

Ordre public international et relations familiales : facteur d'ordre ou de désordre ?

PAR

Jean-Yves CARLIER

Professeur aux universités de Louvain et de Liège, avocat

À la fin du XIX^e siècle, l'ordre public fut le troisième pilier de la construction positiviste du droit international privé, avec les théories du renvoi et de la qualification¹. L'objectif louable était d'apporter des solutions scientifiques aux conflits de droits résultant des différences entre les lois nationales. Mais, derrière cette neutralité scientifique se cachait souvent la volonté de privilégier le droit national du for, jugé supérieur. Ainsi, les deux premières théories visaient à harmoniser les techniques conflictuelles différentes d'un État à l'autre. La technique du renvoi tient compte d'une règle du conflit de loi étrangère, différente de la règle de conflit du for. La théorie des qualifications porte sur la détermination de la catégorie de rattachement qui conduira à la désignation de la règle de conflit de lois. Deux institutions, identiques ou similaires, seraient différemment qualifiées en manière telle que la solution sera différente selon que l'on retient la qualification du for (*lege fori*) ou la qualification du droit applicable au fond du litige (*lege causae*). La théorie tend à trancher ce conflit de qualification. L'ordre public a un objectif plus substantiel. Il entend écarter le contenu matériel du droit étranger qui dérange l'ordre juridique du for, tantôt, quand ce droit est applicable en vertu de la règle de conflit de loi, tantôt, quand il s'agit de reconnaître les effets d'une situation juridique créée à l'étranger. À y regarder de plus près, dans leur interprétation et dans leur application, ces trois théories ont conduit au même résultat protectionniste : favoriser le droit du for. La technique du renvoi n'a généralement été utilisée que dans des cas de renvois au premier degré, jeux de ping-pong permettant d'écarter le droit matériel étranger, désigné par la règle de conflit du for, pour revenir, par l'entremise de la règle de conflit étrangère, au droit matériel du for. De même, la théorie des qualifications a, en pratique, largement privilégié la qualification qui permettait d'appliquer le droit matériel ou procédural du for, que ce soit sur la base d'une qualification *lege fori* ou *lege causae*. On sait qu'aujourd'hui, les

¹ Pour des historiques, voy. Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 305 et s. ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959.

deux premières théories sont en désuétude. Sauf exception, le renvoi est banni du code belge de droit international privé². La théorie des qualifications est de même plus qu'obsoleète en pratique, sinon en théorie, en raison de la réflexion sur l'équivalence des institutions, qui a révélé qu'il s'agissait souvent de faux conflit, et de l'éclatement des catégories de rattachement en rattachements multiples. Pour la matière des relations familiales, la catégorie de rattachement unique du statut personnel, soumis au facteur de rattachement prépondérant de la nationalité, s'est transformée en sous-catégories précises (capacité, mariage, union, divorce, désunion, filiation biologique, adoptive, assistée, successions, régimes matrimoniaux) soumises à plusieurs facteurs de rattachement divers dans leur matérialité (nationalité, domicile, résidence habituelle, autonomie de la volonté) et dans leur méthode (disjonctif, cumulatif, alternatif, conditionnel, en échelle de Kégel ...).

Compte tenu de la disparition des deux premières théories du droit international privé positif, on est en droit de s'interroger sur la survie de la troisième : l'ordre public. Si l'ordre public échappe à la disparition, c'est probablement au prix d'une profonde mutation qui fait évoluer la notion d'un ordre d'exclusion tendant à éviter le désordre, vers un ordre d'inclusion tendant à ordonnancer la complexité d'une société démocratique.

Section 1. Un ordre public d'exclusion contre le désordre

« Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé que pour autant que le législateur a entendu consacrer, par les dispositions de celle-ci, un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi et qui ... doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ». Chacun reconnaît ici la formule *Vigouroux*³. On ne s'attarde pas sur le fait que la formule qui se réfère à la « loi » d'ordre public se déduit du fait que la Cour de cassation exerce un contrôle au départ de l'interprétation de l'article 6 du Code civil. Aujourd'hui, l'article 6 demeure, avec la non rétroactivité de la loi (art. 2), le seul vestige du titre préliminaire du code civil qui précède juste le livre I consacré aux personnes. Il se lit comme suit : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Un constat s'impose, c'est

² Art. 16 CODIP, avec deux exceptions qui peuvent concerner la matière du droit familial : la capacité des personnes (art. 34, § 1^{er}, al. 2, renvoi au premier degré) et les successions immobilières (art. 78, § 2, al. 2, renvoi conditionnel pour la soumission de l'ensemble de la succession à la loi de la résidence habituelle du *de cuius*). La technique du renvoi est maintenue dans le règlement 650/2012.

³ Cass., 4 mai 1950, *Vigouroux*, *Pas.*, 1950, I, p. 624.

bien au départ de cette conception interne d'un ordre public indérogeable, circonscrivant l'autonomie contractuelle, que s'est développé un ordre public qui, bien qu'erronément qualifié d'international, a pour objectif de protéger l'ordre national en excluant l'élément étranger menaçant l'ordre moral. Il n'est rien là de très condamnable dans le contexte d'une époque. En 1930, Étienne Bartin pouvait encore écrire que l'ordre public conduisait au refus « d'appliquer à un litige la législation d'un pays non civilisé, que les règles françaises du conflit des lois devraient le conduire à appliquer si cette législation en était digne »⁴. Certes, cet ordre public international-national va évoluer dans le temps au gré, forcément, des législations nationales. Un exemple suffit à s'en convaincre. En 1955, dans l'arrêt *Rossi*, la Cour de cassation avalise l'impossibilité pour une femme belge de divorcer de son époux italien en raison de l'application distributive des lois nationales en présence, ayant en réalité le résultat cumulatif de ne pas permettre le divorce lorsqu'une des lois nationales, en l'espèce la loi italienne, ne permet pas le divorce. La Cour note expressément que « la loi étrangère qui prohibe le divorce n'est pas comme telle contraire à l'ordre public international belge »⁵. En 1978, dans l'arrêt *Bigwood*, la Cour, sans faire référence à l'ordre public, n'hésite pas à confirmer cette faveur à l'indissolubilité du mariage, en faisant une interprétation stricte de la loi du 27 juin 1960 qui avait corrigé les conséquences de l'arrêt *Rossi*. La Cour casse l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui avait autorisé un divorce par consentement mutuel entre un anglais et une italienne. La Cour écarte les critères de la « persistance de la volonté » de divorcer et de « l'intégration prépondérante » en Belgique qui avaient été expressément retenus par la Cour d'appel⁶. En 2004, à cette faveur pour l'indissolubilité du mariage, le législateur substitue une faveur au droit à la dissolution du mariage, en inscrivant dans le Code de droit international privé que « l'application du droit [étranger normalement applicable] est écartée dans la mesure où ce droit ignore l'institution du divorce »⁷. Il en va de même pour la reconnaissance du mariage de personnes de même sexe. En un an, la loi belge du 17 février 2003, ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, acquiert, dans la loi du 16 juillet 2004 portant code de droit international privé, le statut de valeur fondamentale de notre société, conduisant à l'introduction d'une disposition précisant que « l'application d'une disposition du droit [national d'un

⁴ E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Domat, 1930, t. I, § 102, p. 268.

⁵ Cass., 16 février 1955, *Rossi, Pas.*, 1955, I, p. 647 ; *Rev. crit. DIP*, 1955, p. 143.

⁶ Cass., 14 décembre 1978, *Bigwood, Pas.*, 1978, I, p. 445, *R.C.J.B.*, 1979, p. 132.

⁷ Art. 55, § 3, CODIP.

des deux époux] est écartée si ces lois prohibent le mariage de personnes de même sexe » si certaines conditions de proximité sont remplies⁸.

Dans les deux cas, mariage ou divorce, cette manière de clause d'ordre public positif exprimant clairement les valeurs d'une société, si elle diffère en la forme, ne diffère pas dans son résultat. Il convient bien d'exclure, d'écarter dit le texte, le droit qui ignore ces valeurs. Est-ce à dire que rien n'a changé et que l'exception d'ordre public demeure une technique d'exclusion ? Tantôt, comme dans les deux exemples donnés, elle écarte l'application du droit étranger en aval de la règle de conflit de lois. Tantôt, comme dans d'autres hypothèses, relatives à la polygamie ou à la répudiation, elle refuse la reconnaissance en Belgique des effets de l'institution étrangère contraire à nos valeurs⁹. Pourtant, au-delà de ce mécanisme d'exclusion, on perçoit une nette évolution vers un ordre public d'inclusion.

Section 2. Un ordre public d'inclusion pour l'ordonnancement

En réalité, quelles que soient les formes qu'elle adopte, l'exception d'ordre public demeure une notion fonctionnelle. Comme toute notion à contenu variable, le contenu de l'ordre public dépendra des organes appelés à l'appliquer. Ce sont donc davantage des critères d'invocabilité de l'ordre public qu'une définition de son contenu, par essence mouvant, qui permettent d'en préciser les contours. À cet égard, l'évolution des textes et de la jurisprudence dégage deux critères prépondérants : la gravité et la proximité. Tant en matière de conflit de lois qu'en matière de reconnaissance de décisions ou d'actes étrangers, le Code de droit international privé invite à tenir compte « de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet produit »¹⁰. Ces deux critères semblent connaître eux-mêmes une évolution notable quant au cadre de référence de leur mesure. L'intensité du rattachement n'est pas un critère neuf. On se souviendra que, dans l'affaire *Bigwood* précitée, la Cour d'appel de Bruxelles, censurée par la Cour de cassation, l'avait appliqué sous forme d'un critère « d'intégration prépondérante ». Il s'agissait, en pratique, de prendre acte d'une longue durée de résidence sur le territoire belge. Aujourd'hui, malgré certaines résistances, ce critère semble évoluer d'une proximité nationale ou territoriale vers une proximité de droit.

⁸ Art. 46, § 2, CODIP.

⁹ Ces exemples ne sont pas développés ici. Voy. P. WAUTHÉLET, *J.L.M.B.*, 2008, p. 822 ; J.-Y. CARLIER, *R.G.D.C.*, 2008, p. 525 ; C. HENRICOT, *R.T.D.F.*, 2008, p. 825 ; ST. FRANCO et J. MARY, *R.T.D.F.*, 2013, p. 861 ; J. MARY, *R.T.D.F.*, 2014, p. 3594 ; J. MARY, *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 557.

¹⁰ Art. 21 et 25 CODIP.

L'exemple précité du mariage de personnes de même sexe illustre bien cette évolution. Le facteur de proximité qui permet d'écarter la loi étrangère, qui n'autorise pas tel mariage, n'est pas seulement la nationalité belge d'un des époux, ni la seule résidence habituelle d'un époux en Belgique, mais le simple fait qu'un époux ait la nationalité d'un État, ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État, « dont le droit permet un tel mariage ». De même, en matière de reconnaissance de répudiation, il importe, parmi les différents critères cumulatifs, qu'aucun époux n'ait la nationalité d'un État, ou sa résidence habituelle dans un État, « dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du lien conjugal »¹¹. En d'autres termes, plus qu'une proximité territoriale, c'est bien une proximité de droit qui est recherchée. Certes, tout facteur territorial n'est pas étranger à cette proximité mais, d'une part, le territoire concerné n'est pas nécessairement celui du for saisi et, d'autre part, il peut n'être qu'un facteur parmi d'autres. S'agissant de la mesure de la gravité, l'application classique de l'exception d'ordre public opérait déjà une distinction entre l'ordre public du conflit de lois et l'ordre public de reconnaissance. L'ordre public du conflit de loi s'oppose à la création dans notre ordre juridique d'une nouvelle situation de droit portant atteinte aux valeurs de cet ordre. L'évitement est net. Un mariage polygamique ne sera pas célébré en Belgique. L'ordre public de reconnaissance mesure les effets de la réception, dans notre ordre juridique, d'une situation de droit ancienne créée à l'étranger. L'opposition est atténuée. Certains effets d'un mariage polygamique valablement contracté à l'étranger pourront être acceptés. Il s'agira assez classiquement d'effets pécuniaires. Il peut aussi s'agir d'effets liés au statut personnel. Si le droit belge prohibe le séjour d'une seconde épouse sur le territoire belge, en application du droit de l'Union européenne, il ne peut, dit la Cour constitutionnelle, prohiber le séjour des enfants, quand bien même le droit de l'Union l'y autoriserait. C'est que « les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leurs parents »¹². Pour ce faire, la Cour constitutionnelle fait expressément référence à la Convention européenne des droits de l'homme en son article 8 qui protège la vie privée et familiale et à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. La Cour admet que la restriction au séjour de la deuxième épouse est une ingérence admise par l'article 8 CEDH, « nécessaire dans une société démocratique, à l'objectif de défense de l'ordre », s'agissant « des conjoints unis par une forme d'union conjugale qui est contraire, non seulement à l'ordre public international belge,

¹¹ Art. 57 CODIP.

¹² C.C., 26 juin 2008, n° 95/2008. La loi belge était une transposition de la possibilité offerte par la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, en son art. 4, § 4 (J.O.C.E., 3 octobre 2003, L 251, p. 12).

mais également à l'ordre public international des autres États membres de l'Union européenne »¹³. Ensuite, pour mesurer de façon plus stricte le principe fondamental d'égalité s'agissant des enfants, la Cour s'interroge, faisant écho à l'avis réservé que le Conseil d'État avait émis sur le projet de loi : « l'intérêt supérieur de l'enfant ne justifie-t-il pas que l'enfant, même issu d'un couple polygame, soit traité de la même manière qu'un autre enfant ? »¹⁴ La Cour européenne des droits de l'homme se réfère également à l'intérêt de l'enfant dans de nombreuses décisions liées au droit international privé familial, comme le montre bien la contribution de Sylvie Sarolea dans le présent ouvrage. Il est certain que, ce faisant, l'ordre public s'adapte aux réalités sociales¹⁵ et que, sous l'influence des droits de l'homme et du droit européen, l'ordre public « a perdu son caractère fondamentalement national »¹⁶. Certes, même dans le droit de l'Union européenne, plusieurs règlements maintiennent une référence à l'ordre public du for d'une manière qui pourrait être rapprochée de la technique des lois de police¹⁷. Dès lors, tant dans un contexte européen que dans un contexte national, l'application conjointe des critères de proximité et de gravité, ainsi que leur appréciation commune à la lumière des droits fondamentaux, ne supprime pas toute controverse. Des écarts importants peuvent exister et conduire à des interprétations divergentes qui peuvent donner une impression de désordre plus que d'ordre¹⁸. Il ne faut toutefois pas exagérer ce constat. D'une part, à court terme, la jurisprudence joue un rôle d'apaisement. L'opposition des valeurs, stigmatisée par l'ordre public, peut parfois trouver

¹³ pt B.20.3.

¹⁴ pt B.22.

¹⁵ A. BUSSCHER, « L'ordre public et le but social des lois », *R.C.A.D.I.*, t. 239, 1993.

¹⁶ S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2013, p. 104. Sur ces questions en général, voy. P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 318, 2005, p. 264 ; M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005 ; P. GANNAGÉ, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *R.C.A.D.I.*, t. 164, 1979, p. 339 ; *Les travaux de l'Institut de droit international, session de Cracovie*, vol. 71-I, Paris, Pedone, 2005, pp. 7-115 avec le rapport de P. LAGARDE sur « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille » ; S. VRELLIS, « Conflits ou coordination de valeurs en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, t. 328, 2007, p. 175 ; P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.*, 1997, p. 1. Sur l'influence des droits fondamentaux dans la méthodologie même du droit international privé, dans la mesure où ceux-ci amènent à repenser la manière dont le droit régit les rapports personnels dans les contextes multiculturels, voy. H. MUIR-WATT, « Fundamental Rights and Recognition in Private International Law », *J.E.D.H.*, 2013, p. 411.

¹⁷ Sur les nuances entre les deux techniques et sur le caractère plus protectionniste des lois de police, voy. Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 313, et, parmi les publications récentes, A. PANET, « Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contre-poids à l'autonomie de la volonté ? », *R.C.D.I.P.*, 2015, p. 837.

¹⁸ En matière de partage ou non de la pension de survie, voy. J. MARY, « L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoque avec les juges de Cassation : Retour sur la controverse quant aux effets sociaux du mariage polygamique », *Rev. dr. étr.*, 2014, p. 557.

solution, par un simple déplacement de perspective mettant par exemple l'accent sur la reconnaissance des droits acquis, ou sur l'équivalence d'institutions en apparence distinctes. Il en va ainsi des formes de tutelle (*Kefala*) ou d'adoption évoquées dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme analysée par Sylvie Sarolea. À moyen terme, la jurisprudence s'harmonise sous le contrôle, en interne, de la Cour de cassation et l'influence, en externe, de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autre part, à long terme, les législations elles-mêmes s'harmonisent. Des formes très différentes de création du lien familial subsistent. Il serait erroné de croire qu'elles ne sont l'apanage que de cultures ou de territoires éloignés en ayant à l'esprit la polygamie ou la répudiation. Au vu de l'évolution des législations dans de nombreux pays de droit musulman, ces disparités paraissent devoir s'atténuer. L'évolution, mal connue, du droit marocain en est un exemple : la polygamie et la répudiation y deviennent tout à fait exceptionnelles¹⁹. À l'inverse, les sociétés occidentales révèlent des disparités conséquentes face à des institutions ou des pratiques comme le mariage de personnes de même sexe et la gestation pour autrui. Mais, ici aussi, à long terme, le législateur intervient progressivement. Toutefois, de façon générale, l'erreur majeure serait de croire que l'autorité du législateur ou des hautes juridictions puisse rétablir un ordre pyramidal des valeurs. Celles-ci sont nécessairement évolutives dans le temps et dans l'espace. L'examen du nombre d'États ayant légiféré dans tel ou tel sens peut être un indice de mesure de ces valeurs communes. La Cour européenne des droits de l'homme utilise parfois cette technique quelque peu comptable. Mais l'essentiel n'est pas dans le contenu de cet ordre public, que François Rigaux se plaisait à qualifier de « baudruche, gonflable à volonté, de manière à boucher les interstices »²⁰, mais dans le souffle, dans la perspective qui anime son usage. Une perspective négative conduit à exclure ce qui dérange. Une perspective positive conduit, dans la mesure du possible, à l'inclure. La notion d'accommodements réciproques pourrait être évoquée²¹. Ce n'est pas l'établissement d'un ordre linéaire qui est alors recherché, mais la construction d'un ordonnancement commun qui organise des éléments différents – souvent qualifiés de valeurs – dans un ensemble commun. Il y faut un cadre de référence commun. Les textes internationaux de protection des droits de l'homme offrent ce cadre. Mais il y faut aussi l'acceptation d'une diversité au sein du cadre.

¹⁹ M.-Cl. FOBLETS et J.-Y. CARLIER, *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2005.

²⁰ Fr. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 348.

²¹ C. HENRICOT et J.-Y. CARLIER, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques », in M. POBLET, M. ABDEL WAHAB, N. BERNARD-MAUGIRON *e.a.*, *Ordre public et droit musulman de la famille. En Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 237 à 278.

La concrétisation de cette analyse est l'apanage des juges du fond qui, éclairés par les plaideurs, sont à même de connaître des faits et d'évaluer *in concreto*, non plus la seule exclusion de principe d'une loi ou d'une institution contraire à l'ordre moral, social ou politique, selon la formule *Vigouroux*, mais la nécessité de ménager un juste équilibre entre les intérêts de la collectivité et ceux des personnes concernées, selon un raisonnement récurrent de la Cour européenne des droits de l'homme. Nécessaire, cette démarche n'est pas aisée, en particulier dans les périodes de peur caractérisées par le repli identitaire. Montaigne, qui connut les temps troublés des guerres de religion, rappelle que « c'est chose difficile de résoudre son jugement contre les opinions communes »²².

²² *Essais*, Livre III, chapitre XI. Le Chapitre est titré « Des boiteux », ce qui, en droit international privé, nous fait penser aux situations boiteuses souvent conséquences d'un usage large de l'exception d'ordre public.