

# JOURNAL DES TRIBUNAUX

HEBDOMADAIRE JUDICIAIRE

Edmond Picard

1881-1899

Léon Hennebicq

1900-1940

Charles Van Reepinghen

1944-1966

Jean Dal

1966-1981



EDITEURS :

MAISON FERD. LARCIER S.A.

Rue des Minimes, 39

1000 BRUXELLES

## La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié ?

1. — Le droit international privé appliqué au droit familial ne cesse de se développer. C'est que, de droit des princes, il est devenu droit des masses. Le développement des moyens de communication a rapproché les individus, sinon les civilisations. La colonisation d'abord, l'immigration des travailleurs ensuite ont mis le juriste belge, parmi d'autres professions et nationalités, en contact avec des systèmes juridiques peu ou pas connus (1). Parmi ces systèmes, le droit musulman.

Le droit international privé a vocation d'« organiser la coexistence des systèmes juridiques » (2). Cet objectif est atteint avec d'autant plus de difficultés que les systèmes en cause sont éloignés, reposant sur des fondements différents. C'est assurément le cas pour les systèmes de droit musulman et les systèmes de droit laïc (droit civil, common law et droits socialistes) (3).

La répudiation est l'une de ces questions à problème. Quatre cents millions d'êtres humains de par le monde connaissent cette forme de dissolution du mariage (4). L'officier de l'état civil belge y est fréquemment confronté : doit-il transcrire une répudiation ? doit-il accepter de célébrer une nouvelle union après une répudiation ? Le pouvoir judiciaire sera saisi en cas de refus de l'officier de l'état civil. Il le sera aussi, incidemment, si l'(ex)épouse répudiée engage une action tendant à voir remplir par l'(ex)époux

répudiateur ses obligations du mariage, ou dans le cadre d'actions relatives à la succession, la filiation, la pension de survie, de poursuites pour adultère... C'est dire qu'est large l'éventail des praticiens du droit qui peuvent se poser la question : « Faut-il reconnaître cette répudiation ? ».

2. — D'autres études ont déjà apporté réponse à cette question (5). Nous tenterons de prolonger ces réflexions et d'apporter une solution nouvelle sur base d'un important arrêt de la Cour de cassation de France du 3 novembre 1983 (6).

Dans un premier temps, il convient de rappeler brièvement les principes généraux de droit international privé applicables à la reconnaissance de jugements relatifs à l'état des personnes ainsi que le droit matériel des pays du Maghreb quant à la rupture du lien conjugal (I). La seconde partie sera l'analyse des solutions traditionnellement appliquées à la reconnaissance d'une répudiation unilatérale (II). La solution nouvelle tendant à une reconnaissance plus large de la répudiation unilatérale et, corrélativement, à une restriction, ou plus exactement à un déplacement du champ d'application de l'exception d'ordre public fera l'objet de la troisième partie (III).

### I. — PRINCIPES DE BASE

1. — Les principes généraux de droit international privé en matière de reconnaissance des jugements étrangers relatifs à l'état des personnes.

3. — « Les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des

(5) J. Lenoble, « La répudiation en droit international privé belge », *J.T.*, 1975, p. 165; M. Tavernier, « La dissolution du mariage par volonté unilatérale dans les pays du Maghreb », *J.T.*, 1981, p. 354; G. Rommel, « Quelques problèmes en matière de droit maghrébin : la répudiation, la garde et le rapt d'enfants, les pensions alimentaires », *J.J.P.*, 1982, p. 33; « De Verstoting in het belgisch recht », *R.W.*, 1982-1983, col. 1282; « Le statut personnel marocain », *J.J.P.*, 1980, p. 193.

La Cour de cassation n'a pas encore eu à trancher le problème.

(6) Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch., 3 nov. 1983, « La semaine juridique », *J.C.*, périodique, 1984, n° 20131, concl. de M. l'av. gén. Gulphe.

personnes, même de nationalité belge, produisent leurs effets en Belgique, indépendamment de toute déclaration d'exequatur » (7).

Cette efficacité *de plano* est soumise au respect des conditions de l'article 570 du Code judiciaire étant : la production d'une expédition authentique (5°) d'une décision passée en force de chose jugée (4°) prononcée par un juge compétent non seulement à raison de la nationalité du demandeur (3°) dans le cadre d'une procédure respectant les droits de la défense (2°) et pour autant que la réception des effets de cette décision ne porte pas atteinte à l'ordre public belge (1°). La révision au fond ne s'impose pas.

A. — *Compétence des juridictions d'exception.*

4. — La doctrine considère à ce jour unanimement que les juridictions d'exception peuvent connaître des questions d'état ou des contestations de qualité qui surgissent devant elles. La jurisprudence va également en ce sens. La question avait fait l'objet de nombreux débats. La thèse qui l'emporte estime qu'il est de règle, à défaut de texte établissant une question préjudicielle, que le juge du principal connaisse de l'incident. Par ailleurs, le renvoi au tribunal d'arrondissement, lui-même renvoyant au tribunal de première instance, alourdirait considérablement une procédure fréquemment urgente, la question étant soulevée devant le juge de paix saisi dans le cadre de la loi du 14 juillet 1976 (p. ex., art. 223 du C. civ.). Enfin, l'on voit mal pourquoi, alors que l'officier de l'état civil pourrait procéder à cette reconnaissance *de plano* du jugement étranger, le juge de paix n'en aurait pas la compétence. Il est vrai que le premier le fait sous la surveillance du Procureur du Roi qui peut susciter une unité de jurisprudence (8), mais le second le fait sous réserve de recours.

(7) Cass., 29 mars 1973, *Pas.*, I, p. 743 avec concl. de M. le proc. gén. Ganshof van der Meersch, p. 726; Fr. Rigaux, *Droit international privé*, 1977, Larcier, t. I, n° 219 et t. II, n° 816 à 819 et, « L'efficacité des jugements étrangers en Belgique », *J.T.*, 1960, pp. 285 et 302; F. Rigaux et G. Zorbas, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge en droit international privé*, Larcier, 1981, p. 393; B. Hanotiaux, « Examen de la jurisprudence, droit international privé », *R.T.D.F.*, 1980, p. 235, n° 34; Mottulsky, *Ecrits*, t. III, « Etudes et notes de droit international privé », *Dalloz*, 1979, p. 331.

Voy. aussi la circulaire du 30 avril 1984 concernant la reconnaissance par les officiers de l'état civil des décisions étrangères relatives à l'état des personnes, *Mon.*, du 30 mai 1984.

(8) Sur l'ensemble de cette question, voyez : — en doctrine :

Cambier, *Ann. dr. Louvain*, 1968, p. 273; Van Compernelle, « La question préjudicielle d'état et le Code judiciaire », *R.T.D.F.*, 1979, p. 328; Panier, « De l'existence des questions préjudicielles d'état dans les rapports entre les juridictions civiles d'exception et les juridictions ordinaires », *J.J.P.*, 1979, p. 196; Fetteis : 1<sup>re</sup> thèse : *Précis de droit judiciaire*, « La

(1) Quinze millions d'immigrés en Europe. Huit cent septante mille en Belgique. Parmi ceux-ci, les communautés dominantes (Italie, France) appartiennent à la C.E.E. et posent moins de problèmes au juriste. Viennent ensuite les communautés Marocaine (105.000) et Turque (63.000). Bien plus loin, nous trouvons la communauté Algérienne (10.000) et Tunisienne (6.000) (Institut national de statistiques, 1982, n° 1). Pour plus de détails, voy. D. Pollain, « L'immigration en chiffres », in *Revue Nouvelle*, 1980, p. 139.

La Turquie ayant un droit civil proche du Code civil suisse, ses ressortissants posent également des problèmes de droit international privé moins aigus.

(2) Batiffol H., Préface au livre de A. Kessmat Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Dalloz, 1971, p. 11.

(3) A.K. Elgeddawy, *op. cit.*; P. Mercier, *Conflits de civilisations et droit international privé Polygamie et répudiations*, Droz, Genève, 1972.

(4) Y. Linant de Bellefonds, « La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui », *Rev. int. dr. comp.*, 1962, p. 521.

## B. — Le contrôle.

5. — Les deux premières conditions (5<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>) posent peu de problèmes théoriques. Encore convient-il d'y être vigilant dans la pratique, particulièrement en matière de répudiation unilatérale (*infra*, n<sup>o</sup> 27). La troisième condition permet d'éviter que le juge ne puise une compétence exorbitante dans la seule nationalité du demandeur. Cette condition protège par exemple nos nationaux à l'encontre d'une décision intervenue dans le pays dont l'autre partie est ressortissante et alors même qu'aucune des parties n'y réside. La question générale de la compétence du juge revêt une importance particulière en matière de divorce, en vue d'éviter le divorce-tourisme ou le « forum-shopping ». Elle se précise au fil du temps et a été circonscrite par la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps. Cette convention n'a pas été ratifiée par la Belgique. Nous y reviendrons (*infra*, n<sup>o</sup> 27). Le frein essentiel à la reconnaissance *de plano* des jugements étrangers en matière d'état des personnes est bien sûr l'ordre public international. Le respect des droits de la défense n'en est qu'un aspect. L'essentiel de la jurisprudence porte sur cette notion.

## 2. — Le droit matériel de la rupture du lien conjugal « more islamico ».

6. — D'excellentes études ont analysé ce droit (9). Il n'y va ici que d'un rappel et de quelques précisions concernant le droit des pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie).

compétence », Larcier, 1971, p. 89, n<sup>o</sup> 129; 2<sup>e</sup> thèse : Fettes, Khol, de Leval, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd., fasc. 1, Liège, P.U.L., 1980, p. 47, n<sup>o</sup> 56bis et A. Khol, note in *R.T.D.F.*, 1982, p. 35.

— en jurisprudence :

thèse du renvoi : J.P. Saint-Gilles, 20 oct. 1978, *J.J.P.*, 1979, p. 12; *R.D.E.* (*Revue du droit des étrangers*), 1979, n<sup>o</sup> 4, p. 17; J.P. Schaerbeek, 1<sup>er</sup> cant., 21 févr. 1979, *R.D.E.*, 1980, n<sup>o</sup> 10, p. 3; *R.T.D.F.*, 1982, p. 23; Trib. Arrond. Bruxelles, 14 mai 1979, *R.D.E.*, 1980, n<sup>o</sup> 10, p. 5; *R.T.D.F.*, 1982, p. 25; Trib. Arrond. Liège, 4 janv. 1979, *R.D.E.*, 1980, n<sup>o</sup> 10, p. 10; Trib. d'Arrond. Bruxelles, 2 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 328; *R.D.E.*, 1981, n<sup>o</sup> 13, p. 6, note de P. Chevalier;

thèse de la compétence à titre incident : J.P. Saint-Gilles, 10 févr. 1981, *R.D.E.*, 1981, n<sup>o</sup> 13, p. 1; J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 22 avril 1981, *R.D.E.*, 1981, n<sup>o</sup> 13, p. 2; Trib. Arrond. Charleroi, 6 janv. 1981, *R.D.E.*, 1981, n<sup>o</sup> 13, p. 4; J.P. Fléron, 8 mai 1979, *Jur. Liège*, 1980, p. 182; Trib. Travail Charleroi, 16 juin 1983, *J.T.*, 1984, p. 180.

Sur cette question en France, voy., D. Alexandre : « Le juge du fond ne doit pas surseoir à statuer et peut procéder au contrôle incident », in « Sur la possibilité d'obtenir le divorce en France lorsqu'un jugement a déjà été rendu à l'étranger à propos du divorce », *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 617.

(9) Voy. M. Taverne, *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Larcier, 1981; « La dissolution du mariage par volonté unilatérale dans les pays du Maghreb », *J.T.*, 1981, p. 354; G. Rommel, *op. cit.*, *J.J.P.*, 1980, p. 212; *R.W.*, 1982-1983, col. 1282; Y. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, *Rev. int. dr. comp.*, 1962, p. 52; *Traité de droit musulman comparé*, t. II, Mouton et Co., Paris, La Haye, 1965, pp. 303 et s., résumé in *R.D.E.*, 1978, n<sup>o</sup> 2; M. Borremans, *Statut personnel et familial au Maghreb de 1940 à nos jours*, Mouton, La Haye, 1977; R. Charles, *Le droit musulman*, Paris, P.U.F., 1979, pp. 51 et s.; A. Colomer, *Juriste de droit comparé*, t. II, v<sup>o</sup> « Maroc ». Sur les « Talaks » au Pakistan voy. Raja Said Akbar Khan : « The marriage and divorce laws in Pakistan »,

La législation des pays du Maghreb est fortement imprégnée du droit musulman de rite malékite (l'une des quatre grandes écoles de musulmans sunnites). Ce droit est d'ailleurs supplétif aux textes. La Tunisie dispose d'un Code du statut personnel (la Magalla) depuis 1956; le Maroc depuis 1958, c'est la Mudawwana et l'Algérie vient de se doter d'un Code de la famille : loi n<sup>o</sup> 84-11 du 9 juin 1984 (10).

## A. — Le droit musulman classique.

7. — Trois formes de rupture existaient déjà en droit musulman classique :

— *La répudiation unilatérale (Talak)* est le « privilège reconnu au mari de mettre fin au mariage d'une manière discrétionnaire, autrement dit, sans être tenu de motiver sa décision » (11). Ce sera l'unique objet de notre étude.

— *La répudiation convenue ou moyennant compensation (Khoul)* intervient à la demande de la femme.

— *Le divorce pour cause déterminée (Tatlik)* est une procédure judiciaire correspondant à notre divorce pour cause déterminée. Il est utile surtout pour la femme, le mari ayant un accès aisé à la répudiation. Les causes sont soit péremptoires, c'est-à-dire non susceptible d'appréciation par le juge (vices rédhibitoires, non-paiement de la dot, absence de plus d'un an, défaut d'entretien), soit générales et appréciées par le juge (excès, sévices, injures,...).

La philosophie du « divorce musulman » apparaît rapidement par ce découpage : soit il y a accord des époux ou volonté du mari et la rupture a lieu sans devoir justifier de causes, soit c'est l'épouse qui désire la rupture et alors elle doit faire valoir des causes de divorce.

## B. — Les codifications.

8. — Les codifications du Maroc et de l'Algérie ont repris cette philosophie en l'« habillant » à un degré différent d'un lustre judiciaire. Seule la codification tunisienne a rompu radicalement en ouvrant le « divorce sans cause », qu'est la répudiation unilatérale, à l'épouse (Magalla, art. 31, 3<sup>o</sup>).

### a) L'Algérie.

9. — L'article 48 du Code de la famille reprend clairement la philosophie classique : « le divorce est la dissolution du mariage. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux où à la demande de la femme, dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 » (12).

*divorce*, Kojiro Miyazaki, general editor, t. VII, South-East Asia, Tokio, Keiso-Shabo, 1973, p. 199.

(10) *Journal officiel de la République algérienne*, 12 juin 1984, p. 612.

(11) Y. Linant de Bellefonds, *Traité*, *op. cit.*, t. II, p. 315.

(12) L'on voit mal d'ailleurs comment l'Algérie peut accorder cette législation avec l'art. 39, § 2 de sa Constitution (ordonnance n<sup>os</sup> 76-97 du 22 nov. 1976, *Rev. Alg. Sc. Jur. et Pol.*, 1980, p. 57) : « Toute discrimination fondée sur des préjugés de sexe, de race, ou de métier est proscrire », ni même avec la déclaration islamique des droits de l'homme, art. III, c : « Personne ne doit (...) subir une discrimination quelconque (...) du seul fait (...) de sexe (...) ». Il est vrai que la Belgique a dû procéder à une révision de sa législation en conformité à l'art. 6 de sa Constitution.

On retrouve le Talak, le Khoul et le Tatlik. L'on sait toutefois que l'élaboration du Code de la famille en Algérie fut l'objet d'âpres discussions entre les « modernistes » et les « classiques » (13). En matière de rupture du lien conjugal, ces derniers l'emportent manifestement sur le fond. Les premiers réussissent toutefois à imposer la forme, puisque « le divorce ne peut être établi que par jugement précédé d'une tentative de conciliation du juge, qui ne saurait excéder un délai de trois mois » (art. 49). Cette procédure judiciaire était déjà affirmée antérieurement. Il est évident qu'elle varie d'une procédure gracieuse à une procédure contentieuse suivant la forme du divorce envisagée. Le lien conjugal est rompu dès le prononcé du divorce mais le mari peut reprendre son épouse pendant la période de conciliation dont la durée correspond en fait à la retraite de continence (*infra*, n<sup>o</sup> 14).

### b) La Tunisie.

10. — En Tunisie également, tout divorce ne peut être obtenu que par une procédure judiciaire avec tentative de conciliation (art. 30, Magalla). Trois formes de divorce existent : le divorce sans cause, le divorce par consentement mutuel, le divorce pour cause déterminée. La Tunisie a innové profondément en ouvrant le divorce sans cause — ancienne répudiation unilatérale — à la femme. C'est là une œuvre législative précédant les mœurs et arrivant par un raccourci saisissant à une législation voisine de celle de la Suède (14). C'est le divorce-constat. Le lien conjugal est rompu dès le prononcé du divorce.

### c) Le Maroc.

11. — La Mudawwana reprend la répudiation unilatérale ouverte au mari seul, la répudiation moyennant compensation et le divorce pour cause déterminée. Seul ce dernier fait l'objet d'une réelle procédure judiciaire. La répudiation unilatérale (Talak) « peut avoir lieu soit verbalement en termes explicites, soit par écrit, soit encore par signes ou gestes non équivoques s'il s'agit d'un illettré n'ayant pas l'usage de la parole » (art. 46 de la Mudawwana), elle peut avoir lieu par mandataire (art. 44). Le fait générateur de droit demeure donc un acte privé. La répudiation (tant unilatérale que moyennant compensation) devra toutefois être reçue par deux adouls (témoins « officiels » « notaires ») qui en dressent acte (art. 80). L'acte dressé par les adouls n'est en fait qu'un procès-verbal constatant la répudiation (15). Il tient lieu de preuve et n'est pas constitutif de droit. La répudiation prononcée produit son plein effet,

(13) Voy. C. Bontemps, « L'influence française dans le projet de Code de la famille algérien », *Rev. Tun. de Dr.*, 1980, p. 113.

(14) Loi 1<sup>er</sup> juill. 1973. Le divorce est accordé immédiatement, même à la demande d'un seul époux, s'il n'y a pas d'enfant de moins de 16 ans. Dans ce dernier cas, les époux sont soumis à un délai de réflexion de 6 mois sauf en cas de séparation de corps depuis plus de 2 ans.

Voy. Kiéfé Suzanne, « Le divorce en Suède », *Gaz. Pal.*, 20 mai 1976.

Sur le divorce-constat, voy. : J. Pousson-Petit, *Le démarriage en droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1984, pp. 116 et 123.

(15) La formule étant : « A comparu devant les notaires soussignés, X..., qui requiert acte de ce qu'il déclare prononcer à l'encontre de son épouse Y... une répudiation unique... ».

qu'elle ait été enregistrée ou non (16). De même, l'homologation ultérieure par le « cadî » (juge notaire) telle qu'elle est prévue à l'article 179 du Code de procédure civile ne fait que constater la répudiation. Dans les faits, le « cadî » signe et appose son sceau au bas du procès-verbal des adouls (17). Cette homologation n'est d'ailleurs pas obligatoire, son défaut n'étant pas sanctionné par la loi.

12. — Par contre, s'il homologue la répudiation et « à la suite » (18) de l'homologation, le cadî rend une ordonnance « fixant les obligations incombant au mari répudiateur » sur pied de l'article 179 du Code de procédure civile. Cette ordonnance détermine le montant de la pension alimentaire de la femme pendant la retraite de continence, le lieu où est effectuée cette retraite, l'indemnité due à la femme (Mouta), le paiement de l'arriéré de la dot, la contribution alimentaire pour les enfants et réglemente le droit de visite du père. Il fait là œuvre de juridiction.

13. — La distinction entre l'acte d'homologation de la répudiation et l'ordonnance réglementant les effets de cette répudiation nous apparaît essentielle pour la reconnaissance des répudiations unilatérales dans notre ordre juridique (*infra*, nos 24, 26). Ni l'acte d'homologation, ni l'ordonnance fixant les obligations du mari ne sont susceptibles de recours. Toutefois, la partie qui s'estimerait lésée par l'ordonnance peut introduire une action dans les formes ordinaires en vue de défendre ses droits et d'obtenir une modification d'ordonnance.

14. — La répudiation unilatérale ne rompt pas immédiatement le lien conjugal, sauf si c'est la troisième répudiation à l'égard de la même femme (19) ou si elle est intervenue avant la consommation du mariage. La répudiation est en effet révocable durant la période de continence (*idda*). Si le mari perd donc tout droit sur le corps de son épouse, sous peine de révoquer la répudiation, toutes les autres obligations du mariage subsistent pendant la retraite de continence. La durée de cette retraite est de trois menstruations pour la femme réglée, de trois mois pour la femme non réglée et jusqu'à l'accouchement pour la femme enceinte.

La répudiation moyennant compensation et le divorce judiciaire sont irrévocables et rompent donc immédiatement le lien conjugal.

(16) Rapport général au Code de statut personnel, cité par Linant de Bellefonds, « La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui », *op. cit.*, p. 537.

(17) Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 539.

(18) Termes mêmes de l'ordonnance.

(19) Les codificateurs ont supprimé la répudiation triple qui permettait en une seule formule, « je te répudie par trois fois », de prononcer une répudiation irrévocable. Dans un même souci de « protection » de la femme, les codifications ont interdit la répudiation par serment et conditionnelle.

Exemple : « Je ne ferai pas une telle chose sous peine de répudier ma femme ». La répudiation étant considérée comme un abandon de droit, les obligations conditionnelles y étaient applicables.

Les CODES LARCIER sont les plus maniables grâce à leur format in-4°, leur division en cinq tomes indépendants, les tables claires et précises qui accompagnent chacun de ceux-ci et leur belle présentation extérieure. (673)

## II. — LA RECONNAISSANCE EN BELGIQUE DES RÉPUDIATIONS UNILATÉRALES, ACCESSIBLES AU SEUL MARI, INTERVENUES AU MAROC

### 1. — Exclusion de certaines questions.

#### A. — Les répudiations intervenues en Belgique.

15. — Jurisprudence et doctrine considèrent qu'il n'y a pas lieu de reconnaître une répudiation accomplie sur le territoire belge (20). Point n'est besoin pour ce faire d'éciper de l'ordre public. Il est suffisant de constater que, sur le territoire belge, seuls les tribunaux sont compétents pour autoriser la dissolution du mariage. Assurément. Mais, ne peut-on imaginer le juge belge prêtant son concours à l'accomplissement d'une « répudiation » algérienne ou tunisienne ? S'agissant d'un divorce sans cause obtenu par procédure judiciaire, cette hypothèse n'est pas prévue par la loi du 27 juin 1960 (21). Cette loi prévoit que les conditions d'admissibilité et la détermination des causes de divorce seront réglées par la loi belge lorsqu'un des époux au moins est étranger. Seul le divorce pour cause déterminée est visé lorsque les deux époux sont étrangers. Lorsqu'un des époux est belge, la loi vise « le divorce » sans en préciser le type. Les travaux préparatoires font mention du divorce pour cause déterminée et du divorce par consentement mutuel. En l'absence de précisions, le divorce sans cause peut raisonnablement y être ajouté (22). Dès lors, le juge belge saisi d'une demande en répudiation unilatérale d'une Belge par un étranger (ou l'inverse) devra déclarer ce divorce non admissible sur pied de l'article 2 de la loi du 27 juin 1960. Par contre, le juge belge saisi d'une demande en répudiation entre deux étrangers devra appliquer l'article 3, alinéa 3, du Code civil et, si la loi nationale des parties connaît cette forme de divorce judiciaire, autoriser la répudiation à moins d'invoquer l'exception d'ordre public (23).

16. — L'utilisation de l'exception d'ordre public ne ruinerait pas le rejet qui en est préconisé dans le cadre des reconnaissances de répudiations unilatérales intervenues à l'étranger (*infra*, n° 27), ni même le rejet du principe actuel adopté par la jurisprudence qui contrôle *in concreto* le respect des droits de la défense (*infra*, n° 23) dans la mesure où l'on avancerait l'effet atténué de l'exception d'ordre public face aux situations

(20) M. Taverne, « La dissolution du mariage... », *op. cit.*, nos 18 et s. et réf. citées; J. Lenoble, *op. cit.*, nos 4 et s.; en ce sens aussi, la circulaire du ministre de la Justice du 13 mars 1980, *Mon. b.*, 18 mars 1980, p. 3492; J.P. Etterbeek, ordonnance, 8 juill. 1977, *R.D.E.*, 1978, n° 2, p. 15.

(21) Voy. : Cass., 14 déc. 1978, *R.C.J.B.*, p. 111, note de F. Rigaux. Cet arrêt Bigwood rendu dans « l'intérêt de la loi » a été, à juste titre, critiqué par la doctrine (cf. note de F. Rigaux et réf.), mais le principe de non extension de la loi du 27 juin 1960 nous paraît applicable au cas ici présenté.

(22) L'extension s'est déjà faite au cas du divorce pour cause de séparation de fait. Voy. Mons, 6 avril 1978, *Rev. not. belge*, 1978, p. 331, note D. Sterckx.

(23) Voy. E. Poisson-Drocourt, note sous Cass. fr., 3 janv. 1980 et 18 déc. 1979, *Rec. Dalloz*, 1980, p. 549; Est-ce qu'entend M. Taverne lorsqu'il écrit : « Il apparaît donc que les conjoints étrangers ressortissant d'un pays du Maghreb pourront demander au juge de prononcer un divorce dans notre pays », sans préciser la loi applicable au divorce sans cause ? *in*, « La dissolution du mariage... », *op. cit.*, n° 18.

juridiques nées à l'étranger en opposition à l'effet plénier de cette exception face à la création des mêmes situations juridiques en Belgique (24). L'appel à l'exception d'ordre public semblerait se justifier par la crainte de voir notre ordre juridique profondément perturbé si des répudiations avaient lieu en Belgique. Sans doute, encore qu'il y ait quelque hypocrisie à permettre à un ressortissant algérien de retourner dans son pays, d'y répudier son épouse et de revenir en Belgique où la répudiation serait reconnue, mais par ailleurs de lui interdire de procéder à cette répudiation sur notre territoire, hypocrisie constitutive d'une inégalité sociale en faveur de ceux qui peuvent se permettre le « forum shopping » (25).

Une société pluri-culturelle, vers laquelle évolue la Belgique, ne passe pas nécessairement par une uniformisation des mœurs et partant du droit. Le respect des particularismes est au contraire facteur de richesse. C'est la philosophie de notre droit international privé. De même, de nombreux pays, composés de communautés diverses connaissent un droit interrégional privé. La régionalisation de la Belgique relève du même ordre d'idées. Pour ces motifs, il serait intéressant que le juge belge soit compétent pour prononcer une répudiation unilatérale lorsque celle-ci exige une procédure judiciaire (Algérie-Tunisie). De surcroît, son intervention garantirait le respect des droits de la défense, la procédure devant être — *locus regit actum* — celle des articles 1254 et suivants du Code judiciaire tels qu'ils sont appliqués en matière de divorce pour séparation de fait de 5 ans (art. 1260bis du C. jud. : renvoi devant le tribunal sans délai de permis de citer). Par le jeu de la procédure, la répudiation unilatérale se transforme ainsi en véritable divorce-constat judiciaire. Cela aura un effet limitatif. Cette procédure existe en Tunisie

(24) Sur la notion de l'effet atténué de l'ordre public, voy. : Batiffol et Lagasse, *droit international privé*, L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd.; Paris, 1983, n° 367; J. Erauw, « De openbare orde, begrip en de erkenningsleer, m.b.t. buitenlandse echtscheidingen, binnenkort verstoting tussen Belgische echtgenoten », *R.W.*, 1976-1977, col. 1993; E. Poisson-Drocourt, *op. cit.*, p. 551 et réf. tant en matière de polygamie que de répudiation; cet effet atténué de l'ordre public est utilisé en matière de polygamie dont nous reconnaissons les effets sans accepter la célébration de tels mariages chez nous, Liège, 23 avril 1970, *R.C.J.B.*; 1971, p. 5, note Van Hecke; sur cette question, voy. M. Taverne, « Quelques réflexions sur la polygamie », *Ann. dr.*, 1983, p. 237.

Cette distinction entre l'effet plénier et atténué de l'exception d'ordre public est également adoptée par la Cour de cassation de France en son arrêt récent précité (*supra*, note 6 et *infra*, n° 29).

(25) Encore que la répudiation par mandataire au pays d'origine soit possible, ce qui, diminuant l'inégalité, accentue le « forum shopping ».

C'est la même logique du respect de sa règle du conflit de loi qui entraîne l'Angleterre à reconnaître les répudiations intervenues sur son territoire, pour autant qu'elles soient autorisées par la loi du domicile des parties. Voy. J. Lenoble, *op. cit.*, nos 10 et s.; P. Mercier, *op. cit.*, pp. 65 et s.; Raoul Benattar, « L'ordre public et la reconnaissance des divorces privés », *in Multitudo Legum, Ius Unum*, Mélanges en l'honneur de W. Wengler, Interecht, Berlin, 1973, p. 177, partic. pp. 186 et s. Cette jurisprudence se poursuit pour autant que les parties ne résident pas depuis plus d'un an en Angleterre. Voy. M. Taverne, *op. cit.*, n° 24; la notion de domicile s'apprécie au regard de la loi du pays d'origine. Sur les talags intervenus à l'étranger entre étrangers domiciliés en Angleterre, voy. Lucy Carroll : « Further notes on Pakistan and Indian Talags in English Law », *in Journal of the Indian Law Institute*, 1981, p. 588.

et est ouverte aux deux époux. Si, malgré tout, le juge estimait devoir faire usage de l'exception d'ordre public, il devrait conserver à celle-ci son caractère fonctionnel et, par exemple, l'appliquant à des époux algériens au motif que la procédure en répudiation est ouverte à l'homme seul, il ne l'appliquerait pas à des époux tunisiens pour le motif contraire.

17. — Il n'a été parlé que des « répudiations » algériennes et tunisiennes qui, nécessitant une procédure judiciaire, ne sont pas des actes privés. L'importance de la distinction avait été pertinemment soulignée par M. Lenoble (26). On ne saurait toutefois partager sa thèse selon laquelle la répudiation marocaine serait un acte de juridiction gracieuse. Il y va à notre sens, pour la répudiation proprement dite, non pour son effet, d'un acte public. Cette question sera reprise (*infra*, n° 22). Néanmoins, ne s'agissant pas d'un acte purement privé, nous ne saurions y voir un simple problème de conflit de loi. Il y va d'un conflit d'autorité. Le juge belge est seul compétent sur le territoire national pour les divorces. La répudiation marocaine nécessitant, pour son « authentification » permettant exécution, acte adoulaire et *cadi* ne saurait lui être soumise (27).

18. — Qu'en serait-il alors d'une répudiation prononcée au consulat du Maroc à Bruxelles ? Le consulat ne pourrait faire valoir son extraterritorialité pour « valider » cette répudiation. L'extraterritorialité s'entend de l'immunité dont jouissent les consuls ainsi que les biens meubles et immeubles nécessaires à leur fonction, mais nullement d'un rattachement de cet immeuble au territoire national du consul (28).

La Belgique pourrait toutefois déléguer cette compétence au Consul. Elle le fait en matière de mariage. Une conception du divorce rapprochée de celle du « contrat de mariage » (*infra*, n° 25) ne s'opposerait guère à l'exercice de ce pouvoir par le consul (29). Il appartient au pouvoir

(26) J. Lenoble, *op. cit.*, n° 8.

(27) Voy. A. Kessmat Elgeddawy, *op. cit.*, n° 186 et 270.

(28) En ce sens, voy. M.W.C. Feteris, *Erkenning in Nederland van verstotingen*, *Ars Aequi* 33 (1984), p. 10 et Camille Bernard, « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur des décisions d'autorité religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *Trav. Com. Fr. dr. intern. privé*, 1977-1979, pp. 67-68, et Lucy Carroll, *op. cit.*, p. 591.

(29) Voy. en ce sens l'intervention de M. Francescakis aux travaux cités *sub* (28), p. 78 « Je crois tout à fait possible d'admettre une compétence des consuls pour connaître de ces divorces qui ne sont pas leur œuvre mais celle des notaires qui sont des personnages plus ou moins officiels. Ainsi on respecterait peut-être la volonté de Marocains comme ces travailleurs migrants qui ne sont pas intégrés dans le milieu français et qui continuent à poser des problèmes parce que, ne pouvant trouver leur place dans le milieu social français, ils risquent de s'en aller ailleurs ». Solution approuvée par M. Bernard mais jugée dangereuse par Mme Simon-Depitre car il faudrait l'autoriser pour tous les consulats.

Il est par ailleurs étonnant de constater que l'Accord belgo-marocain du 26 sept. 1979, interprété littéralement, pourrait légitimer la répudiation consulaire en Belgique entre ressortissants marocains puisqu'en son art. 1<sup>er</sup> il stipule que « les fonctionnaires consulaires... pourront agir en qualité de notaire et d'officier de l'état civil afin de dresser, suivant les règles de leur législation nationale, les actes concernant l'état des personnes relatifs à leurs ressortissants ». La répudiation entre dans cette compétence. Cet accord n'a toutefois pas force obligatoire en Belgique voy. *infra*, n° 23 et J. Verhoeven, « Etat des personnes et compétences consu-

législatif d'en décider. En l'état actuel, les répudiations intervenues au consulat ne sont pas susceptibles de reconnaissance (30).

#### B. — Les répudiations intervenues en Tunisie et Algérie.

19. — La suite de l'exposé ne portera plus que sur les répudiations intervenues au Maroc. Le divorce-constat tunisien, ouvert aux deux époux, ne semble en effet pas devoir être écarté pour cause d'atteinte à l'ordre public (*infra*, n° 28). Par ailleurs, la procédure judiciaire y assure des droits corrects à la défense (31).

20. — Quant à la répudiation algérienne, s'agissant également d'une procédure judiciaire (*supra*, n° 9), la jurisprudence actuelle en matière de reconnaissance est satisfaisante : non opposition de principe à l'ordre public, mais vérification en l'espèce des droits de la défense (*infra*, n° 23) (32). Ces deux procédures prévoient également l'octroi de dommages et intérêts au conjoint défendeur.

#### C. — Les répudiations intervenant à la demande de l'épouse (Khoul) ou les répudiations unilatérales (Talak) acceptées par l'épouse.

21. — Jurisprudence et doctrine s'accordent pour reconnaître la répudiation moyennant compensation, la comparant à notre divorce par consentement mutuel. C'est d'ailleurs ce terme qu'utilisent les nouvelles codifications (cf. *supra*, n° 9 : l'Algérie) (33).

laires : a propos d'un accord belgo-marocain », *J.T.*, 1980, p. 717, n° 21.

(30) Pour la situation en droit comparé sur ce point, voy. P. Mercier, *op. cit.*, p. 40 (France : refus de reconnaissance); p. 76 (Suisse : refus); A. Wendels, *Internationale echtscheiding*, Tjeenkwillink, Swalle, 1983, p. 110 et W.C. Feteris, *op. cit.*, p. 10 (Pays-Bas : refus); Jean-Marc Bischoff, note sous Cass. fr., 15 juin 1982, *R.C.D.I.P.*, 1983, p. 301, partic. p. 304 et réf.; A.M. Lorbacher, *Zur Anerkennung ungsfähigkeit von privatscheidungen ausländischer Ehegatten durch die Landesjustizverwaltung*, *Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht*, 1979, pp. 771 à 774, (R.F.A.), jurisprudence variée).

Pour la R.F.A. il est intéressant de reproduire l'amendement proposé sur ce point par le Max-Planck-Institut au projet de loi sur le droit international privé déposé par le gouvernement allemand. L'art. 17 (2) stipule : « sur le territoire (allemand) le mariage ne peut être dissout que par un tribunal ».

L'amendement du Max-Planck-Institut porte : « Un divorce ou une dissolution du mariage réalisés à l'intérieur du pays sans la participation de l'autorité étatique est valable s'il est valable selon le droit des Etats dont les conjoints sont nationaux ».

Voy. Rabelz, 1983, p. 701 et la justification de l'amendement, notamment en regard aux dissolutions privées conformes au droit islamique et juif, p. 637.

(31) Voy. en ce sens, G. Rommel, « Quelques problèmes... », *op. cit.*, n° 5.

(32) Voy. Cass. fr., 18 déc. 1979, *Rec. Dalloz*, 1980, p. 550; *Clunet*, 1981, p. 597 et Ph. Kahn.

(33) Voy. Antwerpen, 30 juin 1982, *R.W.*, 1984, col. 1986; En France, voy. : Trib. gde inst., Seine, 23 mai 1960, *Clunet*, 1961, p. 750, note J.D. Bredin; Trib. gde inst., Seine, 17 avril 1962, *Clunet*, 1963, p. 151, note Goldman, jurisprudence qui se généralisera après la loi du 11 juill. 1975 autorisant le divorce par consentement mutuel. Dans le même sens, pour la reconnaissance du « Ghet », répudiation juive pour laquelle le mari remet à la femme une lettre de répudiation, « Ghet », celle-ci n'étant valable que si l'épouse l'accepte : Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.*, 1973, p. 143, Trib. gde inst., Seine, 26 oct. 1959, *R.C.D.I.P.*, 1960, p. 354, *Clunet*, 1960, p. 814, obs. Sialelli, note Loussouarn. Pour un refus des reconnaissances de

Cette reconnaissance doit être étendue aux répudiations unilatérales prononcées à l'initiative du mari mais sur lesquelles l'épouse avait explicitement ou implicitement donné son accord, soit au moment de la répudiation, soit ultérieurement, par exemple en se remarquant ou en introduisant elle-même une demande en reconnaissance d'état (34).

« Ghet » avant la loi de 1975, voy. Trib. gde inst., Pontoise, 23 nov. 1973, *Clunet*, 1974, p. 861, note Ph. Kahn.

(34) Voy. G. Rommel, *op. cit.*, *J.J.P.*, 1980, p. 241, n° 48; Civ. Bruxelles, 3 févr. 1982, *R.T.D.F.*, 1982, p. 212; J.-P. Deurne, 15 nov. 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 2545; en ce sens, pour la France, voy. : I. Fadlallah, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français », *R.C.D.I.P.*, 1981, p. 17, n° 9; C. Bernard, *op. cit.*, p. 74; Batiffol et Lagarde, *droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., 1983, L.G.D.J., Paris, n° 446; Trib. gde inst. Paris, 11 mars 1980, « La semaine juridique », *J.P.*, 1980, II, n° 19412, obs. G. Paire (l'épouse a comparu et consenti à la répudiation); Pour les Pays-Bas, voy. la loi sur le divorce international du 25 mars 1981 (*Stadblad* : 167, 9 avril 1981) entrée en vigueur le 10 avril 1981. Il est intéressant d'en reproduire les art. 2 et 3.

« Art. 2-1. — Une rupture de mariage ou une séparation de corps et de biens obtenue à l'extérieur du royaume en suite d'une procédure adéquate est reconnue aux Pays-Bas, si elle a été prononcée par un juge ou par toute autre autorité qui en avait compétence.

« Art. 2-2. — Une rupture de mariage ou une séparation de corps et de biens qui ne remplit pas l'une ou l'autre des conditions du § 1<sup>er</sup> est tout de même reconnue aux Pays-Bas s'il apparaît clairement que la partie défenderesse a soit marqué son accord explicite ou implicite avec cette procédure durant celle-ci, soit a accepté la rupture du mariage ou la séparation de corps et de biens après cette procédure.

« Art. 3. — Le lien matrimonial rompu à l'extérieur du royaume par une déclaration unilatérale prononcée par le mari n'est pas reconnue à moins que :

- la rupture du lien matrimonial dans cette forme correspond à la loi de statut personnel du mari;
- la rupture a effet juridique à l'endroit où elle s'est tenue;
- il apparaît clairement que l'épouse a explicitement ou implicitement marqué son accord avec la rupture ou s'est résignée à celle-ci ».

La doctrine néerlandaise est divisée quant au rattachement de la répudiation unilatérale marocaine à l'art. 2 ou à l'art. 3 de cette loi. Ce rattachement varie suivant que l'on considère la répudiation marocaine soit comme un acte de juridiction gracieuse ou à tout le moins comme un acte public (c'est l'art. 2-2, thèse de A. Wendels in *Internationale echtscheiding*, *op. cit.*, pp. 106 et s.), soit comme un acte purement privé (c'est l'art. 3, thèse de W.C. Feteris, *op. cit.*, p. 10). Tout en ne considérant pas la répudiation marocaine comme un acte de juridiction gracieuse, mais comme un acte public (*infra*, n° 22), nous souscrivons à la thèse de M. Wendels, l'art. 3 étant destiné à notre sens à reconnaître la répudiation unilatérale non « authentifiée » par le procès-verbal des adouls et l'homologation du *cadi*, mais qui, nous l'avons vu, sorti tout de même ses effets. Il serait alors en quelque sorte demandé au juge hollandais de jouer le rôle du *cadi* en y ajoutant les trois conditions de l'art. 3. Les « répudiations » algériennes et tunisiennes devraient être soumises à l'art. 2-1. Quoiqu'il en soit, pour ce qui nous regarde et quelque soit l'article de référence (2-2 ou 3), il est à remarquer que l'accord explicite ou implicite de l'épouse est essentiel et est condition de la reconnaissance d'une répudiation intervenue sans procédure.

Pour l'Allemagne, l'exception d'ordre public est également évincée par l'accord explicite ou implicite de l'épouse. Voy. R. Benattar, *op. cit.*, p. 180 et Lorbacher, *op. cit.*, p. 771.

La Suisse est plus stricte : la reconnaissance de la répudiation a été refusée alors que l'épouse de nationalité suisse la demandait, Trib. féd. Suisse, 8 févr. 1962, *Clunet*, 1965, p. 919, obs. Lalive; R. Frank in *Le divorce en droit international privé allemand, français et suisse*, Travaux de l'Institut de droit comparé, actes

## 2. — Nature juridique de la répudiation unilatérale marocaine (Talak).

22. — Le Talak peut être considéré comme un acte juridique privé (35), comme un acte juridique public (36) ou comme un acte judiciaire de juridiction gracieuse (37). L'importance de la distinction avait été mise en lumière par M. Lenoble (38). Dans le premier cas, il y va d'un conflit de lois, dans les deux suivants d'un conflit d'autorité ou de juridiction. En fin d'analyse, la distinction paraît perdre de son intérêt dans la mesure où, en pratique, qu'il s'agisse d'un conflit de lois ou d'un conflit de juridictions, ce sera toujours la loi étrangère qui sera « jugée » par le biais de l'exception d'ordre public (39). Si, du point de vue du droit matériel, le talak doit être considéré comme un acte *sui generis* car le droit naît par la simple prononciation de la formule par le mari, les adouls en dressant un procès-verbal valant preuve et le cadi officialisant cette preuve (40), sans possibilité de refus ou de sanction pour défaut d'homologation; du point de vue de sa réception dans notre ordre juridique, il convient de le considérer comme un acte juridique public. Ce n'est en effet que sur base de l'acte instrumentaire présenté qu'il pourra y avoir une exécution (41). La distinction a son importance. S'agissant d'un acte public, l'autorité belge devra, comme pour l'acte judiciaire, en vérifier l'authenticité et l'efficacité au regard du droit de l'Etat d'origine (cf. C. jud., art. 570, 5<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>); elle devra également contrôler l'admission

du colloque des 11-12 mai 1979, Paris, 1980, p. 102 et P. Mercier : *op. cit.*, p. 79 et d'autres décisions dans le même sens avec toutefois une pratique différente de l'administration de l'Etat civil. Cette décision a été critiquée par la doctrine voy. Visscher cité par Mercier, p. 86 pour qui la répudiation doit être reconnue lorsque l'accord de l'épouse ressort par exemple du fait que c'est elle qui entame la procédure en reconnaissance. Voy. aussi l'art. 65 du projet de loi suisse sur le droit international privé qui prévoit la reconnaissance des décisions étrangères si le défendeur a consenti à cette décision et pour autant qu'il n'ait ni son domicile ni sa résidence en Suisse.

(35) W.C. Feteris, *op. cit.*, *Ars Aequi*, 1984, p. 12; R. Benattar, *op. cit.*, p. 178.

(36) Paris, 16 nov. 1964, *Clunet*, 1965, p. 40; Luchaire, note sous Trib. Civ. Seine, 26 mars 1956, *Dalloz*, 1956, p. 657; Elgeddawy, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 256 : « acte extra-juridirectionnel ».

(37) J. Lenoble, *op. cit.*, *J.T.*, 1975, n<sup>o</sup> 8; M. Taverne, *op. cit.*, *J.T.*, 1981, n<sup>os</sup> 27 et 28; J. Erauw, *op. cit.*, *R.W.*, 1976-1977, col. 1587, n<sup>os</sup> 3 et s.

Deux arrêts de la cour d'appel Bruxelles, 30 juin 1981, *J.T.*, 1981, note Taverne 1982, p. 31; *R.D.E.*, 1981, n<sup>o</sup> 13, p. 13; voy. pour les Pays-Bas A. Wendels, *op. cit.*, p. 110 (avec des doutes pour la répudiation marocaine).

(38) J. Lenoble, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 5 et 6 pour les répudiations intervenues en Belgique, 16 et 17 pour celles intervenues à l'étranger.

(39) Rigaux F.; *droit international*, *op. cit.*, t. I, n<sup>o</sup> 490; Trib. gde inst. Paris, 11 mars 1980, « La semaine juridique », *J.C.*, 1980, II, n<sup>o</sup> 19412.

(40) Sur la procédure, voy. G. Rommel, *op. cit.*, *R.W.*, 1982-1983, col. 1283, notes 3 et 4; *J.J.P.*, 1980, n<sup>os</sup> 19 et 39; et Linant de Bellefonds, *op. cit.*, note 16, Lanfranchi, note sous appel Milan, 14 déc. 1965, *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 1966, p. 526; Av. gén. Gulphe, concl. en Cass. fr., 3 nov. 1983, « La semaine juridique », *J.P.*, 1984, n<sup>o</sup> 20131; M. Malaurie, intervention, *aux Trav. Com. Fr. dr. intern. privé*, 1977-1979, *op. cit.*, p. 81.

(41) Pour une définition de l'acte de juridiction constitutif ou déclaratif de droits, voy. : conclusions de M. le proc. gén. Ganshof van der Meersch, sous Cass., 28 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, pp. 738-739; C. Bernard, *Trav. Com. Fr. dr. intern. privé*, *op. cit.*, pp. 55 et 83.

des effets de cet acte en vérifiant la compétence internationale de l'officier public instrumentant (cf. C. jud., art. 570, 3<sup>o</sup>) et en vérifiant que cet acte ne comporte rien de contraire à l'ordre public (cf. C. jud., art. 570, 1<sup>o</sup>) (42). Toutefois, s'agissant d'un acte qui trouve sa force obligatoire dans la volonté des parties, le contrôle du respect des droits de la défense ne se conçoit pas.

## 3. — La solution traditionnelle : reconnaissance sous contrôle du respect des droits de la défense.

23. — La doctrine majoritaire et la jurisprudence considérant la répudiation comme un acte de juridiction gracieuse la soumettent au contrôle de l'article 570 du Code judiciaire (*supra*, n<sup>o</sup> 3). De même, l'article 4 de l'accord belgo-marocain du 26 septembre 1979 prévoit que « les actes de répudiation dressés entre conjoints de nationalité marocaine au Maroc suivant la législation nationale des époux, doivent produire leurs effets en Belgique dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés en pays étranger ». Cet accord n'a pas force obligatoire en Belgique n'ayant pas été soumis à l'assentiment des chambres ni publié au *Moniteur* (43). Dès lors que les répudiations moyennant compensation (Khoul) et les répudiations acceptées par l'épouse ont été reconnues comme non contraires à notre ordre public, subsiste uniquement le cas des répudiations unilatérales auxquelles l'épouse n'a pas consenti. A cet égard, deux tendances apparaissent tant en doctrine qu'en jurisprudence. Soit, et c'est la tendance la plus restrictive, la répudiation unilatérale en l'absence de consentement de l'épouse est à écarter comme contraire à l'ordre public sur base du principe d'égalité des sexes (44). Soit, et c'est la tendance plus large, le Code de procédure civile marocain prévoyant une procédure d'homologation, il suffit de vérifier si cette procédure, et partant les droits de la défense, a été respectée *in concreto*. A défaut, la répudiation sera jugée contraire à notre ordre public pour non respect des droits de la défense (45). Etant

(42) Fr. Rigaux, *Droit international privé*, t. I, n<sup>os</sup> 217 et s.

(43) Voy. J. Verhoeven, *op. cit.*, note n<sup>o</sup> 29, particulièrement n<sup>o</sup> 20 : « on notera toutefois que l'accord n'assimile pas la répudiation à un divorce judiciaire, ce qui serait erroné », il se contente de soumettre sa reconnaissance aux conditions de l'art. 570 du Code judiciaire et cela sans l'assentiment des chambres et alors même que la Cour de cassation pourrait « infirmer pareille interprétation ». Voy. aussi M. Taverne, *op. cit.*, *J.T.*, 1981 et *R.D.E.*, 1980, n<sup>o</sup> 9, p. 1. Voy. circulaire du 27 juin 1978 relative à certains problèmes concernant les étrangers, *Mon.*, 1978, p. 7618 et circulaire concernant la reconnaissance par les officiers de l'état civil de décisions étrangères relatives à l'état des personnes, du 30 avril 1984, *Mon.*, du 30 mai 1984.

(44) G. Rommel, *op. cit.*, *J.J.P.*, 1980, p. 233, n<sup>o</sup> 47; *J.J.P.*, 1982, p. 34, n<sup>o</sup> 4. Les deux arrêts de la cour d'appel du 30 juin 1981, *J.T.*, 1981, se rattachent, selon l'auteur précité, à cette thèse. Nous ne le pensons pas. La cour d'appel, tout en dénouçant il est vrai l'inégalité de principe, l'a fait après avoir vérifié *in concreto* les droits de la défense.

Nous pensons donc, avec M. Taverne, que ces arrêts se rattachent à la seconde thèse. Voy. obs. Taverne, *J.T.*, p. 657; J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 17 févr. 1978, *J.T.*, 1979, p. 255, note de F. Rigaux, doit par contre se rattacher selon nous à cette thèse vu sa motivation : « s'il s'agit en cas d'une répudiation, le dit jugement ne peut être applicable en Belgique parce que contraire à l'Ordre public ».

(45) J. Lenoble, *op. cit.*, *J.T.*, 1975, n<sup>os</sup> 28 et s.; M. Taverne, *op. cit.*, *J.T.*, 1981, n<sup>os</sup> 31 et s.; Civ. Bruxel-

adoptée par une doctrine et une jurisprudence dominantes, cette dernière solution peut être considérée comme traditionnelle.

## III. — UNE SOLUTION NOUVELLE : LA RECONNAISSANCE « AUTOMATIQUE » DU « TALAK » EN TANT QUE RUPTURE DU LIEN CONJUGAL

### 1. — Limites de la solution traditionnelle et préalables pour une solution nouvelle.

24. — La solution « traditionnelle » ne paraît pas satisfaisante ni sur le plan juridique, ni sur le plan de l'opportunité.

En droit, le Talak peut être considéré comme un acte public (*supra*, n<sup>o</sup> 22). La recherche du respect scrupuleux des droits de la défense, n'est partant, plus fondée. Au surplus l'on sait que ces droits de la défense sont purement formels : ni l'épouse, ni le juge ne peuvent s'opposer à la répudiation. Dès lors, à partir du moment où l'on entend élargir la reconnaissance au delà des répudiations consenties par l'épouse, l'exigence du respect d'une procédure à la fois difficile à contrôler mais surtout sans efficacité aucune pour l'épouse ne se justifie plus (46). Sur le plan de l'opportunité, cette thèse aboutit à des situations juridiques boiteuses : les époux sont divorcés pour le Maroc et ne le sont pas pour la Belgique; elle ne garantit pas la stabilité de l'état des personnes et crée une insécurité juridique importante. De nombreux Marocains ne savent ainsi pas s'ils peuvent se remarier ou non. Il arrive qu'ils soient poursuivis pour adultère devant nos tribunaux. Enfin, il est certain que, le mari ayant répudié sa femme et laissé passer le délai de retraite de continence de trois mois, le couple ne se reconstitue plus (47). Quelle utilité peut encore avoir une nouvelle procédure de divorce qui durera au moins un an, si ce n'est d'aviver les blessures ? Nous nous trouvons, sinon en face d'un droit acquis, en présence d'une situation de fait qui ne peut être niée. Ne

les, 25 juin 1980, *R.D.E.*, 1980, n<sup>o</sup> 10, p. 7, *R.T.D.F.*, 1982, p. 28; J.P. Uccle, 27 févr. 1978, *R.D.E.*, 1978, n<sup>o</sup> 2, p. 7; J.P. Saint-Josse-ten-Noode, 22 avril 1981, *R.D.E.*, 1981, n<sup>o</sup> 13, p. 2; Trib. Trav. Charleroi, 16 juin 1983, *J.T.*, 1984, p. 184, note Taverne, auxquelles il convient d'ajouter les deux arrêts cités *sub*. 43. Voy. dans le même sens, jusqu'il y a peu la jurisprudence française : Poitiers, 24 juill. 1980, *Clunet*, 1981, p. 567, note Labrusse; Y. Loussouarn et P. Bourek, *Droit international privé*, Dalloz, 1978, n<sup>o</sup> 329; Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 446 et Fadlallah, *op. cit.*, p. 25; En Italie, il est remarquable de constater l'ouverture des juristes internationaux à une époque où ce pays ne connaissait pas encore le divorce : Lafranchi, *op. cit.*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1966, p. 526 : qui estime que l'ordre public ne devrait pas s'opposer à la reconnaissance d'un divorce ayant eu lieu à l'étranger entre ressortissants étrangers et conformément à leur loi nationale, quelle que soit la forme dans laquelle il intervient et les causes pour lesquelles il a été prononcé.

(46) La même remarque peut être opposée à la première thèse *sub*. 23, dans la mesure où l'acceptation de l'épouse sera souvent purement formelle : dans ce sens, voy. M. Malaurie, *Trav. Com. Fr. dr. intern. privé*, 1977-1979, *op. cit.*, p. 81 et Goldman, p. 88.

(47) Parfois même, la répudiation est intervenue à la demande de l'épouse : « divorce si tu es un homme ». Ultérieurement ce fait sera nié par la femme, sous les conseils d'un juriste, afin d'obtenir une pension alimentaire.

pas officialiser cette situation revient à favoriser l'adultère et le concubinage adultère à l'encontre de l'institution matrimoniale que l'on prétend défendre.

25. — Deux préalables doivent être posés comme jalons d'une solution :

- 1) l'acceptation d'une conception contractuelle du mariage et du divorce, dans un ordre juridique différent du notre;
- 2) une double scission, d'une part, entre la rupture du lien conjugal et ses effets, d'autre part, entre le caractère unilatéral de cette rupture et l'accès unilatéral à la procédure de rupture.

1. — En droit musulman, le mariage est un contrat. Nous parlons aussi de « contracter » mariage mais il est un fait que cette union s'est officialisée, voire institutionnalisée au cours du temps. L'influence de l'Eglise et la codification napoléonienne de 1804 comptent parmi les facteurs de cette évolution (48). Il est donc plus difficile chez nous de divorcer que de se marier. Cette conception n'est assurément pas absolue, une évolution se faisant. La relativité de l'institution matrimoniale doit nous permettre de comprendre et d'accepter l'existence dans d'autres ordres juridiques, d'une conception différente du divorce : il s'agit de mettre fin à un contrat par dissolution consensuelle s'il y a accord, par résiliation assortie de dommages et intérêts s'il y a désaccord (49).

2.1. — Cette conception de la dissolution du mariage nécessite de distinguer la rupture du lien matrimonial — qui ne pose pas de problème et ne nécessite pas l'intervention du pouvoir judiciaire — de ses effets (liquidation de la communauté, garde des enfants, pension et contribution alimentaire) qui nécessite la sauvegarde des intérêts de chacun, ce qui sera assuré sous le contrôle du pouvoir judiciaire. La rupture étant consommée, fût-ce à la demande d'un seul époux, — et quelle importance d'en connaître les causes et responsable — n'est-il pas essentiel de s'attacher à ses effets ? Il est remarquable de constater que dans notre système judiciaire, la rupture « officielle » se fera au terme d'une procédure très longue alors que les effets de cette rupture sont régis par une procédure d'urgence, les référés, dont les mesures prises resteront bien souvent définitives.

2.2. — Le principe du divorce-constat, qu'est la répudiation unilatérale, posé, il convient de le distinguer de l'accès unilatéral à cette forme de dissolution du mariage.

(48) En France, la loi du 20 sept. 1792 instituait outre le divorce pour cause déterminée et le divorce par consentement mutuel, le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur alléguée par un seul conjoint. Déjà avant 1792, la loi du 4 Floréal an II validait les divorces effectués avant la loi précitée par déclarations authentiques faites devant les officiers municipaux, des juges de paix ou des notaires en vertu du principe que le mariage n'est qu'un contrat civil. Voy. M. et R. Weyl, *Divorce, libéralisme ou liberté*, éd. Sociales, Paris 1975. Ces auteurs soulignent (p. 87) que l'institutionnalisation du mariage ne repose sur aucun positivisme mais sur des appréciations morales et religieuses. Dire qu'en contractant mariage, il y va d'un contrat solennel ou d'un contrat réglementé par lequel les époux adhèrent à des rapports réglementés par la loi et qu'ils ne peuvent modifier n'enlève rien au caractère contractuel du mariage; en effet, pour d'autres contrats solennels et d'autres contrats réglementés (contrat de travail) il existe toujours une possibilité de rupture unilatérale, fût-ce moyennant dommages et intérêts.

(49) C'est le divorce-constat que connaît la Suède depuis la loi du 1<sup>er</sup> juill. 1973, voy. *supra*, note 14.

## 2. — La solution et sa confrontation à l'ordre public.

26. — Le Talak est conforme à la conception contractuelle du mariage (deuxième préalable point 1). Dans un premier temps, le lien matrimonial est rompu : c'est la formule de répudiation prononcée par le mari, sa consignation dans le « procès-verbal » des adouls et son éventuelle homologation par le cadî. Dans un second temps, par ordonnance, le juge règle les effets de la répudiation. Deux actes matériels séparés marquent ces deux temps. Le juge belge appelé à reconnaître une répudiation unilatérale constatera que la répudiation *sensu stricto*, la rupture, a efficacité de plein droit dans notre ordre juridique, mais s'attachera à contrôler, suivant l'article 570 du Code judiciaire, la décision judiciaire contentieuse qu'est l'ordonnance ayant fixé les obligations du mari.

### A. — La reconnaissance de plano de la rupture.

27. — S'agissant d'un acte public, il convient d'en vérifier l'authenticité et l'efficacité; de contrôler la compétence de l'autorité instrumentant et la conformité de cet acte à notre ordre public (voy. *supra*, n° 22).

Il est nécessaire d'insister sur un contrôle accru de l'authenticité de l'acte fourni. Trop d'abus existent dans les traductions (50). Pour vérifier l'efficacité de l'acte, il convient également de voir si la répudiation est devenue définitive et irrévocable, c'est-à-dire si le délai de retraite de continence (3 mois) est passé sans que le mari n'ait rétabli le lien conjugal (*supra*, n° 14).

Pour contrôler la compétence du cadî, il nous paraît sage de s'inspirer de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, article 2, même si celle-ci n'a pas encore été signée par la Belgique (51). Dès lors, le cadî sera compétent si

(50) Voy. A. Ducloux, « Les traductions en matière de répudiation », *R.D.E.*, n° 11-12, 1980, p. 9; Fr. Rigaux, note sous J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 17 févr. 1978, *J.T.*, 1979, p. 255.

(51) Sur la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970, ratifiée par le Royaume-Uni, la Suède, le Danemark, la Tchécoslovaquie, la Suisse, l'Egypte, la Finlande et les Pays-Bas, voy. P. Bellet et G. Goldman, « La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps », *Clunet*, 1969, p. 843 avec texte; et Wendels, *Internationale echtscheiding*, *op. cit.*, p. 119.

La répudiation ayant fait l'objet de discussions lors de la onzième session de la conférence, n'a pas été citée explicitement mais n'a pas été écartée non plus. Il semble qu'il faille la retenir, la convention visant les procédures judiciaires ou autres (art. 1<sup>er</sup>), voy. Bellet et Goldman, *op. cit.*, n° 6.

L'art. 2 est ainsi libellé : « Ces divorces et séparations de corps sont reconnus dans tout autre Etat contractant, sous réserve des autres dispositions de la présente Convention si, à la date de la demande dans l'Etat du divorce ou de la séparation de corps (ci-après dénommé "l'Etat d'origine") :

- » 1. le défendeur y avait sa résidence habituelle, ou
- » 2. le demandeur y avait sa résidence habituelle et l'une des conditions suivantes était en outre remplie : a) cette résidence habituelle avait duré au moins une année immédiatement avant la date de la demande; b) les époux y avaient en dernier lieu habituellement résidé ensemble; ou
- » 3. les deux époux étaient ressortissants de cet Etat; ou
- » 4. le demandeur était un ressortissant de cet Etat et l'une des conditions suivantes était en outre remplie : a) le demandeur y avait sa résidence habituelle; ou b) il y avait résidé habituellement pendant une période continue d'une année com-

les deux époux sont de nationalité marocaine ou, seul le demandeur étant de nationalité marocaine, à raison de conditions de résidence. Il est à remarquer qu'en principe, une répudiation ne pourrait être prononcée à l'encontre d'une femme dont le statut personnel ne la soumet pas au droit musulman (52).

28. — Reste l'exception d'ordre public. Elle doit être pensée à la lumière des préalables posés. A l'encontre du principe de la répudiation unilatérale, comme forme de divorce-constat, elle ne paraît pas devoir être soulevée. Une telle exception basée soit sur le refus du principe du divorce-constat, soit sur l'absence de procédure judiciaire est davantage liée à notre politique législative qu'à un principe fondamental du droit qui empêcherait la réception dans notre ordre juridique des effets de ce mode de dissolution du mariage. Le rejet du principe n'est déjà plus utilisé par la jurisprudence « traditionnelle ». Quant au refus d'une procédure quasi-administrative, il aboutirait à ne plus reconnaître les divorces intervenus dans de nombreux pays (53). Une fois admis, le principe du divorce-constat par acte public, le contrôle du respect des droits de la défense n'a plus de raison d'être (*supra*, n° 22).

29. — L'exception d'ordre public doit-elle être soulevée à l'encontre de l'accès unilatéral à cette forme de dissolution du mariage, sur base du principe d'égalité des sexes ? Non, à notre sens. Ce n'est pas dire que le principe d'égalité des sexes n'est pas un principe fondamental. C'est dire qu'il ne nous appartient pas de juger une législation étrangère, par ailleurs encore en pleine évolution. Ce d'autant que notre pays a dû attendre 1976 pour pouvoir affirmer son respect du principe de l'égalité des sexes et que les critiques pour causes d'inégalités de tous

prise au moins partiellement dans les deux années précédant la date de la demande; ou

» 5. le demandeur en divorce était ressortissant de cet Etat et les deux conditions suivantes étaient en outre remplies : a) le demandeur était présent dans l'Etat à la date de la demande et b) les époux avaient en dernier lieu, habituellement résidé ensemble dans un Etat dont la loi ne connaissait pas le divorce à la date de la demande ».

Adde la Convention de Luxembourg du 8 sept. 1967 de la Commission internationale de l'état civil sur la reconnaissance des jugements de divorces étrangers qui laisse la question de la compétence du juge d'origine à la réglementation interne de l'Etat requis. Cette convention n'a été ratifiée que par la Turquie et les Pays-Bas. Voy. M. Wendels, *op. cit.*, p. 113.

(52) Le Dahir du 12 août 1913 (*B.O.*, 12 sept. 1913) sur la condition civile des étrangers est toujours d'application. L'art. 9 permet aux époux de demander le divorce aux conditions de leur loi nationale. Cet article a cependant tendance à être écarté dès que l'un des époux est musulman. Voy. Cour supr., 7 févr. 1972, *Clunet*, 1978, p. 6474, note Decroux.

(53) L'U.R.S.S. et la majorité des pays socialistes connaissent une procédure purement administrative en cas d'accord des époux. De même, l'Angleterre depuis 1977 a fait du prononcé du jugement une pure formalité en cas de consentement mutuel. Voy. Cretney S.M., *Principles of family law*, Sweet and Maxwell, London, 1979; Jackson J., Turner C.P., Booth M., Maple G.J., *Rayden's law and practice in divorce and family matters in all courts*, 13<sup>e</sup> éd., London, vol. 1; Ancel M., *Le divorce à l'étranger*, documentation française, Paris, 1975, et Pousson-Petit, *Le démariage en droit comparé*, *op. cit.*, pp. 120 et 170.

Adde art. 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye : « à la suite d'une procédure judiciaire ou autre officiellement reconnue » dans le pays d'origine.

ordres sont possibles face à tout système (54) (55).

Par ailleurs, il nous est très difficile de saisir globalement la civilisation musulmane face au principe d'égalité, particulièrement en ce qui concerne la famille (56). Il ne faut pas oublier qu'avant l'Islam, le Maghreb connaissait déjà une société patriarcale. Le prophète a voulu réglementer la répudiation, frappé par l'abus qu'en faisaient les Arabes (57). La dot est présente, dans le cadre du contrat civil qu'est le mariage, comme le pendant du droit pour l'homme à résilier unilatéralement le contrat, l'épouse conservant la dot (58). Plus de dix siècles avant la femme européenne, la femme musulmane a toujours eu la pleine capacité pour la gestion de ses biens. Enfin, la répudiation unilatérale n'étant qu'une forme de dissolution du mariage, la femme a la possibilité, elle aussi, d'opérer cette dissolution et les codifications ont prévu l'octroi de dommages et intérêts pour la femme répudiée (59). Cette question de l'inégalité des sexes fait l'objet d'importantes discussions en Islam (60). Tout en prenant parti sur le plan des principes pour cette égalité, il ne nous revient pas de nous substituer au législateur marocain et de nous ériger en censeur dans le cadre de la reconnaissance d'un acte judiciaire ou public (61) (62).

(54) Loi du 14 juill. 1976, *Mon. b.*, 18 sept. Des lacunes subsistent encore (C. civ., art. 170, 228, 295, titre IX, 692, 1054, 1137, 1334, 1880). Elles sont plus formelles. Voy. Associations belges des femmes juristes, *Les inégalités entre l'homme et la femme en droit belge*, Créadif, Bruxelles, 1975.

(55) Inégalités sociales, raciales. Sur ce point voy. la critique de la loi du 28 juin 1984 (*Mon. b.*, 12 juill. 1984), sur l'immigration et l'intégration des étrangers et sur l'acquisition et la perte de la nationalité belge, par A. Nayer, in *J.P.*, 1984, n° 33, p. 18 et n° 34, p. 22.

(56) Voy. Ihsam Hamid Al Mafregy, *L'Islam et les droits de l'homme*, Librairie des Libertés, Paris, 1984, p. 11; Marcel A. Boissard, *L'humanisme de l'Islam*, *idem*, p. 51, partie p. 11; Salah al-Din al Munadjjid, *Le concept de justice sociale en Islam*, Publisud, 1982; Mohammed El Shakankiri, « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire de l'Islam », *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 767.

(57) J. Vanderlinden, *Les systèmes juridiques africains*, P.U.F., 1983, pp. 25 et s. et R. Charles, *Le droit musulman*, *op. cit.*, p. 52.

(58) Robert Santucci, *Le regard de l'Islam*, in *Librairie des libertés*, *op. cit.*, p. 174.

(59) Solution qui était souhaitée par Linant de Bellefonds en 1962, *op. cit.*, *Rev. int. dr. comp.*, pp. 540 et 544.

(60) Voy. J. Burlot, *La civilisation islamique*, Hachette, 1982, p. 248; Fatma Ait Sabbah, *La femme dans l'inconscient musulman*, Paris, Le Sycomore, 1982; Fatima Mernissi, « L'amour dans les pays musulmans », *Jeune Afrique plus*, janvier 1984.

(61) En ce sens, Lachaire, note sous Trib. Seine, 26 mars 1956, Dalloz, 1956, p. 654. Il est important de saluer l'initiative de la Tunisie. N'acceptons-nous pas les effets de la polygamie qui ne connaît pas de pendant (polyandrie) ? (*supra*, note 24). C'est à l'Islam qu'il appartient de « décoloniser ses femmes », voy. Yves Florenne, à propos de *L'Islam au temps du monde* de Jacques Berque, in *Le monde diplomatique*, août 1984.

(62) Il est toutefois à craindre que, à long terme, s'agissant d'immigrés dits « de seconde génération », il faille s'orienter soit vers un facteur de rattachement tel que le domicile (voy. D. Mayer, *Evolution du statut de la famille en droit international privé*, Clunet, 1977, p. 447), soit vers l'octroi large de la nationalité belge (L. 28 juin 1984, *Mon. b.*, 12 juill. 1984, art. 10 et 13 et s.) ou encore, ce qui correspond à une revendication fondamentale des jeunes immigrés, carrefours de deux cultures, à l'octroi de la double nationalité, la nationa-

Ce pas est résolument franchi par la Cour de cassation de France dans son arrêt du 3 novembre 1983. Dans le cas d'espèce, il y allait d'une répudiation unilatérale intervenue au Maroc, entre époux marocains résidant en France, par acte du cadi-notaire constatant « une répudiation primaire et révocable ». L'épouse n'avait jamais marqué et ne marquait toujours pas son accord sur cette répudiation. La Cour, faisant usage de la notion d'ordre public atténué a estimé 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 ». En conséquence, la Cour de cassation de France a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Versailles qui avait jugé la répudiation unilatérale révocable contraire à la conception française de l'ordre public et au respect des droits de la défense. Il était établi, en l'espèce que la femme n'avait pas comparu à l'acte de répudiation, que celui-ci ne lui avait pas été remis dans les quinze jours et qu'elle n'en avait eu connaissance que deux ans plus tard. Dans ses conclusions conformes prises devant la Cour de cassation de France, M. l'avocat général Gulphe avait rappelé « le caractère fluctuant, nécessairement évolutif de la notion d'ordre public qui correspond au reflet de la mentalité populaire à un moment donné, est directement liée à l'évolution des mœurs et de l'opinion publique » (63).

#### B. — La reconnaissance « contrôlée » des effets de la répudiation.

30. — Bien plus important nous semble le contrôle à effectuer par le juge belge sur l'ordonnance fixant les obligations du mari (64). L'authenticité, la force de chose jugée et la compétence sont toujours à vérifier. L'ordre public permettra en outre d'adapter une situation créée au Maroc aux besoins nés de sa transplantation en Belgique.

S'agissant des enfants, pour la garde et corrélativement la contribution alimentaire (C. civ., art. 203), le tribunal de la jeunesse sera compé-

lité du for étant alors retenue par le juge belge. Une femme marocaine, née en Belgique, ne peut en effet plus souscrire à cette inégalité des sexes, à moins bien sûr que d'ici là, le législateur marocain ait rejoint son homologue tunisien. La femme immigrée est d'ailleurs un facteur privilégié de cette évolution.

(63) « La semaine juridique », *J.C.*, 1984, n° 2013 et conclusions de M. l'av. gén. Gulphe : « La sagesse ne consisterait-elle pas à procéder de même (que pour la reconnaissance des mariages) pour la rupture du lien conjugal régulièrement intervenu dans les mêmes pays ? Ne devrait-elle pas, parce qu'elle relève d'un ordre étranger très différent du notre, être prise telle qu'elle se présente, dès lors qu'elle concerne deux conjoints de même nationalité, mariés dans des conditions propres à cet ordre ? ».

(64) En 1956, le magistrat rapporteur du tribunal de Seine, 26 mars 1956, *Jur. pér.*, n° 9318, soulignait que tout en reconnaissant la répudiation, le Tribunal avait pu donner raison à l'épouse répudiée sur deux points qui importaient pour elle, garde des enfants et pension alimentaire. C'était un facteur essentiel, in *Mercier*, *op. cit.*, p. 12; sur ce cas de droit interrégional avant la décolonisation, voy. Luichaire, *op. cit.*, Dalloz, 1956, p. 654. La convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 ne règle pas ces questions (art. 1<sup>er</sup>, § 2). En Angleterre, les travaux d'une commission législative proposent une réforme permettant au juge Anglais de connaître des effets d'un divorce intervenu à l'étranger, moyennant des conditions de domicile. Voy. Lucy Carroll, *op. cit.*, p. 593.

tent pour reconnaître la décision étrangère et le cas échéant adopter une solution nouvelle propre aux besoins des enfants en Belgique (65); leur déplacement du pays d'origine vers le pays requis suffisant à justifier cette adaptation. A défaut de mesures, le juge de la jeunesse pourra y suppléer en appliquant la loi nationale de l'enfant (66).

De plus, la Convention de La Haye, du 24 octobre 1956, approuvée par la loi du 17 juillet 1970, sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants prévoit que « la loi de la résidence habituelle de l'enfant détermine si, dans quelle mesure et à qui l'enfant peut réclamer des aliments » (art. 1<sup>er</sup>).

S'agissant des effets patrimoniaux la décision étrangère devra, pour être susceptible d'exécution forcée, être soumise à exequatur. Les critères sont également ceux de l'article 570 du Code judiciaire. La révision au fond est maintenue en principe (67). Le juge saisi de l'exequatur pourra veiller au paiement du reliquat de la dot, des dommages et intérêts (Muta) et de la pension alimentaire durant la retraite de continence (68).

31. — Le juge de paix saisi d'une demande de pension alimentaire pourrait-il l'accorder ? En principe non, car la loi nationale des parties (marocaines) ne connaît pas de pension alimentaire après divorce en dehors du don de consolation. Cette loi pourrait être écartée comme contraire à notre ordre public. Cela paraît possible face à des situations criantes où l'(ex)mari aurait véritablement abandonné la femme. La notion d'ordre public fonctionnel pourrait ici entrer en action aux fins de remédier aux effets, contraires à notre sens humain, d'une législation étrangère. Ne s'agit-il pas de créer une situation juridique nouvelle et non plus simplement de reconnaître une situation juridique née à l'étranger ? (*supra*, n° 16). Le juge de paix (C. jud., art. 591, 7<sup>o</sup>) combinant les articles 301 et 306 de notre Code civil pourrait alors accorder une pension alimentaire à l'épouse répudiée (69). Dans la pratique, il est donc conseillé aux avocats consultés par une Marocaine jugée d'introduire une procédure devant le juge de paix sur pied des articles 301 et 306 du Code civil, plutôt que sur pied des articles 221 et 223 du même Code.

(65) F. Rigaux, *Droit international privé*, t. II, n° 1026.

(66) Voy. J. Erauw, *op. cit.*, *R.W.*, 1982-1983, n° 26 et s.

(67) F. Rigaux, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 811.

(68) Cass., 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, pp. 730 et 735, concl. Ganshof van der Meersch; Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959, pp. 175 et s. L'auteur envisage un ordre public qui n'est plus destiné à rejeter l'institution étrangère mais à assurer son insertion dans l'ordre juridique du for, avec les adaptations nécessaires.

(69) En ce sens, G. Rommel, *op. cit.*, *J.P.*, 1980, n° 49. Pour une excellente application, voy. J.P. Deurne, 14 mars 1975, *R.W.*, 1974-1975, col. 2545 : après avoir par jugement antérieur reconnu la répudiation acceptée par l'épouse (*idem*, *op. cit.*, note 34), le juge de paix accorde une pension alimentaire « attendu que la Mudawwana ne circonscrit pas la "Muta", et que, dès lors, il n'y a pas d'opposition légale à ce que ce don de consolation, conformément à la législation belge en matière de pension alimentaire après divorce (art. 301 du C. civ.) soit attribuée à la demanderesse sous forme d'une pension alimentaire mensuelle payée par le défendeur ». Une contribution alimentaire pour les enfants est également accordée.

Dans le même sens, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires entre adultes, non encore ratifiée par la Belgique, permettrait au juge belge d'accorder une pension à l'épouse résidant en Belgique sur pied de l'article 4 stipulant que « la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires » découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance (70).

#### CONCLUSION

32. — Une solution au problème des reconnaissances de répudiations unilatérales interve-

(70) La loi de la résidence habituelle du créancier n'est évincée par la loi appliquée au divorce que dans l'Etat où le divorce a été prononcé (art. 8).

nues au Maroc nécessite la scission entre la rupture du lien conjugal et son effet.

Le nœud de la reconnaissance de la répudiation *sensu stricto* se trouve alors dans la confrontation entre un fondement de notre ordre juridique et le fondement même du droit international privé : le respect des ordres juridiques différents. Deux fondements sous-tendus par deux règles morales : l'égalité des sexes et le respect d'autrui. Il n'appartient pas au juge belge d'évincer l'une au profit de l'autre, ce d'autant qu'il conserve un pouvoir important sur un point essentiel : les effets en Belgique de la situation juridique née à l'étranger.

L'ordre public répudié ? Non. Simplement remis à sa place. Celle-là même que lui assigne le droit international privé : permettre la coexistence harmonieuse de systèmes juridiques différents.

Jean-Yves CARLIER.