée*, in *La Justice en Algérie 1830-1962*, La Documentation Française, 2005.

ZAKARIA SEDDIKI (Shaykh), RAMADAN (Tariq) et YUSUF IBRAM (Shaykh), *Le Noble Coran nouvelle traduction du sens de ses versets*, édition Tawhid, 2004.

Rapport de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant ; P. BLOCHE, Président, V. PECRESSE, rapporteur. Rapport publié : l'enfant d'abord, AN, février 2006, n° 2832, p. 87 à 97.

Rapport d'information n°1485, « *Départementalisation de Mayotte : un pari à gagner* », (Assemblée Nationale XIIIe législature) déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les perspectives de départementalisation de Mayotte, présenté par D. QUENTIN, Ph. GOSSELIN et R. DOSIERE (Députés) ; Rapport enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 2009.

Rapport sur le Divorce ; CHAUSSEBOURG (Laure), CARASCO (Valérie) et LEMENIER (Aurélie) *Le divorce* ; Ministère de la Justice, SG-2S2M-SDSE-BDSE, Secrétariat Général, Service supports et moyens du Ministère de la Sous-direction de la Statistique et des Études ; Juin 2009.

Ouvrage collectif *GISTI, Le mariage des étrangers, Les amoureux au ban public, La Cimade*, Coll. GISTI Les cahiers juridiques, avril 2009.

III. ÉTUDES DOCTRINALES, ARTICLES

AL DABBAGH (Harith), *Mariage mixte et conflit entre droit religieux et laïque*, *RCDIP* 2009.30.

ALDEEB ABU-SAHLIEM (Sami), *« Rôle de la religion dans l'harmonisation du droit des pays arabes. Réflexions à propos du droit égyptien et des travaux de la ligue arabe »*, *RIDC* 2007.

ID., « *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse* », *RCDIP* 2007.492.

ALT (F.), *« Choisir la vie maritale ou la vie conjugale »*, *JCP* G 1983. I. 3119.

ANTONINI-COLIN (L.), « *Le paradoxe de la fidélité* », *D.* 2005. 23.

P. ASCENCIO, « *L'annulation des donations immorales entre concubins* », *RTD Civ* 1975. 248.

ATIAS (C.), « *Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce* », *JCP* 1984. I. 3151.

ATTUEL-MENDES (Laurence), « *Le divorce du XXIe siècle : un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet ?* », *LPA*, 10 mai 2004. 3.

AUVOLAT (Géraldine), « *Les formalités applicables au mariage mixte célébré en France* », *in* dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 246.

ID., et RUSSO « *Enregistrement et publicité du PACS : les nouvelles règles applicables* » ; *AJFamille* 2007. 10.

AYNES (Laurent), « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* », *Dr. & Patrimoine* n°126/mai 2004, pp. 64-68.

AZAVANT (M.), « *Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la protection et la répression des violences au sein du couple* », *Dr. Famille* 2006, Étude 40.

ID., « *La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel* », *Dr. Famille* 2007, p. 30.

BARBIER (P.), « *Le problème du gueth* », *Gaz.Pal*.1987, 2, doct.484.

BEIGNIER (Bernard), « *Á propos du PACS : problème quant à l'acte authentique* », *Defrénois* 2000, p. 211.

ID., *« Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux Enfers », Defrénois* 2000, art. 37 175, p. 620.

ID., « *Le PACS en état futur d'achèvement* », *Dr. Famille* 2004, n° 7-8, p.4.

ID., « *Le divorce, le juge, l'avocat et le notaire* », *Dr. Famille* 2008, n° 12.

ID., « *Illusions et espoirs du pacte civil de solidarité* », *Dr. Famille* 2010, n° 3, p. 1.

ID., « *L'apparence du mariage* », *Dr. Famille* 2010, n° 5, p. 1.

ID., « *À chacun son couple, à chacun son droit* », *Dr. Famille* 2010, n° 7/8, p.11.

ID., « *Réussir son divorce : une illusion ?* », *Dr. Famille* 2010, n° 10, p. 1.

BENABENT (Alain), « *La liberté individuelle et le mariage* », *RTD Civ.* 1973. 441

ID., « *Plaidoyer pour quelques réformes du divorce* », *D.* 1997.225.

BENALCAZAR (de) (S.), « *Éloge de la raison juridique ou la remontée des enfers* », *Dr. Famille* janvier 2007.

BERMOND DE VAULX (J.-M.de), *« L'empire des faits et l'émergence de la notion de société », D.* 1996, Chron. p. 185. F.

BOICHE (Alexandre), « *Piqûres de rappel sur l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la loi étrangère et ses conséquences* » *AJFamille* 2006.376.

ID., « *Répudiation : la Cour de Cassation maintient le cap, la Cour d'Appel de Paris marche dans son sillage* », *AJFamille* 2007.140.

ID., « *Les obligations alimentaires dans le cadre de la séparation du couple en droit international privé* » ; Dossier « *La séparation des couples internationaux : aspects patrimoniaux* », *Dr. & Patrimoine* n°181/mai 2009, p. 59.

ID., « *Nouvelle piqûre de rappel sur l'application d'office de la loi étrangère* », *AJFamille* 2009. 34.

BOSSE-PLATIERE (H.), « *Validité des conventions de concubinage* », « *Concubinage et faute dans la rupture* », « *Divorce et résidence alternée* », *JCP G* n°50, 13 décembre 2006. I. 199, p. 2331.

ID., et RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline) « *Pacte d'union civile et solidarité* », *JCP G* n°50, 13 décembre 2006. I. 199, p. 2332.

ID., « *Rupture du PACS* », *JCP G* n°27, 4 juillet 2007. I. 170, p. 24.

BOSTANJI (Sami), « *Turbulences dans l'application judiciaire du Code Tunisien du Statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne* », *RIDC* 2009.7.

BOUDET (Jean-François), « *États et religions en Europe. Perspectives financières* », *RIDC* 2005.

BOUVERESSE (Jacques), « *Citoyen français et sujet musulman : mutation apparente des formes anciennes de domination ou évolution progressive vers la pleine liberté ?*», Revue juridique et politique des États francophones n°2-2007, éditions Juris Africa, 2007.

BRUGGEMAN (Maryline), « *Droit des personnes liées par un pacte civil de solidarité : un renforcement peu probable* », *Dr. Famille* 2010. 6.

BRUNEAU, (L.), « *La situation du ressortissant algérien victime des violences de son conjoint* » ; *AJFamille* 2008. 479.

BRUNET (Andrée), « *Les incidences de la réforme du divorce* », *D.* 1977.191.

BRUSORIO (M.), « *La loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* », *RJPF* juin 2006, p. 6.

CAILLET, (L.), « *Coup d'œil sur l'histoire du divorce* », in *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de Revue Juridique d'Île-de-France, éd., Dalloz, Collection Thèmes et commentaires 1997.

CALAIS-AULOY (M.-T.), « *Faut-il craindre le contrat d'union civile et sociale ?* », *LPA* 1998, n° 37, p. 6

CANALES (G.), « *Réforme du divorce : il faut poser les bonnes questions* », *Dr. & Patrimoine* n°167/février 2008, p. 16.

CANIVET (Guy), « *Le juge et la recherche de la solution du conflit* », *Actualités du Droit*, Revue de la Faculté de droit de Liège, éd. Kluwer, Bruxelles, 2003.

ID., « *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français et étranger* », *RIDC* 2003. 20.

CARBONNIER (Jean), « *La question du divorce, mémoire à consulter* », *D.* 1975.115.

CASEZ (J.), *Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille*, *RJPF* 2004 n° 10.

CATALA (P.), « *Critique de la raison médiatique* », *Dr. Famille*, décembre 1999, n° hors série « *Le Pacs* », p. 63.

CAVARROC (F.), « *Le rejet des répudiations musulmanes* », *D.* 2004, Jurispr., p.824.

CHENEDE (François), « *Absence de contribution aux charges du ménage,* le *refus de l'octroi au concubin d'une pension de réversion de retraite n'est pas contraire à la convention européenne des droits de l'homme* », *AJFamille* 2007.33.

ID., « *Nullité du mariage en raison de la non virginité de la mariée* », *AJFamille* 2008.300.

ID., « *La virginité n'est pas une qualité essentielle* », *AJFamille* 2008.479.

CHENIVESSE, (P.), « *L'évolution des droits des femmes en Tunisie. Un regard extérieur sur le chemin parcouru* », éd. Bruylant, Bruxelles, *RIDC* 2009.321.

CLAUX (Pierre-Jean), « *Lutter contre l'égoïsme d'un époux* », *AJFamille* 2009.436.

COUDEVYLLE (D.), « *Le pretium affectionis : un piège pour le juge administratif* », *D.* 1979, chron. p. 173.

COURBE (Patrick), « *Le rejet des répudiations musulmanes* », *D.* 2004. 815.

DAGENAIS (Daniel), *« Famille et Société : l'impensé moderne »,* Le Débat « L'enfant-problème », n°132 Nov-Déc 2004, éd. Gallimard.

DAVID (Jacqueline), « *Le remariage de la femme "authentifiée "*», *Revue historique de droit français et étranger*, éd. *D.*, 2003, p. 327.

DAVID (Stéphane), « *Les répudiations musulmanes de nouveau dans le collimateur de la Cour de cassation !* », *AJFamille* 2004.140.

ID., « *Le nouveau visage de la prestation compensatoire* », *AJFamille* 2004.227.

ID., *« Pas de prestation compensatoire pour l'époux fautif !* », *AJFamille* 2008. 395.

ID., « *Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel. Les actions ouvertes aux époux* », *AJFamille* 2009. 420.

ID., « *Divorce pour altération : le point de départ du délai de séparation se prouve par*

tous moyens », *AJFamille* 2010. 135.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « *Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait* », *D.* 1982, Chron. p. 83.

ID., « *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* », *RTD Civ*. 1995. 249.

ID., « *À propos du pluralisme des couples et des familles* », *Petites Affiches* 1999, n° 84, p. 34.

ID., « *Pacs et famille, retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé* », *RTD Civ*. 2001, n° 3.

DELEBECQUE (Philippe), « *Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature* », *Dr. & Patrimoine* n°126/mai 2004, pp.56-63.

DELECRAZ (Yves), « *Le nouveau régime des biens dans le PACS* », *AJFamille* 2007.12.

DEMARS- SION, (V.), « *Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792* », *RTD Civ*. 1980. 231.

DEMATHIEU (Delphine), in « *Maroc-Tunisie : 50 années d'indépendance* », *Recherches internationales* n°77, 3-2006, éd. Recherches Internationales, 2006. p.194.

DE PAULO (B.) et MORRIS (W.), « *Singles in society and in science* », *Psychological Inquiry*, vol. XVI, n°2-3, 2005.

DEPONDT (Axel), « *Le pacs : aspects patrimoniaux* », *Droit&Patrimoine* n° 173/septembre 2006, p. 77.

DEVERS (Alain), « *La pratique judiciaire française du DIP communautaire de la famille* », *Dr. & Patrimoine* n°138/juin 2005, p. 88.

ID., « *Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains, les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire* », *Dr. Famille* 2006. 8.

DHONTE-ISNARD (Emmanuelle), *« Essai d'une approche transversale de la distinction homme-femme »*, *Revue de la Recherche Juridique Droit prospectif* n°2004-2 (Volume II), Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

DURAND (Jean-Paul), « *Mayotte* », Chron. Droit Civil ecclésiastique, *L'Année Canonique*, t. XLV, 2003, p. 358.

EL HAMZAOUI, « *Les effets matériels du divorce en droit tunisien* », *R.J.P.I.C.* 1984, n°2, p.425, Tunis.

EL-HUSSEINI (Roula), « *Le droit international privé français et la répudiation islamique* », *RCDIP* 1999. 468.

ESMEIN (Paul), « *Le problème de l'union libre* », *RTD Civ*. 1935. 745.

ID., « *L'union libre* », *D*. 1935, chron. p. 49.

FADALALLAH (Ibrahim), « *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?*», *RCDIP* 1981. 24.

ID., « *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge de l'exequatur* », *RCDIP* 1984. 325.

ID., *Lien conjugal et rencontre des civilisations, le statut personnel des musulmans*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1992.

FARGE (Michel), « *La Cour de cassation et la réception de la répudiation musulmane* », *JCP G* 2001. I. 293. p. 253.

ID., « *Droit international privé* », *Dr. Famille* 2005.34.

ID., et HEBERT, (Frédéric), « *Aspects civils de la liquidation-partage du régime matrimonial* » ; Dossier « *La séparation des couples internationaux : aspects patrimoniaux* », *Dr. & Patrimoine* n° 181/mai 2009, p. 59.

ID., « *De la possibilité de divorcer en France sans intervention du juge judiciaire : la reconnaissance contestable d'une répudiation moyennant compensation prononcée au consulat du Maroc !* » ; *Dr. Famille* 2010, n° 11, p. 38, Comm. 173.

FLOBETS (Marie-Claire) et LOUKILI (Mohamed), « *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ?* », *RCDIP* 2006. 524.

FOSSIER (T.), « *Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés* », *JCP* G 2001. I. 293, n° 5.

FRANCESKAKIS (Ph.), « *Le surprenant article 310 nouveau du Code civil…* », *RCDIP* 1975. 584.

FULCHIRON (Hugues), « *Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ?*», note sous Cass. 2e Civ., 14 mars 2002, *JCP* 2002. II. 10095, p. 1141.

ID., « *" Ne répudiez point… " : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004* », *RIDC* 2006.7.

ID., « *Les métamorphoses des cas de divorces* », *Defrénois* 2004, art. 37999, p. 1103.

ID., « *« Bruxelles II bis » : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale* », *Dr. & Patrimoine* n°136/avril 2005, p. 34.

ID., « *PACS, mariage, patrimoine : quelques réflexions d'après réformes* », *Dr.& Patrimoine* n° 163/octobre 2007, p. 28.

ID., « *Vers un divorce sans juge ?* », *D.* 2008, p. 365.

ID., et DAUBRICOURT (Renaud), « *La prestation compensatoire, mythes et réalités* », *D.* 2010, p. 2170.

FURKEL, (F.), « *La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?* », *D.* 1977, chron. 83.

GANAGE (Léna), « *Le relativisme des droits de l'homme dans le droit méditerranéen. Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France des répudiations de droit musulman* », *RIDC* 2006.101.

GANANCIA (D.), *Droits et obligations résultant du concubinage*, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 17.

GARAY, (Alain), « *L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », *RIDC* 2005. 119.

GARE (Thierry), « *La réforme du divorce, entre innovations et droit constant* », *(1ère et 2ème partie), RJPF* juin/juillet-août 2004.

ID., « *La loi marocaine contraire à l'ordre public international français n'est pas applicable* », *RJPF* février 2007.

ID., « *La loi applicable à un litige franco-marocain relatif à la contribution aux charges du mariage est déterminée par la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur les obligations alimentaires* », *RJPF* mars 2007.

ID., « *Deux arrêts précisent les règles applicables à la compétence internationale du juge français du divorce* », *RJPF* mars 2007.

ID., « *Compétence internationale du juge français* », *RJPF* 2008.20.

ID., « *Contrariété à l'ordre public d'une décision algérienne de divorce* », *RJPF* 2008. 21.

ID., « *Le divorce d'époux de nationalité marocaine domiciliés en France est soumis à la loi marocaine* », *RJPF* 2009. 18.

GARNERIE (Laurence), « *Médiation : un observatoire pour clarifier les règles* », *Dr.& Patrimoine* n° 159/mai 2007, p. 6.

GEFFROY (J.-B.), *La famille dans la jurisprudence administrative*, *D.* 1986, Chron., p.1-10, 1986.

GIBBS (H.A.R) et KRAMERS (H.A), *Shorter Encyclopaedia of islam*, Brill, Leiden, 1974, V° *djâhilia*.

GOBERT (M), *L'attribution du nom : égalité ou liberté ?*, *LPA*, 23 mai 2001, p. 48.

GONZALEZ-CHARBI (N.), « *Les aspects fiscaux de la loi relative au divorce entre réformes bienvenues et cadeaux empoisonnés* », *RJPF* janvier 2005.

GOUTTENOIRE (Adeline), « *Les nouvelles procédures divorces* », *Defrénois* 2005, art. 38137, p. 547.

ID., *« À chacun sa famille, à chacun son droit » ?, Dr. Famille* n° 7-8/2006.

GRANET-LAMBRECHTS (F.), LIENHARD (C.), DAVID (S.), CLAUX (P.-J.), BENABENT (A.) et WEISS-GOUT (B.), « *Les nouveaux divorces* », *AJFamille* juin 2004.

ID., « *Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs* », *Dr. Famille* avril 2005.

ID., « *La liberté matrimoniale et l'avant-mariage* », *Dr. Famille* 1999. 14.

GRANIER (J.), « *Épouse, concubine ou compagne* ? », *JCP* 1956. I. 1299.

GUERCHON (F.), « *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes* », *JDI* 2005.695-737.

HAMDANE (Leila), *« Les difficultés de codification du droit de la famille algérien », RIDC* 1985.1002.

HAUSER (Jean), « *Le pacs est-il un contrat d'exclusivité ?* », *RTD Civ*. n°2/2003.

ID., et HUET-WEILLER (D.), « *Les fautes de l'an 2000* », *RTD Civ*. 1991. 771.

ID., *« Le pacsé est un membre…électoral…de la famille », RTD Civ*. 2004. 489.

ID., « *Le pacs, objet juridique non identifié, entre au purgatoire* », *RTD Civ*. n°4/2003.

ID., « *Divorce : personnes et patrimoines* », *Dr. & Patrimoine* n°128/juillet-aout 2004, p. 30.

ID., « *Le divorce nouveau et la responsabilité* », *Dr. & Patrimoine* n° 136/avril 2005, p. 78.

ID., et DELMAS-SAINT-HILAIRE (Ph.), « *Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?* », *Defrénois* 2005, art. 38115, p. 357.

ID., « *Concubinage et pacte civil de solidarité* », *RTD. Civ*. n° 4/2006.

HILT (Patrice), « *L'activité de l'épouse au foyer peut valoir contribution aux charges du mariage* », *AJFamille* 2007.399.

ID., et SIMLER, « *Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage* », *JCP* G 2006. I. n° 30, Étude 161, p. 1495.

ID., et V. LEGER, « *Mariage, pacs, concubinage, tableau comparatif* », *AJFamille* janvier 2007.

ID., « *La nature propre ou commune d'une indemnité perçue par un époux dépend de son objet* », *AJFamille* 2007.437.

HUNTER-HENIN (Myriam), « *Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ?* », *RCDIP* 2006. 744.

JAHEL (Selim), « *La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français* », *RIDC* 1994. 31.

ID., *« Les droits fondamentaux en pays Arabo-musulmans », RIDC* 2005. 787.

JEAMMIN-PETIT (Emmanuelle), « *La libération du changement de régime matrimonial* », *JCP G* n°5, 31 janvier 2007. I. 108, p. 13.

JOSSERAND (L.), « *L'avènement du concubinat », D.H.* 1932, Chron. p. 45.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), « *Droit de séjour* », *in* dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 257.

KAN (Jocelyne), « *Contrôle du parquet* », *in* dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 253.

KERCKHOVE (Éric), « *Le droit international privé du couple* », *in* Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? »* du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007, pp. 41 et suiv.

KESSLER (Guillaume), « *Reconnaissance des partenaires étrangers : les enseignements de la loi du 23 juin 2006* », *AJFamille* 2007. 23.

KOUMDADJI (A.) et Xavier LABBEE (X.), « *Le partenaire répudié* », *D.* 2010, p. 69.

LABBEE (Pascal), « *La mariée n'était pas vierge* », *D.* 2008. 1389.

LABBEE (Xavier), « *Le pacs : quelle finalité ? Quelle réforme ?* », *AJFamille* juillet-août 2004.

ID., « *Les meubles meublants des concubins homosexuels* », *D.* 2006, n° 24, p. 1669.

ID., « *La liberté de contracter mariage de l'étranger de bonne foi* », *D.* 2006. 709.

ID., « *Le juge civil ne vient pas au secours de la concubine battue* », *D.* 2006. 1350.

ID., « *Pacs : encore un tout petit effort !* » *AJFamille* 2007. 8.

ID., « *Le commissaire aux affaires familiales* », *D.* 2007, n° 31, p. 2173.

ID., « *Le divorce et le Président* », *D.* 2007, n° 39, p. 2740.

ID., « *L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire* », *JCP* G 2008 n° 42, Doctrine Étude, du 15 octobre 2008.

ID., « *Le divorce par notaire* », *D.* 2008, Entretien 144.

ID., « *Et si le PACS restaurait l'esclavage ?* », *JCP* G., n° 17, 23 avril 2008, p. 3.

ID., « *Le PACS et le rapport Guinchard* », *D.* 2008, p. 2354.

ID., « *La femme adultère fait du bénéfice* », *D.* 2008. 996.

ID., « *Le privilège de juridiction du procureur de Nantes (suite)*», *JCP* G., n° 3, 14 janvier 2009, p. 3.

ID., « *L'ordre matrimonial à deux visages* », *JCP* G n° 16-17, 15 avril 2009, p. 5.

LACOSTE (G.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « *Dispositions transitoires de la loi du 26 mai 2004* », *Dr. Famille*, janvier 2005.

LAFOND (J.), « *Notaires et avocats dans le nouveau divorce, Loi n°2004-439 du 26 mai 2004* », *JCP* G 2005. I. 118, p. 429.

LAMPUE (Pierre), « *Les lois applicables en Algérie* », in *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, janvier-mars, LGDJ, 1950.

LAPALUS (Christelle), « *L'inapplicabilité du régime matrimonial primaire au concubinage* », « *concubinage et enrichissement sans cause* », « *Application du droit commun de l'indivision au concubinage* », *JCP* G n° 27, 4 juillet 2007. I. 170, p. 25.

LARDEUX (Gwendoline), « *Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille* », *D.* 2010, p. 543.

LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), « *La réforme du divorce atteindra t-elle ses objectifs ?* », *Dr. Famille* 2004, n° 6, p. 5 et n° 7-8/2004, p. 6.

ID., « *La réforme du divorce : premier bilan à mi-parcours* », *Dr. Famille*, mars 2004.4.

ID., « *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Première partie : Variations sur les intentions du législateur* », *Dr. Famille* 2004, n° 6, 4.

ID., « *Convention franco-marocaine et compétence du juge français : réaffirmation du caractère indirect des règles de compétence posées par l'article 24 de la Convention et conséquences* », *Dr. Famille* 2007. 17.

ID., « *Le droit au divorce confronté à l'immunité présidentielle : réflexion privatiste* », *Dr. Famille* 2007, n° 1.

ID., « *L'amélioration du pacs : un vrai contrat d'union civile* », *Dr. Famille* 2007, n°1.

ID., « *Dommages-intérêts fondés sur les articles 266 et 1382 du Code civil avant et après la loi du 26 mai 2004* » ; *Dr. Famille* 2009, n° 5, p. 25, Comm. 54.

ID., « *Contrôle des motifs caractérisant les conséquences d'une particulière gravité sur le fondement de l'article 266 issu de la loi du 26 mai 2004* », *Dr. Famille* 2009, n° 9, p. 24, Comm. 103.

ID., « *Un téléphone portable comme bouclier antiviolence* », *Dr. Famille* 2010, n° 1.

LAROCHE-GISSEROT (F.), « *Le nouveau code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ?* », éd. Bruylant Bruxelles, *RDIDC* 2005. 335.

LAURAIN (Michel), « *Divorce : l'entretien individuel entre le juge et les parties a-t-il un avenir ?* », *AJFamille* 2008. 246.

LEBORGNE (Anne), « *Une loi de plus !* », *RJPF* 2007 n° 3, p. 10.

ID., « *Le mensonge de l'épouse sur sa virginité n'est pas une cause d'annulation du mariage* », *RJPF* 2009. 20.

LECLERCQ (V), « *La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004* », *Dr. Famille* 2004, étude 13.

LECUYER (H.), « *Une prestation compensatoire entre concubins…* », *Dr. Famille* 1998, comm. n° 81.

ID., « *Rupture du concubinage adultère : les fautes étaient partagées* », *Dr. Famille* 1999. 8.

ID., « *le CUC ferait-il un tabac ?* », *Dr. Famille* n° 11/1997.

ID., « *Les juges ont -souvent- du cœur* », *Dr. Famille* 2000 mars 2000, p. 17.

LE GAC (G.), « *L'étrange défaite du divorce (1940-1946)* », *Vingtième siècle ; Revue d'histoire*, oct-nov. 2005.

LEQUETTE, (Y.), « *Le droit international privé et les droits fondamentaux* », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 1997, n° 139.

LEMOULAND (Jean-Jacques), « *Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité* », *D.*1999. 483.

ID., « *Le couple en droit civil* », *Dr. Famille* juillet-août 2003, chron. n° 22.

ID., « *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce* », *D.* 2004. chr., p. 1825.

LENOIR (Frédéric) et TARDAN-MASQUELIER (Ysé) (dir.), *Encyclopédie des religions*,

Histoire t. 1, éd. Bayard, 2000.

LEVENEUR (L.), « *Les dangers du contrat d'union civile ou sociale* », *JCP* 1997. I. 4069.

LIENHARD (Claude), « *La compétence générale du juge aux affaires familiales en matière de médiation familiale* », *AJFamille* 2005. 14.

ID., *Divorce : le dispositif d'aide à la décision patrimoniale après le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 (mission du professionnel qualifié et du notaire*; *AJFamille* 2007. 137.

LINANT DE BELLEFONDS (Y.), « *La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui* », *RIDC* 1962. 521-522.

LINDON (R.), *« La nouvelle législation sur le divorce »*, *JCP G* 1975. I. p. 2728, n° 108.

MBALA MBALA (Félicité), « *Divorce pour faute et autorité parentale* », *AJFamille* 2011/n° 2, p. 89.

MAHIEDDIN (Nahas), « *La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un de époux en droit musulman et en droit algérien* », *RIDC* 2006. 73.

MAÏLA (Joseph), « *L'Islam moderne : entre le réformisme et l'Islam politique* », in *Encyclopédie des religions, Histoire t. 1*, F. LENOIR et YSE T. MASQUELIER (dir.), éd. Bayard, 1997, p. 847.

MAIZY (Marie-Bénédicte) et CHOPIN (Michèle), « *La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ?* » ; *AJFamille 2010/* n° 12, p. 514.

ID., et CADARS BEAUFOUR (Céline), *Dossier le divorce pour faute* ; « *Que reste t-il de la faute dans le divorce après la loi du 26 mai 2004 ?* » ; « *Incidence procédurale de la faute* » ; « *Conséquences patrimoniales liées à la faute* », *AJFamille* 2011/ n° 2, p. 74.

MALAURIE (P), « *Conclusions sur la réforme du divorce : le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la peur* », *Defrénois*, art. 38062, p. 1601.

MARTEAU-PETIT (M.), « *Le Pacs et le fisc* », *Dr. Famille* 2001, chron. 12§15.

MAZEAUD (Denis), « *Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs* », D. 2010, p. 2178.

MAZEAUD (H.), « *Une famille dans le vent, la famille hors mariage, le projet de loi relatif à la filiation* », *D. S* 1971, chron. p. 99.

MECARY (Caroline), « *La reconnaissance en France du mariage célébré valablement à l'étranger entre deux personnes de même sexe* », *Recherche Droit et Justice* n° 24, automne 2006.

MESSAOUDI (L.), « *Grandeur et limites du droit musulman au Maroc* », *RIDC* 1995. 150.

MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine), « *Répudiations musulmanes : encore et toujours le principe européen d'égalité entre époux* », *RJPF* 2006.13.

MEZGHANI (Ali), « *Quelle tolérance pour les répudiations ?* », *RIDC* 2006. 61

MIEGE (Jean-Louis), « *Le Maroc ; Histoire* », *Encyclopaedia universalis* Corpus 14, 2002, p. 419.

MINIATO (Lionnel), « *La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité* », *Dr. Famille* 2004. 13.

MOLFESSIS (N.), « *La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel* », *JCP* 2000. I. 210.

MONSALLIER (Béatrice), « *Le divorce pour rupture de la vie commune* », *RTD Civ*. 1980. 266.

MOREL (Benoît), « *Le passif dans le cadre des divorces internationaux* » ; Dossier « *La séparation des couples internationaux : aspects patrimoniaux* », *Dr. & Patrimoine* n°181/mai 2009, p. 59.

MOUSRI BADR (Gamal), « *La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962* », *RIDC* 1970.43.

MULLER (M.), « *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources* », *D.* 1986, chron. 328.

MULON (Élodie), « *Le pacs : un nouveau mode de conjugalité* », *RJPF* avril 2007. 8.

ID., « *La dissolution du pacs* », *Droit&Patrimoine* n° 173/septembre 2008, p. 73.

ID., « *Sms et divorce : du conjoint volage au conjoint dévoilé…* » ; *RJPF* septembre. 2009. 19.

NEIRINCK, (Claire), « *Vers un droit commun de la rupture ?* », in Actes du Colloque « *Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ?* » du 11 mai 2007, *LPA*, numéro spécial, n° 254 du 20 déc. 2007.

NIBOYET (Marie-Laure), « *L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes* », *Gaz. Pal.* , chron. Doctrine, septembre 2004, p. 2814.

ID., « *Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes* », *RIDC* 2006. 27.

NORD (Nicolas), « *L'état des textes* », in dossier *Mariages mixtes, AJFamille* 2007. 244.

OPPETIT (B.), « *L'engagement d'honneur* », *DS* 1979, Chron. 107.

PECAUT-RIVOLIER (Laurence), « *Avantages et droits sociaux des pacsés* », *AJFamille* 2007. 20.

PEROZ (Hélène), « *Du dernier râle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ?* », *LPA*, 5 août 2004, n° 156, p. 13.

PHILIPPE (C.), « *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité* », *Dr. Famille* n° 1/2007.

PIASTRA (R.), « *Loi relative au Pacs* », *D*. 2000. 203.

PIERATTI (Gertrude), « *Un point de vue sur la réforme du divorce : le XXIe siècle témoin de l'affaiblissement du mariage et de l'apparition d'un droit au divorce* » ; *LPA*, 15 avril 2004. 3.

PITTI (gérard), « *Le divorce pour faute, point de vue d'un magistrat* », *AJFamille* 2011/n° 2, p. 84.

PIWNICA (Dominique), « *Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 26 mai 2004* », *JCP* G., 2 novembre 2009, n° 45, p. 44.

POIVEY-LECLERCQ (Hélène), « *Pratique de la nouvelle procédure de divorce* », *RJPF* décembre 2004.

ID., et WEISS-GOUT (Béatrice), « *Regards croisés sur les états généraux du droit de la famille* », *JCP* G, n° 3 du 17 janvier 2007. I. 102. p.17-19.

PRIGENT (Stéphane), « *Répudiations musulmanes : effets des jugements étrangers en France* », *Dr. Famille* 2004.

PROTHAIS (Alain), « *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux* », *JCP* G 1990. I. 3440.

PRUVOST (L.), « *Loi divine (Shari'a) et autonomie de la pensée juridique* », p.143-179 ; in *Mélanges M. CHARFI*, Tunis, CPU, 2001.

PUTMAN (E.), « *Un décret précise le régime d'accueil et d'intégration de l'étranger en France* », *RJPF* 2009. 15.

QUIÑONES ESCAMEZ (Ana), « *Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples* », *RCDIP* 2007. 357.

RAYNAUD (Pierre), « *Les divers visages du divorce* », Recueil *Dalloz* 1976, p. 141.

REBOURG (Muriel), « *Autorité parentale* », *JCP G*, n°50 du 13 décembre 2006. I. 199, p. 2333.

REVET (Thierry), « *Le PACS* », *RTD Civ*. 2000, n° 1.

ID., « *Chronique de la législation française en matière de droit* », *RTD Civ.* 2000, pp.174-175.

RICHEZ-PONS (Anne), « *PACS et droit de séjour des étrangers en France* », *AJFamille* 2007. 22.

ROME, (F.), « *Chagrin d'amour et caetera…* », *D*. 2008, p. 1193.

ROUGHOL-VALDEYRON, (D.), « *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon* », *RTD Civ*. 1975. 482.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), « *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait* », *RTD Civ*. 1984. 389.

ID., « *La famille et le droit au logement* », *RTD Civ*. 1990. 245.

ID., « *Le nouveau droit du divorce Loi n°2004-439 du 26 mai 2004* », *JCP G* 2004. I. 1037.

RUSSO (Eric) et AUVOLAT (Géraldine), « *Enregistrement et publicité du PACS : les nouvelles règles applicables* », *AJFamille* 2007.10.

SAÏDI (Kamel), « *La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation* », *RIDC* 2006. 119.

SALEH-BEY (Mohamed Chérif), « *Algérie*», Juris-Classeur Droit comparé 1997 Volume 1, (8), p. 14.

SAREHANE (Fatna), « *La répudiation, quels obstacles pour les marocains résidant en France ? Exercice au Maroc et reconnaissance en France* », *RIDC* 2006. 47.

SAUVAGE (F.), « *Le régime des partenaires d'un pacs : liberté, prospérité et solidarité ?* », *Droit&Patrimoine* n° 172/septembre 2008, p. 67.

SCHOETTL (Jean-Éric), « *Le pacte civil de solidarité à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité* », *LPA*, 1er décembre 1999 n° 239, p. 6.

SERIAUX (A.), « *Être ou ne pas être : les ambigüités juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile* », *Dr. de la Famille* 1998/3, Chron., p. 5.

SIMLER (Ph) et HILT, (P.), « *Le nouveau visage du Pacs, un quasi-mariage* », *JCP* 2006. I. n° 30, étude 161, p. 1495.

SOUA (Khalifa), « *Hadith* », in *Dictionnaire de l'Islam religion et civilisation*, éd. Albin Michel, *Encyclopaedia Universalis*, 1997.

STOFFEL-MUNCK (Philippe), « *Le contrôle à postériori de la résiliation unilatérale* », *Dr. & Patrimoine* n° 126/mai 2004, p. 70-77.

STORCK (Michel), « *Droits sur l'entreprise du partenaire* », *AJFamille* 2007.19.

SUDRE (Frédéric), « *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme* », *JCP* G n° 4, 24 janvier 2007. I. 106, p. 18.

TERRE (F.), « *Histoire d'une loi* », *Dr. Famille*, décembre 1999, p. 28.

THERY (Irène), « *Le contrat d'union sociale en question* », *Revue Esprit*, oct. 1997, p.159

ID., « *Couples de même sexe, mariage et filiation : quel rôle du droit dans le débat social ?* », *Recherche Droit et Justice* n° 24, automne 2006.

TOULEMON (A.), « *Le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner* » ; *D.* 1963, 428, S. 1963, 179.

VALORY (Stéphane), « *Un décret réglemente le traitement des données à caractère personnel relatives au PACS* », *RJPF* janvier 2007.

ID., « *Les dispositions visant les « conjoints » ne peuvent être étendues aux pacsés* », *RJPF* 2008. 21.

VASSAUX (Joëlle), « *L'incident de la réforme du divorce sur le rôle du notaire* », *Dr. et Patrimoine* n° 134/février 2005, p. 26.

VAUVILLE (Frédéric), « *La transmission de la charge de la prestation compensatoire après la réforme du divorce du 26 mai 2004* », *Dr. & Patrimoine* n° 134/février 2005, p.42.

VERPAUX (Michel), « *La réécriture-partielle- du droit de l'outre mer : à propos de la décision du 15 février 2007 du Conseil constitutionnel* », *JCP G* n° 24, 13 juin 2007. I. 163, pp.13-19.

VIGNAL (T.), « *Reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale* », *JCP* 2002. II. 10039.

VINEY (G.), « *L'article 1382 traduit " une exigence constitutionnelle"* », *JCP* 2000. I. 280, chron.

VIRIOT-BARRIAL, (D.), « *Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises entre les mineurs* », *D.* 2006, p. 2351.

WAUTELET (Patrick), « *La répudiation répudiée* », *Revue de la Faculté de droit de Liège* 2004/3, n° 3, éd. Larcier, Bruxelles, 2004.

WEIL (Patrick), *Le statut des musulmans en Algérie coloniale. Une nationalité française dénaturée,* in *La Justice en Algérie 1830-1962,* La Documentation Française, 2005, p. 95.

WEISS-GOUT (Béatrice), « *Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat* », *AJFamille* 2004. 235.

ID., « *Pratique des nouvelles procédures de divorce : promenade dans un dédale* », *Dr. & Patrimoine* n° 164/Novembre 2007, p. 40.

ID., « *Le PACS : dix ans déjà* », *Gaz. Pal*. 8-10 novembre 2009, n° 312 à 314, *doctr*., p. 2

YOUF (Dominique), « *Mari et femme : évolution des places de l'homme et de la femme dans la pensée occidentale* », Revue de la Recherche Juridique Droit prospectif n°2004-2 (Volume II), Presse Universitaire d'Aix-Marseille, p. 1465.

ZERAHI (Hayat), « *Femmes du Maroc entre hier et aujourd'hui ?* », Recherches internationales n° 77, 3-2006 : *« Maroc-Tunisie : 50 années d'indépendance »*, éd. Paul Langevin, 2006.

IV. DICTIONNAIRES

ABOU CHOUQQA ('Abd Al-Halîm), *Encyclopédie de la femme en Islam*, t.III, éd. Al Qalam, Paris, 2000.

ALLAND (D), ET RIALS (S) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003.

AMIR-MOEZZI (Mohamed-Ali) (dir.), *Dictionnaire du Coran*, éd. Robert Laffont, 2007.

AMOND (Evelyne) et BOMATI (Yves), *Les auteurs de la littérature française*, Larousse, 1995.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., LGDJ, 1993.

BONIFACE (Pascal) (dir.), Dictionnaire des relations internationales, Coll. Initial, éd. Hatier, 1996.

BIGAUT (Christian), *Lexique de la Ve République*, éd. Ellipse, Coll. Optimum, 2009.

BISSARDON Sébastien, *Droit et justice en citations et adages*, 2e éd. Litec LexisNexis, 2005.

BOYER (L.) et ROLAND (H.), *Adages du droit français*, 4e éd. Litec, 1999.

CHEBEL (Malek), *Dictionnaire amoureux de l'Islam*, éd. Plon, 2004.

COLAS (Dominique), *Dictionnaire de la pensée politique*, éd. Larousse, 1997.

CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, 2e éd., Montchrétien, Coll. Domat droit privé, 2000.

ID., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Dictionnaire du droit des femmes*, éd. Dalloz, 1983.

DUBOIS (Jean), MITTERAND (Henri) et DAUZAT (Albert), *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse éd. 1993.

GENOUVIER (E.) (dir.), DESIRAT (C.), HORDE (T.), *Dictionnaire des Synonymes*, éd. Larousse 2007.

GHASSAN (Ascha), *Dictionnaire de l'Islam religion et civilisation*, éd. Albin Michel *Encyclopaedia Universalis*, 1997.

GINCHARD (Serge) et MONTAGNIER (Gabriel) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16e éd., Dalloz, 2007.

GUILLIEN (Raymond) et VINCENT (Jean) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 15e éd., 2005.

LAKEHAL (Mokhtar), *Dictionnaire des relations internationales*, éd. Ellipses, 2006.

LAUPIES (Frédéric) (dir.), *Dictionnaire de la culture générale*, PUF, coll. Major, 2000.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *GAJA*, 12e éd., *Dalloz*. 1999.

MARTIN (Jean), *Lexique de la colonisation française*, Dalloz, 1988.

MIEGE (J.-L.), « *Le Maroc ; Histoire* », Encyclopaedia universalis Corpus 14, 2002.

NICOLAS-MANGUIN (M.-F.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF Lamy, 2005.

ROLAND (H.), *Lexique juridique, Expressions latines*, 2e éd. Litec, Coll. Carré droit, 2002.

ID., *Lexique juridique des expressions latines*, 4e éd. Lexis Nexis, Coll. Objectif Droit, 2006.

SMOUTS (Marie-Claude), BATTISTELLA (Dario), VENNESSON (Pascal), *Dictionnaire des relations internationales*, 2e éd., Dalloz, 2006.

STIRN (François), VAUTRELLE (Hervé), *Lexique de Philosophie*, éd. Armand Colin, 1998.

SOURDEL (Dominique), *Dictionnaire de la culture juridique*, « *Islam* », PUF- Lamy, 2005.

SOURDEL (D.) et SOURDEL-THOMINE (J.), *Dictionnaire historique de l'Islam*, PUF, 1996.

TERTRAIS (Bruno), *Dictionnaire des enjeux internationaux*, éd. Autrement, 2006.

VAÏSSE (Maurice), *Dictionnaire des relations internationales au 20e siècle*, 2e éd., Armand Colin, 2005.

Le nouveau Littré, éd. Garnier, 2004.

Le nouveau Petit Littré, Coll. Livre Poche, éd. Garnier, 2009.

Dictionnaire juridique pratique « Le droit de A à Z », éd. Juridiques Européennes, 1997.

Dictionnaire des synonymes, Larousse, éd. 1994.

Dictionnaire des synonymes, Larousse Expression, éd. 1994.

Dictionnaire de terminologie du droit international, éd. Sirey, 1960.

Encyclopédie des symboles, éd. La Pochothèque, Livre de Poche, 1996.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements 3
Sommaire 5
Principales abréviations et sigles 7

Introduction 13

Partie I.- Vers le déclin de la rupture unilatérale et discrétionnaire d'essence islamique : la répudiation musulmane 35

Titre 1. - L'institution de la répudiation musulmane 39

Chapitre I. – Une approche théologique, l'Islam et la répudiation : un mode de rupture emprunt de réflexion et de formalisme 45

Section I. - La femme répudiée en Islam : une question d'éthique religieuse 49
A. – Le concept de mariage en Islam 52
1°. Le mariage musulman : unique voie du *halal* 53
2°. Une vie maritale sans soumission 57

B. – Le *talâk* ou la répudiation dite sunnite 59
1°. L'initiative du divorce, « un pseudo-droit » du mari 61
2°. Le préalable : la recherche d'un arbitrage et d'une médiation 64
3°. La rupture consommée : un processus en trois temps 65
a) La répudiation révocable « *raj'i* » 65
b) La répudiation irrévocable imparfaite « *bâin* » 67
c) La répudiation irrévocable parfaite majeure « *bâin baynûna kubra* » 67
4°. Le divorce à l'initiative de l'épouse : un droit discrétionnaire 70

Section II. - La répudiation *bid'ah* : une résurgence des temps pré-islamique .. 73
A. – Le *talâk bid'î* : une innovation contraire à la *Sunna* 74
1°. Le *talâk bid'î* : une répudiation interdite 74

2°. La valeur juridique du *talâk bid'î* 76

B. – Les autres formes de *tâlak* : les serments répudiaires encadrés par le Coran 78
1°. Le serment de continence : « *Al îla'* » 78
2°. Le serment du dos : « *El zihâr* » 79
3°. Le serment d'anathème : « *Al lî'ân* » 80
Conclusion 83

Chapitre II.- La répudiation, une institution revisitée par le droit musulman 85

Section I. - Le Maroc vers le « chemin » du droit 89
A. – Le divorce unilatéral marocain ou la répudiation judiciarisée 94
1°. Le divorce sous contrôle judiciaire 96
a) La répudiation de l'épouse par le mari : le *tâlaq*, une procédure spécifique 97
b) La répudiation de l'épouse par l'épouse : un droit d'option concédé, le *tamlik* ..103
2°. Le divorce judiciaire, le *tatliq* 103
a) Le divorce pour raison de discorde, le *chiqaq* : sortie de crise, une demande unilatérale 104
b) Le divorce à la demande de l'épouse pour d'autres causes : une absence de « discrétion » 105

B. – Le divorce unilatéral et discrétionnaire marocain : une réforme progressiste ..106
1°. La judiciarisation du *tâlaq*, la contrainte financière : une efficacité remarquable... 106
2°. Un bilan mitigé 107
a) Un décalage culture-droit-religion 108
b) Une avancée majeure dans la protection de la femme marocaine 109
Conclusion 113

Section II. – L'Algérie : la réforme « *des petits pas* » 115
A. – Le divorce unilatéral algérien ou la répudiation « recadrée » 122
1°. Le tronc commun procédural du divorce algérien.....123

2°. La rupture unilatérale discrétionnaire et non discrétionnaire du mariage 126
a) La rupture unilatérale et discrétionnaire : un droit exclusif de l'époux 126
b) La rupture unilatérale du mariage décidée par l'épouse : un grief non discrétionnaire.....128

B. – Le divorce unilatéral algérien : vers un équilibre difficile 130
1°. Les dommages et intérêts : une condamnation du mari pour répudiation abusive 131
2°. La mise à disposition d'un logement pour l'épouse et les enfants.....132
Conclusion 135
Conclusion Titre 1.....137

Titre 2.- Le juge français face à la répudiation musulmane 139

Chapitre I.- La répudiation musulmane entre réception et rejet : « *regards rétrospectifs et distanciés*».....147

Section I. – La jurisprudence des années 1980 : une relative inconstance 150
A. – Un ordre public à « dimensions variables » 151
1°. La répudiation « révocable » contraire à l'ordre public 152
2°. Un ordre public « assoupli » en faveur des épouses répudiées 155
a) Des répudiations de « françaises » demandées et accordées.....155
b) Une répudiation jugée « contradictoire » 157

B. – Le rejet ou la reconnaissance des répudiations musulmanes : le respect de la loi française ou l'admission de l'effet atténué de l'ordre public.....158
1°. Rejet de la répudiation obtenue par la volonté frauduleuse de l'époux 158
2°. La reconnaissance de la répudiation par l'effet atténué de l'ordre public.....160
3°. La notion de fraude : la mauvaise foi présumée 163

Section II. – La jurisprudence des années 1990 : vers une moindre tolérance ? ....
.....166
A. – La pénétration du droit européen : l'émergence de la notion d'un ordre public égalitaire.....167

1°. La répudiation contraire aux garanties procédurales et au principe d'égalité entre époux 167
a) L'affirmation du principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage... 168
b) La demande de majoration des pensions n'implique pas acquiescement de l'épouse à la répudiation 170
c) Le principe respect du contradictoire : une exigence de l'ordre public français..171
2°. « La primauté de la Convention européenne des droits de l'homme »..... 172

B. – La remise en cause du principe européen d'égalité : « *un trouble doctrinal* » perceptible 174
1°. Le recours à la Convention Européenne des Droits de l'Homme contestée 174
2°. Le principe d'égalité mis de côté.....177
Conclusion 183

Chapitre II.- Vers un rejet définitif de la répudiation musulmane 185

Section I. - Le 17 février 2004, un revirement de jurisprudence remarqué 186
A. – Le rejet de la répudiation justifiée par le déséquilibre dans les droits d'agir...187
1°. Une décision unilatérale « entre les mains de l'époux » 187
a) Un pouvoir exorbitant ?.....187
b) Le principe d'égalité : une exigence absolue et indiscutable.....189
2°. Aucun « *effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme* »..... 192
a) La rupture subie 192
b) Des garanties procédurales insuffisantes : « *même si* »..... 193

B. – L'éviction du juge étranger justifiée par sa « passivité » et par l'ordre public français 196
1°. Le rôle passif du juge étranger 198
a) La simple prise en compte judiciaire de la répudiation 198
b) Le simple aménagement des conséquences financières de la répudiation 200
2°. L'incompétence juridictionnelle du juge étranger et l'ordre public de proximité ... .201

a) L'incompétence du juge algérien fondée sur le conflit de juridiction : une motivation discutable 201

b) La notion d'ordre public de proximité au secours des femmes répudiées résidant en France 203

Section II. – Une jurisprudence confirmée, « des motivations types » 205

A. – Le domicile des époux en France : un lien de rattachement systématique 206

1°. D'une conception subjective à une conception objective de l'ordre public 207

2°. Le juge algérien compétent, le jugement algérien contraire à l'ordre public 208

B. – La nationalité : un lien de rattachement évident 214

1°. La nationalité française : un rempart contre les répudiations 216

2°. La nationalité étrangère, en principe : application de la loi étrangère 218

Conclusion Titre 2 223

Partie II.- Vers l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple en droit français 229

Titre l.- La rupture unilatérale judiciaire : le divorce 235

Chapitre I.-Le divorce-répudiation en héritage 241

Section I. – La répudiation en droit romain : entre liberté individuelle et primauté de l'institution familiale 242

A. – Sous la Royauté et la République, la répudiation est une affaire privée 244

1°. L'organisation primitive de la famille : un patriarcat absolu 244

2°. Le développement du mariage *sine manu* : l'instauration d'un *repudium* « bilatéralisé » 247

B. – Sous l'Empire, la répudiation régulée : la législation impériale au service de l'institution familiale 250

1°. Des tentatives de régulation de la répudiation : le divorce devenu fléau 250

a) L'initiative Augustinienne 250

b) Les interventions impériales successives 254

2°. Justinien et l'influence de l'Église 258

Section II. – Le divorce, une institution récurrente dans l'œuvre législative française 262

A. – Entre le XVe et le XIXe siècle : le mariage « sacralisé » 263

1°. L'indissolubilité du lien matrimonial : une valeur sûre ?.....263

2°. La Révolution française ou le retour vers des valeurs libertaires 266

3°. Le XIXe siècle : le divorce exceptionnellement accordé.....268

B. – Le XXe siècle : le lien matrimonial dissoluble stigmatise une législation libérée 272

1°. Vers une rupture libre 272

2°. La loi de 1975 ou le divorce assumé 275

Conclusion 281

Chapitre II.-Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : la répudiation « sécularisée » ? 283

Section I. – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal : « *une excellente amélioration technique* » de la loi de l975 288

A. – Les critiques du divorce pour rupture de la vie commune : un excellent plaidoyer en faveur du divorce pour altération définitive du lien conjugal 290

1°. La séparation de deux ans des époux : une cause unique de divorce 291

a) La notion de « cessation de la communauté de vie » : une absence de précision.291

b) Le délai réduit aux deux tiers 293

2°. L'altération déculpabilisée 297

a) La disparition de la clause d'exceptionnelle dureté 297

b) Conjoint malade : « oui pour le meilleur, certainement pas pour le pire ».....300

B. – Le divorce pour altération est-il meilleur que le divorce pour rupture de la vie commune ?.....304

1°. La demande reconventionnelle : une technique procédurale facultative 305

a) Le mécanisme de la demande reconventionnelle : une réponse au divorce unilatéral ?.....305

b) Le devoir de cohabitation : entre violation et excuse.....310
2°. La pratique judiciaire.....312
a) L'altération après l'échec d'une précédente procédure en divorce.....312
b) Les dommages et intérêts : une indemnisation de principe ?.....314
Conclusion.....319

Section II. – Le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou la *« répudiation égalitariste »*.....320
A. – La libéralisation de la dissolution du lien matrimonial.....321
1°. Un droit à la rupture consacré.....324
a) Le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou la « répudiation déguisée » 326
b) Le défaut de prise en charge financière de la rupture unilatérale : une « répudiation renforcée ».....330
2°. Mayotte, la répudiation et la République : un droit à la rupture unilatérale et discrétionnaire « restauré ».....338
a) L'abolition législative de la répudiation mahoraise.....340
b) La restauration officielle de la répudiation à travers le divorce pour altération..342

B. L'étranger impuissant face à la protection du lien matrimonial.....345
1°. Le divorce des étrangers récemment régularisée : un droit non discrétionnaire.349
a) L'introduction de la requête en divorce par l'époux étranger.....350
b) Les violences au sein du couple : une appréciation relative.....351
2°. « La répudiation judiciaire ou administrative » des étrangers : le principe d'égalité mis à mal.....354
a) L'annulation du mariage : la « répudiation judiciaire ».....354
b) L'expulsion : « la répudiation administrative » des étrangers.....358
Conclusion de la Titre 1.....361

Titre 2.- La rupture unilatérale extra-judiciaire : le PACS et le concubinage..363

Chapitre I.- La résiliation unilatérale du Pacte civil de solidarité : une « répudiation formelle ».....367

Section I. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS : une simple formalité 374
1°. Les conditions de fond du PACS 374
2°. Les conditions de forme du PACS 376
3°. La dissolution du PACS 378
A. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du PACS : l'expression d'une liberté ....
.....379
1°. La rupture par la volonté d'un seul 382
2°. La « répudiation » par mariage subséquent 386

B. – Un droit discrétionnaire « sagement » approuvé.....389
1°. La répudiation « répudiée » par le juge constitutionnel 389
a) La rupture unilatérale d'un contrat de droit privé à durée indéterminée 389
b) La rupture unilatérale assortie éventuellement d'un droit à réparation 391
2°. L'incohérence du système 396

Section II. – La « répudiation partenariale » : un instrument de domination...398
A. – La conclusion du PACS motivée par les avantages du mariage 400
1°. Le foyer fiscal et les droits sociaux : un alignement parfait.....400
2°. Les violences partenariales : une récente protection.....402

B. – L'illusion de la symétrie du mariage.....405
1°. Les partenaires un couple précaire.....406
a) Une solidarité partenariale de façade 406
b) Le logement des partenaires : « la loi du plus fort » 408
c) La liquidation du PACS : une absence de cadre juridique contraignant 410
2°. Le PACS : contenu et exécution laissés à la discrétion des partenaires 412
a) Le PACS : un contrat sans contrôle.....413
b) La responsabilité contractuelle : le recours ultime.....415
Conclusion 419

Chapitre II. La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage : la « répudiation libre et informelle » 423

1°. S'unir sans formalisme.....424
2°. Se désunir sans se soumettre à un régime de dissolution 425

Section I. – Du concubinat au concubinage : la rupture unilatérale est un phénomène constant 427
A. – La rupture unilatérale du concubinage : l'histoire d'une législation de protection 427
1°. De l'acceptation à la déconsidération sociale.....427
a) Les origines romaines : le concubinat, une union honorable inférieure au mariage 428
b) Du VIe au XVIIIe siècle, le concubinage face à l'Église : une union à contenir ..430
2°. Les XIXe au XXe siècle : de la déconsidération sociale à la protection juridique 433
a) Le Code civil de 1804 : le concubinage déconsidéré.....434
b) Le XXe siècle : les prémices d'une véritable protection juridique du concubinage 435

B. – 1999 : Une définition légale du concubinage, une disposition unique dans le Code civil 440
1°. La *« vie commune »* des concubins 441
2°. Une relation de couple ayant «*un caractère de stabilité et de continuité* »..... 443

Section II. – La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage : une « répudiation informelle » 444
A. – La rupture unilatérale du concubinage : l'expression d'une liberté choisie, voulue et subie 445
1°. La fin la vie commune : la fin de « la vie de couple » 447
a) Une absence de solidarité 447
b) une absence de protection.....449
2°. La rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage excusée par la liberté individuelle 452
a) Le caractère fondamental de la liberté du mariage.....452
b) Le principe de la liberté dans la rupture unilatérale du concubinage 454

B. – Une relative prise en compte de la rupture unilatérale et discrétionnaire du concubinage 456
1°. Solder les comptes devant le Juges aux affaires familiales : un recours facultatif 457
a) Le conflit de couple.....457
b) Le conflit parental.....461
2°. La responsabilité dans la rupture unilatérale et discrétionnaire : une réparation symbolique ou une vertu thérapeutique ? 462
a) La responsabilité contractuelle et naturelle: un engagement contraignant ?.....463
α) La responsabilité contractuelle 463
β) L'obligation naturelle.....465
b) La responsabilité délictuelle : un droit à indemnisation strictement apprécié 467
Conclusion 475

Conclusion générale.....477

Source.....491
Annexe.....511
Bibliographie 543
Table des matières.....585

LA SECULARISATION DE LA "REPUDIATION"

ou l'avènement de la rupture unilatérale et discrétionnaire en droit français

Résumé
D'origine essentiellement religieuse, la répudiation est la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage décidée par l'époux. En droit musulman, elle permet au mari de mettre un terme à la relation maritale sans avoir à se justifier. En France, cette institution est critiquée et même rejetée tant elle paraît étrangère à la civilisation européenne. Pourtant, à y regarder de plus près, la rupture unilatérale et discrétionnaire du couple existe en droit français sous l'appellation de « divorce pour altération définitive du lien conjugal » pour le mariage, mais encore de «rupture unilatérale » s'agissant du pacte civil de solidarité et du concubinage. La différence tient au titulaire de l'exercice de ce droit, alors que la répudiation ne peut être mise en œuvre que par l'homme, la rupture unilatérale et discrétionnaire du mariage, du PACS et du concubinage peut être décidée par l'homme ou la femme. Toutefois, fondamentalement, les effets sont les mêmes : l'un décide, l'autre subit. Que la rupture soit judiciaire ou non judiciaire, ce mode de dissolution laisse perplexe quant à l'attitude du juge et du législateur français face à la répudiation. Le premier refuse, depuis le 17 février 2004, de reconnaître des effets aux répudiations musulmanes en France sous couvert de la violation du principe d'égalité entre époux. Le second, cautionne la rupture unilatérale et discrétionnaire au sein du couple.

Mots clefs français : répudiation- rupture unilatérale et discrétionnaire- divorce pour altération définitive du lien conjugal- pacte civil de solidarité (PACS)- concubinage- sécularisation- rupture judiciaire- rupture extra-judicaire- couple.

Abstract
Initially, repudiation is mainly religious. It is the one-sided and discretionary break of marriage bonds, decided by the husband. In muslim law, it allows the husband to put an end to the marital bonds, without justifying himself. In France, this institution is criticized and even rejected for it seems so far from european civilization. However, looking at it closer, the one-sided and discretionary break-up of the couple exists, under the denomination of «divorce for definitive alteration of the marriage». Concerning the Civil Solidarity Pact (PACS) or cohabitation, it is called «unilateral break». The difference lies on the spouse, which is entitled to this right. Whereas repudiation is only the husband right, unilateral and discretionary break of marriage bonds, civil solidarity pact and cohabitation can be decided by both spouses. However, the consequences are the same. One decides, the other puts up with it. This kind of dissolution, either judicial or extrajudicial, make many questions arise, considering the french judge and lawmaker's behaviour towards repudiation. The former is unwilling, since17th february 2004, to recognize in France any effect to muslim repudiations for it is considered as an attempt to the principle of equality between spouses. The latter guarantees the unilateral and discretionary break within the couple.

Keywords : repudiation – one-sided and discretionary break – divorce for defeinitive alteration of the marraige – Civile Solidarity pact (PACS) – cohabitation – secularization – judicial break-up – extrajudicial break-up – couple - secularization

Unité de recherche/Research unit : *Centre de Recherche Droit et Perspectives du Droit*
Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, http://edoctorale74.univ-lille2.fr*
Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, http://www.univ-lille2.fr*