

## Quand l'ordre public fait désordre

Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé

À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation

Jean-Yves CARLIER

Professeur aux Universités de Louvain et de Liège  
Avocat

Deux arrêts de la Cour de cassation de Belgique, reproduits dans la présente livraison, permettent de réexaminer la place de l'ordre public en droit international privé.

Le premier arrêt (*B.A.*), du 18 juin 2007, casse un jugement du Tribunal de première instance de Charleroi, qui confirmait une décision de Justice de paix ayant accordé une pension alimentaire à une femme marocaine répudiée au Maroc par son mari belgo-marocain, les parties résidant en Belgique. Le juge du fond avait écarté l'application de la loi marocaine ignorant la pension alimentaire après répudiation et appliqué le droit belge (art. 301 et 306 C. civ.), en soulignant "le rattachement de la situation des parties à l'ordre juridique du for" (belge). La Cour casse, au motif que l'application de la loi marocaine, déclarée applicable aux effets du divorce, au titre de loi du statut personnel des parties, ne doit pas être écartée, car l'article 301 du Code civil, prévoyant la pension alimentaire après divorce "n'est pas une disposition d'ordre public international".

Le deuxième arrêt (*H.A.*), du 3 décembre 2007, rejette le pourvoi introduit à l'encontre d'un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles, qui avait confirmé une décision de l'Office National des Pensions (ONP) refusant une pension de survie à la deuxième veuve marocaine, résidant au Maroc, d'un Marocain polygame résidant en Belgique et y ayant épousé une Belge. La Cour de cassation confirme le point de vue de la juridiction de fond au motif principal que "l'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie".

Chaque arrêt mériterait un commentaire propre<sup>1</sup>. Les deux arrêts ont une conséquence matérielle commune: la femme marocaine, déjà victime tantôt d'une répudiation, tantôt d'un mariage polygame, est une deuxième fois sanctionnée par le refus de toute aide financière. Ce qui intéresse davantage ici, c'est la contradiction qui paraît marquer les deux

décisions, rendues au demeurant par la même chambre identiquement composée, en ce compris le siège du Ministère Public. La mesure de l'exception d'ordre public y paraît très différente. La première décision applique le droit marocain en ne tenant pas compte des liens de la situation avec la Belgique, alors que, en raison de ces liens, la deuxième décision écarte les effets de l'acte juridique valablement établi au Maroc. En d'autres termes, l'ordre public de proximité fondé sur la nationalité belge d'une épouse permet d'écartier tout effet d'un mariage polygame (*B.A.*). En revanche, le même ordre public de proximité fondé sur la nationalité belge du mari et la résidence habituelle des époux en Belgique ne permet pas d'écartier la loi marocaine applicable aux effets d'une répudiation (*H.A.*).

On peut déceler, par le rapprochement de ces deux arrêts, un certain flottement dans l'appréciation de la définition de l'ordre public de proximité (I), qui conduit à confirmer la nécessité d'accepter plus clairement une application *in concreto* de l'ordre public de proximité (II).

### I. La définition de l'ordre public de proximité

L'expression "ordre public de proximité" montre la belle influence des travaux clairvoyants de l'auteur français Paul Lagarde. En 1959, il avait consacré sa thèse de doctorat aux *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*<sup>2</sup>. En 1986, il consacrait son cours général de droit international privé à l'Académie de droit international de La Haye au *Principe de proximité*<sup>3</sup>. En 1993, dans les mélanges offerts au maître du droit international privé belge, il écrivait sur la théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation<sup>4</sup>. De 1998 à 2004, pour l'Institut de droit international, il dirigeait les travaux de la neuvième commission, consacrés à l'étude des "Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille"<sup>5</sup>. En 2005, les mélanges en l'honneur de Paul Lagarde faisaient largement écho aux prolongements de ces travaux<sup>6</sup>.

Les deux sujets – proximité et ordre public – peuvent paraître distincts. La proximité serait un principe, l'ordre public une exception. Le principe de proximité traduit la recherche du "lien étroit", qui permet de rattacher une situation juridique privée internationale à un ordre juridique national tan-

1. Pour un commentaire détaillé du premier arrêt, voy. P. WAUTELET, "La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire", *J.L.M.B.* 2008, p. 822, et du deuxième arrêt, C. HENRICOT, "Les effets du mariage polygamique sur les droits sociaux", *Rev. trim. dr. fam.* 3/2008, à paraître.

2. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959.  
3. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours général de droit international privé, RCADI* 1986, T. I, vol. 196, pp. 9-238.  
4. P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française", in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, 1993, pp. 263 et s.  
5. *Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Cracovie*, vol. 71-I, Paris, Pedone, 2005, pp. 7-115.  
6. *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005. On notera en particulier: T. BALLARINO et G.P. ROMANO, "Le principe de proximité chez Paul Lagarde" (p. 37); P. COURBE, "L'ordre public de proximité" (p. 227); J. FOYER, "Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde" (p. 285) et C. KESSEDIAN, "Le principe de proximité vingt ans après" (p. 507).

tôt par des règles de conflit de juridictions déterminant la compétence, tantôt par des règles de conflit de lois déterminant le droit applicable. Cela correspond assez bien à la classique recherche du “siège” du rapport de droit destiné à montrer “le lien qui rattache les rapports de droit à un lieu déterminé”, selon la terminologie de SAVIGNY<sup>7</sup>. En négatif, le principe peut conduire un juge à se déclarer incompétent car il serait un *forum non conveniens* ou, s’il est compétent, à appliquer une loi étrangère mieux à même de régir telle situation internationale que la loi du for. Il fut ainsi de tradition d’appliquer la loi nationale aux matières de statut personnel, dont le droit familial. La loi nationale traduisait à la fois le rattachement à l’identité culturelle et à la nécessaire stabilité du statut de la personne. L’application d’un droit étranger était aussi une manière de courtoisie internationale: si j’applique leur droit national à vos ressortissants, vous appliquerez mon droit à mes ressortissants. Tel raisonnement s’inscrit assez aisément dans le cadre d’un ensemble d’ordres juridiques fondés sur des principes communs. Ainsi, SAVIGNY raisonnait le droit international privé dans le cadre du système de droit romain. Les facteurs classiques de rattachement, qu’il s’agisse d’un rattachement territorial par domicile chez SAVIGNY ou d’un rattachement personnel par nationalité chez MANCINI, traduisent déjà l’idée de proximité dont ils ne sont que des mises en œuvre variées. Aujourd’hui, il est fréquent que la Cour de justice des Communautés européennes utilise une notion similaire de “liens réels” pour déterminer l’état responsable de l’octroi de certains droits<sup>8</sup>.

L’esprit internationaliste, permettant le rattachement à un droit étranger, est plus rudement mis à l’épreuve dans l’occurrence de droits fondés sur des principes plus différents, conduisant à des conflits de lois, qui traduisent des “conflits de civilisations”<sup>9</sup>. C’est alors que s’introduit l’exception d’ordre public, destinée à corriger ce que l’application normale des règles de droit international privé aurait comme conséquences “choquantes” dans l’ordre juridique du for. L’exception d’ordre public mène tantôt à refuser l’application du droit étranger normalement applicable, tantôt à refuser les effets d’une situation juridique créée à l’étranger par un acte public ou par un jugement.

La première hypothèse correspond à la position du juge du fond dans la première affaire commentée (B.A.). Il écarte la loi marocaine, loi nationale des parties applicable à leur statut

personnel. Le juge du fond estime que la loi marocaine, qui ne prévoit pas de pension alimentaire après divorce, est “contraire à l’ordre public international belge car heurtant un principe fondamental du droit belge, à savoir le droit de l’époux innocent à des aliments lui permettant de continuer à vivre dans des conditions équivalentes à celles de la vie commune... [car] ... il serait particulièrement choquant d’admettre qu’après 32 ans de mariage, (le demandeur) puisse de par sa seule initiative abandonner son épouse et la laisser sans aucune ressource”. La Cour casse, estimant que l’attribution d’aliments à l’ex-conjoint “n’est pas une disposition d’ordre public international”. En conséquence, en l’espèce, appliquer erroneusement l’exception d’ordre public conduit, selon le grief retenu du pourvoi en cassation, à “violier la règle de conflit de lois portée par l’article 3, alinéa 3 du Code civil, selon laquelle la demande de pension alimentaire après divorce relève de la loi régissant le statut personnel des ex-conjoints, c’est-à-dire la loi de leur nationalité commune”.

La deuxième hypothèse correspond à la position du juge du fond et de la Cour de cassation dans la deuxième affaire commentée (H.A.): “l’ordre public international belge s’oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d’un mariage [polygamique] valablement contracté à l’étranger”. Dans cette deuxième hypothèse, s’agissant simplement de reconnaître en Belgique les effets d’une situation juridique valablement créée à l’étranger, non de créer telle situation en Belgique par application du droit étranger, la jurisprudence, tant en France qu’en Belgique, avait développé la notion d’effet atténué de l’exception d’ordre public. L’effet atténué consistait à considérer que le contre-feu allumé par l’ordre public doit être moins puissant s’il s’agit simplement de s’opposer aux effets d’un acte ou d’une décision étrangère sans devoir, sur son territoire, appliquer comme tel le droit étranger. Dans cette perspective, à l’inverse de ce que fait la Cour de cassation, l’exception d’ordre public eût été moins invoquée dans la deuxième espèce (effet atténué) que dans la première (plein effet).

À dire vrai, les deux espèces commentées montrent bien que, souvent, l’utilisation de l’ordre public n’est pas tant une exception qu’un retour au principe de proximité. Si la loi étrangère ou si l’effet d’un acte étranger est écarté, c’est, souvent, au motif que cet ordre juridique étranger est moins proche de la situation que l’ordre juridique du for. Ainsi, dans la première espèce, le juge du fond écarte la loi marocaine refusant la pension alimentaire pour contrariété à l’ordre public en précisant que “le rattachement des parties à l’ordre juridique du for est d’autant plus fondé que les parties y ont vécu ensemble pendant 9 ans, que leurs enfants communs y vivent encore, que (le demandeur) y a fait toute sa carrière professionnelle, travaillant dans la sidérurgie, et qu’il a d’ailleurs acquis la nationalité belge”. Il y a bien là des facteurs de proximité par résidence et par nationalité. Cet ordre public de proximité rattache la situation à l’ordre juridique du for, il est une traduction, déjà révélée par Paul LAGARDE dans ses premiers travaux, de la notion allemande d’*Innenbeziehung* ou *Inlandsbeziehung*,

7. F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit und comp. 1849, T. VIII (Livre III), traduc. fr. Ch. GUENOUX, Paris, Firmin Didot Frères, 1851.

8. C.J.C.E., 11 juillet 2002, aff. C-224/98, *D’Hoop*, Rec. 2002, p. I-6191; 15 mars 2005, aff. C-209/03, *Bidar*, Rec., p. I-2119; 18 juillet 2006, aff. C-406/04, *De Cuyper*, Rec., p. I-6947; 28 mai 2008, aff. C-499/06, *Nerkowska*.

9. J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, R.C.A.D.I. 1988, IV, T. 211, pp. 9-372; M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, Paris, Dalloz, 2005.

forme d'ordre public territorial<sup>10</sup>. Curieusement, la Cour de cassation ne rencontre pas cet aspect dans sa motivation. En revanche, la Cour de cassation elle-même, dans la deuxième espèce, confirme le refus d'effet au mariage polygamique célébré à l'étranger dans le respect du droit applicable, en précisant que "l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie" car "la précédente union matrimoniale ... [l'était] ... avec une femme belge". La proximité de nationalité est ici soulignée. L'exception d'ordre public est, en ce sens, "une manifestation du principe de proximité qui imprègne le droit international privé"<sup>11</sup>. Jacques FOYER, s'inspirant des travaux précités de Paul LAGARDE, utilise pour la première fois, en 1993, l'expression "ordre public de proximité" dans ce commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation de France relatif à la filiation naturelle. Fallait-il ou non écarter les lois nationales, en l'occurrence la loi algérienne, qui ne permettaient pas l'établissement de la filiation naturelle, comme contraires à l'ordre public international? Pendant longtemps, la jurisprudence fut flottante. La Cour de cassation de France précise, dans cet arrêt, que "si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résident habituellement en France du droit d'établir sa filiation"<sup>12</sup>. Un critère alternatif de mesure de la proximité était ainsi clairement établi: soit la nationalité, soit la résidence. En 2006, la Cour de cassation de France confirme qu'il n'y a pas lieu d'utiliser l'exception d'ordre public pour permettre à un enfant algérien d'établir sa filiation naturelle à l'égard d'un père présumé français car l'enfant n'a ni nationalité française, ni résidence en France<sup>13</sup>.

Au départ de la jurisprudence précitée relative à l'établissement du lien de filiation naturelle, on conçoit aisément le débat que peut soulever le critère de proximité au regard des droits fondamentaux. Et quoi, l'enfant qui n'est pas Français ou n'a pas sa résidence en France est moins digne de voir sa filiation établie? Le même débat agite la jurisprudence relative à la reconnaissance de la répudiation, qui connut une évolution de reconnaissance assez large vers un rejet de reconnaissance en cas de proximité par nationalité ou résidence avec la France<sup>14</sup>. L'anathème n'est pas loin entre les tenants d'une application absolue des droits de l'homme – qualifiés par d'autres de défenseurs de l'absolutisme voir de l'impérialisme des droits de l'homme – et les

tenants d'une application relative de ces droits, notamment au regard de l'ordre public de proximité<sup>15</sup>. Le débat est connu. Au-delà du droit international privé, il traverse la doctrine des droits de l'homme entre universalisme et particularisme, mais son articulation au droit international privé est complexe, entre défense de valeurs fondamentales et recherche d'une harmonie internationale qui fait, elle-même, partie de ces valeurs<sup>16</sup>. Au fond, le débat s'apparente aux hypothèses de concurrence entre droits fondamentaux: liberté d'expression contre non-discrimination, respect de la vie privée contre interdiction de traitements dégradants; soit, d'une certaine manière, dignité contre dignité<sup>17</sup>. Les voies médianes qui ne se satisfont ni d'un absolutisme ni d'un relativisme des droits de l'homme sont possibles. Elles ne sont pas aisées. Ici comme ailleurs, elles admettent que l'incarnation du droit dans le cas d'espèce passe par la voix du juge. Le législateur, le juge de cassation et la doctrine doivent faire preuve de modestie devant la pratique du juge du fond. Si des cadres peuvent être tracés, leur mise en œuvre lui appartient. La Cour de cassation pourrait gagner en efficacité et en autorité à ne point trop s'y mêler, car "le juge du fond a entendu les parties ou ceux qui les représentaient, il a été éclairé sur les circonstances propres à la cause, aussi paraît-il plus sage de faire confiance à son appréciation et de décourager les plaideurs qui s'efforcent de transformer la Cour de cassation en un troisième degré de juridiction"<sup>18</sup>.

## II. L'appréciation *in concreto*

Les deux arrêts commentés montrent la nécessité d'accepter que l'appréciation nuancée de l'ordre public se fasse, *in concreto*, par le juge du fond.

Le premier arrêt (*B.A.*) refuse l'exception d'ordre public malgré la proximité avec l'ordre juridique belge. La proximité résultait à la fois de la nationalité belgo-marocaine du mari et de la résidence des parties en Belgique. La Cour estime toutefois que la loi marocaine commune applicable aux effets du divorce, qui refuse des aliments, n'est pas contraire à l'ordre public international.

Plusieurs remarques permettent de souligner l'incertitude de cette solution. Deux remarques sur la règle de conflit de

10. Pour une étude détaillée, voy. N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, Litec, 2007; commentaire de H. MUIR WATT, in *R.C.D.I.P.* 2008, p. 440.

11. J. FOYER, note sous Cass. fr., 10 février 1993, *R.C.D.I.P.* 1993, p. 625. *Idem*, p. 621.

12. Cass. fr., 10 mai 2006, *D.* 2006, 2890, note G. KESSLER et G. SALAMÉ.

13. Parmi les synthèses doctrinales et les jurisprudences récentes en France, voir P. LAGARDE, "Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial", *Festschrift für Sonnenberger* 2004, p. 481; Cass. fr., 3 janvier 2006, p. 627, note M.-Cl. NAJM.

15. Pour des synthèses récentes: L. GANNAGÉ, "À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux", in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 265 et P.-Y. GAUTHIER, "La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son exequatur", *idem*, p. 437, et H. GAUDEMÉT-TALLON, "Nationalité, statut personnel et droits de l'homme", in *Mélanges dédiés à Eric Jayme*, Munich, Sellier, 2004, p. 219.

16. Fr. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

17. M. LÉVINET, "Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du 'lancer de nains' devant le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies", *Rev. trim. dr. hom.* 2003, p. 1017.

18. Fr. RIGAUD, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 407.

lois d'abord. Premièrement, il est vrai qu'à l'époque, à défaut de règle écrite, la Belgique n'ayant pas ratifié la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la jurisprudence avait rattaché les aliments après divorce au statut personnel, appliquant la loi nationale commune en vertu de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. En l'espèce la femme était marocaine, l'homme belgo-marocain. Faillait-il, écartant la nationalité du for possédée par l'homme, retenir une nationalité marocaine commune? On peut en douter. Or, en cas de conflit de lois personnelles la solution était moins certaine, oscillant entre la loi nationale du créancier d'aliments (loi marocaine en l'espèce) et la loi de sa résidence habituelle (loi belge)<sup>19</sup>. À la date à laquelle la Cour de cassation se prononce, et c'est la deuxième remarque, le nouveau Code belge de droit international privé est entré en vigueur. Il introduit une modification des règles de conflits en matières d'aliments. Désormais "l'obligation alimentaire est régie par le droit de l'état sur le territoire duquel le créancier a sa résidence habituelle au moment où elle est invoquée". Certes, comme le relève l'avocat général en ses conclusions, "la Cour ... ne saurait tenir compte d'une loi postérieure" (pt. 6), en manière telle que l'article 74 du CODIP ne s'applique pas au cas d'espèce introduit avant son entrée en vigueur. Mais cet article pouvait guider la Cour dans la solution jurisprudentielle incertaine en cas de conflit de nationalités. La solution nouvelle est "une illustration de l'objectif de proximité"<sup>20</sup>. Pourquoi ne pas la retenir alors même que le juge du fond invoque la proximité?

Deux remarques ensuite sur l'exception d'ordre public. Premièrement, quelques mois plus tôt, la Cour de cassation de France adopte la position inverse. Elle rejette un pourvoi contre une décision similaire à la décision de fond du juge belge considérant que "la cour d'appel ayant souverainement estimé que la loi marocaine, alors applicable, ne permettait pas d'allouer à l'épouse une allocation suffisante après le divorce, en a exactement déduit qu'elle était, sur ce point, contraire à l'ordre public international français"<sup>21</sup>. Il s'en déduit, deuxièmement, que la Cour de cassation de Belgique a vraisemblablement fait prévaloir une interprétation de l'ordre public liée à l'évolution du droit interne privilégiant le divorce sans faute. Dix jours avant l'arrêt, le *Moniteur belge* publiait la nouvelle législation relative au divorce qui, notamment, limitait les possibilités d'obtention d'une pension alimentaire après divorce, modifiant l'article 301 du Code civil<sup>22</sup>.

Enfin, l'arrêt mérite deux remarques sur la reconnaissance de la répudiation. Premièrement, l'arrêt se contente de relever que "la reconnaissance de cette répudiation n'est pas contestée". Certes la Cour n'entend pas statuer *ultra petita* mais il pourrait également se déduire de cet attendu que la

répudiation est reconnue lorsque la femme acquiesce. Or telle n'est plus la règle dominante qui a, elle aussi, évolué vers un ordre public de proximité. En France, la jurisprudence a connu deux périodes. Une première période était assez favorable à la reconnaissance des répudiations. C'est la jurisprudence *Rohbi* (1983) qui avait inspiré ma proposition de scinder, dans la répudiation, la reconnaissance de la dissolution du lien conjugal lorsque la femme elle-même le souhaitait, des effets de cette dissolution, dont les aliments sur lesquels un ordre public fonctionnel pouvait intervenir comme correctif<sup>23</sup>. Cette proposition résultait également d'un constat de praticien: très souvent la femme, demanderesse en action alimentaire, ne souhaitait ni la poursuite de l'union conjugale ni la nécessité de recommencer une procédure en divorce, estimant ce lien déjà rompu, en fait comme en droit. Fallait-il opposer une dignité théorique d'égalité des sexes à la dignité pratique de vie indépendante avec les enfants en bénéficiant rapidement de moyens de subsistance suffisants? Prêcher l'égalité théorique à telle femme en détresse revenait également à un luxe d'obèse en présence de famine, pour reprendre la belle image utilisée par Léna GANNAGÉ pour soutenir, à l'inverse, l'application universelle et ferme des droits de l'homme<sup>24</sup>. Que vaut le principe d'égalité invoqué au titre d'exception d'ordre public, s'il a pour effet de sanctionner doublement la femme marocaine? Après divers errements entre l'ordre public procédural, axé sur les droits de la défense et l'ordre public des droits de l'homme, axé sur le principe d'égalité, en 2004, par cinq arrêts la Cour de cassation de France semblait fixer une jurisprudence de principe: le principe d'égalité des époux, tel qu'inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme (Protocole 7, art. 5) fait partie de l'ordre public international français et s'oppose à la reconnaissance d'une répudiation lorsqu'il y a un lien avec la France par nationalité ou domicile<sup>25</sup>. La Cour affirmait de la sorte une action conjointe des droits de l'homme et de la proximité au sein de l'exception d'ordre public. Plus récemment, en 2006, la Cour de cassation de France, tout en maintenant un ferme rejet de la reconnaissance d'une répudiation, réintroduisait l'ordre public procédural, permettant de s'interroger sur son attachement "à une analyse casuistique des situations litigieuses, qui laisserait ouverte à l'accueil éventuel de certaines répudiations"<sup>26</sup>. Aux Pays-Bas, malgré une disposition spécifique sur la question, tenant notamment compte de l'acceptation ou non par la femme, la jurisprudence a également connu divers flottes-

19. Cass., 10 février 2006, *J.L.M.B.* 2006, p. 966 et *Rev. trim. dr. fam.* 2006, p. 1092, note M. FALLON.

20. Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 655.

21. Cass. fr., 28 novembre 2006, *R.C.D.I.P.* 2006, p. 584, note N. JOUBERT.

22. Loi du 27 avril 2007, art. 7, *M.B.* 7 juin 2007.

23. J.-Y. CARLIER, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié", *J.T.* 1985, p. 101. L'avocat général y fait référence dans ses conclusions, pt. 5. Pour une appréciation nuancée, voir H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *R.C.A.D.I.* 1991-I, T. 226, p. 269.

24. L. GANNAGÉ, in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, o.c.*, p. 283.

25. Cass. fr., 17 février 2004, *R.C.D.I.P.* 2004, p. 424, note P. HAMMJE, *J.D.I.* 2004, p. 1200 note L. GANNAGÉ; *J.C.P.* 2004, II, 10128, note H. FÜLCHIRON, *Gaz. Pal.* septembre-octobre 2004, p. 3367, note M.-L. NIBOYET, *Rev. trim. dr. civ.* 2004, p. 367, note J.-P. MARGUÉNAUD.

26. Cass. fr., 3 janvier 2006, *R.C.D.I.P.* 2006, p. 627, note M.-Cl. NAJM, ici cité, p. 642.



ments avant d'axer principalement le refus de reconnaissance des répudiations sur l'ordre public procédural<sup>27</sup>. En Belgique, des hésitations similaires se sont manifestées dans la jurisprudence entre d'une part le principe d'égalité et l'ordre public procédural, conduisant au refus de reconnaissance<sup>28</sup> ou d'autre part la prise en compte de la volonté de la femme, conduisant à la reconnaissance<sup>29</sup>. À l'occasion de l'élaboration du Code de droit international privé une disposition – aussi débattue que celle relative au mariage de personnes de même sexe (CODIP, art. 46 § 2) – sera introduite pour exclure, en principe la reconnaissance d'une répudiation sauf si cinq conditions cumulatives sont remplies (CODIP, art. 57). Les deux conditions principales sont l'acceptation par la femme (4°) et l'absence de proximité par nationalité (2°) ou résidence (3°) avec "un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage"<sup>30</sup>. La proximité ainsi précisée en la forme d'une clause spéciale n'est plus une simple proximité territoriale avec le for. C'est une proximité avec tout ordre juridique excluant toute discrimination fondée sur le sexe dans la dissolution du mariage. Le parallèle est d'ailleurs frappant avec la règle de conflit de lois inscrite à l'article 46 § 2 du CODIP pour la validité du mariage: le mariage de personnes de même sexe est possible dès qu'il y a proximité d'un des deux époux, par nationalité ou résidence, avec un ordre juridique qui permet tel mariage. Le législateur belge affirme plus une proximité de principe avec les droits de l'homme – principe d'égalité – qu'une proximité territoriale. En outre, il ne manque pas de logique en affirmant le même principe, tantôt sous forme d'ordre public positif, tantôt sous forme d'ordre public négatif, pour la solution et pour la dissolution du mariage. Le rapprochement des deux dispositions permet d'ailleurs un regard plus distant sur certaines positions doctrinales tranchées, s'adossant à l'universalisme des droits de l'homme. Ceux qui sont prompts à saluer le rejet absolu de toute reconnaissance d'une répudiation, sont souvent nettement plus réservés sur l'ouverture large au mariage de personnes de même sexe.

La deuxième remarque qui peut être faite à propos de la (non-) reconnaissance des répudiations n'est pas directement liée à l'arrêt commenté, mais porte sur l'évolution du droit matériel en matière de dissolution du lien conjugal, tant en Europe que dans les pays de droit musulman. En Europe, la rupture unilatérale du lien conjugal pour incompatibilité remplace de plus en plus le divorce pour faute. Comme le relève l'avocat général Werquin, "les idées concernant l'institution du divorce ont totalement changé en quelques décennies" (aff. B.A., pt. 4). La législation belge de 2007 supprimant les formes de divorce pour cause déterminée, et introduisant le divorce pour "désunion irrémédiable" présumée après un an (ou six mois en cas de demande conjointe) est à cet égard significative. Il reste que les deux époux, quelque soit leur sexe – et en ce compris dans les mariages de personnes de même sexe – ont également accès à cette forme de dissolution du lien conjugal. Or, une évolution similaire, encore trop ignorée, se développe dans les pays de droit musulman. Tantôt, la dissolution unilatérale est, de longue date, ouverte aux deux époux comme en Tunisie, tantôt une procédure tend à accentuer les droits de la défense comme en Algérie<sup>31</sup>, tantôt d'importantes adaptations sont apportées comme au Maroc dans le nouveau Code de la famille. Outre les barrières procédurales dressées devant la répudiation, obligeant le juge à tenter la conciliation et, à défaut, à prévoir les effets alimentaires en cas de répudiation par volonté unilatérale (*talak*), le Code marocain de la famille introduit une nouvelle forme de dissolution du lien conjugal. Le *chikaq* permet à chaque époux de demander et d'obtenir la dissolution du lien conjugal par volonté unilatérale pour "discorde"<sup>32</sup>. Les effets du nouveau Code marocain de la famille devront encore être évalués dans la pratique de droit international privé<sup>33</sup>. S'agissant de la dissolution du lien conjugal au regard du CODIP belge, il est certain que le *chikaq* n'entre pas dans le champ d'application de l'article 57, qui ne vise que "l'acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal". La jurisprudence devra donc innover. Il est peu probable qu'elle puisse

27. L. JORDENS-COTRAN, "De erkenning van Marokkaanse Khoel en andere administratieve echtscheidingen", *NIPR* 2002, p. 123; *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraktijk*, Utrecht, Forum, 2002; F.J.A. VAN DER VELDEN, *Talaq in de rechtszaal? Verstoting en openbare orde*, Deventer, Kluwer, 2003; S. RUTTEN, "Verstotingen in de Marokkaanse rechtspraktijk", *Migrantenrecht*, 2003, p. 220; pour un aperçu comparé, M.-Cl. FOBLETS et S. RUTTEN, "De toelaatbaarheid van verstoting: recente ontwikkelingen in Nederlands, Frans, Belgisch internationaal privaatrecht", in *Crossing Borders: Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer, Kluwer, 2006, pp. 195-213.

28. Cass., 11 décembre 1995, *Rev. dr. étr.* 1996, p. 185, note M.-Cl. FOBLETS, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, p. 165, note J.-Y. CARLIER et R.W. 1995-96, p. 1330, note J. ERAUW; Cass., 29 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, p. 317.

29. Cass., 29 avril 2002, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, p. 94, note J.-Y. CARLIER, R.W. 2002-03, p. 863, note J. ERAUW. Sur l'ensemble, outre M.-Cl. FOBLETS, *supra*, note 27, voir P. WAUTELET, "La répudiation répudiée", *Rev. Fac. dr. de Liège* 2004, p. 457.

30. Fl. COLIENNE, "La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé", *R.G.D.C.* 2005, p. 445; J.-Y. CARLIER, "Le Code belge de droit international privé", *R.C.D.I.P.* 2005, p. 11; M.-Cl. FOBLETS, "Article 57", in J. ERAUW, M. FALLON et al., *Le Code de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, Intersentia, 2006, p. 306.

31. J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir.), *Le statut personnel des Musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

32. Code de la famille, art. 94, loi n° 70-03, Dahir n° 1.04.22 du 3 février 2004, *Bulletin officiel*, n° 5184 du 5 février 2004, p. 417 (version arabe) et du 6 octobre 2005, p. 665 (version française). Texte en français, en néerlandais, en arabe et commentaires in M.-Cl. FOBLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, ici p. 63.

33. M.-Cl. FOBLETS et M. LOUKILI, "Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: quelles implications pour les Marocains en Europe?", *R.C.D.I.P.* 2006, p. 521; F. SAREHANE, "Le nouveau Code de la famille", *Gaz. Pal.* 4 septembre 2004, pp. 2-17; A. QUIÑONES-ESCAMEZ, "La réception du nouveau Code de la famille marocain", *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2004, pp. 877-900; L. JORDENS-COTRAN, "Aspecten van de Marokkaanse familiewet 2004", *Migrantenrecht* 2005, pp. 76-94; M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, "Repercusiones de la nueva *Mudawwana* en la inmigración marroquí", in A. VICENTE (ed.), *Musulmans en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, 2004, pp. 141-165; *idem*, "La nueva *Mudawwana* Marroquí y el derecho internacional privado", *Rev. esp. derecho internacional* 2004, p. 1078.

considérer contraire à l'ordre public international belge une dissolution unilatérale du lien conjugal ouverte aux deux époux, similaire au droit belge. La jurisprudence devra encore s'interroger plus avant dans l'interprétation de l'article 57 du CODIP, même s'agissant d'une répudiation ouverte au seul mari (*talak*). Peut-on considérer que la femme "ne dispose pas d'un droit égal" lorsqu'elle dispose du *chikkaq*, dont la procédure est identique? Certes, il n'y a pas d'égalité parfaite. L'homme dispose de deux modes de dissolution unilatérale du lien conjugal (le *talak* et le *chikkaq*), et la femme d'un seul (le *chikkaq*), mais chacun a la possibilité de dissoudre unilatéralement le lien conjugal. L'interprétation est ouverte. Le législateur a montré, en libellant une disposition déjà dépassée au moment de son adoption, qu'à vouloir trop entrer dans le détail de règles de conflit au regard d'institutions particulières, il trouble plus qu'il ne fixe le cadre qui doit servir de référence au juge.

Ce souci d'attention aux évolutions d'autres droits, qui passe nécessairement par une certaine confiance dans le travail du juge du fond, guide également la lecture du deuxième arrêt commenté. Dans son arrêt du 3 décembre 2007 (H.A.), la Cour refuse les effets sociaux d'un mariage polygamique, célébré au Maroc entre deux Marocains, au motif de l'existence d'un premier mariage avec une Belge. À la différence très nette du premier arrêt, la Cour s'adosse à un ordre public de proximité pour fonder ici la cassation qu'elle refuse là. Toutefois, comme le législateur à l'article 57 du CODIP, la Cour définit largement cet ordre public de proximité, au-delà d'un rattachement territorial avec le for belge. La Cour prend soin de préciser que l'un des conjoints est déjà engagé dans les liens d'un mariage "avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie". Il y va donc bien d'une proximité, non avec la seule loi belge dont la première épouse a la nationalité, mais avec toute loi respectant le principe d'égalité des sexes. Le facteur de rattachement se limite toutefois à la nationalité, la résidence n'étant pas évoquée. Ce silence n'est pas dû aux seuls griefs invoqués dans le présent litige. Il confirme plusieurs jurisprudences antérieures, qui ont admis les effets sociaux d'une polygamie établie à l'étranger, alors même que tout ou partie des époux résidaient en Belgique<sup>34</sup>. La pratique était de partager les droits patrimoniaux ou sociaux entre différentes veuves; peu importe, le cas échéant, que l'une vive en Belgique et l'autre au Maroc. La jurisprudence française est similaire<sup>35</sup>. Sous l'apparence d'une proximité de principe, se cache bien une préférence nationale.

En outre, la meilleure façon d'assurer ce que serait une égalité de principe n'est guère aisée à préciser. Dans l'hypo-

thèse d'une famille polygame mono-nationale marocaine, le partage entre les femmes marocaines soulevait de leur part une double indignation. Par une première discrimination liée au sexe, seules les femmes sont susceptibles de voir leurs droits partager, en l'absence de polyandrie. Par une seconde discrimination, liée à la nationalité, seules les femmes marocaines, non les Belges, souffriront le partage. Sur cette base, des femmes marocaines sollicitaient l'octroi d'une pension de veuve intégrale et non partagée. Saisie d'une question relative à cette possible discrimination, la Cour constitutionnelle a préféré ne pas arbitrer le débat, bien qu'elle en portait encore le nom<sup>36</sup>. Faisant mine d'ignorer que le droit international privé est aussi du droit belge, en localisant la discrimination dans le droit marocain, elle a évité de la soumettre à sa censure<sup>37</sup>. Lorsqu'une femme marocaine et une femme belge viennent en concurrence, où placer la mesure de l'égalité, sachant qu'en tout état de cause une femme en sera victime? Soit, ignorant la nationalité, le partage est maintenu entre les deux femmes, chacune ne bénéficiant que d'une demi-pension de survie. C'est discriminatoire pour les deux femmes, à la différence que, pour la femme marocaine, c'est la règle, pour la femme belge, non. Cette dernière est à l'évidence lésée. Soit, privilégiant la femme belge, comme le fait la Cour, l'on discrimine doublement la femme marocaine, qui voit sa pension de survie réduite à peu de chagrin, d'une moitié à rien. Dignité contre dignité. En l'absence d'une formule d'égalité, qui imposerait à l'État d'assumer l'intégralité des droits sociaux au bénéfice de chaque épouse, c'est bien d'un arbitre qu'il sera besoin. Ce n'est ni la proximité territoriale, ni la proximité de principe, qui sera principalement mesurée, mais la proximité entre les principes et la réalité vécue. Le juge verra, notamment, dans quelle mesure chaque épouse, fût-elle marocaine ou belge, a effectivement consenti à cette situation. Telle est bien l'évolution du droit marocain dans le Code de la famille, dont il faudra, à l'avenir, mieux tenir compte. Si une clause de monogamie figure dans le premier contrat de mariage, tout mariage subséquent sans dissolution du premier est nul (Code de la famille marocain, art. 40). Telle clause peut-elle se déduire d'un mariage avec une personne de statut personnel monogame, comme une Belge? C'est ce que tentait de contester la requérante en cassation dans la quatrième branche de son moyen frappée, selon la Cour, d'une fin de non-recevoir. Ce raisonnement d'une clause implicite de monogamie permettrait de confirmer la jurisprudence de la Cour, sans usage de l'exception d'ordre public, par simple application du droit matériel étranger. La femme (notamment belge) serait toutefois avisée de prévoir une clause de monogamie dans son contrat de mariage. À défaut de clause de monogamie, le mariage polygamique devra, de toute façon, être d'abord soumis au Maroc, à autorisation du tribunal pour "motifs exceptionnels" (Code, art. 42). Le juge convoquera la pre-

34. Liège, 23 avril 1970, *R.C.J.B.* 1971, p. 15, *R.C.D.I.P.* 1975, note P. GRAULICH.

35. B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, Joly, 1993, partic. p. 339; P. LAGARDE, *o.c.*, *Mélanges Rigaux*, p. 268; Cass. fr., 17 février 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, p. 275, note Y. LEQUETTE; 6 juillet 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE; H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *R.C.A.D.I.* 1991-I, T. 226, p. 232.

36. C.A., 4 mai 2003, arrêt n° 84/2005.

37. J.-Y. CARLIER, "La polygamie devant la Cour d'arbitrage", *Journal du juriste* 24 mai 2005, p. 1; H. STORME, "Arbitragehof vermijdt toetsing conflictenregel van grondwet", *R.W.* 2005-06, p. 737.

mière épouse et la future deuxième. La première peut refuser, auquel cas le divorce est prononcé d'office par le juge, s'il estime qu'il y a des "motifs exceptionnels" (art. 45). La deuxième est informée de la situation de polygamie et doit marquer expressément son accord (art. 46). Autant dire que, sociologiquement et juridiquement, la polygamie est en voie de disparition au Maroc.

### Conclusions

Les deux arrêts commentés montrent que la complexité du droit international privé s'accommode mal de règles trop rigides imprimées par le législateur ou par le juge de cassation. D'apparents conflits sont parfois le résultat d'une mauvaise connaissance du droit étranger. Le doyen BATIFFOL, citant l'exemple de la polygamie et de la monogamie, invitait déjà en 1956 à rechercher une communauté de nature dans les institutions différentes "en considérant moins leur structure que leur fonction"<sup>38</sup>. Cette approche fonctionnelle soulignait que "le respect des divergences légitimes permet mieux de trouver les solutions possibles que la méconnaissance de leur réalité"<sup>39</sup>. Il reste que, depuis, l'universalité des droits de l'homme impose, non son impérialisme, mais ses progrès.

L'exception d'ordre public ne peut toutefois devenir un principe de rejet systématique d'un droit étranger lui-même soumis aux évolutions de textes et d'interprétation, "à la lumière des conditions d'aujourd'hui", selon la formule de la Cour européenne des droits de l'homme. Sinon, ce sont les règles de conflits elles-mêmes qui doivent être revues<sup>40</sup>. À cet égard, l'évolution des règles de conflits en matière de statut personnel vers l'application plus large de la loi de la résidence habituelle est significative<sup>41</sup>. À plus long terme, entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle, il n'est pas dit que la volonté ne soit appelée à se faire une place plus grande, tant dans la désignation du droit applicable que dans la reconnaissance des actes et décisions venant de l'étranger<sup>42</sup>. Plus fondamentalement, la proximité pourrait aussi se concentrer dans la compétence. La tendance naturelle du juge étant d'appliquer la loi du for, le droit international privé se résumerait, à la manière anglo-américaine, à la compétence internationale. Dès que le juge s'estime compétent, il applique son droit. Ce sont alors des théories propres à la compé-

tence qui se développent, comme le *forum non conveniens* ou les compétences exclusives. L'esprit d'ouverture y perd. L'internationalisme s'assèche.

Pour l'heure, dans le cadre des règles classiques, l'ordre public de proximité demeure "un instrument favorable à la recherche d'une solution juste dans chaque cas"<sup>43</sup>. Lorsque, dans le procès, au conflit de vie s'ajoute le conflit de culture, la voie pacificatrice est étroite. Elle passe nécessairement par le juge du fond, seul à même d'ordonner avec nuance la règle et l'exception. L'ordre public de proximité est, en droit international privé, un instrument utile pour nuancer la mise en œuvre des règles de conflits. Mais cet instrument s'adapte mal au rôle du juge de cassation qui, à trop poursuivre la justice du cas, sème désordre plus qu'ordre. Le juge du fond est mieux à même de mesurer *in concreto* ces différents facteurs de proximité – nationalité, résidence, volonté –, qui ne sont qu'une autre déclinaison des facteurs de rattachement, une manière d'interprétation raisonnable des différents intérêts en présence, les intérêts public du for saisi, les intérêts privés des parties.

38. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, p. 43.

39. H. BATIFFOL, "Réflexions sur une préface", 1965, reproduit in *Choix d'articles*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 140.

40. Sur les liens entre les règles de compétences directes et indirectes dans la recherche de l'harmonie internationale, voir B. ANCEL et H. MUIR WATT, (note sous Cass. fr., 20 février 2007), *R.C.D.I.P.* 2007, p. 420.

41. M. HUNTER-HENIN, "Droit des personnes et droits de l'homme: combinaison ou confrontation?", *R.C.D.I.P.* 2006, pp. 743-775.

42. Je le soutiens depuis *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992. La doctrine espagnole le soutient également: I. CARRASCOSA GONZÁLES, *Matrimonio y elección de Ley*, Comares, Granada, 2000; M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", in A.-L. CALVO CARAVACA et E. CASTALLANOS RUIZ (dir.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 271.

43. P. COURBE, o.c., *Mélanges Lagarde*, p. 237.