

**Unilatéralisation ou matérialisation « indirecte » en matière
de conflit de lois :**

cas du divorce en droit français et algérien

**Unilateralization or indirect Materialization in Matters of
Conflict of Laws: Divorce Cases in French
and Algerian Law**

Trouzine Belkacem

Centre universitaire Ain Témouchent

belkacem.trouzine@cuniv-aintemouchent.dz

Barrière-Brousse Isabelle

Université Aix-Marseille

isabelle.brousse@univ-amu.fr

Date de soumission 27/09/2020 Date d'acceptation final 28/05/2021 Date de
publication

Résumé :

La matérialisation étudiée dans cet article se reflète d'une manière moins visible ou plutôt « indirecte », à travers l'"unilatéralisation" de quelques règles bilatérales, relatives au divorce. Nous présentons ici la loi applicable sur le divorce en droit français et en droit algérien, dont l'unilatéralisme constitue dans ce dernier cas de figure une sorte de réaction au protectionnisme juridique français et/ou européen non déclaré. Enfin nous allons voir que cet unilatéralisme se nourrit autrement par la qualification faite au niveau des points de rattachement, que ce soit en droit international privé algérien ou français.

Mots clés :

conflit de lois – unilatéralisation – divorce – *Chari* -
laïcité.

Abstract:

We present in this paper the applicable law on divorce in French and Algerian law, whose unilateralism constitutes in the latter case a kind of reaction to undeclared French and/or European legal protectionism. Secondly, we will see that the qualification and the reference which cross in the point of conflict of attachment, constitute as for them the second case of

materialisation, in the form of a conflictual excess. Finally we will see that this unilateralism feeds differently by the qualification made at the level of connecting factors, whether in Algerian or French private international law.

Key words:

Conflict of laws – Unilateralisation – Divorce – *Sharia* – Secularism.

***Auteur correspondant : Trouzine Belkacem**

Introduction

Pour commencer, nous rappelons que la présente étude met l'accent sur le droit français et son homologue algérien de droit international privé. Plus précisément, il s'agit de s'arrêter sur le degré de recours à la méthode conflictuelle, en matière familiale et en présence d'un élément d'extranéité. A noter que cette méthode qui caractérise le conflit des lois, appartenant à plusieurs systèmes juridiques, connaît un déclin en faveur de solutions matérielles, dont la précision ou plutôt la justification n'est pas tout à fait claire. C'est la raison pour laquelle, nous avons opté pour ce sujet, tout en présentant des arguments tirés du droit français et son homologue algérien. En effet, le choix fait pour ces deux systèmes juridiques n'est pas un simple hasard, mais il est justifié par la différence, voire même l'opposition entre les deux, quant aux sources de ces droits et par conséquent les résultats, issus de l'application de l'une ou de l'autre loi.

De plus, à chaque fois que le juge du *for* applique sa règle de conflit qui est censée être bilatérale à la base, le degré de coordination et de consultation entre plusieurs lois semble plus élevé, ce qui amène à garder l'esprit de tolérance en droit international privé. Cette approche de coopération entre divers systèmes juridiques en matière conflictuelle a une influence négative, notamment lors de procéder à l'examen de la condition liée à la loi applicable dans un jugement algérien, sollicitant *exequatur* devant une juridiction française et cela depuis 2004. A vrai dire, on peut remarquer ce revirement à deux stades. D'abord lors de la compétence judiciaire directe, où le juge du fond saisi du litige commence à chercher un ou plusieurs arguments, en faveur de sa loi nationale matérielle et cela après avoir statué favorablement sur sa compétence judiciaire, afin de

trancher sur la catégorie de rattachement, à lui soumise. Ensuite, le juge mais cette fois-ci d'*exequatur*, essaie de rejeter la décision judiciaire sollicitant exécution sur son territoire, lors du contrôle de la loi étrangère qui a dominé la relation juridique, devant le tribunal étranger qui l'a rendue. Plusieurs exemples peuvent être présentés à ce niveau, à l'occasion de statuer sur une répudiation musulmane, inspirée de la *Charia*, devant le juge d'*exequatur* français. Pareillement, nous évoquons l'examen d'une décision française, basée sur la laïcité, devant une juridiction algérienne lorsque celle-ci altère l'ordre public de ce pays.

Cette méfiance vis-à-vis des institutions étrangères et étrangères à la culture juridique du juge du *for* a nécessité l'élaboration de quelques techniques, reflétant un protectionnisme juridique et surtout judiciaire, légiféré plus tard. C'est le cas par exemple de l'article 309 du code civil français, relatif aux cas de l'application de la loi française sur le divorce. Ce texte intégré jadis dans l'article 310, est apparu dans la réforme de 2005 sous le numéro d'article 309 et par conséquent sans changement sur le fond. Cela est-il vrai ? La réponse est négative car la manière de lire ce même texte a changé, c'est-à-dire le fond de l'ancien article 310 du code civil français a été unilatéralisé, au sein du nouveau texte de l'article 309 du même code. L'objectif était et demeure l'élargissement de l'application de la loi française sur un divorce contenant un élément d'extranéité, fondé sur la nationalité des parties au litige. Nous allons analyser ce changement que nous qualifions de « matérialisation camouflée » d'une règle de conflit bilatérale. Pourquoi camouflée ? La réponse consiste dans l'objectif de cette méthode plus que le moyen utilisé. Cela veut dire que la nouvelle règle unilatérale vise à rendre inutile le jeu conflictuel des lois, élément que nous allons commenter avec plus de précision dans la première partie de cette étude (**section I**).

En second lieu, nous allons constater que cette pratique française ne résulte pas uniquement de la seule volonté judiciaire française, mais aussi de l'intervention du droit européen, ce qui a provoqué une réaction algérienne extracommunautaire (**section II**). Enfin, nous allons terminer notre analyse par la qualification des points de rattachement qui renforce parfois l'unilatéralisme (**section III**).

Section I: Unilatéralisation de l'article 309 du code civil français comme reflet de conflit civilisationnel

Nous allons traiter dans l'ordre l'article 309 du code civil français contenant l'unilatéralisation judiciaire, mais codifiée, de quelques dispositions législatives qui étaient à la base bilatérales. Cette unilatéralisation qui dissimule un conflit civilisationnel est justifiée à la fois, par une volonté judiciaire française et un vouloir décisif européen d'harmoniser les dispositions conflictuelles en la matière, entre États membres de l'Union européenne.

Comme il est mentionné ci-dessus, l'unilatéralisation dont il s'agit se limite à quelques matières qui se croisent au carrefour du droit de la famille. Pour cela, nous allons présenter le cas du divorce qui provoque la sensibilité entre deux systèmes juridiques fort différents, c'est-à-dire inspirés de cultures non communes. C'est le cas du droit français du statut personnel influencé par la laïcité, comme dans les autres pays de l'UE¹, mais également son concurrent algérien inspiré majoritairement de la *Charia*. Pour bien argumenter cette situation, nous faisons référence à l'idée de J. Deprez qui présente l'organisation des questions familiales sous l'égide de la codification dans l'Occident, alors qu'il critique l'absence de cet aménagement en droit musulman, puisqu'il l'attache aux usages de la *Charia* dans le monde musulman. Dans cet enchaînement, Deprez rajoute que le fait: « d'étendre le droit musulman à des non-musulmans, même à travers l'appel occasionnel à l'ordre public, ce serait le faire sortir de son rôle, l'appliquer à d'autres que ses destinataires naturels »². A ce propos, monsieur Charfi rappelle que « l'*Islam* ordonne le respect des autres religions et l'obligation de laisser les adeptes des autres religions obéir à leurs propres lois [...], les conquérants arabes ont, tout naturellement, laissé les tribunaux ecclésiastiques continuer à

¹ Nous parlons ici du fondement de la matière familiale qui est fidèle en droit français et en droit des pays membres de l'UE aux deux articles 14 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatifs respectivement aux deux principes de l'égalité des sexes et l'équité de la procédure.

² Harith Al Dabagh, « Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 58-3, 2006, p. 900.

fonctionner »¹. Principe que nous adoptons et que nous défendons. En revanche, est-il raisonnable d'étendre l'application des dispositions inspirées de la laïcité sur des sujets musulmans qui ignorent à la fois, le contenu et la portée de celles-ci ? C'est cette situation qui nous intéresse dans la présente étude, dont le seuil de vouloir étendre ses propres valeurs entre les juridictions françaises et algériennes en particulier, connaît une augmentation. Or, l'unilatéralisation, comme la matérialisation indirecte n'est pas toujours prise dans un sens positif.

Si le constat de cette pratique est devenu fréquent, c'est-à-dire le rejet de l'une ou de l'autre loi, ou de l'un ou de l'autre jugement, en raison d'incohérence avec la culture juridique du juge du *for*, le moyen pour le faire semble encore peu évalué. Et pourtant, la France n'est pas le seul pays européen qui se trouve dans cette situation conflictuelle, lors de statuer pour la première fois sur une question familiale entre un couple musulman, ou au moment de la contrôler pour fin d'exécution, quand elle provient d'une juridiction située dans la rive sud-méditerranéenne (cas de l'Algérie, du Maroc, de l'Égypte, ... etc.). Cela veut dire que d'autres pays appartenant à l'Union européenne et connus pour leur réputation de terre d'immigration, ou plutôt d'accueil, sont confrontés au problème de cohérence entre systèmes juridiques. Cette situation se complique en raison de nombre croissant des affaires devant les juridictions nationales des États membres de l'Union européenne. C'est le cas par exemple de l'Italie qui souffre de la coexistence de systèmes juridiques reflétant différentes traditions, y compris culturelles et religieuses, ce qui mène à la reproduction de la théorie de Deprez, connue sous le jargon de « conflit de lois et conflit de civilisations »². Par conséquent, la tâche des juges nationaux des États membres de

¹ Harith Al Dabagh, *article précité*, « Regards critiques sur les règles de conflit de lois ... », p. 900.

² J. Deprez, « Droit international privé et conflit de civilisations : les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel – Aspects méthodologiques », in *R.C.A.D.I.*, 1988-IV, t. 211, pp. 45-46 ; Sara Tonolo, « Religious Values and Conflict of Laws », in *Revista telematica*, n° 7-2016 (february 2016), pp. 7-8.

l'Union voit le principe de l'économie de la procédure tomber parfois en vain.

En se concentrant sur le fameux article 309 du code civil français, créé par l'Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005¹, « 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 compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

Avant d'accéder à l'analyse de ce texte, nous abordons le contexte dans lequel il a été élaboré. Ce nouveau texte est intervenu suite à l'adoption des principes de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions françaises et européennes, face aux institutions familiales extra-communautaires. Pour illustrer cette situation, nous présentons la jurisprudence de la Cour de cassation française du 17 février 2004 qui, à titre de rappel, a mis à l'écart un jugement algérien de divorce ne respectant pas les deux principes européens de l'égalité des sexes et de l'équité de la procédure².

Ce refus est presque devenu systématique. A cet effet, la Cour d'appel de Douai a débouté en date du 20 septembre 2018 un plaignant en *exequatur* de sa demande, voulant faire tirer des droits d'une répudiation musulmane, prononcée par le tribunal algérien de Tlemcen et confirmée par la Cour d'appel de ce département étranger (Tlemcen –Algérie). Ainsi, la juridiction de Douai a infirmé le jugement du tribunal de Grande instance

¹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, article 2, Journal officiel de la République française, 6 juillet 2005, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2006.

² Il s'agit d'une contrariété flagrante avec les dispositions incluses dans les deux articles 14 et 6 de la CEDH et qui justifie l'intervention du juge français, sous l'argument de protéger son ordre public.

de Béthune qui auparavant a confirmé le jugement et la décision étrangers¹.

Nous observons que la mise en œuvre de cet article 309 du code civil français n'est que le résultat de renforcer la protection de l'espace judiciaire européen, où la procédure est présumée équitable entre les appareils judiciaires de ses États membres. De plus, le législateur français a voulu par l'unilatéralisme intégrer les sujets du droit ayant une culture juridique étrangère dans l'ordre juridique français, ou au moins dans l'ordre juridique européen. C'est sur ce dernier argument qu'on devient un peu sceptique, car nous voyons mal pour quelle raison l'article 310 du code civil français qui est à la base bilatéral a été unilatéralisé dans le cadre de l'article 309, vis-à-vis des seules institutions religieuses, en provenance des juridictions sud-méditerranéennes. Pour ce faire, nous avons recours à l'opinion de M. Benjamin Rémy qui lie l'élaboration de l'article 309 à un intérêt étatique (français) narcissique : « le législateur français, convaincu de la supériorité de sa législation substantielle sur la possession d'état ou le divorce, ciselle des règles afin d'en assurer l'application la plus fréquente possible »², chose qui nous paraît vraie.

Sur la méthode même, pratiquée par l'unilatéralisme de cet article 309, celle-ci se résume dans la manière de lire les trois situations édictées par le législateur français, pour que la loi française soit applicable, sur un divorce possédant un élément d'extranéité. La nouvelle méthode unilatérale, qui est à la fois intelligente et habile, écarte le raisonnement à *contrario*. Pour dire vrai, dorénavant une fois que la nationalité française fait carence chez l'un et l'autre époux, le juge du fond passe directement au deuxième point, basé sur le domicile commun des conjoints en France, sans tenir compte de leurs nationalités étrangères. Cela rend très difficile, voire même impossible l'application de la loi étrangère qui est en conflit avec celle du juge saisi du litige (la loi française). Nous nous demandons à quoi bon l'utilisation de ce genre de règles qui s'ajoute à d'autres techniques, telles que les règles d'applications

¹ Cour d'appel de Douai, Chambre 8, section 3, 20 septembre 2018, RG n° 16/07403.

² Benjamin Rémy, « Les codifications récentes du droit international privé », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 2-2010, p. 308.

immédiates *alias* règles de police¹, dont l'objectif final est d'aboutir à l'application de la loi du *for*, au détriment d'une loi étrangère qui est en lien avec le litige. A notre avis une seule réalité s'aperçoit à travers le biais de l'unilatéralisation de quelques règles bilatérales, c'est d'aboutir à la matérialisation du droit international privé, chose qui va au détriment de l'esprit de coordination et de consultation entre différents systèmes juridiques. Nous rappelons encore une fois que la portée externe de la matérialisation traitée ici n'est pas la même quant à l'effet interne de l'unification, ou plus ou moins l'harmonisation ou le rapprochement entre systèmes juridiques, appartenant à la même culture juridique.

Nous voyons également que cette matérialisation que nous qualifions d'indirecte, effectuée par le moyen de l'article 309 du code civil français, se réalise dans le cadre de l'harmonisation du droit européen en la matière, qui a fait reporter les obstacles à l'application d'une loi étrangère, ou plutôt tierce, des frontières intra européennes aux portes extra européennes. Aussi, notre réflexion s'oriente vers la date du 17 février 2004 qui coïncide avec la nouvelle pratique de refus flagrant de divorce musulman². La date de 2004 marque aussi la veille de l'entrée en vigueur de l'accord d'association euro-méditerranéen entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part et l'Algérie, d'autre part. Le plus intéressant dans ledit accord réside dans l'expression explicite de l'article 56 qui stipule : « la coopération aura pour objectif le rapprochement de la législation de l'Algérie à la législation de l'Union dans le domaine couvert par le présent accord ». La lecture de cet article montre clairement que le rapprochement de la législation algérienne s'effectue vers la législation européenne et pas le contraire. Le rapprochement est fait donc dans un seul sens, c'est-à-dire qu'il

¹ See on the subject of public policy : Joost Blom, « Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time, in *Netherlands International Law Review*, September 2003, Volume 50, p. 373.

² Les arrêts rendus le 17 février 2004 par la C. cass. (1^{ère} espèce : époux A, 2^{ème} espèce : époux K) sont commentés par Petra Hammje, in *RCDIP*, pp. 423-439 ; V. aussi : Belkacem Trouzine, *Unification européenne des règles de conflits de juridictions et exequatur des décisions des États tiers, L'exemple des décisions sud-méditerranéennes*, thèse de doctorat, s. la dir. De Sandrine Sana-Chaillé de Néré, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2012, p. 13 et 31 et 53.

y a éloignement de la *Charia* au profit de la laïcité dans la législation algérienne en matière de divorce. Nous déduisons donc que la répudiation de la répudiation musulmane, algérienne dans cette hypothèse, est réalisée depuis 2004 par le droit commun français, mais influencé par la disposition européenne de rapprochement des législations, reproduite dans l'article 56 de l'accord d'association précité. N'y a-t-il pas lieu de s'interroger sur le sort de l'accord bilatéral relatif à la coopération judiciaire et l'*exequatur* entre la France et l'Algérie datant de 1964 ?

En réalité c'est cet article 56 qui l'emporte sur l'accord relatif à l'*exequatur*. De ce fait, le contrôle de la loi étrangère comme condition afin d'exécution, qui jadis était souple au sein de l'accord bilatéral franco-algérien, devient plus sévère par l'application de l'article 56 de l'accord d'association euro algérien, du fait de la réalisation de la laïcité européenne en défaveur de la *Charia*.

Ce qui a été dit se confirme par l'élaboration du règlement UE n° 2016/1103 en matière matrimoniale¹. En contrepartie et pour être juste envers le droit conflictuel européen en matière matrimoniale, l'article 20 du règlement UE n° 2016/1103 du Conseil, n'empêche pas l'application d'une loi d'un État non-membre dans l'Union européenne². Par contre, nous voyons que la question préliminaire de l'application du *Forum necessitatis* qui donne la priorité à la compétence judiciaire d'un État membre face à une juridiction tierce concurrente³, rend la faculté d'appliquer une loi tierce matérielle mineure par rapport à une loi appartenant à un État membre. En fait, toute juridiction interne à un État membre de l'UE et saisie d'un litige trouve

¹ Règlement (UE) 2016/1103 Du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (JO L 183 du 8.7.2016, p. 1).

² Cristina Grieco, « The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of european private international law ».

refuge dans son droit commun conflictuel, y compris les dispositions similaires à l'article 309 susmentionné. Cela renforce l'unilatéralisme qui dissimule une matérialisation indirecte en matière de conflit de lois dans les États membres de l'Union. Le but est d'élargir le champ d'application des lois substantielles nationales internes à l'Union, lors d'un conflit avec une ou plusieurs lois tierces, en matière matrimoniale. Il s'agit d'une matérialisation indirecte parce que l'application de l'unilatéralisme de cet article 309, comme la concrétisation des dispositions analogues au niveau des juridictions internes des États membres, mène à l'écart de la loi tierce qui est en conflit avec une ou plusieurs lois internes à l'UE.

Mais *qu'en est-il* de la réaction extracommunautaire ?

Section II: Réaction algérienne extracommunautaire face à l'unilatéralisme conflictuel français et/ou européen

A priori, le droit algérien et par conséquent la pratique jurisprudentielle algérienne ignore jusqu'alors la pratique européenne, ou française inspirée des valeurs européennes, en matière familiale. En effet, jusqu'à maintenant les juridictions algériennes continuent à rendre leurs décisions en matière de divorce, dont la reconnaissance et l'exécution vont être sollicitées ultérieurement sur le sol français, comme si l'ancien article 310 du code civil français contenant la technique bilatérale continue encore à exister. Cela veut-il dire que le juge algérien statuant sur un divorce entre époux algériens, mais résidant tous les deux à l'étranger plus précisément en France, ignore toujours l'unilatéralisation des dispositions de la législation française dans cette matière ? Pas forcément, car le juge algérien comme tout juge interne au monde est censé protéger son propre droit national. Autrement dit, l'office communautaire, devenue européenne, du juge d'*exequatur* français ne l'intéresse pas. Ce constat va vite se confirmer juste après la présentation de l'article 12 alinéa 2 du code civil algérien relatif au divorce qui stipule : « la dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi nationale de l'époux au moment de l'acte introductif d'instance ».

Il est clair que contrairement à l'article 309 du code civil français, la disposition générale qui domine la loi applicable sur

le divorce en droit international privé algérien est une règle bilatérale. En effet, deux interprétations découlent « théoriquement » de l'article 12, alinéa 2 du code civil algérien comme suivant :

- La dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi algérienne de l'époux algérien, au moment de l'acte introductif d'instance ;
- La dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi de l'époux étranger si ce dernier ne possède pas la nationalité algérienne, au moment de l'acte introductif d'instance.

Il apparaît que l'alinéa 2 de l'article 12 du code civil algérien préserve à la loi étrangère les mêmes chances pour qu'elle soit appliquée au même titre que la loi algérienne. Encore, la séparation de corps qui est ignorée en droit algérien de la famille du fait de l'indépendance des patrimoines des deux époux dans la *Charia*, n'affecte pas la reconnaissance de cette institution (séparation de corps) pour les étrangers non musulmans. Cela affirme le caractère bilatéral de cet article.

La tolérance du droit algérien envers les institutions étrangères en droit de la famille et qui concerne la séparation de corps, est issue du rapprochement de la législation algérienne avec les textes réglant la même matière en droit européen. Pour conforter notre vision, nous présentons l'ancienne version de l'article 12 al. 2 du code civil algérien avant sa modification en 2005, c'est-à-dire en parallèle avec la mise en œuvre de l'accord d'association euro-algérien qui contient la disposition du rapprochement (article 56 évoqué plus haut)¹. Cette ancienne version ignorait au moins formellement l'institution de séparation de corps : « la dissolution est soumise à la loi nationale de l'époux, au moment de l'acte introductif d'instance »². Cela veut-il dire que l'unilatéralisme est totalement absent en droit conflictuel algérien en matière de divorce ?

¹ *Ibid.*

² Ancienne version de l'art. 12 al. 2 C civ. alg, c.à.d. avant sa modification par la loi n° 05-10 du 20 juin 2005, portant modification du code civil.

La réponse ne tarde pas dès qu'on avance l'article 13 du code civil algérien. Ce dernier stipule : « dans les cas prévus par les articles 11 et 12, si l'un des deux conjoints est algérien, au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier ».

Avant de continuer l'analyse de cet article, nous rappelons que l'unilatéralisme vise tout court selon l'expression d'Yvon Loussouarn, « ... la répudiation de toute bilatéralisation des règles de conflit fondée sur un raisonnement analogique, ... »¹. Chose qui se réalise parfaitement à travers l'article 309 du code civil français, où l'unilatéralisme est « absolu ». En effet, ce texte ne laisse aucune chance à la loi étrangère pour qu'elle soit appliquée et cela même s'il apparaît qu'elle entretient un lien apparent avec la catégorie de rattachement en question.

En contrepartie, notre article 13 du code civil algérien est limité aux seuls cas de divorce entre conjoints dont l'un est algérien. Il s'agit donc d'un unilatéralisme « conditionné » par la présence de la nationalité algérienne chez l'un ou l'autre époux, lors de la conclusion de mariage.

Sur l'intérêt de l'unilatéralisme, nous voyons qu'en droit conflictuel français, l'objectif est de préserver un gain général, puisque le législateur français et avant lui le juge français concrétisant cette règle, ne se préoccupe pas de la nationalité étrangère de l'un ou l'autre époux. Par contre, l'unilatéralisme algérien gravé dans l'article 13 du code civil est limité, il est partiel ou conditionné et donc il a un intérêt privé qui est en harmonie avec l'intérêt du couple, comme il ne s'écarte pas de l'esprit privé contenant un élément d'extranéité et reflétant le caractère international du rapport juridique, exposé devant le juge du *for*.

L'autre point de différence entre l'unilatéralisme français de l'article 309 du code civil avec son homologue algérien à travers l'article 13 précité, est que ce dernier se montre sous un privilège juridique comparable à un *privilegium fori* en matière judiciaire. Nous justifions cette comparaison par le rôle fondamental de la nationalité, en termes de compétence législative (loi applicable) et sa mission secondaire quant à la

¹ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz, 9^{ème} éd. Paris, 2007, 117.

compétence exceptionnelle, ou secondaire sur le plan judiciaire (compétence du juge du *for*).

Revenons sur le bilatéralisme inclus dans l'article 12 du code civil algérien, la Cour suprême algérienne a confirmé sitôt cette tendance à travers une jurisprudence en date du 2 juin 1992. Dans cette affaire, la Haute Cour algérienne a certifié à travers le deuxième moyen que la loi nationale de l'époux est la seule compétente pour trancher le litige portant sur la dissolution du mariage¹.

Dans une autre affaire allant dans ce sens, la Cour suprême algérienne a reconfirmé le 23 juin 1993 l'application de la loi algérienne sur la dissolution d'un mariage conclu auparavant entre un couple de nationalité algérienne, résidant en France et cela conformément à l'article 12 du code civil algérien². La prétention de la demanderesse en pourvoi en cassation, sollicitant l'incompétence de la Cour d'appel d'Annaba (Algérie), fondée sur l'existence du domicile commun en France, a été rejetée par la haute juridiction algérienne.

La présentation de ces deux jurisprudences algériennes donnant compétence à la loi algérienne à deux reprises³, alors que le domicile commun a été localisé en France, laisse le doute régner sur son caractère bilatéral.

A travers l'application de l'article 12 du code civil algérien, nous observons que le point de rattachement fondé sur la nationalité, dissimule la présence d'un caractère religieux. Or, la loi compétente pour trancher le litige est la loi nationale de l'époux (et pas l'épouse) qui est présumé musulman, tant que l'épouse algérienne ne peut conclure mariage avec un non musulman d'après l'article 31 du code algérien de la famille. Ce texte qui a été modifié par la loi 05-02 et qui a omis

¹ C suprême alg. Chambre de statut personnel, Décision 299/84513, in *Journal judiciaire algérien* (version en arabe), n° 3- 1993, p. 01. Le prononcé de cette décision a été reproduit par Djamel Sayes, *Jurisprudence algérienne en matière de statut personnel. Décisions de la Cour suprême* (version en arabe), t. 2, éd. Clic, Alger, 2013, p. 699.

² C suprême alg. Chambre de statut personnel, Décision 311/91144, in *Journal judiciaire algérien* (version en arabe), n° 1- 1994, p. 63. Le prononcé de cette décision a été reproduit par Djamel Sayes, *Jurisprudence algérienne en matière de statut personnel. Décisions de la Cour suprême* (version en arabe), t. 2, éd. Clic, Alger, 2013, p. 725.

³ *Ibid.*

formellement cette condition religieuse, l'a gardé implicitement sur le fond, notamment que son existence dépend toujours de l'influence de la *Charia* sur ce droit. Sur le plan légal, cette condition continue à exister sous forme réglementaire d'après la nouvelle version de l'article 31 du code algérien de la famille.

Ce que nous comprenons de cette analyse, c'est que la présence de la nationalité algérienne pour l'époux implique forcément l'application de la loi algérienne, par le biais de l'article 12 du code civil algérien. A défaut, la présence de la nationalité algérienne uniquement pour l'épouse algérienne garantit l'application d'une loi étrangère qui devrait être inspirée de la *Charia*, tant que le mariage d'une algérienne avec un non musulman est présumé nul. Hélas, la laïcité européenne écarte la répudiation musulmane par un unilatéralisme clair basé sur le domicile, tout en écartant la compétence d'une loi étrangère a priori compétente mais incarnant les traces musulmanes. Et vice versa, la *Charia* évince implicitement l'application d'une loi reflétant le caractère laïc, en présence d'une nationalité reflétant une souveraineté musulmane. Cette situation est exprimée autrement dans un autre contexte dans l'expression de Carlos Esplugues et reproduite par Naděžda Rozehnalová : « ... les règles de conflit de lois ne peuvent remplir leur fonction que si elles sont appliquées d'office »¹. Cette application « unilatérale d'office » dans notre hypothèse va être dans le sens d'ignorer clair et net le contenu de la loi étrangère, normalement compétente, sauf qu'elle incarne une ou plusieurs valeurs différentes des nôtres.

Section III: La qualification de points de rattachement au service de l'unilatéralisme

Avant d'examiner le fond de la qualification comme moyen aboutissant à l'unilatéralisme et afin de garder le lien avec la matérialisation indirecte des solutions conflictuelles, nous examinons les règles matérielles ou substantielles en général en droit international privé. Selon une formule qui n'est pas vraiment ancienne, monsieur Bruno Oppetit a présenté la notion

¹ « ... the unified conflict-of-law rules can perform its function only if they are applied ex officio ». Naděžda Rozehnalová, *Czech private international law*, Iuridicia editio Scientia, vol. 544, Publications of the Masaryk university, Brno, 2015, p. 118.

de la règle matérielle comme « la norme propre aux rapports internationaux qui énonce directement la solution applicable au fond : ce sont les normes « purement », par excellence »¹. Cette présentation a été faite dans un contexte typiquement commercial². Le recours à la *lex mercatoria* fait preuve. Cela veut-il dire que ce genre de règles matérielles ou substantielles est exclu du champ d'application du droit familial ?

Nous voyons qu'en matière familiale, l'emprunt de chevauchement entre dispositions commerciales conflictuelles et autres matérielles sur le plan interne ou international, ne constitue pas tout le temps un bon exemple. Cette situation a été démontrée autrement dans une note explicative de monsieur François Rigaux. Ce dernier voyait qu'« il n'est pas toujours facile de déceler la loi en vertu de laquelle un mariage a été dissous, notamment si le juge ou l'autorité n'a pas motivé sa décision sur ce point, ou que sa règle de conflit lui prescrive l'application cumulative de plusieurs lois ; de plus le juge aura le plus souvent appliqué au divorce le droit matériel interne de la *lex fori* »³. Cela veut dire que la matérialisation estimée va le plus souvent au profit de la loi substantielle (droit de la famille/statut personnel) du juge du *for*.

En se focalisant sur la fin de cette citation, il apparaît que la *lex fori* forme un objectif en soi, dont l'unilatéralisme n'est qu'un moyen pour aboutir à cette fin. Nous comprenons donc que l'unilatéralisme de l'article 309 du code civil français incarne un « subjectivisme conflictuel », c'est-à-dire une vision conflictuelle unilatérale qui contourne l'égalité des chances entre plusieurs lois en conflit. Il s'agit tout simplement d'une matérialisation indirecte, résultant d'un « abus conflictuel » qui vise l'application de la loi du juge saisi du litige. Cette démarche contourne le jeu conflictuel ordinaire bilatéral. D'une autre

¹ Bruno Oppetit, « Le développement des règles matérielles, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985, p. 123.

² V. en ce sens, Ronald A. Brand, « The Evolving Private International Law / Substantive Law Overlap in the European Union », in *Pitt Law Review*, University of Pittsburg, n° 14, April- 2014, p. 371.

³ François Rigaux, « La loi applicable à certains effets d'un mariage dissous », Note explicatif du Rapporteur, Institut de droit international, in *Session d'Helsinki*, 1985, Sixième commission. Texte disponible sur :

manière, nous sommes en présence d'emprunt des règles de droit international privé dans le but de mettre en œuvre des objectifs de droit substantiel, ou de créer de nouvelles règles qui entrent en conflit avec leurs homologues du droit substantiel étranger.

De sa part, l'unilatéralisme en droit international privé algérien en matière de divorce effectué par le biais de l'article 13 du code civil algérien, use de la qualification des points de rattachement. En effet, ledit article ne se contente pas uniquement de la seule priorité de la nationalité algérienne pour attribuer compétence à la loi algérienne. Il ne s'agit pas ici d'un renvoi¹, étant donné que les deux lois, algérienne et française, prétendent compétence.

En se positionnant du côté du juge algérien qui tranche pour la première fois sur le fond d'un litige mettant en jeu l'article 13 du code civil algérien face à celui de l'article 309 français, le juge de fond qui donne priorité à la loi substantielle algérienne sur le fondement de la nationalité du seul époux (ou épouse) algérien (ne) voit que le domicile des deux conjoints en France n'est pas fondé. Pour éclaircir cette situation, le droit algérien tient compte en matière de divorce du domicile localisé sur le territoire national (algérien) lors de l'acte introductif d'instance, c'est-à-dire devant la juridiction algérienne. C'est cette argumentation qui justifie d'ailleurs la continuité de l'application de la loi algérienne sur tout divorce impliquant un algérien et cela même si les deux conjoints habitent en France, jusqu'à la veille de la demande de dissolution de leur mariage. Nous faisons référence ici aux deux jugements algériens du tribunal de Maghnia et de la Cour d'appel de Tlemcen, datant respectivement du 18 mars 2015 et 28 décembre 2015².

L'autre point qui attise peut être la tension des deux parties algérienne et française en matière d'*exequatur*, dont le contrôle de loi applicable sur le jugement sollicitant exécution constitue une condition primordiale, réside parfois dans l'inobservation des dispositions des deux conventions de 1964 et du 21 juin 1988. A ce sujet, la pratique judiciaire française qui continue à nier le divorce algérien argumente le plus souvent l'évolution du

1

² *Ibid.*

droit algérien de la famille qui admet la dissolution du mariage contre le gré de l'époux, sous la forme du *Khola*. Une situation comparable à la notion du *Chikak* mentionné dans la Moudawana marocaine¹.

En restant sur la notion de la qualification, celle-ci est connue traditionnellement comme synonyme de l'opération de donner une forme à des faits matériels. De sa part, Katarzyna Bagan-Kurluta la définit comme « un outil qui permet de réaliser les fonctions de base des conflits de lois ». Elle rajoute que « outre l'identification de la loi appropriée pour une circonstance, elle devrait également conduire à identifier la norme spécifique de cette loi qui doit être appliquée »².

Quant à la qualification en droit international privé algérien, l'article 9 du code civil stipule : « en cas de conflit de lois, la loi algérienne compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable ».

En réalité la qualification désignée ici concerne le rapport juridique alias catégorie de rattachement, contenant un ou plusieurs éléments d'extranéité et qui constitue l'objet du litige selon le texte de l'article 9. Par contre, ledit texte est plus ou moins muet sur la qualification des points de rattachement. Nous déduisons de la première lecture de cet article que la qualification en termes de conflits des lois dans l'espace garde sa nature matérielle. Cela paraît logique dans la mesure où toute catégorie de rattachement n'est qu'un fait matériel, dont le juge du for est chargé de lui revêtir d'une forme juridique. En contrepartie, il n'est pas clair si la méthode conflictuelle est admise à ce titre.

¹ Le refus de divorce musulman n'est pas limité aux seules répudiations algériennes, mais à toutes les répudiations comme celles en provenance du Maroc. V. C. cass. (1^{ère} ch civ.), 23 octobre 2013, n° de pourvoi 12-25802. Cette jurisprudence a rejeté un divorce sous contrôle judiciaire, prononcé par le tribunal de Tanger le 8 juin 2011.

² « Qualification is a tool that makes it possible to realize the basic functions of conflict of laws. Besides identifying the proper law for a particular circumstance, it should also lead to identification of the specific norm of that law that needs to be applied ».

Katarzyna Bagan-Kurluta, « Language in the Conflict of Laws: Qualification, Meaning of Concepts. the Case of Marriage », in *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 58 (71) 2019. P. 8.

La règle générale veut que les points de rattachement ne fassent pas l'objet d'une qualification.

Cela peut être vrai sur le plan législatif, même si la jurisprudence veut parfois le contraire. En ce sens, la jurisprudence de la Cour suprême algérienne a démontré sitôt que le droit algérien est seul applicable sur un couple algérien résidant à l'étranger. Implicitement, le juge algérien a voulu implicitement dire que le point de rattachement fondé sur la nationalité l'emporte sur son concurrent du domicile, localisé à l'étranger. Cette interprétation lato sensu de la qualification mentionnée dans l'article 9 du code civil algérien a fait naître un nouvel aspect. C'est l'aspect conflictuel de la qualification, mais qui va dans un sens unique, c'est-à-dire qu'il va servir en fin de compte l'application de la loi algérienne, au détriment d'une ou plusieurs lois étrangères aussi compétentes.

Conclusion

Il reste incompréhensible d'avoir recours à l'unilatéralisme entre deux systèmes juridiques, français et algérien, qui pratiquent l'un et l'autre presque les mêmes méthodes conflictuelles. Nous avons démontré que le système juridique français a appliqué jusqu'alors l'unilatéralisme conflictuel dans le sens d'intégrer les sujets de droit étrangers, en optant pour la loi du domicile. Celle-ci coïncide le plus souvent avec la loi du domicile. Par contre, le législateur algérien a tenté de conforter l'unilatéralisme limité ou conditionné, justifié par la nationalité d'origine et surtout effectif de l'époux algérien.

Nous avons remarqué que la généralisation de cette pratique juridique et/ou judiciaire généralise le non-respect du statut familial inspiré de la *Charia* pour un couple musulman résidant en France ou en Europe en général. Ainsi, cette même pratique peut aboutir à des solutions non adaptées pour un couple français ou européen croyant à la laïcité sur le sol algérien ou musulman en général. La convention bilatérale franco-algérienne sur l'exequatur reste otage des interprétations parfois déraisonnables et victime d'un comportement qui l'a vidé de son contenu.

Enfin, nous proposons de réviser le principe de primauté de la nationalité du *for* entre juridictions algériennes et françaises en matière de divorce, notamment en présence d'une nationalité

commune étrangère au juge saisi du litige. Ce principe conçu comme gardien de stabilité des situations juridique dans un système juridique donné, garde l'inconvénient d'endommager les droits acquis à l'étranger¹, pour un couple sollicitant reconnaissance et exécution d'une dissolution de mariage obtenue dans leur pays d'origine.

Bibliographie:

A - Livres :

- 1- Loussouarn Yvon, Bourel Pierre et De Vareilles-Sommières Pascal, *Droit international privé*, Dalloz, 9^{ème} éd. Paris, 2007.
- 2- Sayes Djamel (2013), *Jurisprudence algérienne en matière de statut personnel. Décisions de la Cour suprême* (version en arabe), t. 2, éd. Clic, Alger.

B - Articles du Journal :

- 1- A. Brand Ronald, « The Evolving Private International Law / Substantive Law Overlap in the European Union », in *Pitt Law Review*, University of Pittsburg, n° 14, 2014.
- 2- Bagan-Kurluta Katarzyna, « Language in the Conflict of Laws: Qualification, Meaning of Concepts. the Case of Marriage », in *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 58 (71), 2019.

¹ « Le principe de primauté de la nationalité du for ne peut être remis en question pour les problèmes de jouissance des droits, peine de vider complètement de son contenu le concept de nationalité », Yves Lequette, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, Leiden ; Boston : Brill, cop. 2008, p. 130.

Titre de L'article

- 3- Blom Joost, « Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time », in *Netherlands International Law Review*, Volume 50, 2003.
- 4- Deprez J., « Droit international privé et conflit de civilisations : les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel – Aspects méthodologiques », in *R.C.A.D.I.*, 1988-IV, t. 211.
- 5- Hammje Petra, « Les arrêts rendus le 17 février 2004 par la C cass. (1^{ère} espèce : époux A, 2^{ème} espèce : époux K) », in *Revue critique de droit international privé* », 2004.
- 6- Harith Al Dabagh, « Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 58-3, 2006.
- 7- Oppetit Bruno, « Le développement des règles matérielles », in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985.
- 8- Rémy Bénjamin, « Les codifications récentes du droit international privé », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2010.
- 9- Rozehnalová Naděžda, *Czech private international law*, Iuridicia editio Scientia, vol. 544, Publications of the Masaryk university, Brno (république Tchèque), 2015.
- 10- Tonolo Sara, « Religious Values and Conflict of Laws », in *Revista telematica*, n° 7, 2016.