

La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse

« *Étude de la législation française et de la législation islamique appliquée en pays arabes* »¹

Afrah ALATI

*Docteur en Droit privé de l'Université d'Orléans- France
Etudes supérieures en droit islamique de l'Université de Tripoli - Libye
Membre du corps d'enseignement universitaire des universités libyennes*

L'étude de la rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse se concentre sur la capacité de la volonté unilatérale de l'épouse, uniquement, pour rompre le mariage dans deux législations islamique et française.

L'essence de ce travail, qui s'intéresse au droit de la femme de rompre son couple par sa propre volonté unilatérale, a essayé d'aborder les éléments les plus importants autour de ce sujet : la marge de liberté accordée à cette volonté pour décider la rupture du lien conjugal ainsi que les limites, les conditions et restrictions à cette volonté et bien évidemment la marge du pouvoir discrétionnaire du juge en l'espèce. Tout cela selon un regard comparatif entre deux systèmes, français et islamique, d'origine et de civilisation différentes. Cette étude a mis la lumière sur ce sujet pour savoir quel système est le plus libéral, donne le plus de liberté à la volonté unilatérale de la femme pour rompre le mariage ? Est-ce le système laïque français qui tend à supprimer toute entrave à la liberté individuelle pour raison religieuse ou le système religieux islamique qui semble, pour certains, constituer un obstacle devant la liberté individuelle, surtout celle de la femme ?

Cette étude, qui elle soulève des questionnements importants, revêt dans le contexte actuel un intérêt particulier : « *À une époque où tout le monde se focalise sur la capacité du mari, surtout musulman, à rompre le mariage, cette étude s'intéresse à l'autre partie de l'union* ». Sans oublier que cette étude « *paraît également au jour où la Cour de cassation française s'interroge sur la capacité de la volonté unilatérale de la femme à rompre le mariage*² ».

¹ Cet article est un résumé de l'ouvrage portant le même titre, publié aux Editions universitaires européennes (2018).

² V. ex., Cass. 1^{re} civ., 17 février 2004, n° 02-11.618. En effet, depuis 2004, la Cour de cassation française refuse de reconnaître tout jugement, algérien ou marocain, qui constate une répudiation en raison du principe d'égalité entre homme et femme, mais qui motive sa décision par le fait que ni le juge, ni la femme ne peut s'opposer à la décision prise par le mari. Sur ce point, la chercheuse pose une interrogation en se demandant « Si la volonté unilatérale de la femme peut décider toute seule la rupture sans cause déterminée et discrétionnairement, quelle sera alors la position de la Cour de cassation ? »

Plus encore, l'intérêt de cette étude porte sur le fait qu'elle traite le sujet d'un point de vue comparatif entre deux systèmes différents, laïque et religieux, sur la rupture du mariage faite par la volonté unilatérale de la femme. La comparaison s'opérant entre deux femmes : l'une soumise à la législation française et l'autre à celle islamique. Elle vise à déterminer quelle loi donne le plus de liberté pour la rupture. Jusqu'à ce jour, cet élément est absent des études.

Pour traiter le sujet dans la législation islamique, la chercheuse a choisi les quatre grandes écoles sunnites comme champ de recherche, en faisant référence aux anciens ouvrages du *fiqh*, sans négliger le *fiqh* contemporain qui reflète, en réalité, un aspect du *fiqh* islamique. L'auteur ne s'est pas contenté d'explorer ce champ de recherche, il a traité la réalité pratique du sujet en question pour que l'étude soit plus proche de la législation actuelle. Pour cela, il a abordé le sujet dans six codes arabes modernes (marocain, algérien, libyen, égyptien, jordanien et qatari). Ce choix est volontaire. Il est justifié par plusieurs raisons détaillées dans l'introduction. Du côté de la législation française, la réforme de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, dont les voies de rupture consacrent un accès à la volonté unilatérale de l'un des époux, constitue essentiellement le terrain de la recherche. L'étude a été alimentée par des décisions judiciaires rendues en France et en pays arabes.

Dans l'introduction également, la chercheuse clarifie des éléments nécessaires pour aborder le sujet. Elle s'est d'abord concentré sur le fait de donner une base comparative entre les deux droits franco-islamique quant au regard de la nature juridique du mariage. Ensuite, l'auteur a choisi le terme de répudiation de fait que la rupture voulue par un seul conjoint rappelle ce terme. Il se conclut que la répudiation est le synonyme de la rupture du mariage par une volonté unilatérale d'un époux « sans ou avec cause déterminée ». Cette conclusion est, en effet, une clé importante pour lancer le plan de la recherche. En affirmant que la répudiation se caractérise par deux catégories, l'auteur s'installe sur celles-ci pour intituler les deux grandes parties de la recherche. La première concerne la rupture unilatérale sans cause déterminée. La seconde catégorie de répudiation recouvre la rupture avec cause déterminée. La volonté unilatérale de rupture du mariage exercée par la femme, sans ou avec cause déterminée, tente de répondre à toutes les interrogations précédentes portant sur l'existence de cette volonté et l'appréciation de la rupture.

Quant à *la première partie* qui s'intéresse à une rupture sans cause déterminée, la femme, en tant qu'une demanderesse de divorce, n'a pas à justifier sa décision pour obtenir cette rupture et rien n'est reproché au mari. Dans cette partie déclinée en deux titres, la recherche s'est

concentré sur deux moyens de rupture par laquelle la femme peut rompre le mariage sans cause déterminée soumise au pouvoir discrétionnaire du juge dans les deux législations. Dans la législation islamique, la rupture proposée est sous la forme du divorce-*khul* et notamment le *khul* forcé. Celui-ci donne le droit à la femme de rompre le mariage discrétionnairement sans l'accord de son époux moyennant compensation qui se présente le *sadaq* que le mari a offert à son épouse.

Dans la législation française, le législateur propose à la femme une rupture sous la forme du divorce-constat. Celui-ci représente le divorce pour altération définitive du lien conjugal où une seule volonté peut décider le divorce sans l'accord de l'autre époux. Certes, ce divorce exige d'attendre deux ans après la séparation entre les deux époux mais il donne tout de même le droit à un époux, la femme en l'occurrence, de rompre le mariage unilatéralement et discrétionnairement.

La seconde partie du travail se concentre sur la rupture avec cause déterminée où la volonté est tenue de présenter une cause et de convaincre le juge pour obtenir la rupture. Dans ce dernier cas, la question prépondérante que l'auteur pose est la suivante : quelle cause peut être consacrée par le législateur ? L'auteur s'est concentré sur la nature de la cause que chaque législation présente, dans ce cas, à la femme. La législation française donne une possibilité de rupture sous la forme du divorce-sanction qui constitue le premier titre de l'étude. C'est le divorce pour faute auquel la femme peut recourir pour rompre son couple unilatéralement. Une forme de divorce exigeant un fait imputable au mari qui viole un devoir conjugal. Ces deux exigences sont des conditions logiques, selon l'auteur, de fait que le divorce dans ce cas est une sanction qui tombe sur un mari fautif.

En revanche, la proposition présentée par la législation islamique est sous la forme du divorce-solution qui constitue le second titre. C'est le divorce pour *darar* (préjudice) qui peut mettre fin au mariage même en l'absence d'une faute imputable au mari.

Après avoir traité, analysé et étudié tous les aspects nécessaires du sujet, la chercheuse présente la conclusion de son étude. La rupture du mariage par la volonté unilatérale de l'épouse, qui reflète en réalité la répudiation, sans ou avec cause déterminée, se trouve intégrée dans les deux systèmes français comme islamique. Néanmoins, la recherche a révélé deux degrés de libéralisme. Si les deux systèmes cités adoptent la rupture par la seule volonté unilatérale de l'épouse sans et avec cause déterminée, leurs conceptions et philosophies sur le

sujet s'avèrent très différentes. Un écart considérable apparaît entre les deux systèmes quant à la marge de liberté accordée à la femme par chaque législateur.

A travers deux axes de réflexion, l'auteur présente cette conclusion en exposant un regard partiel et un autre global, pour apprécier la présence de la volonté de l'épouse dans la rupture et relever, par conséquent, la différence qui caractérise un système par rapport à l'autre.

Le regard partiel, qui se représente les moyens de rupture analysés dans l'étude, démontre que malgré que les deux systèmes donnent la possibilité de rompre le mariage, la marge de liberté distingue un système de l'autre. Dans *la rupture sans cause déterminée* et grâce au *Khul* forcé, la volonté de la rupture peut agir immédiatement dans le droit islamique pour rompre le mariage tandis qu'elle se trouve, en droit français, obligée de patienter deux ans avant de pouvoir assigner l'autre conjoint en « répudiation lente ». Même *avec cause déterminée*, la philosophie de chaque système et la marge de liberté de cette volonté témoignent de deux visions complètement différentes. En adoptant la conception de divorce-sanction, le législateur français exige, pour que la volonté de rupture puisse agir, un fait imputable au mari. Bref, « *la volonté de rupture dépend fondamentalement de la responsabilité du conjoint qui a commis la faute. Sans la responsabilité du mari face au fait commis, la volonté unilatérale de l'épouse ne peut rompre le mariage. Plus encore, même si le fait est imputable au mari, sa gravité peut perdre son efficacité par la longue durée de séparation entre les époux, surtout quant à la violation du devoir de fidélité* ». Au contraire, en droit islamique, le divorce pour *darar* « *ouvre largement la porte à la volonté unilatérale de l'épouse pour la rupture du mariage, avec ou sans faute. La volonté de rupture, dans le divorce-darar, libérée de l'idée de faute imputable, ne dépend pas nécessairement de la responsabilité du mari dans le fait reproché par la femme. Elle peut dépendre d'un événement pouvant parfaitement justifier le divorce comme solution voulue par la femme. Au contraire, dans le divorce pour faute, il s'agit strictement d'une violation volontaire du devoir conjugal faite par un conjoint, le mari en l'occurrence. La femme soumise au droit français ne peut obtenir le divorce pour cause déterminée qu'avec l'existence d'un fait imputable au mari ayant violé un devoir conjugal. Au contraire, l'épouse soumise à la législation islamique peut légitimement obtenir le divorce sans nécessité de fait imputable au mari, ni de violation du devoir conjugal. Pas de divorce pour faute sans faute en droit français, mais le divorce sans faute est envisageable pour darar dans la législation islamique. S'appuyant sur ce point focal de différence, la marge de liberté accordée à la volonté unilatérale de l'épouse est plus large dans la législation islamique qu'en droit français.* ».

Ce regard partiel a constitué le fondement du regard « *global pour apprécier la présence de la volonté de l'épouse dans la rupture. L'ensemble des voies permettant de demander le divorce ainsi que leurs diverses acceptions, dans les deux législations, révèlent une liberté accordée à la rupture unilatérale du mariage mais à deux niveaux de libéralisme. Le législateur islamique, même moderne, a présenté un traitement législatif global plus ouvert et plus favorable au divorce par la volonté unilatérale de l'épouse, sous diverses formes : le khul forcé, d'une part, et le divorce-darar qui fait naître en soi de nombreux modes de rupture, d'autre part. Un divorce à la carte, en quelque sorte, qui reflète un système de divorce multiforme par excellence. Ce système est le fruit du regard que l'Islam porte sur le divorce, ne considérant jamais le mariage comme un acte indissoluble même s'il le décrit comme un engagement solennel*³. Bien que la dissolution du mariage soit la chose licite la plus détestable à Dieu⁴ sur le plan moral⁵, il reste en pratique un droit reconnu à la volonté unilatérale de chaque époux. Le libéralisme du divorce par la volonté unilatérale de l'épouse, dans la législation islamique, se confirme par la comparaison avec le droit français. En fait, le législateur français, malgré le progrès remarquable et apprécié apporté par la réforme de 2004, semble moins libéral que le droit islamique à l'égard de la volonté unilatérale de rupture. Le traitement législatif se montre insuffisant dans le domaine du divorce voulu par une seule volonté. Pour obtenir unilatéralement un divorce, en l'occurrence pour l'épouse, celle-ci est devant deux options : soit la faute qui exige un fait imputable au mari, soit le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui exige deux ans de séparation de la communauté de vie. La dernière option assure à la volonté unilatérale de l'épouse d'obtenir le divorce, mais la durée de deux ans d'attente pour assigner l'autre conjoint pose la question de la pertinence de cette exigence. On est, bien évidemment, d'accord pour dire que la volonté unilatérale peut être ici légitimement l'acteur de cette séparation, ce qui témoigne de l'existence d'une « répudiation pure » en droit français. Néanmoins, la durée de deux ans minimise l'efficacité du divorce-altération définitive du lien conjugal pour la volonté unilatérale de rupture. La faute, surtout s'il s'agit de la violation du devoir de fidélité, même si elle a été commise et prouvée, ne signifie pas forcément le prononcé du divorce. En effet, le divorce pour faute perd son efficacité du fait que la longue durée de rupture entre les époux

³Selon la parole du Coran: « *D'ailleurs, comment oseriez-vous leur reprendre quoi que ce soit, après l'union intime qui vous a liés et les promesses solennelles que vous avez échangées ?* ». S. 4 ; Ve. 21 du Coran.

⁴C'est le sens de deux hadiths rapportés dans : *Sunan Abou Dâwûd* (en arabe), Hadiths n^{os} 2177 et 2178.

⁵À savoir que l'un des époux ne doit choisir la rupture qu'en cas de nécessité et comme solution face à une situation insupportable pour lui. Selon le discours moral de l'Islam, le mariage ne doit pas être rompu ni repris à la légère. Le divorce ne doit pas être demandé ou fait par caprice. À cet égard, chaque époux va agir selon sa foi.

peut atténuer la gravité du fait commis. La liberté accordée à la volonté, conditionnée par la faute ou l'altération définitive du lien conjugal, ne répond donc pas suffisamment au besoin de la volonté unilatérale de divorce ».

La chercheuse conclut en appelant le législateur français à remettre en cause le traitement législatif de divorce-unilatéral pour répondre au besoin de la volonté unilatérale de rupture en adoptant une législation de divorce plus libérale et plus simple que le droit actuel. Pour elle, si l'inspiration d'un système similaire à celui de la législation islamique semble, pour diverses raisons, impossible en droit français, l'amélioration du divorce pour altération définitive du lien conjugal est envisageable et réalisable.

L'étude a tenté de fournir quelques réponses aux sujets d'actualité toujours présentés devant la justice française. Elle a, dans le même temps, mis la lumière sur un point très important en établissant une comparaison. Elle a encore ouvert un débat totalement absent sur le sujet, en traitant la marge de liberté accordée à deux femmes soumises à deux systèmes, tout en mettant en évidence la nécessité que le législateur français laïque donne plus de liberté à la volonté unilatérale de rupture. Cette étude va fournir aux chercheurs et à ceux qui s'intéressent au sujet non seulement des positions doctrinales variées puisées de leurs sources originelles, mais également des textes législatifs, des décisions judiciaires traduites de l'arabe pour la première fois.