

UNIVERSITÉ PARIS-EST
ÉCOLE DOCTORALE
ORGANISATIONS, MARCHES, INSTITUTIONS (OMI)

Thèse de doctorat

Droit

Sophie POTENTIER - RIOS

**LES FRONTIERES DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL
EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE**

*Thèse dirigée par Madame Sara GODECHOT-PATRIS, Professeur à l'Université Paris Est -
Créteil*

Soutenue le 23 juin 2020

Jury :

Madame Marie-Elodie ANCEL, Professeur à l'Université Paris Est – Créteil
Monsieur Eric FONGARO, Professeur à l'Université de Bordeaux
Madame Johanna GUILLAUME, Professeur à l'Université de Rouen
Monsieur Louis PERREAU-SAUSSINE, Professeur à l'Université Paris-Dauphine

A Irène

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus vifs remerciements à ma directrice de thèse, Madame Sara Godechot-Patris, pour sa confiance, ses conseils, ses relectures attentives et ses critiques constructives, qui m'ont permis d'approfondir au plus loin ma réflexion. Je souhaite ainsi lui témoigner ma plus grande reconnaissance et toute mon admiration.

Je remercie ensuite chaque membre du jury de me faire l'honneur de me lire et de juger de la qualité de mes travaux.

Je souhaite ensuite remercier tout particulièrement mes proches et amis,

Je pense à Tristan, avec qui j'ai débuté le droit,

A Oscar, qui m'a ouvert les portes de la bibliothèque de Columbia,

A Jézabel Jannot et Jean-Yves Camoz, directeurs pédagogiques de l'INFN, qui m'ont permis de terminer ma thèse dans des conditions de travail idéales.

Je remercie enfin ma famille,

Mes frères, mes grands-parents, qui m'ont entourée tout au long de cette thèse,

Mes parents ; mon père, pour sa relecture d'abord, mais aussi et surtout, pour ce qu'il m'a transmis et l'exemple qu'il m'a donné ; ma mère, pour sa présence et son soutien de tous les instants.

Mon mari, pour le plus grand intérêt qu'il a porté à mes recherches, nos discussions profondes et philosophiques, ses avis passionnés, et bien sûr son amour et sa présence.

Ma fille, Irène, non seulement pour avoir attendu le 4 août dernier pour venir au monde et me permettre ainsi d'achever ma thèse sereinement, mais aussi pour l'avoir relue sagement, avec moi, dans mes bras.

Résumé de la thèse

Les orientations récentes de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille invitent à se demander s'il existe réellement un ordre public international spécifique au droit patrimonial de la famille ; et plus encore, si l'on peut même parler « d'ordre public » en la matière. L'ordre public international s'attache en effet essentiellement aujourd'hui à protéger les intérêts privés, à défendre l'individu au sein de la famille, plutôt que la famille en elle-même. La construction européenne, entre autres, explique sans doute cette conception resserrée sur les droits fondamentaux de l'individu. La notion d'ordre public international peut être perçue comme un frein à la construction d'une entité supranationale, parce qu'elle autorise des valeurs impératives différentes, propres à chaque pays, qui nuisent à l'unité recherchée. Pour mieux circuler, il semble qu'il faille assouplir les principes du for, et donc rétrécir le contenu de l'ordre public international. Mais à force d'assouplir l'ordre public, ne le vide-t-on pas de sa substance ? Comment dès lors concilier liberté de circulation et préservation de nos principes et valeurs ? L'objet de la thèse est de démontrer que, contrairement aux apparences, l'ordre public international n'est pas forcément un frein à l'harmonie internationale. Une concorde peut s'opérer entre les différents principes fondateurs du droit patrimonial de la famille, et l'harmonie peut être trouvée dans la mise en œuvre même du mécanisme d'ordre public international, à travers la relativisation de son application.

Mots-clés : droit international privé ; successions ; divorce ; prestation compensatoire ; réserve héréditaire ; solidarité familiale ; obligations alimentaires ; pacte successoral ; ordre public international

Title and Abstract

The boundaries of the public policy exception in patrimonial family law

The recent developments in the domain of international public policy regarding patrimonial family law forces us to wonder if there really exists such a specific concept within patrimonial family law. Nowadays, international public policy seems to address and protect private interests and defend the individual within the family instead of protecting the family as whole. The European integration, amongst other events, explains this conception which is focused on fundamental individual rights. This leads the international public policy notion to be viewed as hindering the development of a supranational entity, given it authorizes a wide variety of values specific to each particular country, which goes against and impedes the intended harmonized unity. With this in mind, for better European flow and mobility, we are confronted with the necessity to loosen general local principals and therefore lessen the application of an international public policy. Nevertheless, by following this path of loosening international public policy don't we undermine the foundation of its own existence? How can we reconcile freedom of movement with the preservation of our values and principles? The main objective of this thesis is to demonstrate that, contrary to appearance, international public policy is not necessarily a hurdle to international harmony but can be forged to bolster unity and coherence. In order to achieve harmony and consistency we should seek first an alignment between the various founding principles of patrimonial family law followed by a particular mechanism of application that puts into perspective the public policy exception itself.

Keywords: private international law; public policy exception; patrimonial family law; reserved share; prenuptial agreement; family provisions; European Union

Laboratoire MARCHÉS, INSTITUTIONS, LIBERTÉS (MIL)

Université Paris-Est Créteil (UPEC)

Faculté de Droit

83-85 avenue du Général de Gaulle

94010 Créteil cedex

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ fam	Actualité juridique famille	In	Dans
AJDA	Actualité Juridique Droit administratif	Infra	Ci-dessous
al.	Alinéa	Introd.	Introduction
Am. J.Comp. L.	American Journal of Comparative Law	IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
Archiv. phil. dr.	Archives de philosophie du droit	JCP G	Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique), édition générale
Art.	Article(s)	JCP N	Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique), édition notariale
Ass. Plén.	Assemblée plénière	JDI	Journal du Droit international
BGH	Bundesgerichtshof	JPIL	Journal of Private International Law
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation	J-CI	JurisClasseur – Encyclopédie Lexis Nexis
Bull. Joly	Bulletin Joly Sociétés	LFDIP	Loi fédérale (suisse) sur le droit international privé
c.	Contre	loc. cit.	loco citato (à l'endroit cité)
CA	Cour d'appel	LPA	Les Petites Affiches
C. civ.	Code civil	nbp	Note de bas de page
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	n°, no	Numéro
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme	not.	Notamment
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile	obs.	Observations
Civ. 1 ^{ère}	Première Chambre civile de la Cour de cassation	OLG	Oberlandesgericht
Cf.	Confer	op. cit.	opus citato (dans l'ouvrage cité)
Chap.	Chapitre	p.	Page
Chron.	Chronique	pp.	Pages
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes	préc.	précité(s)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne	PUF	Presses universitaires de France
Comm.	Commentaire	QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Comp.	Comparer	RAAR	Renonciation anticipée à l'action en réduction
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel	RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
D.	Recueil Dalloz	Rapp.	Rapport
dactyl.	Dactylographiée	Rappr.	Rapprocher
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye
dir.	Direction	Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Dr. fam.	Revue Droit de la famille	REDH	Revue européenne des droits de l'homme
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme	réed.	Réédition
éd.	édition	Rep. Min.	Réponse ministérielle
EPIL	Encyclopedia of Private International Law	Rep. Civ.	Répertoire civil – Encyclopédie Dalloz
etc.	et cætera	RIDC	Revue internationale de droit comparé
et al.	et les autres	Riv. crit. dir. priv.	Rivista critica del diritto privato
EWHC	England and Wales High Court	Riv. dir. int.	Rivista di diritto icelinternazionale
GA	Grands arrêts	RRJ	Revue de la recherche juridique
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile	RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Gaz. Pal.	Gazette du Palais	RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
GEDIP	Groupe européen de droit international privé	RG	Reichsgericht (Tribunal suprême allemand)
Ibid.	Ibidem (au même endroit)	ss.	suivant(e)s
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly	spéc.	Spécialement
IGREC	Instruction générale relative à l'état civil	Supra	Ci-dessus

TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne	Tul. L.Rev.	Tulane Law Review
TUE	Traité sur l'Union européenne	V.	Voir
t.	Tome	Vol.	Volume
trad.	Traduction	YPIL	Yearbook of Private International
TCFDIP	Travaux du Comité français de Droit international privé		
TGI	Tribunal de grande instance		

PLAN SOMMAIRE

PARTIE 1. L'orientation individualiste de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille

TITRE PRELIMINAIRE: La logique individualiste autour de l'appréciation de la norme étrangère

Chapitre 1. L'appréciation *in concreto* et ses limites

Chapitre 2. L'articulation des approches *in abstracto* et *in concreto*

TITRE 1. La promotion de la volonté individuelle

Chapitre 1. L'avancée du pacte successoral au bénéfice de la liberté testamentaire

Chapitre 2. Le rapport déséquilibré entre l'ordre public réservataire et la liberté du de cujus

TITRE 2. Les limites à l'exercice de la volonté : la protection de l'individu

Chapitre 1. Les fondements d'un ordre public international européen

Chapitre 2. Un ordre public international de protection de l'individu au sein de la famille

PARTIE 2. Le régime de l'exception d'ordre public en droit patrimonial de la famille : à la recherche d'un équilibre

TITRE 1. Un équilibre dans les conditions du déclenchement

Chapitre 1. Les conditions du déclenchement au stade de la constitution de la situation juridique

Chapitre 2. Les conditions du déclenchement au stade de la reconnaissance de la situation juridique créée à l'étranger

TITRE 2. Un équilibre dans les effets du déclenchement

Chapitre 1. Le rôle du notaire dans le déclenchement de l'exception

Chapitre 2. L'éviction de la norme étrangère

INTRODUCTION

« L'harmonie est la science de l'unité du multiple, elle intègre, dans leurs différences, le maximum des variations (...). Comment dès lors, sans rien perdre de la clarté et de l'originalité de chaque phrase, la disposer dans l'architecture la plus riche et la plus centrée, comme le meilleur peintre est celui qui, tel Carpaccio, ordonnait l'éclat le plus riche à la perspective la plus sévère ? »¹.

1. L'actualité, tant juridique que médiatique, les enjeux européens, la mondialisation, les transformations de l'ordre public dans l'ordre interne, les projets de réforme en droit patrimonial la famille, justifient peut-être l'intérêt de notre sujet. On ne saurait toutefois s'en contenter.
2. S'interroger sur les frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille requiert de répondre au préalable à deux questions. La première concerne la légitimité même du mécanisme (1), la seconde l'existence même d'un ordre public international spécifique en droit patrimonial de la famille (2). Seule une réponse positive à ces questions invite à ce qu'on y consacre toute une thèse.

1) La légitimité du mécanisme d'exception d'ordre public

3. La question peut surprendre, l'exception d'ordre public est en effet un mécanisme classique du droit international privé, rencontré fréquemment en jurisprudence. On ne peut toutefois nier que l'ordre public international dérange ; il est un élément perturbateur, un « trouble-fête »².

¹ Ch. Jambet, Introduction au *Crépuscule des Idoles*, F. Nietzsche, trad. H. Albert, Paris, GF Flammarion, 1985, p. 48

² Expression empruntée à Th. Vignal, « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité : Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 527, not. p. 544

4. Il ébranle tout d'abord l'ordre juridique établi en droit international privé³ : il bouscule la méthode conflictuelle en imposant la loi du for en lieu et place de la loi étrangère pourtant désignée par la règle de conflit et participe à la création de situations boiteuses. Frein à la concorde et l'uniformité, l'instrument perturbe par ailleurs l'ordre politique en contribuant au clivage des ordres juridiques. L'existence d'un ordre public international, propre à chaque pays, se présente dès lors comme un obstacle à la construction de toute entité supranationale, et notamment européenne : un Etat européen devrait en effet se construire par la reconnaissance de valeurs communes, indiscutables ; or, la notion d'ordre public international est la négation d'une telle construction, parce qu'il autorise des valeurs impératives différentes qui nuisent au contraire à l'unité recherchée. Loin de « faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents »⁴, l'exception d'ordre public apparaît ainsi comme un obstacle à « l'harmonie internationale des solutions », objectif pourtant cher au droit international privé.
5. L'affirmation paraît logique et évidente, mais elle provient peut-être d'une mésentente sur le sens même du mot « harmonie ». La notion est assimilée à celle d'identité : le principe d'*harmonie internationale des solutions* « prescrit de régler les situations juridiques internationales de telle manière que la solution soit autant que possible, identique à celle donnée dans les autres Etats intéressés au litige »⁵. Seule l'uniformité peut-elle cependant permettre de trouver l'*harmonie*? Nietzsche répondrait à cette question par la négative et nous interrogerait ainsi : « l'harmonie est la science de l'unité du multiple, elle intègre, dans leurs différences, le maximum des variations », comment dès lors, « sans rien perdre de la clarté et de l'originalité de chaque phrase, la disposer dans l'architecture la plus riche et la plus centrée, comme le meilleur peintre est celui qui, tel Carpaccio, ordonnait l'éclat le plus riche à la perspective la plus sévère ? »⁶. L'harmonie ne serait donc pas forcément synonyme d'unité et d'identité mais de *cohérence*. Le Doyen Batiffol partageait cette idée et avait eu la sagesse de ne pas vouloir rechercher, à travers l'harmonie internationale des solutions, la suppression des

³ V. P. Kinsch, « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 447

⁴ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, réédition 2002, préface Y. Lequette, p. 16

⁵ M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2005, p. 77 n°74

⁶ Ch. Jambet, *Introduction au Crépuscule des Idoles*, F. Nietzsche, trad. H. Albert, Paris, GF Flammarion, 1985, p. 48

spécificités des systèmes juridiques. Ce n'est en effet pas « ordonner les éléments que de les détruire sous prétexte de les intégrer »⁷.

6. Nous souhaitons adopter cette même sagesse dans la définition des frontières de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille. L'*harmonie* ne requiert pas l'uniformité des solutions, au contraire, elle est une notion riche et complexe, dont le but est de faire vivre ensemble les ordres juridiques, sans les anéantir, et sans leur faire perdre de leur « originalité ». « Intégrer, dans leurs différences, le maximum des variations », c'est en réalité coordonner les systèmes, en les emboitant, plutôt qu'en les « polissant » de façon à les rendre identiques.
7. Le droit international privé ne doit donc pas aboutir à recréer une « tour de Babel ». Coordonner les systèmes ne signifie pas nécessairement leur faire tous parler la même langue, mais faire en sorte qu'ils se comprennent. L'ordre public international n'est donc pas forcément un frein à *l'harmonie internationale des solutions* et à la construction européenne.
8. Toutes les critiques faites à l'exception d'ordre public sont toutefois encore loin d'être levées. D'un point de vue philosophique, l'ordre public international dérange aussi : il est une démonstration évidente de l'absence de principes universels communs aux sociétés humaines. En effet, l'intervention, parfois fréquente, de l'exception d'ordre public montre qu'aucun principe n'est universellement partagé par l'ensemble des systèmes juridiques. « Plaisante qu'une rivière borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ! » dirait Pascal. On pourrait en effet « soutenir opiniâtrement » que la justice réside dans les lois naturelles communes en tout pays « si la témérité du hasard qui a semé les lois humaines en avait rencontré au moins une qui fût universelle. Mais la plaisanterie est telle que le caprice des hommes s'est si bien diversifié qu'il n'y en a point. Le larcin, l'inceste, le meurtre des enfants et des pères, tout a eu sa place entre les actions vertueuses »⁸. Force est en effet de constater que les « principes communs aux hommes » évoqués par Batiffol, qui s'érigent contre les atteintes flagrantes à la personnalité humaine, tels que « l'interdit de l'inceste, la prohibition de l'esclavage, le droit à un procès équitable et la prohibition des mariages forcés »⁹, n'ont pas toujours existé et ne sont

⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, réédition 2002, préface Y. Lequette, n°96, p. 213 : « Si la coordination des systèmes est désirable, elle ne saurait être obtenue par la suppression de leur spécificité (...) La coexistence de systèmes distincts appelle une coordination, mais celle-ci ne peut être parfaite, à raison du lien inéluctable entre la teneur de chaque système et ses règles de conflit. Comme on l'a justement observé, ce n'est pas ordonner les éléments que de les détruire sous prétexte de les intégrer »

⁸ B. Pascal, *Pensées*, Fragment Misère n° 9 / 24, Brunschvicg 294, 1657-1662

⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n°73, p. 160 : « les exemples d'application de l'exception d'ordre public qu'on donne, et qui sont acceptés plus facilement, concernent les lois étrangères qui admettraient l'esclavage, le mariage des mineurs par leur père sans leur consentement, la condamnation par un jugement étranger d'un

pas encore évidents partout. La diversité des cultures, des conceptions du monde, ou encore des religions semblent rendre impossible tout essai de cerner des valeurs universelles, chaque valeur étant propre à une culture, un ordre juridique. C'est ce qu'Hermogène soutenait à Socrate dans le *Cratyle* de Platon : la vérité est « à chacun ce qu'il lui semble car les nations, les cultures, les États décident librement de dire ce qui est bien ou mal »¹⁰.

9. Or, si les principes que je proclame ne sont propres qu'à ma société, puis-je légitimement les imposer à une autre par le biais de l'exception d'ordre public? Le mécanisme semble en effet être un instrument hégémonique, autorisant le juge à porter un jugement de valeur sur le droit étranger, et à l'écarter s'il l'estime contraire à ses propres principes, qu'il considère comme supérieurs. Mais au nom de quoi le seraient-ils, demanderont les relativistes...¹¹ D'après les plus radicaux en effet, dans la mesure où il n'existe pas de valeurs universelles, nous ne pouvons évaluer les pratiques en vigueur dans les autres cultures¹². Dans cette conception, l'ordre public international n'a pas sa place. Porté à l'extrême, ce relativisme implique l'application sur notre territoire de toutes normes issues d'autres traditions, d'autres cultures, sans appréciation de son contenu. Ce relativisme purement idéologique conduirait par conséquent à donner un quasi « blanc-seing »¹³ aux normes étrangères que l'on appliquerait « les yeux fermés » sur notre territoire.
10. Bien que cette théorie puisse séduire certains, elle nous semble contestable, et ceci principalement pour deux raisons. Elle s'avère tout d'abord paradoxale¹⁴. Les partisans de cette thèse posent à titre de principe, au nom des droits et libertés fondamentaux, que « toutes les cultures, toutes les formes de vie, sont égales, et que toute appréciation qui tendrait à les juger au sens plein du terme, qui ainsi envisagerait au moins la possibilité de les hiérarchiser avec justice, serait discriminatoire, donc que tout jugement proprement dit serait attentatoire à

défendeur qui aurait pu faire valoir ses moyens de défense... Dans ces différents cas on rencontre une négation ou une méconnaissance de la personnalité humaine assez flagrante pour qu'on puisse en appeler à une équité élémentaire, liée, comme il a été dit, à la constatation d'une communauté de nature entre les hommes ».

¹⁰ « Je puis, moi, appeler chaque chose de tel nom, que je lui ai assigné, et toi, de tel autre que tu as choisi de ton côté. Il en est de même des États, et je vois que chacun d'eux a donné parfois des noms différents aux mêmes objets et que ces noms varient de Grecs à Grecs et de Grecs à barbares »

¹¹ Le « relativisme des valeurs », courant de pensée, à l'origine philosophique et anthropologique, impulsé par les thèses de Claude Lévi-Strauss. Voir à ce sujet, L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du Comité Français de Droit international privé 2006-2008*, Paris, Pédone, 2010

¹² V. L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », précitée, p. 205

¹³ Terme employé à H. Battifol et P. Lagarde, in *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 1993, n°354

¹⁴ Paradoxe souligné par P. Manent, in *La loi naturelle et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2018, p. 4

l'égalité des êtres humains »¹⁵. Toutes les règles morales seraient par conséquent valides par rapport à leurs propres systèmes de signification et il serait insensé de prétendre juger les autres cultures en se fondant sur les valeurs d'une culture spécifique, en l'occurrence, judéo-chrétienne et humaniste en ce qui nous concerne¹⁶. Les mêmes relativistes ne contestent cependant pas que les droits humains les plus fondamentaux doivent être garantis à tous les êtres humains, sans exception. Or, le paradoxe se trouve ici : certaines cultures nient les droits les plus fondamentaux de l'homme et les principes d'égalité les plus évidents (ce même principe d'égalité fondant la thèse relativiste). Autrement dit, « nous disposons du critère universel des droits de l'homme, en vertu de ce critère nous jugeons, et en même temps, selon le point d'application, il nous commande ou nous interdit de juger »¹⁷. La hiérarchie et le jugement de valeur ne sont-ils donc finalement pas inévitables ?

11. Ensuite, il nous semble que les critiques opérées par les relativistes ne peuvent prospérer en droit international privé. Même si on admet volontiers qu'aucune règle ne vaut pour toute société et que chacune est adaptée et se destine à la société pour laquelle elle a été édictée, cette constatation n'est pas pertinente pour empêcher la mise en œuvre de l'ordre public international. Par nature, le droit international privé hiérarchise les droits, par le biais d'une règle de conflit qui désigne, en principe objectivement, la loi la plus adaptée à la situation. Or, dans la mesure où c'est le for qui donne la possibilité à la loi étrangère de s'appliquer, cette dernière est forcément subordonnée à la loi du for. A cela rien de choquant, libre au for d'édicter ses critères et de déterminer quelle est la loi qui correspond le mieux à la situation. Ce rapport hiérarchique ne doit pas étonner et est parfaitement fondé : « la possibilité d'un contrôle exercé par le droit du for sur le droit étranger est le résultat d'un des principes du droit international privé : le principe de courtoisie internationale (*comitas gentium*) : aucun Etat n'est obligé d'accorder efficacité en son sein au droit étranger, aussi internationalement régulier soit ce droit, et quand un Etat le fait c'est simplement par courtoisie. (...) Chaque Etat

¹⁵ Ibid, « d'une part nous posons que les droits humains sont en principe rigoureusement universel, valant pour tous les êtres humains sans exception ; d'autre part, nous posons que toutes les cultures, toutes les formes de vie, sont égales, et que toute appréciation qui tendrait à les juger au sens plein du terme, qui ainsi envisagerait au moins la possibilité de les hiérarchiser avec justice, serait discriminatoire, dont que tout jugement proprement dit serait attentatoire à l'égalité des êtres humains, par exemple, comme c'est souvent le cas, en maintenant les femmes dans une condition subordonnée ». or, « ce n'est pas un spectacle rare que de voir la même personne s'indigner de la condition des femmes en régime musulman, et dans le même souffle condamner toute appréciation péjorative ou critique portée sur l'islam comme ensemble humain et forme de vie »

¹⁶ V. L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », op. cit.

¹⁷ P. Manent, précité, p. 5

est maître chez soi de décider dans quelle mesure il appliquera une loi étrangère »¹⁸. Dès lors, une fois que la loi étrangère est désignée par la règle de conflit, si celle-ci nous choque ou s'avère inadaptée à notre ordre juridique, libre encore ici à nous de l'écarter ou non, dans la mesure où elle se destine à notre société. Le but de l'exception d'ordre public n'est pas d'être hégémonique ou impérialiste mais de faire respecter, au sein de l'ordre juridique du for, les valeurs qui lui paraissent essentielles¹⁹.

12. Quelles sont dès lors ces valeurs essentielles en droit patrimonial de la famille ? Sont-elles spécifiques à la matière ? Existente-elles même réellement ?

2) L'existence d'un ordre public international spécifique en droit patrimonial de la famille

13. Dessiner les contours de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille implique au préalable de définir deux notions : celle d'ordre public international et celle de droit patrimonial de la famille. Nous commencerons par la seconde. Classiquement, le droit patrimonial de la famille se divise en deux matières, le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions et des libéralités. Au sein de celles-ci, est aussi généralement étudié le droit du pacte civil de solidarité²⁰. Nous entendrons toutefois la notion de façon un peu plus large encore puisque nous étendrons notre étude aux obligations alimentaires, et à un pan du droit du divorce, à travers le régime de la prestation compensatoire, empiétant ainsi quelque peu sur des domaines traditionnellement réservés au droit extrapatrimonial de la famille. Le droit patrimonial de la famille a en effet vocation à régir l'ensemble des relations pécuniaires entre les membres d'une famille, que ce soit dans le cadre d'un mariage, d'un Pacs, d'un divorce ou en cas de décès. On ne saurait donc éluder ces deux derniers aspects.

¹⁸ P. Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », RCADI 2015, t. 371, p. 153, spéc. p. 193

¹⁹ V. aussi sur ce point, L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », précité, n°9 : « peu importe alors que l'égalité des sexes ou l'égalité des filiations soient des créations purement occidentales, des instruments d'hégémonie culturelle ou des vecteurs d'impérialisme. Dès lors que ces principes représentent pour l'ordre juridique français dont le caractère fondamental n'est pas contesté, leur protection mérite d'être garantie, et cette considération suffit à elle seule à déclencher le jeu de l'ordre public. (...) »

²⁰ L'ouvrage collectif de M. Grimaldi intitulé « Le droit patrimonial de la famille » divise la matière en sept livres : régimes matrimoniaux, successions, libéralités, libéralités-partages, pacte civil de solidarité, fiscalité, droit international privé (M. Grimaldi (dir), *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, Dalloz, Dalloz Action, 6ème éd., 2017)

14. Quant à la définition de l'ordre public international, elle est loin d'être aisée. A l'image de l'ordre public interne, l'ordre public international est en effet fait « d'une force, d'un rayonnement, d'une énergie, qui ne se laisse pas capter en stéréotypes »²¹. La doctrine et la jurisprudence s'y sont néanmoins essayé et les différentes analyses de la notion font apparaître un concept polymorphe. Pouvant apparaître sous plusieurs formes, ordre public plein, atténué, de proximité, l'ordre public international n'est pas non plus homogène quant à son contenu. Il engloberait tout d'abord les principes fondamentaux « universellement partagés »²², « expression de la morale et de la justice objective »²³. Une définition semblable a été donnée par l'arrêt *Lautour*²⁴ qui évoque, en 1948, les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Or, on l'a vu, si on entend par universel, un principe « qui s'étend à tous et partout »²⁵, en tout temps et en tous lieux, à l'ensemble de la société humaine, on peine à en donner ne serait-ce qu'un exemple.

15. La recherche de « principes communs transcendants » devrait même se révéler plus difficile encore dans les matières relatives au droit patrimonial de la famille. Le droit successoral notamment est marqué par « des spécificités nationales, culturelles, religieuses et familiales » et « semble rétif à une telle universalité »²⁶. Étonnamment pourtant, l'étude du droit comparé a permis à la doctrine de remarquer qu'il existait une règle commune à presque tous les droits successoraux nationaux : celle relative à l'indignité successorale. La quasi-totalité des États empêche l'auteur d'un crime contre le défunt de lui succéder²⁷ ; ce qui fait dire à la doctrine qu'il existe « sans doute là un principe d'ordre public international »²⁸, une règle « presque de droit naturel »²⁹. L'ordre public international est en effet souvent rapproché du droit naturel³⁰. Batiffol estimait que « la première fonction de l'ordre public était de défendre le droit naturel »³¹ ; le droit naturel a ainsi trouvé une place au sein de la réglementation française des

²¹ J. Carbonnier, *Actes du colloque L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, Exorde, 1)

²² H. Muir-Watt, D. Bureau, *Droit international privé*, tome I, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2017, p. 541, n°465

²³ P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954, spéc. n° 270, p. 293

²⁴ Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, D. 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; Rev. crit. DIP 1949. 89, note Batiffol ; JDI 1949. 38 ; S. 1949. 1. 21, note Niboyet ; JCP 1948. II. 4542, note Vasseur ; GA, n° 19

²⁵ *Le Littré*, Dictionnaire de la langue française, « Universel »

²⁶ M. Azavant, « L'ordre public successoral », *Dr. Fam.* 2013 n°10, dossier 38

²⁷ M. Azavant, *Ibid*

²⁸ M. Azavant, *Ibid*

²⁹ M. Azavant, *Ibid*

³⁰ V. en ce sens, W. Goldschmidt, *Sistema y filosofia del der. Int. Pr.*, I, 2^{ème} éd., p. 453, cité par H. Batiffol, in *Aspects philosophique du droit international privé*, précité (« par l'ordre public international, le for applique ce qu'il **croit** être du droit naturel ») ; v. aussi sur ce thème, Ph. Franceskakis, *Droit naturel et le droit international privé*, Paris Dalloz & Sirey 1960

³¹ H. Batiffol, *Aspects philosophique du droit international privé*, op. cit.

situations internationales³². Cette analyse trouve un appui dans la philosophie platonicienne ; Socrate voyait dans l'essence de l'homme « quelque chose de permanent »³³ et soutenait que « les choses ont en elles-mêmes une essence fixe, qu'elles ne sont ni relatives à nous, ni dépendantes de nous, qu'elles ne sont pas tirées dans tous les sens au gré de notre imagination mais qu'elles existent par elles-mêmes selon l'essence qui leur est naturelle ». L'ordre public international pourrait se trouver ici, dans cette « essence », ce « quelque chose de permanent », de « raisonnable », qui fait qu'intuitivement l'homme est capable de discerner le bien du mal. Quelque chose de l'ordre du « bon sens », pour reprendre Descartes³⁴. Le noyau dur de l'ordre public international pourrait-il ainsi se rapprocher d'une sorte de conscience morale naturelle, commune à tous les hommes ? Elle servirait de référence et permettrait de désobéir aux lois qui ne sont pas « justes ». C'est ce que dit Rousseau dans l'*Émile* : « Il est au fond des âmes un principe inné de justice et de vertu, sur lequel, malgré nos propres maximes, nous jugeons nos actions et celles d'autrui comme bonnes ou mauvaises »³⁵.

16. Le principe d'indignité successorale illustrerait cette idée : il n'apparaîtrait juste à personne qu'une personne hérite de celui contre lequel elle a commis un crime³⁶. On pourrait donc admettre que ce principe recouvre une expression de l'ordre public international. Quelle utilité aurait cependant ici l'exception d'ordre public si tous les États partagent ce même principe ? Elle n'aurait finalement presque jamais vocation à jouer si la notion était entendue de manière si restrictive.

17. Il ne nous semble en réalité pas que l'ordre public international soit la transcription d'une « morale collective » ; il regroupe un ensemble de normes, de valeurs, qui doivent être distinguées de la « morale ». S'il peut exister une morale commune à tous les hommes, une

³² En ce sens, R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Thèmes et commentaires, coord. Th. Revet, Paris, Dalloz, 1996, p. 67 et s. : « L'exception d'ordre public international ouvre au droit naturel une véritable porte d'entrée dans la réglementation française des situations internationales ».

³³ « Et bien, voyons, Hermogène, crois-tu qu'il en soit ainsi des êtres et que leur essence soit relative à chaque individu, comme le disait Protagoras, quand il affirmait que l'homme est la mesure de toutes choses, et que par conséquent tels ils me paraissent à moi, tels ils sont pour moi, et que tels ils te paraissent à toi, tels ils sont pour toi ; ou bien crois-tu qu'ils ont en eux-mêmes et dans leur essence quelque chose de permanent ? (...) si Protagoras disait vrai, et si c'est la vérité que les choses sont telles qu'elles paraissent à chacun, est-il possible que, parmi nous, certains soient raisonnables et les autres déraisonnables ? »

³⁴ « Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée »

³⁵ J.-J. Rousseau, *Emile*, IV, p. 376

³⁶ V. en ce sens la décision de la Cour EDH (CEDH 1er déc. 2009, req. n° 64301/01, *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, AJDA 2010. 997, obs. Flauss) qui a condamné la Roumanie pour ne pas avoir appliqué la sanction de l'indignité successorale au frère meurtrier qui s'est suicidé avant que sa condamnation pénale ne devienne définitive. Ne pas prononcer l'indignité dans ces circonstances a ainsi été considéré comme portant atteinte au droit au respect de la vie familiale.

idée abstraite du bien et du mal³⁷, les valeurs sont quant à elles forcément dépendantes d'un ordre juridique. Pour exister, pour être « valorisées », autrement dit pour être affirmées en tant que « valeurs », elles ont nécessairement besoin d'un système juridique de référence. Elles ne seront en effet « valeurs » que si elles sont proclamées en tant que telles par un ordre étatique. Par définition, les valeurs ne peuvent donc pas être universelles. L'ordre public international, représentatif de ces valeurs, ne peut donc pas l'être non plus.

18. Si on ne peut ainsi donner valeur universelle à nos principes d'ordre public international, notre ordre juridique peut toutefois souhaiter voir ces principes, ces valeurs, s'appliquer à tous. C'est notamment le cas des principes déclinés par la Convention européenne des droits de l'homme, les droits et libertés fondamentaux, dont doit bénéficier chaque homme, tout simplement parce qu'il est homme. Ces valeurs reçoivent bien sûr une interprétation différente selon les pays³⁸, les droits de l'homme affirmés par la Cour EDH ne sont certes que « l'expression d'une certaine culture régionale »³⁹, mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient universels pour être d'ordre public international. L'important est que ces principes revêtent un caractère fondamental à nos yeux : « l'examen de ces valeurs doit se limiter à vérifier qu'elles présentent pour l'ordre juridique français un caractère fondamental. En revanche, la question de savoir si les principes dont la violation est constatée ont ou non une vocation universelle n'est absolument pas pertinente. C'est en effet l'ordre du for qui constitue d'abord l'ordre juridique de référence au regard duquel doit être confrontée la norme étrangère »⁴⁰. Ainsi qu'a pu le dire Paul Ricœur, « il y a pour chaque individu, pour chaque communauté, pour chaque collectivité nationale, de l'intolérable »⁴¹. Cet intolérable nous l'exprimons à travers l'exception d'ordre public international, propre à chaque pays⁴².

³⁷ V. en ce sens G. W. Leibniz, *Nouveaux Essais sur l'Entendement humain*, I, II, §4

³⁸ « Qu'ils soient proclamés par la Cour de Strasbourg ou par les juridictions nationales, les droits de l'homme apparaissent de plus en plus comme ceux de l'homme européen, et parfois même de l'homme français, et de lui seul », L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G* 2015, 318 ; v. aussi, Y. Lequette, note ss CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. Crit. DIP* 1995, p. 308

³⁹ « ...et n'ont pas vocation à faire systématiquement obstacle à toute reconnaissance de situations acquises sous l'empire d'une loi ou par le truchement d'un jugement provenant d'une culture profondément différente », G. Canivet, *Rev. Inter. dr. comp.*, 2003, p. 20

⁴⁰ L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.*, n°9

⁴¹ P. Ricoeur, *Lectures 1. Autour du politique*, p. 306

⁴² La polygamie en donne un exemple intéressant, elle est aussi légitime dans les pays qui l'autorisent qu'elle nous choque en Europe. On rappellera les observations du Doyen Batiffol à cet égard : « *On peut certes soutenir que le refus d'appliquer en France, au moins pour l'acquisition des droits, une loi étrangère admettant la polygamie se rattache encore au droit naturel, parce qu'il y a de fortes raisons de penser que l'ordre naturel, tel que le suggère, entre autres raisons moins matérielles, l'approximative égalité numérique des hommes et des femmes, appelle au moins la monogamie ; mais il est déjà moins clair que la polygamie méconnaît le respect de la personne ; cette affirmation suppose une notion de l'égalité de valeur des personnes abstraction faite du sexe, peut-être même l'idée que le respect de la personne conduira, le cas échéant, à lui imposer des abstentions pour son véritable bien, toutes notions et idées qui ne sont sans doute pas dans leur* »

19. La Cour de cassation ne fait d'ailleurs plus référence aux principes dits « de justice universelle » dans ses décisions pour définir l'ordre public international. Elle a plutôt tendance à parler dorénavant de « principes essentiels du droit français »⁴³. Une telle définition apparaît sans doute plus adaptée en ce qu'elle montre que les principes d'ordre public international ont avant tout une essence nationale. Elle permet aussi de donner une portée plus large à la notion⁴⁴. L'ordre public international ne se limite en effet pas aux droits fondamentaux. La doctrine y intègre aussi « les fondements politiques ou sociaux de la civilisation française »⁴⁵, qui recouvrent par exemple les principes relatifs à la laïcité et à la monogamie⁴⁶, ainsi que « certaines politiques législatives françaises de direction ou de protection ». L'objectif de l'ordre public international est ici de défendre une politique législative du for que l'application de la loi étrangère viendrait troubler, il interviendrait donc dans un souci de cohérence de la politique interne⁴⁷. Au nom de la « sauvegarde de certaines politiques législatives »⁴⁸, l'ordre public international défendrait par exemple une politique familiale interne.

20. Or, il est maintenant courant de constater, depuis plusieurs années, en droit de la famille et droit patrimonial de la famille, que l'ordre public familial ne défend plus tellement de politique familiale, successorale ou matrimoniale, mais se concentre essentiellement sur l'individu au sein de la famille. Il ne s'agit plus de promouvoir un modèle mais de mettre en œuvre, le plus concrètement possible, les droits de l'homme. Dès lors, ce n'est en réalité pas le conjoint, l'héritier, qui est défendu mais l'homme en tant que tel⁴⁹. Le noyau dur de l'ordre public interne est donc réduit à l'essentiel : liberté, égalité, respect de la personne, dignité humaine.

généralité un acquis commun à toute l'humanité ; et il se mêle déjà au problème des considérations d'intérêt social, facilement perceptibles dans l'effet de la polygamie sur l'éducation des enfants devenant trop nombreux » (H. Batiffol, *Aspects philosophiques...*, précité, n°73).

⁴³ Cass. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, D. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 387, obs. A. Mirkovic ; obs. B. Haftel ; interview C. Mécaray ; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck ; Rev. crit. DIP 2010. 747, note P. Hammje ; RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; Clunet 2011. 119, note S. Bollée ; JCP 2010. II. 1173, note H. Fulchiron

⁴⁴ On parle de « formule de synthèse », H. Muir-Watt, D. Bureau, *Droit international privé, tome I*, précité, p. 543, n°466-1

⁴⁵ H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, T. I, 7^{ème} éd., 1981, spéc. n°359, p. 416

⁴⁶ H. Muir-Watt, D. Bureau, *Droit international privé, tome I*, précité, p. 542, n°466

⁴⁷ V. toutefois pour une critique de la défense par l'ordre public international de « certaines politiques législatives françaises », P. Kinsch, « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, précité, p. 447

⁴⁸ H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 1974, t 1, p. 448 et s. ; P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 11^{ème} éd., 2014, n°205, p. 152

⁴⁹ V. not. en ce sens Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Cours général de droit international privé, RCADI*, vol. 387, Bill, 2018, p. 537 : « On assiste à une subjectivisation du

21. L'ordre public international n'est certes pas l'équivalent de l'ordre public interne⁵⁰, mais naturellement, il s'en inspire et en suit les orientations. Il a donc lui aussi tendance à se resserrer sur une conception « fondamentaliste », et à oublier l'une de ses fonctions originaires, la défense des politiques législatives essentielles, la cohérence de l'ordre juridique du for. Les droits et libertés privés, l'égalité formelle, sont donc sans trop de difficultés protégés à l'international, tandis que les idées de fraternité, de solidarité, autrement dit les valeurs collectives, ont plus de mal à se faire une place⁵¹.
22. Il est dès lors légitime de se demander s'il existe encore un ordre public international spécifique au droit patrimonial de la famille, à l'heure où certains affirment en droit interne qu'il « n'existe pas d'ordre public inhérent au droit patrimonial de la famille »⁵². Un auteur a en effet récemment soutenu dans sa thèse qu'en la matière, « les règles qui s'affirment de façon péremptoire sont des règles simplement impératives, qui ne participent pas à la mise en œuvre d'un quelconque ordre public »⁵³. La notion d'ordre public serait en effet selon lui trop souvent confondue avec d'autres limites à la liberté contractuelle telles que « les bonnes mœurs, les droits fondamentaux et les lois impératives »⁵⁴. Et l'auteur ajoute que **« si toutes les lois d'ordre public sont impératives (...) toutes les lois impératives ne sont pas nécessairement d'ordre public »**. Bien qu'il se dérobe depuis toujours à l'exercice d'une définition, l'ordre public est par nature attaché à la sauvegarde de l'intérêt général. Par conséquent, il est proscrit d'y renoncer par anticipation et sa violation demeure fermement sanctionnée. Dans sa mise en œuvre judiciaire, le ministère public dispose d'une action pour poursuivre toute atteinte à

droit de la famille, lequel prend de plus en plus la forme d'une collection de droits subjectifs établis sur la tête de chacun de ses membres, homme, femme, enfants. »

⁵⁰ V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, tome 1*, précité : « Il paraît assez évident que l'on n'évincera pas une loi étrangère au seul motif qu'elle différerait de la lex fori (...). Ce n'est pas parce qu'une disposition en vigueur dans l'ordre juridique du for est d'ordre public au sens du droit interne que dans son domaine, toute loi étrangère devra être évincée ». Si tel était le cas, « c'est le principe même de l'application de la loi étrangère, et sans doute, au delà, de la méthode conflictuelle, qui serait remis en cause ».

⁵¹ En ce sens, J. L. Renchon, « Les causes des mutations de l'ordre public », *Droit de la famille* n° 9, 2015, dossier 46 : L'ordre public international suit une représentation des droits fondamentaux « qui promeut prioritairement les libertés privées plutôt que les droits économiques et sociaux, et l'égalité formelle plutôt que la fraternité et la solidarité, c'est-à-dire la justice sociale. »

⁵² A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille*, Thèse, Toulouse, 2018, sous la direction de B. Beignier ; d'autres auteurs se sont aussi interrogés sur la question de savoir s'il existait « toujours un ordre public dans le droit patrimonial de la famille » (B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *Libéralités et successions*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017, coll. Cours & TD, p. 22, n°4) ; v. aussi R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016 p. 729 ; M. Beaubrun, « Le nouvel ordre public successoral, Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges en l'honneur de G. Goubeaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1 s.

⁵³ A. Tani, précité, résumé de la thèse par l'auteur

⁵⁴ *Ibid*, p. 22

l'ordre public et le juge a le pouvoir – sinon le devoir – de soulever d'office ce moyen. **En l'absence de ces caractéristiques traditionnelles (qui sont autant d'éléments de définition), il devient téméraire de retenir la présence d'un ordre public ;** sauf à prendre le risque de dévoyer la notion en la contorsionnant et en effaçant ses marqueurs distinctifs. **Aucun de ces traits n'étant identifiable en droit patrimonial de la famille, l'idée selon laquelle il existerait un « ordre public patrimonial » (parfois qualifié de « matrimonial » ou de « successoral ») mérite d'être repoussée »⁵⁵.**

23. Dès lors, s'il n'existe pas d'« ordre public interne » en droit patrimonial de la famille, peut-il exister un ordre public international ? On affirme généralement que l'ordre public international est plus restreint que l'ordre public interne, que ce qui est d'ordre public international est forcément d'ordre public interne, mais pas l'inverse : ce qui est d'ordre public interne n'est pas forcément d'ordre public international⁵⁶. L'affirmation paraît donc sceller le sort de l'ordre public international, il n'existerait pas non plus en droit patrimonial de la famille...

24. Il n'en est rien en réalité. La notion d'ordre public international doit être clairement distinguée de celle d'ordre public interne, surtout lorsque cette dernière est interprétée strictement, telle que l'entend Monsieur Tani. L'auteur dissocie en effet les concepts d'ordre public, de « droits fondamentaux » et de « lois impératives ». Or, « l'ordre public », défini au sens strict, attaché à la sauvegarde de l'intérêt général, celui auquel on ne peut renoncer, occupe en réalité une place infime au sein de l'ordre public international. En revanche, les droits fondamentaux et les lois impératives en constituent le cœur, notamment en droit patrimonial de la famille⁵⁷.

⁵⁵ *Ibid*, p. 20 n°9 et résumé de la thèse par l'auteur

⁵⁶ V. en ce sens D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1, op.cit., p. 541, n°464 : « Le caractère d'ordre public interne d'une loi ne s'oppose pas en tant que tel à l'application d'une loi étrangère. En revanche, on voit mal comment, dans un domaine où les lois du for ne sont pas d'ordre public interne, la loi étrangère pourrait être écartée au nom de l'ordre public international : si dans l'ordre interne, les parties peuvent déroger à cette loi, pourquoi une loi étrangère qui lui serait contraire devrait-elle être écartée au nom de l'ordre public international ? » ; On définit aussi souvent l'ordre public international comme étant le « noyau dur » de l'ordre public interne : en ce sens M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, Defrénois, 2012, p. 755 (« on comprend donc que l'ordre public international soit plus strictement compris » ; v. aussi M. Azavant, « L'ordre public successoral », *Dr. Fam.* 2013, n°38 (« l'ordre public international ne peut être qu'une version épurée, édulcorée de l'ordre public interne ») ; v. dans le même sens Loussouarn Y., Bourel P., de Vareilles-Sommières P., *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 10ème éd., 2013, p. 357, n°378

⁵⁷ L'ordre public international défendrait en fait ce qu'un auteur appelle le « bloc d'impérativité », entendu au sens large, qui englobe les droits fondamentaux, les lois impératives, l'ordre public et les bonnes moeurs (B. Fages, *Droit des obligations*, 6ème éd., LGDJ, 2016, coll. Manuel, spéc. p. 147, n°154), contre lequel les normes étrangères porteraient « manifestement » atteinte

Finalement, la notion d'ordre public international serait, en quelque sorte, même plus large que celle d'« ordre public » interne⁵⁸.

25. Nous démontrerons en effet que l'ordre public international en droit patrimonial de la famille s'est tourné vers la défense des intérêts privés, autrement dit, des individus. Il s'agit avant tout d'un ordre public international de protection individuelle. La défense de l'intérêt général⁵⁹ n'est pas pour autant oubliée en droit international privé, il nous semble cependant qu'elle soit à attribuer à un autre mécanisme, celui des lois de police. La notion même d'«ordre public international » serait donc ambigüe et peut-être à revoir...
26. La question de savoir si les concepts d'« ordre public matrimonial » et surtout d'« ordre public successoral »⁶⁰ peuvent intégrer les principes défendus par l'ordre public international reste en tous cas tout à fait pertinente. Si de nombreux auteurs ont écrit sur l'ordre public international, la notion n'avait encore jamais été abordée dans le cadre particulier du droit patrimonial de la famille. Or, l'actualité juridique récente nous invite à l'étudier sous cet angle. Nous pensons notamment aux arrêts récents rendus sur la réserve héréditaire⁶¹ et la renonciation anticipée à prestation compensatoire⁶².
27. Ces institutions, réserve héréditaire et prestation compensatoire, sont des outils, des mécanismes, au service de la mise en œuvre de principes et de valeurs, fondateurs de notre droit patrimonial de la famille. Tant la réserve héréditaire que la prestation compensatoire visent à préserver une certaine équité entre les enfants ou entre les époux, à protéger le plus faible contre d'éventuelles pressions familiales, à préserver finalement la liberté de chacun à l'intérieur du cercle familial.
28. Si le débat sur la réserve, interrogeant sur sa protection par l'ordre public international, a suscité tant d'intérêts et de crispations, c'est sûrement parce qu'elle est représentative du système de

⁵⁸ Telle qu'elle est entendue par Monsieur Tani, au sens strict. Nous continuerons néanmoins, tout au long de la thèse, dans un souci de clarté, à faire référence à une conception « classique » de l'ordre public interne lorsque la notion sera évoquée

⁵⁹ Autrement dit, « l'ordre public de direction », édicté pour sauvegarder les institutions collectives

⁶⁰ même si cette qualification du droit interne peut être discutée, Cf. A. Tani, précité

⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, 2 arrêts, n° 16 -17.198, Jarre et n° 16-13.151, Colombier, JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305, E. Fongaro ; JDI 2018, comm. 3, p. 113, E. Bendelac ; JCP G 2017, 1236, C. Nourissat et M. Revillard ; D. 2017 p. 2185, J. Guillaumé ; AJ famille 2017, 595, A. Boiché ; D. 2017, p. 2310, H. Fulchiron ; RJPF 2017, p. 44 S. Godechot-Patris et S. Potentier ; Rev. crit. DIP 2018, p. 87, note B. Ancel ; Dr. famille 2018, étude 13, n° 5, note D. Vincent ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. Deneuville et S. Godechot-Patris.

⁶² Cass. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, D. 2015. 1539; AJ fam. 2015. 492, obs. A. Boiché; JCP 2015. 1024, note E. Fongaro; JDI 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; RJPF, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris

valeurs de deux modèles de sociétés en apparence antagonistes : d'un côté l'individualisme méritocratique et le libéralisme anglo-saxon, de l'autre l'égalitarisme et le sens de la famille continental européen⁶³. La réserve étant le symbole d'une différence d'idéologie entre ces deux systèmes⁶⁴, il apparaît naturel de se demander si elle est d'ordre public international, tout comme la liberté testamentaire pourrait l'être en droit américain ou en droit anglais⁶⁵. Le droit de léguer librement constitue en effet pour les anglo-saxons une liberté individuelle fondamentale, composante du droit de propriété, et à ce titre, ne peut donc souffrir aucune entrave, même imposée par l'Etat. En France en revanche, la liberté de tester passe après la volonté de protéger la famille. Le système successoral français, « basé sur une notion de propriété familiale, de mise en commun des richesses au sein de la famille, reconnaît ainsi les efforts fournis par l'ensemble des membres du foyer pour acquérir lesdits biens » alors que le système anglo-saxon « est intimement lié au développement d'une propriété individuelle jalousement défendue, entendue dans une acception très large et reflétant le mythe du pionnier, ne devant sa réussite qu'à son seul accomplissement personnel »⁶⁶.

29. Malgré ces divergences de conception, qui auraient pu justifier une prise en compte de la réserve au titre des principes défendus par l'ordre public international français, la Cour de cassation n'a pas tranché en ce sens. « Une loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français » a-t-elle affirmé dans les arrêts Jarre et Colombier du 27 septembre 2017⁶⁷. L'affirmation est claire, le débat est pourtant loin d'être

⁶³ En ce sens, P-A Conil, « La mise en parallèle des systèmes successoraux européen et américain », Dr. Fam. N°2, 2013, étude 1.

⁶⁴ V. en ce sens, P-A Conil, *Ibid* : « En France, une des justifications les plus fréquemment retenues par la doctrine pour défendre l'institution de la réserve héréditaire est celle consistant à affirmer qu'un système sans réserve permettrait au parent tyrannique de contrôler les différents choix de vie de ses enfants, que ce soit le choix d'un conjoint, d'une religion, d'une carrière, en les menaçant de les déshériter si leurs décisions ne correspondent pas à ces attentes. Or, outre-Atlantique, c'est l'exemple contraire qui est retenu et qui semble tout aussi évident que le précédent aux yeux de ceux qui l'utilisent : la présence d'une réserve héréditaire fragiliserait la position des parents car ceux-ci ne pourraient plus utiliser l'incitation à l'héritage, ou son pendant, la menace d'exhérédation du moins méritant, à des fins quasi-éducatives, ainsi que pour encourager leurs enfants à s'occuper d'eux pendant leurs vieux jours ». Autrement dit, à travers la question de la réserve héréditaire, c'est la conception marchande américaine des rapports humains qui s'oppose à la conception non marchande française.

⁶⁵ Un auteur résume ainsi l'idéologie sous-tendant le dogme de la liberté testamentaire américaine : « *This is my money, I made it and I can do what I want with it* » (P-A. Conil, précité, citant un parlementaire de l'Etat de Louisiane au moment du vote de la réforme de la réserve héréditaire en 1989 - article du New York Times, « Disinheritance Law Kindles Passion in Louisiana » -)

⁶⁶ P-A. Conil, précité.

⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, 2 arrêts, n° 16-17.198, Jarre et n° 16-13.151, Colombier, JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305, E. Fongaro ; JDI 2018, comm. 3, p. 113, E. Bendelac ; JCP G 2017, 1236, C. Nourissat et M. Revillard ; D. 2017 p. 2185, J. Guillaumé ; AJ famille 2017, 595, A. Boiché ; D. 2017, p. 2310, H. Fulchiron ; RJPF 2017, p. 44 S. Godechot-Patris et S. Potentier ; Rev. crit. DIP 2018, p. 87, note B. Ancel ; Dr. famille 2018, étude 13, n° 5, note D. Vincent ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. Deneuville et S. Godechot-Patris.

clos. La portée de cette décision est encore floue, et ses conséquences, à terme, sur l'ordre public interne, non négligeables. Si l'absence de protection de la réserve dans un contexte international n'est sûrement que le reflet de son déclin en droit interne, sa non prise en compte par l'ordre public international ne fait que l'affaiblir, encore un peu plus, en droit interne. Les interactions entre « ordre public interne » et ordre public international sont effet évidentes.

30. Si l'étude envisagée présente un réel intérêt théorique, son impact pratique n'en est pas moins important. Les praticiens sont en effet de plus en plus confrontés à une clientèle internationale, de par l'ouverture des frontières et les principes de liberté de circulation. Cette tendance à la globalisation, reflet d'un monde devenu un grand village où les citoyens se promènent librement, explique sans doute aussi le rétrécissement du contenu de l'ordre public international. Pour mieux circuler, il faut assouplir les principes du for. Mais à force d'assouplir l'ordre public, ne le vide-t-on pas de sa substance ? Comment dès lors concilier mondialisation, liberté de circulation, et préservation de nos principes et valeurs ? Nous souhaitons, à travers cette étude, démontrer que *l'harmonie internationale* peut être trouvée, même par le biais de l'ordre public international : dans la recherche d'une concorde entre les différents principes fondateurs du droit patrimonial de la famille, et dans la mise en œuvre même du mécanisme, à travers la relativisation de son application.

31. Pour l'heure, l'ordre public international semble trouver cet équilibre en réduisant le champ des « principes essentiels » à défendre. Il s'agit en effet d'un ordre public de protection, se focalisant sur l'individu, à travers la préservation de son intégrité, sa volonté, ses libertés (**Partie 1**). Or, si l'on peut admettre un relâchement sans doute nécessaire du jeu de l'exception d'ordre public, il ne nous semble pas qu'il faille le rechercher dans la limitation des principes défendus, mais plutôt, dans la modulation du régime d'intervention de l'exception d'ordre public (**Partie 2**).

PREMIERE PARTIE

L'ORIENTATION INDIVIDUALISTE DE L'ORDRE PUBLIC
INTERNATIONAL EN DROIT PATRIMONIAL DE LA
FAMILLE

33. Pour comprendre les orientations de notre ordre public aujourd'hui, il faut remonter à Rousseau, dont la philosophie a posé les bases de notre organisation politique et juridique. Dans *Le Contrat social*⁶⁸, Jean-Jacques Rousseau institue l'idée que l'humanité « commence dans une liberté ignorante de toute loi, et qui, une fois forcée par la nécessité de se donner des lois (pour organiser la vie en société) ne le fera que sous la condition et dans l'intention de préserver l'intégrité de sa liberté sans loi : le citoyen moderne, en se plaçant sous la loi qu'il a produite, entend rester *aussi libre qu'auparavant* »⁶⁹. En d'autres termes, la loi n'a de validité ou de légitimité que si elle vise à garantir les droits humains et se borne à cette finalité⁷⁰. Cette philosophie est à l'origine de « l'individualisme juridique », « qui admet que l'individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions »⁷¹

34. La loi est « l'expression d'un compromis opéré par les élus du peuple, au nom du bien commun, entre des revendications et des aspirations contradictoires »⁷², et par sa fonction, elle « porte nécessairement atteinte aux droits et libertés des uns ou des autres »⁷³, mais ceci dans le but d'assurer la paix, la tranquillité et la sécurité publique de l'état social⁷⁴, et par conséquent de préserver les libertés des individus. Dans cette approche rousseauiste, l'ordre public doit donc être le résultat d'un compromis qui se justifie en ce qu'il permet de garantir les droits fondamentaux de l'individu. Aujourd'hui cependant, les libertés individuelles prennent tellement d'importance qu'on en oublie le compromis qui avait été fait : nous voulons les libertés, sans les contraintes. La loi n'est plus considérée comme « une garantie de l'état des personnes, mais comme une contrainte dont il faut s'émanciper (...) Nous serions en marche vers un avenir radieux où chaque homme ne serait soumis qu'aux limites qu'il se fixe librement »⁷⁵.

35. Dans cette mouvance, l'ordre public international se transforme donc de façon à ne plus être envisagé comme une contrainte, mais au contraire, comme un moyen de promouvoir les

⁶⁸ J. J. Rousseau, *Du contrat social*, livre I, chap 6, in *Œuvres complètes*, tome III La Pléiade, 1964, p. 360

⁶⁹ P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, précité, p. 8

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, 1949, rééd. 2007, p. 27, cité par Ch. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », RTD civ. 2018, p. 809

⁷² F. Chénéde, note sous Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, D. 2014, p. 179, n°6

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ G. Cornu dir., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018, 12^{ème} éd.

⁷⁵ A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Points Essais, Paris, 2009, p. 78

libertés individuelles. Aucun modèle collectif n'est plus imposé autoritairement⁷⁶, et l'ordre public permet à l'individu, à travers la promotion des droits fondamentaux, de créer son propre modèle. Le concept « d'autonomie de la volonté » y tient alors une place essentielle et grandissante. En droit patrimonial de la famille, l'ordre public international va ainsi promouvoir et garantir l'efficacité, la force, de cette volonté (**Titre 1**). Le droit des successions est tout à fait révélateur à cet égard : en la matière, la liberté testamentaire devient la valeur suprême à protéger. L'exercice d'une volonté sans bornes révèle cependant rapidement ses excès. Certains membres de la famille qui en auront fait les frais, le conjoint, les enfants, vont dès lors réclamer une protection. Ainsi, alors que l'ordre public s'attachait à garantir la liberté du disposant, conscient de ses travers, il cherche ensuite à la limiter, mais une fois encore sur le fondement de la défense des droits et libertés individuels (**Titre 2**).

36. Ce recentrage de l'ordre public international sur la protection de l'individu se révèle également à travers l'appréciation de la loi étrangère qui est faite par la jurisprudence. L'identification des principes d'ordre public international appelle au préalable une réflexion sur l'appréciation même des normes étrangères. Est-ce le principe en tant que tel édicté par la loi étrangère qui déclenche l'intervention de l'ordre public ou est-ce son application concrète, au cas d'espèce, donnant lieu à une situation contraire à nos principes, qui justifie l'éviction de la loi étrangère ? C'est cette dernière approche, dite « in concreto », qui est préconisée par la doctrine et la jurisprudence. Elle correspond en effet aux orientations « nominalistes »⁷⁷ de notre ordre public actuel. C'est le « fait », le cas particulier, qui importe, et de lui va dépendre le déclenchement de l'exception, sans qu'un principe général soit réellement mis en relief⁷⁸. Cette conception

⁷⁶ En ce sens, J. Hauser, Rapport français, in *L'ordre public*, Journées libanaises de Beyrouth, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XLIX, année 1998, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 475, not. p. 492 : « *L'ordre public familial fait de moins en moins référence à un modèle collectif déterminé autoritairement auquel l'individu devrait adhérer et dans lequel il n'aurait qu'un pouvoir très limité d'initiative. L'ordre public familial est plutôt un centre de convergences d'intérêts individuels qui transportent leur ordre public. Il est une addition de libertés d'ordre public autour d'un noyau réduit à l'essentiel : monogamie, égalité, intégrité du consentement, respect de la personne, intérêt de l'enfant. A l'ordre public de l'organisation et la hiérarchie pourrait succéder un autre ordre public, rêvons à un autre article 6 du code civil émigré en droit familial : « on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent les libertés, l'égalité et la protection des membres de la famille ainsi que la solidarité entre eux ».* »

⁷⁷ Le nominalisme correspond à un courant philosophique qui s'oppose au réalisme (querelle philosophique née au Moyen-Age, notamment sous la plume de Guillaume d'Ockham au XIV^{ème} siècle). Les réalistes défendent le concept, l'idée en soi, une essence commune aux choses, desquelles découlent les choses singulières, alors que selon les nominalistes, il n'y a que des cas particuliers, le concept vient après la chose. Les nominalistes nient donc toute réalité au-delà de l'individu. Les entités supra-individuelles ne sont que des concepts (par exemple la famille), et n'ont aucun contenu ontologique. (v. Ch. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », RTD civ. 2018, p. 809 ; v. aussi M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, 1983, PUF, 2009)

⁷⁸ V. Ch. Masson, précité : Dans le nominalisme juridique, « le fait est prédominant ; seulement il ne s'agit plus du fait conçu dans sa dimension phénoménale. Le fait est au contraire ramené à son irréductible singularité. Dans cette conception, il n'existe pas de modèles familiaux, ni même d'individu générique, mais seulement l'infinie diversité des espèces. C'est

conduit à un « éclatement » de l'ordre public en autant de situations singulières possibles. Ce constat nous interroge car il est finalement révélateur d'un paradoxe : alors que l'ordre public international est défini comme un ensemble de « principes essentiels », d'idéaux, de règles générales constitutives d'un modèle, il ne se manifeste plus que dans le fait singulier et seule la circonstance concrète légitime son intervention. Avant d'en conclure à une contradiction, il nous faut commencer, à titre préliminaire, par une étude approfondie de l'appréciation de la norme étrangère (**titre préliminaire**).

la notion même de règle, c'est-à-dire de norme générale qui est alors en sursis. Un mariage polygamique ou incestueux par exemple sera tantôt validé, tantôt annulé, selon les circonstances. L'horizon nominaliste, c'est la disparition de tout idée d'ordre ».

TITRE PRELIMINAIRE

LA LOGIQUE INDIVIDUALISTE AUTOUR DE L'APPRECIATION DE LA NORME ETRANGERE

37. Avant de déclencher l'exception d'ordre public, il est traditionnellement recommandé de procéder à un examen *in concreto* de la loi étrangère⁷⁹, c'est-à-dire de replacer la loi dans son contexte factuel, en l'examinant par rapport aux circonstances de l'espèce. La doctrine donne en effet plusieurs exemples de lois qui seraient *in abstracto* contraires à l'ordre public mais *in concreto* conformes : une loi étrangère admettant la polygamie, alors que les époux entendent faire un mariage monogame⁸⁰, une loi étrangère autorisant une union entre un adulte et une très jeune mineure, alors qu'elle est appelée à régir la capacité matrimoniale de deux adultes, une loi successorale étrangère qui accorde moitié moins aux filles par rapport aux fils, mais qui s'applique à une succession dans laquelle le défunt ne laisse que des filles. L'appréciation concrète de la loi étrangère serait donc primordiale alors que son examen abstrait serait presque inutile. Ce serait en effet « moins la loi étrangère en elle-même, dans l'abstrait, qui heurterait l'ordre juridique du for, que le résultat de son application concrète dans le litige »⁸¹.

Cette approche mérite cependant d'être vérifiée.

38. L'analyse de la jurisprudence montre en effet qu'une appréciation uniquement concrète de la loi étrangère montre rapidement ses limites (**chapitre 1**). D'un point de vue symbolique tout d'abord, en ne s'intéressant qu'au fait singulier, au cas concret, l'approche *in concreto*

⁷⁹ V. notamment D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé, tome 1*, précité, n°457, H. Batiffol H. et P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 8e éd., 1993, t. 1, n° 358 ; M.-L. Niboyet, G. de Géouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6e éd., 2017 ; B. Haftel, *Cours de droit international privé*, Paris, Dalloz, 7ème éd., 2018, n°342, p. 181 : « ce n'est jamais la norme étrangère en elle-même, son énoncé, qui est confronté aux principes essentiels du droit français ».

⁸⁰ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé, tome 1*, précité, n°457

⁸¹ P. Lagarde, « Ordre public », in *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°23 ; dans le même sens, M.-L. Niboyet, G. de Géouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 6e éd. Précité, n° 386 : il ne s'agit pas tant de « porter un jugement de valeur sur le contenu général des lois étrangères » que d'éviter « la consécration ou la reconnaissance par les juges du fond d'une situation juridique qui heurte dans le cas d'espèce considéré l'ordre public international ».

n'exprime clairement aucun principe, aucune valeur essentielle de l'ordre juridique du for. Cette approche tend à transformer le contenu de l'ordre public international : s'attachant à la protection individuelle de chacun, au cas par cas, il oublie d'affirmer les principes essentiels du droit français. L'appréciation *in concreto* appauvrit par ailleurs d'autant plus l'ordre public international qu'elle ne permet pas toujours de révéler toutes les atteintes qui y sont portées par les lois étrangères.

Un tel constat nous invite alors à nous interroger sur la question de savoir si, à l'inverse, une approche uniquement abstraite de la loi étrangère ne serait pas à privilégier. A l'analyse, il apparaît en réalité que les deux appréciations ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais complémentaires. L'appréciation *in abstracto* permet en effet de présumer l'atteinte à l'ordre public, mais cette présomption peut dans certains cas être renversée par une approche concrète de la norme étrangère (**chapitre 2**).

Chapitre 1

L'appréciation *in concreto* et ses limites

39. L'appréciation *in concreto* invite à s'intéresser au fait plutôt qu'au principe en tant que tel, autrement dit, à privilégier une approche « nominaliste » de l'ordre public. La jurisprudence récente opère en effet un glissement, et passe d'une vision réaliste à une vision nominaliste de l'ordre public (section 1). Ce changement de paradigme empêche d'appréhender la loi étrangère d'un point de vue « holistique » et a tendance à donner l'illusion d'une conformité de la loi étrangère à l'ordre public international alors qu'elle y est en fait contraire (section 2).

Section 1. Le changement de paradigme : d'une approche réaliste à une approche nominaliste

40. C'est Y. Lequette qui le premier a mis en évidence les inconvénients de l'appréciation *in concreto* « qui favorise une atomisation de l'ordre public mettant en échec tout effort de prévision »⁸². Des éléments de pur fait vont en effet justifier (ou non) le déclenchement de l'ordre public et vont rendre difficile tout effort de systématisation. C'est ainsi que dans un arrêt du 8 juillet 2015, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel au motif qu'elle n'avait pas recherché « de manière concrète, si les effets de la loi allemande (qui permet aux époux de renoncer par avance à toute prestation compensatoire en cas de divorce) n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français »⁸³. La Haute juridiction n'affirme dans cet arrêt aucun « principe de justice universelle »⁸⁴ ou même un « principe essentiel du droit français »⁸⁵, mais exhorte la cour d'appel à rechercher, au regard des circonstances de l'espèce, si l'application concrète de la loi allemande n'aboutissait pas à une

⁸² Y. Lequette, note sous CA Paris, 18 déc. 1973 et CA Paris, 1er juill. 1974, JDI 1975, p. 525, spéc. p. 534. ; v. aussi S. Godechot-Patris, S. Potentier, RJPF 2017, p. 44

⁸³ Civ. 1re, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, D. 2015. 1539; AJ fam. 2015. 492, obs. A. Boiché; JCP 2015. 1024, note E. Fongaro; JDI 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; RJPF, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris

⁸⁴ Expression employée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Lautour*, Civ. 25 mai 1948, D. 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; Rev. crit. DIP 1949. 89, note Batiffol ; JDI 1949. 38 ; S. 1949. 1. 21, note Niboyet ; JCP 1948. II. 4542, note Vasseur ; GA, n° 19

⁸⁵ Définition de l'ordre public international donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, D. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 387, obs. A. Mirkovic; obs. B. Haftel; interview C. Mécarry; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck; Rev. crit. DIP 2010. 747, note P. Hammje; RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; Clunet 2011. 119, note S. Bollée ; JCP 2010. II. 1173, note H. Fulchiron

situation contraire à l'ordre public international. C'est par conséquent le fait singulier, le cas particulier, qui va justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public, plutôt que la violation abstraite par la loi étrangère d'un principe « supérieur ». Pour preuve, il est difficile de dire dans cet arrêt quel était le principe atteint en l'espèce : n'étant pas affirmé, il ne peut être déduit qu'aux termes d'une analyse des circonstances dans lequel l'accord est intervenu, de la situation des époux, etc.⁸⁶

41. Les arrêts Jarre et Colombier du 27 septembre 2017 invitent au même constat⁸⁷. La Cour de cassation y a jugé que la loi californienne qui ignore la réserve héréditaire n'était pas « en soi contraire à l'ordre public international français » et ne pouvait « être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce » conduisait « à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ». Encore une fois, seul un cas particulier justifierait l'intervention de l'ordre public en ce qu'il aboutirait à une « situation incompatible » avec nos principes essentiels. Aucun principe n'est cependant expressément affirmé, on peut simplement déduire de l'attendu, détaillant précisément les faits, qu'il s'agirait en l'espèce de l'ordre public alimentaire, susceptible d'être atteint dans certaines circonstances⁸⁸.

42. Au regard de cette jurisprudence, ce n'est donc pas le principe en tant que tel qui justifie l'intervention de l'ordre public, mais une situation factuelle. Dès lors, selon les circonstances, la loi étrangère sera déclarée tantôt conforme, tantôt contraire à l'ordre public, sans que l'on puisse dégager de la décision un principe général. L'approche *in concreto* tend ainsi à abandonner toute vision « réaliste » de l'ordre public, au sens philosophique du terme⁸⁹. Ce

⁸⁶ Pour une analyse approfondie de cet arrêt, cf. *infra*, n°448 et s.

⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, 2 arrêts, n° 16 -17.198, Jarre et n° 16-13.151, Colombier, E. Fongaro, JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305 ; JDI 2018, comm. 3, p. 113, E. Bendelac ; C. Nourissat et M. Revillard, JCP G 2017, 1236 ; J. Guillaumé, D. 2017 p. 2185 ; A. Boiché, AJ famille 2017, 595 ; H. Fulchiron, Ordre public et réserve héréditaire réflexions sur les notions de précarité et de besoin, D. 2017, p. 2310 ; RJPF 2017, p. 44 S. Godechot-Patris et S. Potentier ; Rev. crit. DIP 2018, p. 87, note B. Ancel ; Dr. famille 2018, étude 13, n° 5, note D. Vincent ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. Deneuille et S. Godechot-Patris

⁸⁸ « Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi normalement applicable à la succession est celle de l'Etat de Californie, qui ne connaît pas la réserve héréditaire, l'arrêt relève qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des conjoints X..., tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin, que Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui a procédé aux recherches prétendument omises, en a exactement déduit que la loi californienne ayant permis à Michel X... de disposer de tous ses biens en faveur d'un trust bénéficiant à son épouse, mère de leurs deux filles alors mineures, sans en réserver une part à ses autres enfants, ne heurtait pas l'ordre public international français »

⁸⁹ Cf. la querelle des universaux entre les réalistes et les nominalistes (cf. *supra* note de bas de page n°77)

n'est plus tellement le concept, l'idée en soi qui est défendue, mais la chose singulière, le fait d'espèce.

43. Ce sont par conséquent les juges du fond qui décident *in fine* de la conformité de la loi étrangère à l'ordre public. En effet, le contrôle de la Cour de cassation portant sur l'application concrète de la loi en litige, « il lui est alors difficile d'exercer son rôle régulateur »⁹⁰. Seule l'appréciation souveraine des faits de l'espèce légitimera l'application ou l'éviction de la loi étrangère. Dès lors, l'appréciation *in concreto*, ne prenant en compte que de purs faits, empêche toute harmonisation, alors qu'« une comparaison abstraite entre le droit étranger et le droit du for peut s'opérer sous le contrôle de la Cour qui veillera à ce que la même disposition étrangère soit considérée de manière identique par les juridictions du fond »⁹¹.
44. L'approche *in concreto* présente l'autre inconvénient de ne pas donner à l'observateur le recul suffisant sur la norme en question : elle ne lui permet pas d'avoir une approche « holistique » de la loi étrangère, qui pourtant, est bien souvent révélatrice de la contrariété à l'ordre public.

Section 2. L'intégration de l'approche « holistique » au sein de l'appréciation in abstracto

45. Contrairement à l'approche *in abstracto* de la loi étrangère qui permet d'examiner le contexte juridique au sein duquel elle s'insère, l'approche *in concreto* se focalise sur le résultat auquel aboutit l'application de la loi⁹². Or, parfois, la contrariété à l'ordre public ne se voit pas dans le résultat mais dans sa cause, autrement dit elle ne se révèle qu'aux termes d'un examen de l'environnement juridique des dispositions étrangères applicables (§2). C'est notamment le cas, en droit musulman, des lois étrangères qui instituent une discrimination entre les époux ou entre les héritiers en raison de leur sexe. Pour comprendre le fonctionnement et les fondements de ces règles inégalitaires, il convient auparavant d'en étudier l'origine (§1).

§1 L'origine de la discrimination opérée par les lois successorales de droit musulman

46. A l'origine de la règle de répartition inégalitaire de la succession entre les hommes et les femmes, en vigueur dans de nombreux pays musulmans, se trouvent des justifications

⁹⁰ Y. Lequette, note sous CA Paris, 18 déc. 1973 et CA Paris, 1er juill. 1974, JDI 1975, p. 525, spéc. p. 534

⁹¹ Y. Lequette, note sous CA Paris, 18 déc. 1973 et CA Paris, 1er juill. 1974, JDI 1975, p. 525, spéc. p. 534.

⁹² *Contra v. B. Haftel, Cours de droit international privé*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2018, n°342, p. 181

religieuses et sociologiques. Le droit dans ces pays est généralement rivié à la religion⁹³, et leur droit des successions suit les prescriptions du Coran. Ainsi, pour la majorité des musulmans, l'inégalité successorale entre les hommes et les femmes est « un principe religieux immuable dont la stricte application transcende le temps et l'espace, et le simple fait de questionner cette supposée évidence est de l'ordre du blasphème »⁹⁴. Le Coran édicte en effet une règle de répartition de l'héritage très précise : « Allah vous fait commandement au sujet de vos enfants : au mâle, portion semblable à celle de deux filles »⁹⁵. Au sujet de la quotité revenant au conjoint survivant : « A vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas un enfant. Si elles ont un enfant, à vous le quart de ce qu'elles ont laissé. A elles le quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas un enfant ; si vous avez un enfant, à elles le huitième de ce que vous laissez »⁹⁶. Par conséquent, dans les pays qui suivent ces préceptes, les fils reçoivent une part double par rapport aux filles du défunt, et l'épouse hérite de la moitié de ce qu'aurait reçu son mari si elle était décédée avant lui. Au sujet de la succession collatérale, la sœur reçoit également moitié moins que son frère : « Si un homme périt sans avoir d'enfants mais ayant une sœur, à celle-ci la moitié de ce qu'il laisse et si cette sœur meurt avant lui, il hérite d'elle la totalité, si elle n'a point d'enfant. S'il y a deux sœurs, à elles les deux tiers de ce qu'il laisse. S'il a des frères et sœurs, au mâle, part égale à celles des deux sœurs »⁹⁷.

47. Cette répartition repose sur une combinaison de trois critères⁹⁸. « Le premier critère de répartition de l'héritage est le degré de parenté des successeurs héritiers avec le défunt : plus le lien de parenté est proche, plus la part d'héritage est importante. Le second critère est la position de la génération qui hérite : la jeune génération est favorisée par rapport à l'ancienne qui, étant en fin de vie, est le plus souvent une charge pour les jeunes membres de la famille »⁹⁹. Jusque-là, ces deux premiers critères sont parfaitement compatibles avec notre ordre public puisque la dévolution successorale orchestrée par le code civil repose plus ou moins sur les mêmes principes. C'est en revanche le troisième critère qui introduit l'inégalité. Il s'agit de la

⁹³ « Le caractère religieux de la règle de droit, son statut de règle révélée, s'est accompagné de conséquences méthodologiques importantes dont les traces sont encore très présentes. (...) La spécificité de la règle de droit musulman est en effet très affirmée parce qu'elle se rattache directement à la révélation. Au moins en théorie, il n'existe pas en islam d'autorité politique investie du pouvoir de légiférer car la loi est la parole même de Dieu. Il est le législateur par excellence et tout autre législateur est illégitime » (L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI* 2013, t. 357, p. 259-260)

⁹⁴ A. Lamrabet, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, Paris, GF, 2017, p. 141.

⁹⁵ Coran, verset 4 :11

⁹⁶ Coran, verset 4 :12-13

⁹⁷ Coran, verset 4 :176

⁹⁸ Selon un certain consensus juridique classique, rapporté par A. Lamrabet, in *Islam et femmes*, précité, p. 148

⁹⁹ *Ibid*

responsabilité matérielle qui incombe à celui qui doit prendre en charge l'ensemble de la famille. C'est cette règle fondamentale qui a permis de favoriser les hommes, responsables de la famille, par rapport aux femmes, dispensées des charges financières et familiales dans la société traditionnelle musulmane¹⁰⁰. La prise en charge économique de la famille par les hommes s'appelle la *qiwâma* et justifie la répartition inégalitaire des biens. En effet, la part attribuée à la fille correspond à un montant net, alors que pour le fils, il s'agit d'un montant brut, dont il devra déduire toutes les dépenses d'entretien vis-à-vis des personnes à sa charge, dont sa sœur¹⁰¹.

48. L'inégalité successorale tient donc à la structure même de la famille musulmane, construite sur le modèle patriarcal. Au décès du père, les « hommes de la famille » répondent de toutes les dépenses nécessaires aux survivants de la famille¹⁰². L'homme seul assure l'entretien de son épouse et de ses enfants. La femme demeure sous l'autorité de son mari, et ce dernier, en tant que chef de famille, a le devoir de subvenir à l'entretien de son épouse. Ainsi, en droit égyptien par exemple, le mari doit une pension alimentaire à son épouse (*nafaqa*), elle couvre « les frais de nourriture, d'habillement, de logement, de soins médicaux et d'autres dépenses exigées par la loi »¹⁰³. Cette pension est due par le seul effet du mariage, et est en principe calculée indépendamment des ressources de l'épouse¹⁰⁴. L'épouse en revanche n'est pas tenue d'une obligation d'entretien envers son époux¹⁰⁵. Aussi, au décès de l'épouse, le mari doit assurer l'entretien des enfants, alors que la femme qui hérite de son mari en est dispensée. Au décès de l'époux, les fils répondent de l'entretien de leur mère en cas de besoin, tant sur leurs biens personnels que sur les biens successoraux¹⁰⁶. Dans ce contexte, les prescriptions coraniques n'apparaissent, il est vrai, pas injustes, mais bien au contraire, garantes d'une répartition

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Azizah et Hibri, *Droit des femmes musulmanes dans le village mondial : défis et opportunités*, <http://cfpe2004.fr/wp-content/uploads/2013/12/AL-HIBRI-Droits-des-femmes-musulmanes-dans-le-village-mondial.-Défis-et-opportunités.pdf>

¹⁰² S. Awad Aldeeb Abu-Sahlieh et A. Bonomi (dir.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 310

¹⁰³ Art. 3 de la loi égyptienne de 1975 ; voir aussi art. 2 : « la nafaqa de la femme résultant d'un contrat de mariage est due si le mariage est consommé, et ce même si la femme possède des ressources propres et même si elle est de religion différente de son mari... » ; cité par S. Jahel, *La place de la charia dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, LGDJ, 2012, p. 146

¹⁰⁴ Certains pays tiennent toutefois compte de la fortune de l'épouse, c'est le cas de l'Irak (art. 27 du code irakien) et du Maroc (pour l'évaluation de la pension alimentaire et de ses accessoires, il est tenu compte, en se référant à une moyenne, des ressources de l'épouse, de la coutume des gens de la région, des circonstances du moment et des prix)

¹⁰⁵ A l'inverse, l'absence de secours et d'entretien du mari par l'épouse pourrait être contraire à notre ordre public international sur le fondement, non seulement du principe d'égalité homme – femme, mais aussi de l'ordre public alimentaire, sur ces questions, cf. *infra*, n°345 ss., et n°453 ss.

¹⁰⁶ « Les avantages apparents reconnus aux hommes dans certains cas comportent pour eux des charges supplémentaires assez lourdes et qui rétablissent en fait le principe de l'égalité prescrit par le dogme » (*Colloque sur le dogme musulman et les droits de l'homme en Islam*, Publication du Ministère saoudien de l'information Ryadh, 1973, p. 201 et s.)

solidaire des biens familiaux et en adéquation avec les exigences de l'environnement social de l'époque¹⁰⁷. Elles permettent par ailleurs une prise en charge de tous les membres de la famille, démunis ou faibles¹⁰⁸. Dès lors, si la répartition édictée par le Coran apparaît inégalitaire dans ses règles, elle est en revanche juste dans ses finalités¹⁰⁹. Les juristes du monde musulman invitent donc leurs homologues occidentaux à observer le système dans son ensemble : la règle inégalitaire s'explique « à la lumière du statut de la femme en droit musulman. Si elle prévoit un désavantage, il est largement contrebalancé par d'autres règles qui favorisent la fille, spécialement en matière d'obligations alimentaires entre parents et en matière de relations entre mari et femme, surtout en ce qui concerne le patrimoine »¹¹⁰.

49. Une telle approche holitique ne nous semble pas pour autant pouvoir justifier cette répartition successorale inégalitaire. En effet, c'est justement en observant le système dans son ensemble, que la règle nous apparaît d'autant plus injuste. La charge des hommes tout d'abord, même si elle est réelle, est principalement alimentaire, alors que la part qu'ils reçoivent constitue, la plupart du temps, une part bien plus importante du patrimoine successoral¹¹¹. Droits alimentaires et droits successoraux doivent en effet être distingués¹¹². Ensuite, ces règles reposent sur un système qui n'est plus celui de la majorité des familles musulmanes. Si la logique coranique doit bel et bien être interprétée au sein d'un cadre social et familial, celui-ci n'est plus celui de la famille traditionnelle mais le plus souvent, comme en Europe, celui de la famille conjugale isolée, ou nucléaire¹¹³. Les courants libéraux se font en effet jour en Orient, le « printemps arabe » en atteste¹¹⁴. Un projet de réforme successorale défendant l'égalité homme-femme dans l'héritage a d'ailleurs été présenté en Tunisie¹¹⁵. Ce projet est loin de faire l'unanimité, y compris auprès des tunisiennes, dans la mesure où il porte atteinte aux préceptes coraniques. Il témoigne cependant de la modernisation de la société civile tunisienne : si seules 12% des tunisiennes sont propriétaires d'un logement et 14% d'une terre¹¹⁶ il n'en demeure

¹⁰⁷ Époque d'élaboration de ces règles

¹⁰⁸ En ce sens, A. Lamrabet, précitée, p. 150

¹⁰⁹ *Ibid*

¹¹⁰ Yassen, M. K, p. 461, cité par S. Aldeeb et A. Bonomi (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, précité, p. 310

¹¹¹ Tout dépend cependant, il est vrai, du montant du patrimoine successoral ; si celui-ci est faible, la charge alimentaire de l'héritier pourrait se trouver plus forte que sa part d'héritage.

¹¹² En ce sens, E. Alfandari, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Toulouse, Dalloz, 1965, p. 1 et. s

¹¹³ En ce sens, A. Lamrabet, précité, p. 151

¹¹⁴ V. not. <https://www.courrierinternational.com/article/2011/07/07/un-printemps-revolutionnaire-et-feminin>

¹¹⁵ Par le président tunisien Beji Caïd Essebsi

¹¹⁶ Dont l'héritage serait un facteur

pas moins que « les femmes travaillent que ce soit dans les champs, dans les bureaux ou à la maison, en s'occupant des parents et des enfants. D'une manière ou d'une autre, elles participent au développement des biens familiaux pour être ensuite exclues de la succession »¹¹⁷. Dès lors, si les règles coraniques répartissent peut-être de façon équitable l'héritage dans la structure familiale traditionnelle, elles ne le font plus dans la famille nucléaire, dans laquelle la femme travaille et contribue à l'entretien économique de la famille¹¹⁸. Même si certaines familles suivent encore le modèle patriarcal musulman, dans un contexte international, il sera beaucoup plus rare : les familles rencontrées fonctionneront souvent sur le même modèle que les familles européennes.

50. Par conséquent, même remise dans son contexte, la règle successorale inégalitaire devrait toujours être jugée contraire à l'ordre public international français, sans que l'argument du respect de la culture d'origine ne puisse prospérer. En effet, réduire toutes les familles musulmanes au modèle traditionnel reviendrait en définitive à enfermer l'individu dans sa culture d'origine¹¹⁹, à l'empêcher de s'exprimer dans son individualité, et irait jusqu'à nier le principe d'égalité, au nom du respect de la communauté culturelle. Enfin, ces règles reflètent un modèle de fonctionnement qui n'est absolument pas le nôtre. Soumis à des valeurs et principes européens, le juge français peut-il entretenir et se rendre complice d'un tel système ? Ce n'est pas tant le résultat mathématiquement inégalitaire de la règle qui dérange mais ce qu'elle symbolise : la concentration du patrimoine entre les mains des hommes, la soumission et la dépendance de la femme à l'homme¹²⁰.

¹¹⁷ Alya Chammari, avocate et membre du collectif Maghreb égalité, cité in Le figaro, journal du 14 août 2018, « *En Tunisie, le président défend l'égalité homme-femme dans l'héritage* »

¹¹⁸ V. en ce sens, A. Lamrabet, précitée, p. 151 : « Dans un contexte contemporain, traversé par de profondes métamorphoses sociétales, assujéti à de nouvelles réalités économiques et marqué par les déséquilibres sociaux que l'on connaît, il est difficile de retrouver la conjoncture sociale permettant de garantir l'équité et la justice dans l'héritage, recommandées par le Coran ».

¹¹⁹ S. Abou, *Cultures et droits de l'homme*, Perrin, Presses de l'Université Saint-Joseph, 2002, p. 298 ; voir aussi L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI* 2013, t. 357, p. 325 : « l'identité culturelle, lorsqu'elle n'est pas librement définie par chaque sujet de droit, peut conduire (...) à enfermer celui-ci dans des traditions contraignantes directement attentatoires à ses droits fondamentaux. Se trouve ainsi posée la question des modalités d'exercice du droit à l'identité culturelle et notamment celle, essentielle, de la détermination de ses bénéficiaires. A défaut de clarification de son statut, il risque en effet de se transformer en un droit à l'enfermement de l'individu dans sa culture d'origine, mais aussi en un formidable instrument de relativisme culturel en particulier s'il est revendiqué par la communauté culturelle elle-même et non par les membres qui la composent. »

¹²⁰ C'est d'ailleurs ce même raisonnement qui est à l'origine des arrêts rendus sur les répudiations. Ainsi qu'il a été remarqué, en la matière, « ce n'est pas tellement le résultat auquel aboutit le jugement étranger de répudiation que l'on prend en compte mais davantage le fonctionnement général sans réellement se préoccuper de sa mise en œuvre en l'espèce » (P. Hammje, note sous Civ 1^{ère}, 17 février 2004, *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 424 ; voir aussi : V. Egea, « Les droits fondamentaux ont-ils simplifié les solutions en droit international privé ? », in J-M Pontier (dir), *La simplification du droit*, PU Aix-Marseille, 2006, p. 49 et s. spéc. p. 52-54 ; v. aussi, B. Haftel, *Cours de droit international privé*, précité, n°343,

51. L'analyse préalable de l'environnement juridique de la norme apparaît donc essentielle¹²¹.

§2 L'environnement juridique de la norme : révélateur de la contrariété à l'ordre public

52. Si la doctrine invite à replacer la norme dans son contexte avant de se prononcer sur sa conformité à l'ordre public, elle fait bien souvent référence à son contexte « factuel concret »¹²². et non « juridique abstrait ». C'est en ce sens qu'elle recommande l'approche *in concreto* : ce sont les circonstances de l'espèce qui seront déterminantes selon elle de l'intervention de l'ordre public. Or, selon nous, c'est tout d'abord la norme qui doit être appréciée de façon abstraite, au sein de son environnement juridique. Cette appréciation ne doit pas se faire *in concreto* mais *in abstracto* : c'est le système juridique dans son ensemble, sa logique même, qui doit être étudié, indépendamment du cas concret. La contrariété à l'ordre public se révèle en effet bien souvent non pas tant dans le résultat auquel aboutit la loi étrangère mais dans le postulat légal de départ ayant abouti audit résultat. C'est notamment le cas de la loi successorale qui discrimine entre l'époux et l'épouse (A) et de la loi successorale qui réalise un partage inégal entre les filles et les fils du défunt (B).

A. La loi successorale qui discrimine entre l'époux et l'épouse

53. Il existe une controverse en doctrine sur la conformité à l'ordre public international de la règle successorale coranique qui accorde à l'épouse survivante un huitième de la succession, là où

p. 181 : Ce qui est contraire à l'ordre public c'est « l'inégalité dans les conditions du déclenchement du processus (et à vrai dire dans l'ensemble du processus) ».

¹²¹ V. aussi Cass. Civ. 1ère, 4 novembre 2009, D. 2010, p.543, obs. I. Gallmeister ; AJ Famille 2010, p.86, obs. A. BOICHE ; Rev. Crit.DIP 2010, p.313, note K. ZAHHER ; Dr. Fam. Janvier 2010, comm. 13, p.34, L. ABADIE, dans lequel il a été reproché à la Cour de cassation de ne pas « s'intéresser en profondeur au système juridique appréhendé dans sa totalité, avec sa logique interne, ses contrepoids et ses évolutions » (H. Fulchiron, « Ne répudiez point... : pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », RIDC 2006, 7, spéc. p. 18). En l'espèce, malgré les réformes opérées par le droit marocain en matière de divorce, la Cour de cassation a continué de considérer qu'un jugement de répudiation était contraire au principe d'égalité entre époux, au motif qu'elle était exercée unilatéralement et discrétionnairement par l'époux, et ne laissait place ni à la volonté de l'épouse, ni au contrôle du juge. Pourtant, selon un annotateur de l'arrêt, le nouveau droit du divorce marocain permettait aussi à l'épouse de se libérer du lien conjugal de façon unilatérale et discrétionnaire, par le biais d'autres procédures de divorce. Les deux époux disposant dorénavant du même droit, l'égalité entre eux aurait donc dû être considérée comme étant rétablie (Voir notamment, K. Zaher, « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. A propos de l'arrêt du 4 novembre 2009 », Rev. Crit. DIP, 2010, p.314, n°1). La Haute juridiction aurait dû, selon le commentateur de l'arrêt, faire une appréciation d'ensemble du droit marocain de la famille, et juger la décision marocaine dans l'équilibre général et la globalité du droit du divorce marocain ; v. aussi F. Monéger, Rev. Crit. DIP 2014, p. 247

¹²² « L'appréciation doit être concrète, c'est-à-dire tenir compte des faits de l'espèce dans laquelle la règle étrangère est invoquée » ; « ce qu'il convient d'apprécier c'est l'application de la règle étrangère désignée dans la situation factuelle concrète en cause (B. Haftel, *Cours de droit international privé*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2018, n°342, p. 181)

l'époux survivant aurait eu un quart si elle était décédée avant lui. Elle est justement due à l'appréciation, abstraite ou concrète, que l'on fait de la loi étrangère. *In abstracto*, la loi successorale marocaine est bien discriminante envers l'épouse, puisqu'elle reçoit en théorie moitié moins que l'époux, mais *in concreto* (autrement dit si l'on ne s'intéresse qu'au résultat de l'application de la loi étrangère), il n'y a aucune discrimination entre les héritiers venant à la succession puisque l'épouse n'hérite jamais aux côtés de son époux. En effet, pour constater l'inégalité, il faut replacer la règle dans son contexte juridique, autrement dit avoir une approche « holistique » de la règle. Apprécier *in abstracto* signifie apprécier la règle en tant que tel, indépendamment des faits de l'espèce, dans son environnement juridique, afin de bien comprendre sa portée. Détaché de son système et replacé dans un autre contexte, le caractère intrinsèquement inégalitaire de la règle peut en effet ne plus être visible, alors qu'il demeure encore. Une appréciation purement concrète de la norme, autrement dit, du seul résultat, ne permettra pas de le voir.

54. C'est ce qui apparaît clairement en matière de répudiation¹²³. En effet, le principe d'égalité en tant que tel, sans tenir compte du respect des droits de la défense ou des garanties financières accordées à l'épouse, permet de rejeter les répudiations unilatérales prononcées à l'étranger¹²⁴. En revanche, une appréciation de la solution « complètement déconnectée » du contenu abstrait de la loi étrangère irait jusqu'à nier la discrimination¹²⁵. Celle-ci n'apparaît en effet pas dans

¹²³ V. les arrêts rendus en la matière : Civ 1ère, 17 février 2004, n° 01-11.549, D. 2004. 824, concl. Cavarroc ; D. 2004. 815, chron. P. Courbe ; Rev. crit. DIP 2004. 423, note P. Hammje ; JDI 2004. 1200, note L. Gannagé ; JCP 2004. II. 10128, note H. Fulchiron ; Defrénois 2004. 812, obs. J. Massip ; Gaz. Pal. 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L. Niboyet ; D. 2005. Pan. 1266, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; LPA 5 août 2004, p. 13, note H. Péroz ; RTD civ. 2004. 367, obs. J.-P. Marguenaud ; Grands arrêts n°64 ; Civ. 1re, 25 oct. 2005, n° 03-20.845, Bull. civ. I, no 379 ; Gaz. Pal. 2006, n° 56, p. 16, note M.-L. Niboyet ; D. 2006. Pan. 1053, obs. F. Jault-Seseke ; JCP 2006. I. 157, no 6, obs. A. Marmisse d'Abadie d'Arrast ; Civ. 1re, 3 janv. 2006, n° 04-15.231, Rev. crit. DIP 2006. 627, note M.-C. Najm ; D. 2007. Pan. 1759, obs. F. Jault-Seseke ; Civ. 1re, 10 mai 2006, JCP 2006. II. 10165, 2e esp., note T. Azzi ; Civ. 1re, 6 févr. 2008, D. 2009. Pan. 835, obs. L. Williatte-Pellitteri ; Civ. 1re, 9 mars 2011, n° 10-13.758 ; Civ. 1re, 18 mai 2011, n° 10-19.750 ; Civ. 1re, 23 oct. 2013, n°12-21.344 et 12-25.802, Bull. civ. I, nos 204 et 205 ; Civ. 1re, 14 mai 2014, n° 13-17.124, Bull. civ. I, no 89 ; Civ. 1re, 4 juill. 2018, n° 17-16.102

¹²⁴ P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », Rev. crit. DIP 1997, p. 1, spéc. p. 23

¹²⁵ V. en ce sens, M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2017, n°386 : « Le principe de l'appréciation *in concreto* ne doit (...) pas être poussé jusqu'à l'absurde. On ne peut pas déconnecter complètement une solution du contenu des dispositions étrangères qui ont permis d'y aboutir. L'exemple de la compatibilité des répudiations musulmanes au principe d'ordre public international de l'égalité des sexes montre très bien le caractère spécieux qu'aurait une telle façon de raisonner. La répudiation, sauf cas très exceptionnel, n'est conférée en droit musulman qu'au mari. C'est donc un mode de dissolution discriminatoire, contraire au principe d'égalité des époux dans la dissolution du mariage protégé par l'article 5 du protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais si on ne regarde que le résultat, la dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux, aucune atteinte au principe de l'égalité des sexes ne saurait être sanctionnée. On peut même dire que le résultat aurait été pareillement atteint si la femme avait disposé d'une prérogative identique à celle du mari. Et le principe de la rupture du mariage par volonté unilatérale n'est pas en soi contraire à l'ordre public international. Seules peuvent alors, dans une telle conception, être sanctionnées les atteintes à l'ordre public procédural – quand la répudiation est intervenue à l'insu de la femme – ou à l'ordre public alimentaire, quand la femme a touché, comme c'est généralement le cas, des indemnités dérisoires. Pour opposer

le résultat concret : la dissolution unilatérale du mariage n'est pas en elle-même contraire à l'ordre public. Elle devient cependant évidente lorsque l'on observe le système dans son ensemble : le droit de répudier unilatéralement n'est donné qu'à l'époux et pas à l'épouse. L'appréciation *in concreto*, qui ne s'attache qu'au seul résultat et n'observe pas la norme dans son ensemble, est donc insuffisante car elle ne permet de prendre aucun recul. Elle doit impérativement être précédée d'une approche abstraite permettant d'évaluer plus largement le sens de la règle, au sein même du système étranger.

55. Alors que la réflexion peut sans difficulté être transposée dans le cas de la loi successorale accordant une part plus importante à l'époux par rapport à l'épouse, de nombreux auteurs refusent de voir ici l'atteinte à l'ordre public, au nom justement de la nécessaire appréciation concrète de la loi étrangère¹²⁶. Ils justifient leur position en mettant l'accent sur le caractère « hypothétique » de la règle et par le fait que la différence de traitement n'est pas « actuel » : « on compare la solution de l'espèce (épouse survivante) au cas hypothétique de la succession d'un mari à son épouse »¹²⁷. Selon nous cependant, ce n'est pas tant le résultat concret qui dérange mais bien l'esprit de la règle ; la femme reçoit toujours moitié moins que l'homme car elle est dépendante de lui, et elle en subit les conséquences puisqu'elle reçoit une part moindre. La discrimination est moins évidente, moins concrète, que lorsqu'elle s'applique aux filles qui héritent aux côtés de leurs frères¹²⁸, mais elle n'en est pas moins réelle.

l'exception d'ordre public, à raison du caractère discriminatoire de ce mode de dissolution du mariage, il est donc indispensable de relier l'effet (la dissolution du mariage) au moyen juridique qui a permis de l'obtenir (l'attribution au seul mari de la faculté de répudiation) (...)»

¹²⁶ En ce sens, G. Droz, « Le droit occidental face au droit islamique », in *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Congrès du 23 au 24 octobre 1998 à Osnabrück, Ch. von Bar (éd.), 1999, p. 149 et s. : « Nous pensons que la discrimination entre mari et femme, même s'il s'agit d'une succession ayant des liens avec un for européen n'est pas choquante. En effet, le mari et la femme ne viennent jamais en même temps et au même rang à la même succession. Si l'un hérite, c'est que l'autre est mort ! Il n'y a donc pas discrimination entre deux héritiers du même rang mais attribution de part différente à l'un ou à l'autre selon les circonstances. Si on voulait vraiment rétablir l'égalité entre époux, il faudrait aller beaucoup plus loin et trouver inadmissible que le mari ait toujours la moitié ou au moins un quart de la succession, car il ne peut exister qu'un mari alors que la part des veuves varie selon l'aléa des mariages successifs, la moitié ou le huitième étant partagé à son tour en deux voire trois parts. Bref, il faudrait refaire le droit musulman et ce n'est pas la tâche des tribunaux européens ». On objectera cependant que faire intervenir l'ordre public international n'est en aucun cas refaire le droit étranger. L'instrument de l'ordre public international n'a jamais permis au juge d'effacer ou de modifier le droit étranger qui reste applicable à l'étranger (une influence est il est vrai toujours possible. On pense notamment aux réformes intervenues dans les pays du Maghreb pour tenter de concilier leur droit avec le respect des droits fondamentaux.) En revanche, il peut porter un regard critique sur le droit qu'il est amené à appliquer et refuser de se rendre complice de son application.

¹²⁷ S. Lorenz, p. 149 cité par S. Aldeeb et A. Bonomi (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, précité, p. 318

¹²⁸ La doctrine allemande admet dans ce cas que l'exception d'ordre public joue. V. Avis de l'Université de Cologne, 13 mai 1988, IPG 1987-88 n°43, p. 421 : Un père de famille, de nationalité égyptienne, décède en Allemagne, en laissant son épouse et ses deux enfants, une fille et un garçon. La loi applicable à la succession était la loi égyptienne et celle-ci prévoit la règle inégalitaire classique de la part double pour le fils. Le droit allemand fait toujours application d'un ordre public de proximité. Si l'ordre public était bel et bien atteint par cette disposition discriminatoire, la loi ne devait être écartée que si

56. La jurisprudence française n'a pas tranché cette question, mais il est possible de tenter un rapprochement avec un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 juin 1973¹²⁹, dans lequel était en cause la loi camerounaise applicable au divorce d'époux camerounais. Celle-ci a été jugée contraire à l'ordre public international français, sur le fondement du principe d'égalité entre époux dans la mesure où celle-ci considérait l'adultère de la femme comme une cause de divorce, alors qu'il ne l'était pas lorsqu'il était causé par l'époux : « Attendu que la loi camerounaise (...) ne prévoit pas que la femme puisse faire état, à l'appui d'une demande en divorce, des relations adultères du mari ; Attendu qu'il serait contraire à l'ordre public français que la faute la plus directe contre le lien matrimonial sanctionnée uniformément par les articles 229 et 230 du code civil lorsqu'elle se trouve établie à l'encontre de l'un comme de l'autre conjoint de nationalité étrangère n'entraînant pas les mêmes conséquences, selon qu'il s'agit de l'époux ou de l'épouse, quant à l'imputation des torts dans la rupture de l'union ; que la longue inconduite dont a fait preuve Bendoleba doit donc être retenue et le divorce prononcé aux torts réciproques des parties ». Les commentateurs de l'arrêt ont relevé que cette solution marquait le passage d'un ordre public purement technique et défensif à un ordre public plus politique et dynamique (...) d'un ordre public spécial au divorce à un ordre public général »¹³⁰. Il s'agissait en effet de faire respecter *in abstracto* le principe d'égalité entre époux.

57. Ce n'est pas le résultat en lui-même qui est choquant mais la règle discriminatoire à l'origine de celui-ci¹³¹. Le même raisonnement s'opère en présence des lois successorales qui discriminent entre les filles et les fils du défunt.

B. La loi successorale qui discrimine entre les filles et les fils du défunt

la situation présente des liens suffisants avec l'Allemagne. C'était le cas en l'espèce car l'épouse et les enfants étaient de nationalité allemande et résidaient depuis longtemps en Allemagne. La question a donc été résolue de la façon suivante : l'épouse reçut la même part de la succession qu'un époux (un quart au lieu d'un huitième) ; chaque enfant reçut une part égale.

¹²⁹ CA Paris, 28 juin 1973, *Clunet*, 1974, 124, note Ph. Kahn ; Rev. Crit. DIP, 1974, 505, note J. Foyer

¹³⁰ J. Foyer, note sous arrêt précité

¹³¹ On retrouve ce même raisonnement dans les arrêts *Marckx*, *Mazurek*, *Merger*, *Pla Puncerneau*, *Fabris*, *Brauer* rendus par la CEDH : le résultat n'est pas choquant en soi mais il est l'effet d'une règle discriminatoire qui l'est. On le retrouve aussi au sein même du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce ; l'article 10 dudit règlement invite à apprécier *in abstracto* la loi applicable au divorce (v. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *J.-Cl. Dr. International*, « Fasc. 547-20 : DIVORCE. – Divorce prononcé en France. – Loi applicable. – Effets. – Conversion de la séparation de corps en divorce », n°73)

73 : « toute loi contenant des discriminations sexistes, considérée *in abstracto*, devra être écartée, même si, dans le cas précis en cause devant le juge son application ne causerait de préjudice à aucun des deux époux. Contrairement à l'exception d'ordre public de l'article 12 où l'éventuelle atteinte à l'ordre public est appréciée *in concreto*, l'article 10 oblige à écarter systématiquement toute loi étrangère qui n'est pas parfaitement égalitaire. »)

58. Voici l'exemple d'un marocain, de religion musulmane, qui décède au Maroc, où il résidait depuis plus de dix ans. Il a vécu une grande partie de sa vie en France, mais au jour de la retraite, il est reparti vivre au Maroc. Il laisse à sa succession son fils et sa fille, tous deux musulmans, et résidant au Maroc. Son patrimoine se compose de biens meubles et immeubles situés au Maroc et en France. La loi de la dernière résidence habituelle du défunt, soit la loi marocaine, qui est aussi celle de sa nationalité, s'applique à la succession. Les deux enfants, de religion musulmane, vont pourvoir hériter de leur père d'après le droit marocain. Néanmoins, conformément à la règle de la *Tafadol*, le fils doit obtenir une part double de celle de la fille, soit 2/3 pour le fils, 1/3 pour la fille. Se pose la question de l'éviction possible de la règle sur le fondement l'exception d'ordre public. L'approche *in abstracto* de la loi révèle une discrimination incontestable entre les héritiers. En revanche, l'approche *in concreto* appelle plus de discussions : la fille va bel et bien subir cette discrimination puisqu'elle obtiendra moitié moins que son frère, toutefois un tel résultat aurait été possible sous l'empire du droit français si le défunt avait fait un testament dans lequel il octroyait les 2/3 de la succession à son fils (part réservataire + quotité disponible) et 1/3 à sa fille (part réservataire)¹³². *In concreto*, il n'y a donc pas forcément atteinte à l'ordre public international puisqu'on peut arriver au même résultat sous l'empire du droit français¹³³. Or, c'est bien l'approche *in abstracto* qu'il faut retenir : l'ordre public international condamne la loi étrangère qui institue une inégalité successorale en raison du sexe des héritiers, autrement dit, il condamne le principe abstrait édicté par la loi étrangère. Sous l'empire du droit marocain, c'est la loi elle-même qui opère la

¹³² Exemple emprunté à S. Gohecot-Patris, Colloque de Roubaix du 28 novembre 2017, « De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », JCP N, 2018, 1247

¹³³ En Allemagne, la jurisprudence n'oppose pas l'ordre public aux règles successorales *ab intestat* ayant un résultat qui aurait également pu être la conséquence d'une disposition à cause de mort, si les circonstances permettent d'affirmer que le défunt avait effectivement voulu ce résultat (A. Bonomi, « Article 35. L'ordre public », in *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2016, p. 537). A. Bonomi justifie cette jurisprudence par l'appréciation concrète de la loi étrangère. La volonté du de cujus doit cependant résulter « de manière non équivoque » des circonstances. D'après l'auteur, « la simple possibilité que le défunt aurait eu de prendre une disposition de contenu équivalent ne suffit pas pour exclure l'ordre public, s'il n'apparaît pas que le de cujus avait l'intention de s'en prévaloir » (*ibid*). Or, si le défunt n'a pris justement aucune disposition de dernières volontés, il semble que cela soit bien difficile à établir. S'il a en revanche fait un testament en indiquant qu'il entend se soumettre à la loi marocaine car la dévolution à hauteur de 1/3 pour sa fille et 2/3 pour son fils lui convient (exemple donné par A. Bonomi, précité) on est alors dans le cadre d'une succession testamentaire, c'est en réalité la volonté qui gouverne la dévolution (Sur cette question, cf. *infra* n°353 ss). Selon nous, l'ordre public international devrait là aussi pouvoir s'opposer à la loi choisie par le défunt. Le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce a en tout cas pris partie en ce sens : il permet en effet, sur le fondement de son article 10, d'écarter la loi étrangère contenant une discrimination sexiste, même si celle-ci a été choisie par les époux. L'ordre public international peut donc s'opposer à la volonté des époux, si celle-ci conduit à instaurer une discrimination. D'après ce texte, la loi doit par ailleurs être appréciée *in abstracto*, il suffit qu'elle soit en elle-même discriminatoire pour qu'elle soit écartée (cf. H. Gaudemet-Tallon, *J.-Cl. Dr. International*, « Fasc. 547-20 : DIVORCE. – Divorce prononcé en France. – Loi applicable. – Effets. – Conversion de la séparation de corps en divorce », n°73)

discrimination, tandis que sous l'empire du droit français, elle émanerait de la volonté du défunt, contenue dans un testament. Ce qui est choquant ici pour l'ordre public international, c'est la discrimination qu'opère la loi entre les héritiers, *a priori* et par principe, et pas le résultat de l'application de la loi étrangère¹³⁴. L'approche *in abstracto* est donc essentielle et l'approche *in concreto* secondaire pour juger de la contrariété de la loi à l'ordre public international.

59. Cette approche se trouve confirmée par un arrêt de la Cour de cassation rendu à propos de l'ancien régime matrimonial suisse, en date du 24 février 1998¹³⁵. En l'espèce, deux personnes, de nationalité suisse, s'étaient mariées en Suisse où ils avaient fixé leur premier domicile conjugal, puis s'étaient installées en France. Ils achetèrent une maison en indivision et par la suite, divorcèrent. Le juge français liquida leur régime matrimonial conformément à l'ancien régime légal suisse, la Suisse étant leur premier domicile commun. Or, selon ce régime, le partage entre les époux se faisait de façon inégalitaire, l'épouse recevant moins que l'époux. Pour les juges du fond, il n'y avait cependant pas là d'atteinte à l'ordre public puisque le droit français permettait lui aussi de déroger au partage égal de la communauté entre les époux¹³⁶. A travers une appréciation *in concreto*, on pouvait ainsi conclure à l'absence d'atteinte à l'ordre public dans la mesure où le droit interne permettait de parvenir au même résultat sur le fondement des articles 1520 et 1497 du code civil. L'arrêt fut cassé par la Cour de cassation, qui écarta la loi suisse, sur le fondement du principe d'égalité entre les époux notamment défendu par l'article 5 du protocole n°7 du 22 novembre 1984. C'est en effet la discrimination imposée par le législateur étranger qui est sanctionnée, et non le partage inégalitaire qu'auraient pu souhaiter les époux.

¹³⁴ Sur les excès de l'autonomie de la volonté, pouvant violer certains droits fondamentaux, *cf. infra*, n°353 ss.

¹³⁵ Civ 1^{ère}, 24 février 1998, Rev. Crit. DIP 1998, 637, G. A. L. Droz ; RTD civ. 1998, II. 10175, Th. Vignal

¹³⁶ Art. 1520 c. civil et art. 1497 c. civil

60. *Conclusion du chapitre.* –

La doctrine et la jurisprudence privilégient une approche *in concreto* de la loi étrangère. C'est le cas particulier, le fait d'espèce, qui justifie le déclenchement de l'exception d'ordre public, tant est si bien que, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation n'affirme plus qu'implicitement les principes d'ordre public réellement en cause. Ainsi, c'est une conception « nominaliste » de l'ordre public international qui est développée par la jurisprudence. L'ordre public ne semble plus que protéger des situations singulières et non des concepts ou principes « en soi ». La protection individuelle en sort dès lors renforcée, mais pas le contenu de l'ordre public international, qui s'appauvrit, les « principes essentiels » de l'ordre juridique français n'étant plus expressément affirmés.

L'étude de la jurisprudence démontre par ailleurs que l'appréciation *in concreto* de la loi étrangère est bien souvent insuffisante pour déceler les atteintes à l'ordre public. En se focalisant sur le résultat auquel aboutit la loi, l'approche strictement concrète des faits d'espèce ne permet en effet pas d'examiner le contexte juridique au sein duquel s'insère la norme étrangère, autrement dit d'avoir une vision « holistique » de la norme. Par conséquent, par cette approche, on prend le risque de ne pas voir les contraventions, même les plus fortes, à l'ordre public, et d'appliquer des normes étrangères dont la conformité est illusoire.

C'est en réalité l'essence même de la règle, sa raison d'être, qui met à jour la contrariété de la norme, et non pas le seul résultat auquel son application aboutit. L'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère, dès lors qu'elle intègre l'analyse du système juridique étranger dans son ensemble, conserve donc une réelle utilité. Mais dès lors, on s'interroge : quelle place doit-on par conséquent donner à l'appréciation *in concreto* ? Conserve-t-elle un intérêt à côté de l'appréciation abstraite ?

Chapitre 2

L'articulation des approches *in abstracto* et *in concreto*

61. Les inconvénients de l'appréciation *in concreto* semblent être les avantages de l'appréciation *in abstracto*. Dès lors, doit-on en conclure qu'il faut toujours préférer l'approche abstraite à l'approche concrète de la loi étrangère ? Nous n'irons pas jusque-là. Si les limites de l'appréciation concrète ont été révélées, cette approche est loin d'être inutile. L'appréciation *in concreto* de la loi étrangère doit cependant être précisée.

Une loi étrangère est toujours *in abstracto* contraire ou conforme à l'ordre public. En revanche, c'est la situation qui peut se trouver en contrariété ou en conformité avec l'ordre public. Et c'est là que réside l'appréciation *in concreto*.

Dans le but de vérifier l'utilité des deux approches, on étudiera tout d'abord dans quelle mesure une loi étrangère *in abstracto* contraire à l'ordre public peut donner lieu à une situation *in concreto*¹³⁷ conforme (section 1), puis l'on s'interrogera sur la question de savoir si, à l'inverse, l'application d'une loi étrangère *in abstracto* conforme peut aboutir une situation *in concreto* contraire (section 2).

Dans les deux hypothèses, l'exercice de la volonté se révèle à chaque fois déterminant de la conformité de la situation à l'ordre public international.

Section 1. Une loi étrangère *in abstracto* contraire mais une situation *in concreto* conforme ?

62. Dans quelle mesure une loi *in abstracto* contraire à l'ordre public peut-elle *in concreto* s'y révéler conforme ? Lorsqu'il est question d'apprécier la loi étrangère, nous pensons qu'un raisonnement en deux temps est nécessaire. En premier lieu, une approche abstraite de la loi s'avère utile pour les raisons évoquées plus haut. Si la loi se révèle *in abstracto* contraire, l'atteinte à l'ordre public est présumée. Cette présomption pourrait toutefois être renversée par le biais d'une approche concrète, en second lieu. Autrement dit, la contrariété abstraite à l'ordre

¹³⁷ L'emploi des termes « situation *in concreto* » conforme ou contraire est d'ailleurs un pléonasme car une situation est toujours appréciée de manière concrète

public présumerait le dommage¹³⁸. Cette présomption pourrait néanmoins être renversée par la démonstration de l'absence de préjudice, aux termes d'une approche *in concreto*. L'analyse peut cependant encore être affinée.

63. Il s'avère en effet que la présomption ne peut être renversée que lorsque la volonté de l'individu complète le dispositif légal. Il nous est en effet apparu que lorsqu'aucune volonté n'avait été exprimée par l'individu, et avait ainsi laissé intactes les prévisions légales, la présomption de contrariété était irréfragable (§1). En revanche, dès lors que la volonté de l'individu est introduite et modifie le dispositif légal, la présomption n'est plus que simple : la volonté peut en effet rendre une situation conforme à l'ordre public international, malgré des dispositions légales contraires. L'appréciation *in concreto* de la loi s'avère donc dans ce cas nécessaire (§2).

§1. Présomption irréfragable de contrariété à l'ordre public lorsque la volonté est absente du dispositif

64. Certaines lois sont « intrinsèquement » contraires à l'ordre public. Elles sont entachées d'un « vice » qu'une appréciation *in concreto* ne pourrait effacer. C'est le cas lorsque loi étrangère porte directement atteinte aux principes essentiels du droit français : la contrariété est évidente, inscrite dans le texte même de la loi. Le juge opposera à ces lois un « refus de complicité »¹³⁹, et portera bel et bien un « jugement de valeur » sur la règle étrangère¹⁴⁰ ; ce qui choque l'ordre public ici c'est avant tout la règle en son principe. Ce constat ne se limite pas aux lois qui consacraient l'esclavage ou une discrimination raciale, qui prises dans leur seule abstraction, sont contraires à l'ordre public¹⁴¹ ; il peut être aussi fait en présence de lois contraires à des principes essentiels tels que le principe d'égalité entre les sexes (A) et à la justice alimentaire (B).

¹³⁸ La contrariété *in abstracto* de la loi à l'ordre public fait présumer que l'atteinte subsiste dans la situation concrète, v. en ce sens L. Gannagé, note ss CA Paris, 13 déc. 2001, Rev. crit. DIP 2002, p. 735, spéc. p. 738-739.

¹³⁹ Expression empruntée à P. Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et régularité substantielle de la loi étrangère », précité, p. 193 et s.

¹⁴⁰ *Contra* v. M.-L. Niboyet, G. de Géouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, précité, n° 386 : il ne s'agit pas tant de « porter un jugement de valeur sur le contenu général des lois étrangères » que d'éviter « la consécration ou la reconnaissance par les juges du fond d'une situation juridique qui heurte dans le cas d'espèce considéré l'ordre public international ».

¹⁴¹ Trib. Civ. Pontoise, 6 août 1844, JDI, 1885. 296 ; Paris, 9 janvier 1939, Gaz. Pal. 1939. I. 556

A. Appréciation *in abstracto* des lois étrangères contraires au principe d'égalité entre les sexes

65. A titre liminaire, il convient tout d'abord de préciser qu'une distinction doit nécessairement être faite entre l'appréciation d'une loi et d'un jugement étranger. La doctrine donne plusieurs exemples de cas dans lesquels le juge a eu une approche concrète de la norme étrangère: « des répudiations considérées, *in casu*, comme équivalentes à des divorces par consentement mutuel »¹⁴², et dès lors conformes à l'ordre public international car « dans le cas concret, l'application de cette loi étrangère donnait un résultat proche de celui qui aurait été obtenu avec la loi française »¹⁴³ ; des jugements « accordant l'exéquatur à des décisions allemandes ayant admis la preuve des relations sexuelles par la déclaration de la mère (mode de preuve contraire à l'ordre public) dès lors que dans le cas concret, le juge allemand avait pu fonder sa conviction sur d'autres faits »¹⁴⁴. Aussi, un jugement étranger qui va attribuer la garde de l'enfant en fonction de son âge et de son sexe, sans exiger la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant va être jugé contraire à l'ordre public international¹⁴⁵. En revanche, une décision étrangère qui applique une loi ne prenant pas en compte l'intérêt de l'enfant pour attribuer la garde de celui-ci, mais qui *in fine* respecte l'intérêt de l'enfant, sera conforme à l'ordre public¹⁴⁶. En effet, bien que la loi étrangère soit *in abstracto* contraire, le jugement étranger lui ne l'est pas puisqu'il tient compte de l'intérêt de l'enfant. Aucune raison de s'étonner de cette approche « *in concreto* », « c'est bien le jugement étranger qui doit être conforme à l'ordre public, et non la loi qu'il applique »¹⁴⁷. Dès lors, si ces exemples peuvent justifier l'appréciation *in concreto* des jugements étrangers, ils ne sont en revanche pas pertinents pour illustrer l'appréciation concrète de la loi étrangère. Dans l'arrêt du 6 janvier 1987 sur l'intérêt de l'enfant¹⁴⁸, il ne s'agissait en effet pas d'appliquer directement la loi étrangère *in abstracto* contraire à l'ordre public, mais de donner effet à un jugement *in concreto* conforme.

Par conséquent, en ce qui concerne les jugements étrangers, l'appréciation concrète devra être privilégiée, tout simplement parce que ce qui est contrôlé à ce stade est la décision en tant que telle et non la loi étrangère à qui elle a donné effet.

¹⁴² TGI Paris, 5 déc. 1979, 3^e et 4^e esp., *Rev. crit. DIP* 1981. 88, 1^{re} esp., *JDI* 1982. 138, note P. Kahn ; cités par P. Lagarde, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°23

¹⁴³ P. Lagarde, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°23

¹⁴⁴ TGI Paris, 19 juin 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 370, note B. Ancel cité par P. Lagarde, *ibid*

¹⁴⁵ Civ. 1^{re}, 30 janv. 1979, *Rev. crit. DIP* 1979. 629, note Y. Lequette ; *JDI* 1979. 393, note Mayer ; D. 1979. IR 460, obs. Audit

¹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, *Rev. Crit. DIP*, 1988. 337

¹⁴⁷ P. Vareilles-Sommières, « Jugement étranger » (matières civile et commerciale), *Répertoire Dalloz*, n°171

¹⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, précité

66. Les arrêts sur les jugements de répudiation, dans lesquels la Cour de cassation a fait une appréciation abstraite de la loi étrangère ne remettent pas en cause cette analyse, mais au contraire démontrent qu'une loi inégalitaire « par essence » ne peut donner lieu qu'à un résultat concrètement inégalitaire. Il a en effet été démontré qu'en matière de répudiation, l'appréciation de la norme étrangère se faisait nécessairement *in abstracto*¹⁴⁹. La discrimination n'apparaît pas dans le résultat concret de la décision (la dissolution unilatérale du mariage) mais dans la loi étrangère qui ne donne le droit de répudier unilatéralement qu'à l'époux¹⁵⁰. Une appréciation concrète exclusive de toute appréciation *in abstracto* conduirait en effet à donner effet en France à la plupart des répudiations musulmanes¹⁵¹. La jurisprudence antérieure aux arrêts de principe de 2004 le démontre. Dans l'arrêt *Douibi*¹⁵², la Cour de cassation a considéré que la répudiation était conforme à l'ordre public car elle garantissait des avantages financiers à l'épouse, sans voir que le principe même de la dissolution du mariage était profondément inégalitaire ; et dans un arrêt ultérieur du 12 juillet 2001, elle l'a jugée contraire au motif que la décision avait été rendue au mépris des droits de la défense, l'épouse défenderesse n'ayant pas été citée¹⁵³. Dans les deux cas pourtant, la dissolution du mariage avait été rendue possible par la volonté unilatérale du mari, alors que l'épouse n'était pas titulaire du même droit. Le revirement de jurisprudence de 2004 a donc consacré l'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère¹⁵⁴. Un tel système de répudiation renferme en effet en lui-même un « vice intrinsèque »¹⁵⁵ que l'approche *in concreto* de la loi étrangère ne pourrait effacer. « Décider du contraire et s'en tenir, par exemple, à l'examen du seul acte de répudiation, indépendamment de la disposition du droit étranger qui lui sert de support, reviendrait à examiner la conformité de la loi étrangère à l'ordre public en faisant abstraction de son présumé. Il en résulterait un examen partiel et nécessairement tronqué du droit étranger.

¹⁴⁹ V. not. en ce sens, J. Guillaumé, « Intervention de l'ordre public international », Fascicule 42, *Jurisclasseur Civil Code*, n°35 ; et les observations de I. Gallmeister à l'AJ famille 2010, p. 38 ; A. Boiché, AJ fam. 2010, p. 86 ; L. Abadie, Dr. Fam. 2010, 13 sous l'arrêt Cass. 4 novembre 2009, n°08-20.574 et 08-20.574, 5

¹⁵⁰ Sur cette question cf. *supra* n°53 ss.

¹⁵¹ V. en ce sens, P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », Rev. crit. DIP 1997, p. 1, spéc. p. 23, précitée ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, op. cit., n°386

¹⁵² Cass. 1re civ., 3 juill. 2001, n° 00-11.968, D. 2001, p. 3978, note M.-L. Niboyet ; JCP G 2001, II, 10039, note T. Vignal ; RID comp. 2001, p. 704, note L. Gannagé

¹⁵³ Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14.979) ; v. aussi. J. Guillaumé, « Intervention de l'ordre public international », précité, n°35

¹⁵⁴ En ce sens, P. Hammje, note sous Cass. Civ 1^{ère}, 17 février 2004, précité : « Le raisonnement tenu par la Cour de cassation débouche sur une confrontation assez abstraite entre la répudiation en elle-même et les exigences générales de l'égalité (...) ce n'est pas réellement le résultat auquel aboutit le jugement étranger de répudiation que l'on prend en compte mais davantage le fonctionnement général de l'institution sans réellement se préoccuper de sa mise en œuvre en l'espèce »

¹⁵⁵ G. Lardeux, « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », D. 2010, p. 543

[...]. La prise en considération des circonstances concrètes de l'espèce aura peu de chance de modifier les résultats de l'appréciation *in abstracto*, car la répudiation étant intrinsèquement contraire au principe de l'égalité des époux, il faudrait pour que ce principe soit préservé, que la femme récupère l'initiative de la dissolution unilatérale des liens du mariage »¹⁵⁶.

67. En définitive, lorsque le juge étranger met en œuvre une loi *in abstracto* contraire à nos principes essentiels, il n'est finalement pas surprenant que le jugement qui l'applique, même apprécié *in concreto*, soit systématiquement jugé contraire à l'ordre public¹⁵⁷. La contrariété abstraite de la loi étrangère à l'ordre public présume une mise en œuvre contraire à l'ordre public à son tour.

68. La présomption ne semble pas même pouvoir être renversée pour les lois successorales donnant une part double au fils par rapport à la fille. Pourtant, on pourrait penser qu'une telle loi ne devrait *in fine* pas être évincée si le défunt ne laisse par exemple que des filles : tous les enfants auront alors la même part. A bien y regarder néanmoins, la discrimination est toujours sous-jacente à la dévolution : en l'absence de fils, les filles ne viennent pas seules à la succession aux côtés du conjoint et des parents du défunt¹⁵⁸, mais en concours avec les frères et sœurs du défunt, alors même que ces derniers n'auraient pas été appelés en présence d'un fils¹⁵⁹. Dès lors, même dans cette situation, leur part est réduite et moins importante que si elles avaient

¹⁵⁶ L. Gannagé, note ss CA Paris, 13 déc. 2001, Rev. crit. DIP 2002, p. 730, spéc. 737-740; voir dans le même sens G. Lardeux, « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », D. 2010, p. 543 : « les caractères de la répudiation exclusivement maritale et exercée de manière totalement discrétionnaire par l'époux, ne laissant donc aucune place à l'expression de la volonté de l'épouse ni au contrôle du juge – expliquent qu'aucune circonstance d'espèce ne puisse lui retirer son vice intrinsèque : rompre l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage. Il devient dès lors inutile de prendre en considération (...) le fait que l'épouse ait participé à une tentative de conciliation ou obtenu une compensation financière. De telles occurrences ne changent rien en effet au fait que le mari est seul maître de ce mode de dissolution du mariage »

¹⁵⁷ En ce sens, v. M-C Najm Kobeh, « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane - . - Une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », JDI 2015, doct. 7 : « la prise en compte de la situation concrète de l'espèce ne conduira pas à modifier considérablement les résultats de l'examen et, comme le montre la jurisprudence étoffée de la haute cour, il sera conclu, presque systématiquement, à la non-conformité à l'ordre public ». V. aussi : Civ. 1re, 17 février 2004, précité, cinq espèces, Grands arrêts dr. int. pr., no 64 ; Dalloz, 2004, p. 824, conclusions F. Cavarroc et chronique P. Courbe. p. 815 ; Gazette du Palais, 2004, no 248, pp. 27, 33 et 34, note M.-L. Niboyet ; Rev. crit. dr. int. pr., 2004, p. 423, note P. Hammje ; Rev. trim. dr. civ., 2004, p. 367, observations J.-P. Marguénaud ; Clunet, 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; Civ 1ère, Civ. 1re, 23 oct. 2013, n° 12-25.802 , Bull. civ. I, no 205 ; Dr. fam. 2014. Comm. 31 (1re esp.), note Farge ; RLDC 2014, no 5387, note Thevenet-Montfrond ; RJPF 2013-12/13, p. 21 (2e esp.), note Garé – Civ. 1re, 4 nov. 2009, no 08-20.574 , Bull. civ. I, no 217 ; JCP 2009. 477, obs. Devers ; Dr. fam. 2010. Comm. 13, note Abadie ; RLDC 2010, no 3688, obs. Pouliquen ; AJ fam. 2010. 86, obs. Boiché ; D. 2010. 543, obs. Gallmeister ; RJPF 2010-2/27, p. 23, obs. Garé ; Civ. 1re, 18 mai 2011, no 10-19.750 , NP ; Civ. 1ère, 15 avril 2015, n°14-13.420

¹⁵⁸ Comme c'est le cas en présence d'un fils

¹⁵⁹ Par exemple, si le défunt a pour seul enfant une fille, celle-ci aura droit à la moitié de la succession, mais si le défunt a aussi des frères et une mère, alors elle n'aura qu'un sixième

été des garçons¹⁶⁰. L'inégalité successorale entre hommes et femmes est en effet « l'une des règles les plus célèbres de la religion musulmane, à l'intérieur de laquelle on a délimité toute la question de l'héritage en islam »¹⁶¹. La plupart des règles successorales sont donc imprégnées de cette discrimination. Mieux vaudrait par conséquent, là encore, privilégier l'approche *in abstracto* de la loi étrangère.

La Cour de cassation fait de même pour les lois étrangères contraires aux principes de justice alimentaire.

B. Appréciation *in abstracto* des lois étrangères contraires aux principes de justice alimentaire

69. L'ordre public alimentaire fait incontestablement partie du « noyau dur » de l'ordre public. Lorsqu'une conception étroite de l'ordre public est retenue, l'ordre public alimentaire se présente comme une ultime manifestation de l'ordre public, un dernier rempart à l'application de la loi étrangère. Ce fut le cas dans l'arrêt du 3 novembre 1988¹⁶² dans lequel la loi algérienne qui prohibait l'établissement de la filiation naturelle ne fut pas jugée « contraire à la conception française de l'ordre public international »¹⁶³, « dont la seule exigence (était) d'assurer à l'enfant les subsides qui lui (étaient) nécessaires ». Ce fut le cas aussi dans les arrêts plus récents du 27 septembre 2017 sur la réserve héréditaire dans lesquels la Cour de cassation a envisagé une possible intervention de l'ordre public lorsque les enfants du défunt se retrouvaient dans un état de besoin du fait de l'application de la loi successorale étrangère¹⁶⁴. Les juridictions françaises ont aussi pendant un temps accepté de donner effet en France aux répudiations unilatérales intervenues à l'étranger, mais toujours sous réserve de compensations pécuniaires minimales accordées à l'épouse, et donc du respect de l'ordre public alimentaire¹⁶⁵.

¹⁶⁰ On pourrait dès lors se demander s'il ne faudrait pas, dans ce cas de figure, aller jusqu'à évincer les frères et sœurs du défunt, comme si seuls des fils venaient à la succession.

¹⁶¹ A. Lamrabet, op. cit., p. 141

¹⁶² Cass. 3 novembre 1988, Rev. Crit. Dip 1989, 495, note J. Foyer

¹⁶³ Solution remise en cause depuis par l'arrêt Cass. Civ. 1^{ère} 10 février 1993, Rev. Crit. DIP 1993. 620, note J. Foyer, v. *infra*

¹⁶⁴ Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017 (2 arrêts), précités

¹⁶⁵ Arrêt *Rohbi*, Civ 1^{ère}, 3 novembre 1983, précité ; Cass. Civ 1^{ère} 3 juillet 2001, *Douibi*, D. 2001. 3978, note M.L Niboyet, estimant conforme à l'ordre public français un jugement algérien offrant des avantages financiers suffisants à la femme répudiée ; comp. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, Bull. 1, n°217, p. 138 dans lequel la Cour s'est opposée à une répudiation n'offrant pas une protection suffisante à l'épouse ; voir aussi : Versailles, 9 oct. 1989, D. 1990, p. 99 obs. J. Groslière ; Paris, 15 mars 1990, D. 1990, Somm., p. 263, obs. B. Audit.

70. On qualifie par conséquent l'ordre public alimentaire d'ordre public « a minima ». Si l'entrée de certains principes de droit interne (tels que le droit de l'enfant à établir sa filiation, le droit à la réserve héréditaire) au sein des principes d'ordre public international est débattue, l'ordre public alimentaire ne l'est jamais. On constate un consensus au sein de la jurisprudence et de la doctrine pour protéger les besoins essentiels et élémentaires de l'individu, preuve de l'impérativité internationale forte de l'ordre public alimentaire. Celui-ci ne supporte en effet que peu de compromis.

71. Les obligations alimentaires entre époux et entre parents et enfants ont un caractère fondamental. Après le décès, le droit français prolonge cette obligation alimentaire, pour l'époux sous la forme d'une créance alimentaire qu'il aura contre la succession¹⁶⁶, et pour l'enfant, sous la forme d'une réserve héréditaire. En cas de divorce, l'entretien de l'époux dans le besoin est également assuré par une prestation compensatoire. Tant la réserve héréditaire que la prestation compensatoire sont cependant bien plus riches que la simple créance alimentaire. Elles vont généralement au-delà des nécessités de l'individu et présente d'autres finalités¹⁶⁷. L'objectif premier de l'obligation alimentaire est en revanche la lutte contre la précarité, ce qui est certainement de l'ordre de la « justice universelle »¹⁶⁸ et est défendu comme telle par l'ordre public international le plus étendu ; les lois étrangères qui ignorent ces obligations familiales sont appréciées *in abstracto* par la Cour de cassation et systématiquement jugées contraires à l'ordre public international. C'est le cas des obligations alimentaires entre époux pendant le mariage (1) et après divorce (2).

1) Les obligations alimentaires entre époux pendant le mariage

72. La Cour de cassation, dans un arrêt *Valentinis*¹⁶⁹, a affirmé que « l'obligation alimentaire entre époux est une *règle fondamentale de l'ordre public français* ; si celle-ci peut se concilier avec des modalités différentes d'attribution édictées par une loi étrangère, elle ne saurait être rejetée dans son principe ». Autrement dit, une loi qui ignore le devoir de secours entre époux est en elle-même et par principe contraire à l'ordre public international. Il s'agit bien d'une appréciation *in abstracto* de la loi étrangère. La loi étrangère qui ne prévoit aucune obligation alimentaire entre époux est dès l'origine et inéluctablement contraire à notre ordre public.

¹⁶⁶ V. not. à cet égard, Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-13.526, Dr. Fam. 2019, comm. 83, M. Nicod

¹⁶⁷ Cf. *infra*, n° 393 ss., et n° 429

¹⁶⁸ En ce sens, X. Meyer, « Réserve héréditaire et ordre public international français », Defrénois, 2018, n°3, p. 13

¹⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1958, Rev. Crit. Dip, 1959, 691, J. Deprez

73. La qualification de « règle fondamentale de l'ordre public français » interroge d'ailleurs sur la nature du devoir de secours entre époux : serait-il défendu par l'ordre public ou entrerait-il plutôt dans la catégorie des lois de police ?¹⁷⁰ Le rappel que le principe d'ordre public peut « se concilier avec des modalités différentes d'attribution édictées par une loi étrangère » semble vouloir dire qu'il s'agit d'un principe défendu par le mécanisme de l'ordre public international. Un auteur observe en effet que « ce qui est en cause, ce n'est pas une disposition précise du droit français, c'est une règle de conduite générale, une règle d'ordre éthique »¹⁷¹.

Après divorce, l'appréciation *in abstracto* des lois qui ne prévoient aucun secours pécuniaire pour l'époux dans le besoin se fait plus nette encore.

2) Les obligations alimentaires entre époux après divorce

74. ***Appréciation abstraite des lois étrangères ne prévoyant aucun secours alimentaire en cas de divorce.*** - Dès lors que la Cour de cassation a eu à apprécier, au cours de l'instance directe, une loi étrangère ne prévoyant aucune compensation pécuniaire en cas de divorce, elle l'a fait de façon abstraite.

Ainsi, dans un arrêt en date du 16 juillet 1992¹⁷², il a été jugé que la loi marocaine qui ne prévoyait « ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce »¹⁷³ était manifestement incompatible avec l'ordre public français et devait être écartée au profit de la loi française. Dans la mesure où la loi étrangère ne prévoyait aucune compensation pécuniaire en faveur de l'épouse, elle était en elle-même et par principe contraire à l'ordre public, sans qu'il apparaisse même nécessaire d'apprécier la loi par rapport aux circonstances de l'espèce.

Cette condamnation *in abstracto* de la loi étrangère a été critiquée par Patrick Courbe, annotateur de l'arrêt. La formule de la Cour appelle selon lui des réserves quant à la généralité de ses termes¹⁷⁴. En effet, l'ordre public interne n'imposerait pas un droit aux aliments automatique après divorce ; le juge devrait apprécier les ressources et les besoins des époux,

¹⁷⁰ Sur une possible qualification de loi de police, cf. *infra*, n°520 ss.

¹⁷¹ M. Simon-Depitre, « Les aliments en droit international privé », TCFDIP, 1977, p. 51

¹⁷² Cass. Civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, Rev. Crit. DIP, 1993. 269, note P. Courbe, D. 1993. 476, note K. Saïdi, JCP G 1993. II. 22138, note J. Déprez, *Defrénois*, 1993. 292, note J. Massip

¹⁷³ Le divorce était prononcé en l'espèce aux torts du mari

¹⁷⁴ P. Courbe, Rev. Crit. DIP 1993, p. 269

autrement dit, il devrait faire une appréciation concrète de la situation. C'est l'affirmation sans nuance de l'arrêt qui surprend car même en droit interne l'époux a parfois été privé de compensation pécuniaire en raison des circonstances particulières du divorce¹⁷⁵ : l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce pour faute était prononcé n'avait auparavant droit à aucune prestation compensatoire¹⁷⁶ ; et l'époux qui prenait l'initiative du divorce pour rupture de la vie commune n'avait pas non plus droit à une pension alimentaire¹⁷⁷.

Replacée dans son contexte juridique, la condamnation de principe faite par la Cour de cassation de la loi étrangère qui ne prévoit, de manière générale, aucune prestation, alimentaire ou compensatoire, pour l'époux doit cependant être approuvée. La loi marocaine, prise *in abstracto*, privait en effet « de tout secours pécuniaire la femme divorcée, innocente, dans le besoin »¹⁷⁸. Elle ne prévoit donc rien, *a priori*, pour l'époux, « innocent », dans le besoin, qui réclame une prestation. On ne voit donc pas comment elle pourrait être conforme à l'ordre public puisqu'elle ne permettra jamais à cet époux d'obtenir le moindre aliment.

75. Dans un arrêt ultérieur de la première chambre civile du 7 novembre 1995¹⁷⁹ la formulation de la Cour de cassation s'est faite plus précise encore. Il s'agissait là aussi de la loi marocaine, ne prévoyant aucun versement assimilable à une prestation alimentaire ou compensatoire ; elle a été jugée manifestement incompatible avec l'ordre public international français dans la mesure où elle privait, *in abstracto*, la femme de tout secours pécuniaire, « bien que le divorce ne soit pas prononcé à ses torts »¹⁸⁰. Le divorce était en effet prononcé en l'espèce sur le fondement

¹⁷⁵ « Plus d'un époux est privé de prestation compensatoire, de pension alimentaire et dommages-intérêts » en droit interne (P. Courbe, Rev. Crit. DIP 1993, p. 269). Cela est cependant moins vrai en l'état de la législation actuelle, le législateur souhaite assurer dans toutes situations une prestation à l'époux si sa situation le justifie.

¹⁷⁶ Depuis la réforme de 2004, les causes du divorce sont déconnectées des conséquences pécuniaires de celui-ci : l'époux fautif pourrait se voir attribuer une prestation compensatoire. L'octroi de la prestation compensatoire est indépendante de la faute de l'époux, les critères essentiels sont ceux de la disparité des niveaux de vie. Celle-ci n'est cependant pas automatique et le juge pourra moduler le montant et même refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande (art. 270 c. civil)

¹⁷⁷ Depuis la réforme de 2004, ce n'est plus le cas, cette forme de divorce est devenue divorce pour altération définitive du lien conjugal et la pension alimentaire (qui traduisait une survivance du devoir de secours entre époux post divorce) a été remplacée par la prestation compensatoire, qu'il peut solliciter.

¹⁷⁸ Termes de la loi rapportés par le pourvoi

¹⁷⁹ Civ 1^{ère}, 7 novembre 1995, n°94-10.447, D. 1996, p. 170, B. Audit

¹⁸⁰ Comp. Cass. Civ 1^{ère}, 11 février 2015, n°13-25.572 : Il s'agissait en l'espèce d'un jugement de divorce rendu sous l'empire de la loi monégasque qui excluait toute pension en cas de divorce aux torts partagés. Le pourvoi soutenait que celui-ci devait être déclaré contraire à l'OPI français dans la mesure où il n'accordait « aucune prestation compensatoire, ni aucun aliment » à l'époux, « peu important que le divorce ait été prononcé aux torts partagés ». L'argument fut rejeté par la Cour de cassation : « ayant estimé que la loi monégasque alors applicable excluait toute pension en cas de divorce aux torts partagés, la cour d'appel a décidé à bon droit que l'arrêt n'était pas contraire à l'ordre public international ». En effet, la solution est différente dans un divorce aux torts partagés, puisqu'en droit interne, l'article 270 permet au juge de tenir compte des fautes de l'époux pour moduler le montant de la prestation compensatoire. Le principe général posé par la Cour de cassation ne serait donc valable que pour l'époux n'ayant pas vu le divorce prononcé à ses torts. Une décision

de la loi marocaine pour défaut d'entretien de l'épouse par son mari ; il aurait donc été paradoxal de reconnaître le défaut d'entretien de l'épouse, puis de ne prévoir aucune compensation pécuniaire après divorce au profit de l'épouse¹⁸¹. Si la formule est plus rigoureuse dans son attendu, l'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère demeure : une loi qui prive l'épouse de tout secours pécuniaire après divorce est *a priori* contraire à l'ordre public, sans que la situation réelle de l'épouse ne soit jamais évoquée concrètement.

76. **Appréciation abstraite des lois étrangères ignorant les prestations compensatoires entre époux** – Au regard de la jurisprudence, il semble que l'ordre public international aille plus loin encore que la simple protection alimentaire de l'époux divorcé. Les lois qui ne permettent pas d'indemniser la disparité créée par la rupture du mariage ont elles aussi été jugées contraires à l'ordre public international et appréciées *in abstracto*. Dans un arrêt en date du 10 mai 1998¹⁸², la cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que les lois et coutumes islamiques chiites ne prévoyant qu'une pension alimentaire limitée à 100 jours et ne connaissant « aucun équivalent de la prestation compensatoire telle qu'elle existe dans le code civil français » sont manifestement incompatibles avec l'ordre public international français. L'arrêt distingue pension alimentaire et prestation compensatoire ; le montant de la pension alimentaire (limitée à 100 jours) n'apparaît pas objectivement suffisant et l'absence de prestation compensatoire dans la loi étrangère est rejetée sur le fondement de l'exception d'ordre public. Les juges condamnent par principe la loi étrangère, sans examiner la situation concrète de l'épouse. L'arrêt ne dit pas si l'épouse était réellement dans le besoin ou justifiait des conditions d'octroi d'une prestation compensatoire : dans la mesure où la loi étrangère ne prévoit rien ou une créance alimentaire très faible, elle est écartée et substituée par la loi française. L'état de besoin de l'épouse et la disparité des conditions de vie des époux seront dès lors appréciés par rapport aux standards français.

77. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 mai 2003¹⁸³ a suivi la même logique et a condamné par principe la loi algérienne ignorant tout mécanisme compensatoire entre époux en cas de divorce : « Considérant que, s'il est exact que les époux étant algériens et le mari vivant en France, la loi algérienne est applicable, laquelle ne prévoit pas de prestation compensatoire, il

étrangère qui prive un époux de toute prestation alimentaire ou compensatoire en raison de sa responsabilité dans la rupture du mariage ne serait pas contraire à l'ordre public international.

¹⁸¹ En ce sens, B. Audit, D. 1996 p. 170

¹⁸² CA Aix-en-Provence, 10 mai 1998, JDI 1999, p. 316, note A. Bencheneb

¹⁸³ CA Paris, 24ème ch. C, 7 mai 2003, 07-05-2003, AF Famille 2003, p. 307

apparaît que cette disposition, qui ne permet pas l'indemnisation de la disparité créée par la rupture du mariage au préjudice d'un des époux, est contraire à l'ordre public français et doit être écartée au profit de la loi française. » Dans la mesure où la loi étrangère ne prévoit aucun mécanisme indemnitaire similaire à la prestation compensatoire, elle est écartée au profit de la loi française. En effet, ne mettant à la disposition du juge aucun mécanisme compensatoire pour le conjoint, elle ne sera jamais conforme à l'ordre public, même aux termes d'une appréciation *in concreto*. Certains auteurs ont trouvé cette jurisprudence bien exigeante : « le but de l'ordre public est d'éviter que l'un des époux, c'est-à-dire le plus souvent la femme, ne se retrouve dans une situation de détresse au sortir du mariage, non d'exiger de la loi étrangère un statut protecteur en tous points identiques à celui offert par le système français »¹⁸⁴. Force est de constater que les juges du fond ont une appréciation plus large de l'ordre public international. L'ordre public exige sans doute, *a minima*, d'assurer les subsides nécessaires à l'époux dans le besoin, mais plus encore, d'indemniser la perte de son niveau de vie grâce à un mécanisme compensatoire. Dès lors, la loi étrangère ne prévoyant aucun outil de ce type, elle n'a aucune chance de prospérer en droit français, et l'appréciation *in abstracto* de la loi est suffisante pour l'écarter.

78. Il semble en revanche que dès lors que la loi étrangère, appréciée *in abstracto*, prévoit un mécanisme compensatoire permettant d'indemniser suffisamment l'époux au jour du divorce, elle est jugée conforme à l'ordre public international. Cela apparaît particulièrement dans un arrêt de la première chambre civile en date du 4 novembre 2009¹⁸⁵. Étaient applicables en l'espèce, en vertu de l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable en matière d'obligations alimentaires, les dispositions nouvelles du code marocain réformé. La cour d'appel de Montpellier avait considéré que la loi marocaine « ne permettait pas d'accorder à l'épouse une allocation suffisante après le divorce de sorte qu'elle était, sur ce point, contraire à l'ordre public français ». La Cour de cassation, reprochant aux juges du fond d'avoir statué « sans analyser les termes du nouveau code marocain désigné par l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (...) », cassa l'arrêt. La cour d'appel aurait en effet dû regarder si, à la suite de la réforme, les nouvelles modalités de fixation de la prestation fixées par le droit marocain ne permettaient pas dorénavant d'accorder une allocation suffisante à l'épouse. Le nouveau code civil marocain, entré en vigueur le 5 février 2004, prévoit en effet

¹⁸⁴ S. David, « Effets pécuniaires du divorce : l'éviction de la loi étrangère incompatible avec l'ordre public français », *AJ Famille*, 2003, p. 307

¹⁸⁵ Cass. Civ 1^{ère}, 4 novembre 2009, n° 08-20.355

désormais « un don de consolation » (« Mout'â »), indemnité qui se rapproche de notre prestation compensatoire. Elle est évaluée en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, mais aussi des motifs du divorce et du « degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux » (art. 84 du code de la famille marocain)¹⁸⁶. Cette indemnité vise à compenser les conséquences de la dissolution du mariage pour l'épouse et résulte d'une obligation prescrite par le Coran. Quelle que soit la situation de l'épouse, le don de consolation est dû par le mari, même si celui-ci est dans une situation financière précaire et même si la femme est dans une situation plus aisée que son mari¹⁸⁷. La situation financière respective des époux est prise en compte pour fixer le montant de l'indemnité, mais elle est en principe toujours due¹⁸⁸. Dès lors, les dispositions de la loi marocaine apparaissant *in abstracto* conformes à l'ordre public, elles permettront au juge d'accorder une prestation convenable à l'épouse. Un arrêt de la cour d'appel de Paris, en date du 19 mai 2005, en donne l'illustration¹⁸⁹. Il était toujours question en l'espèce de l'appréciation des nouvelles dispositions du code marocain. L'épouse, à l'origine de la demande de dissolution du lien conjugal, soutenait que celles-ci étaient contraires à l'ordre public international français car elles ne comportaient pas de mesures pécuniaires destinées à compenser les préjudices créés par la dissolution du mariage. La cour d'appel releva cependant que « l'article 84 du Code de la famille marocain énumère les droits dus à l'épouse en cas de divorce, la dot à terme, la pension du délai de viduité et le don de consolation, lequel est évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux des motifs du divorce et du degré avéré dans l'exercice de ce droit par l'époux, et que l'article 101 prévoit l'indemnisation du préjudice » ; et par conséquent jugea que « cette législation reconnaissant le droit à compensation pécuniaire », « les dispositions relatives au divorce de la loi marocaine ne heurtent pas l'ordre public français et doivent s'appliquer à la désunion et à ses effets. (...) ». L'application de ces dispositions permit *in fine* à l'épouse d'obtenir la somme de 5.000 euros. Elles ne permirent peut-être pas d'égaliser le montant qui aurait été obtenu sous l'empire du droit français¹⁹⁰, mais elles allouèrent à l'épouse une allocation suffisante, conforme à l'ordre public international français. Ces dispositions auront d'ailleurs d'autant moins de chance d'être jugées contraires à l'ordre public qu'elles

¹⁸⁶ Rapport établi par des magistrats français sur le nouveau code de la famille marocain à l'issue d'un voyage d'étude sur l'application de cette législation (21 février 2008)

¹⁸⁷ On peut en revanche s'interroger sur la conformité à l'ordre public international des dispositions marocaines qui ne prévoient aucune compensation pécuniaire en faveur de l'époux. Dans une situation inverse, où c'est l'époux qui réclame une prestation à l'épouse, il n'est pas sûr qu'il l'obtienne sur le fondement du droit étranger. Dans ce cas, l'exception d'ordre public international devrait pouvoir jouer à son profit.

¹⁸⁸ Rapport précité, établi par des magistrats français sur le nouveau code de la famille marocain

¹⁸⁹ CA Paris, Ch. 1 Sect. C, 19 mai 2005

¹⁹⁰ En l'espèce, l'épouse aurait obtenu deux fois plus sous l'empire du droit français, soit 10.000 euros

laissent un assez grand pouvoir d'appréciation au juge¹⁹¹. Dès lors, en pratique, le juge français interprètera de son point de vue le texte, sans forcément connaître précisément la jurisprudence marocaine. Or, il sera certainement influencé par l'esprit du droit français, même s'il applique un droit étranger. En effet, l'interprétation « à la française » des règles matérielles étrangères a été observée en jurisprudence, notamment à l'occasion des arrêts sur les « mariages gris »¹⁹², dans lesquels les juges du fond interprétaient l'intention matrimoniale des époux selon les concepts français, alors même que la loi applicable au consentement était la loi nationale étrangère des époux¹⁹³. Par conséquent, le droit à compensation pécuniaire de l'épouse, prévu par le droit marocain, mais interprété « à la française », devrait faire reculer l'exception d'ordre public international en la matière.

79. Si, dans ces cas de figure, l'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère apparaît suffisante pour juger de sa conformité ou contrariété à l'ordre public international, il en va différemment en revanche lorsque la volonté des intéressés vient compléter le dispositif légal ; la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public peut dès lors se trouver renversée, grâce à une approche *in concreto*.

§2 Présomption simple de contrariété à l'ordre public lorsque la volonté est introduite dans le dispositif

80. Seul l'exercice de la volonté semble pouvoir renverser la présomption de contrariété à l'ordre public. L'appréciation *in concreto* de la loi s'avère alors dans ce cas nécessaire. Il nous apparaît en effet que si une loi successorale marocaine discriminante envers les filles peut *in fine* se révéler conforme à l'ordre public, c'est parce que le défunt est intervenu pour rétablir l'égalité entre ses enfants. Il a pu notamment compenser la disparité instituée par la loi successorale à l'aide de libéralités ou encore par la constitution d'assurances-vie en faveur des héritiers défavorisés par le système légal¹⁹⁴. Autrement dit, dans ces circonstances, la présomption de

¹⁹¹ Le guide pratique établi par le ministère de la Justice marocain indique que « l'appréciation de l'indemnité **relève du pouvoir du tribunal** qui doit, lors de sa détermination, prendre en considération l'étendue du dommage subi et son effet sur la personne de la femme divorcée »

¹⁹² Cass. Civ. 1ère, 1er juin 2011, n° 09-67.805 : Bull. civ. 2011, I, n° 102 ; AJF juill.-août 2011 ; Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.367, non publié

¹⁹³ V. en ce sens F. Monéger, « Consentement au mariage, intention matrimoniale et « mariages gris » *in Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017

¹⁹⁴ En ce sens, L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », JCP N 2018, 1248 : « Voici un Marocain domicilié en France marié et père de deux enfants, une fille et un garçon. Il a désigné, en vertu d'une *professio juris* prévue par l'article 22 du règlement « successions internationales », son droit national comme

contrariété peut être renversée. La loi étrangère *in abstracto* contraire à l'ordre public est finalement neutralisée par la volonté du défunt, qui l'empêche de causer un préjudice aux parties, de porter une atteinte concrète à leurs droits.

81. Il en irait de même pour une loi successorale qui ne ferait pas des enfants des héritiers du premier ordre de succession. Si elle pourrait être jugée contraire à l'ordre public international¹⁹⁵, elle ne serait en définitive pas écartée si elle était « contrée » par la volonté du défunt qui a compensé la perte en prenant des dispositions à l'égard de ses enfants¹⁹⁶.

82. L'inégalité successorale entre époux enfin peut elle aussi être compensée par la volonté du défunt, par le biais d'avantages matrimoniaux ou d'un régime matrimonial avantageux. C'est ce qu'ont pu juger les juridictions allemandes dans un arrêt en date du 29 avril 1992¹⁹⁷. En l'espèce, un iranien était décédé en Allemagne en laissant à sa succession sa mère, son épouse allemande et ses trois fils. Selon le droit chiite applicable, l'épouse n'avait le droit qu'à 1/8^{ème} de la succession mobilière (alors que l'époux aurait eu le droit à 1/4 dans la succession de son épouse). Bien que les juges allemands reconnurent l'inégalité inhérente à la loi étrangère¹⁹⁸, ils ne firent pas jouer l'exception d'ordre public en l'espèce considérant que l'inégalité instituée par la loi se trouvait *in fine* compensée par un régime matrimonial favorable à l'épouse : « - L'inégalité sur le plan de la succession était compensée (...) La part de l'épouse à la succession était augmentée en vertu de son régime (...) ce qui rendait le résultat global supportable »¹⁹⁹.

L'appréciation *in abstracto* de la règle permet en l'espèce de constater la discrimination. La règle est d'abord replacée dans le contexte juridique étranger. Cette approche est complétée

applicable à sa succession. Le droit marocain prévoit, en principe, que la fille reçoit la moitié des droits successoraux destinés à son frère. En cela, le droit marocain est abstraitement contraire à notre ordre public international. Mais cette constatation abstraite ne permet pas ipso facto au juge de mettre en œuvre l'exception d'ordre public international. Il doit vérifier que la discrimination en cause est concrètement subie par la fille du de cujus. Si d'aventure la fille a reçu des compensations financières de la part de son père, par exemple s'il lui a versé une assurance-vie qui compense la discrimination constatée, le juge constatera l'absence de contrariété concrète à l'ordre public international et appliquera le droit marocain. »

¹⁹⁵ Compte tenu de la place de l'enfant dans le système successoral français et l'importance de la succession « descendante » plutôt que « remontante », une loi successorale qui attribuerait les droits successoraux en priorité aux parents pourrait être jugée contraire à l'ordre public international. Il n'y a toutefois pas de jurisprudence sur cette question.

¹⁹⁶ Ce n'est toutefois pas la succession légale qui est alors soumise au contrôle de l'ordre public mais la succession testamentaire. Celle-ci se révèle *in fine* conforme à l'ordre public.

¹⁹⁷ OLG Hamm, 29 avril 1992, in FamRZ 1993, p. 111

¹⁹⁸ La discrimination est également soulignée par la doctrine allemande : « le résultat n'est pas choquant en soi mais il le devient dans la mesure où il est l'effet d'une règle discriminatoire » (H. Dorner, « Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners », IPRax, 1994, p. 35, cité par A. Bonomi, « Art. 35. Ordre public », in *Le droit européen des successions*, précité, p. 535

¹⁹⁹ S. Aldeeb et A. Bonomi (dir.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, précité, p. 318

par une appréciation concrète qui cette fois va permettre d'insérer la règle dans le contexte factuel. Ainsi, bien que les juges allemands relèvent la discrimination, ils ne font pas jouer l'exception d'ordre public, car en l'espèce l'inégalité était compensée par d'autres avantages prévus par les époux aux termes de leur régime matrimonial. *In fine*, la situation apparaissait donc acceptable au regard de l'ordre public international.

83. L'appréciation *in concreto* permet ainsi de relativiser l'intervention de l'ordre public. Un auteur²⁰⁰ a d'ailleurs démontré que l'appréciation *in concreto* avait parfois permis de tenir compte de l'intérêt individuel de l'épouse sans s'opposer systématiquement à l'accueil des répudiations²⁰¹. On pourrait en effet convenir que malgré une appréciation *in abstracto* de la loi étrangère, une répudiation ne serait pas forcément sanctionnée sur le fondement de l'ordre public international dès lors que, par exemple, la demande de reconnaissance de répudiation prononcée à l'étranger émane de l'épouse. Sa volonté de voir reconnaître la répudiation effacerait finalement l'atteinte à l'ordre public²⁰².

84. En définitive, il apparaît à travers tous ces exemples que la loi étrangère *in abstracto* contraire à l'ordre public peut être paralysée, notamment grâce à l'exercice de la volonté. Il n'empêche que la loi étrangère reste bel et bien contraire aux principes du for, et c'est bien ce que doit contempler le mécanisme de l'exception d'ordre public. L'exercice de la volonté du disposant rend néanmoins inutile sa mise en œuvre puisque le caractère « néfaste » de la loi est privé d'effet grâce à son anticipation. C'est en quelque sorte la « situation » qui devient conforme à

²⁰⁰ G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », RID comp. 2003, p. 21

²⁰¹ V. l'arrêt *Douibi*, Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2001, n° 00-11.968, D. 2001, p. 3978, note M.-L. Niboyet ; JCP G 2001, II, 10039, note T. Vignal ; RID comp. 2001, p. 704, note L. Gannagé, dans lequel la Cour de cassation a considéré que la répudiation était conforme à l'ordre public car elle garantissait des avantages financiers à l'épouse. G. Canivet y voit « le souci des juges de vérifier si, dans chaque cas concret, la situation matérielle de l'épouse répudiée est ou non comparable à celle qui aurait été la sienne à l'issue d'une procédure contradictoire » (G. Canivet, précité, p. 21) ; v. aussi J. Guillaumé, « Intervention de l'ordre public international », précitée, n°35

²⁰² V. en ce sens, S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse : Personnes, famille, successions*, Schulthess, 1999, n°333 : « On peut soutenir que lorsque la demande de reconnaissance d'une répudiation émane de l'épouse, sa volonté exprimée *a posteriori* efface ce que la nature unilatérale de l'acte de dissolution représentait de choquant, ce qui permettrait d'assimiler la répudiation à un divorce par consentement mutuel susceptible de reconnaissance » ; dans le même sens : H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI* 1991, t. 216, p. 226, spéc. p. 271 : L'acceptation par l'épouse de la répudiation justifie la reconnaissance du jugement étranger dans la mesure où, concrètement, la situation est alors proche d'un divorce par consentement mutuel. Cependant, « une telle assimilation n'est possible que si l'acceptation de l'épouse ne fait aucun doute, par exemple si elle demande elle-même la reconnaissance de la répudiation en France. » ; v. aussi J. Guillaumé, « Intervention de l'ordre public international » in *Jurisclasseur Civil Code* précité, n°35 ; M-C Najm Kobeh, précitée, JDI 2015, doct. 7 : « Les seules circonstances concrètes de nature à conduire à l'accueil de la répudiation sont, soit la faculté pour la femme de se répudier elle-même en vertu d'une clause consentie par le mari dans l'acte de mariage soit l'acceptation par la femme de la répudiation, qui rend celle-ci équivalente à un divorce par consentement mutuel ».

l'ordre public et non la loi étrangère en elle-même, qui y reste contraire. *In fine*, la loi étrangère ne cause aucun dommage car elle a pu être contrée par des dispositions contraires. Le jeu de l'exception n'est donc plus nécessaire. L'exercice de la volonté se présente ainsi, en quelque sorte, comme une alternative à la mise en œuvre de l'ordre public.

85. Il existe cependant des cas où c'est la volonté elle-même qui va être à l'origine du déclenchement du mécanisme. En effet, si la volonté peut rendre conforme à l'ordre public une loi *in abstracto* contraire, il semblerait qu'il existe aussi des cas où la volonté peut rendre contraire à l'ordre public une loi *in abstracto* conforme.

Section 2. Une loi étrangère in abstracto conforme mais une situation in concreto contraire ?

86. Une loi *in abstracto* conforme pourrait-elle se révéler *in concreto* contraire ? C'est ce que semble affirmer la Cour de cassation lorsqu'elle énonce dans les très commentés arrêts du 27 septembre 2017 que la loi californienne qui ignore la réserve n'est pas « *en soi* » contraire à l'ordre public international, et ne peut être écartée « *que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* »²⁰³. Sur le plan de la logique même de droit international privé, l'affirmation peine à convaincre et semble même illusoire (§1). Il apparaît en réalité que la contrariété à l'ordre public provient de la très large place faite à l'autonomie de la volonté par la loi étrangère. Il s'avère en effet qu'une loi qui n'exerce aucun contrôle sur l'exercice de la volonté du disposant n'est pas complètement neutre et se trouve être, en partie, la cause de la contrariété à l'ordre public. L'appréciation *in abstracto* de la loi est donc là encore nécessaire (§2).

§1 L'illusion de la loi étrangère in abstracto conforme et in concreto contraire

87. Il a été avancé par la doctrine que la loi étrangère devait toujours être appréciée *in concreto* dans la mesure où une loi pouvait apparaître dans l'abstrait conforme à l'ordre public, mais appliquée au cas d'espèce, se révéler contraire²⁰⁴. Au soutien de cette analyse, il est donné

²⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, arrêts *Jarre* et *Colombier* précités

²⁰⁴ v. not. D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, tome 1, précité, n°458 ; P. Lagarde, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°24

l'exemple de l'arrêt Patiño²⁰⁵. En l'espèce, la loi nationale commune d'époux boliviens ignorait la séparation de corps et subordonnait le divorce à son admission par la loi du lieu de célébration du mariage, qui était la loi espagnole. *In abstracto*, la loi bolivienne n'était donc pas contraire à l'ordre public car elle envisageait la possibilité de rompre l'union par le divorce. La loi espagnole ne l'était pas non plus puisque, bien qu'elle n'admît pas le divorce, elle autorisait la séparation de corps. Cependant, conjuguées ensemble, ces deux lois empêchaient les époux à la fois de divorcer (la loi espagnole de célébration du mariage l'empêchait) et de se séparer de corps (la loi nationale commune bolivienne des époux ignorait cette forme de dissolution du mariage) ; si bien que la Cour de cassation a fait jouer l'exception d'ordre public à l'encontre de la combinaison de ces deux lois, qui pourtant, en tant que telles, n'apparaissaient pas contraires à l'ordre public.

88. Il a toutefois été démontré qu'une telle situation n'était pas due à l'appréciation *in concreto* des lois étrangères mais plutôt à la mise en œuvre concurrente de plusieurs lois à un même rapport de droit²⁰⁶. En effet, « si ni le présupposé, ni l'effet juridique d'une règle étrangère ne heurtent nos principes, il est impossible que sa seule application conduise à des résultats inacceptables. Ceux-ci seront atteints uniquement parce que, s'agissant de relations internationales, cette disposition devra coexister avec des normes empruntées à d'autres systèmes juridiques (système du for ou systèmes étrangers). Le problème provenant de la soumission à des lois différentes, extraites partiellement de leur contexte, de questions étroitement liées, ne relèvent alors non plus de la technique de l'ordre public, mais de celle de l'adaptation »²⁰⁷. C'est en effet la combinaison de la loi espagnole et de la loi bolivienne, extraites du contexte dans lequel elles avaient vocation à jouer, qui donne lieu à une situation contraire à l'ordre public, et non l'appréciation *in concreto* de celles-ci.

89. Dès lors, qu'a voulu dire la Cour de cassation dans les arrêts du 27 septembre 2017 ? « Si par principe le fait que la loi étrangère permette de déshériter ses enfants ne heurte pas l'ordre public, en quoi le fait que l'enfant ne reçoive rien dans un cas particulier justifie la mise en

²⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1963, *JCP* 1963. II. 13365, note H. Motulsky, *JDI* 1963. 1016, note P. Malaurie, *Rev. crit. DIP* 1964. 532, note P. Lagarde, B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^e éd., 1998, Dalloz, n° 38

²⁰⁶ v. Y. Lequette, note sous CA Paris, 18 déc. 1973 et CA Paris, 1^{er} juill. 1974, *JDI* 1975, p. 525, spéc. p. 534 ; et S. Godechot-Patris et S. Potentier, *RJPF* 2017, p. 44

²⁰⁷ . Y. Lequette, note sous CA Paris, 18 déc. 1973 et CA Paris, 1^{er} juill. 1974, *JDI* 1975, p. 525, spéc. p. 534 ; sur la méthode de l'adaptation, v. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, précité.

œuvre de l'exception ? »²⁰⁸. L'appréciation *in concreto* de la loi étrangère présuppose d'identifier les principes essentiels atteints par la loi étrangère et de vérifier si ces principes sont réellement atteints en l'espèce. On comprendrait donc que la Cour de cassation affirme qu'une loi étrangère qui ignore la réserve est contraire aux principes essentiels du droit français, mais que les circonstances de l'espèce ne permettent pas de caractériser l'atteinte : le défunt a déjà suffisamment alloué les héritiers, par le biais de legs ou donations, ou même d'une assurance-vie²⁰⁹. Or, la Cour de cassation applique le raisonnement inverse : elle commence par affirmer que la loi étrangère qui ignore la réserve n'est pas par principe contraire à l'ordre public; comment dès lors pourrait-elle le devenir aux termes d'une appréciation *in concreto* ? Quelles que soient les circonstances de l'espèce, le fait qu'un héritier soit déshérité ne devrait pas choquer l'ordre public international français²¹⁰. Ce sont les suites de l'attendu qui permettent de comprendre le sens de la formule : la loi étrangère ignorant la réserve ne pourra être écartée « que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels », et en l'espèce, « il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des conjoints X, tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin (...) ». Autrement dit, une loi étrangère qui ignore la réserve peut déclencher l'exception d'ordre public, non pas parce qu'elle ignore la réserve, mais parce qu'elle porte atteinte à ***d'autres principes du droit français***, ceux-là considérés comme essentiels, tels que l'ordre public alimentaire. On peut également penser aux principes d'égalité entre les sexes ou entre les filiations : une loi étrangère qui serait suffisamment libérale pour permettre à un défunt de déshériter ses filles en considération de leur sexe, ou des enfants naturels ou adultérins, en considération de leur mode de filiation, pourrait être jugée contraire à l'ordre public international français.

La Cour de cassation a donc déplacé le curseur de référence : ce n'est pas la loi qui ignore la réserve héréditaire qui est contraire à l'ordre public international mais la loi qui ne protège pas l'héritier dans le besoin contre les manquements aux devoirs alimentaires du défunt ou qui ne l'empêche pas de discriminer entre ses enfants. Mais dès lors, une telle loi n'est-elle pas *in abstracto* contraire à l'ordre public ?

²⁰⁸ S. Godechot-Patris, S. Potentier, op. cit., RJPF 2017, p. 44 et s.

²⁰⁹ En ce sens, L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », JCP N 2018, 1248

²¹⁰ En ce sens, v. L. Dimitrov, M-L Niboyet, *Gazette du Palais* 2018, n°310, p. 81

§2 La loi étrangère laissant une large place à l'autonomie de la volonté : une loi *in abstracto* suspecte

90. D'après la Cour de cassation, la loi étrangère qui donne la plus large place à l'autonomie de la volonté ne serait pas « en soi » contraire à l'ordre public international ; en revanche, elle pourrait le devenir si, *in fine*, les dispositions prises par le biais de cette loi laissent un héritier dans le besoin, ou encore discriminent un héritier. Finalement, ce ne serait donc pas la loi en elle-même qui serait contraire à l'ordre public mais l'acte privé édicté par le défunt sur le fondement de cette loi.

91. Cependant, c'est bien la loi étrangère qui doit faire l'objet du contrôle et non le testament directement. Par ailleurs, si l'acte privé apparaît contraire à l'ordre public international c'est parce qu'il a été permis par la loi étrangère ; dès lors la loi étrangère a nécessairement une part de responsabilité dans cette contrariété. La grande latitude donnée au défunt dans la rédaction de ses dispositions en est à l'origine (en outre, dès lors que l'on reconnaît la toute puissance et pleine efficacité de la volonté du défunt, comment lui reprocher ensuite le sens de celle-ci ?) ; la loi étrangère ne limitant pas la volonté du défunt semble donc, *a priori*, contrairement à ce que dit la Cour de cassation, *in abstracto* contraire à l'ordre public. Elle est, au moins, suspecte, et la contrariété à l'ordre public doit être vérifiée aux termes d'une appréciation *in concreto*. Le déclenchement de l'exception va dès lors dépendre du seuil de tolérance de l'ordre juridique du for : considère-t-il comme essentiels les principes d'égalité et de non-discrimination ? de justice alimentaire ? de fraternité ? de solidarité familiale ? - principes au demeurant tous défendus par la réserve —.

92. En définitive, la Cour de cassation n'aurait-elle pas dû se contenter d'exhorter la cour d'appel à rechercher, *de manière concrète, si les effets de la loi californienne n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français*, en ce qu'elle n'était pas suffisamment protectrice de l'héritier ? C'est en ces termes qu'elle s'était exprimée dans l'arrêt en date du 8 juillet 2015 à propos de la loi allemande qui permet aux époux de renoncer à toute prestation compensatoire avant même l'introduction de la demande en divorce²¹¹. En l'espèce,

²¹¹ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, D. 2015. 1539; AJ fam. 2015. 492, obs. A. Boiché; JCP 2015. 1024, note E. Fongaro; JDI 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; RJPF, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris

les époux avaient convenu par contrat de mariage que « toute prestation compensatoire selon le droit allemand ou tout autre droit » serait exclue en cas de divorce. Au jour du divorce, l'épouse avait réclamé son droit à prestation compensatoire et la cour d'appel s'y était opposée, dans la mesure où elle y avait renoncé aux termes du contrat de mariage. L'arrêt fut cassé par la Cour de cassation au motif que la cour d'appel aurait dû rechercher « *de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français* ». En matière de divorce, l'ordre public interne empêche en effet les époux de renoncer par avance à la prestation compensatoire, avant toute instance de divorce. L'autonomie de la volonté des époux est ainsi limitée et dès lors, une loi étrangère qui n'en ferait pas de même apparaîtrait suspecte : elle risquerait d'être contraire à certains principes essentiels du droit français ; d'où la nécessité d'apprécier le résultat de l'application de cette loi de manière concrète. En effet, en l'absence des principes protecteurs impératifs de droit interne (telle que l'interdiction de renoncer par avance à la prestation compensatoire ; la réserve héréditaire), l'ordre public international risque d'être atteint, « *in concreto* ».

93. Ce n'est finalement pas la loi qui ignore la réserve héréditaire ou permet aux époux de renoncer par avance à toute prestation compensatoire en cas de divorce qui, en tant que telle, semble *in abstracto* contraire à l'ordre public international, mais de manière plus générale, la loi qui laisse une trop grande marge de liberté au disposant, sans la contrôler. Cette loi doit alerter le juge, mais il ne mettra en œuvre l'exception d'ordre public, que si les principes essentiels du droit français sont bel et bien atteints *in concreto*. Le respect de l'ordre public de protection ne peut en effet se vérifier, dans ces circonstances, qu'à l'aide d'une approche concrète de la situation. Le jeu de l'exception dépendra *in fine* de l'usage qu'a fait le disposant de la liberté qui lui a été conférée par la loi étrangère.

94. Conclusion du chapitre. –

Une loi étrangère *in abstracto* contraire à l'ordre public peut-elle *in concreto* s'y révéler conforme ? Il convient de poser une présomption : l'approche abstraite permet de présumer l'atteinte à l'ordre public mais cette présomption peut être renversée aux termes d'une appréciation concrète.

L'analyse de la jurisprudence montre cependant que cette présomption n'est renversée que lorsque l'autonomie de la volonté s'est insérée dans le dispositif légal. En son absence, il semble que la présomption soit irréfragable : c'est notamment le cas lorsque la loi étrangère discrimine entre les sexes ou ne prévoit aucune protection alimentaire en faveur de l'enfant ou du conjoint dans le besoin. En revanche, l'exercice de la volonté peut renverser la présomption et effacer la contrariété à l'ordre public, ou du moins, la priver d'effet. L'autonomie de la volonté permet ainsi parfois de rendre inutile le recours à l'exception d'ordre public.

A contrario, l'exercice de la volonté va parfois être l'élément déclencheur de l'exception, sans que la contrariété n'émane directement de la loi étrangère. Ce qui fait dire à certains qu'une loi *in abstracto* conforme à l'ordre public peut *in fine* s'y révéler contraire. Toutefois, il s'avère qu'une loi qui n'encadre pas suffisamment l'exercice de la volonté du disposant a nécessairement une part de responsabilité dans la contrariété à l'ordre public : elle a permis une discrimination ou n'a pas porté secours à l'enfant ou le conjoint dans le besoin. Elle peut donc être présumée contraire à l'ordre public, présomption pouvant être renversée ou confortée aux termes d'une appréciation concrète.

En définitive, on ne saurait affirmer que l'appréciation *in concreto* transforme la loi étrangère : la loi *in abstracto* contraire le reste mais est privée d'effet néfaste par l'exercice de la volonté ; et si une loi étrangère, en apparence conforme, peut se révéler *in concreto* contraire à l'ordre public c'est parce que le présupposé de départ posé par la loi était déjà douteux.

95. Conclusion du titre préliminaire.

L'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère, trop souvent mise de côté par la doctrine et la jurisprudence, doit selon nous être réhabilitée. Par son approche « holistique », elle met tout d'abord en évidence la contrariété de la norme à l'ordre public, ce que la seule appréciation *in concreto* ne rend pas toujours possible. Elle n'est toutefois pas suffisante car l'autonomie de la volonté permet parfois de renverser la présomption de contrariété. Or, seul un examen concret de la situation donne la possibilité de le confirmer.

L'approche *in abstracto* met par ailleurs en relief les principes défendus par l'ordre public international. C'est ainsi que dans les arrêts rendus par la Cour de cassation sur la répudiation, le principe d'égalité entre époux est clairement affirmé comme étant un principe d'ordre public international, aux termes d'une appréciation *in abstracto* de la loi étrangère. En revanche, dans les arrêts du 8 juillet 2015 sur la prestation compensatoire et du 27 septembre 2017 sur la réserve héréditaire, on peine à deviner quels étaient les principes d'ordre public effectivement en cause. Or, cela est dû à l'appréciation *in concreto* à laquelle s'est livrée la Cour de cassation en l'espèce.

Aux termes de l'appréciation *in concreto* de la loi étrangère, aucune valeur, aucun principe du for n'est exprimé, souligné, proclamé. Il semble que ce soit le fait singulier qui déclenche l'exception d'ordre public et non l'atteinte à un principe du for en lui-même. Dès lors, l'ordre public international ne semble plus tellement défendre des « principes essentiels du droit français » mais des situations particulières, des cas d'espèce contre les abus d'une loi étrangère. Autrement dit, il ne s'agit plus de promouvoir une vision « réaliste » de l'ordre public, des concepts, des idéaux, mais une vision nominaliste, qui n'admet l'existence que d'individus et de cas concrets. Or, à force d'appréciations concrètes, ne vide t-on pas l'ordre public de sa substance ? Il n'est plus tant constitué de principes inhérents à la société française mais sert à la protection individuelle de chacun, au cas par cas, selon les circonstances. Il devient ainsi profondément modulable mais aucunement symbolique.

L'approche nominaliste de l'ordre public coïncide avec son orientation individualiste. Il promeut les libertés individuelles et par conséquent, participe à l'essor de l'autonomie de la volonté.

TITRE 1

-

LA PROMOTION DE LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE

96. L'essor de la volonté est tout particulièrement marquant en droit successoral. En effet, si le principe d'autonomie de la volonté était déjà très présent et affirmé dans le domaine du droit des régimes matrimoniaux, tant en droit interne²¹² qu'international²¹³, il l'était jusqu'alors moins en droit des successions. Il s'est toutefois fortement développé en la matière ces dernières années, d'abord en droit interne, avec un recul de l'ordre public successoral²¹⁴, puis en droit international, avec l'admission de la *professio juris* par le règlement « successions ».
97. Quelles conséquences ce « vent de libéralisation » peut-il avoir sur le contenu de l'ordre public international ? Alors que le droit successoral était jusqu'alors plus rétif à la liberté contractuelle que les autres matières du droit patrimonial de la famille, il semble qu'il se mette lui aussi à promouvoir la volonté individuelle. Cette volonté est certes encadrée en droit interne par « l'ordre public successoral », mais rares sont ceux qui défendent l'idée qu'il soit d'ordre public international.
98. Parmi les principes impératifs de droit interne, on recensait le principe de protection des héritiers réservataires, la prohibition des pactes sur succession future et le principe de prohibition des substitutions fidéicommissaires. Ce dernier principe, remis en cause par les dernières réformes, ne retiendra pas notre attention. La prohibition a été fortement assouplie avec l'autorisation des libéralités graduelles et résiduelles, et le principe se trouve finalement

²¹² V. not. N. Petroni-Maudiere, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Thèse, Presses Universitaires de Limoges – Pulim, 2004, préf. B. Vareille ; J-L. Renchon, F. Tainmont (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Larcier, 2015 ; v. aussi la réforme opérée par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice en matière de changement de régime matrimonial (suppression du délai de deux ans et de l'homologation judiciaire en présence d'enfants mineurs).

²¹³ La question de savoir si le principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux est un principe d'ordre public international ne fait en effet plus débat ; la Cour de cassation a énoncé dans un arrêt en date du 24 septembre 2014 que « l'immutabilité du régime matrimonial n'a pas un caractère d'ordre public international » (Civ 1^{ère}, 24 septembre 2014, n°13.12-532, JCP G 2014, 1265, obs. G. Wierderkher) ; Il ne peut en aller différemment sous l'empire du règlement « régimes matrimoniaux » qui fait une large place à la mutabilité volontaire de la loi applicable au régime matrimonial ; v. aussi sur ce thème, M. Devisme, « La place de la volonté dans l'établissement des conventions matrimoniales », JCP N 2012, p. 45

²¹⁴ En ce sens, v. G. Khairallah, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », JCP N 2008, 1244

vidé de sa substance²¹⁵ : ces dernières sont en effet dorénavant possibles dans les cas prévus par la loi. Le principe d'ordre public interne étant réduit à « peau de chagrin », il est donc exclu qu'il puisse être d'ordre public international.

99. La question est toutefois encore légitime pour les deux autres « piliers de l'ordre public successoral français »²¹⁶. Ne sont-ils cependant pas en train de plier face à la tendance législative et jurisprudentielle de donner toujours plus de force à la volonté ? L'équilibre à l'origine trouvé par le code civil entre ordre public et liberté semble aujourd'hui remis en cause, tant en droit interne qu'international. On en arrive alors à une convergence au sein des deux ordres : dans les deux sphères, le pacte successoral avance au bénéfice de la liberté testamentaire (**chapitre 1**) et la réserve recule, si bien qu'ordre public réservataire et liberté du *de cuius* s'inscrivent dans un rapport déséquilibré à l'échelle internationale (**chapitre 2**).

²¹⁵ L'art. 896 c. civil dispose que « *la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi* »).

²¹⁶ P. Catala, "La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple", Dr. famille 2006, étude 43

Chapitre 1

L'avancée du pacte successoral au bénéfice de la liberté testamentaire

100. L'article 722 du code civil prohibe par principe « les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant », sauf cas expressément prévus par la loi. De plus en plus d'exceptions ont cependant été introduites par le législateur, à tel point que l'on s'interroge sur la pérennité du principe en droit interne. Cet affaiblissement a inévitablement des répercussions dans l'ordre international, si bien que la question de savoir si le principe en déclin pourrait faire obstacle à l'application en France des pactes successoraux étrangers paraît pour la plupart déjà réglée. Gare cependant à l'enterrer trop rapidement car, à travers le principe de prohibition des pactes sur succession future, c'est notamment la liberté de tester qui est protégée. Nous commencerons donc par étudier la valeur et les fondements du principe en droit interne (section 1), de laquelle va dépendre sa portée en droit international (section 2).

Section 1. La valeur du principe de prohibition des pactes sur succession future en droit interne

101. Les différentes réformes législatives ont conduit à s'interroger sur la pérennité du principe général de prohibition en droit interne (§1). En effet, alors que de plus en plus de pactes successoraux sont admis, les fondements traditionnels du principe ne sont-ils pas remis en cause (§2) ?

§1 La pérennité du principe général de prohibition

102. Quelle place occupe le principe de prohibition dans l'ordre juridique français ? Il s'agit toujours d'un principe d'ordre public interne, bien qu'il n'ait cessé de céder du terrain depuis

1804²¹⁷. En effet, les principales assises textuelles de ce vieux principe général demeurent. D'abord affirmé par la jurisprudence²¹⁸, il a été expressément rappelé par la loi du 3 décembre 2001, à l'article 722 du code civil²¹⁹ et n'a pas été modifié ensuite, notamment par la loi du 23 juin 2006, qui lui a pourtant grandement porté atteinte. L'article 770 du code civil complète le principe général en rappelant que l'option successorale ne peut « être exercée avant l'ouverture de la succession, même par contrat de mariage ». A propos des contrats de mariage, le législateur prend également le soin d'indiquer que « les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions »²²⁰. Sauf exception prévue par la loi, on ne peut donc en principe en droit interne attribuer par contrat « un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte »²²¹. Les exceptions se font cependant de plus en plus nombreuses au gré des réformes successives²²², au point peut-être de vider le principe de son contenu. Les critiques sur sa pérennité en droit interne sont par ailleurs constantes²²³.

103. ***Les exceptions au principe.*** - On connaît les exceptions anciennes introduites depuis longtemps par législateur, telles que l'institution contractuelle²²⁴, la clause commerciale²²⁵, la renonciation anticipée à la succession du conjoint séparé de corps sur requête conjointe²²⁶, la

²¹⁷ V. G. Khairallah, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », JCP N 2008, 1244 ; N. Baillon-Wirtz, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille* 2006, étude 44

²¹⁸ V. par ex. : Cass. civ., 11 janv. 1933, *Crémieux*, DP 1933, I, p. 10, note H. Capitant ; Cass. civ., 2 août 1950 : JCP G 1950, II, 6059 ; RTD. civ. 1951, p. 271, obs. R. Savatier : « Attendu que toute stipulation ayant pour effet d'attribuer un droit éventuel sur tout ou partie d'une succession non ouverte constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti ; que cette prohibition est d'ordre public et ne comporte pas d'autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi ».

²¹⁹ « Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi. »

²²⁰ Art. 1389 du code civil

²²¹ Définition du pacte successoral donnée par l'arrêt *Crémieux* (Cass. 11 janvier 1933, précité) : il s'agit des « stipulations ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte »

²²² L'institution contractuelle entre époux, clause commerciale dans les contrats de mariage, donations-partages transgénérationnelles, clauses statutaires en droit des sociétés...

²²³ Très tôt, le principe fut remis en cause par la doctrine, déjà en 1905, M. Nast reprochait au législateur la conservation d'une règle qui ne serait plus « en harmonie avec les nécessités actuelles. Et l'on sait combien il est mauvais de conserver dans les lois des principes dont les mœurs demandent la disparition : c'est se faire une fausse conception du rôle du législateur et mal comprendre ce que c'est que le droit. D'ailleurs, tôt ou tard, ces principes finissent par disparaître : ils n'ont plus qu'une valeur théorique, car la pratique invente mille moyens pour ne plus les appliquer. (...) La prohibition de ces conventions, avec le caractère absolu qu'elle a dans notre code, ne se justifie plus : elle est surannée » (Étude sur la prohibition des pactes sur succession future, Histoire, Droit civil moderne, Législation : Paris, 1905) ; v. aussi suite à la loi du 23 juin 2006 : V. Cossic, « Libres propos sur la loi... » : Rev. Lamy dr. civ., 2006, p. 49 ; D. Martel, « Présent et futur proche des pactes sur succession future : comment être sans avoir été ? », Rev. Lamy dr. civ., 2006, p. 47 ; M. Nicod, « L'anticipation de la succession » JCP N 2006, 1136.

²²⁴ Introduite dès 1804, art. 1082, 1083 et 1093 du code civil

²²⁵ Introduite par la loi L. n° 65-570, 13 juill. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux : JO 14 juill. 1965, p. 6044.

²²⁶ Introduite par la loi L. n° 75-617, 11 juill. 1975 portant réforme du divorce : JO 11 juill. 1975, p. 7171.

clause statutaire de continuation de la société²²⁷, le consentement à l'aliénation de l'article 924-4 al 2 du code civil. A celles-ci viennent s'ajouter celles introduites par la loi du 23 juin 2006. Elle a tout d'abord élargi le domaine d'application de la donation-partage, « acte d'autorité parentale »²²⁸ permettant au disposant de répartir de façon immédiate et irrévocable ses biens présents entre ses héritiers²²⁹ ». Non plus réservée aux seuls héritiers présomptifs, la donation-partage est désormais possible en faveur notamment des héritiers de générations différentes²³⁰. La donation-partage transgénérationnelle constitue ainsi une exception importante au principe de prohibition des pactes sur succession future puisqu'il s'agit d'anticiper la succession, non seulement du *de cujus*, mais aussi de la génération des parents qui consentent à ce que leurs enfants (petits-enfants du disposant) soient allotis en leur lieu et place. La génération intermédiaire abdique ainsi ses droits dans une succession non ouverte, en renonçant par avance à une partie de sa réserve, désormais de souche, en faveur de la suivante. En effet, au décès du disposant, « les biens reçus par les enfants ou leurs descendants, à titre de partage anticipé s'imputent sur la part de réserve revenant à leur souche et subsidiairement sur la quotité disponible »²³¹.

Les libéralités graduelles²³² et résiduelles²³³ introduites par la loi de 2006 dérogent également à l'ordre public successoral, en ce qu'elles font exception tant au principe de prohibition des substitutions fidéicommissaires²³⁴ qu'au principe de prohibition des pactes successoraux. En effet, si le grevé est héritier réservataire, il peut accepter que la charge de la donation graduelle porte sur tout ou partie de sa réserve²³⁵.

Enfin, l'exception la plus importante, inspirée des droits allemands et suisses, est sans aucun doute la possibilité de renoncer par avance à l'action en réduction du vivant du défunt (RAAR)²³⁶, au profit de personnes déterminées, sans contrepartie. Le renonçant peut alors

²²⁷ Introduite par les lois L. n° 66-537, 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales : JO 24 juill. 1966, p. 6402. – et L. n° 78-9, 4 janv. 1978 : JO 5 janv. 1978, p. 179 (C. civ., art. 1870).

²²⁸ Y. Flour, « Libéralités et libertés », LPA 8 mai 1995, n° 55, p. 12

²²⁹ Selon certains, elle oscille entre l'ouverture anticipée de la succession et le pacte sur succession future, et préfigure « la répartition ultérieure de la succession grâce à la renonciation qu'elle implique, chez les copartagés, aux garanties d'égalité que leur procurerait le droit commun, et notamment le rapport (P. Hébraud, « Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif », *Mélanges offerts à René Savatier*, Toulouse, Dalloz, 1965, p. 341, not. 345)

²³⁰ Donation-partage transgénérationnelle (art. 1075-1 c. civil)

²³¹ Art. 1078-8 code civil

²³² La libéralité graduelle est « grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte » (art. 1048 c. civil)

²³³ Art. 1057 c. civil : « une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci »

²³⁴ Art. 896 c. civil

²³⁵ à condition toutefois qu'elle bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à l'ensemble de ses enfants nés et à naître (art. 1054, al. 2 et 4 c. civil)

²³⁶ Art. 929 c. civil

décider de renoncer par avance à tout ou partie de sa part réservataire, la renonciation ne valant pas seulement pour l'auteur mais pour l'ensemble de la souche. La gravité de cet acte justifie un formalisme très strict, afin de protéger notamment le consentement du renonçant²³⁷.

104. Néanmoins, bien que les exceptions s'élargissent et se fassent plus nombreuses, il apparaît clairement que le législateur souhaite conserver la règle générale²³⁸. La pratique notariale demande pourtant son abrogation depuis longtemps et souhaite renverser le principe de prohibition en un principe d'autorisation générale²³⁹. Le législateur n'est toutefois jamais allé jusque-là et la jurisprudence a toujours appliqué le principe, parfois de façon très stricte²⁴⁰.

105. Cette longévité s'explique sans doute par le rôle régulateur que souhaite s'octroyer le législateur sur les pactes successoraux. L'interdiction de principe permet de les prohiber, et en même temps d'en autoriser certains, seuls ceux que le législateur estime nécessaires aux familles d'aujourd'hui²⁴¹. Ainsi qu'a pu le dire un auteur, le principe de prohibition répond à une partie des besoins du commerce juridique : « d'une part, il paraît sage de maintenir le principe d'une prohibition dont la disparition risquerait d'ouvrir la porte à des développements imprévisibles et dangereux ; d'autre part, les détours techniques et les exceptions procurent un abri à de nombreuses opérations utiles »²⁴². C'est ainsi que des pactes ponctuels sont autorisés, par souci de sécurité juridique²⁴³, par faveur à la famille²⁴⁴, ou dans l'intérêt des entreprises²⁴⁵.

²³⁷ V. pour les conditions art. 930 et 930-1 c. civil

²³⁸ Ancrée à l'article 722 du code civil

²³⁹ En 1975, le 72e Congrès des notaires de France avait proposé de « renverser le principe de la prohibition des pactes sur succession future en un principe d'autorisation générale » (N. Baillon-Wirtz, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille* 2006, étude 44)

²⁴⁰ V. not. Req. 24 janvier 1928, D. P. 1928 1, 157 note Nast ; D. P. 1930, 2. 81 ; Civ. 11 janvier 1933 : D. P. 1933, 1, 10, note Capitat ; Cass. 1re civ., 20 avr. 1983 : Defrénois 1985, art. 33609, note M. Grimaldi ; Cass. 1re civ., 7 déc. 1983 : JCP N 1985, II, 57, note M. Dagot ; Cass. 1re civ., 4 oct. 2005, n° 02-15.95, FS-P+B, Annie B. c/ Sylvie C. et a.; Dr. famille 2005, comm. 252, note B. Beignier ; RJPF déc. 2005, p. 43, note J. Casey. L'interprétation rigide et sévère des conventions par la jurisprudence a été critiquée par la doctrine (v. not. ; N. Baillon-Wirtz, précitée, *Droit de la famille* 2006, étude 44 : « on peut donc regretter que la jurisprudence se fasse la gardienne, par excès dans certains cas, d'une prohibition aux contours indéfinis »

²⁴¹ En ce sens, N. Baillon-Wirtz, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? - À propos de la loi du 23 juin 2006 », précitée

²⁴² P. Hébraud, « Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif », *Mélanges offerts à René Savatier*, Toulouse, Dalloz, 1965, p. 341, not. 347

²⁴³ Ex. la renonciation de l'article 924-4

²⁴⁴ Ex. l'institution contractuelle consentie par contrat de mariage, la clause commerciale.

²⁴⁵ Ex. les clauses dans les statuts de société qui règlent par avance le sort des droits de l'associé décédé

Le principe de prohibition permet ainsi de contrôler la valeur juridique et l'intérêt de chaque pacte²⁴⁶.

106. Alors que ces nouveaux pactes autorisés semblent émerger de façon disparate, une certaine logique semble toutefois pouvoir être trouvée derrière l'évolution législative. Il apparaît en effet que la libéralisation n'ait lieu que pour les pactes abdicatifs de droits (telles que la RAAR, la donation-partage transgénérationnelle, la libéralité graduelle) et pas pour les pactes attributifs (tels que les pactes par lesquels le *de cujus* consent un droit sur sa succession à un tiers) qui restent prohibés²⁴⁷. On s'interroge dès lors sur les conséquences qu'il faut en tirer quant aux fondements du principe de prohibition.

§2 Les fondements traditionnels du principe de prohibition

107. Les pactes successoraux « résultent d'un croisement étrange du droit successoral et du droit des obligations : le but de l'acte est successoral puisqu'il s'agit de régir le sort d'un bien ou d'une masse de biens pour le temps où leur propriétaire ne sera plus, mais la technique relève de celle utilisée dans les transferts entre vifs : le contrat. Il s'agit donc d'un acte hybride, se situant entre le contrat, que régit le droit des obligations, et les actes unilatéraux à cause de mort, que règlemente le droit des successions. (...) Le contrat a pour caractéristique d'anticiper sur l'ouverture de la succession »²⁴⁸. Il est à la fois utile et dangereux²⁴⁹ : utile pour l'héritier qui est à l'abri d'un changement d'avis du *de cujus* et sait exactement ce qui lui reviendra, dangereux pour le *de cujus* qui n'est plus libre de révoquer sa disposition et aliène en grande partie sa liberté de tester²⁵⁰. Le contexte familial est néanmoins très favorable au pacte successoral. Propice à la paix des familles, il favorise la planification successorale et évite ainsi les conflits ultérieurs et les surprises au décès du *de cujus* : « c'est un acte parfaitement clair

²⁴⁶ Sur les intérêts du pacte successoral dans un contexte interne et international, v. I. Arseguet-Meunier et L. Galliez, « Dossier Successions internationales : La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé », *AJ fam.* 2015. 378

²⁴⁷ En ce sens, v. M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 2012, p. 755

²⁴⁸ G. Bras Miranda, *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais collection Minerve, 1999, p. 4, n°6

²⁴⁹ G. Bras Miranda, précitée, p. 4 n°6

²⁵⁰ Il peut en revanche exiger une contrepartie à cet engagement, qui ne sera pas si difficile à prendre, car contrairement à la donation entre vifs, il ne se dépouille pas immédiatement de ses biens, ce sont ses héritiers qui seront tenus de remplir les engagements pris par leur auteur (J. F. Vouin, *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, Thèse, Paris, 1967, p. 6, cité par G. Bras Miranda, p. 5)

et honnête, il est porté à être juste, équilibré, et ostensible »²⁵¹. C'est pourquoi, en droit français, certains pactes familiaux sont admis, par exception à la règle²⁵² : « On ne peut manquer d'être frappé par le fait que malgré les prohibitions les plus générales, certaines institutions qui impliquent manifestement un pacte sur succession future n'ont cessé de bénéficier de la faveur de la pratique. Force nous est d'admettre qu'elles correspondent bien à une tendance profonde de la nature humaine et la nécessité de la vie familiale »²⁵³. Le droit belge a d'ailleurs tiré les conséquences de ce constat en introduisant dans sa législation le « pacte successoral familial global »²⁵⁴ lors de sa dernière réforme du droit des successions. Le principe de prohibition générale des pactes sur succession future a toutefois été maintenu²⁵⁵ : le nouveau pacte reste une exception au principe, dont le but est de pacifier le règlement successoral sous l'autorité parentale²⁵⁶.

108. **Diversité des pactes successoraux.** - Il n'existe en réalité pas un type de pacte successoral mais plusieurs pactes successoraux, chacun ayant des fondements et fonctions différentes. Le principe de prohibition remonte au droit romain, qui a connu divers types de pactes, tous prohibés, mais chacun pour des raisons différentes. On distinguait ainsi les *pactum de hereditatie* (pactes sur la succession d'un tiers), les *pactum de succedendo* (pactes sur sa propre succession) et les *pactum de non succedendo* (pactes de renonciation)²⁵⁷.

Le pacte sur la succession d'autrui est le contrat par lequel l'héritier va aliéner ses droits éventuels dans la succession future de son auteur. Plusieurs motifs s'opposaient à la validité de ce type de pacte. Le premier était le caractère futur et incertain de l'objet du pacte : la succession ne s'ouvrant qu'au décès, le disposant ne pouvait aliéner ce qu'il n'avait pas encore reçu. La seconde raison tenait à l'immoralité du *votum mortis* : conclure une convention sur la

²⁵¹ G. Bras Miranda, précitée, p. 5 ; dans le même sens, v. I. Arseguel-Meunier et L. Galliez, « La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé », AJ fam. 2015. 378

²⁵² Ex. la donation à cause de mort par contrat de mariage, la renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR). V. aussi le pacte successoral familial global admis en droit belge depuis la réforme du droit successoral belge entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018.

²⁵³ J. F. Vouin, précité, p. 8, cité par G. Bras Miranda, p. 5

²⁵⁴ L'article 1100/7 du code civil belge (« A tout moment, le père ou la mère peut établir, avec l'ensemble de ses héritiers présomptifs en ligne directe descendante, un pacte successoral global. Ce pacte constate l'existence d'un équilibre entre ces héritiers présomptifs eu égard notamment aux donations que le père ou la mère leur a respectivement consenties antérieurement au pacte, en avance d'hoirie ou par préciput, aux donations consenties aux termes du pacte lui-même et, le cas échéant, à la situation de chacun des héritiers présomptifs ») permet d'établir entre le ou les parents avec leurs descendants un pacte constatant l'existence d'un équilibre entre les différents avantages et donations antérieurement consentis (v. en ce sens, J. Gasté, « Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française ! », JCP N 2017, act. 821)

²⁵⁵ V. Art. 1100/3 du code civil belge : « Tout pacte successoral non autorisé en vertu de la loi est frappé de nullité absolue. »

²⁵⁶ J. Gasté, *ibid.*

²⁵⁷ G. Bras Miranda, précitée, p. 17, n°24

mort future d'autrui, autrement dit spéculer sur la vie humaine était immoral. Un tel pacte était donc frappé de nullité absolue²⁵⁸.

Le *pactum de succedendo* ou institution d'héritier ne portait quant à lui pas sur la succession d'autrui mais sur sa propre succession, le *de cuius* instituant une personne héritière et lui octroyant des droits successoraux. Cette désignation devenait alors irrévocable puisqu'elle était acceptée par le cocontractant. Il était notamment conclu par le *pater familias*, souhaitant négocier « contre un avantage immédiat en argent l'attribution d'une partie de sa succession, cédant aux pressions d'un créancier ou aux manœuvres d'un étranger qui aura su détourner son affection »²⁵⁹. Ces pactes portaient donc une forte atteinte à la liberté tester et pour cette raison, ils étaient déclarés nuls²⁶⁰. A l'époque romaine, ces pactes apparaissaient aussi contraires aux bonnes mœurs et dangereux pour la vie du *de cuius*.

Le *pactum de non succedendo* ou pacte de renonciation, conclu entre l'héritier et le *de cuius*, ou entre héritiers présomptifs, ou entre l'héritier et un tiers, permettait à un héritier présomptif de renoncer aux droits éventuels qu'il aurait dans la succession du *de cuius*. Un tel pacte pouvait alors se révéler dangereux pour l'héritier, celui-ci pouvant céder à des pressions familiales ou financières.

109. Les pactes successoraux, de tous types, prirent une importance considérable à l'époque romaine, et dans la mesure où ils mettaient en péril l'ordre public, ils furent progressivement prohibés. La prohibition ne fut toutefois pas générale : un motif permettait de prohiber un type de pacte mais ne valait pas pour tous les pactes. Chaque interdiction avait un fondement particulier ; il existait en réalité un faisceau d'interdictions éparses des pactes, plutôt qu'une interdiction générale et absolue²⁶¹. Certains pactes restaient par ailleurs autorisés.

110. La diversité des fondements du principe de prohibition demeure aujourd'hui : l'interdiction de principe est plus « le résultat d'un faisceau de justifications disparates et changeantes que celui d'une théorie fondée sur des fondements logiques, ordonnées et immuables »²⁶². Reste à savoir s'ils sont toujours légitimes aujourd'hui. Certains doivent être remis en cause (A), mais d'autres restent pertinents (B).

²⁵⁸ L'héritier auteur du pacte subissait une peine privée qui consistait à être frappé d'indignité (Digeste, 2, 14, 34 : *Jus agnationis non posse pacto repudiari*, cité par G. Bras Miranda, précitée, p. 17, n°25)

²⁵⁹ J.F Vouin,, précité

²⁶⁰ « Le droit romain était trop jaloux de la liberté testamentaire pour permettre qu'elle fut aliénée par un contrat » (Ch. Demolombe, Cours de Code Napoléon, tome 23, 1877, p. 297 et 298, cité par G. Bras Miranda, précitée, p. 18)

²⁶¹ G. Bras Miranda, précitée, p. 20, n°28

²⁶² G. Bras Miranda, précitée, p. 141, n°197

A. Les fondements remis en cause

111. ***Le fondement moral.*** - La première justification de la prohibition se rattache à l'immoralité du *votum mortis*. C'était la raison principale de l'interdiction à Rome : éviter de faire naître un désir malsain de précipiter la mort d'une personne²⁶³. Si ce risque existait peut-être chez les romains, il apparaît exagéré aujourd'hui ; il n'est par ailleurs pas l'apanage du pacte successoral, tout espoir successoral peut faire naître un désir de mort²⁶⁴. Ce risque est de toute façon neutralisé par les causes d'indignité successorale : l'héritier qui a attenté à la vie du défunt est déclaré indigne de succéder²⁶⁵. On peut aussi trouver immoral de conclure une convention sur la mort future d'autrui, autrement dit spéculer sur la vie humaine, ce qui ferait de cette vie un simple objet de commerce²⁶⁶. Portalis reprit cet argument : « l'homme est hors de prix, sa vie ne saurait être l'objet de commerce, sa mort ne peut devenir l'objet d'une spéculation mercantile »²⁶⁷. Cette justification apparaît toutefois surannée, à l'heure où se multiplie en droit français les contrats ou actes qui dépendent de la durée de vie humaine : les ventes en viager, l'assurance-vie, la tontine et les legs *de residuo*. On ne peut plus enfin considérer comme immoral le fait d'anticiper la mort et le règlement d'une succession, ces arguments ne font plus poids face à la volonté législative et européenne de favoriser les planifications successorales.
112. ***L'objet du pacte.*** – Un autre fondement invoqué relève strictement du droit des obligations : le contrat n'aurait pas d'objet au moment il est conclu : « on ne peut pas plus renoncer à la succession d'un homme vivant qu'on ne peut l'accepter, parce que la succession d'un homme vivant n'existe pas, et l'on ne peut, ni répudier, ni accepter ce qui n'existe pas, quand même on le croirait existant. La convention que l'on ferait alors serait absolument sans

²⁶³ J. F. Vouin cite en ce sens Sénèque qui qualifia un pacte successoral passé entre deux frères sur la succession de leur père « d'accord de parricide inspiré par un espoir criminel, impie pour celui qui donne, immoral pour celui qui reçoit, dangereux pour le père », *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, précité, note 5, p. 31, cité par G. Bras Miranda, précitée, p. 135, note 417

²⁶⁴ Ce fondement ne convainc plus, v. F. Terré et Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis de droit privé », 2014, n°608 ; M. Grimadi, *Droit des successions*, Paris, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2017, n°341 : « toute dévolution successorale y compris celle que la loi organise, peut susciter un *votum mortis* »,

²⁶⁵ Art. 726 du code civil. Cette cause d'indignité est d'ailleurs sans doute d'ordre public international (cf. supra notre introduction)

²⁶⁶ G. Bras Miranda, précitée, p. 6, n°10

²⁶⁷ Cité par G. Bras Miranda, précitée, p. 131, n°183 ; voir aussi Rapport du tribun Faure sur l'article 1600 c. civil : « la loi réprouve une convention où l'on spéculer sur les dépouilles d'un individu qui n'est pas mort ; il répugne à l'honnêteté publique de vendre la succession d'une personne vivante ».

objet »²⁶⁸. Cette justification a toutefois été rapidement contestée : si l'objet du contrat est certes futur, il n'en est pas moins certain, une succession s'ouvrira bel et bien. Les droits successoraux de l'héritier sont en revanche éventuels mais les cocontractants spéculent justement sur cette éventualité. Il s'agit donc d'un contrat aléatoire, sans aucun doute valable du point de vue du droit des obligations.

113. ***Contournement des règles de dévolution légale.*** - Le principe de prohibition empêcherait aussi de contourner les règles de dévolution légale, de porter atteinte au principe d'égalité successorale et d'avantager certains enfants par rapport à d'autres. Dans l'Ancien droit, les pactes étaient en effet utilisés pour maintenir les privilèges, par exemple, l'institution contractuelle était le moyen de faire de l'ainé le principal héritier²⁶⁹. C'est l'une des raisons pour laquelle, après la Révolution, une prohibition générale des pactes successoraux fut édictée, puis maintenue dans le code civil²⁷⁰. Aujourd'hui, cette justification paraît anachronique. L'égalité, ou l'équité, entre les enfants est par ailleurs assurée par un autre principe d'ordre public successoral qui est la réserve héréditaire²⁷¹, et cette protection n'a pas besoin d'être doublée. Un pacte peut très bien permettre de créer ou de renoncer à des droits successoraux tout en respectant la réserve. Si ce n'est pas le cas, les droits accordés seront réduits, sans qu'il n'y ait lieu de remettre en cause le pacte en lui-même.

D'autres fondements apparaissent en revanche conserver un certain intérêt.

B. Les fondements pertinents

114. Il s'agit de l'intégrité du consentement (1) et de la liberté de tester (2).

1) L'intégrité du consentement

²⁶⁸ F. Langelier, p. 414-415, cité par G. Bras Miranda, précitée, p. 130, n°180

²⁶⁹ M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°340, p. 338

²⁷⁰ « Il n'y a plus d'ainés, plus de privilégiés, dans la grande famille nationale ; il n'en faut pas plus dans les petites familles qui la composent » Mirabeau, discours sur l'égalité des partages, 1791, cité par Y. Favier, « Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français », in A. Bonomi et M. Steiner (éd.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, Librairie Droz, 2008, p. 30

²⁷¹ La « réserve est là pour donner la mesure dans laquelle l'égalité des héritiers est d'ordre public » M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, p. 339, n° 341.

115. Le droit romain accordait une place très importante à la protection du consentement. En effet, face au développement de l'autonomie de la volonté et de ses dangers (des obligations contraignantes naissent de la simple volonté humaine), plusieurs risques pouvaient se présenter : l'abus d'influence, la crainte révérencielle, la captation d'héritage, la lésion. De peur que le consentement du *de cuius*, qui attribuait des droits successoraux futurs, ne soit pas réel, le droit romain préférait prohiber ces types de pactes, les dispositions à cause de mort devant être le strict reflet de la volonté réelle du défunt. Le même risque pourrait se présenter pour les pactes de renonciation conclus par les héritiers, qui pouvaient subir un abus d'influence de la part de leurs parents. L'enfant, pas encore héritier, dans une situation de vulnérabilité économique, ne connaissant pas encore ses droits dans la succession, pouvait aussi aliéner ses droits successoraux futurs en faveur d'un tiers, contre « un profit actuel et immédiat »²⁷². Or, l'aliénation de droits dont la consistance est encore inconnue au jour de la disposition pourrait s'avérer dangereuse et imprudemment consentie²⁷³. Le fondement de la prohibition est donc ici essentiellement psychologique. A travers elle, il s'agissait de protéger la partie faible, soit l'enfant contre les pressions de l'autorité parentale ou le chantage économique, soit le *de cuius*, au soir de sa vie, contre les possibles captations d'héritage. On pourrait répliquer que « chacun, pourvu qu'il soit capable, est maître de ses droits et libre de jouer au jeu des contrats aléatoires », mais on répondrait qu'« il est des contrats qu'il est légitime de prohiber à raison des dangers qui s'y attachent »²⁷⁴.

116. La prohibition pure et simple apparaît néanmoins excessive aujourd'hui, la protection du consentement des cocontractants pouvant être assurée à travers d'autres biais. C'est le parti qu'a pris le législateur dans la réforme du 23 juin 2006 : l'héritier peut désormais renoncer par avance à son action en réduction (RAAR). Ce nouveau pacte est une entorse au principe de prohibition mais des précautions sont prises pour protéger le consentement de l'héritier : le formalisme strict de l'acte notarié, la présence de deux notaires, l'information donnée à l'héritier, la possibilité de remettre en cause, dans certaines circonstances, le pacte après décès, sont de réels garde-fous²⁷⁵ et permettent d'apaiser la crainte d'un engagement irréfléchi²⁷⁶.

²⁷² P. Raynaud, cité par M. Grimaldi, *Ibid*, n°341, p. 339

²⁷³ P. Hébraud, « Des contrats passés entre un futur de cuius et son héritier présomptif », précité, p. 341, not. 346

²⁷⁴ M. Grimaldi, précité, n°341, p. 339

²⁷⁵ Le consentement doit être donné par devant deux notaires, séparément, hors de la présence des autres héritiers renonçants

²⁷⁶ Le renonçant peut par ailleurs demander la révocation de sa renonciation après le décès de son auteur dans certaines circonstances : si celui dont il a vocation à hériter ne remplit pas ses obligations alimentaires envers lui ; si au jour de l'ouverture de la succession, il est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires ; si le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit contre sa personne (article 930-3 c. civil)

117. La possibilité pour le *de cuius* d'octroyer des droits successoraux à autrui dans sa propre succession n'est en revanche pas reconnue en droit interne. Le principe de prohibition reste intact en ce domaine²⁷⁷. On pourrait cependant envisager, de la même manière que pour la RAAR, une autre dérogation permettant au *de cuius* de contracter sur ses propres droits successoraux, dès lors que le caractère libre et éclairé de son consentement a été vérifié. C'est toutefois la liberté de tester qui serait ici atteinte.

2) La liberté de tester

118. Reste une dernière justification, plus juridique : le pacte successoral aliène la liberté testamentaire du *de cuius*, qui ne pourra plus revenir unilatéralement ensuite sur l'accord donné dans l'acte. A l'inverse du testament, le contrat est en effet irrévocable²⁷⁸. Ce fondement relatif à la liberté de tester du *de cuius* n'est toutefois valable que pour les pactes conclus par le *de cuius* sur sa propre succession²⁷⁹. La protection de la liberté testamentaire justifie aussi, en partie, la prohibition des testaments conjonctifs en droit français, principe encore très actuel. Le *de cuius* ne peut pas limiter lui-même, par contrat sa liberté testamentaire, en dehors des cas prévus par la loi. Il doit pouvoir, jusqu'à son décès, avoir plein pouvoir sur la quotité disponible qui lui est accordée. L'existence des donations partages et de la clause d'attribution intégrale dans les régimes de communauté universelle qui supprime *de facto* la succession du prémourant, vient cependant nuancer cette affirmation. L'idée même de réserve est aussi une atteinte à la liberté testamentaire du *de cuius*. On objectera toutefois que lorsque le législateur consent une limitation de la liberté de tester, c'est généralement au bénéfice de la famille. La liberté testamentaire n'est réduite qu'au profit des descendants et du conjoint, bénéficiaires naturels de la succession dans l'esprit du droit successoral français.

²⁷⁷ En ce sens, M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », précité.

²⁷⁸ V. en ce sens J. F Vouin, précité, p. 172, note 5 : « La liberté de tester est, en effet, une faculté d'ordre public, à laquelle les conventions particulières ne peuvent déroger. C'est sans doute la raison pour laquelle l'institution contractuelle ne fut tolérée dans le code civil que dans des limites très étroites. Il est donc probable que Portalis, Malleville, et Bigot de Préameneau, qui avaient souhaité une faculté de disposer encore plus importante que celle finalement consacrée par le Code, ont mesuré les dangers que créait l'institution définitive d'un héritier par un *de cuius* qui s'interdit de modifier une décision peut-être irréfléchie ».

²⁷⁹ Dans les pays de coutume germanique, le testament n'était pas utilisé, la succession était aménagée par contrat, il n'y avait donc pas de liberté testamentaire à protéger (M. Grimaldi, Droit des successions, précité, n°340). C'est une des raisons pour laquelle les pactes successoraux sont admis et très pratiqués dans les pays de tradition germanique (P-H Steinauer, *Le droit des successions*, Précis de droit Stampfli, 2006, n°617, p. 312)

119. En définitive, à travers le principe de prohibition des pactes sur succession future, c'est en réalité le consentement des contractants et la liberté de tester du *de cuius* qui sont protégés. Ces raisons conservent encore une légitimité en droit interne. Quelle portée peuvent-elles avoir dans l'ordre international ?

Section 2. La portée du principe en droit international

120. Au regard de la jurisprudence, du règlement européen, et de l'avis de la doctrine majoritaire, la loi étrangère connaissant des pactes successoraux est vraisemblablement conforme à l'ordre public international (§1). La protection de la liberté de tester, principe sous-jacent à la prohibition des pactes sur succession future, pourrait toutefois, dans certaines circonstances, venir nuancer l'affirmation (§2).

§1 La vraisemblable conformité de la loi étrangère connaissant des pactes successoraux à l'ordre public international

121. La loi étrangère applicable au pacte devrait être jugée conforme à l'ordre public international ; les avis doctrinaux, la jurisprudence et le règlement convergent en ce sens (A). Se posera néanmoins parfois un problème d'articulation entre la loi applicable au pacte et la loi successorale du for qui les ignore (B).

A. La convergence des avis doctrinaux et jurisprudentiels et du règlement

122. Connu dans de nombreux pays de tradition civiliste influencé par le code napoléonien²⁸⁰, et même dans les pays musulmans, le principe de prohibition des pactes successoraux fait preuve d'une longévité remarquable. Il a « traversé les âges et les régimes politiques, ravivé depuis ses origines romaines jusqu'à nous sans jamais disparaître »²⁸¹, si bien qu'un auteur a vu dans cette prohibition un « caractère universel »²⁸². La majorité de la doctrine

²⁸⁰ En Europe : Belgique, Luxembourg, Italie (art. 458 c. civil italien), Grèce, Espagne (art. 1271.2 c. civil, avec de nombreuses exceptions toutefois), Portugal ; mais aussi dans de nombreux pays d'Amérique latine, comme l'Argentine, d'Afrique et même d'Asie. Les pactes successoraux sont en revanche classiques dans les pays de tradition germanique : Allemagne, Suisse, Autriche, etc. Ils ne sont pas connus en tant que tels dans les pays de common law, mais ceux-ci connaissent des équivalents : *mutual wills*, contrats testamentaires et *trusts*.

²⁸¹ G. Bras Miranda, précitée, p. 3 n°2

²⁸² « Le droit comparé relève le caractère universel de la prohibition expressément formulée par toutes les législations européennes », F Vouin, *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, précité, p. 1 (intr)

n'y voit cependant pas un principe d'ordre public international²⁸³. Les autres pays européens qui connaissent un principe de prohibition similaire ne semblent pas non plus y voir un principe juridique essentiel ; cela apparaît assez clairement dans la doctrine espagnole²⁸⁴, un peu moins dans la doctrine italienne. La jurisprudence italienne n'a en effet pas été univoque sur cette question. Un arrêt ancien de la Cour de Florence en date du 12 décembre 1895 avait affirmé la contrariété à l'ordre public successoral du pacte successoral, mais un arrêt plus récent du Tribunal de Bolzano²⁸⁵ a jugé en sens contraire. Toutefois, les réformes successorales récentes ont introduit le pacte de famille en droit italien et la doctrine majoritaire prend parti en faveur d'une non-contrariété à l'ordre public international des pactes successoraux étrangers²⁸⁶. La jurisprudence française va dans le même sens (1) et cette position se trouve renforcée par le règlement européen « successions » (2).

1) La position de la jurisprudence française

123. Seules quelques juridictions de fond ont été amenées à se prononcer sur la question, mais jamais la Cour de cassation. Une jurisprudence très ancienne semble voir dans le principe de prohibition des pactes successoraux un principe d'ordre public international. C'est ainsi que dans un arrêt du tribunal civil de la Seine en date du 5 juillet 1939, les juges ont déclaré que tout pacte sur succession future heurtait l'ordre public, quoique puisse disposer la loi étrangère compétente²⁸⁷. Plus récemment, un arrêt isolé du tribunal de grande instance de Paris a opposé en 1989 l'ordre public à la reconnaissance d'un jugement étranger autrichien ayant accueilli la demande de recouvrement d'une créance fondée sur un engagement conférant à son

²⁸³ V. not. H. Peroz, É. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Paris, LexisNexis, coll. Pratique notariale, 2010, n° 955 ; E. Fongaro, « Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale », JCP N 2016, 1148 ; J. Foyer, in *Droit européen des successions internationales, Règlement du 4 juillet 2012*, G. Khairallah et M. Revillard (ss. dir.), Paris, Defrénois, 2013, p. 148 ; v. aussi I. Arseguet-Meunier et L. Galliez, « La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé », AJ fam. 2015. 378 qui soulignent les avantages du pacte successoral dans un contexte international ; M. Revillard, *Droit international privé et communautaire, Pratique notariale*, Paris, Defrénois, 6^{ème} éd., 2010, p. 435 : « le caractère d'ordre public international attribué à la prohibition ne se justifie plus. En conséquence, si la succession est soumise à une loi étrangère qui admet ce pacte, celui-ci devrait être reconnu en France sur les biens situés en France ». *Contra* : M. Grimaldi, Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, précité.

²⁸⁴ A. Bonomi, « Les pactes successoraux en droit comparé et droit international privé », *Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007*, Librairie Droz, Genève, 2008, p. 23 ; v. aussi E. Castellanos Ruiz, « Sucesión hereditaria », in A.-L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González (dir.), *Derecho internacional privado*, Comares, Grenade, 11^e éd., 2010, p. 377.

²⁸⁵ Tribunal de Bolzano, 8 mars 1968, Repertorio Foro it. 1969, 2489, n°41

²⁸⁶ A. Migliazza, *Successioni (diritto internazionale privato) in Novissimo Digesto italiano*, 2^{ème} éd., vol. XVIII, Turin, 1971, cité par A. Bonomi, *Les pactes successoraux en droit comparé et droit international privé*, précité, p. 23 ; v. aussi A. Davì, « Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni », *Rivista di Diritto Internazionale* 2005, p. 330 (avec des références jurisprudentielles).

²⁸⁷ T. civ. Seine, 5 juill. 1939 : Rev. crit. DIP 1939, p. 450.

bénéficiaire un droit privatif sur une succession non ouverte²⁸⁸, alors que s'agissant d'un jugement, un ordre public atténué aurait pu permettre de l'accueillir.

C'est le parti qu'a pris la cour d'appel d'Aix en Provence dans un arrêt en date du 16 octobre 2003²⁸⁹, alors même qu'il ne s'agissait pas de donner effet à une décision étrangère mais d'appliquer directement la loi allemande admettant les pactes successoraux. En l'espèce, les juges ont reconnu la validité d'un pacte successoral allemand par lequel les deux parties se désignaient mutuellement héritier à titre exclusif et illimité²⁹⁰. Le pacte et la succession étaient soumis à la loi allemande, loi du dernier domicile du défunt ; sous l'empire du droit antérieur au règlement européen, les successions contractuelles étaient en effet régies par la même loi que la succession ab intestat²⁹¹, à savoir la loi du dernier domicile. Or, le pacte successoral conclu était valable selon la loi allemande, et d'après la cour d'appel, cette dernière n'était pas contraire à l'ordre public international français, dans la mesure où il s'agissait de « laisser se produire sur le territoire national les effets de droits régulièrement acquis à l'étranger ». Autrement dit, le pacte était valable sur le fondement d'un ordre public atténué ; ce qui signifie qu'un notaire français ne pourrait pas recevoir (ou établir) un tel pacte sur le fondement d'une loi étrangère, en revanche il pourrait régler une succession, soumise à la loi étrangère, conformément à un pacte étranger valablement conclu sous l'empire de ladite loi étrangère²⁹².

124. Le recours à l'ordre public atténué n'apparaît cependant pas adapté ici selon nous²⁹³. Il ne se justifie que lorsque les parties ont régulièrement acquis des droits à l'étranger, par l'effet d'un jugement ou d'un acte établi par une autorité étrangère. Le for va alors accepter de prolonger cette situation pour ne pas remettre en cause ces droits acquis et les prévisions légitimes des parties. Certes, l'effet atténué de l'ordre public paraît tout à fait répondre aux exigences de prévisibilité juridique pour les parties dans le cadre de la conclusion d'un pacte

²⁸⁸ TGI Paris, 18 mai 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. Somm. 411

²⁸⁹ Aix en Provence, 16 octobre 2003, Rev. Crit. DIP 16 oct.2004. 589, P. Lagarde

²⁹⁰ « *Le pacte successoral conclu devant un notaire allemand conformément à la loi allemande régissant la succession mobilière du défunt et par lequel les deux parties se sont mutuellement désignées comme leur propre héritier universel et illimité doit produire son plein effet vis-à-vis de la partie survivante, s'agissant des biens mobiliers du défunt sis en France, alors en outre qu'il s'agit de laisser se produire sur le territoire national les effets de droits régulièrement acquis à l'étranger* »

²⁹¹ Droz et Revillard, J.-Cl. Dr. int., fasc. 557-10, Successions, n° 57 et s. ; P. Lagarde, Revue critique de droit international privé 2004 p.589 ; Rép. Dalloz dr. int., v° Successions, n° 38

²⁹² V. not. P. Lagarde, Revue critique de droit international privé 2004 p. 589 : « le recours à cette notion laisse entendre que dans l'hypothèse improbable où le pacte successoral portant sur des biens mobiliers situés en France serait reçu par un notaire français faisant application de la loi allemande devant régir la succession mobilière, il se heurterait à l'effet « plein » de l'ordre public international français, ce qui ne va pas de soi. »

²⁹³ Dans le même sens, P. Lagarde, précité : « Un juge français devrait pouvoir admettre aujourd'hui qu'une loi étrangère admettant le pacte successoral n'est pas contraire à l'ordre public international français, même non atténué ».

successoral. Toutefois, il n'est d'abord pas certain que la conclusion d'un pacte conforme à la loi étrangère devant un notaire français ne fasse pas naître des prévisions tout aussi légitimes dans l'esprit des parties, dès lors qu'elles ont cru à la validité et à l'efficacité du pacte. Ensuite, on peut s'interroger sur l'existence même de « droits acquis » lorsqu'un pacte successoral a été établi à l'étranger : le pacte une fois conclu ne donne pas un « droit acquis » mais un droit futur sur la succession ; il ne sera acquis qu'au jour du décès, sous l'empire de la loi applicable à la succession. Autrement dit, au jour de l'ouverture de la succession, les parties ne peuvent pas réellement revendiquer l'existence d'une situation acquise.

125. L'ordre public atténué doit donc selon nous être exclu dans le cadre de la reconnaissance du pacte successoral²⁹⁴. Une solution similaire a cependant été retenue par le tribunal de 1^{ère} instance de la principauté de Monaco²⁹⁵. Il s'agissait en l'espèce d'un pacte suisse par lequel des enfants avaient renoncé par anticipation et moyennant compensation à leur droit à réserve dans la succession de leurs parents²⁹⁶. La succession était soumise à la loi allemande. Sous l'empire de cette loi, les juges monégasques ont accepté de donner plein effet au pacte, au motif que l'application de la loi allemande « qui admet les pactes sur succession future, tout comme les testaments conjonctifs, ne peut être considérée en l'espèce comme heurtant manifestement la conception monégasque de l'ordre public international »²⁹⁷. Les arguments utilisés par la défenderesse pour faire reconnaître la validité des pactes auraient aussi pu être valables devant un juge français : « si le principe de la prohibition des pactes sur succession future subsiste en droit monégasque, ce principe n'a jamais été absolu puisque les articles 937, 948 et 931 du Code civil admettent, respectivement, les institutions contractuelles en faveur des futurs époux par contrat de mariage et les donations-partages. Lore Lehmann souligne, en outre, diverses atténuations à ce principe, issues de dispositions postérieures au Code civil, telles l'article 1237 du Code civil dans sa rédaction résultant de la loi n° 886 du 25 juin 1970 qui permet de stipuler dans un contrat de mariage, qu'à la dissolution du mariage par

²⁹⁴ Sur cette question, v. aussi *infra* n°621, spéc. n°628

²⁹⁵ Tribunal de première instance de Monaco 23 février 1995, aff. Lehman, Rev. Crit. DIP 1996.439, note B. Ancel

²⁹⁶ Pacte successoral classique en droit suisse qui a par la suite très fortement inspiré la renonciation à l'action en réduction française (RAAR)

²⁹⁷ « Attendu qu'il s'ensuit qu'en ces deux matières, les actes incriminés des 23 avril 1963 et 30 août 1976 portant renonciation aux successions de Johanna Lehmann et Rudolf Lehmann ne pourraient tomber, comme il est prétendu, sous le coup des dispositions de l'article 985 du code civil prohibant les pactes sur succession future, lequel n'est pas cependant applicable aux successions mobilières dont s'agit, non plus que celle immobilière de Johanna Lehmann, qu'au seul cas où les effets de la loi successorale allemande seraient contraires à l'ordre public monégasque, tiré de ces mêmes dispositions ; - Attendu toutefois que l'application d'une telle loi, qui admet les pactes sur succession future, tout comme les testaments conjonctifs, ne peut être considérée en l'espèce comme heurtant manifestement la conception monégasque de l'ordre public international »

décès, l'époux survivant aura la faculté de se faire attribuer certains biens personnels du prémourant. Elle se réfère, dans le même sens, à l'article 785 du code civil, permettant aux réservataires de consentir à des aliénations avec réserve d'usufruit faites à des successibles et considérées par la loi comme des libéralités, et par là même, de renoncer par avance à en demander la réduction lorsqu'elles portent atteinte à la réserve héréditaire. Au regard de ces diverses exceptions au principe de prohibition des pactes sur succession future, Lore Lehmann relève qu'il y a manifestement nécessité de faire échapper certains pactes successoraux à cette prohibition (...) Au plan de la succession mobilière, Lore Lehmann estime, par ailleurs, sur la base de la consultation de Pr Lagarde, que la part croissante faite, en droit international privé, à l'autonomie de la volonté en matière de pactes successoraux, interdit sans doute de considérer aujourd'hui comme contraire à l'ordre public monégasque, un pacte successoral fait en conformité de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, comme appelée à régir la succession dont s'agit, un tel ordre public ne pouvant avoir, en l'espèce, qu'un effet atténué. » En résumé, la montée en puissance de l'autonomie de la volonté et les nombreuses exceptions au principe de prohibition des pactes sur succession future justifieraient la reconnaissance du pacte étranger et l'absence d'intervention de l'exception d'ordre public.

Sous l'empire du règlement européen, cette position devrait se confirmer.

2) Le contexte européen

126. Les dispositions du règlement européen²⁹⁸ favorisent la recevabilité et la validité des pactes successoraux et améliorent ainsi la « prévoyance successorale contractualisée »²⁹⁹. Les rédacteurs du règlement ayant souhaité donner pleine efficacité aux pactes³⁰⁰, il apparaîtrait contradictoire qu'un État membre les considère comme contraires à son ordre public international, une telle décision serait en effet « peu compatible avec l'esprit du règlement et

²⁹⁸ Articles 25 à 27 du règlement

²⁹⁹ Expression empruntée à N. Baillon-Wirtz, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? - À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille* 2006, étude 44

³⁰⁰ L'anticipation successorale était au cœur des préoccupations des rédacteurs du règlement, v. not. Jurisclasseur Roulois, Fasc. 7040, « DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ . – Libéralités et pactes successoraux »

son effet utile »³⁰¹. Perçu comme « un empêchement de circuler en rond »³⁰², l'ordre public international ferait ici obstacle à la libre circulation des personnes faisant valoir des droits dans une succession transfrontière, et plus largement à la prévisibilité juridique et l'anticipation successorale³⁰³. La planification successorale se faisant via les pactes familiaux dans les pays de tradition germanique³⁰⁴, l'exception d'ordre public serait trop souvent opposée par un État membre contre un autre. Or, la Cour de justice de l'Union européenne s'y montrerait vraisemblablement défavorable ; elle contrôle en effet « les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours » à la notion d'ordre public, sans que celle-ci ne puisse être « être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté européenne »³⁰⁵. La jurisprudence de la Cour de Justice devrait ainsi inciter les États membres à retenir une interprétation stricte de la notion de façon à ce que celle-ci ne porte pas atteinte aux principes directeurs de l'Union européenne, notamment de libre circulation des personnes, qui implique une reconnaissance de leurs droits et situations juridiques d'un État membre à l'autre³⁰⁶.

Si l'on doit vraisemblablement conclure à la conformité de la loi étrangère autorisant les pactes successoraux, elle n'est cependant pas sans poser un problème de compatibilité avec la loi française lorsque la succession y est soumise.

³⁰¹ En ce sens : A. Bonomi, P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, précité, p. 549, n° 42 : « la prohibition des pactes successoraux ne peut pas être considérée comme un principe fondamental des États membres [...] le recours à l'ordre public à l'encontre des pactes admis par le règlement serait incompatible avec l'esprit de ce texte et contraire à son effet utile dès lors que l'instrument européen contient, aux articles 25 à 27, des dispositions relatives à la recevabilité et à la validité des pactes successoraux » ; A. Bonomi, « Pactes successoraux », *Droit et Patrimoine*, 2015, n° 246

³⁰² M. Azavant, « L'ordre public successoral », *Dr. Fam.* 2013, n°38

³⁰³ En ce sens, A. Bonomi, « Pactes successoraux », *Droit et Patrimoine*, 2015, n° 246 : « Conformément à la philosophie générale du règlement, ces dispositions reflètent une vision libérale du droit des successions, très favorable à l'autonomie des parties et à l'anticipation successorale. Comme il ressort du considérant 49, le but affiché est de faciliter le recours aux pactes successoraux et de favoriser leur circulation dans des situations transfrontières » ; v. aussi I. Arseguel-Meunier et L. Galliez, précités, *AJ fam.* 2015. 378 selon lesquels les pactes successoraux sont un parfait outil d'anticipation successorale dans un contexte international.

³⁰⁴ Ex. Allemagne, Autriche

³⁰⁵ CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, Krombach, pt 23. Comp. le commentaire par H. Muir Watt, in *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481 et s. ; et cf. *infra* pour de plus amples développements, n°239 ss.

³⁰⁶ A propos du règlement successions, la Cour de Justice s'est déjà prononcée sur le champ d'application du règlement, contredisant ainsi les dispositions successorales allemandes (CJUE, 1er mars 2018, aff. C-558/16 : En l'espèce, se posait la question de savoir si les dispositions de droit allemand accordant une part supplémentaire au conjoint survivant marié sous le régime de communauté relevaient du domaine du des régimes matrimoniaux ou du droit des successions et donc de la compétence du règlement successions. En droit allemand, elles sont considérées comme relevant du domaine matrimonial, mais la Cour a tranché en sens contraire en jugeant que ces dispositions relevaient de la succession du conjoint décédé et non du régime matrimonial)

B. L'articulation entre la loi applicable au pacte et la loi du for applicable à la succession

127. Des difficultés sont susceptibles de se présenter lorsque le pacte aura été conclu sous l'empire d'une loi étrangère qui l'admet alors que la succession sera soumise à la loi française qui l'ignore. Prenons l'exemple d'un français, ayant vécu pendant longtemps en Suisse, qui a conclu un pacte successoral devant un notaire suisse, conformément à la loi suisse. Puis, il décide de revenir en France, où il établit sa résidence principale et y décède. Sa succession est alors soumise à la loi française, mais pas le pacte successoral, qui est soumis à la loi suisse. L'article 25 du règlement « successions » dispose en effet que le « pacte successoral qui concerne la succession d'une seule personne est régi, quant à sa **recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties**, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, **par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu** ». Autrement dit, il s'agit de la loi suisse, loi de la résidence habituelle du défunt au moment de l'acte, loi qui aurait été applicable à sa succession s'il était resté en Suisse³⁰⁷. C'est donc la loi suisse qui doit régir les questions de « recevabilité »³⁰⁸ « validité »³⁰⁹, et « effets contraignants »³¹⁰ du pacte. Celle-ci lui donne plein effet. La succession est cependant soumise à la loi française qui prohibe par principe les pactes sur succession future. Si la loi étrangère validant le pacte n'est pas contraire à l'ordre public international, la succession doit donc être réglée conformément au pacte alors qu'elle est soumise à la loi française...

128. Avant l'entrée en application du règlement « successions », cette situation n'aurait pas pu se présenter. En effet, le pacte était soumis à la loi successorale, par conséquent, dès lors que la loi applicable à la succession était la loi française, le pacte était écarté, comme étant

³⁰⁷ Art. 21. 1 : *Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.*

³⁰⁸ La « recevabilité » recouvre la question de la « possibilité » ou « l'admissibilité » du pacte, elle permet de répondre à la question de savoir si l'intéressé peut établir un pacte successoral (G. Khairallah, « Un an d'application du règlement européen sur les successions », *Bulletin Cridon* du 15 février 2017, n°4)

³⁰⁹ D'après le Professeur Khairallah, la « validité » concerne les conditions de forme (ex. établissement par acte authentique) et de fond du pacte (ex. capacité spéciale d'établir un pacte), « Un an d'application du règlement européen sur les successions, *Bulletin Cridon* du 15 février 2017, n°4

³¹⁰ Il faudrait entendre par « effets contraignants » tout ce qui se rapporte au maintien et à la dissolution du pacte. « Ainsi, entre dans la notion d'effets contraignants » une question comme celle de savoir si, une fois le pacte établi, l'une des parties pourrait par sa seule volonté, le révoquer ou prendre des dispositions testamentaires qui le contredisent partiellement ou totalement » (G. Khairallah, précité, *Bull. Cridon*)

contraire à l'ordre public interne³¹¹. C'est en ce sens qu'a jugé la cour d'appel d'Aix en Provence dans un arrêt de 2003³¹² et le tribunal de première instance de Monaco³¹³ dans un l'arrêt de 1995 : bien que ces deux arrêts aient admis la validité du pacte en ce qui concerne la succession mobilière soumise à la loi étrangère, ses effets ne se sont pas étendus à la succession immobilière soumise à la loi française qui prohibe les pactes sur succession future.

129. La question doit cependant dorénavant être analysée sous le jour de l'article 25 du règlement qui soumet la question de la recevabilité du pacte à la loi qui aurait été applicable à la succession au moment de la conclusion du pacte, soit à la loi suisse dans notre exemple. Bien que soumise à la loi française, la succession devrait être réglée conformément au pacte successoral suisse parfaitement valable selon la loi suisse désignée par l'article 25 du règlement³¹⁴. Un problème de compatibilité se pose donc entre les deux lois³¹⁵ ; mais la loi successorale devrait s'adapter à la loi applicable au pacte. C'est ce que semble dire le règlement aux termes de son considérant n°49 : en raison des profondes divergences entre les États membres à propos des pactes successoraux, l'article 25 a été édicté en vue de « *faciliter* l'acceptation dans les États membres des droits successoraux acquis du fait d'un pacte successoral ». Dès lors que le pacte est valide en vertu de la loi qui le régit, la loi successorale est donc incitée à faciliter son application au sein de son système.

³¹¹ En ce sens, G. Khairallah, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », JCP N 2008, 1244 ; voir aussi la jurisprudence ancienne : T. civ. Seine, 10 juill. 1885 : JDI 1886, p. 208 ; CA Paris, 26 janv. 1888 : JDI 1888, p. 390.

³¹² Aix en Provence, 16 octobre 2003, Rev. Crit. DIP 16 oct.2004. 589, P. Lagarde

³¹³ aff. Lehman, Tribunal de première instance de Monaco 23 février 1995, Rev. Crit. DIP 1996.439, note B. Ancel : Les juges monégasques avaient donné effet à un pacte successoral conclu entre le de cujus, ses enfants d'un premier lit et sa seconde épouse, tous de nationalité allemande, en tant que ce pacte portait sur les biens mobiliers sis à Monaco. Le pacte était en effet conforme à la loi allemande, régissant selon la règle de conflit monégasque, la succession mobilière. En revanche, il ne fut pas donné effet au pacte s'agissant de l'immeuble sis à Monaco, car celui-ci était soumis à la loi successorale monégasque qui prohibe, comme la loi française, les pactes sur succession future (P. Lagarde, Revue critique de droit international privé 2004 p.589, et cf. infra): « *Attendu qu'en matière immobilière et s'agissant cette fois de la seule succession de Rudolf Lehmann comportant un bien immobilier à Monaco, la loi successorale désignée par la règle monégasque de conflit comme devant régir la dévolution de ce bien, commande, en revanche, de tenir directement compte de la prohibition des pactes sur succession future édictée par l'article 985 précité du code civil* »

³¹⁴ En ce sens, A. Bonomi, « Pactes successoraux », *Dr. et patrimoine* 2015, précité : « Si ce pacte est valable conformément à la loi désignée à l'article 25, il paraît évident que son effet (à savoir la renonciation à la réserve) doit être reconnu dans les États liés par le règlement. Dès lors, la renonciation ne peut pas être remise en cause par la loi applicable à la succession et ce, même si cette loi prévoit une réserve et ne permet pas d'y renoncer (ou pose des conditions différentes pour la validité du pacte). En d'autres termes, le réservataire qui était partie à un pacte de renonciation ne peut pas revenir, après l'ouverture de la succession, sur ses engagements, se prévalant des droits à réserve que lui octroie la loi applicable à la succession. »

³¹⁵ A noter que ce problème de compatibilité pourra souvent être évité si le disposant est bien conseillé : il est possible de soumettre le pacte et la succession à la même loi, à savoir la loi de sa nationalité, ainsi que le permettent les articles 22 et 25 du règlement. L'article 25 permet en effet aux parties de choisir comme loi régissant leur pacte successoral, « quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées », autrement dit la loi de leur nationalité.

130. Cette adaptation sera plus ou moins aisée en fonction de la nature du pacte étranger. Si un pacte similaire est admis en droit français, il sera d'autant plus facile de l'intégrer. Imaginons par exemple que ledit pacte suisse soit un pacte de *renonciation par un fils à toute prétention lors du règlement de la succession de son père*, au profit de ses frères et sœurs, similaire à notre renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)³¹⁶. L'efficacité de ce pacte ne devrait pas poser de difficulté en raison de son équivalence avec l'institution de droit français³¹⁷. Certes, la renonciation n'aura pas forcément été faite dans les formes prévues par la loi française (par acte authentique en présence de deux notaires, etc.), mais son formalisme (condition de « validité » du pacte) n'est de toute façon pas soumis à celle-ci ; les conditions de forme dépendent en effet de la loi suisse désignée par l'article 27 du règlement³¹⁸. Le pacte est donc valable en la forme et peut produire effet dans l'ordre juridique français, celui-ci admettant d'ailleurs, dans son droit interne, ce type d'entorse au principe de prohibition des pactes sur succession future. Dès lors qu'un pacte étranger pourra être assimilé à un pacte autorisé en droit français, tels que le legs de residuo ou l'institution contractuelle, son efficacité ne devrait pas poser de difficulté en raison de son « équivalence » avec les institutions de droit interne³¹⁹.

131. Il n'y a en effet aucune raison de s'opposer à l'application du pacte étranger dès lors que son équivalent est admis en droit interne. Que faire cependant lorsqu'il apparaît que ledit pacte n'est pas suffisamment protecteur du consentement du disposant, ou encore lorsqu'il vient porter une importante atteinte à sa liberté de tester ? Cela ne pourrait-il pas constituer un motif de contrariété à l'ordre public international français ?

§2 La protection de la liberté de tester : principe sous-jacent au principe de prohibition

³¹⁶ Exemple donné par G. Khairallah, précité, Bulletin Cridon du 15 février 2017, n°4

³¹⁷ En ce sens, G. Khairallah, précité, Bulletin Cridon du 15 février 2017, n°4 ; le pacte suisse semble toutefois avoir un périmètre plus large que la RAAR française.

³¹⁸ Un auteur s'était toutefois interrogé, avant l'entrée en vigueur du règlement « successions » sur la question de savoir si le formalisme de la RAAR imposé par le droit français ne pouvait pas être interprété comme étant une loi de police (G. Khairallah, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », JCP N 2008, 1244). Dès lors, une RAAR étrangère ne respectant pas le formalisme français ne saurait être valable en France. Cette question n'est toutefois plus actuelle sous l'empire du règlement, les conditions de forme des pactes successoraux étant soumises à l'article 25.

³¹⁹ La méthode de « l'adaptation » a déjà été utilisée en jurisprudence, v. Trib. civ. Mulhouse, 19 janv. 1950 : JCP N 1952, II, 6845, note G.-R. Delaune et G. Flattet., qualifiant un pacte successoral suisse de testament conjonctif

132. L'application d'une loi étrangère qui autorise les pactes successoraux est révélatrice d'un paradoxe : elle laisse une grande place à l'autonomie de la volonté, puisqu'elle permet au disposant de contracter sur une succession future, mais en même temps elle la restreint car le *de cuius* aliène ainsi pour l'avenir sa liberté de tester. Ainsi qu'il a déjà été remarqué³²⁰, une telle loi, n'encadrant pas l'exercice de la volonté du disposant, pourrait donc paraître suspecte aux yeux de l'ordre public international. Le respect de certains principes, encore essentiels, tels que la liberté de tester (B), ou même encore la protection du consentement des cocontractants (A), devrait donc peut-être être vérifié aux termes d'une appréciation *in concreto*.

A. La protection du consentement des contractants

133. L'autonomie de la volonté n'est viable que si les contractants sont corrélativement responsables de leurs actes sur leur patrimoine présent et à venir. Ce n'est que dans cette mesure que leur volonté peut être source de droit³²¹. Dès lors, l'exception d'ordre public international devrait pouvoir intervenir s'il apparaît que la loi étrangère applicable au pacte ne donne aucune garantie sur la réalité du consentement du disposant.

134. Un des moyens de s'assurer de la plénitude du consentement est le formalisme imposé à l'acte. Or, si les conditions de forme étrangères apparaissent insuffisamment protectrices du consentement, l'ordre public international devrait pouvoir jouer un rôle³²². Un raisonnement par analogie avec le formalisme des dispositions testamentaires pourrait être fait à cet égard. La Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires admet en effet le jeu de l'exception d'ordre public en son article 7³²³ et un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 juillet 2013 le met en œuvre à propos d'un testament³²⁴. Il était question en l'espèce d'un testament par lequel le défunt, de nationalité libyenne, avait institué son épouse légataire universelle. Sa validité était cependant contestée par un des enfants. La cour d'appel l'avait déclaré valable, sur le fondement de la loi

³²⁰ Cf. *supra* n°90 ss.

³²¹ G. Bras Miranda, précitée, p. 247

³²² Il ne devrait toutefois intervenir que rarement selon certains, v. en ce sens, G. Droz, M. Revillard, « Fasc. 557-20 : libéralités . – Problèmes communs . – Testaments », *Jurisclasseur Droit international*, , n°84 : "D'une manière générale, vu l'esprit de la convention (de la Haye de 1961), il sera rare que l'on puisse invoquer l'ordre public pour refuser l'application d'une loi qui validerait en la forme le testament"

³²³ *L'application d'une des lois déclarées compétentes par la présente convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public.*

³²⁴ Civ 1^{ère}, 13 juillet 2013, n° 12-22.983, RJP 2015-9/39, obs. S. Godechot-Patris

libyenne applicable à la forme du testament, au motif que cette dernière ne prévoyait aucune forme particulière et que la question de la validité en la forme de l'acte n'intéressait pas l'ordre public. Sa décision est cassée par la première chambre civile, qui affirme au contraire, au visa de l'article 7 de la Convention, qu'une loi étrangère désignée par la Convention de la Haye « peut être écartée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ». Il appartenait donc à la juridiction de renvoi d'apprécier les dispositions libyennes au regard de l'ordre public. Trop laxistes, elles pourraient être écartées. En effet, le droit libyen admet tout mode d'extériorisation de la volonté testamentaire, verbal ou par écrit, « ou à défaut si le testateur en est incapable par une mimique que l'esprit saisit »³²⁵.

135. **Le testament oral.** - Si la forme dactylographiée d'un testament olographe devrait être difficilement jugée contraire à l'ordre public international³²⁶, le doute est permis à propos du testament oral réalisé en dehors de circonstances extraordinaires. La Convention de la Haye de 1961 prévoit en effet à cet égard en son article 10 une faculté de réserve pour les États contractants: *“Chaque État contractant peut se réserver de ne pas reconnaître les dispositions testamentaires faites, en dehors de circonstances extraordinaires, en la forme orale par un de ses ressortissants n'ayant aucune autre nationalité”*. Les États contractants qui ne font pas cette réserve ne peuvent pas en conséquence considérer le testament oral contraire à leur ordre public international³²⁷. C'est ainsi que la jurisprudence autrichienne, qui n'a pas fait usage de la réserve, a reconnu la validité d'un testament oral fait en Hongrie³²⁸. En revanche, la France a utilisé la réserve de l'article 10 de la Convention³²⁹. Dès lors, la possibilité de faire jouer l'exception d'ordre public face à un testament oral édicté par l'un de ses ressortissants existe toujours pour elle et ne peut être exclue. Certains auteurs pensent toutefois que cette faculté est

³²⁵ Article 4 de la loi libyenne n° 7/ 1994, du 29 janvier 1994 sur les dispositions testamentaires

³²⁶ Il a été jugé que les dispositions monégasques validant un testament olographe, rédigé à Monaco par un français, qui était partiellement dactylographié n'était pas contraire à l'ordre public international français (Cass. 1re civ., 29 avr. 1980 : Bull. civ. 1980, I, n° 122: *“une cour d'appel a décidé à bon droit, dans les limites de son contrôle, et sans avoir à se référer à l'article 999 du Code civil, auquel se sont substituées les dispositions de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires que l'exécution en France des dispositions monégasques validant un testament olographe, rédigé en Principauté de Monaco par un Français, et qui était partiellement dactylographié, n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international”*)

³²⁷ V. en ce sens, G. Droz, M. Revillard, « Fasc. 557-20 : LIBÉRALITÉS . – Problèmes communs . – Testaments », précités, n°85 ; v. aussi G. Droz, « Les réserves et les facultés dans les conventions de La Haye de droit international privé », Rev. crit. DIP 1969, p. 407, n° 44 s

³²⁸ *Oberstes Gerichtshof*, 20 sept. 1968 : *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1970, 143, note K. Marshall, cité par G. Droz et M. Revillard, Fasc. 557-20 précité, n°87

³²⁹ Ainsi que la Belgique, l'Estonie, les Pays-Bas, la Belgique, la Suisse et l'Afrique du Sud.

limitée³³⁰. Une jurisprudence ancienne est souvent utilisée pour démontrer la non contrariété à l'ordre public d'un testament oral. La cour d'appel de Paris a en effet admis dans un arrêt ancien qu'un français puisse valablement faire un testament oral si cette forme était admise par la loi locale, sans lui opposer l'exception d'ordre public³³¹. Le testament avait toutefois été fait dans des circonstances extraordinaires, le testateur ayant été déporté à Auschwitz³³², ce qui vient nuancer la portée de cette décision.

L'éviction d'une loi étrangère validant un testament oral n'apportant pas une preuve suffisante du consentement du testateur ne doit donc pas être exclue. La forme orale du testament devrait alerter : l'exception d'ordre public pourrait jouer à l'issue d'une analyse *in concreto*, dès lors que la loi étrangère ne prévoit pas un dispositif suffisamment efficace pour protéger le consentement du testateur, dans les circonstances particulières de l'espèce. Le résultat dépendra donc de l'appréciation souveraine des juges du fond, au cas par cas, dont il sera difficile d'établir une systématisation. Ces derniers devront s'interroger sur les garanties apportées par les conditions de forme étrangères pour s'assurer de la liberté et de la certitude de sa volonté³³³.

La garantie de l'intégrité du consentement n'est toutefois pas assurée par la seule forme du testament et doit être appréciée également au regard des conditions de validité au fond du testament, qui sont elles soumises à la loi successorale. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mai 2015, dans la même affaire que celle précitée du testament libyen³³⁴. En l'espèce, la cour d'appel avait apprécié la volonté du testateur sur le fondement de la loi libyenne, loi applicable à la forme du testament mais pas au fond. Or, la réalité du consentement du testateur est une condition de fond du testament et à ce titre doit être appréciée sur le fondement de la loi successorale.

Ces solutions, valables pour les testaments, pourraient être étendues aux pactes successoraux.

136. ***Les pactes successoraux étrangers protecteurs du consentement du disposant.*** - Un pacte de renonciation anticipée à la succession ne devrait ainsi recevoir effet en France que si la loi étrangère qui lui est applicable prévoit des conditions de renonciation strictes,

³³⁰ « À raison du caractère limité de la réserve, en France et dans les autres pays qui l'ont utilisée, on ne pourra pas rejeter pour un motif d'ordre public un testament oral qui serait fait par un étranger, conformément à une loi étrangère », G. Droz, M. Revillard, Fasc. 557-20, précité, n°87

³³¹ CA Paris, 21 juill. 1953 : JCP G 1953, II, 7847, note J.-C. Leygues ; JDI 1953, p. 694 ; Rev. crit. DIP 1954, p. 539, note Y. Loussouarn

³³² G. Droz, M. Revillard, Fasc. 557-20, précité, n°87

³³³ En ce sens, M. Nicod, « Actualité du droit patrimonial de la famille », D. 2014. 1905

³³⁴ Civ 1^{ère}, 28 mai 2015, n° 14-15.607

suffisamment protectrices du consentement du renonçant (ex. renonciation par acte solennel, présence d'un notaire ou d'un avocat assurant son rôle de conseil, etc.). C'est par exemple le cas du droit suisse : le pacte successoral doit être reçu en la forme authentique, forme retenue pour les testaments publics³³⁵, c'est-à-dire reçu par officier public avec le concours de deux témoins. Un même formalisme strict est prévu en droit allemand : ils ne peuvent être édictés au moyen de déclarations olographes, l'article §2276 BGB disposant qu'un acte authentique dressé par un notaire est nécessaire³³⁶. Le droit belge encadre aussi son nouveau « pacte successoral global »³³⁷ d'un formalisme protecteur : il doit être contenu dans un acte notarié, il ne peut être signé qu'après l'envoi d'un projet préalable, la tenue d'une réunion explicative, et l'écoulement d'un certain délai ; chaque partie peut par ailleurs être assistée par son propre conseil³³⁸. Ces précautions apparaissent suffisantes pour protéger le consentement des renonçants. Qu'en est-il en revanche de la protection de la liberté testamentaire ?

B. La liberté de tester du *de cujus*

137. Le principe de prohibition des pactes sur succession future participe à la protection de la liberté testamentaire du défunt ; l'ordre public successoral l'empêche d'aliéner sa propre liberté par contrat : il doit rester maître de sa quotité disponible jusqu'à la fin, sans contraintes. La liberté de tester est en effet « inaliénable et sacrée », elle est hors commerce et ne peut faire l'objet de contrats et spéculations. N'a-t-on pas affirmé qu'elle était un élément constitutif du droit de propriété, et comme tel était protégé constitutionnellement³³⁹ et

³³⁵ Art. 499 à 504 du code civil

³³⁶ *Les successions en droit comparé*, Actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille), Cridon Lyon, sous la direction de Z. Angel-Lioger et Emanuele Calo, p. 28

³³⁷ Art. 1100/7 du code civil belge : § 1er. *A tout moment, le père ou la mère peut établir, avec l'ensemble de ses héritiers présomptifs en ligne directe descendante, un pacte successoral global. Ce pacte constate l'existence d'un équilibre entre ces héritiers présomptifs eu égard notamment aux donations que le père ou la mère leur a respectivement consenties antérieurement au pacte, en avance d'hoirie ou par préciput, aux donations consenties aux termes du pacte lui-même et, le cas échéant, à la situation de chacun des héritiers présomptifs.*

³³⁸ Art. 1100/5 du code civil belge : « § 1er. *Tout pacte successoral est contenu dans un acte notarié. § 2. Le projet de pacte est communiqué à chacune des parties par le notaire instrumentant. Le notaire instrumentant fixe, dans le même temps, une réunion à l'occasion de laquelle le contenu du pacte et les conséquences de celui-ci seront explicitées à l'ensemble des parties. Il informe à cette occasion chacune d'elles de la possibilité de faire choix d'un conseil distinct ou de bénéficier d'un entretien individuel avec lui. Il rappelle cette possibilité au cours de la réunion commune qu'il doit tenir. Cette réunion ne peut être tenue avant l'écoulement d'un délai de quinze jours prenant cours au jour de la communication du projet de pacte. La signature du pacte ne peut intervenir avant l'écoulement d'un délai d'un mois prenant cours à dater du jour où s'est tenue cette réunion. Chacune des parties peut demander l'intervention d'un autre notaire qui l'assistera lors de la réception de l'acte.* »

³³⁹ Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1958 ; Cons. Const. 20 juillet 1983, 4 juillet 1989, 9 avril 1996 et 29 juillet 1998

conventionnellement³⁴⁰ ? Un pacte qui empêche le *de cuius* d'exercer sa liberté testamentaire ne pourrait-il dès lors pas être jugé contraire à l'ordre public international français ?

138. Le caractère irrévocable du pacte porte en effet une atteinte profonde à la liberté testamentaire. C'est ce qu'a sanctionné la Cour de cassation dans un arrêt du 4 octobre 2005³⁴¹. En l'espèce, le *de cuius* avait signé une reconnaissance de dettes dans laquelle il indiquait que la somme qu'il devait serait prélevée à son décès sur la part de deux de ses enfants, nés d'un premier lit. Une discussion s'était engagée sur la question de savoir s'il s'agissait d'un pacte post mortem (prévoyant un simple report du remboursement sur les biens du défunt laissés à sa mort) ou d'un pacte sur succession future prohibé. La Cour de cassation trancha en faveur de la seconde interprétation et approuva la cour d'appel d'avoir jugé que la clause prévoyant le prélèvement de la somme due sur la part dans la succession de certains héritiers et non de tous, portait atteinte à la liberté de tester, et constituait ainsi un pacte sur succession future³⁴². Le défunt avait en effet disposé par avance par contrat et irrévocablement, avant l'ouverture de la succession, de la part des héritiers ; il s'agissait donc d'une atteinte à la prohibition posée par l'article 1130 et à la liberté testamentaire.

La même raison justifie le principe de prohibition des testaments conjonctifs en droit interne. Une analogie avec son régime pourrait donc être tentée (1). Celle-ci présente toutefois certaines limites et il apparaît que l'atteinte à la liberté de tester devrait être vérifiée aux termes d'une appréciation *in concreto* (2).

1) Analogie avec le régime du testament conjonctif

³⁴⁰ Sur le fondement de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, req. no 6833/74)

³⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2005, n° 02-13.395, Dr. famille 2005, comm. 252, note B. Beignier ; RJPF déc. 2005, p. 43, note J. Casey.

³⁴² « Mais attendu que les premiers juges ayant relevé, d'une part, que si l'acte litigieux n'avait pas été signé par Mme V, il était irrévocable puisqu'il contenait un engagement envers un créancier pour le remboursement des sommes dues, d'autre part, que par la mention « je reconnais devoir », cet acte avait créé pour M. L une obligation de remboursement dont seule l'exécution avait été différée à son décès, et de dernière part, que la clause prévoyant le prélèvement de la somme due sur la part dans la succession de certaines des héritières, et non pas de toutes, portait atteinte à la liberté de tester et constituait en fait un partage sur des bases différentes de celles du partage légal, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, exactement retenu que l'acte litigieux constituait un pacte sur succession future prohibé par l'article 1130 du Code civil et non un pacte post mortem ; que le moyen n'est pas fondé ; (...) »

139. En droit français, le testament est un acte éminemment personnel et obligatoirement unilatéral, le code civil prohibe donc le testament conjonctif³⁴³. Le but de cette interdiction est notamment de protéger le principe de libre révocabilité des dispositions testamentaires, élément constitutif de la liberté de tester, auquel le caractère conjoint du testament pourrait nuire³⁴⁴. Les dispositions des testateurs ayant été prises en contemplation l'une de l'autre, ces derniers pourraient penser ne pas pouvoir les révoquer unilatéralement. Dès lors, un testament conjonctif étranger pourrait-il être jugé contraire à l'ordre public international comme portant atteinte à la liberté testamentaire du défunt ?

140. La réponse à cette question vient en deux temps. Elle implique tout d'abord un effort préalable de qualification de la règle : la prohibition des testaments conjonctifs est-elle une règle de forme ou de fond ? Si la règle impose une forme particulière de testament (un seul testateur, une seule signature), elle est néanmoins sous tendue par une règle de fond : elle vise à protéger la faculté de révocation du testateur, non garantie par le testament conjonctif, dans la mesure où il a pu faire l'objet d'engagements réciproques entre les testateurs³⁴⁵. Au fond, la justification de la prohibition du testament conjonctif est la même que pour le pacte sur succession future, la protection de la liberté testamentaire du *de cuius*. Or, s'il s'agit d'une règle de fond, elle est soumise à la loi successorale³⁴⁶.

Toutefois, d'autres raisons invitent à y voir une règle de forme³⁴⁷. L'article 968 prohibant les testaments conjonctifs est situé dans une section intitulée « Des règles générales sur la forme des testaments ». La cour d'appel de Paris a jugé en ce sens, à propos d'un testament rédigé à Oslo, que « l'interdiction de procéder à des testaments conjonctifs édictée par l'article 968 du Code civil est incluse dans les règles générales établies par ce code sur la forme des testaments ».

³⁴³ Art. 968 du code civil : *Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque ou mutuelle.*

³⁴⁴ V. en ce sens, E. Jayme, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », RCADI 1982, vol. 177, p. 9, spéc. p. 49 ; A. Devers, « Validité du testament conjonctif comportant une clause de conversion religieuse », JCP N 2013, 1134 ; v. aussi Civ. 1re, 4 juill. 2018, n° 17-22.934 P : D. 2018. 2384, obs. Godechot-Patris et Grare-Didier ; ibid. 1491 ; AJ fam. 2018. 474, obs. Levillain ; Dr. fam. 2018, n°244, obs. Nicod (L'art. 968 prohibe les testaments conjonctifs et exige le recueil des dernières volontés dans un acte unilatéral, afin de préserver la liberté de tester et d'assurer la possibilité de révoquer des dispositions testamentaires)

³⁴⁵ En ce sens, G. Légier, JCl. Droit international, fasc. 551-20, n° 125 ; jurisprudence étrangère : Reichsgericht, 1er mars 1881 : JDI 1882, p. 360 ; Reichsgericht, 24 avr. 1894 : S. 1895, 4, p. 12 ; Cass. Florence, 12 nov. 1897 : S. 1899, 4, p. 5 et réf. ; v. aussi V. Delaporte, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse, Paris, 1974, n° 266

³⁴⁶ soit sous l'empire du règlement successions, à la loi du dernier domicile du défunt ou à sa loi nationale (Art. 21 et 22)

³⁴⁷ En ce sens, H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 1993, n° 653, p. 420 : « bien que la prohibition soit édictée pour des raisons de fond, elle ne manifeste pas une règle concernant la forme du testament et cette dernière qualification semble prévaloir dans la jurisprudence » ; M. Fallon et J.-L. Van Boxstael : *Rép. dr. int. Dalloz*, V° Testament

» et que « cette prohibition qui n'a trait ni à la capacité personnelle du testateur, ni à la validité des dispositions sur le fond prises par le testateur est relative à des conditions de forme et non de fond », et a ensuite fait application des dispositions de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires³⁴⁸. D'autres juridictions de fond ont tranché dans le même sens³⁴⁹.

La solution a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt plus récent du 21 novembre 2012³⁵⁰, qui a jugé que « dans l'ordre international, les règles qui gouvernent l'établissement d'un testament conjonctif sont des règles de forme », et que dès lors, devait lui être appliquée la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 relative à la forme des testaments pour apprécier sa validité³⁵¹. Il s'agit toutefois d'une interprétation car la Convention ne dit pas qu'elle s'applique aux testaments conjonctifs, mais uniquement à leur forme. L'article 4 ne fait en effet que préciser que « la présente convention s'applique également aux formes des dispositions testamentaires faites dans un même acte par deux ou plusieurs personnes », autrement dit à la forme des testaments conjonctifs.

Toujours est-il que cette jurisprudence est favorable à la validité du testament conjonctif car la Convention établit une règle de conflit recherchant la « *favor testamenti* » : le testament sera valable en France s'il respecte au moins l'une des lois désignées par l'article 1^{er}³⁵². Si la prohibition du testament conjonctif avait été une règle de fond, l'acte aurait été systématiquement annulé dès que la loi successorale applicable était la loi française. Dès lors, d'un point de vue pratique, la qualification de règle de forme est préférable car la plupart du temps, les disposants auront testé dans les formes locales (*lex locus regit actum*).

³⁴⁸ CA Paris, 24 avr. 1980, Rev. crit. DIP 1982, p. 684, note H. Batiffol. V. aussi, T. Mulhouse, 19 janv. 1950, Rev. crit. DIP 1950, somm. 668, décision dans laquelle le tribunal retient que « sous la réserve qu'il ne porte pas atteinte à l'ordre public français, la validité du testament fait à l'étranger par un étranger doit être examinée en fonction des formes édictées soit par la lex fori, soit par la loi nationale du disposant »

³⁴⁹ V. not. TGI Paris, 24 avr. 1980, Vallée, Rev. crit. DIP 1982, p. 684, note H. Batiffol ; et à l'étranger (au Luxembourg, V. T. ardt. Luxembourg, 13 janv. 1960, cité par A. Weitzel : JCl. Droit comparé, V° Luxembourg, fasc. 3, n° 53. Et au Portugal, V. Tribunal Supremo de Justiça, 14 mars 1979, cité par E. Jayme, Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé, préc., p. 95, note 132

³⁵⁰ Civ. 1re, 21 nov. 2012, n° 10-17.365, D. 2012. 2802 ; AJ fam. 2013. 59, obs. A. Boiché ; RTD civ 2013, p. 162, M. Grimaldi ; D. 2013 p.880, M-C Meyzeaud-Garaud ; L'essentiel du droit de la famille et des personnes, janv. 2013. 11, N. Petroni-Maudière ; Dr. Et Patrimoine 2013, p. 81, M-E. Ancel ; JCP N 2013, p. 31, A. Devers

³⁵¹ « Dans l'ordre international, les règles qui gouvernent l'établissement d'un testament conjonctif sont des règles de forme ; que faisant exactement application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 relative à la forme des testaments et ayant relevé que les dispositions testamentaires du 2 mai 1976 avaient été établies selon les formes du droit marocain du lieu de rédaction, la cour d'appel a, à bon droit, déclaré valable le testament quant à sa forme ; que le moyen, inopérant dans sa première branche, n'est pas fondé dans la seconde »

³⁵² « a) Loi du lieu où le testateur a disposé, ou b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès, ou e) pour les immeubles, du lieu de leur situation ».

141. La règle une fois qualifiée, restait à savoir si le principe de prohibition des testaments conjonctifs pouvait être considéré comme un principe d'ordre public international, ainsi que l'invoquait le pourvoi dans l'arrêt du 21 novembre 2012. La Cour de cassation n'en a pas jugé ainsi : bien que contraire à l'ordre public interne, le testament conjonctif n'est pas incompatible avec l'ordre public international français³⁵³. Un testament conjonctif pourrait donc avoir effet en France dès lors qu'il est conforme à l'une des lois désignées par la Convention de la Haye³⁵⁴. Est-ce à dire qu'un notaire pourrait établir un testament conjonctif en France dès lors qu'il est conforme à la loi nationale des disposants ? C'est possible, l'arrêt ne semblant pas évoquer un ordre public atténué en la matière.

142. La même solution pourrait-elle être transposée aux pactes sur succession future ? Dans la mesure où les testaments conjonctifs, présumés porter atteinte au principe de libre révocabilité des dispositions testamentaires, ne sont pas contraires à l'ordre public international, le même raisonnement pourrait être suivi pour les pactes successoraux, qui lui portent la même atteinte.

143. ***Les limites de l'analogie.*** - La doctrine invite en réalité à distinguer les testaments *conjonctifs* et *mutuels*. Les premiers contiennent, dans un acte unique, les dispositions testamentaires de deux personnes mais celles-ci sont indépendantes les unes des autres. Les deuxièmes contiennent un accord entre les testateurs, qui lient les dispositions ensemble, et par suite ne les rend pas librement révocables de façon unilatérale. Cette distinction est notamment connue en droit anglais, qui distingue les « *joint wills* » des « *mutual wills* », ainsi qu'en droit allemand³⁵⁵. Elle l'est aussi en droit suisse : si le testament conjonctif est possible, il ne s'agit que d'un acte dans lequel « deux ou plusieurs personnes prennent ensemble des dispositions pour cause de mort unilatérales », mais non dépendantes les unes des autres. Autrement dit, les dispositions contenues dans un testament conjonctif ne peuvent être mutuelles ; deux personnes ne pouvant se lier ainsi que dans la forme d'un pacte successoral³⁵⁶. La distinction est importante car elle entraîne un régime différent pour chaque acte. Par exemple, en droit

³⁵³ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2012, n° 10-17.365 et 10-30.845, précité

³⁵⁴ Cf. article 1^{er} de la Convention

³⁵⁵ Qui distingue le testament « conjonctif » (« Gemeinschaftliches Testament »), qui se caractérise par une unité d'acte, et le testament « mutuel » (« gegenseitiger Testament »), qui repose sur l'existence d'un accord entre les parties qui disposent (P. Wautelet, « L'Union européenne et le testament conjonctif : la fin des incertitudes », Dr. et patrimoine 2015, p. 40, n°246

³⁵⁶ P-H. Steinauer, *Le droit des successions*, Précis de droit Stampfli, p. 313

allemand, le testament conjonctif n'est possible qu'entre conjoints ou partenaires mais peut être olographe, tandis que le pacte successoral, possible avec les tiers, est soumis à des conditions de forme plus strictes, l'acte authentique notarié étant exigé³⁵⁷.

144. La validité d'un testament simplement conjonctif relèverait par conséquent d'une question de forme, mais celle d'un testament mutuel dépasserait la simple difficulté formelle, et intéresserait la validité au fond³⁵⁸. Lorsqu'il existe dans le testament un accord liant les disposant, il s'agirait d'un testament mutuel et certains auteurs invitent alors à classer la disposition dans la catégorie des pactes successoraux, et non des testaments³⁵⁹. Cette classification a déjà été retenue en jurisprudence, une cour d'appel ayant déjà jugé que « l'acte qui contient un accord véritable sur des dispositions réciproques stipule l'impossibilité de les révoquer et constitue alors un pacte sur succession future, dont le sort dépend de la loi successorale »³⁶⁰.

145. Un testament contenant les dispositions à cause de mort de deux personnes, interdépendantes les unes des autres, ne serait donc pas qualifié de testament conjonctif mais de pacte successoral, soumis aux conditions de fond de l'article 25³⁶¹. Sous l'empire du règlement « successions », cette qualification se confirme ; l'article 3 définit en effet le pacte successoral comme « un accord, **y compris un accord résultant de testaments mutuels**, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte »³⁶².

146. Dans l'arrêt du 21 novembre 2012³⁶³, le testament avait été établi par un couple marié de nationalité marocaine, devant deux notaires rabbiniques, dans lequel ils transmettaient l'universalité de leur patrimoine au survivant d'entre eux, puis au décès du survivant, les biens restants, à leur fille aînée, puis à leur fille handicapée, puis à leur fils. N'aurait-on donc pas dû y voir un pacte successoral plutôt qu'un testament conjonctif ? Présentant la forme d'un

³⁵⁷ A. Rothel, « La liberté de tester en droit allemand », Rev. Int. Dr. Comparé, 2011, 1, p. 39-52

³⁵⁸ En ce sens, v. P. Wautelet, Droit et patrimoine 2015, n°246, précité : « la licéité des dispositions testamentaires unies par un lien d'interdépendance ne peut être réduite à une simple difficulté formelle »

³⁵⁹ E. Fongaro, « L'anticipation successorale à l'épreuve du règlement succession », JDI 2015, doct. 5 ; A. Bonomi, P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, précité, art. 25

³⁶⁰ CA Colmar, 14 nov. 1961, Hagstotz : Rev. crit. DIP 1963, p. 534, note Caleb, cité par G. Légier, JCl. Droit international, fasc. 551-20, n° 125

³⁶¹ En ce sens, P. Wautelet, précité, Dr. Patr. 2015, n°246

³⁶² article 3, paragraphe 1, point b)

³⁶³ Civ. 1re, 21 nov. 2012, n° 10-17.365, D. 2012. 2802 ; AJ fam. 2013. 59, obs. A. Boiché

³⁶³ En ce sens, M. Grimaldi, RTD civ 2013, p. 162

testament, il renfermait néanmoins des dispositions mutuelles, dépendantes les unes des autres, non librement révocables unilatéralement. Bien que valable en la forme³⁶⁴, la validité des dispositions mutuelles (question de fond) aurait dû être appréciée par rapport à la loi successorale, la loi française en l'espèce, qui n'admet en principe pas les pactes sur succession future. Une autre voie aurait néanmoins pu être empruntée en raisonnant en l'espèce en termes d'équivalence. A y regarder de plus près, on pouvait en effet retrouver dans ce testament l'équivalent d'une clause d'attribution intégrale au conjoint survivant de l'universalité du patrimoine des époux et d'un legs *de residuo* aux enfants des testateurs, autrement dit, deux pactes sur succession future autorisés en droit français. Aurait-on donc pu juger ces dispositions contraires à notre ordre public interne ? Ce n'est pas certain. En revanche, le même testament, établi par deux concubins, par lequel ces derniers se lèguent leurs patrimoines respectifs, n'aurait peut-être pas eu le même effet, puisqu'il n'existe aucun équivalent en droit français.

147. Prenons maintenant l'exemple d'un acte établi par deux allemands en Allemagne, par lequel ils se lèguent réciproquement l'universalité de leurs patrimoines respectifs. La loi applicable à la succession et au pacte est la loi allemande. Il existe des biens immobiliers en France.

En la forme, l'acte doit être établi par acte notarié car le testament conjonctif olographe n'est possible en Allemagne qu'entre conjoints et partenaires³⁶⁵. Contenant des dispositions mutuelles et interdépendantes, on le qualifiera de pacte successoral. Appelé à produire effet en France, seul notre ordre public international pourrait s'y opposer, la loi applicable à la succession étant la loi allemande. Étant donné le contexte jurisprudentiel et européen³⁶⁶, il y a peu de chance que le principe de prohibition des pactes sur succession future soit jugé d'ordre public international et s'oppose à donner effet en France au pacte successoral allemand. Dans le but d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique, souhaitées par le règlement européen, le pacte devrait être considéré comme valable. La grande liberté contractuelle laissée aux disposants pourrait néanmoins alerter, et l'atteinte à la liberté de tester examinée aux termes d'une appréciation *in concreto*.

2) Appréciation *in concreto* de l'atteinte à la liberté de tester

³⁶⁴ La *lex loci regit actum* ou la loi nationale des testateurs désignés par la Convention de la Haye le validaient

³⁶⁵ Cf. *supra* n°143

³⁶⁶ Cf. *supra*, n°126 ss.

148. On peut imaginer certaines hypothèses dans lesquelles l'ordre public international trouverait une place (a), bien que celle-ci soit limitée (b).

a) *La place de l'ordre public international*

149. Dans l'exemple précédent, imaginons qu'avant son décès et après la conclusion du pacte, le *de cuius* allemand ait rédigé un testament dans lequel il révoque « toutes dispositions testamentaires antérieures » et institue une tierce personne légataire universel. Cette remise en cause unilatérale du pacte n'est pas valable en droit allemand³⁶⁷ : le pacte est en principe irrévocable³⁶⁸. Néanmoins, dans la mesure où il existe ici une volonté clairement exprimée du *de cuius* de révoquer le pacte, la question de l'intervention éventuelle de l'ordre public international se pose sous un nouvel angle et avec une particulière acuité. La liberté de tester est en effet constitutionnellement et conventionnellement protégée³⁶⁹ et le principe d'irrévocabilité du pacte empêche d'appliquer les dernières volontés du défunt. L'ordre public français, particulièrement attaché au principe de révocabilité *ad nutum* des dispositions de dernières volontés pourrait donc, sur ce fondement, s'opposer à l'application de la loi allemande. La doctrine voit en effet en ce principe une notion « essentielle »³⁷⁰.

150. Ces préoccupations, relatives au respect des dernières volontés du défunt et à sa liberté de tester, ne sont d'ailleurs pas complètement étrangères au droit allemand et ont trouvé écho auprès de la doctrine. Un auteur s'est ainsi interrogé sur les limites des pactes successoraux : « le besoin d'un instrument qui fasse naître une force obligatoire existe toujours. Seulement,

³⁶⁷ § 2289 BGB, tout comme pour le testament conjonctif (§ 2271 BGB) ; v. aussi *Les successions en droit comparé*, Actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille), Cridon Lyon, sous la direction de Z. Angel-Lioger et Emanuele Calo, p. 33 (droit allemand) : « les dispositions à cause de mort ultérieures du testateur qui porteraient atteinte aux dispositions contraignantes du contrat successoral ou du testament conjonctif seraient inapplicables ».

³⁶⁸ La révocation serait en revanche possible en France, sur le fondement du principe de libre révocabilité des dispositions testamentaires. C'est cependant la loi allemande qui régit la succession et l'efficacité du pacte ne devrait pas être remise en cause.

³⁶⁹ La garantie constitutionnelle de la propriété implique d'en disposer (v. not. Cons. Const. Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998) ; le droit de disposer de ses biens constitue un élément fondamental du droit de propriété (arrêt Marckx, CEDH, précité, art 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention EDH ; Art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer »).

³⁷⁰ V. G. A. L. Droz et M. Revillard, J.-Cl. Droit international, Fasc. 557-20, précités, n° 71 : « Certes, on conviendra que la révocabilité *ad nutum* et secrète d'une libéralité mutuelle telle qu'elle se pratique en droit français pour les donations entre époux est moralement fort peu élégante, un donateur pouvant subrepticement révoquer l'institution contractuelle tout en conservant la libéralité offerte par son partenaire. Mais justement si la liberté de révocation est ainsi assurée par le droit français malgré l'inéquité qui peut en résulter c'est qu'il s'agit bien là pour l'instant d'une notion essentielle que l'on ne saurait détacher de la loi de fond »

nous nous trouvons entre-temps aussi face à une sensibilité distincte envers les dangers qui sont inhérents pour les parties contractantes qui perdent leur liberté de tester. Une tendance réformatrice tente de faire valoir une plus grande sensibilité envers les testaments communs et les pactes successoraux « irréfléchis », soit à cause de pression, soit à cause d’une inexpérience commerciale »³⁷¹.

151. Une appréciation *in concreto* des conditions de révocabilité du pacte successoral doit donc être réalisée, et si celles-ci sont très strictes, une éventuelle intervention de l’exception d’ordre public pourrait être envisagée. Cela ne signifie pas pour autant que l’ordre public interviendrait de façon systématique : la plupart des droits admettant les pactes successoraux et testaments mutuels connaissent des limites au principe d’irrévocabilité, et la liberté testamentaire du *de cujus* n’est pas toujours *de facto* remise en cause par le pacte.

b) Une place limitée

152. En droit germanique, l’irrévocabilité des pactes successoraux et testaments conjonctifs est très encadrée.

Tout d’abord, en droit allemand, en ce qui concerne les testaments conjonctifs contenant des dispositions mutuelles, il est possible de les révoquer jusqu’au décès du conjoint³⁷² au moyen d’une déclaration authentique reçue par un notaire et dont une expédition est délivrée par huissier à l’autre époux³⁷³. Au décès d’un des conjoints, le survivant pourra même récupérer sa liberté testamentaire s’il refuse les avantages qui lui ont été consentis³⁷⁴. La liberté testamentaire du testateur dans le cadre d’un testament conjonctif allemand est donc préservée et l’ordre public international ne devrait donc pas s’y opposer.

Ensuite, en ce qui concerne les pactes successoraux, les parties peuvent prévoir une possibilité de révocation unilatérale par le testateur dans leur contrat³⁷⁵. Si une telle clause existe dans le pacte, sa conformité à l’ordre public international ne pourrait donc faire de doute, puisque la liberté testamentaire du testateur ne serait pas atteinte ici non plus.

³⁷¹ A. Rothel, « La liberté de tester en droit allemand », *Rev. Int. Dr. Comparé*, 2011, 1, p. 39-52

³⁷² §2271 BGB

³⁷³ « Les successions en droit comparé », Actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille), Cridon Lyon, sous la direction de Z. Angel-Lioger et Emanuele Calo, p. 35 (droit allemand)

³⁷⁴ « Les successions en droit comparé », *Ibid* ; § 2271 al 2 BGB ; P. Wautelet, *Droit et Patrimoine*, 1er avril 2015, n° 246,

³⁷⁵ Art. 2293 BGB ; D. Schwab, P. Gottwald, S. Lettmaier, *Family and succession law in Germany*, p. 370; le bénéficiaire n’a en revanche pas le même droit

Il est aussi possible qu'une disposition contractuelle instituant un legs ou une charge soit révoquée par le testateur, lorsque le gratifié se rend coupable d'une faute qui permettrait de l'exhérer en tant qu'héritier réservataire, ou autoriserait à l'exhérer s'il était descendant du disposant³⁷⁶.

Il en va de même en droit suisse, la révocation unilatérale pour cause d'exhérédation³⁷⁷ est possible. L'aliénation de la liberté testamentaire du *de cuius* est en outre limitée à certains domaines : il ne peut valablement se lier par pacte successoral sur la reconnaissance d'un enfant³⁷⁸, l'exhérédation³⁷⁹, la désignation d'un exécuteur testamentaire³⁸⁰ et la révocation d'une disposition de dernière volonté. Si elles figurent dans un pacte successoral, ces dispositions ne seront valables que si elles ont un caractère unilatéral et révocable³⁸¹.

Les pactes sont enfin généralement conclus à titre onéreux. Or, « prestation et contre-prestation sont dans un rapport de réciprocité analogue à celui qui existe dans un contrat synallagmatique. Si la contre-prestation doit être fournie entre vifs et qu'elle ne l'est pas, celui à qui elle est due doit pouvoir réagir et au besoin, remettre en cause le pacte. C'est ce que prévoit l'article 514 du code civil suisse en autorisant le lésé à résilier le pacte en conformité avec le droit des obligations »³⁸². Le pacte peut donc être résilié pour cause d'inexécution.

La caducité du pacte pourra enfin être obtenue en certaines circonstances : le prédécès de l'héritier ou du légataire, l'indignité, la modification de la situation familiale du *de cuius* (mariage, partenariat, survenance d'un enfant)³⁸³.

153. En droit anglais, les testaments mutuels (*mutual wills*)³⁸⁴ peuvent aussi être révoqués dans certaines circonstances : tant que les testateurs sont en vie, la révocation unilatérale par l'un d'eux est possible à condition qu'elle soit communiquée à l'autre³⁸⁵. Après le décès de l'un des époux, la question de la libre révocabilité est en revanche plus complexe : la

³⁷⁶ Art. 2294 BGB ; H.-W. Kornicker, « V° Allemagne - Fasc. 25 : ALLEMAGNE. – Droit civil. – Successions et donations », *Jurisclasseur droit comparé*, n°67 et 69

³⁷⁷ Le cocontractant qui se rend coupable d'une cause d'exhérédation (dont les conditions sont analogues à celles de l'héritier réservataire, art. 513 al 2 c. civil suisse) après la conclusion du pacte pourra se voir privé de son expectative

³⁷⁸ Art. 260 al 3 c. civil suisse

³⁷⁹ Art. 477 à 480 c. civil suisse

³⁸⁰ Art. 517 c. civil suisse

³⁸¹ P.-H. Steinauer, *Le droit des successions*, Précis de droit Stampfli, p. 309, n°610

³⁸² P.-H. Steinauer, précité, p. 363, n°736a

³⁸³ En cas de modification de la situation familiale du *de cuius*, la caducité n'est toutefois pas automatique. En droit allemand, l'erreur du *de cuius* est présumée (§ 2079 BGB), et en droit suisse les dispositions peuvent être annulées si la preuve est faite que le *de cuius* ne les aurait pas prises s'il avait su que sa liberté de disposer serait par la suite réduite (article 516 du code civil suisse - P.-H. Steinauer, *Le droit des successions*, précité, p. 366, n°741)

³⁸⁴ assimilés aux pactes successoraux dans le règlement (art. 3 §1, b)

³⁸⁵ A. Bonomi, précité, *Droit et Patrimoine* 2015

jurisprudence semble considérer que dans certains cas, la réciprocité qui sous-tend de telles dispositions est telle qu'elle empêche toute révocation³⁸⁶.

154. En définitive, ce n'est donc qu'aux termes d'une approche circonstanciée, au cas par cas, de chaque pacte, que l'on pourra conclure à sa conformité (ou non) à l'ordre public international français³⁸⁷. La place de l'ordre public international en la matière reste toutefois assez mince, dans la mesure où celui-ci ne devrait que rarement remettre en cause le pacte. En effet, dans la plupart des droits successoraux qui les admettent, la liberté de tester est souvent préservée³⁸⁸.

³⁸⁶ P. Wautelet, « L'Union européenne et le testament conjonctif : la fin des incertitudes », Dr. et patrimoine 2015, p. 40

³⁸⁷ Lorsque la liberté de tester du défunt sera réellement engagée, l'intervention de l'ordre public devrait par ailleurs être conditionnée à l'existence de liens de proximité avec le for (*Cf. infra*, n°606)

³⁸⁸ Il faudra toutefois le vérifier aux termes d'une approche *in concreto* de la loi étrangère, celle-ci laissant en effet une très grande marge de liberté au disposant, elle apparaît suspecte, *cf. supra*, n°90 s.

155. *Conclusion du chapitre.* –

Le principe de prohibition des pactes sur succession future a sans aucun doute perdu du terrain, et même de sa légitimité, en droit interne. De plus en plus de pactes successoraux sont admis par le législateur, si bien qu'il est difficile aujourd'hui de justifier le principe général de prohibition. Leur intérêt, familial et économique, est par ailleurs mis en avant par la pratique, qui réclame un renversement du principe d'interdiction en un principe d'autorisation générale. Deux obstacles, fondateurs du principe de prohibition, se dressent toutefois encore face à l'admission totale : la protection du consentement du disposant, mais surtout la protection de la liberté testamentaire du *de cujus*. En concluant un pacte avec autrui sur sa succession future, le défunt aliène une grande partie de sa liberté et restreint pour l'avenir son droit de disposer.

Or, on ne peut exclure que la protection de la liberté testamentaire trouve un certain écho dans l'ordre international et vienne trouver une place au rang des principes défendus par l'ordre public international français. Bien que ni la jurisprudence française, ni le règlement européen ne semblent favorables à ce qu'une loi étrangère autorisant les pactes successoraux puisse être évincée sur le fondement de l'exception d'ordre public, une telle possibilité ne peut complètement être écartée. En effet, il existe une ambiguïté inhérente au pacte successoral : en même temps qu'il donne plein effet à l'exercice de la volonté du *de cujus*, il réduit le champ de sa liberté testamentaire. La contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui n'encadre pas suffisamment la volonté du disposant pourrait donc apparaître aux termes d'une appréciation *in concreto*, le but étant ici de protéger le consentement et la liberté de tester du *de cujus*.

La liberté testamentaire du *de cujus* est ainsi fortement protégée par l'ordre public international, ce qui n'est en revanche pas le cas de la réserve héréditaire.

Chapitre 2

Le rapport déséquilibré entre l'ordre public réservataire et la liberté du de cujus

156. La liberté testamentaire prend une ampleur sans précédent à l'échelle internationale. Si sa force repose sur des fondements solides, incontestés aujourd'hui, il n'en va pas de même pour les limites traditionnellement posées à la liberté du *de cujus*. Contrairement à la quotité disponible, symbole du droit et de la liberté de transmettre (section 1), la réserve héréditaire n'est en effet pas protégée par l'ordre public international (section 2).

Section 1. Le droit et la liberté de transmettre : la protection forte de la quotité disponible

157. Deux types de lois peuvent porter atteinte à la liberté testamentaire du défunt : celles qui réfutent le principe de la succession privée (§1) et celles qui ignorent ou limitent fortement le droit de tester (§2). Toutes seraient considérées comme contraires à l'ordre public international ; on en trouve toutefois bien peu d'exemples dans le paysage juridique international.

§1 La protection internationale de la succession privée

158. Le droit de transmettre ses biens est-il d'ordre public international ? Une loi étrangère qui ignorerait le principe même de la transmission successorale serait-elle évincée ? Le principe de la succession privée n'est plus guère remis en cause aujourd'hui et paraît évident dans la plupart des pays. Le droit de transmettre est bien ancré dans notre ordre juridique et se fonde sur des justifications familiales, économiques et psychologiques³⁸⁹ qui ne sont plus contestées aujourd'hui. Les juristes du début du XXème siècle déclaraient ainsi « nous ne croyons pas utile de discuter le principe même de la législation des successions, c'est-à-dire la question de savoir s'il est bon et légitime que les biens d'un défunt passent après sa mort à ses héritiers au lieu de retomber dans le domaine de la collectivité. Le principe de l'héritage est

³⁸⁹ V. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., p. 26-27

tellement enraciné depuis des siècles et des siècles dans nos idées et dans nos mœurs que les théoriciens qui l'attaquent accomplissent à notre avis une œuvre vaine et puérile »³⁹⁰.

159. Le seul exemple de loi ignorant le droit à l'héritage a été donné par les anciennes lois successorales de l'Union soviétique. Celles-ci limitaient très fortement la part successorale pouvant être transmise, le reste revenant à l'État. C'est ainsi que dans un jugement ancien de 1934 avait été mise en cause la règle du code civil soviétique limitant à 10.000 roubles le montant du patrimoine successoral transmissible³⁹¹. Elle fut jugée contraire à l'ordre public international français, au motif que « la limitation par la loi soviétique à 10.000 roubles de tout émolument successoral, quelle que soit l'importance de la succession, ne saurait être considérée comme une taxe successorale, ou un droit de mutation, mais comme une véritable spoliation, dont les tribunaux français ne sauraient faire état ». Le droit de transmettre est en effet un élément constitutif du droit de propriété, protégé conventionnellement³⁹² et constitutionnellement comme un « droit naturel et imprescriptible de l'homme »³⁹³. Le droit de propriété n'aurait rien de perpétuel si les biens du titulaire revenaient systématiquement à l'État à la fin de sa vie. Nul doute par conséquent que le principe de succession privée est protégé par l'ordre public international.

Le droit de propriété implique aussi le droit de tester, autrement dit, un principe de liberté testamentaire.

§2 La protection internationale de la succession testamentaire

160. Il existe sans doute un droit de disposer (A), et celui-ci est d'autant plus important qu'il ne semble pas qu'il existe de droit à l'héritage (B).

A. L'existence d'un droit de disposer

³⁹⁰ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1^{ère} éd., t. 3, n°861, cité par M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°33

³⁹¹ Paris, 13 mars 1934, JDI 1934. 1207

³⁹² Article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme

³⁹³ Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1958

161. Si la succession privée est le corollaire du droit de propriété, la succession testamentaire l'est aussi : le défunt peut non seulement transmettre, mais aussi décider de ses successeurs.

162. Le droit de disposer de ses biens a été progressivement élevé au rang de droit de l'homme, celui-ci étant associé au droit de propriété, protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁹⁴. « Logiquement (...), si le droit de disposer est une prérogative du droit de propriété et si le droit de propriété est un droit à valeur fondamentale, le droit de disposer devrait bénéficier de cette valeur supérieure »³⁹⁵.

Ce lien entre droit de disposer et droit de propriété a été confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Marckx*³⁹⁶ : le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété, sur le fondement de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel à son tour est venu l'affirmer : la garantie constitutionnelle de la propriété implique le droit d'en disposer³⁹⁷.

163. Au droit de disposer, est attachée la liberté testamentaire ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne l'indique expressément : l'article 17 consacré au droit de propriété précise en effet que « toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer ». Une loi qui ne connaîtrait que la succession légale, empêchant ainsi le défunt de tester, serait donc sans nul doute jugée contraire l'ordre public international. On n'en trouve cependant peu d'exemple en droit comparé. Même les droits musulmans, qui n'accordent qu'une très faible place à l'autonomie de la volonté³⁹⁸, connaissent une quotité disponible. Elle est généralement fixée à

³⁹⁴ Le droit de disposer est, depuis le code civil de 1804, explicitement rattaché au droit de propriété puisque le droit successoral occupe le Titre Ier du Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » (Claire-Marie Pégliion-Zika « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? » RTD civ. 2018. p. 1

³⁹⁵ C-M. Pégliion-Zika « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? » RTD civ. 2018. 1

³⁹⁶ CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, série A, no 31, § 63

³⁹⁷ Cons. Const. Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983 ; Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel reconnaît le droit de disposer comme un « attribut essentiel du droit de propriété ».

³⁹⁸ D'après les préceptes islamiques, la personne ne s'appartient pas, elle n'appartient qu'à Dieu. C'est donc la loi, issue du Coran, qui décide pour la personne du sort de ses biens (Colloque de Roubaix du 28 novembre 2017, « De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », JCP N, 2018, 1247). Pour les mêmes raisons, les héritiers ne peuvent en principe pas renoncer non plus à la succession ; v. en ce sens l'article 329 de la *moudawana marocaine* : « *Les causes de la successibilité, comme les liens conjugaux et les liens de parenté, sont des causes légales et non pas conventionnelles ou testamentaires. Ni l'héritier, ni son auteur ne peuvent renoncer à leur qualité d'héritier ou d'auteur. Ils ne peuvent s'en désister en faveur d'autrui.* ». Par conséquent, un héritier qui ne pourrait renoncer à une succession déficitaire sur le fondement de la loi marocaine pourrait-il invoquer l'exception d'ordre public ? La question n'a à notre connaissance jamais été posée en jurisprudence.

un tiers des biens³⁹⁹, mais le de cujus ne peut léguer qu'à des personnes qui ne sont pas ses héritiers, dans un but caritatif. La liberté testamentaire en droit musulman est donc très limitée ; est-ce à dire que l'inefficacité du testament édicté par le défunt sous l'empire de la charia serait jugée contraire à l'ordre public international ? Prenons l'exemple d'un algérien, de confession musulmane qui décède alors qu'il a sa résidence habituelle en Algérie, mais de nombreux biens en France. Il n'a pas d'enfants mais une épouse à qui il lègue aux termes d'un testament établi en France l'intégralité de sa succession. Il a aussi des frères et sœurs. La loi applicable à sa succession est la loi algérienne⁴⁰⁰. Or, en droit islamique, le principe est celui de la succession *ab intestat*, que le testament ne peut venir que compléter. L'épouse ne peut pas recevoir plus d'un quart de la succession, et en présence de frères et sœurs du défunt, ces derniers se voient attribuer les trois quarts restants. La volonté du défunt ne pourrait donc pas être respectée sous l'empire de la loi coranique ; devrait-on dès lors faire jouer l'exception d'ordre public sur le fondement du principe essentiel qu'est la liberté testamentaire ? Nous ne le pensons pas. La nécessité d'une succession testamentaire n'empêche pas le législateur de la réglementer. La Cour EDH l'a expressément reconnu dans l'arrêt *Markcx* : l'intérêt général peut conduire le législateur à « réglementer l'usage des biens dans le domaine des libéralités ». Ainsi, si la liberté testamentaire ne peut être totalement supprimée, elle peut être réduite, comme le fait aussi le droit français, en conjuguant succession testamentaire et succession légale à travers l'instauration d'une réserve héréditaire. La succession n'étant pas qu'une affaire privée, l'État s'accorde le droit de s'en mêler⁴⁰¹.

La succession légale n'est néanmoins pas autant protégée que la succession testamentaire.

B. L'absence de droit à l'héritage

164. La Cour de Strasbourg a expressément affirmé dans l'arrêt *Marcxk* que ni le droit au

³⁹⁹ V. par exemple le droit successoral marocain : L'article 277 du Code de la famille permet au de cujus de tester sur le tiers de ses biens (le testament est l'acte "par lequel son auteur constitue, **sur le tiers de ses biens**, un droit exigible à sa mort") ; F. Sarehane, « V° Législation comparée : Maroc - Fasc. 25 : MAROC. – Droit de la famille : droit commun. – Successions. Testament. Donation », *Juriclasseur Droit Comparé*

⁴⁰⁰ Aucun renvoi ne joue

⁴⁰¹ « Il ne fait pas de doute que pour les auteurs de l'époque du code civil la loi successorale est une loi éminemment politique, plus exactement un droit privé d'essence politique » F. Audren, « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire », *Revue d'histoire du XIXème siècle*, n°48, 2014/1, pp. 47-61 ; Dans l'esprit des rédacteurs du code civil en effet, « tout ce qui regardait le mode de partage des successions n'était que droit civil ou politique » Jean-Etienne-Marie Portalis cité par Philippe Steiner, in « L'héritage au XIXème siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique* 2008/1, Vol. 59, p. 75 à 97

respect de la vie privée et familiale défendu par l'article 8, ni le droit de propriété, ne garantissent le droit d'acquérir des biens par voie de succession ab intestat ou de libéralités⁴⁰². Il n'y a donc pas de droit à l'héritage. Certains ont toutefois cru en voir les prémices dans l'arrêt *Mazurek* rendu par la Cour EDH en 2000⁴⁰³. La Cour de cassation avait considéré que la vocation successorale de l'enfant adultérin était étrangère au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁰⁴. L'affaire fut donc portée par l'enfant devant la Cour EDH qui arguait de la contrariété de l'ancien article 760 du code civil⁴⁰⁵ non seulement à l'article 8 de la Convention mais aussi au droit de propriété que protège l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la convention⁴⁰⁶. C'est notamment en vertu de cet article 1^{er} que la Cour de Strasbourg condamna la France. Ce fondement fut contesté par la doctrine, l'enfant adultérin ne pouvait prétendre avoir été évincé de la propriété de ses biens puisqu'il n'en avait jamais été héritier : « la Cour a considéré que le requérant avait automatiquement acquis, du seul fait du décès de sa mère, des droits héréditaires sur la succession de cette dernière et qu'il en avait la propriété conjointe avec son demi-frère. Cependant, en vertu du droit français, ses droits n'étaient que du quart, de sorte qu'il ne pouvait prétendre avoir été évincé de sa propriété puisqu'il n'en était jamais devenu titulaire »⁴⁰⁷. L'ancienne législation française ne mettait donc pas en cause le droit de propriété de l'enfant adultérin mais posait la question de savoir si sa vocation successorale pouvait ou non être inégalitaire⁴⁰⁸. Il a dès lors été affirmé que « bien plus que le droit de propriété de l'héritier, c'est son droit à l'héritage que la Cour européenne des droits de l'homme a découvert dans un texte qui ne le prévoit aucunement »⁴⁰⁹.

⁴⁰² Cette affirmation a été confirmée par les arrêts ultérieurs, voir not. CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. no 68864/01 § 37. ; CEDH gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, req. no 16574/08 § 50 dans lequel la Cour affirme que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas la reconnaissance d'un droit général à des libéralités ou à une certaine part de la succession de ses auteurs.

⁴⁰³ CEDH 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, D. 2000. 332, note J. Thierry ; ibid. 626, chron. B. Vareille ; RDSS 2000. 607, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2000. 311, obs. J. Hauser ; ibid. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 601, obs. J. Patarin.

⁴⁰⁴ Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-14.858, D. 1998. 453, note L. Brunet ; ibid. 1997. 275, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RTD civ. 1996. 873, obs. J. Hauser ; ibid. 1997. 542, obs. J.-P. Marguénaud.

⁴⁰⁵ D'après lequel les droits successoraux de l'enfant adultérin sont diminués lorsqu'il se trouve en concours avec la famille légitime, malgré le principe d'égalité des filiations posé par l'ancien article 334 du code civil.

⁴⁰⁶ Selon lequel « toute personne a droit au respect de ses biens »

⁴⁰⁷ C-M. Péglion-Zika, « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? » RTD civ. 2018. p. 1, citant M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 156, note 179 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd., 2015, n° 100, n° 4.

⁴⁰⁸ H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd., 2015, n° 100, n° 4.

⁴⁰⁹ F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les Libéralités*, 4^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis droit privé », 2014, n° 33.

L'existence d'un droit à l'héritage fut encore évoquée à la suite de l'arrêt *Fabris c/ France*⁴¹⁰ lorsque la France fut condamnée une nouvelle fois pour ne pas avoir appliqué les dispositions de la loi nouvelle du 3 décembre 2001 aux successions déjà liquidées : seul le droit à hériter des enfants naturels et adultérins, fondé sur le droit de propriété de l'héritier, pouvait prévaloir sur l'exigence de sécurité juridique⁴¹¹.

Cette analyse tend cependant à confondre droit de propriété, droit fondamental, et droit à la propriété qui ne peut y être assimilé. Il n'emporte pas de droit à l'héritage, et un arrêt de la Cour européenne de 2008 apporte une précision éclairante en ce sens⁴¹² : il affirme que l'article 1^{er} du premier protocole "consacre le droit de chacun au respect de "ses" biens » et que « cette disposition ne vaut que pour les "biens actuels" et ne garantit pas le droit d'en acquérir par voie de succession ab intestat ou de libéralités ». Ainsi, « au moment du décès de leur père, les requérantes n'avaient aucun droit héréditaire sur sa succession », de telle sorte que « son patrimoine n'était donc pas leur propriété ».

Le fondement de l'article 1^{er} du protocole additionnel n'est d'ailleurs pas apparu dans toutes les décisions de la Cour EDH sur la question des droits patrimoniaux égalitaires des enfants : si l'arrêt *Merger et Cross* se fonda certes sur l'article 1^{er} du protocole et sur l'article 8 de la CEDH⁴¹³ ; dans les arrêts *Camp et Bourimi*⁴¹⁴ et *Pla et Puncerneau*⁴¹⁵ seul l'article 8 protégeant le droit à la vie privée et familiale fut visé.

On ne peut donc affirmer qu'il existe un droit de l'homme à hériter⁴¹⁶, et il serait de toute façon bien difficile de le concilier avec le droit de disposer du *de cuius*⁴¹⁷. Ainsi qu'a pu le remarquer

⁴¹⁰ CEDH 7 févr. 2013, n° 16574/08, *Fabris c/ France*, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2013. 434, obs. I. Gallmeister ; ibid. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 189, obs. N. Levillain ; RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 358, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 22 mars 2017, n° 16-13.946, D. 2017. 704 ; AJ fam. 2017. 366, obs. J. Casey ; RTD civ. 2017. 364, obs. J. Hauser ; ibid. 458, obs. M. Grimaldi.

⁴¹¹ C-M. Péglion-Zika, précitée, RTD civ. 2018, p. 1

⁴¹² CEDH 21 oct. 2008, n° 44421/04, *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c/ France*, RTD civ. 2009. 288, obs. J.-P. Marguénaud.

⁴¹³ CEDH 22 déc. 2004, n° 68864/01, *Merger et Cros c/ France*, RTD civ. 2005. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 21 juill. 2011, n° 16574/08, *Fabris c/ France*, D. 2011. 2036, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2011. 556, obs. C. Vernières ; RTD civ. 2011. 732, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 753, obs. J. Hauser

⁴¹⁴ CEDH 3 oct. 2000, n° 28369/95, *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas* ; CEDH 28 mai 2009, n° 3545/04, *Brauer c/ Allemagne*, RTD civ. 2009. 677, obs. J.-P. Marguénaud

⁴¹⁵ CEDH 13 juill. 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, D. 2005. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; ibid. 2114, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; RTD civ. 2004. 804, obs. J.-P. Marguénaud .

⁴¹⁶ V. toutefois CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, D. 2014. 1797, F. Chénédé, D. 2014. 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Clunet* 2014, comm. 16, J. Guillaumé, pt 98, dans lequel la Cour relève une atteinte à « l'identité filiale », résultant du fait que les enfants issus de GPA n'ont pas les mêmes droits successoraux à l'égard de leur parent d'intention que si leur filiation avait été établie en France. Le recours à une convention de gestation pour autrui ne peut conduire à écarter les enfants concernés de leur qualité d'héritier de la succession de leurs parents. On pourrait donc voir dans le droit de succéder un élément de l'identité filiale protégé par la Convention EDH, et donc un droit à hériter de ses parents.

⁴¹⁷ V. en ce sens C-M. Péglion-Zika, précitée, RTD civ. 2018, p. 1 : « En effet, si le droit de l'homme à hériter devait exister avant même la mort du de cuius, la question se poserait de sa conciliation avec le droit fondamental de disposer de ce

un auteur, « admettre un droit à l'héritage autoriserait une certaine ingérence des successibles dans le patrimoine du *de cuius*, ce qui n'est pas tolérable »⁴¹⁸.

165. Dès lors, si la quotité disponible ne peut être supprimée par le législateur, la réciproque n'est pas vraie pour la réserve héréditaire. Cette dernière n'est protégée ni constitutionnellement ni conventionnellement⁴¹⁹, le législateur peut donc y porter atteinte⁴²⁰. Un auteur avait ainsi affirmé, à la suite de la réforme du 23 juin 2006, qu'il ne serait pas « inconcevable que la réserve héréditaire soit abolie, en tant qu'obstacle à la circulation des richesses et entrave au droit de propriété »⁴²¹.

Section 2. Le droit de recevoir : la protection faible de la réserve

166. Le droit français, et de nombreux pays de tradition civiliste, n'ont pas voulu laisser une totale liberté testamentaire au défunt qui aurait pu confiner à la fantaisie et au caprice de l'individu, au détriment de la famille, au sein de laquelle la transmission est le ciment. Afin de maîtriser cette liberté, et d'en corriger éventuellement ses effets, le législateur a toujours maintenu l'idée d'une réserve héréditaire⁴²². Son intérêt et sa légitimité même sont toutefois remis en cause aujourd'hui en droit interne (§1), ce qui n'est pas sans répercussion sur le plan international (§2).

dernier. On sait que lorsque deux droits de même valeur normative sont en conflit, il est fait devoir au juge de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Or il est difficile d'imaginer concrètement une hypothèse dans laquelle le droit de l'homme à hériter serait préféré au détriment du droit de propriété du *de cuius* ».

⁴¹⁸ S. Le Chuiton, « Les droits successoraux des enfants adultérins : la France à nouveau condamnée (CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France*) », *Dr. fam.* 2005. Étude 17.

⁴¹⁹ *Contra* : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, précités, n° 9 selon lesquels la réserve serait protégée par le Préambule de la Constitution de 1946 qui prévoit que « La Nation assure [...] à la famille les conditions nécessaires à son développement ».

⁴²⁰ Ce qu'il a d'ailleurs fait pour la réserve des ascendants dans la loi du 23 juin 2006.

⁴²¹ P. Catala, « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jean Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 229 et s., spéc. p. 240

⁴²² La volonté de limiter la volonté du défunt est ainsi résumé par Mirabeau : « Eh quoi ! n'est ce pas assez, pour la société, des caprices et des passions des vivants ? Nous faut-il encore subir leurs caprices, leurs passions, quand ils ne sont plus ? N'est ce pas assez que la société soit actuellement chargée de toutes les conséquences résultant du despotisme testamentaire depuis un temps immémorial jusqu'à ce jour ? Faut-il que nous lui préparions encore tout ce que les testateurs futurs peuvent y ajouter de maux par leurs dernières volontés, trop souvent bizarres, dénaturées même ? N'avons-nous pas vu une foule de ces testaments, ou respiraient tantôt l'orgueil, tantôt la vengeance, ici un juste éloignement, là une prédilection aveugle ? (...) Combien de ces actes, signifiés aux vivants par les motifs, où la folie semble le disputer à la passion ; où le testateur fait de telles dispositions de sa fortune, qu'il n'eut osé, de son vivant, en faire de confiance à personne ; des dispositions telles, en un mot, qu'il a besoin, pour se les permettre, de se détacher entièrement de sa mémoire et de penser que le tombeau serait son abri contre le ridicule et les reproches ! » (cité par M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°47)

§1 En droit interne

167. La réserve héréditaire semble « d'un autre temps » dans notre société actuelle, emprunte de philosophie individualiste et libérale, propice à la « flexibilisation » du droit des successions (A). C'est dans ce contexte que la loi du 23 juin 2006 a transformé la réserve au point d'être présentée comme une annonce de son déclin⁴²³ (B).

A. Le contexte général de « flexibilisation » du droit des successions

168. La « modernisation » et la « flexibilisation » du droit passe sans nul doute par le développement de l'autonomie de la volonté et l'assouplissement du cadre impératif. La réserve apparaît donc anachronique face aux discours individualistes et libéraux (1). Plusieurs stratégies se développent aussi en pratique pour contourner l'institution, ce qui participe à son repli (2).

1) Le contexte individualiste et libéral

169. Le contexte actuel n'est pas favorable à la réserve héréditaire. Les justifications qui lui sont données paraissent faire peu de poids face aux arguments relatifs à la liberté de disposer, au droit de propriété et au pouvoir de la volonté.

170. La volonté de protéger économiquement les parents proches a depuis longtemps été contestée, du moins depuis qu'il existe un État providence. E. Vassilikakis s'interrogeait ainsi : « on peut se demander si (la volonté législative de protéger les membres de la famille du *de cuius*) continue à être valable dans les sociétés post-industrielles actuelles. En effet, la famille a été depuis longtemps progressivement dépourvue de sa fonction économique imposant la transmission interne des biens accumulés dans le cadre d'un effort commun »⁴²⁴. La réserve apparaît comme « une limite aux pouvoirs du *de cuius*, que notre culte de l'individualisme accepte mal »⁴²⁵, étant donné notamment « l'affaiblissement des liens personnels entre

⁴²³ F. Sauvage, «Le déclin de la réserve héréditaire précité par la loi du 23 juin 2006», *JCP N* 2008 I, 1248; P. Catala, «La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple», *Dr. famille* 2006, étude 43; P. Catala, «Prospective et perspectives en droit successoral», *JCP N* 2007 I, 1206

⁴²⁴E. Vassilikakis, «La professio juris dans les successions internationales» in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 812, spéc., p. 813

⁴²⁵R. Libchaber, «Des successions en quête d'avenir», *précité*.

membres de la même famille »⁴²⁶. Il n'y aurait plus forcément de corrélation entre liens de famille et liens affectifs, et donc entre liens familiaux et liens pécuniaires. Or, le *de cuius* doit pouvoir transmettre ses biens à ceux qu'il aime le plus⁴²⁷, et il est plus à même d'identifier ces derniers que le législateur, qui ne fait que présumer.

Les arguments démographiques sont aussi avancés : l'accroissement de l'espérance de vie réduit considérablement « l'importance que revêtait pour la société la dévolution successorale en faveur des proches : la protection de descendants quinquagénaires, voire sexagénaires, ne devrait pas primer la liberté de disposer »⁴²⁸.

Enfin, la réserve est présentée comme un frein à l'économie et à la philanthropie. De plus en plus de voix s'élèvent pour une suppression pure et simple de la réserve héréditaire⁴²⁹. Selon elles, la volonté individuelle devrait être maître absolue, à même de déterminer qui est le plus aimé ou aimant, ou encore le plus légitime à recevoir l'héritage.

A ces arguments, s'ajoute la facilité avec laquelle la réserve est contournée en pratique en droit interne.

2) Les stratégies de contournement de la réserve

171. De nombreuses stratégies patrimoniales permettent de contourner la réserve⁴³⁰, le pacte

⁴²⁶E. Vassilakakis, *précité*

⁴²⁷C'est déjà ce qu'exprimait Bigot de Préameneu : « Il est difficile de convaincre celui qui est habitué à se regarder comme maître absolu de sa fortune, qu'il n'est pas dépouillé d'une partie de son droit de propriété lorsqu'on veut l'assujettir à des règles, soit sur la quantité des biens dont il entend disposer, soit sur les personnes (qui sont l'objet de son affection), soit sur les formes avec lesquelles il manifeste sa volonté (...) c'est ce sentiment d'une pleine liberté qui fait prendre à l'industrie tout son essor et braver tous les périls. Celui-là ne croit ne travailler que pour soi et ne voit point de terme à ses jouissances quand il est assuré que les produits de son travail ne seront transmis qu'à ceux (qu'il déclarera être les objets de son affection) » Bigot de Préameneu, Fenet, t. XII, p. 509 et 530, cité par M. Grimaldi, *Droit des successions*, *précité*, n°44

⁴²⁸R. Libchaber, *précité*

⁴²⁹V. not. en ce sens, C. Bébéar, Président de l'Institut Montaigne, « Droit des successions : le plus simple serait de donner la liberté de tester » article paru au journal *Le Monde*, dans l'édition du 24.02.12; « Il n'est pas normal que des enfants qui ne s'occupent pas de leurs parents se présentent à leur mort pour toucher l'héritage. Il y a une vraie logique à donner au plus compétent ou à celui qui a un projet à développer. La quotité disponible a été instituée sous la Révolution en réaction contre l'Église, qui était accusée de vouloir faire main basse sur les fortunes. Ce temps est révolu ! »; v. aussi V. D. Borrillo, *La famille par contrat, La construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF Génération libre, 2018, spéc. p. 99: « La réserve est une entrave à la liberté du propriétaire qu'il serait temps d'abolir. Dans l'état actuel du droit, si un homme veuf avec deux fils adultes auxquels il a assuré un futur économique en leur donnant une éducation universitaire de qualité décide de faire un testament pour laisser tous ses biens à une fondation caritative, par exemple, cet acte sera nul (...) Les fils s'enrichiront ainsi, sans aucun effort, et la société se trouvera privée d'un don particulièrement utile »; pour une réponse à ces critiques, v. M. Pichard, « La réserve et l'enfant », D. 2019, p. 2002

⁴³⁰V. not. P. Cénac et C. Peyroux, « La mort de la réserve héréditaire ? », JCP N 2011, 1092 ; E. Fongaro, « La préparation d'une succession internationale. - Ou l'art subtil d'éviter la réserve héréditaire », JCP N 2008, 1221 ; v. aussi A-G Kson-Bouvet, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants*, Thèse, Paris II Assas, 2018

tontinier et l'assurance-vie font partie des plus classiques.

172. « De plus en plus souvent, des sujets de nationalité étrangères, britanniques, allemands, néerlandais, belges, couples mariés ou non mariés, souhaitent acquérir un immeuble en France sous la forme d'un pacte tontinier »⁴³¹, équivalent du « *joint tenancy* » en droit anglais, sorte de copropriété dans laquelle le survivant devient seul propriétaire des biens détenus en commun au décès de l'autre. L'acquisition en tontine va en effet permettre d'éluder les règles successorales impératives ; l'immeuble acquis par le biais d'une clause d'accroissement ne figurera pas dans la masse successorale du prémourant, le survivant étant présumé avoir été seul acquéreur du bien. Fiscalement, l'opération peut cependant se révéler désavantageuse. En effet, l'administration fiscale appréhende la tontine comme une transmission à titre gratuit, qui sera taxée en tant que telle⁴³². Par conséquent, si « sur le plan civil, la tontine peut permettre d'éluder l'application des règles françaises sur la réserve, il n'est pas certain que fiscalement le recours à une clause d'accroissement soit toujours opportun »⁴³³. La pratique notariale propose toutefois une solution pour que les prescriptions du code général des impôts ne jouent pas : apporter le bien à une SCI et insérer la clause d'accroissement dans les statuts⁴³⁴.

173. Plus intéressante encore est l'assurance-vie, « outil de transmission privilégié »⁴³⁵, « placement préféré des français », mécanisme de contournement de la réserve désormais courant. L'article 132-12 du code des assurances dispose que « le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ». Dès lors, les sommes investies dans le contrat d'assurance-vie n'entreront pas dans la succession et leur montant ne sera pas incorporé à la masse de calcul pour déterminer le montant de la réserve et de la quotité disponible. Si on

⁴³¹M. Revillard, *Droit international privé et communautaire, pratique notariale*, Defrénois, 9e éd., 2018, p. 500

⁴³²Art. 754 A du CGI : « les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants, de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputées transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement ». Cette disposition ne vaut pas cependant lorsque le bien recueilli est l'habitation principale commune aux deux acquéreurs, et si sa valeur est inférieure à 76 000 euros (Art. 754 A al. 2 CGI)

⁴³³E. Fongaro, « La préparation d'une succession internationale. - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N* 2008, 1221

⁴³⁴Le risque cependant est que l'administration fiscale y voit un abus de droit

⁴³⁵Ph. Delmas Saint Hilaire, « Les maux de l'assurance-vie », *JCP N* 2012, 1200

comprend que cette règle puisse s'appliquer aux contrats aléatoires type « assurance-décès »⁴³⁶, l'aléa est moins évident en ce qui concerne les contrats d'assurance-vie de placement. On y a en effet vu des contrats de capitalisation, dans lesquels le caractère aléatoire est difficile à justifier : le capital « assuré » est versé au souscripteur en cas de vie ou aux bénéficiaires désignés en cas de décès⁴³⁷. La Cour de cassation a cependant confirmé qu'il s'agissait bien d'un contrat aléatoire et non une libéralité, dans la mesure où ses effets dépendent d'un événement futur et incertain (la durée de vie humaine) : « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 20 du Code des assurances, et constitue un contrat d'assurance sur la vie »⁴³⁸.

Dès lors, l'assurance-vie constitue un instrument utile pour contourner aisément la réserve, en toute légalité : le capital ou la rente constitués ne font pas partie de la succession de l'assuré et ils ne sont pas soumis aux règles du rapport à la succession, ni à celles de la réduction à la réserve des héritiers du contractant.

Deux limites ont toutefois été posées par la Cour de cassation et le législateur⁴³⁹. Aux termes de la première, le contrat peut être requalifié en libéralité. Certaines circonstances remettent en effet en cause l'aléa et révèlent « la volonté du souscripteur de se dépouiller irrévocablement »⁴⁴⁰. Ce sera le cas lorsque le souscripteur aura connaissance de sa maladie lors de la souscription du contrat, lorsque les primes versées seront trop importantes ou que le bénéficiaire sera substitué peu de temps avant le décès⁴⁴¹. La deuxième limite tient au caractère manifestement exagéré des primes. L'article L. 132-13 du Code des assurances dispose en effet que « Le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ». Mais dès lors, seuls quelques contrats « souscrits sur le lit

⁴³⁶ Opération de prévoyance couvrant un aléa pendant une période déterminée

⁴³⁷ P. Cénac et C. Peyroux, « La mort de la réserve héréditaire ? », JCP N 2011, 1092

⁴³⁸ Ch. Mixte, 23 nov. 2004, JCP G 2005 I, p. 253, obs. J. Ghestin; RTD civ. 2005, p. 434, obs. M. Grimaldi; Resp. civ. et assur. 2005, chr. 3, obs. F. Leduc et Ph. Pierre; D. 2005, p. 1905, note. B. Beignier

⁴³⁹ Le *de cuius* qui le souhaite peut aussi réintégrer l'assurance-vie à sa succession par le biais d'un testament.

⁴⁴⁰ Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007 ; Ph. Pierre et R. Gentilhomme, « Assurance-vie : la donation entre vifs à l'épreuve de la mort du souscripteur », JCP N 2008, n° 24, 1222

⁴⁴¹ S. Hovasse, « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'État et de la Cour de cassation », JCP N 2010, n° 28, 1244. ; P. Cénac et C. Peyroux, « La mort de la réserve héréditaire ? », JCP N 2011, 1092

de mort »⁴⁴² ou dont les primes étaient manifestement excessives, n'échapperont pas aux règles de la réduction en cas d'atteinte à la réserve héréditaire.

De l'avis de nombreux auteurs, la loi du 23 juin 2006 constitue par ailleurs une excellente illustration de la « tendance à la modernisation et à la flexibilisation du droit des successions »⁴⁴³ et serait à l'origine de son déclin.

B. L'apparent déclin de la réserve

174. Le changement de physionomie de la réserve à l'issue de la réforme du 23 juin 2006 (2) ne peut se comprendre qu'au regard de ses fondements originaires (1).

1) Les fondements et origines historiques de la réserve

175. La réserve héréditaire trouve ses origines dans la conciliation de deux traditions : celle des pays de droit écrit (c'est-à-dire de droit romain) et celle des pays de coutume.

176. ***Les origines romaines de la réserve.*** - A l'époque classique romaine, le *pater familias* était libre de disposer de ses biens de son vivant comme après sa mort. C'est le *de cujus* qui attribuait la qualité de successeur, et non la loi⁴⁴⁴. Toutefois, sa liberté testamentaire fut progressivement limitée⁴⁴⁵. La *potestas* fut affaiblie au profit des liens du sang qui furent le nouveau fondement de la famille⁴⁴⁶. Ces liens justifiaient *l'officium pietatis*, devoir d'affection entre proches parents, à la charge du *de cujus*⁴⁴⁷. Ce devoir se manifestait sous l'apparence d'un devoir d'assistance ou de secours, venant limiter la liberté du testateur, et donnait naissance à une action, la « *querela inofficiosi testamenti* » au profit des descendants,

⁴⁴² ; P. Cénac et C. Peyroux, « La mort de la réserve héréditaire ? », JCP N 2011, 1092

⁴⁴³ J.-L. Van Boxstael et E. Fongaro, "Successions internationales, droit de prélèvement et exceptions d'ordre public. A propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris," *Revue de planification patrimoniale*, 2016, n°2

⁴⁴⁴ V. M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°280

⁴⁴⁵ « A la fin de la République, les centumvirs introduisent une pratique judiciaire permettant d'invalider un testament qui déshérite un proche parent sans motif. A posteriori, on justifie cette pratique par le sentiment d'affection qui doit présider aux rapports familiaux. Au départ, on sauvegarde l'apparence de liberté totale, considérant la légitime comme un correctif d'une volonté mal éclairée. Mais peu à peu, on accepte ouvertement le fondement réel de l'action, qui est que la liberté du testateur n'est pas absolue et que, en tant que telle, elle ne peut porter atteinte à certains principes, notamment les devoirs essentiels qui découlent des liens familiaux. Ce sont donc des considérations morales qui introduisent la légitime dans la famille romaine. L'institution est à peu près fixée dès le IIe siècle ap JC. » (M. Peguera Poch, *Aux origines de la réserve du code civil : la légitime en pays de coutume*, Thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 23 et s.)

⁴⁴⁶ M. Peguera Poch, précitée, p. 23

⁴⁴⁷ Traduction patrimoniale d'une nouvelle manière d'envisager les rapports familiaux (M. Peguera-Poch, précitée)

ascendants, et dans certains cas des frères et sœurs⁴⁴⁸.

Appelé « légitime », ce droit était attaché à la qualité de parent et non à celle d'héritier. Ayant droit à une « pars bonorum » (c'est à dire une partie des biens du défunt) les descendants ne pouvaient pas prétendre à une fraction en nature de la succession, mais à une action en complément contre les gratifiés à concurrence d'une fraction en valeur de la totalité de la succession. Il ne s'agissait donc pas d'un droit de nature successorale mais d'un droit de créance, justifié par la solidarité familiale. Ce droit ne faisait pas du créancier un héritier, mais lui donnait une action lui permettant de récupérer contre les gratifiés la valeur nécessaire pour parfaire sa *légitime*⁴⁴⁹. On parlerait donc aujourd'hui de légitime « en valeur » et non en nature. Son montant a varié au fil des législateurs, mais n'a jamais dépassé la moitié des biens du *de cuius*⁴⁵⁰. Elle dépendait, sous Justinien, du nombre d'enfants du *de cuius*, mais pas de la situation de besoin de ces derniers, ce qui la différencie de l'obligation alimentaire avec qui la légitime présente pourtant certaines similitudes. Elle traduisait un souci d'équité, « correspondant à l'évolution des mentalités et à la progression des idées chrétiennes, qui demandent aux parents d'aimer également tous leurs enfants »⁴⁵¹.

La légitime ne survivra pas à l'époque romaine, elle sera inconnue des droits barbares et du droit franc. Elle ne sera redécouverte qu'au XII^{ème} siècle, dans le midi, avec la renaissance du droit romain, et n'arrivera en pays coutumier que tardivement, au XVI^{ème} siècle⁴⁵².

177. **Les origines coutumières de la réserve.** – Alors que la légitime romaine n'était pas une *pars hereditatis*, la réserve coutumière au contraire reposait sur l'idée que les parents par le sang avaient un droit sur le patrimoine du défunt. Liée à la qualité d'héritier, de nature successorale (*pars hereditatis*), elle était accordée à tous les héritiers, même collatéraux, dès lors qu'ils acceptaient la succession. Son montant était important car il était « des quatre quints », c'est à dire des 4/5^{ème}, mais cette fraction ne portait que sur les biens d'origine familiale,

⁴⁴⁸ Dans des conditions restrictives toutefois car l'action était considérée injurieuse pour la mémoire du défunt ((M. Peguera Poch, précitée, p. 23 et s)

⁴⁴⁹ M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°280

⁴⁵⁰ Au IV^{ème} siècle, la masse successorale est fictivement augmentée de l'ensemble des libéralités entre vifs faites par le défunt, pour calculer la légitime, dont la quotité est fixée à un quart de ce que l'enfant aurait eu *ab intestat*. En 536, Justinien modifie la part légitime, en fonction du nombre d'enfants laissés par le testateur (M. Peguera Poch, *Aux origines de la réserve du code civil : la légitime en pays de coutume*, précitée, p. 23 et s.) ; moitié ou tiers selon qu'il y avait plus ou moins de quatre enfants (P. Ourliac, et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 3, p. 320 et s. cités par M. Grimaldi, précité, n°281, p. 276-277)

⁴⁵¹ M. Peguera-Poch, précitée, p. 23

⁴⁵¹ M. Peguera-Poch, précitée, p. 23

⁴⁵² M. Peguera-Poch, précitée, p. 23

c'est-à-dire les biens propres, à l'exclusion des acquêts⁴⁵³. Elle était délivrée en nature : elle donnait droit aux biens de la succession. Ainsi, elle assurait la conservation des biens dans la famille et garantissait la fonction de l'héritage qui est d'unir les personnes autour des biens⁴⁵⁴. En effet, dans la tradition germanique, à l'origine de la réserve coutumière, les biens appartenaient davantage à la famille qu'à l'individu. La solidarité familiale, manifestée par la réserve, était une conséquence normale de cette copropriété familiale. La réserve coutumière ne protégeait en revanche pas les héritiers contre les donations, et ne permettait de récupérer que les biens légués.

Une forme de légitime romaine fut donc introduite dans les pays de coutume, pour compléter la réserve coutumière. A la différence de cette dernière, la légitime était en effet calculée sur l'ensemble des biens du défunt (propres et acquêts) et protégeaient contre les donations et les legs⁴⁵⁵. Elle fut attribuée aux seuls descendants, et pris la forme d'une *pars hereditatis*⁴⁵⁶.

178. **Période révolutionnaire.** - A la sortie de l'Ancien Régime, pendant la période révolutionnaire, les excès égalitaristes du législateur ont conduit à ne donner qu'une place très réduite à la liberté de disposer⁴⁵⁷, la dévolution était donc en grande partie d'origine légale et la légitime presque inexistante⁴⁵⁸. Le code civil n'a lui en revanche pas tranché entre succession testamentaire et légale, mais a su trouver un équilibre.

179. **Le code civil de 1804.** – Les rédacteurs du code civil étaient tous d'accord sur le principe de borner la liberté individuelle, seule l'étendue de celle-ci était discutée⁴⁵⁹. Un compromis fut finalement trouvé entre la logique testamentaire romaine, favorable à la liberté, et la logique successorale coutumière, protectrice de la famille. Si l'idée de copropriété familiale en droit germanique n'était plus en accord avec les principes du code civil, notamment avec la prééminence de la propriété individuelle, l'idée de conservation des biens dans la famille est demeurée. C'est cependant principalement l'idée de devoir familial, attachée à la

⁴⁵³ M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°282

⁴⁵⁴ M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°282

⁴⁵⁵ A partir du III^eme siècle ((M. Peguera Poch, *Aux origines de la réserve du code civil : la légitime en pays de coutume*, précitée, p. 23 et s)

⁴⁵⁶ M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°282

⁴⁵⁷ « Avec la restriction de la liberté de disposer à titre gratuit, la légitime disparaît pratiquement. La quotité disponible n'est qu'un souvenir de la légitime, une tolérance de la loi par considération pour les habitudes. » (M. Peguera-Poch, précitée, p. 290)

⁴⁵⁸ Loi du 17 nivose an II

⁴⁵⁹ Bigot de Préameneu déclarait ainsi : « il fallait choisir entre diverses règles, celles qui, présentant moins d'inégalités entre les légitimaires, seraient fondées sur la combinaison la plus juste du droit de disposer et des devoirs de paternité ».

légitime romaine, qui sous-tend le principe de réserve héréditaire.

Deux idées principales l'ont justifiée, l'une est familiale, l'autre politique⁴⁶⁰.

Fondée sur la solidarité familiale, la réserve était une sorte de dette familiale qu'avait le *de cuius* envers ses enfants. En l'absence d'État Providence, elle était particulièrement lourde et utile pour la société car elle permettait de financer les dépenses liées à l'« éducation, la fourniture d'aliments, la protection contre la maladie, l'enseignement des bases culturelles et politiques (...) »⁴⁶¹. Malgré le décès du *de cuius*, la survivance de l'aide aux membres de la famille était ainsi assurée.

La réserve s'est révélée par ailleurs être un outil politique particulièrement efficace. Elle a été le moyen, après la Révolution, de « tendre vers l'égalité patrimoniale dans les familles, en brisant les privilèges anciens qui maintenaient des structures d'ancien Régime : primogéniture ou masculinité »⁴⁶². Grâce à la réserve, aucun enfant ne pouvait recueillir seul l'ensemble du patrimoine au détriment de ses frères et sœurs. Elle assurait aussi une réelle indépendance et liberté aux enfants puisque la crainte de l'exhérédation ne faisait plus obstacle à l'affrontement ou divergence d'idées avec le défunt⁴⁶³.

180. La réserve est ainsi le fruit d'un héritage : héritage de l'obligation morale garantissant la solidarité familiale, héritage de la légitime romaine, protégeant les enfants contre les risques d'abus d'autorité du *pater familias*, héritage de la réserve coutumière, contribuant au maintien du patrimoine familial⁴⁶⁴.

181. Ces fonctions traditionnellement dévolues à la réserve se retrouvent aujourd'hui. Elle impose d'abord aux parents de transmettre une partie de leur patrimoine (qu'il soit en nature ou en valeur,) à leurs enfants, plutôt qu'à des étrangers au cercle familial, elle se fait ainsi le vecteur et le symbole de la transmission familiale. Au-delà de l'aide matérielle qu'elle peut apporter, elle est un « instrument de cohésion familiale »⁴⁶⁵, dès lors que l'on assimile liens affectifs et liens pécuniaires. C'est pourquoi elle est présentée comme un des « piliers de l'ordre public successoral »⁴⁶⁶, le « noyau central autour duquel toute la réglementation de la

⁴⁶⁰ R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016 p. 729

⁴⁶¹ R. Libchaber, *ibid.*

⁴⁶² R. Libchaber, *ibid.*

⁴⁶³ J. Leprovaux, « Que reste-t-il de la réserve héréditaire? », Dossier Personnes famille, LPA 2017, n°179-180

⁴⁶⁴ En ce sens, M. Peguera-Poch, précitée, p. 320

⁴⁶⁵ M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, n°282 : « Parce que l'héritage manquerait son but s'il passait à un étranger, c'est à la loi de désigner les successeurs, et ce impérativement »

⁴⁶⁶ M. Beaubrun, « Le nouvel ordre public successoral, Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges en l'honneur de G. Goubeaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1 s.

transmission patrimoniale s'ordonne»⁴⁶⁷ ou « l'institution primordiale, essentielle, centrale du droit des successions, son véritable axe constitutif »⁴⁶⁸.

Elle met ensuite en œuvre nos valeurs républicaines⁴⁶⁹. La liberté, parce qu'elle préserve l'indépendance et la liberté des enfants, en les mettant à l'abri d'éventuelles pressions parentales - le législateur se méfie en effet du pouvoir discrétionnaire du *de cujus* et désire contrôler sa volonté testamentaire. L'égalité, parce qu'elle assure un minimum d'égalité successorale entre les enfants au sein d'une même fratrie, tout en permettant d'en favoriser certains d'entre eux au regard de la diversité des circonstances et de l'intensité des sentiments - elle permet donc en vérité plus l'équité que l'égalité successorale. La fraternité, parce qu'elle est une manifestation de la solidarité familiale ; elle assure aux enfants des ressources⁴⁷⁰, et au-delà, elle participe au maintien de leur niveau de vie.

182. On constate en définitive qu'en dépit d'une grande diversité des techniques et des objectifs, le principe même de réserver une portion de biens de la succession à la descendance perdure à travers les siècles⁴⁷¹. Les enfants sont les bénéficiaires constants de cette réserve : la légitime romaine protégeait les enfants d'une exhérédation que réprouvait la morale sociale et leur permettait de subvenir à leurs besoins ; la réserve coutumière assurait la cohésion familiale autour des biens, dont les premiers bénéficiaires étaient les enfants ; la réserve du code civil préserve les enfants d'une atteinte à leurs droits essentiels, tels que la liberté et l'égalité. La protection de la descendance est donc une des raisons d'être de la réserve et lui apporte une base solide. La réforme de 2001 l'a confirmé en n'accordant une réserve au conjoint qu'en l'absence d'enfant.

183. **Définition jurisprudentielle de la réserve.** – Jusqu'en 2006, la réserve n'était pas définie par la loi, il fallait donc se référer à la jurisprudence pour trouver une définition. La Cour de cassation la définissait comme « la succession elle-même », diminuée de « la portion des biens que le père et la mère peuvent donner, soit à leurs enfants hors part, soit à des étrangers »⁴⁷² (soit la quotité disponible). Autrement dit, il s'agit de la « fraction intangible de

⁴⁶⁷M. Beaubrun, *L'ordre public successoral*, Thèse, Paris II, PUF, 1979, p. 16

⁴⁶⁸I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, p. 3

⁴⁶⁹En ce sens, J. Gasté, « La réserve mise à mal par le droit international privé ? », *Defrénois* 2018, p. 49

⁴⁷⁰On peut la rapprocher de l'obligation alimentaire, qui se poursuivrait au-delà de la mort

⁴⁷¹Dans le même sens, D. Perney, *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Nice, 1976, p. 22

⁴⁷²Ch. réun. 27 nov. 1863, *DP* 1864. 1. 5, note Brésillon; *S.* 1863. 1. 513; *GAJC*, 12e éd., Dalloz, Paris, 2007, n° 138.

la dévolution légale », qui obéit nécessairement aux règles de dévolution prévues par la loi⁴⁷³. Il en ressort une conception strictement successorale de la réserve : le réservataire tient ses droits de sa seule qualité d'héritier, il a droit à sa réserve non pas en raison de sa situation économique ou de ses propres mérites, mais parce qu'il vient à la succession en tant qu'héritier. C'est ainsi que s'il renonce, il perd nécessairement ses droits réservataires⁴⁷⁴. Le fait que la réserve s'exprime aujourd'hui en valeur fait néanmoins dire à certains que la réserve ne serait plus *pars hereditatis* mais *pars bonorum* ; on peut toutefois toujours y voir une *pars hereditatis* exprimée en valeur.

184. De la définition donnée par la Cour de cassation, ressort également le caractère, sinon « d'ordre public »⁴⁷⁵, au moins impératif de la réserve. Si elle préserve la liberté des héritiers, c'est en revanche au détriment de celle du *de cujus*, qui voit limitée la plénitude de son droit de propriété⁴⁷⁶. Cette impérativité ne se manifeste cependant que dans un sens unilatéral ; elle n'est en effet pas imposée à l'héritier réservataire, qui ne réclame sa part que s'il le souhaite. La réserve est donc essentiellement un outil de protection de l'héritier ; protection sociale, économique et morale.

185. **Définition légale de la réserve.** - Le législateur en 2006 ne remet pas en cause cette définition de la réserve, l'article 912 du code civil dispose que « la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités ». Paradoxalement, en même temps qu'elle la définit de façon très classique, la loi du 23 juin 2006 est celle qui lui porte le plus d'atteintes, en bouleversant ses principes et caractéristiques principales, « comme si les mots pouvaient maintenir les principes au-delà des changements substantiels »⁴⁷⁷. En effet, on a parlé de

⁴⁷³ E. Fongaro, M. Nicod, « Réserve héréditaire – Quotité disponible », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°4 ; La réserve peut toutefois aussi être présentée comme une limitation du pouvoir de volonté, « un butoir que le défunt ne saurait légitimement transgresser » (mêmes auteurs)

⁴⁷⁴ En ce sens, I. Kondyli, *précitée*, p. 2, n° 5

⁴⁷⁵ Certains auteurs contestent le caractère « d'ordre public » de la réserve, la notion devant être interprétée de façon stricte et ne devant être confondue avec celle « d'impérativité » (v. en ce sens la thèse d'A. Tani, *précité* et nos développements *infra*, n°194 ss.).

⁴⁷⁶ En ce sens, M. Grimaldi, *Droit des successions*, *précité*, n°279 : « la réserve est une manifestation de l'ordre public, puisqu'elle borne la faculté de disposer d'une personne jouissant d'une entière capacité : elle limite la plénitude de sa propriété et de sa liberté contractuelle ».

⁴⁷⁷ A.M Leroyer, *Droit des successions*, 2e éd., Dalloz, coll. Cours, 2011, n° 472

« véritable métamorphose »⁴⁷⁸, de « rupture »⁴⁷⁹ opérée par la loi à propos de la réserve héréditaire. Elle n'a certes pas disparu mais en ressort affaiblie, transformée, et l'on peine à retrouver les fondements qui la justifiaient jusqu'alors. Alors que le concept de réserve héréditaire allait traditionnellement de soi, « sa survie demande désormais à être justifiée »⁴⁸⁰.

2) La physionomie de la réserve à l'issue de la réforme du 23 juin 2006

186. Les réformes récentes du 3 décembre 2001⁴⁸¹ et surtout du 23 juin 2006⁴⁸² auraient annoncé le déclin de la réserve héréditaire⁴⁸³. En effet, son changement de physionomie semble remettre en cause ses fondements traditionnels (a). Plus encore, son caractère d'ordre public est questionné (b).

a) *La remise en cause de ses fondements traditionnels*

187. ***La remise en cause de l'objectif de conservation des biens dans la famille.*** - Traditionnellement, la réserve était justifiée par l'objectif de conservation des biens dans la famille⁴⁸⁴. Elle accréditait l'idée d'une propriété familiale à l'intérieur de laquelle les générations se succèdent, le patrimoine étant un lieu de réunion familiale, de cohésion et de fusion entre les générations. Or, depuis 2006, la réduction des libéralités ne se fait plus en nature mais en valeur⁴⁸⁵, elle ne permet donc plus aux héritiers réservataires que de récupérer une somme d'argent. L'héritage perd ainsi de sa valeur symbolique, puisque l'on ne s'attache plus à la nature des biens (sur lesquels transparait la personnalité du défunt), mais à leur valeur pécuniaire. Or, comme a pu le dire un auteur, « il est plus facile de soutenir le principe de la réserve lorsqu'elle incarne les devoirs de famille et le droit à la conservation de l'héritage, que lorsqu'elle se dématérialise... par l'encaissement d'un chèque »⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸ E. Fongaro et M. Nicod, « Réserve héréditaire – Quotité disponible », *Rép. Civ.* 2011, n° 9

⁴⁷⁹ Le Professeur P. Catala parle de rupture avec « *mille ans de réserve coutumière et deux siècles de Code civil* » : P. Catala, « Prospective et perspectives en droit successoral français », *JCP N* 2007, 1206, n° 12

⁴⁸⁰ R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », *RTD Civ.* 2016, p. 729

⁴⁸¹ *Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*

⁴⁸² *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*

⁴⁸³ F. Sauvage, « Le déclin de la réserve héréditaire précité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008 I, 1248; P. Catala, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. famille* 2006, étude 43; P. Catala, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007 I, 1206

⁴⁸⁴ C'était notamment l'un des principaux fondements de la réserve coutumière, *Cf. supra*

⁴⁸⁵ article 924 alinéa 1er du Code civil

⁴⁸⁶ F. Sauvage, précité

La réserve se rapproche ainsi de la légitime romaine. Parce qu'elle se présente sous la forme d'une indemnité pécuniaire, elle ressemble à une créance contre la succession, à laquelle on est tenté de donner un caractère essentiellement alimentaire. La réserve est ainsi de plus en plus souvent décrite comme le « prolongement post mortem de l'obligation alimentaire du *de cuius* à l'égard de chaque enfant et à défaut de son conjoint, une créance sur la succession, une simple *pars bonorum* »⁴⁸⁷.

188. ***La remise en cause de la solidarité intergénérationnelle.*** - La réserve héréditaire serait une manifestation du devoir d'assistance économique entre les membres de la famille. Elle a une dimension largement morale et continuerait, entre autres fonctions, l'obligation alimentaire après la mort, elle serait ainsi le reflet d'une solidarité entre parents et enfants. Ce devoir de solidarité était, jusqu'en 2006 réciproque : les ascendants et les descendants étaient mutuellement créanciers d'une obligation alimentaire de leur vivant, ils pouvaient également faire valoir leurs droits réservataires entre eux après décès. Or, la loi de 2006 a supprimé la réserve des ascendants ; le devoir de famille n'est donc plus qu'unilatéral, la solidarité n'a plus rien de réciproque, puisqu'elle ne joue qu'à sens unique : des parents à l'égard de leurs enfants. Il y a donc une rupture entre solidarité affective et solidarité pécuniaire au-delà de la mort. La cohésion familiale se trouve ainsi mise à mal. L'explication est économique et sociale : aux yeux du législateur, « la réserve doit assurer la protection des générations actives et non celles des générations supposées oisives »⁴⁸⁸. Or, le maintien d'une réserve pour les ascendants favoriserait une dévolution remontante, alors que le législateur souhaite privilégier les dévolutions descendantes. Cette politique du législateur de « dynamiser la gestion et la transmission des patrimoines »⁴⁸⁹ est tout à fait compréhensible d'un point de vue économique, mais elle est difficilement compatible avec l'esprit de solidarité intergénérationnelle qui servait de fondement à la réserve.

189. ***La réduction des délais d'action en réduction.*** - La loi de 2006 a également réduit les délais d'action en réduction des héritiers réservataires. Lorsque leurs droits réservataires sont atteints, ils n'ont plus que cinq ans au lieu de trente pour agir à compter de l'ouverture de la succession (art. 921 c. civil). Le délai pour récupérer une réserve libre de charge est plus court encore lorsque l'héritier réservataire est bénéficiaire d'un legs graduel. L'article 1054 alinéa 3

⁴⁸⁷ B. Varelle, "Nouveau rapport, nouvelle réduction", D. 2006, Chron. 2565

⁴⁸⁸ F. Sauvage, "Le déclin de la réserve héréditaire précité par la loi du 23 juin 2006", JCP N 2008 I, 1248

⁴⁸⁹ F. Sauvage, *Ibid*

du code civil dispose en effet que le légataire, peut, dans un délai seulement *d'un an à compter du jour où il a eu connaissance du testament, demander à ce que sa part de réserve soit libéré de la charge. A défaut il doit en assumer l'exécution.* Des délais raccourcis et un temps limité pour protéger ses droits à réserve par conséquent.

190. Des atteintes aux pouvoirs des héritiers réservataires par le mandat à effet posthume.

- Le mandat à effet posthume des articles 812 et s. du code civil peut porter sur tous les biens de la succession, y compris la réserve héréditaire. Dérégatoire au principe de la saisine héréditaire, ce mandat est aussi une nouvelle marque de l'atteinte aux droits des héritiers réservataires portée par la loi de 2006. En effet, ces derniers doivent par principe recevoir une réserve libre de toute charge imposée par le *de cuius*. Or, le mandat à effet posthume permet de dessaisir un héritier réservataire de ses pouvoirs sur les biens successoraux sur une période renouvelable de deux ans, voir cinq ans, *lorsque des raisons tirées de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels peuvent être établies* (art. 812 al 1 et 812-1-1 c. civil). Durant cette période, le *de cuius* pourra en effet donner mandat à un tiers d'administrer ou de gérer tout ou partie de la succession, pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers. Les héritiers conservent malgré tout leur droit de disposer de la réserve⁴⁹⁰, ce qui montre encore un certain attachement à l'institution, mais leurs pouvoirs sur celle-ci peuvent être considérablement réduits avec le mandat.

191. Des réservataires moins bien protégés contre les pressions parentales. - L'atteinte la plus souvent relevée est relative aux articles 929 à 930-5 du Code civil, qui permettent aux héritiers réservataires de renoncer à l'avance, par le biais d'un pacte passé avec le *de cuius*, à agir en réduction si sa part réservataire est atteinte. Pratiquement, la réserve protège les libertés individuelles des héritiers contre le pouvoir d'exhérer des parents. Or, s'il est possible de renoncer à l'action en réduction à l'avance, du vivant du *de cuius*, la protection des enfants contre les pressions de l'autorité parentale semble mise à mal, malgré les précautions prises par le législateur⁴⁹¹. Si cette renonciation accroît la place faite au pouvoir de la volonté et à la liberté de disposer du *de cuius*, elle marque un recul de l'ordre public réservataire.

Ce caractère même d'ordre public est d'ailleurs dorénavant contesté.

⁴⁹⁰ Et ainsi, mettre fin au mandat (Civ. 1re, 12 mai 2010, n° 09-10.556, D. 2010. 1348 ; AJ famille 2010. 287, obs. C. Vernières, supra 527, obs. J. Hauser ; RTD Civ. 2010 p.602, obs. M. Grimaldi)

⁴⁹¹ En ce sens, P. Catala, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. famille* 2006, étude 43.

b) *La remise en cause de son caractère d'ordre public*

192. Les arrêts qui emploient l'expression « ordre public » et « réserve héréditaire » sont peu nombreux⁴⁹². On relève un arrêt de la chambre des requêtes 23 novembre 1898⁴⁹³ qui a déclaré qu'« en matière de partage, **les dispositions relatives à la réserve légale sont d'ordre public** (mais celles qui règlent la composition des lots n'ont pas ce caractère) ». Un autre arrêt, plus récent, a fait référence aux « **règles d'ordre public relatives à la réserve** »⁴⁹⁴, bien qu'un arrêt postérieur oppose « ordre public » et « réserve », laissant ainsi entendre que la réserve ne serait pas d'ordre public. L'arrêt énonce en effet que la validité d'une clause d'un testament instituant l'un des héritiers gérant de l'indivision successorale, moyennant une rémunération qu'elle fixe, est valable puisqu'elle ne porte atteinte « **ni à une règle d'ordre public, ni à la réserve** »⁴⁹⁵.

193. Toutefois un arrêt ultérieur du 10 mars 1970⁴⁹⁶ confirme que les dispositions relatives à la réserve sont d'ordre public, la Cour de cassation jugeant que doit être déclarée non écrite une clause pénale contenue dans une donation-partage tendant à assurer l'exécution de dispositions « contraires aux prohibitions de la loi ou à l'ordre public » dès lors qu'il est établi que cette donation porte atteinte à la réserve »⁴⁹⁷. Limite à l'autonomie de la volonté, la réserve empêche le *de cujus* d'insérer une clause dans la donation qui priverait d'efficacité le droit à réserve des héritiers.

194. A la suite de la réforme de 2006, de nombreux auteurs ont cependant remis en cause le caractère d'ordre public de la réserve, notamment en raison de la possibilité de renoncer par avance à l'action en réduction. Il a en effet été dit que dans la mesure où cette nouvelle faculté permettait de repousser et même d'écarter purement et simplement la réserve héréditaire dans sa double fonction de protection familiale et individuelle, « on ne voit pas qu'il soit encore possible de reconnaître à l'institution de la réserve le caractère d'ordre public qui était traditionnellement le sien, une protection à laquelle il est permis de renoncer à l'avance ne pouvant raisonnablement se voir ainsi qualifier »⁴⁹⁸. Difficile selon cet auteur d'attribuer à la

⁴⁹² En ce sens, v. C. cass., Rapport annuel 2013, *L'ordre public*, p. 279

⁴⁹³ Req. 23 novembre 1898, D.P. 1899, 1, p.38

⁴⁹⁴ Civ. 1^{ère} 26 juin 1963, Bull. 1963, I, n°347

⁴⁹⁵ Civ 1^{ère}, 29 novembre 1965, Bull. 1965, I, n°659

⁴⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1970, n°68-13.205

⁴⁹⁷ C. cass., Rapport annuel 2013, *L'ordre public*, p. 280

⁴⁹⁸ C. Brenner, Fasc.10: Libéralités – réserve héréditaire. Quotité disponible. – Nature, Caractère, Fondement et dévolution

réserve une fonction d'intérêt général, fonction caractéristique des dispositions d'ordre public, dans la mesure où l'action en réduction dépend du bon vouloir de l'héritier. Une appréhension stricte de la notion d'ordre public a en effet été défendue en doctrine, elle serait « arrimée à la réalisation de l'intérêt général » et impliquerait « pour son maintien le déclenchement de mécanismes étatiques et judiciaires exorbitants (poursuites du ministère public, moyens soulevés d'office par le juge civil, sanctions énergiques et intangibles, prohibition des renonciations anticipées...). »⁴⁹⁹. Or, force est de constater que la réserve héréditaire ne remplit pas ces critères, « le ministère public et le juge civil sont (en effet) rarement (pour ne pas dire jamais) portés à se saisir d'office d'une atteinte à la réserve »⁵⁰⁰.

195. On conviendra donc que la Cour de cassation a peut être fait un « abus de langage »⁵⁰¹ en affirmant que la réserve héréditaire était « d'ordre public interne » dans un arrêt en date du 4 juillet 2018⁵⁰². La réserve n'en conserve toutefois pas moins son caractère *impératif*⁵⁰³, à l'égard du *de cuius* et sa fonction protectrice de l'héritier.

de la réserve», *Jurisque Civil code*, n°35

⁴⁹⁹ V. en ce sens la thèse d'A. Tani, op. cit., p. 286, n°249 et s. et sa note sous l'arrêt Civ. 1ère, 4 juillet 2018, n°17-16.515 et 17-16-522, *Dr. Fam.* 2018, comm. 243

⁵⁰⁰ A. Tani, « La réserve héréditaire : règle d'ordre public ou règle impérative ? », *Dr. Fam.* 2018, comm. 243

⁵⁰¹ A. Tani, *Ibid*

⁵⁰² Civ. 1ère, 4 juillet 2018, n°17-16.515 et 17-16-522, JCP N 2018, 1313, E. Fongaro, *Dr. Fam.* 2018, comm. 243, A. Tani. : En l'espèce, une personne de nationalité marocaine était décédée au Maroc laissant pour lui succéder ses trois fils. Son patrimoine se composait de divers biens mobiliers et des biens immobiliers situés en France. Par testament établi par des rabbins-notaires à Casablanca, il avait institué légataire universel deux de ses fils. Ce testament avait été homologué par un jugement marocain, déclaré exécutoire en France. Le troisième fils avait toutefois saisi les juridictions françaises pour régler la succession et reconnaître son droit à la réserve héréditaire sur les biens immeubles situés en France. En effet, en application de l'ancienne règle de conflit française, c'est la loi française qui était applicable à la dévolution des biens immobiliers sis en France. La Cour de cassation lui donne raison en ces termes : « attendu que l'arrêt constate que la succession comprend des biens immobiliers situés en France et retient que ceux-ci sont soumis, par application de la règle de conflit édictée à l'article 3, alinéa 2, du code civil, à la loi française ; que, de ces constatation et énonciation, la cour d'appel a exactement déduit, par motifs propres et adoptés, sans méconnaître l'autorité attachée au jugement d'exequatur, que la dévolution successorale desdits immeubles devait tenir compte des règles de la réserve héréditaire, laquelle, d'ordre public interne, ne pouvait être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi du domicile du défunt et régissant son statut personnel ; que le moyen ne peut être accueilli ». Dans la mesure où la loi française était applicable à la succession immobilière, en vertu de la règle de conflit française, l'ordre public réservataire français devait être respecté (sous l'empire du règlement « successions », la solution serait néanmoins toute autre : c'est la loi du dernier domicile du défunt, soit la loi marocaine qui s'appliquerait à l'ensemble de la succession, y compris les biens immeubles en France. On se trouverait alors sous l'empire de la jurisprudence Jarre et Colombari selon laquelle la loi étrangère qui ignore la réserve n'est pas d'ordre public international).

⁵⁰³ Ce qu'admet A. Tani (Thèse précitée, p. 289, n°250) : la réserve relève selon lui d'un « ordre privé impératif » ; et ce que ne remet pas en cause non plus la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2013, p. 346 : « le Code civil régit la matière successorale. Les **règles impératives** sont énoncées [...]. Il n'est donc pas nécessaire à la Cour de cassation de se référer à l'ordre public pour imposer des règles dont le **caractère impératif**, qui ressort de la rédaction des textes, suffit à assurer l'application. C'est pourquoi de nombreux arrêts (Cass. 1re civ., 10 juin 1975, n° 73-11.265 : Bull. civ. I, n° 193 ; Cass. 1re civ., 31 janv. 1995, n° 93-12.099 : Bull. civ. I, n° 67) se réfèrent à ce caractère impératif des dispositions sur lesquelles ils statuent, ce qui suffit à fonder ces décisions »

196. Le « déclin » de la réserve n'est finalement qu'un constat doctrinal et une expression de l'idéologie libérale qui anime le droit des successions. Il n'est pas certain que le législateur ait souhaité en 2006 une suppression progressive de la réserve. Au contraire, plutôt qu'un affaiblissement, certains ont vu dans la réforme une « adaptation » ou même une « mutation » de la réserve, qui sans disparaître, s'exprimerait sous une forme plus contemporaine⁵⁰⁴.
197. La réserve héréditaire semble en réalité représenter un ordre public en mouvement, en permanente adaptation aux besoins humains et aux objectifs sociaux et politiques poursuivis, devant être à chaque instant en phase avec son environnement. Ainsi, confronté à l'exigence d'un ordre public successoral compatible avec son temps, le cadre s'est desserré pour favoriser une expression plus actuelle de la réserve qui se conçoit désormais plus en valeur qu'en nature, et se rapproche d'un droit de créance semblable à la légitime romaine ou à la réserve du droit allemand.
198. Le législateur a tout d'abord tenu compte de l'espérance de vie en permettant la donation-partage transgénérationnelle et en instituant une « réserve souche ». Elle permet le saut d'une génération, lorsque les enfants sont déjà âgés et installés dans la vie, tandis que les petits-enfants ont besoin d'être aidés. L'égalité n'est alors plus une égalité par tête mais par souche.
199. La réserve reste un symbole de la solidarité familiale, mais dans une famille transformée. D'une « famille-souche » composée des collatéraux et des ascendants, on est passé à une « famille foyer », composée cette fois-ci du conjoint et des enfants, et donc à une « réserve foyer »⁵⁰⁵. Le rétrécissement de la famille autour du noyau conjugal est en effet « un de ces phénomènes sur lesquels les observateurs sociologues s'accordent le plus aisément »⁵⁰⁶. Les réformes de 2001 et de 2006 ont suivi ce mouvement concernant la réserve puisque la réserve des ascendants a été supprimée alors que le conjoint s'en est trouvé pourvu. Le champ de la solidarité familiale a donc certes diminué, non pas pour s'effacer, mais pour s'adapter à la famille d'aujourd'hui. C'est ce parallélisme entre les transformations de la famille et celles de la réserve que soulignent J. Flour et H. Souleau dans leur ouvrage : « le devoir familial n'est pas une abstraction toujours identique, il correspond au sentiment des obligations de famille,

⁵⁰⁴ V. not. en ce sens : S. Godechot-Patris, JDI 2012, comm. 1 et M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire, précité.

⁵⁰⁵ F. Sauvage, « Le déclin de la réserve héréditaire précité par la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2008, 1248

⁵⁰⁶ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, LGDJ, Paris, 2013, p. 101

tel que ce sentiment est éprouvé dans l'opinion commune, opinion d'un lieu et d'un temps »⁵⁰⁷. La solidarité familiale évoluant, la réserve, qui la met en œuvre, prend le même chemin. Cette solidarité s'exprime toutefois dans la forme souhaitée par le *de cujus*, en nature ou en valeur. La réserve, plus flexible, laisse ainsi « au *de cujus* la liberté de déterminer les termes dans lesquels il entend voir s'exécuter la solidarité familiale à laquelle il est tenu (...). Les solidarités familiales ne peuvent ainsi s'exécuter qu'en argent, la réserve prenant insidieusement le tour d'une créance »⁵⁰⁸.

200. Le mandat à effet posthume⁵⁰⁹ dessaisit certes les héritiers réservataires de leurs pouvoirs d'administration sur les biens qu'ils ont reçus du défunt, mais il permet de remplir la nouvelle finalité économique du droit des successions. La réserve héréditaire est ainsi un obstacle moins grand à la transmission de l'entreprise. On a en effet depuis longtemps reproché à la réserve son caractère « antiéconomique » : elle favoriserait la dislocation et la licitation des entreprises, qui représentent souvent une part importante du patrimoine⁵¹⁰. Or, le mandat à effet posthume a justement été un moyen pour le législateur de limiter cet inconvénient, tout en maintenant la réserve. La réduction en valeur des libéralités excessives participe aussi à ce compromis entre utilité sociale et utilité économique du droit des successions. L'action en réduction n'empêche plus l'attribution d'une entité économique à l'un des enfants ou à un tiers, à charge pour ce dernier de verser une soulte. L'argument économique peut aussi expliquer le fait que la réserve n'assure plus la conservation des biens dans la famille, mais vise « plus modestement », mais peut être de manière plus pragmatique, « à la conservation de la fortune dans la famille »⁵¹¹.

201. Il semble donc que le législateur ait entendu les arguments économiques en défaveur de la réserve et qu'il ait su opportunément les contourner. Plus que la réserve, ce sont finalement davantage les objections économiques qui ont perdu de leur force⁵¹². Si l'on peut prétendre dorénavant que la réserve « n'est plus qu'un banal droit de créance, une prérogative qui se réduirait, en pratique, à l'obtention d'un chèque... », on peut tout de même observer que le législateur, par ces transformations, a su sauvegarder la réserve héréditaire.

⁵⁰⁷ J. Flour et H. Souleau, *Droit civil, Les successions*, 3^{ed.}, A. Colin, Paris, 1991, n° 12, p. 11

⁵⁰⁸ S. Gaudemet, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Dr. Fam.* 2016, dossier 16

⁵⁰⁹ Institué à l'article 812 du code civil

⁵¹⁰ Le Play, *L'organisation de la famille et La réforme sociale en France*

⁵¹¹ E. Fongaro, M. Nicod, « Réserve héréditaire – Quotité disponible », *Répertoire de droit civil*, Dalloz., n°9

⁵¹² En ce sens, C. Brenner, Fasc. 10 Libéralités – réserve héréditaire. Quotité disponible. - Nature, Caractère, Fondement et dévolution de la réserve, *Juriclasser Civil Code*, n°68

202. En outre, la renonciation à l'action en réduction peut certes paraître dangereuse pour les enfants du défunt, mais elle permet d'adapter la réserve à la diversité des situations familiales. Celle-ci se fait en outre au prix d'un formalisme très strict, protecteur du renonçant, symbolisant ainsi la gravité de l'acte. L'article 930 du code civil exige en effet que la renonciation se fasse par acte authentique, devant deux notaires, et en l'absence du *de cuius*. Finalement, la RAAR semble porter une atteinte plus forte au principe de prohibition des pactes sur succession future, qu'à la réserve héréditaire⁵¹³. L'impossibilité de renoncer à l'avance à la réserve trouvait avant tout son fondement dans l'interdiction d'attribuer ou de renoncer à des droits dans une succession non ouverte, plutôt que dans le caractère d'ordre public de la réserve héréditaire. En effet, l'héritier réservataire a toujours pu exercer librement son droit et renoncer à sa réserve, une fois la succession ouverte, ce qui ne vient pas remettre en cause le caractère *impératif* de l'institution. Le législateur a d'ailleurs fortement insisté sur ce point, les travaux préparatoires en témoignent : « Il ne s'agit pas à proprement parler d'une atteinte à la réserve, mais plutôt d'une nouvelle dérogation au principe de l'interdiction des pactes sur succession future. (...) Ce dispositif est présenté par certains comme une dérogation aux règles du Code civil protégeant la réserve héréditaire, lesquelles sont depuis 1804 d'ordre public. Ceci n'est cependant pas exact. En effet, la règle selon laquelle le défunt ne peut, même avec leur accord, priver des héritiers réservataires d'une partie de son patrimoine (...) n'est pas remise en cause par le projet de loi, puisque cette renonciation émane des intéressés eux-mêmes. Il conviendra bien évidemment de s'assurer que cette renonciation est libre et ne résulte pas de pressions exercées dans le cadre familial (...) Ce dispositif constitue en fait surtout une dérogation supplémentaire à l'interdiction de principe des pactes sur succession future »⁵¹⁴. En effet, la réserve héréditaire constitue une règle impérative limitant la volonté du *de cuius* et non celle du successible.

203. ***Transformation de l'ordre public réservataire.***- On ne peut donc conclure à un effacement complet de « l'ordre public réservataire ». La transformation de celui-ci est cependant évidente. Si la réserve protège toujours la famille, c'est surtout à travers la protection de ses membres. Devenue une règle de protection individuelle plutôt que la marque d'une politique familiale, il est difficile de démontrer aujourd'hui que la réserve repose sur des

⁵¹³ En ce sens, M. Grimaldi, "Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire", précité

⁵¹⁴ V.H. de Richemont, *Réforme des successions et des libéralités, première lecture. Rapport au nom de la commission des lois du Sénat*, t. 1 : Doc. Sénat 2005-2006, n°343, p.37

considérations d'intérêt général⁵¹⁵. Il ne s'agit plus tellement d'un ordre public de direction (instaurateur d'une politique familiale) mais d'un ordre public de protection des enfants héritiers⁵¹⁶, auquel ils sont en droit de renoncer à l'avance. La réserve devient ainsi une règle impérative de protection d'intérêts essentiellement privés, contre le libre exercice de la volonté affirmée du *de cuius*⁵¹⁷. Plutôt qu'imposée, la dévolution successorale semble en effet vouloir être le fruit d'un consensus familial, favorisé par des règles de protection impératives.

204. Ce passage de la réserve d'un ordre public de direction à un ordre public de protection justifiait-t-il pour autant son absence de protection par l'ordre public international ? Il ne nous semblait pas, dans la mesure où l'ordre public international suit cette même orientation : il se destine à la protection des intérêts essentiellement privés, plutôt qu'à l'intérêt général⁵¹⁸. Plutôt qu'un repli de l'ordre public réservataire et de l'ordre public international, mieux vaudrait en effet voir une transformation des deux institutions qui s'opère en parallèle et donc finalement coïncide. La Cour de cassation ne l'a toutefois pas entendu ainsi.

§2 En droit international

205. Le déclin de la réserve en droit interne résonne en droit international. Peu de temps après l'abrogation du droit de prélèvement (A), la Cour de cassation est venue porter un nouveau coup dur à la réserve en déclarant qu'elle était n'était pas, « en soi », d'ordre public international (B).

A. La fin du droit de prélèvement

206. **Inconstitutionnalité du droit de prélèvement.** - Le Conseil constitutionnel a mis un terme à un mécanisme vieux de deux cents ans : le droit de prélèvement. Cette règle matérielle de droit international privé était fondée sur l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 : « Dans le cas

⁵¹⁵ En ce sens C. Brenner, Fasc. 50. Successions. – réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. Renonciation anticipée à l'action en réduction, *Juriclasseur Civil Code*, n°5 ; *Contra* I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, op. cit., p. 15 (Pour cet auteur, la famille est « le fondement unique et exclusif de cette institution »)

⁵¹⁶ C. Brenner, G. Raoul-Cormeil, “Synthèse – Réserve et quotité disponible”, *Juriclasseur*, n°3

⁵¹⁷ Cette transformation de la nature de l'ordre public familial en matière de droit des successions se retrouve dans d'autres domaines du droit de la famille, notamment dans les réformes récentes du droit du divorce ou du droit des tutelles. La contractualisation du droit de la famille est en effet manifeste aujourd'hui. Il est possible de renoncer à la protection impérative offerte à l'occasion d'un rapport de type contractuel. Sur ces questions, cf. *infra*, n°414 ss.

⁵¹⁸ V. not. en ce sens nos développements au *Chapitre 2 du Titre 2 : Un ordre public international de protection de l'individu au sein de la famille*, p. 212 ss.

de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ». C'est la suppression du « droit d'aubaine », interdisant aux étrangers de transmettre et de succéder, leurs biens étant alors transmis à l'État, qui a donné lieu à cette loi. L'article 1er de la loi du 14 juillet 1819 disposait que « les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français ». Cependant, à cette époque, peu d'autres pays octroyaient une capacité successorale aux étrangers, la loi de 1819 avait donc prévu un mécanisme de réciprocité : d'un côté la loi donnait de nouveaux droits aux étrangers (art. 1er de la loi) et d'un autre, les Français se voyaient protéger par le mécanisme du droit de prélèvement (art. 2). Le droit de prélèvement s'appliquait en effet dans l'hypothèse d'une succession internationale, où des cohéritiers français et étrangers étaient appelés à succéder. Le texte de l'article 2 de la loi prévoyait que dans le cas où les héritiers français se trouveraient exclus de la succession par application de la loi étrangère, ceux-ci pourraient prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger où ils auraient été exclus.

Le droit de prélèvement était ainsi une manière de protéger les héritiers français contre l'application d'une loi étrangère discriminatoire qui les évincerait de la succession. La jurisprudence en avait cependant fait une interprétation très extensive. D'un mécanisme de compensation, le droit de prélèvement était devenu un mécanisme de protection, pouvant être appliqué dès lors que l'héritier français était moins avantagé qu'il ne l'aurait été si la loi française avait été applicable, et même lorsque tous les héritiers étaient français⁵¹⁹. Ainsi, il suffisait que la loi étrangère ne respecte pas l'ordre successoral et la dévolution des biens selon les règles du Code civil pour que joue le droit de prélèvement⁵²⁰. Le calcul des droits auxquels pouvait prétendre l'héritier français ne se faisait donc pas selon la loi étrangère compétente mais selon la loi française. Les droits de l'héritier français étaient recalculés, sur l'ensemble des biens, comme si la loi française avait été appliquée à l'ensemble de la succession⁵²¹.

Le droit de prélèvement est ainsi devenu une véritable règle de dévolution protectrice de la

⁵¹⁹TGI Lyon, 7 oct. 1971, *Clunet* 1972, 597, note M. Ponsard; Civ 1ère, 1er fév. 1972, "*Rougeron*", *D.* 1973, p. 59, note P. Lagarde; Paris, 2e ch. A, 28 novembre 1995, "*Mme de Bourbon de Parme*", *JCP G* 1996, II 22745, note L. Ruet

⁵²⁰Selon l'interprétation constante de la jurisprudence, la loi de 1819 s'applique « lorsque la loi étrangère détermine, autrement que ne le fait le Code civil, l'ordre successoral et la dévolution des biens » : CA Alger, 31 mai 1910; *Rev. Crit. DIP* 1911, p. 674; et CA Bordeaux, 18 janv. 1881; *JDI* 1881, p. 431, selon lequel la loi du 14 juillet 1819 « autorise (...) l'attribution à l'héritier français de toute la part que lui assure la loi française ».

⁵²¹ Sur cette question, v. S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle*, Thèse, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004

réserve héréditaire, mais en même temps un véritable privilège de nationalité au profit des héritiers français. Seuls ces derniers se voyaient attribuer des droits supplémentaires, au détriment des héritiers étrangers ; le mécanisme ne pouvait donc être perçu que comme discriminatoire. En effet, « visant à favoriser les cohéritiers français, le droit de prélèvement était inégalitaire par essence »⁵²². Il instaurait une discrimination entre les héritiers d'une même succession, sur la base du seul critère de nationalité, il courait donc le risque d'être sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 14 de la convention. La différence de traitement injustifiée entre les héritiers fut largement décriée par un grand nombre d'auteurs, comme G. Droz : « Il y a tout de même quelques paradoxes à vouloir condamner au nom de l'ordre public français toute discrimination successorale fondée sur la race, le sexe ou la religion (ce qui semble bien être le cas du droit positif français) tout en consacrant une discrimination au moins aussi choquante à l'heure du marché commun, fondée sur la nationalité française des héritiers »⁵²³.

L'abrogation du droit de prélèvement était donc réclamée par la doctrine et le notariat⁵²⁴. Il avait déjà d'ailleurs été aboli en droit belge, allemand et néerlandais, et la France était le dernier pays européen à le conserver⁵²⁵. L'entrée en vigueur du règlement européen y aurait de toute façon mis fin puisqu'il était tout à fait contraire aux principes du droit communautaire, en ce qu'il constituait une entrave à la libre circulation des personnes et des biens et opérait une discrimination fondée sur la nationalité.

C'est le Conseil Constitutionnel qui s'est chargé de son abrogation, par une décision en date du 5 août 2011, rendue à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁵²⁶. La première chambre civile de la Cour de cassation avait été saisie par les requérants de la question de l'atteinte par le droit de prélèvement, prévu à l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, au droit de propriété et au principe constitutionnel d'égalité. Seule la question de sa conformité au principe d'égalité fut déférée au Conseil constitutionnel. Ce dernier eut l'occasion de rappeler le rôle protecteur de la règle matérielle, permettant de « déroger à la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois française, (...) lorsqu'un cohéritier au moins est français et que la

⁵²²D. Cohen, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *Rev. Crit.* 1989, p. 464

⁵²³G. Droz, *Rev. Crit. DIP* 1983, p. 295

⁵²⁴V. 101^{ème} Congrès des Notaires de France, *Les familles sans frontières en Europe, Mythe ou réalité?*, LexisNexis, Paris, 2005.

⁵²⁵E. Fongaro, "Feu le droit de prélèvement", *JCP N* 2011, 1236

⁵²⁶Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC; *AJ fam.* 2011. 440, obs. B. Haftel et A. Boiché ; *JCP G* 2011, n° 1139, obs. M. Attal ; *JCP N* 2011. 1236, obs. E. Fongaro, *JCP N* 2011, chron. 1256, n° 7, obs. H. Péroz ; *Dr. fam.* 2011. comm. 173, obs. D. Boulanger ; *Dr. et patr.* 2011. 93, obs. M.-E. Ancel ; *Deffrénois* 2011. 1351, note M. Revillard ; *Petites affiches* 2011, n°214, p. 18, note L. d'Avout ; *JDI* 2012. 135, obs. S. Godechot-Patris

succession comprend des biens situés sur le territoire français », et d'affirmer que ces critères étaient conformes au principe d'égalité. Toutefois, parce que le droit de prélèvement sur la succession était réservé au seul héritier français, il établissait « une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession (...) ». Par ailleurs, cette différence de traitement « n'était pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tendait, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française ». Par conséquent, « l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction était contraire à la Constitution », notamment au principe d'égalité devant la loi.

207. Ce n'est donc pas le droit de prélèvement en son principe qui était critiqué, mais ses modalités. C'est parce qu'il ne s'appliquait qu'aux héritiers français qu'il était discriminatoire. Le Conseil constitutionnel l'a constaté, mais n'en a pas tiré toutes les conséquences puisque la règle a été déclarée purement et simplement inconstitutionnelle. Or, une réserve d'interprétation aurait pu être faite en préconisant un élargissement du droit de prélèvement à tous les héritiers, sans condition de nationalité. Ce n'est en effet pas le texte en lui-même qui était discriminatoire, mais l'interprétation extensive qui en avait été faite par la jurisprudence. La formulation de l'article 2 n'empêchait pas d'inclure les héritiers étrangers parmi les bénéficiaires du droit de prélèvement : « ceux-ci » pouvait désigner aussi bien les cohéritiers français qu'étrangers. Ce n'est toutefois pas la voie qui a été choisie. Au lieu de renforcer un mécanisme de protection de la réserve héréditaire, le Conseil constitutionnel a opté pour son anéantissement pur et simple.

208. *Application dans le temps de la décision.* – En l'absence de dispositions transitoires édictées par le Conseil constitutionnel, la question de l'application dans le temps de sa décision restait en suspens. En effet, d'après l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, l'abrogation de la disposition devait prendre effet à la date de publication de la décision au journal officiel, soit le 6 août 2011. La suppression du droit de prélèvement pour les successions ouvertes à compter de cette date ne faisait donc pas de doute. En revanche, la question était plus discutée sur le point de savoir si la décision devait aussi s'appliquer aux successions ouvertes avant cette date mais non encore liquidées⁵²⁷. La Cour de cassation y a répondu dans l'arrêt du 27 septembre 2017, en même temps qu'elle se prononçait sur la conformité de la loi étrangère ignorant la

⁵²⁷ V. pour les discussions doctrinales, les notes sous Cons. const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, JO 6 août, not : JDI 2012. 145, note S. Godechot-Patris ; JCP N 2011. 1236, note E. Fongaro ; Dr. et patr. 2011. 93, note B. Ancel.

réserve à l'ordre public international⁵²⁸. En se fondant sur l'article 62 de la Constitution, elle juge que le droit de prélèvement ne pouvait être invoqué par les héritiers dans une succession ouverte mais non encore liquidée à la date de la décision l'ayant abrogé, dès lors que le Conseil Constitutionnel n'avait pas usé de son pouvoir de « fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets ou de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »⁵²⁹. Elle se rallie ainsi à la position du Conseil constitutionnel⁵³⁰ et clôt le débat sur l'application dans le temps de l'abrogation du droit de prélèvement. Les héritiers français ne pouvaient donc en bénéficier en l'espèce, ce qui ne constituait par ailleurs pas une atteinte à leur droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Protocole n°1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, d'après la Cour de cassation.

Le droit de prélèvement a donc disparu du paysage juridique français⁵³¹.

Un auteur remarquait déjà en 2011 que la suppression du droit de prélèvement allait, de manière inévitable, inciter les héritiers à invoquer l'ordre public international⁵³², la Cour de cassation les a toutefois stoppés dans leur élan.

B. Le principe posé par la Cour de cassation : *La réserve n'est pas en soi d'ordre public international*

209. La décision de la Cour de cassation était très attendue, le règlement européen du 4 juillet 2012 ne tranchant pas la question de savoir si la réserve héréditaire était d'ordre public international (1). L'arrêt n'a pas été rendu sous son empire, mais le principe posé devrait néanmoins subsister pour les successions ouvertes après le 17 août 2015 (2).

1) Le contexte européen

⁵²⁸ Cass. Civ 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198, précité

⁵²⁹ « Lorsque la déclaration d'inconstitutionnalité est rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité, la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel dès lors que celui-ci n'a pas usé du pouvoir (...) de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets ou de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration » (Cass. Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017, précité)

⁵³⁰ Cons. const. QPC, 25 mars 2011, n° 2010-108 et n° 2010-110

⁵³¹ Sur les possibilités de réintroduire un droit de prélèvement égalitaire, cf. *infra*, n°768 ss.

⁵³² D. Boulanger, *Dr. fam.* 2011. comm. 173 (note sous arrêt Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC)

210. A l'origine, l'esprit de la proposition de règlement ne paraissait pas défendre le principe même de réserve (a). Le règlement quant à lui n'a pas semblé prendre position et a laissé place aux interprétations les plus diverses (b).

a) **La proposition de règlement du 14 octobre 2009**⁵³³

211. *Esprit de la proposition.* - Historiquement, le droit successoral français assure un équilibre entre deux courants : « le premier défend l'idée d'une sorte de domaine éminent de la famille sur le patrimoine ; le second insiste, au contraire sur le caractère individuel de la propriété, et par suite, sur la liberté de disposer à titre gratuit »⁵³⁴. Le droit français des successions n'a en effet pas choisi entre le droit patrimonial et le droit de la famille, c'est un droit patrimonial intimement lié à la famille⁵³⁵. Or, le caractère familial de la succession justifie l'existence d'une réserve héréditaire, qui assure l'accomplissement du devoir familial.

212. Il apparaît cependant que lors de l'élaboration de la proposition de règlement, la Commission européenne a clairement pris parti en faveur de la dimension patrimoniale du droit des successions. La Commission ne semble en effet pas appréhender le droit des successions de la même manière que le droit français. Il suffit de se référer à l'exposé des motifs de la proposition pour le comprendre, l'empreinte du droit de la famille sur le droit des successions y est absente : « la grande majorité des États membres, à l'exception des pays nordiques, qualifie le droit successoral comme une matière distincte du droit de la famille, en raison de ses aspects patrimoniaux prépondérants. (...) La finalité principale du droit successoral est de définir les règles de dévolution de la succession ainsi que de régler la transmission de la succession elle-même. A la différence du droit successoral, le droit de la famille a pour objet de régir surtout les rapports juridiques liés au mariage et à la vie de couple, à la filiation et à l'état civil des personnes. Sa fonction sociale essentielle est de protéger les liens familiaux. En outre, contrairement au droit de la famille où la volonté des individus n'occupe que très peu de place et où la grande majorité des rapports sont régis par des règles d'ordre public, le droit successoral reste une matière où la volonté du titulaire des droits occupe une place

⁵³³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. COM (2009)154 final du 14/10/2009

⁵³⁴ E. Fongaro, M. Nicod, "Réserve héréditaire – Quotité disponible", *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°24

⁵³⁵ Le Doyen Carbonnier disait que le droit des successions était l'une des « neuf soeurs » aux côtés des régimes matrimoniaux, de la filiation, du divorce, de l'autorité parentale, de la tutelle, etc.

importante »⁵³⁶. Ainsi décrit, le droit des successions paraît être un parent très éloigné du droit de la famille. Cette conception du droit des successions avait certes une explication politique : elle permettait d'éviter le recours à la procédure normalement applicable en matière de droit de la famille. En effet, la matière familiale exige une adoption du texte à l'unanimité par le Conseil, après consultation du Parlement européen⁵³⁷. L'affirmation de l'autonomie du droit des successions par rapport au droit de la famille n'en est pas moins révélatrice de l'idéologie qui animait les rédacteurs de la proposition⁵³⁸.

213. La dimension familiale du droit des successions est pourtant bien ancrée en droit français. Pour une grande partie de la doctrine, la famille est un aspect essentiel et nécessaire du droit des successions. L'héritage est « l'emblème de la permanence du groupe familial » et un moyen « d'entraide des générations »⁵³⁹. La façon dont est organisée la dévolution d'un patrimoine trace directement le périmètre de la famille, en dehors des liens biologiques qui la créent. En effet, « délimiter l'étendue de la vocation héréditaire *ab intestat*, ce n'est pas au fond autre chose que de projeter les principes de la transmission du patrimoine sur la structure de la famille »⁵⁴⁰. Remettre en cause la dimension familiale du droit des successions, c'est donc aussi remettre en cause la réserve héréditaire, qui témoigne du lien entre famille et successions. En effet, elle empêche que la succession sorte complètement du cercle familial⁵⁴¹. Par conséquent, si l'on gomme la dimension familiale du droit des successions, on prive de fondement la réserve, dérogation d'ordre public au droit de propriété, mais justifiée par sa fonction protectrice des membres de la famille. « C'est donc sans ses bornes naturelles que la liberté du *de cuius* apparaît dans la proposition de règlement »⁵⁴² fait remarquer un auteur.

⁵³⁶ COM (2009) 154 final, Exposé des motifs, *Paragraphe 3.1*

⁵³⁷ Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

⁵³⁸ En ce sens, D. Martel, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », RLDC 2010, 77

⁵³⁹ M. Grimaldi, *Droit civil. Les successions*, 6e éd., LexisNexis, Paris, 2001, réed. 2017 (7ème éd.), n° 27; La transmission intéresse en effet l'ordre politique et social. C'est ce qu'affirmait déjà Papien dans l'Antiquité : *Testamenti factio non privati sed publici juris est*. Domat faisait aussi remarquer dans son Traité des Lois que « les successions font une grande partie de ce qui se passe dans la société ». Ainsi sous la Révolution, le droit des successions était utilisé comme un instrument pour atteindre des objectifs politico-économiques. Tocqueville a lui aussi fait remarquer que les lois sur les successions sont « de la plus haute importance pour la vie des peuples, (et méritent) une grande attention politique » (A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*)

⁵⁴⁰ H. Vialleton, « Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil », in *Mélanges Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, Paris, 1960, p. 577

⁵⁴¹ « La réserve est une institution protectrice de la famille. (...) Mais le rôle protecteur n'est pas unilatéral. Tout au contraire la relation est bilatérale : la famille protège également la réserve héréditaire dans le sens qu'elle constitue son fondement constant sans lequel elle serait depuis longtemps abolie » (I. Kondyli, *op. cit.*, p. 15, n° 27)

⁵⁴² D. Martel, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », RLDC 2010, 77

214. La plupart des pays européens connaissent pourtant le principe de la réserve héréditaire⁵⁴³. La Commission le reconnaît elle-même dans son exposé des motifs : « Tous les systèmes juridiques des États membres connaissent de mécanismes destinés à assurer la subsistance des proches du défunt et principalement de mécanismes de réserve héréditaire »⁵⁴⁴. Les constatations de la Commission peuvent donc paraître contradictoires car la présence de mécanismes réservataires dans les droits européens témoigne de leur attachement à la dimension familiale du droit des successions.

215. Celle-ci est pourtant remise en cause, au profit de la seule finalité économique de la matière. La motivation et les objectifs de la proposition se concentrent sur l'efficacité de la transmission et l'effectivité du plein exercice du droit de propriété privée, « lequel d'après la jurisprudence constante de la Cour de justice fait partie intégrante des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »⁵⁴⁵. Or, la réserve héréditaire est un obstacle au plein exercice du droit de propriété, en ce qu'elle limite la liberté de disposer de ses biens. Dans son esprit, la proposition de règlement ne semblait donc déjà pas protéger la réserve, celle-ci pouvant apparaître comme une entrave à la circulation des richesses et au droit de propriété⁵⁴⁶. L'ordre public international fait aussi partie de ces obstacles.

⁵⁴³ Cf. *infra*, n°293 ss.

⁵⁴⁴ COM (2009) 154 final, Exposé des motifs, *Paragraphe 4.3. Chapitre III : Loi applicable*, commentaire de l'article 17

⁵⁴⁵ COM (2009) 154 final, Exposé des motifs, *Paragraphe 1.2*

⁵⁴⁶ Ne voyant que la seule fonction économique de la transmission successorale, la proposition de règlement accentuait aussi le processus de patrimonialisation du droit des successions engagé en 2006. Elle n'envisage la succession que comme un simple transfert de propriété (*"La finalité principale du droit successoral est de définir les règles de dévolution de la succession ainsi que de régler la transmission de la succession elle-même"* (COM (2009) 154 final, Exposé des motifs, paragraphe 3.1) et rejoint ainsi la conception anglo-saxonne de succession aux biens. Le code civil de 1804 avait lui en revanche clairement opté pour une succession à la personne, où l'héritier vient continuer la personne défunte, en se substituant à lui. La transmission est alors immédiate, « le mort saisi le vif ». L'héritier appréhende ainsi aussitôt les biens de la succession, sans formalités aucune, grâce au mécanisme juridique de la saisine qui est de plein droit, et répond de l'entier passif successoral à la fois sur le patrimoine du défunt et sur son patrimoine, qui viennent aussitôt à se confondre. Cependant, le droit français tend à s'éloigner de cette conception, pour se rapprocher de la succession aux biens, notamment depuis la réforme du 23 juin 2006 (en effet, alors que la continuation de la personne emporte pour conséquence l'obligation indéfinie au passif successoral, l'obligation *ultra vires successionis* subit deux altérations majeures : l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net (art. 787 c. civil) et la possibilité de s'affranchir de l'obligation indéfinie au passif successoral, en cas de découverte d'un passif inconnu, légitimement ignoré de l'héritier, et qui compromettrait gravement son patrimoine personnel (art. 786 al 2 c. civil). La saisine du patrimoine transmis souffre aussi de nombreuses entorses. Outre parfois les formalités qui sont imposées pour la rendre efficace, elle se confronte aujourd'hui à l'avènement croissant des tiers de confiance qui s'imposent dans l'administration d'une succession. Il en est ainsi de l'exécuteur testamentaire dont le rôle a été amplifié, ou bien encore du mandataire posthume dont la fonction a été créée par la loi du 23 juin 2006). Aussi, si l'être est symboliquement transmis à travers la transmission de l'objet (A. Gotman, *L'héritage*, PUF, coll. Que sais-je?, Paris, 2006, p. 31), la continuation de la personnalité du défunt devient parfois accessoire lorsque la loi ne s'intéresse plus à la nature des biens mais à leur valeur (la réduction des libéralités ne se fait plus en nature mais en valeur (art. 924 al 1 du Code civil); le rapport n'est pas non plus exigé en nature, il peut se faire en valeur (art. 858 du Code civil), cf. P. Catala, *"La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple"*, Dr. famille 2006, étude 43).

216. ***L'exception d'ordre public dans la proposition de 2009.*** - Dans une première mouture, l'article 27, paragraphe 2 de la proposition de règlement de 2009 précisait que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne (pouvait) être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire (seraient) différentes de celles en vigueur dans le for ». Interprété de façon radicale, cet article aurait pu signifier qu'un héritier n'aurait pas pu, en principe, opposer au titre de l'exception d'ordre public les droits réservataires que lui garantissait le for. La majorité semblait toutefois se ranger derrière une interprétation moins stricte : le juge ne pourrait pas s'opposer, au nom de l'ordre public international, à une loi étrangère qui organiserait la réserve selon des modalités différentes de celles de la loi du for (une loi étrangère qui aurait calculé différemment les droits réservataires des héritiers n'aurait pas pu être écartée) mais les termes du texte permettait difficilement d'aller plus loin et de soutenir que l'ordre public ne s'opposerait pas à une loi étrangère qui ignore totalement la réserve⁵⁴⁷.

217. Finalement, la dernière version adoptée est beaucoup moins précise et ouvre un champ de réflexion plus vaste sur la possibilité d'un ordre public international qui viendrait contrarier la loi applicable déterminée par le règlement.

b) Le règlement du 4 juillet 2012

218. Deux modifications majeures sont apparues à l'article 27 de la proposition devenu article 35 du règlement. D'abord, l'alinéa 2 a été purement et simplement supprimé. Celui-ci donnait une illustration à ce que pouvait représenter l'ordre public international du for. La réserve héréditaire en était le symbole, en ce qu'elle ne pouvait pas constituer cet ordre public, du moins dans ses modalités, mais peut-être pas dans son principe. En second lieu, il a été ajouté de façon significative l'adverbe « manifestement » à l'alinéa 1er de l'article : « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est **manifestement** incompatible avec l'ordre public du

⁵⁴⁷En ce sens, G. Khairallah, *in Perspectives du droit des successions européennes et internationales, Etude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, sous la dir. de G. Khairallah et M. Revillard, Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2010, n° 36, p. 69. L'ambiguïté de la rédaction amène l'auteur à en proposer une autre : « l'application de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif qu'elle ne connaît pas la réserve héréditaire ou que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for », *op. cit.* p. 79 ; dans le même sens L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international et la réserve héréditaire : réflexions sur la lettre et l'esprit du règlement européen (...) », *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 1279

for ». Cette condition du caractère « manifeste » de l'atteinte est désormais habituelle dans les règlements européens de droit international privé⁵⁴⁸, mais en vertu de cette ultime rédaction, le débat s'est ouvert encore un peu plus.

Dans une première interprétation, on pourrait considérer que l'intention des instances européennes était toujours la même au regard des exigences d'harmonisation et de prévisibilité de la loi applicable à la succession⁵⁴⁹. En effet, commentant les articles dans son exposé des motifs, la Commission justifiait ainsi l'article 27 de la proposition de règlement: « Le recours à l'ordre public doit revêtir un caractère exceptionnel. Une différence entre les lois relatives à la protection des intérêts légitimes des proches du défunt ne saurait justifier son intervention, ce qui serait incompatible avec l'objectif d'assurer l'application d'une loi unique à l'ensemble des biens de la succession ». Le règlement reste sur la même ligne, au regard du considérant n°58 : « Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné »⁵⁵⁰. L'ajout de l'adverbe *manifestement* signifie en effet que l'exception d'ordre public ne pourra intervenir que de manière très limitée. Or, l'intérêt de la *professio juris*, admise dans le règlement, sera bien souvent de passer outre la réserve héréditaire, l'exception d'ordre public aurait donc vocation à jouer assez fréquemment, si la réserve était reconnue d'ordre public international. Le caractère « manifeste » pourrait aussi signifier que l'ordre public international ne pourra jouer que lorsque la contrariété est claire et incontestée. Ces exigences renforcées ne seraient donc pas favorables à la défense d'une réserve fragilisée en droit interne.

Dans une seconde interprétation, on pourrait considérer que la suppression de l'alinéa 2 de l'article 27 envoie un signal fort de sauvetage de la réserve héréditaire, en laissant la possibilité aux pays qui la connaissent, de la protéger par ce biais⁵⁵¹. Une certaine préoccupation pour les

⁵⁴⁸ Règlement Rome I (art. 21), Rome II (art. 26), Rome III (art. 12); *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Commentaire Dalloz, 2015, p. 154: "Cette condition, apparue dans la convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, est constante depuis lors dans les conventions de La Haye et elle a été retenue par l'ensemble des règlements européens de droit international privé".

⁵⁴⁹ En ce sens, N. Nord, « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? », Dr. Et Patr. n°226, 1^{er} juin 2003

⁵⁵⁰ Considérant n°58 : (...) Néanmoins, les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître — ou, le cas échéant, d'accepter —, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination. »

⁵⁵¹ En ce sens, M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », précité.

héritiers réservataires se manifeste en effet dans le règlement : le considérant n°38 justifie la limitation de la *professio juris* à la loi nationale du défunt par le souhait « d'éviter que le choix ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires » ; le considérant n°50 indique que le pacte successoral ne pourrait priver « un héritier de la réserve que lui accorde la loi applicable à la succession »⁵⁵² ; le considérant n°54 précise que la technique des lois de police ne pourra pas être utilisée pour édicter en dispositions impératives d'application immédiate des « dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement ». Un seuil de protection maximale de la réserve est donc envisagé, les droits des héritiers réservataires ne pourront pas être plus importants que ce que prévoit la loi successorale ; en revanche, rien n'est dit dans le cas où la loi successorale ne prévoit pas de réserve. Ce qui ne veut pas dire que le règlement s'oppose à sa protection.

219. Un auteur a néanmoins remarqué que le règlement n'associait jamais ordre public international et protection de la réserve, contrairement à la proposition de règlement. En effet, « chaque fois que la réserve héréditaire est évoquée dans le règlement, et notamment dans son préambule, d'autres mécanismes que l'exception d'ordre public international sont sollicités pour en garantir la protection. Inversement, lorsque le règlement évoque des cas d'application de l'ordre public international, il ne mentionne pas la protection de la réserve héréditaire »⁵⁵³. Au regard des considérants évoqués, il semble en effet que la protection de la réserve héréditaire ne soit à chaque fois envisagée que pour respecter l'intégrité de la règle de conflit. Dès lors, « dans l'esprit plausible du texte, la protection de la réserve héréditaire ne paraît pas être un objectif suffisamment puissant pour justifier un aménagement ou une dérogation aux règles de conflit qu'il consacre »⁵⁵⁴. Autrement dit, la réserve ne peut être protégée que si elle l'est par la loi successorale. Ce qui exclurait une protection par l'ordre public international...

220. Ce n'est toutefois qu'une interprétation et on peut aussi voir derrière le silence du règlement une volonté de laisser une certaine marge d'appréciation aux États dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public⁵⁵⁵. Cette marge d'appréciation serait toutefois sous le

⁵⁵² Un pacte successoral ne pourrait permettre au *de cuius* de porter atteinte aux droits des héritiers réservataires dès lors que la loi applicable à la succession les protège.

⁵⁵³ L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international et la réserve héréditaire : réflexions sur la lettre et l'esprit du règlement européen (...) », précité.

⁵⁵⁴ L. Perreau-Saussine, *Ibid*

⁵⁵⁵ C'est aussi l'avis de L. Perreau-Saussine, *Ibid*

contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁵⁶. A propos du règlement Bruxelles I, elle a en effet jugé dans un arrêt Krombach⁵⁵⁷ que « s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion ».

221. La Cour de Justice pourrait-elle s'opposer à ce qu'un État déclenche l'ordre public afin de protéger les droits des héritiers réservataires ? Ce n'est pas exclu mais il est possible d'en douter. Aux termes du considérant n°58, il est certes précisé qu'un État ne pourrait pas faire jouer l'exception d'ordre public « en vue d'écarter la loi d'un autre État membre (...) lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination. ». Or, il a été remarqué que la Charte défend en son article 17 le droit de propriété de toute personne, ce droit impliquant « le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer »⁵⁵⁸. La mise en jeu de l'ordre public pourrait donc être sanctionnée par la Cour de justice comme une atteinte au droit de propriété du disposant. Toutefois, cette interprétation nous paraît excessive dans la mesure où tous les États participants au règlement reconnaissent et garantissent le droit de propriété, tout en limitant la liberté testamentaire du défunt. Cette limite étant mesurée, elle ne dénature pas le droit de propriété. Sous l'empire de la Convention européenne des droits de l'homme par ailleurs, si l'arrêt Marckx⁵⁵⁹ avait énoncé que le droit de disposer était un élément essentiel de la propriété, garantie par l'article 1^{er} du protocole n°1, il admettait que l'intérêt général puisse conduire le législateur à « réglementer l'usage des biens dans le domaine des libéralités ». On pourrait néanmoins s'attendre à un contrôle de proportionnalité sur cette question : l'atteinte faite au droit de propriété du disposant par la mise en jeu de l'ordre public dans une succession internationale est-elle proportionnée eu égard aux objectifs de solidarité familiale, protection financière et morale des héritiers réservataires⁵⁶⁰ ?

La Cour de cassation française n'a en tous cas pas pris le risque d'un tel contrôle puisqu'elle a déclaré, aux termes d'un arrêt très attendu, que la réserve n'était pas « en soi » contraire à

⁵⁵⁶ Sur ce contrôle, cf *infra*, n°239 ss.

⁵⁵⁷ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, Aff. C-7/98, Rev. Crit. DIP 2000. 481, note H. Muir-Watt

⁵⁵⁸ L. Perreau-Saussine, précité, *Mélanges Ancel*, p. 1279

⁵⁵⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, n°6833/74, précité

⁵⁶⁰ V. pour exemple l'arrêt CJUE 22 déc. 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* (AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD. civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; Europe, 2011. comm. 40, obs. D. Simon ; JDI 2011. 639, note J. Heymann et cf. nos développements relatifs au contrôle de proportionnalité, *infra* n°562 ss., et n°674 ss.

l'ordre public international.

2) La décision du 27 septembre 2017

222. En l'absence de position jurisprudentielle sur la question, les avis doctrinaux étaient très contrastés (a). La Cour de cassation a fini par poser un principe clair: une loi ignorant la réserve n'est pas « en soi » d'ordre public international (b).

a) Le contexte doctrinal et jurisprudentiel

223. **La doctrine.** - La question de la protection de la réserve par l'ordre public international était très discutée en doctrine. Pour le Doyen Héron, s'il était excessif d'affirmer que les règles françaises sur la réserve successorale constituent un minimum en dessous duquel aucune législation étrangère ne saurait descendre sans heurter l'ordre public, l'absence totale de réserve était néanmoins incompatible avec les exigences de l'ordre public⁵⁶¹. Pour Monsieur Grimaldi, c'était justement parce que l'institution était bousculée en droit interne qu'elle méritait d'être renforcée sur la scène internationale, au titre d'une politique législative pouvant être défendue par l'ordre public international⁵⁶². En effet, la réserve porte en elle des « valeurs essentielles que sont dans l'ordre familial, la solidarité, l'égalité et la liberté » et « c'est assez pour qu'elle vaille être protégée au plan international »⁵⁶³.

Pour une autre grande partie de la doctrine, la réserve n'avait pas à faire partie de l'ordre public international⁵⁶⁴. Monsieur Fongaro s'inquiétait par exemple des conséquences de l'intervention de l'ordre public sur la sécurité et la prévisibilité juridique⁵⁶⁵. Reconnaître à la réserve le caractère d'ordre public ne viendrait en effet que trop souvent corriger la règle de conflit et remettre en cause les montages juridiques élaborés par les praticiens. En bref, cette

⁵⁶¹ J. Héron, *Le morcellement des successions internationales*, Thèse, Economica, 1986, p. 157, n° 200

⁵⁶² M. Grimaldi, "Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire", précité: l'ordre public international peut aussi "répondre à une politique législative visant à défendre une institution controversée (dans le for lui-même) contre l'effet subversif que produirait l'application d'une loi étrangère qui l'ignore. Or aujourd'hui où la réserve, dont le principe a toujours été en débat (...) il ne serait pas incohérent de la défendre contre la subversion, venue d'ailleurs, qui pourrait la menacer".

⁵⁶³ M. Grimaldi, *Ibid*

⁵⁶⁴ V. not. N. Caram-Pietrini, "Successions internationales : quelle harmonisation communautaire des règles de conflit de lois?", *Defrénois* 2007, n° 21, p. 1498 ; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, T. II, p. 350 ; M. Revillard, "Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions", *Defrénois*, 2012, p. 743 ; P. Lagarde, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 691

⁵⁶⁵ E. Fongaro, "Le règlement successions et l'ordre public international", *Dr. Et Patrimoine*, 2014, n°236

reconnaissance ne serait pas favorable à l'anticipation successorale, pourtant encouragée par le règlement européen, et notamment par la *professio juris*. Madame Godechot-Patris avait toutefois fait remarquer que « reconnaître à la réserve héréditaire un caractère d'ordre public pourrait constituer, pour un système tel que le nôtre, un juste contrepois à la consécration parallèle de la *professio juris* ». Cette qualification était cependant, de son propre aveu, « loin d'être acquise »⁵⁶⁶.

Rares étaient en tous cas les avis tout à fait tranchés. Si personne ne défendait l'idée d'une protection inconditionnelle de la réserve, non bornée notamment par des considérations de proximité⁵⁶⁷, de nombreux auteurs reconnaissaient la nécessité d'une protection *a minima* des héritiers⁵⁶⁸, et tous soulignaient les enjeux de la question. Les nombreux commentaires doctrinaux ayant donné lieu aux arrêts du 27 septembre 2017 montrent en tous cas qu'il y avait matière à discuter.

224. **La jurisprudence.** – Avant l'abrogation du droit de prélèvement, peu de juridictions s'étaient prononcés sur le sujet⁵⁶⁹. On retrouve un arrêt du tribunal de grande instance de Paris qui avait vu dans la réserve un principe d'ordre public international⁵⁷⁰, et un arrêt en sens contraire de la cour d'appel de Paris du 3 novembre 1987⁵⁷¹. La portée de ces décisions étaient cependant limitées car elles avaient été rendues avant la réforme du droit des successions, à une époque où la réserve n'avait pas « changé de visage » et où le droit de prélèvement protégeait encore les héritiers réservataires, le recours à l'ordre public était donc subsidiaire et moins décisif.

225. Une prise de position par la Cour de cassation était donc très attendue. C'est désormais chose faite avec les arrêts Jarre et Colombier rendus le 27 septembre 2017. Les faits étaient

⁵⁶⁶ S. Godechot-Patris, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes.. », D. 2012. 2462

⁵⁶⁷ V. not. M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public... », précité ; B. Savouré, « Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve de droit français », JCP N 2015, 1178.

⁵⁶⁸ G. Khairalla, « La détermination de la loi applicable à la succession », in *Droit européen des successions internationales*, précité, Defrénois, 2013, p. 56 et s., spéc. n° 130 ; P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », Rev. crit. DIP 2012, p. 693, spéc. n° 20.

⁵⁶⁹ Notamment en raison du principe de concordance législative et jurisprudentielle qui fait que le juge applique généralement sa propre loi.

⁵⁷⁰ TGI Paris, 3 décembre 1973, RCDIP 1974, p. 653 : « les dispositions de la loi étrangère normalement compétente mais qui sont contraires à l'ordre public international français ne peuvent recevoir aucune application en France. Qu'ainsi la loi successorale française détermine l'étendue de la réserve ».

⁵⁷¹ CA Paris, 3 nov. 1987, JDI 1990, 109, note J. Héron : a jugé que la violation de la réserve ne heurtait pas « la conception française de l'ordre public international dans des conditions propres à interdire tout effet en France à cette décision étrangère ».

très similaires dans les deux espèces. Le défunt était compositeur de musique, de nationalité française et domicilié depuis plusieurs années en Californie. Chacun laissait à sa survivance son épouse et des enfants de lits différents. À chaque fois, il avait constitué conjointement avec son épouse un trust de famille auquel il avait transféré tous ses biens, et par le biais de ce trust et d'un testament, il avait déshérité ses enfants issus d'unions antérieures. Conformément à nos anciennes règles de conflit, les successions, exclusivement mobilières, étaient soumises à la loi du dernier domicile du défunt, soit la loi californienne, ignorant la réserve et permettant l'exhérédation des enfants. Ces derniers, de nationalité française et résidant en France pour la plupart, invoquèrent alors, devant les juridictions françaises, la contrariété à l'ordre public international de la loi successorale californienne. La question était de savoir si la réserve héréditaire faisait partie des principes composant l'ordre public international français et pouvait ainsi faire obstacle à l'application de la loi californienne. Les enfants furent déboutés de leur demande aux trois échelons de juridiction : tribunal de grande instance de Paris, cour d'appel de Paris et Cour de cassation.

226. Deux raisons principales et identiques furent avancées par le tribunal de grande instance de Paris dans les deux affaires⁵⁷² pour refuser le caractère d'ordre public international à la réserve⁵⁷³ : la Cour de cassation n'a tout d'abord « jamais consacré l'institution comme une valeur universelle, comme le serait le principe de non-discrimination ou la liberté religieuse »⁵⁷⁴ ; elle ne serait pas non plus « un principe essentiel du droit français »⁵⁷⁵. Ensuite,

⁵⁷² TGI Paris, 10 juillet 2013, n°06/13502 ; TGI PARIS, 2 décembre 2014, Jarre

⁵⁷³ « Attendu en conséquence que l'institution de la réserve, qui en droit interne ne peut donner lieu - de manière générale et inconditionnelle - à des atteintes privant les héritiers réservataires (réduits désormais aux seuls enfants et au conjoint survivant non divorcé depuis la réforme opérée par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006) de la possibilité de demander la réduction des libéralités excessives, n'a jamais fait partie de l'ordre public français au sens international du terme, de sorte que la loi californienne normalement applicable ne peut pas être écartée en l'espèce au seul motif qu'elle ne connaît pas la réserve héréditaire » (TGI PARIS, 2 décembre 2014, Jarre)

⁵⁷⁴ « Malgré son importance dans le droit interne français, l'institution de la réserve successorale n'a jamais été consacrée par la Cour de cassation comme contraire à des valeurs que l'ordre juridique français considère universelles, comme pourrait l'être toute disposition d'une loi étrangère qui réduirait ou supprimerait les droits d'une personne pour des raisons d'ordre social, racial, politique, sexuel ou religieux ; (...) » (TGI PARIS, 10 juillet 2013, n°06/13502) ; « Attendu en effet que l'ordre public français au sens international du terme a longtemps été défini par la cour de cassation (depuis l'arrêt Lautour du 25 mai 1948) comme l'ensemble des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ; Que sous l'empire de cette formulation, il n'a jamais été reconnu par la cour de cassation que le droit des enfants d'hériter d'une partie des biens de leurs parents ait revêtu une telle valeur internationale » (TGI PARIS, 2 décembre 2014, Jarre)

⁵⁷⁵ « Que désormais la formulation retenue (depuis Civ. 1ère 4 nov.2010, N° 09-15.302), qui n'a rien perdu de la visée universaliste traditionnelle, et qui au contraire prévient encore davantage de consacrer à l'international de simples particularités nationales, écarte la loi étrangère lorsqu'elle est contraire aux principes essentiels du droit français fondés sur une norme identifiée et manifestement requise par le système juridique français, dont l'application conduit dans l'espèce considérée à un résultat contraire à la loi étrangère (par exemple l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et le respect dû à la vie privée et familiale ; mais on peut encore évoquer la prohibition des discriminations fondées sur le sexe, la race, la religion... ; Que sous l'empire de la formulation actuelle, la cour de cassation n'a pas

compte tenu du principe d'actualité de l'ordre public, les évolutions de la société et les réformes législatives traduiraient un affaiblissement de la réserve et empêcheraient de la protéger aujourd'hui sur le plan international, malgré le devoir familial qu'elle défend⁵⁷⁶. Dès lors, le fait que la réserve ne soit plus défendue par le droit de prélèvement ne devrait pas conduire le juge à « déformer », instrumentaliser ou « gonfler artificiellement »⁵⁷⁷ « par motifs d'opportunité » la notion d'ordre public international⁵⁷⁸.

Une dernière justification fut enfin avancée par les juges dans l'affaire *Jarre* : les héritiers ne démontreraient pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin, laissant ainsi entendre que l'exception d'ordre public international pourrait intervenir en fonction de l'état de besoin économique des enfants⁵⁷⁹.

227. Les mêmes arguments se retrouvent au second degré de juridiction⁵⁸⁰. Bien que « la réserve héréditaire est en droit interne, un principe ancien mais aussi un principe actuel et important dans la société française en ce qu'elle exprime la solidarité familiale, garantit une certaine égalité entre les enfants et protège l'héritier d'éventuels errements du testateur, elle ne constitue pas un principe essentiel de ce droit, tel le principe de non-discrimination des successibles en raison du sexe, de la religion, ou de la nature de la filiation qui imposerait qu'il soit protégé par l'ordre public international français de l'application des dispositions étrangères qui le méconnaissent »⁵⁸¹. La liberté testamentaire donnée au *de cujus* par la loi étrangère ne

d'avantage érigé la réserve héréditaire en un tel principe essentiel du droit français fondé sur un droit général et inconditionnel des enfants d'hériter d'une partie des biens de leurs parents ; » (TGI PARIS, 2 décembre 2014, *Jarre*)

⁵⁷⁶ « Il n'est pas contesté que la réserve serait fondée sur un devoir familial qu'aurait le défunt de laisser une fraction de ses biens à ses enfants : mais le contenu de l'ordre public est susceptible de varier au fil du temps et des évolutions de la société et les réformes législatives intervenues traduisent un affaiblissement de la réserve, notamment après l'adoption de la loi du 23 juin 2006 sur les successions et la généralisation de la réduction en valeur (...) » (TGI PARIS, 10 juillet 2013, n°06/13502) ;

⁵⁷⁷ M-E. Ancel, « Du caractère feuilletonesque du droit international privé », *Dr. et patrimoine* 2015, n°253

⁵⁷⁸ « Attendu en droit que nonobstant l'affaiblissement de l'institution de la réserve héréditaire résultant incidemment de l'abrogation récente par le Conseil constitutionnel du droit de retrait issu de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, cette circonstance ne peut conduire le juge à déformer par motif d'opportunité la notion d'ordre public au sens du droit international privé français » (TGI PARIS, 2 décembre 2014, *Jarre*)

⁵⁷⁹ « Les parties n'allèguent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin, et que rien n'indique qu'elles s'y trouvent, de sorte que le Tribunal peut écarter en l'espèce de s'interroger plus avant sur les conséquences qui devraient être attachées au plan de la définition de l'ordre public à la situation d'enfants frustrés de tout droit de succession sur les biens de leur père par suite de l'application des règles de conflit de loi en matière internationale et de la désignation d'une loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire ; attendu en conséquence que le choix de Maurice JARRE de préparer sa succession en la soumettant à la loi successorale de son domicile ne connaissant pas la réserve héréditaire, choix qui n'a pas eu pour effet de maintenir ses héritiers dans un état de besoin économique particulier, n'apparaît pas heurter l'ordre public international français en l'état du droit positif (...) ».

⁵⁸⁰ Pour un commentaire des décisions de la cour d'appel de Paris, v. E. Fongaro et J-L., von Boxtael, « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris », *Rev. Plan. Patr. Belge* 2016, p. 199 et s.

⁵⁸¹ Cour d'appel de Paris, 11 mai 2016, n° 14/26247, *Rev. Plan. Patr. Belge* 2016, p. 199 et s., E. Fongaro et J-L., von Boxtael

contrevenait pas dès lors aux principes essentiels du droit français composant l'ordre public international⁵⁸², d'après la cour d'appel de Paris. Elle confirma par ailleurs le déclin de la réserve, tant en droit interne qu'en droit international⁵⁸³, voyant dans le règlement successions la marque d'une plus grande liberté de tester (du fait de la *professio juris* notamment) et de l'anticipation successorale. Il fut cependant observé que la réserve « n'en demeurait pas moins l'expression d'un devoir de famille et touchait en cela aux fondements de la société ». Ce devoir de famille n'aurait cependant qu'un fondement et une expression alimentaire, puisqu'il apparaît que seul l'état de précarité ou de besoin de l'enfant justifierait le jeu de l'ordre public.

Cette position a été confirmée par la Cour de cassation.

b) Une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas « en soi » contraire à l'ordre public international

228. Dans les deux arrêts⁵⁸⁴, la Cour de cassation a rejeté les pourvois aux termes d'un même attendu : une « loi étrangère ignorant la réserve n'est pas en soi contraire à l'ordre public international » et ne pourra être écartée « que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ». Elle poursuit en apportant des précisions, voire des nuances. Ainsi peut-on lire dans le premier arrêt : « attendu (...) qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des conjoints X, tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin, que Michel X résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux États-Unis ». Quant au second arrêt, il y est précisé : « attendu que le dernier domicile du défunt est situé dans l'État de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux États-Unis, où son installation était ancienne et durable et (...) que les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin ».

⁵⁸² Cf. définition de l'ordre public international donnée par la Cour de cassation (Civ 1^{ère}, 8 juillet 2010, Rev. Crit. DIP 2011, p. 747, n. P. Hammje; JCP 2010, 10173, n. H. Fulchiron; JDI 2011, 119, n. S. Bollée)

⁵⁸³ « Considérant que les modifications apportées en France par la loi du 23 juin 2006 au droit des successions, telles l'exclusion des ascendants du bénéfice de la réserve, la faculté de renoncer de façon anticipée à l'action en réduction, l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale, la réduction en valeur et plus en nature, et les mécanismes instaurés par le règlement européen du 4 juillet 2012 marqués par une plus grande liberté de tester et l'anticipation successorale, désormais en vigueur en France, ont fait évoluer le sens de la réserve héréditaire ; » (CA Paris, 16 décembre 2015, Colombier)

⁵⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-17.198, précités

229. Tant les juridictions de fond que la Cour de cassation n'ont voulu voir dans la réserve héréditaire un principe fondamental ou une "valeur universelle"⁵⁸⁵. Personne cependant n'allait jusque-là⁵⁸⁶. Si la réserve pouvait être protégée c'était au nom de la sauvegarde de certaines politiques impératives, qui est l'un des objectifs de l'ordre public international. En effet, si l'ordre public international protège « l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que les droits fondamentaux »⁵⁸⁷, autrement dit « les principes fondamentaux et fondements politiques et sociaux de la civilisation française »⁵⁸⁸, une deuxième fonction est traditionnellement donnée au mécanisme. Il permet de rejeter les lois étrangères qui, sans porter atteinte à un droit fondamental, « paraissent inconciliables avec une certaine politique législative »⁵⁸⁹. L'ordre public intervient dans ce cas « sur des points où la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou incertaine, alors que la politique législative du moment tient à imposer une ligne de conduite déterminée »⁵⁹⁰. Certains vont même jusqu'à affirmer que « plus les politiques du for sont fragiles, plus il est nécessaire de les rendre impératives : ici une législation ancienne vacillante, là une législation nouvelle progressiste »⁵⁹¹. Il a dans le même sens été écrit que « le refus d'appliquer une loi étrangère peut s'expliquer comme une manifestation de défense de la politique législative du for en raison de l'effet subversif que

⁵⁸⁵ « Expression de la morale et de la justice objective », Arrêt *Lautour*, Civ. 1^{ère}, 25 mai 1948, pourvoi n° 37.414, Bull. civ. 1948, I, n° 163, RCDIP 1949, p. 89, précité ; ou même un "principe essentiel du droit français" (Cass. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, D. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 387, obs. A. Mirkovic ; obs. B. Haftel ; interview C. Mécaré ; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck ; Rev. crit. DIP 2010. 747, note P. Hammje ; RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; Clunet 2011. 119, note S. Bollée ; JCP 2010. II. 1173, note H. Fulchiron)

⁵⁸⁶ B. Savouré, "Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire en droit français", JCP N 2015, 1178 : « On peut légitimement douter que la réserve héréditaire ait valeur de justice universelle » ; On ne peut y voir non plus une valeur constitutionnelle : elle n'est pas une condition nécessaire au développement de la famille que vise le préambule de la constitution de 1948 (M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité, LexisNexis 2001, réed. 2017, n°58-1)

⁵⁸⁷ Cour de cassation, Rapport annuel 2013, *L'ordre public* ; J. Guillaumé, "L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de Cassation", D. 2014, 2121 : "Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation (voir titre 3, chapitre 3 du rapport), ainsi que les droits fondamentaux."

⁵⁸⁸ Dont « les principes essentiels du droit français » (Cass. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, précité) sont une « formule de synthèse » (D. Bureau, H. Muir Watt, précités, n° 466-1)

⁵⁸⁹ « Les tribunaux ont rejeté les lois étrangères qui à coup sur ne mettaient en cause aucun principe fondamental, mais qui paraissaient inconciliables avec une certaine politique législative... » H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd. LGDJ, 1981, n°359 et 360

⁵⁹⁰ « d'autre part, elle interviendrait aussi sur des points où la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou incertaine, alors que la politique législative du moment tient à imposer une ligne de conduite déterminée ; on cite le caractère séculier du mariage, la limitation des causes de divorce ou récemment encore des cas de légitimation des enfants adultérins... » H. Batiffol et P. Lagarde, *Ibid.*

⁵⁹¹ M-L Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, précités, n°383

présenterait l'application d'une loi différente »⁵⁹². C'est ainsi que la Cour de cassation refusait d'appliquer, avant 1975, les lois étrangères autorisant le divorce par consentement mutuel, celui-ci n'étant pas encore possible en France, mais certainement acceptée au sein de l'opinion publique. De même, à l'heure du « mariage pour tous » et des débats ayant divisé la société française à ce sujet, la Cour a opposé l'exception d'ordre public à la loi marocaine prohibant le mariage entre personnes de même sexe⁵⁹³. L'objectif n'était pas ici de défendre les principes fondateurs de la société française, puisque la loi française prohibait encore deux ans auparavant le mariage entre personnes de même sexe, mais d'asseoir une politique législative française encore récente.

230. Dans l'arrêt du 27 septembre 2017, la Cour de cassation n'a cependant pas souhaité défendre la politique successorale française de protection des héritiers réservataires au niveau international. L'occasion lui était pourtant clairement donnée : c'est justement parce qu'elle était contestée et contournée en droit interne que la protection de la réserve par l'ordre public international se justifiait notamment. La Haute juridiction aurait pu envoyer un signal fort de défense de l'ordre public successoral, qui chancelait face à une loi étrangère ignorant la réserve. Fragilisée en droit interne, l'ordre public international aurait pu la renforcer sur le fondement de la « sauvegarde de certaines politiques législatives », d'autant plus que la loi étrangère l'ignorant était de nature à créer une différence de traitement entre les héritiers réservataires dans un contexte interne et les autres enfants dans un contexte international, différence qui ne serait pas forcément comprise par l'opinion publique⁵⁹⁴. Cette dernière se montre d'ailleurs encore très favorable à la réserve⁵⁹⁵. « Très solidement ancrée dans les mœurs du pays », elle représente une certaine idée de la justice⁵⁹⁶. Or, « dans une matière qui touche si intimement

⁵⁹² B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus – Droit Privé, 7^{ème} éd. 2013, spéc. n°372 (v. LGDJ, 1^{ère} éd., 2018)

⁵⁹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, JCP G 2015, 318, note L. Gannagé. La Cour de cassation conditionne l'intervention de l'ordre public à l'existence de liens avec la France ou de tout autre État autorisant le mariage homosexuel. Ces liens sont en fait les mêmes que ceux exigés par la règle de conflit de l'article 202-1 al 2 du code civil: « *Attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié* ».

⁵⁹⁴ On pense notamment à l'émotion qu'a suscitée la succession de Johnny Halliday dans l'opinion publique.

⁵⁹⁵ Un sondage a été réalisé à l'occasion du 108^{ème} congrès des notaires de France sur la transmission en 2012.

⁵⁹⁶ C. Brenner, Fasc. 10 Libéralités – réserve héréditaire. Quotité disponible. - Nature, Caractère, Fondement et dévolution de la réserve, *Jurisclasseur Civil Code*, n°69

aux fondements du pacte social, cet assentiment populaire constitue en soi une justification très puissante de son existence et son maintien »⁵⁹⁷. La pratique notariale s'est prononcée en faveur de sa défense⁵⁹⁸ et le Sénat également qui lui a montré son attachement, en s'inquiétant notamment, à l'époque de la proposition de règlement européen, de la possibilité pour un français de contourner les règles relatives à la réserve dans un contexte international⁵⁹⁹. Le ministre de la Justice, interrogé en 2016 à l'occasion d'une question écrite sur l'opportunité d'introduire davantage de flexibilité en droit des successions, a lui aussi rappelé l'utilité sociale de la réserve : elle « assure la protection de la cohésion du groupe familial en réalisant une égalité entre les enfants quel que soit le mode d'établissement de leur filiation et en imposant au *de cuius* un devoir d'assistance économique envers ses proches »⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ « très solidement ancrée dans les mœurs du pays (...) l'équilibre entre la liberté individuelle et l'égalité successorale que le droit national réalise à son moyen épousant parfaitement le sentiment de la Justice qui est chez nous le plus répandu » C. Brenner, précité, n°69

⁵⁹⁸ Lors du 108^{ème} congrès des Notaires de France s'étant tenu à Montpellier en 2012 sur le thème de la transmission

⁵⁹⁹ « La possibilité ainsi offerte à un Français d'échapper à l'exigence de la réserve héréditaire, ne saurait être acceptée, compte tenu de l'importance, tant historique que symbolique, de cette règle dans le droit français de la famille », Proposition de résolution européenne du Sénat, 2009-2010, Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 décembre 2009).

⁶⁰⁰ Rep. Min. n°13060 : JO Sénat, 7 janv. 2016, p. 56, H. Maurey

231. *Conclusion du chapitre. –*

Le droit et la liberté de transmettre sont sans conteste protégés par l'ordre public international. La possibilité de transmettre tout d'abord est bien ancrée dans nos sociétés. Il nous apparaît naturel que la propriété ne s'éteigne pas au décès et qu'elle soit transmise aux héritiers. Le droit de transmettre est en effet un attribut du droit de propriété, et comme lui, est donc protégé au plus haut de la hiérarchie des normes.

Il ne suffit toutefois pas de transmettre, encore faut-il pouvoir décider à qui transmettre. Le choix de ses successeurs paraît là encore naturel. Le droit de disposer de ses biens est ainsi attaché à la liberté testamentaire. Celle-ci peut toutefois être réglementée, comme c'est le cas en droit français. L'Etat ne voit en effet pas dans la succession qu'une affaire privée, elle intéresse l'ordre public et social, et est donc encadrée.

La succession légale se trouve néanmoins moins bien protégée que la succession testamentaire. S'il y a un droit de transmettre, le droit à l'héritage n'existe pas. Dès lors, si la quotité disponible apparaît protégée conventionnellement et constitutionnellement, ce n'est pas le cas de la réserve héréditaire. Ainsi, ne semblant défendre aucun droit fondamental, elle n'est pas protégée par l'ordre public international.

La Cour de cassation a en effet affirmé qu'une loi étrangère ignorant la réserve n'était pas « en soi » contraire à l'ordre public international français. Cette décision s'explique en grande partie par l'apparent déclin de la réserve en droit interne et la philosophie libérale actuelle tendant à flexibiliser le droit des successions. Le contexte réglementaire européen n'apparaissait pas non plus favorable à sa défense sur le plan international.

Toutefois, si la réserve héréditaire ne protège aucun droit fondamental du *de cuius*, elle peut défendre ceux des héritiers. L'ordre public réservataire s'est en effet transformé au fil des dernières réformes, s'il ne protège plus l'institution familiale, il continue de protéger l'individu au sein de la famille. Il constitue un ordre public de protection des enfants héritiers. Dans cette optique, il pourrait donc venir limiter l'autonomie de la volonté du défunt à l'échelle internationale.

Les évolutions internes affectent nécessairement l'ordre public international. Seul le motif de protection du disposant permet encore de justifier le principe de prohibition des pactes sur succession future ; de même, la réserve ne peut plus être défendue qu'au nom d'une politique de protection individuelle des enfants du *de cuius*. Pour autant, cela ne signifie pas que l'ordre public international doive s'en désintéresser : l'ordre public international ne se réduit pas à l'ordre public de direction, il est aussi et surtout un ordre public de protection⁶⁰¹. La protection d'un groupe ou d'un type d'individus (conjoint, héritiers, etc.) dépasse d'ailleurs nécessairement leurs intérêts essentiellement privés. Ainsi qu'a pu le dire un auteur dans d'autres domaines, « les lois impératives d'intérêt privé protègent des groupes, des populations indéterminées : les salariés, les locataires, les consommateurs, les assurés... Ces masses anonymes étant potentiellement immenses, il est clair que la somme de leurs intérêts individuels forme un intérêt collectif puissant, dont la satisfaction est un facteur de paix sociale »⁶⁰². La réserve a elle aussi des vertus pacificatrices, elle participe sans aucun doute à la paix des familles, et par conséquent de la société toute entière. Elle limite le pouvoir de volonté du défunt afin d'éviter les excès de ses choix ou de ses idées, et assure une certaine égalité entre les enfants⁶⁰³. Elle « conserve intactes ses justifications individuelles et familiales en relation avec sa fonction première qui est d'assurer un minimum d'égalité entre les enfants et descendants du défunt. Cette fonction subsiste et garde toute sa valeur bien que ses modalités d'exercice aient été fortement altérées par les réformes successives »⁶⁰⁴. L'utilité, familiale,

⁶⁰¹ Ne pas prendre en compte l'ordre public de protection au sein de l'ordre public international serait « jeter par-dessus bord une lourde cargaison de l'ordre public de protection, dont les rapports célèbrent tous l'essor, au détriment de l'ordre public de direction (P. Catala, rapport de synthèse, *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1998, précité, p. 2, à propos de l'ordre public interne)

⁶⁰² P. Catala, rapport de synthèse, *L'ordre public*, *ibid*, p. 2, à propos de l'ordre public interne

⁶⁰³ Le législateur pourrait toutefois succomber à certaines propositions doctrinales qui préconisent de modifier le quantum de la réserve en la ramenant à une quotité globale fixe, indépendante du nombre d'enfants. Une telle transformation de la réserve serait toutefois susceptible de soumettre les enfants à l'arbitraire parentale, laissant au de cuius la possibilité de pourvoir bien plus avantageusement un enfant. Le 110ème congrès des notaires de France a néanmoins proposé de fixer, en présence d'enfants ou de leurs descendants, à la moitié de la succession la quotité disponible, quel que soit le nombre d'enfants. Il s'agirait d'aller encore un peu plus dans le sens du libéralisme, en laissant plus de place à la volonté du défunt (S. Godechot-Patris, « La progression de l'autonomie de la volonté en droit de la famille : regard sur quelques souhaits du notariat », RDC 2014, n°4, p.724). En effet, au lieu d'une quotité disponible d'un tiers en présence de deux enfants, ou d'un quart en présence de trois enfants ou plus, elle serait toujours de la moitié de la succession (substitution d'une réserve globale à une réserve individuelle). Plus de liberté, mais peut-être moins d'égalité. En effet, comme le relève Madame S. Godechot-Patris, « c'est l'objectif d'égalité que poursuit la réserve héréditaire qui se trouverait quelque peu mis à mal, puisque, en présence de deux enfants, il serait alors possible au de cuius de transmettre trois quarts de sa succession à l'un des deux ».

⁶⁰⁴ C. Brenner, Fasc. 10 LIBERALITES – Réserve héréditaire. Quotité disponible. - Nature, Caractère, Fondement et Dévolution de la réserve, *Jurisclasseur Civil Code*, n° 73

sociale, et économique, de la réserve justifie donc à notre sens une prise en compte par l'ordre public international.

Dès lors, plutôt que d'affirmer, comme l'a fait la Cour de cassation, qu'une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas par principe contraire à l'ordre public international, sauf lorsqu'elle aboutit *in concreto* à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels, n'aurait-il pas mieux fallu dire, plus simplement, *qu'une loi étrangère ignorant la réserve est contraire à l'ordre public international lorsqu'elle aboutit in concreto à une protection insuffisante de l'héritier* ? La loi laissant une très grande marge de liberté au disposant risque en effet de créer une situation contraire à l'ordre public international, elle est *in abstracto* « suspecte »⁶⁰⁵. La contrariété à l'ordre public n'apparaîtra toutefois qu'aux termes d'une appréciation concrète: l'ordre public international défendant un ordre public de protection, il s'agit de se demander si l'héritier est suffisamment protégé dans le cas d'espèce.

La discussion doit encore se prolonger sur la nature et le champ de la protection devant être accordée aux héritiers. Elle apparaît extrêmement limitée aux yeux de la Cour : seules des considérations d'ordre alimentaire sont prises en compte, alors que l'intérêt de la réserve est en principe bien plus large.

Dès lors, une fois le principe d'une protection contre les excès de la volonté du *de cuius* admis, il reste en à en déterminer les seuils et l'effectivité.

⁶⁰⁵ Cf. *supra* n°90 ss. (Titre préliminaire)

TITRE 2

LES LIMITES A L'EXERCICE DE LA VOLONTE : LA PROTECTION DE L'INDIVIDU

233. Au temps des théories personnalistes, on avait eu l'idée d'opposer les lois prohibitives aux lois permissives, c'est-à-dire les lois négatives, qui interdisaient une institution (interdiction du divorce, de la paternité naturelle...) et les lois qui les autorisaient; et l'on affirmait que seules les lois prohibitives pouvaient constituer l'ordre public international⁶⁰⁶. Autrement dit, selon cette conception, l'ordre public ne pouvait avoir qu'un effet négatif et jamais positif : l'ordre public empêchait mais ne permettait pas. Cette vision a vécu. L'ordre public international s'est depuis indéniablement transformé, c'est même la position inverse qui domine désormais. L'ordre public aujourd'hui autorise, permet, n'interdit plus. Il n'impose plus un modèle, une direction, ne signale plus « ce qu'il faut suivre », mais plutôt « ce qu'il faut fuir, non plus ce qu'il convient de viser mais plutôt ce dont il convient de se détourner »⁶⁰⁷. Le regard porté sur les répudiations illustre cette évolution. Si elles choquent aujourd'hui c'est parce qu'elles sont contraires au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. A l'époque où la famille européenne était légitime et patriarcale, ce n'était pas tant les droits fondamentaux qui opposaient la société européenne à la société musulmane mais la conception même du lien conjugal : mariage institutionnel et lien conjugal indéfectible en Europe contre mariage contractuel et lien conjugal précaire au-delà de la Méditerranée⁶⁰⁸. Aujourd'hui, notamment sous l'empire du nouveau divorce sans juge, la précarité du lien conjugal n'a plus rien de choquant, c'est en revanche le pouvoir unilatéral du mari dans la décision de divorcer qui est sanctionné par l'exception d'ordre public.

⁶⁰⁶ V. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1959, p. 210

⁶⁰⁷ P. Manent, précité, p. 14

⁶⁰⁸ Si la répudiation était stigmatisée c'est parce qu'elle « répugnait invinciblement au sentiment profond (...) du sérieux, de la dignité, de la permanence du lien conjugal », v. Cour de Paris, 15 décembre 1948, *Weiller, Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, pp. 113 ss., note Ph. Francescakis, rappelé par R. El-Husseini Begdache, in *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, 2002, p. 141, n°290 ; et L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », RCADI 2013, précitée, Chap. 2, p. 459

234. Il ne s'agit en effet plus de promouvoir un modèle social ou de défendre les objectifs du for, mais de défendre l'individu contre les lois étrangères contraires aux droits fondamentaux notamment proclamés par la Cour européenne des droits de l'homme. Paradoxalement, alors que cette politique de protection se voulait libérale, elle ne se révèle pas moins impérialiste. Elle impose en effet une certaine vision des droits de l'homme, un système de valeurs, qui loin d'être universel, est en fait celui de l'homme européen⁶⁰⁹.

235. Il en résulte nécessairement un certain rétrécissement du domaine d'intervention de l'ordre public international⁶¹⁰. Plutôt que sur la protection des politiques législatives impératives du for, telle que l'entendait Batiffol⁶¹¹, l'ordre public international se concentre sur la protection des droits fondamentaux de l'individu⁶¹². En revanche, ce rétrécissement s'accompagne, ainsi que le fait remarquer le Professeur Libchaber, d'un « élargissement du cadre de référence où ces valeurs sont inscrites, par recours aux valeurs partagés par d'autres pays culturellement homogènes »⁶¹³. Un ordre public qui serait donc ramené à l'essentiel mais dont la base serait partagée par de plus nombreux pays.

236. Il semble que ce soit l'orientation que l'Europe souhaite donner à l'ordre public international des Etats membres. Autrement dit, un ordre public européen se construirait sur des bases resserrées afin de rassembler le plus grand nombre. Or, si nous voulons nous aussi voir l'ordre public international comme un élément actif de la construction européenne, il nous

⁶⁰⁹ En ce sens, L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », JCP G 2015, 318 : « Qu'ils soient proclamés par la Cour de Strasbourg ou par les juridictions nationales, les droits de l'homme apparaissent de plus en plus comme ceux de l'homme européen, et parfois même de l'homme français, et de lui seul »

⁶¹⁰ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, précité, p. 81

⁶¹¹ « Les tribunaux (rejetent) les lois étrangères qui à coup sûr ne (mettent) en cause aucun principe fondamental, mais qui paraissent inconciliables avec une certaine politique législative... Telle loi sera considérée comme ne pouvant tolérer la dérogation au nom d'une loi étrangère sous peine que soit compromis le résultat auquel tend la politique dont elle s'inspire, telle autre au contraire admettra que certaines relations privées lui soient soustraites sans que son objectif s'en trouve atteint. » H. Batiffol, *Aspects philosophique du droit international privé*, précité

⁶¹² « D'un ordre public tourné vers l'épanouissement de la société, présumé assurer celui de l'individu, on passe ainsi à un ordre public tourné vers l'épanouissement de l'individu, présumé assuré celui de la société » Ch. Masson, « L'ordre public familial en péril », RTD civ 2018, p. 809, citant J. Pineau, *L'ordre public dans les relations de famille*, Les cahiers du droit, vol 40, °2, 1999, p. 344

⁶¹³ R. Libchaber, précité, p. 81 : « Bien moins préoccupée de réaliser les objectifs législatifs du for, bien moins soupçonnée d'être le vecteur d'un quelconque impérialisme du droit français, cette exception a connu une double évolution apparemment contradictoire. D'une part, un certain rétrécissement de son domaine d'intervention, l'ordre public se chargeant moins d'assurer les objectifs législatifs du for, pour se limiter au respect d'un certain nombre de valeurs intangibles qui seules justifient l'éviction des lois étrangères. Mais d'autre part, un élargissement du cadre de référence où ces valeurs sont inscrites, par recours aux valeurs partagées par d'autres pays culturellement homogènes »

semble qu'il peut se construire sur des fondements plus larges (Chapitre I). Sa direction par ailleurs est claire et semble partagée à l'échelle européenne : l'ordre public international n'oriente plus et ne s'inscrit plus dans une construction sociale, il s'attache, non pas à la protection de la famille, mais à la protection de l'individu au sein de la famille (Chapitre II).

Chapitre 1

Les fondements d'un ordre public international européen

« L'harmonie provient toujours des contraires ; elle est en effet l'unité d'un mélange de plusieurs et la pensée unique de pensants séparés »⁶¹⁴

237. L'Europe participe-t-elle à la construction d'un ordre public international européen en droit patrimonial de la famille ? Sans doute, la volonté première de l'Union européenne est de restreindre le jeu de l'ordre public, notamment entre Etats membres, afin d'éviter que des valeurs d'inspiration nationale fassent obstacle aux efforts d'intégration. Elle cherche ainsi l'harmonie à travers l'effacement des particularités, l'unité et la similarité des décisions. S'il existe un ordre public européen, c'est un ordre public policé et rétréci qui est promu. Or, la plus belle harmonie ne provient-elle pas de ce qui diverge ? « Tout ce qui s'oppose coopère »⁶¹⁵. L'harmonie pourrait aussi être trouvée dans l'affirmation d'un ordre public européen qui soit l'« unité d'un mélange de plusieurs », forme de « pensée unique de pensants séparés ».

238. Les Etats européens disposent d'une certaine marge de manœuvre dans la définition du périmètre de leur ordre public international (Section I). Dans ce cadre, une certaine harmonie peut être trouvée entre les Etats membres pour affirmer des principes essentiels communs (Section II).

Section 1. La marge de manœuvre du for dans la définition de son ordre public international

⁶¹⁴ Fragment de Philolaos, disciple de Pythagore (Diels Kranz, *Fragmente der Vorsokratiker*, Philolaos Fr.10)

⁶¹⁵ Fragments d'Héraclite traduits par S. Weil

239. La marge de manœuvre ne semble pas être la même selon que l'exception d'ordre public joue à l'encontre d'un Etat membre (§1) ou d'un Etat tiers (§2).

§1 Le jeu de l'ordre public à l'encontre d'un Etat membre

240. Quelle marge de manœuvre l'Union européenne donne t-elle aux Etats pour définir leur propre ordre public international ? Quel contrôle la Cour de Justice peut-elle effectuer sur la définition que les juges nationaux donnent de la notion dans les domaines du droit de la famille et du droit patrimonial de la famille soumis aux règlements européens ? Tous ces instruments, règlement « successions, « régimes matrimoniaux », « partenariats enregistrés », « divorce », « obligations alimentaires », donnent une place réelle à l'autonomie de la volonté, mais reconnaissent en même temps la possibilité pour un Etat d'écarter la loi étrangère désignée par la règle de conflit sur le fondement de l'exception de l'ordre public. Dès lors, on s'interroge : dans quelle mesure la Cour de justice peut-elle interférer dans la définition de la notion ? Pourrait-on « envisager un phénomène de neutralisation des ordres publics nationaux des Etats membres dans les relations européennes »⁶¹⁶ ? Pour certains, « l'idée serait de considérer que le rapprochement des droits des Etats membres témoigne d'une communauté de valeurs qui interdit désormais qu'un Etat membre écarte la loi d'un autre Etat membre, au nom de l'ordre public international »⁶¹⁷.

241. Un pas en ce sens a été fait en matière successorale avec le certificat successoral européen. Le principe de reconnaissance de plein droit du certificat dans tous les Etats participants au règlement successions du 4 juillet 2012 est en effet énoncé à l'article 69 paragraphe 1^{er} du règlement ; et il n'est pas nécessaire pour celui qui s'en prévaut de passer par une procédure particulière. Ainsi, le certificat successoral est dispensé d'exequatur, et donc nécessairement de contrôle de conformité à l'ordre public. Au nom du principe de confiance mutuelle, un Etat participant ne pourra donc pas refuser d'appliquer la loi successorale d'un autre Etat participant, dès lors qu'un héritier lui présente un certificat successoral. En dehors de ce cas néanmoins, et dans les autres domaines du droit patrimonial de la famille, la question conserve encore un réel intérêt.

⁶¹⁶ M-L Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, précité, n°398

⁶¹⁷ M-L Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Ibid*

242. S'il apparaît souhaitable que les Etats européens s'harmonisent et s'accordent sur le contenu de leurs principes essentiels, notamment en droit de la famille, il semble qu'il ne s'agisse encore aujourd'hui que d'un idéal dans de nombreux domaines. La Cour de justice a certes donné les notes de la partition (A) en encadrant la notion d'ordre public, dans le but d'assurer une application uniforme des règles européennes; mais la mise en musique (B) n'est pas aisée : l'exception d'ordre public n'a pas été complètement neutralisée par cet objectif dans les relations intra-européennes. L'étude de la jurisprudence récente de la Cour de justice montre en effet que certaines valeurs nationales peuvent encore se dresser contre les principes d'intégration européenne.

A. Les notes de la partition

243. L'objectif de l'Union européenne, à travers les divers règlements européens, est de garantir la libre circulation des citoyens européens, ainsi qu'une certaine sécurité et prévisibilité juridique pour leurs actes, de façon à ce que ceux-ci ne soient pas privés d'efficacité à cause d'un déplacement à l'étranger. L'un de ses meilleurs outils pour y parvenir est l'autonomie de la volonté ; elle se développe en effet dans tous les instruments européens, notamment en droit de la famille et patrimonial de la famille. Or, si l'on souhaite appuyer et protéger cette volonté, l'ordre public international des Etats membres doit nécessairement se trouver cantonné. L'objectif est de « transcender, sinon évincer les conceptions familiales nationales en vue d'assurer une plus grande efficacité des relations familiales (*et patrimoniales*) transfrontières »⁶¹⁸.

244. Dès lors, lorsqu'une matière est régie par un règlement européen, l'Etat participant ne peut définir de manière complètement autonome la notion d'ordre public qui évincera la loi étrangère désignée par une règle de conflit commune. L'exception d'ordre public est en effet un obstacle à l'application uniforme du règlement, et une potentielle entrave à la liberté de circulation des citoyens européens⁶¹⁹.

⁶¹⁸ P. Hammje, « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? » in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Dir. A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet, Bruylant, 2017, p. 112, spec. p. 114

⁶¹⁹ Un auteur a ainsi remarqué à propos du règlement successions que les objectifs affichés par celui-ci avaient de quoi limiter fortement le jeu de l'ordre public : « puisqu'il est annoncé que le règlement a pour but de faciliter la circulation des décisions au sein de l'Union Européenne, on peut craindre que l'ordre public ne soit pas le bienvenu et perçu comme un empêchement de circuler en rond. Puisqu'il est annoncé que le règlement a pour objet de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation des personnes confrontées aujourd'hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d'une succession ayant des incidences transfrontières, qu'il est affirmé que dans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser d'avance leurs successions, il est à

245. La Cour de justice s'est déjà exprimée à propos des contours de l'ordre public international dans le cadre de la Convention de Bruxelles et des règlements Bruxelles I et II bis. Le règlement du 22 décembre 2000 pose le principe selon lequel les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues de plein droit par les autres Etats membres, sans qu'il soit nécessaire, sauf en cas de contestation, de recourir à quelque procédure que ce soit⁶²⁰. Cependant l'article 34 du règlement dispose qu'une « décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis [...] ». Or, les conditions du recours à l'ordre public sont strictement encadrées par la Cour de justice. Elle a tout d'abord affirmé la nécessité de limiter le recours au jeu de l'exception d'ordre public mentionné à l'article 27-1 de la Convention de Bruxelles, en déclarant dans un arrêt *Hoffman*⁶²¹ que le recours à l'ordre public ne devait jouer « que dans des cas exceptionnels ». Ce caractère « exceptionnel » de l'intervention de l'ordre public a été retranscrit dans les règlements européens : la loi étrangère ne peut être écartée que si elle « manifestement » incompatible avec l'ordre public du for⁶²². Puis, toujours sous l'empire de la convention de Bruxelles I, elle a jugé, dans un arrêt *Krombach*, que l'ordre public devait recevoir une application stricte, ne devant jouer qu'à titre exceptionnel, dans la mesure où il constitue un obstacle à la libre circulation des jugements : « si les Etats contractants restent, en principe libres de déterminer (...) conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention. Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre Etat contractant »⁶²³.

redouter que l'ordre public ne soit considéré comme l'une de ses entraves à la libre circulation des personnes et à la prévisibilité des successions. » M. Azavant, « L'ordre public successoral », Dr. Fam. 2013, n°10, dossier 38

⁶²⁰ considérant 16 du règlement n° 44/2001 : « la confiance réciproque dans la justice au sein de [l'Union européenne] justifie que les décisions rendues dans un Etat membre soient reconnues de plein droit, sans qu'il soit nécessaire, sauf en cas de contestation, de recourir à aucune procédure ». ; l'article 33 du règlement dispose que « Les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. »

⁶²¹ CJCE, 4 février 1998, Hoffmann c/ Krieg, aff. 145/86, R 645 ; Rev. Crit. DIP 1988, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p. 449, note A. Huet

⁶²² V. not. Article 35 du règlement successions

⁶²³ CJUE, 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98, Rev. Crit. DIP 2000, 481, n. H. Huir Watt, JDI 2000. 690, n. A. Huet; Gaz. Pal. 2000, n°277, p. 21, M-L Niboyet. En l'espèce, la Cour de justice a admis que le juge allemand puisse, en vertu de l'article 27-1°, refuser l'exequatur à une décision française dès lors que cette dernière a été rendue dans le cadre d'une procédure de coutumace et que, en conséquence, les droits de la défense n'ont pas été pleinement respectés.

La même affirmation a été posée aux termes de l'arrêt *Maxicar*, dans lequel il était demandé à la Cour de justice si la notion d'ordre public pouvait permettre de refuser l'exequatur à une décision émanant d'une juridiction d'un autre Etat membre⁶²⁴. Elle rappelle à cette occasion que l'ordre public reste une notion nationale⁶²⁵ ; mais nuance aussitôt le propos en précisant qu'il incombe à la Cour « de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion... »⁶²⁶. Ce contrôle est fondé sur deux raisons principales :

- La Cour doit tout d'abord assurer une interprétation uniforme de toutes les dispositions de la Convention⁶²⁷, y compris de l'article 27-1 et même si la définition de l'ordre public est avant tout nationale ;
- L'exception d'ordre public étant un obstacle à la libre circulation des jugements, qui est l'un des objectifs de la convention⁶²⁸, la notion doit être interprétée restrictivement.

246. L'ordre public est donc une notion stricte sur laquelle la Cour de justice exerce un contrôle étroit. Ainsi, l'exception d'ordre public (de l'article 27-1°) ne peut jouer que lorsque « la décision rendue dans un autre Etat contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à **un principe fondamental** », ou lorsque l'atteinte constitue « **une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis** ou d'un **droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique** »⁶²⁹. Ces conditions étaient sans doute remplies dans l'arrêt *Krombach* car en l'espèce, était en cause le respect des droits de la défense. Dans l'arrêt *Maxicar* en revanche, les juridictions italiennes arguaient d'une erreur d'interprétation du droit communautaire, dont le juge français se serait rendu coupable, pour refuser l'exequatur. Or, la Cour de justice rappelle que la simple erreur de droit ou la mauvaise interprétation d'une règle ne peut justifier un refus de reconnaissance sur le fondement de l'article 27 1°, à moins toutefois d'une « violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis »⁶³⁰. Dans ces cas exceptionnels, une erreur de droit « manifeste »,

⁶²⁴ CJUE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, Revue critique de droit international privé 2000 p.497, H. Gaudemet-Tallon

⁶²⁵ Point 28 : « Il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant ».

⁶²⁶ Suite du point 28

⁶²⁷ V. les arguments de l'avocat général, point 58 des conclusions : « **L'interprétation par la Cour a pour sens et pour finalité d'éviter que la convention ne fasse l'objet d'interprétations divergentes. La Cour est donc nécessairement compétente pour interpréter aussi la notion d'"ordre public" visée à l'article 27 point 1** »

⁶²⁸ Point 26

⁶²⁹ Point 30

⁶³⁰ Point 30

particulièrement lourde, portant sur une question grave, pourrait donc justifier l'intervention de l'ordre public⁶³¹, mais ce n'était pas le cas dans l'arrêt Maxicar⁶³².

247. Cette interprétation stricte de la violation de l'ordre public et l'usage limité de l'exception ont été réaffirmés dans un arrêt *Diageo Brands* en date du 16 juillet 2015⁶³³ : « [...] le fait qu'une décision rendue dans un État membre est contraire au droit de l'Union ne justifie pas que cette décision ne soit pas reconnue dans un autre État membre au motif qu'elle viole l'ordre public de cet État dès lors que l'erreur de droit invoquée ne constitue pas une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dans celui de l'État membre requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans ces ordres juridiques [...] Lorsqu'il vérifie l'existence éventuelle d'une violation manifeste de l'ordre public de l'État requis, le juge de cet État doit tenir compte du fait que, sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine, les justiciables doivent faire usage dans cet État membre de toutes les voies de recours disponibles afin de prévenir en amont une telle violation ».

248. La jurisprudence de la Cour de justice donne néanmoins quelques exemples dans lesquels elle a laissé une certaine marge de manœuvre à l'Etat membre pour définir le périmètre de son ordre public⁶³⁴. Le cadre du contrôle semble se desserrer lorsqu'il ne s'agit pas de s'opposer à la reconnaissance d'un jugement mais à la loi d'un autre Etat membre. Dans un arrêt *Koestler*⁶³⁵, une cour d'appel allemande avait opposé l'exception d'ordre public à la loi française qui permettait le recouvrement de dettes nées de spéculations boursières, car de telles dettes étaient considérées en Allemagne comme des dettes de jeu, et ne pouvaient faire l'objet de poursuites en recouvrement. Interrogée à titre préjudiciel par la Cour suprême allemande sur la possibilité de faire jouer l'exception d'ordre public contre la loi française, la Cour de justice a répondu que l'exception d'ordre public pouvait intervenir contre le recouvrement d'une dette née valablement dans un autre Etat membre et n'était pas contraire à la libre circulation des services. Un contrôle de l'opportunité du recours au regard des principes

⁶³¹ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « De la définition de l'ordre public faisant obstacle à l'exequatur », *Revue critique de droit international privé* 2000 p.497,

⁶³² Point 34

⁶³³ CJUE, 16 juillet 2015 *Diageo Brands*, aff. C-681/13

⁶³⁴ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ? » in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 463, spéc. 471 : « Les Etats de l'Union européenne gardent donc une « marge de manœuvre » dans l'utilisation qu'ils font du concept d'ordre public, mais marge de manœuvre contrôlée par la Cour de justice ».

⁶³⁵ CJUE, 24 octobre 1978, *Koestler*, aff. 15/78, cité par J. Guillaumé, thèse, p. 191, n°407

européens est donc effectué par la Cour de justice, mais le cadre est suffisamment large pour que l'exception puisse jouer contre la loi d'un autre Etat membre, dès lors qu'elle porte atteinte à un principe considéré comme essentiel dans l'ordre juridique de l'Etat requis, sans qu'il soit pour autant fondamental.

249. Si la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée sur les contours à donner à la notion d'ordre public dans le cadre du règlement « Successions » du 4 juillet 2012, elle a néanmoins d'ores et déjà indiqué, dans un arrêt *Doris Mahnkopf*⁶³⁶, à propos de la mise en œuvre des règles de conflit, qu'il lui revenait d'interpréter, de manière autonome et uniforme, les notions qui y étaient inscrites. Il était question en l'espèce de la délimitation du champ d'application du règlement ; la Cour de justice était interrogée sur le point de savoir si les dispositions allemandes⁶³⁷, prévoyant, lors du décès de l'un des époux, une répartition des acquêts forfaitaire par majoration de la part successorale du conjoint survivant⁶³⁸, étaient de nature successorale ou matrimoniale. Alors que le droit allemand classait cette règle dans la catégorie « régimes matrimoniaux », la Cour de justice a considéré qu'il s'agissait au contraire d'une règle successorale, entrant dans le champ d'application du règlement du 4 juillet 2012⁶³⁹. Pour justifier cette qualification, contraire à la qualification du for allemand, elle a rappelé que « selon une jurisprudence constante de la Cour, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des Etats membres pour déterminer son sens et sa portée, doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme (arrêt du 18 octobre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, EU:C:2016:774, point 28 et jurisprudence citée), qui doit être recherchée en tenant compte non seulement des termes de celle-ci, mais également du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (voir, notamment, arrêt du 18 mai 2017, *Hummel Holding*, C-617/15, EU:C:2017:390, point 22 et jurisprudence citée). »⁶⁴⁰. Cette affirmation n'est pas surprenante dans la mesure où la Cour de justice avait déjà expliqué par le passé,

⁶³⁶ CJUE, 1er mars 2018, *Doris Mahnkopf*, aff. C-558/16

⁶³⁷ § 1371 et § 1931 BGB

⁶³⁸ Aux termes des articles 1371 et 1931 du code civil allemand, la part légale du conjoint survivant, qui est en principe d'un quart, est majorée d'un quart supplémentaire lorsqu'il était marié sous le régime de communauté réduite aux acquêts

⁶³⁹ « Relève du champ d'application du règlement du 4 juillet 2012 en matière de successions une disposition nationale qui prévoit, lors du décès de l'un des époux, une répartition des acquêts forfaitaire par majoration de la part successorale du conjoint survivant. »

⁶⁴⁰ Point 32, CJUE, 1er mars 2018, aff. C-558/16

notamment dans un arrêt *Jakob Hante et Cie* du 17 juin 1992⁶⁴¹, à propos de la Convention Bruxelles I, que la notion de « matière contractuelle » au sens de l'article 5 point 1 de la convention devait être interprétée « de façon autonome », et pouvait différer de la qualification « *lege fori* » française, en raison des objectifs de la Convention, qui visent à assurer l'application uniforme de celle-ci dans tous les Etats contractants.

250. Dès lors, si la Cour de justice peut s'immiscer dans la définition des catégories de droit interne et les modifier, afin que tous les Etats participants fassent une application uniforme du règlement, ne peut-elle pas aussi le faire à propos de la définition des contours de l'ordre public international des Etats membres ? A cet égard, une différence de justification doit être relevée dans les arrêts *Doris Mahnkopf* et *Jakob Hante* : dans l'arrêt de 2018, la Cour de justice donne une précision importante : les dispositions du règlement doivent trouver une interprétation autonome et uniforme, dès lors qu'elles ne comportent « *aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée* ». Or, à l'article 35 du règlement, à propos de l'ordre public, on parle bien de l'ordre public *du for* et non d'un ordre public européen. Les principes de l'Etat participant devront donc nécessairement être pris en compte. Or, c'est ce qui apparaît de manière assez nette dans la jurisprudence récente de la Cour de justice : un contrôle reste effectué, mais il semble qu'une certaine marge de manœuvre soit laissée aux Etats membres dans la définition de leur ordre public, ceci afin de respecter notamment, leur identité nationale.

B. La mise en musique

251. Les questions techniques d'état civil ont offert une illustration du contrôle de la Cour de justice sur l'emploi de l'exception d'ordre public par les Etats membres, et pourraient faire écho en droit patrimonial de la famille. Le principe de reconnaissance mutuelle s'est dressé en la matière contre l'ordre public des Etats membres, sans que celui-ci ne l'absorbe toutefois complètement.

252. Sur le fondement de la citoyenneté européenne et du principe de libre circulation à l'intérieur de l'espace européen, l'arrêt *Grunkin-Paul* a proclamé l'obligation pour un Etat

⁶⁴¹ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Hante et Cie. GmbH c. Soc. Mécano-chimiques de surfaces*. C-26/91, RCDIP 1992.726, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD eur. 1992.709, note P. de Vareilles-Sommières ; JDI 1993.469, note J-M Bischoff.

membre de reconnaître une situation familiale juridiquement constituée dans un autre Etat, sans considération pour les règles de conflit de lois de l'Etat de reconnaissance⁶⁴². Il était question en l'espèce de nom de famille : les autorités allemandes refusaient de reconnaître le nom donné à l'enfant d'un couple d'Allemands par les autorités du Danemark, pays où était né et où résidait l'enfant. L'état civil danois lui avait attribué les deux noms accolés de ses père et mère, alors que la loi nationale de l'enfant, la loi allemande, normalement applicable en vertu de la règle de conflit allemande, ne permettait pas cette solution. Saisi d'un recours préjudiciel, la Cour de justice a donné tort à l'Allemagne et a imposé aux autorités allemandes de reconnaître le nom donné à l'enfant par les autorités danoises : la citoyenneté européenne de l'enfant serait niée s'il portait un nom différent dans deux pays avec lesquels il entretient un lien étroit⁶⁴³. Le Traité lui garantit en effet une liberté de circulation qui implique une permanence de sa situation, dont la remise en cause serait constitutive d'une entrave⁶⁴⁴. L'obligation de reconnaissance ne devrait par ailleurs pas se limiter au domaine de la reconnaissance du nom, et devrait sans doute s'étendre à bien d'autres domaines du « statut personnel et familial »⁶⁴⁵, et même du droit patrimonial de la famille⁶⁴⁶.

Mais si l'obligation de reconnaissance est désormais bien ancrée dans le droit de l'Union, elle n'est pas sans limite. La jurisprudence ultérieure a en effet affiné la solution pour y faire entrer des considérations d'ordre public.

⁶⁴² CJCE 14 oct. 2008, Grunkin-Paul, C-353/06, AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2009. 845, note F. Boulanger ; AJ famille 2008. 481, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2009. 80, note P. Lagarde ; Europe, 2008. comm. 431, note L. Idot ; JDI 2009. 203, note L. d'Avout.

⁶⁴³ Sur cette question, v. E. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », RTD eur. 2011. 571

⁶⁴⁴ E. Pataut, *Ibid*

⁶⁴⁵ V. sur la notion : S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; A. Panet, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse Lyon 3, 2014 ; H. Fulchiron, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in H. Muir Watt, L. d'Avout et D. Bureau (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, spéc. p. 359-381 ; E. Pataut, « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014 ; voir aussi : A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », RCADI, t. 341, 2009, spéc. p. 371 : « le nom constitue certes un élément central de l'identité de la personne, mais il n'est pas le seul, [et le droit européen] primaire devrait donc produire des reflets également par rapport à d'autres aspects caractéristiques du statut personnel et familial de la personne »

⁶⁴⁶ Comme c'est déjà le cas en matière successoral avec le certificat successoral européen qui sera nécessairement reconnu par les autres Etats participants, cf. *supra*

253. Dans une première affaire⁶⁴⁷, une ressortissante autrichienne résidant en Allemagne demandait la rectification de son état-civil en Autriche : ayant été adoptée par un ressortissant allemand, issu de la noblesse, elle portait désormais un titre de noblesse en Allemagne, « Fürstin⁶⁴⁸ von Sayn Wittgenstein » et souhaitait le faire inscrire à l'état civil autrichien. Les autorités autrichiennes l'avaient refusé néanmoins, sur le fondement d'une loi relative à l'abolition de la noblesse, de valeur constitutionnelle, qui interdit de se prévaloir en Autriche de titres nobiliaires. Devant la Cour de justice de l'Union européenne, la « princesse » allemande invoqua la jurisprudence *Grukin-Paul* : l'impossibilité de porter son titre en Autriche, à cause du refus des autorités autrichiennes, lui causait plusieurs désagréments personnels et professionnels et portait atteinte à sa liberté de circulation en tant que citoyenne européenne. Son argumentation ne fut cependant pas suivie par la Cour qui donna raison aux autorités autrichiennes. Celles-ci pouvaient refuser de reconnaître le titre nobiliaire donné par un autre Etat membre, et ainsi porter atteinte à la libre circulation de la citoyenne européenne, « dès lors que les mesures prises par ces autorités dans ce contexte (étaient) justifiées par des motifs liés à l'ordre public, c'est-à-dire qu'elles (étaient) nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi »⁶⁴⁹. Par l'interdiction des titres nobiliaires, l'Autriche poursuivait en effet un objectif, de valeur constitutionnelle, visant à « assurer l'égalité entre tous les citoyens et à maintenir une forme républicaine de l'Etat »⁶⁵⁰. Par ailleurs, cette règle était constitutive de « l'identité nationale » de l'Etat membre que l'Union s'est engagée à respecter en application de l'article 4 § 2. Pour ces deux raisons essentielles, tenant à des considérations d'ordre public, l'entrave à la liberté de circulation et aux exigences de l'article 21 TFUE était justifiée.

254. Cette jurisprudence a été confirmée récemment par un arrêt en date du 2 juin 2016⁶⁵¹, dans lequel les faits étaient assez similaires. Dans cette affaire, le requérant dénommé « Nabil Bagadi », de nationalité britannique et allemande, se faisait appeler au Royaume-Uni, où il avait établi sa résidence pendant 4 ans, « Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff » du fait d'une déclaration qu'il avait faite dans ce pays (*deed poll*). Rentré en

⁶⁴⁷ CJUE 22 déc. 2010, C-208/09, Sayn-Wittgenstein (AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD. civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; Europe, 2011. comm. 40, obs. D. Simon ; JDI 2011. 639, note J. Heymann)

⁶⁴⁸ *Princesse*

⁶⁴⁹ Point 95 et dispositif de l'arrêt

⁶⁵⁰ E. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », RTD eur. 2011. 571

⁶⁵¹ CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, Bogendorff von Wolffersdorff, AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut

Allemagne, il demanda aux autorités de reconnaître le nom qu'il portait au Royaume-Uni du fait de son changement volontaire. Ayant vu sa demande refusée, il se tourna vers la Cour luxembourgeoise et invoqua la violation du principe de libre circulation des citoyens européens⁶⁵² et du principe de non discrimination⁶⁵³. Comme dans l'arrêt Sayn-Wittgenstein, la Cour ne lui donna pas raison, et rappela qu'un Etat membre pouvait arguer de motifs d'ordre public pour refuser la reconnaissance.

255. Les mêmes limites à la reconnaissance furent admises dans un arrêt *Runevic-Vardyn*⁶⁵⁴. En l'espèce, les autorités lituaniennes refusaient de transcrire à l'état civil lituanien un nom polonais conformément aux règles de graphie polonaises, qui conduisaient à orthographier différemment le nom selon qu'il était inscrit dans les registres lituaniens ou polonais. Les requérants entendaient imposer la graphie polonaise aux services de l'état civil lituanien qui le refusaient, au motif que la transcription ne pouvait se faire que dans la langue nationale. Aussi bien, les requérants estimèrent que ce refus constituait une atteinte à leur droit de citoyen européen de circuler librement et une discrimination à leur encontre⁶⁵⁵. Après avoir écarté l'argument relatif à la discrimination, la Cour de justice donna là encore raison à l'Etat : la différence d'orthographe entre les deux pays ne constituait pas un obstacle à la libre circulation des citoyens européens, et quand bien même il en aurait constitué un, l'objectif de défense de la langue nationale poursuivie par la Lituanie aurait légitimement pu justifier la restriction à la libre circulation. Les mêmes arguments que dans l'affaire *Sayn Wittgenstein* furent évoqués : la valeur constitutionnelle de la règle nationale de graphie et la nécessité de préserver l'identité de la nation que la langue véhicule.

256. A la suite de ces arrêts, il apparaît donc que deux arguments font poids pour faire obstacle à la transcription et restreindre l'objectif d'uniformisation :

- La valeur constitutionnelle ou au moins d'ordre public de la règle : pour l'Autriche, assurer l'égalité entre tous les citoyens et maintenir une forme républicaine de l'Etat, et pour la Lituanie, la défense de sa langue ;

⁶⁵² Art. 21 TFUE

⁶⁵³ Art. 18 TFUE

⁶⁵⁴ CJUE 12 mai 2011, C-391/09, *Runevic-Vardyn* (AJ famille 2011. 332, obs. V. Avena-Robardet ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD. civ. 2011. 507, obs. J. HauserEurope, 2011. 238, obs. D. Simon

⁶⁵⁵ Le contexte politique et historique expliquaient en grande partie les raisons du litige : la requérante appartenait à la minorité polonaise en Lituanie, et les relations entre les Etats sont particulièrement complexes. V. E. Pataut, précité, RTD eur. 2011. 571

- La préservation de l'identité nationale de l'Etat membre. L'article 3, § 3, 4e alinéa, et l'article 4, § 2, ainsi que l'article 22 de la Charte des droits fondamentaux imposent en effet à l'Union le respect de la diversité culturelle et linguistique ainsi que l'identité nationale des Etats membres. Le respect de cette règle est désormais clairement affiché et défendu par l'Union européenne⁶⁵⁶.

L'ordre public des Etats membres constitue ainsi une limite sérieuse à l'obligation de reconnaissance : certaines particularités nationales peuvent venir limiter les objectifs d'unification. Il s'agit par conséquent de trouver un équilibre entre les principes du droit de l'Union et les principes nationaux d'ordre public susceptibles de justifier une entrave aux premiers⁶⁵⁷, autrement dit de faire une mise en balance, un contrôle de proportionnalité.

257. Reste à savoir qui doit trouver cet équilibre: la CJUE ou les juges nationaux ? L'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* du 2 juin 2016⁶⁵⁸ apporte une réponse ; il semble que la Cour de justice souhaite renforcer le pouvoir d'appréciation des autorités nationales en la matière. En effet, alors que dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la Cour européenne avait effectué cette appréciation elle-même, elle déclare dans l'arrêt de 2016 que « l'appréciation du caractère proportionné d'une pratique telle que celle en cause au principal requiert une analyse et une **mise en balance de divers éléments de droit et de fait propres à l'État membre concerné que la juridiction de renvoi est mieux à même que la Cour d'effectuer** »⁶⁵⁹. Ainsi, si la Cour rappelle que des principes d'ordre public d'un Etat membre peuvent venir restreindre une liberté fondamentale, sous son contrôle, elle laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales. En l'espèce, le principe d'ordre public invoqué par l'Allemagne pour faire obstacle à la reconnaissance du nom était l'indisponibilité du nom de famille : le fait de permettre à une

⁶⁵⁶ Réaffirmé dans l'arrêt CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut ; sur cette question v. not. A. Puttler, « Le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'Union européenne », in A. Berramdane, W. Cremer et J. Rossetto (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, PU François-Rabelais, coll. « Droit », 2013, spéc. p. 179-186 ; v. aussi L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse Paris II, 2015, § 563, p. 450 : « le peuple européen se réalise dans "les" nations qui le composent, et l'émergence d'un peuple européen ne peut se faire qu'autour de la pleine reconnaissance de chaque nation et du rôle des nations dans le concert européen. Une fois que l'Union européenne saura traduire politiquement et juridiquement le respect des identités nationales, il sera possible, autour de la fameuse et si souvent bafouée devise "unie dans la diversité", de construire et de concevoir un peuple européen ».

⁶⁵⁷ L. Rass-Masson, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre de l'Union européenne », *Rev. crit. DIP* 2017 p. 278

⁶⁵⁸ CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut

⁶⁵⁹ Point 78

personne de choisir, sans motif légitime son nom de famille était contraire aux principes allemands. La Cour de justice laisse le soin aux juridictions nationales d'apprécier si ce principe d'ordre public interne doit composer l'ordre public international, aux termes d'une « mise en balance du droit de libre circulation reconnu aux citoyens de l'Union [...] et des intérêts légitimes poursuivis [...] par le législateur allemand »⁶⁶⁰. Parmi les éléments à prendre en compte pour effectuer ce contrôle de proportionnalité, la Cour met en évidence les critères de localisation objective de la situation du requérant : il s'était établi pendant un temps au Royaume-Uni, s'était intégré à la société britannique et en avait obtenu la nationalité⁶⁶¹, ce qui aurait pu justifier l'application du droit britannique. D'aucuns remarqueront cependant que les liens avec l'ordre juridique allemand étaient tout aussi, si ce n'est plus, significatifs : il résidait désormais en Allemagne, son pays d'origine, dont il avait conservé la nationalité⁶⁶². En défaveur de la reconnaissance, la Cour relève néanmoins que « le changement de nom considéré repose sur un choix de pure convenance personnelle » et que « la divergence de noms qui en résulte n'est imputable ni aux circonstances de la naissance de celui-ci, ni à une adoption, ni à l'acquisition de la nationalité britannique »⁶⁶³. Le caractère indisponible du nom de famille paraissait donc légitime aux yeux de la Cour pour peser dans la balance.

La Cour ne se prononce pas sur l'issue de ce contrôle de proportionnalité et restitue aux juridictions nationales leur pouvoir d'appréciation sur ce point. C'est ainsi le juge national qui semble compétent, *in fine*, pour déterminer si une situation est incompatible ou non avec l'ordre public de son ordre juridique ; la Cour de justice recule de la sorte sur les objectifs d'uniformisation des solutions à l'échelle européenne.

258. Le recours à l'autonomie de la volonté montre ainsi ses limites. Alors qu'il semblait être un moyen efficace de coordonner les ordres juridiques, uniformiser les solutions entre Etats, et être vecteur de prévisibilité juridique, il apparaît qu'il a, au contraire, des effets pervers : il exacerbe la réaction de l'ordre public des Etats qui souhaitent en endiguer les excès. Il fallait en effet s'y attendre : la prise en compte des volontés et intérêts privés appelle nécessairement des garde-fous pour éviter que les acteurs usent et même abusent de la liberté qui leur a été donnée⁶⁶⁴. De même, sous la pression et l'avancée de l'autonomie de la volonté,

⁶⁶⁰ Point 80

⁶⁶¹ Point 82

⁶⁶² En ce sens, Lukas Rass-Masson, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre Etat membre de l'Union européenne », précité

⁶⁶³ Point 82

⁶⁶⁴ Sur cette question v. P. Hammje, « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? » in L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales, précité, p. 112 et s.

les Etats sont soucieux de pouvoir sauvegarder un « îlot » d'ordre public, reflet d'une politique et d'une identité nationale.

259. Quelle portée cette jurisprudence pourrait-elle avoir dans le domaine du droit patrimonial de la famille ? Les juges nationaux pourraient-ils là aussi conserver une marge de manœuvre dans la délimitation du périmètre de l'ordre public ? La réponse n'est pas certaine car l'enjeu des questions relatives à l'état civil des citoyens européens pourrait paraître mineur par rapport à d'autres thèmes beaucoup plus « sensibles ». L'assouplissement de la jurisprudence de la Cour ne s'est en tous cas pas vérifié en droit extrapatrimonial de la famille sur la question du mariage entre personnes de même sexe.

260. Dans un arrêt « *Coman* » relatif à la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe⁶⁶⁵ célébré entre un européen et un non européen, la Cour s'est en effet montrée beaucoup moins encline au respect « des particularités nationales ». Il s'agissait en l'espèce d'un ressortissant roumain et américain, M. Coman, ayant vécu aux Etats-Unis, où il avait rencontré un américain, M. Hamilton. Puis, M. Coman était parti s'installer en Belgique pour y travailler, M. Hamilton l'y avait rejoint quelques années plus tard, et le couple s'y était marié. Souhaitant s'installer en Roumanie, pays de la nationalité de M. Coman, ils ont demandé un titre de séjour pour M. Hamilton, en sa qualité de conjoint d'un citoyen de l'Union Européenne, au titre de la directive 2004/38/CE. L'administration roumaine le lui refusa au motif que la Roumanie interdisait le mariage entre personnes de même sexe et ne pouvait considérer M. Hamilton comme un « conjoint ». Les époux intentèrent un recours, sur le fondement d'une discrimination en raison de leur orientation sexuelle dans l'exercice de leur liberté de circulation. L'affaire fut portée devant la Cour constitutionnelle roumaine, qui interrogea la Cour de justice de l'Union Européenne. Il lui fut demandé si la notion de « conjoint » au sens de la directive européenne devait s'appliquer à un ressortissant d'un Etat tiers, de même sexe que son époux, citoyen de l'UE, avec qui il s'était marié dans un autre Etat membre, et dans l'affirmative, si un droit de séjour devait lui être accordé. Si la Cour répond que la directive n'était pas applicable en l'espèce⁶⁶⁶, elle ne donne pas pour autant raison à la Roumanie : elle

⁶⁶⁵ CJUE 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman c/ Inspectoratul General pentru Imigrari*, AJDA 2018. 1127 ; ibid. 1603, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 1674, note H. Fulchiron et A. Panet ; AJ fam. 2018. 404, obs. G. Kessler ; RTD civ. 2018. 858, obs. L. Usunier ; RTD eur. 2018. 673, obs. E. Pataut ; M. Fallon, Cahiers de l'EDEM, juin 2018 ; G. Willems, JCP 2018. 874 ; Rev. Crit. DIP 2018, p. 816, P. Hammje

⁶⁶⁶ Car elle n'a vocation à régir que les situations dans lesquelles un citoyen de l'Union veut entrer et séjourner sur le territoire d'un Etat membre dont il n'a pas la nationalité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce du citoyen américain

retient que le refus de reconnaître un mariage célébré entre personnes de même sexe, dont l'une est citoyen européen, dans un Etat membre au cours d'un séjour effectif, et par conséquent de délivrer un droit de séjour au conjoint du ressortissant européen, porte atteinte à la liberté de circulation de ce dernier défendue par l'article 21 TFUE. Ce qui nous intéresse ici dans l'arrêt n'est pas tant l'affirmation de l'entrave à la liberté de circulation que l'impossibilité pour l'Etat membre de faire jouer son ordre public. D'après la jurisprudence de la Cour précitée, l'entrave devrait pouvoir être justifiée si elle est « fondée sur des considérations objectives d'intérêt général et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national⁶⁶⁷. Or, la Cour soutient que l'ordre public de l'Etat ne peut pas être utilement invoqué en l'espèce au soutien du refus de reconnaissance : « Il convient de constater que l'obligation, pour un Etat membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre Etat membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un Etat tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier Etat membre, laquelle est définie par le droit national et relève (...) de la compétence des Etats membres. Elle n'implique pas pour ledit Etat membre de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre Etat membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union. Ainsi, une telle obligation de reconnaissance aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un Etat tiers ne méconnaît ni l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'Etat membre concerné ». Les commentateurs de l'arrêt n'ont pas manqué de relever le caractère paradoxal de l'affirmation : « le refus de reconnaissance qui protège la liberté de circulation ne peut être justifié que par des considérations d'ordre public. Or l'obligation de reconnaître le mariage ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans les Etats membres, laquelle est définie par le droit national. Donc l'obligation de reconnaissance ne porte pas atteinte à l'ordre public et à l'identité nationale, car il n'est question que de reconnaître une situation créée dans un autre Etat membre, et non de redéfinir l'institution en droit interne. Pour dire les choses plus simplement : seul l'ordre public peut faire échec à la reconnaissance, mais la reconnaissance ne saurait être susceptible de mettre en cause l'ordre public... »⁶⁶⁸. Il n'est en effet presque plus question de respect de l'identité nationale ou de marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans la décision de faire jouer ou non leur ordre

⁶⁶⁷ Point 41 et jurisprudence de la CJUE précitée

⁶⁶⁸ H. Fulchiron, A. Panet, « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un Etat membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », D. 2018. 1674

public⁶⁶⁹, la Cour de justice considérant de prime abord que celui-ci n'était pas atteint. Or, il est permis de s'en étonner dans un pays qui a inséré dans son code civil un article aux termes duquel « les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie »⁶⁷⁰ et a récemment organisé un referendum pour faire inscrire dans la Constitution l'interdiction du mariage des couples de même sexe⁶⁷¹.

Certes, il ne s'agissait finalement en l'espèce que d'octroyer un titre de séjour au conjoint du citoyen européen, et non pas d'obliger la Roumanie à reconnaître le mariage homosexuel valablement célébré en Belgique, et à traiter le couple comme des époux. Toutefois, ainsi qu'il a été relevé⁶⁷², les arguments de la Cour sont suffisamment larges pour s'étendre à d'autres questions. Si le refus d'accorder, au nom de l'ordre public, un titre de séjour au conjoint homosexuel du citoyen européen porte atteinte à sa liberté de circulation au sein de l'espace européen et à son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 7 de la Charte et l'article 8 de la Convention EDH⁶⁷³, il devrait en être de même pour le refus d'accorder des droits successoraux au conjoint de même sexe par exemple.

261. Il apparaît en effet que les individus, personnes privées, sont les principales victimes du jeu de l'exception d'ordre public : ils se déplacent, sont incités à le faire dans un contexte européen et mondialisé, mais leur situation familiale et patrimoniale risque de ne pas être reconnue à l'étranger, au nom de considérations d'ordre public. Or, ainsi qu'a pu le dire un auteur, « tant que (avant la mondialisation) l'internationalisation des situations était relativement inhabituelle, on pouvait à la rigueur concevoir que le sujet de droit soit requis d'accepter sans broncher la remise en cause de sa situation juridique au for du fait de l'ordre public international y prévalant. Maintenant que, sous l'effet de la mondialisation, on assiste à une certaine massification des rapports privés transfrontières et qu'ils sont perçus comme normaux, il est permis de penser que les parties à de tels rapports ne sont plus dans des

⁶⁶⁹ La Cour y fait une référence, mais très rapide, au point 43 : « À cet égard, il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (voir également, en ce sens, l'arrêt du 2 juin 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, point 73 et jurisprudence citée).

⁶⁷⁰ Art. 277 § 2 du code civil roumain

⁶⁷¹ Ce référendum n'a néanmoins pas abouti, faute de participation suffisante

⁶⁷² H. Fulchiron et A. Panet, précités, D. 2018. 1674 ; voir pour un avis plus nuancé : « E. Pataut, Intégration, ordres publics et mariage », RTD eur. 2018. 673

⁶⁷³ D'après la Cour, la notion de conjoint met aussi en jeu le droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 7 de la Charte, ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; elle semble en conclure que refuser la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe porterait atteinte au droit au respect de la vie familiale (v. sur ce point H. Fulchiron et A. Panet, précités, D. 2018. 1674)

situations d'exception ou d'anomalie. Le rapport privé international devient une donnée ordinaire : une réalité qui s'impose aux Etats et dont ils doivent tenir compte dans la réglementation qu'ils mettent en place les concernant »⁶⁷⁴. L'objectif de l'Union européenne va donc être de stabiliser les situations individuelles transfrontières au sein de l'Union⁶⁷⁵, et de favoriser la continuité effective des relations patrimoniales familiales.

Ce n'est par ailleurs pas seulement la Cour de Justice de l'Union Européenne qui souhaite canaliser les manifestations de l'ordre public, mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme, pour qui la protection des « droits acquis » par l'individu à l'étranger devient un droit fondamental.

§2 Le jeu de l'ordre public à l'encontre d'un Etat tiers

262. Si les Etats membres ne sont pas libres de faire jouer comme ils l'entendent leur exception d'ordre public à l'encontre des autres Etats membres, ils ne le sont pas non plus à l'encontre des Etats tiers. La Cour européenne des droits de l'homme exerce, sur d'autres fondements, un contrôle similaire à celui opéré par la Cour de justice de l'Union européenne (A). Le déclenchement de l'exception apparaît cependant mieux toléré lorsque les principes invoqués sont partagés par les Etats européens, autrement dit s'il existe un dénominateur commun (B).

A. Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme

263. La jurisprudence de la Cour européenne montre que l'invocation de l'ordre public par les Etats contractants est soumise à son contrôle, dès lors que l'un des droits protégés par la Convention est en cause, et même si l'exception est opposée à un jugement rendu par le tribunal d'un Etat non contractant.

⁶⁷⁴ P. Vareilles-Sommères, « L'ordre public » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, dir. T. Azzi et O. Boscovic, Bruylant, 2015, p. 169, spec. 182

⁶⁷⁵ En ce sens, P. Hammje, « Ordre public et lois de police : limites à l'autonomie de la volonté ? » in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, précité, p. 113, spec. p. 133 : « Facteur de promotion d'une unité européenne par-delà les diversités nationales, l'ordre public devient aussi facteur de stabilité des situations individuelles transfrontières au sein de l'Union »

264. Dans deux célèbres arrêts, *Wagner*⁶⁷⁶ et *Négrepontis*⁶⁷⁷, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné un Etat contractant pour avoir refusé de reconnaître et d'exécuter un jugement d'adoption étranger. Dans les deux affaires, les juges européens ont estimé que les règles de droit international des Etats ne justifiaient pas, objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, l'ingérence dans les « droits acquis » du requérant. Dans l'affaire *Wagner*, ce n'est pas l'ordre public qui avait justifié le refus d'exequatur mais l'application stricte des règles de conflit luxembourgeoises. Celles-ci soumettaient les conditions de l'adoption à la loi nationale du ou des adoptants, et en l'espèce, une femme célibataire luxembourgeoise, Madame Wagner, avait obtenu devant un tribunal péruvien l'adoption plénière d'un enfant péruvien et cherchait à faire transcrire le jugement au Luxembourg. Or, au Luxembourg, l'adoption plénière est réservée aux seuls couples mariés, l'adoption par une femme célibataire de nationalité luxembourgeoise ne pouvait donc en principe pas être reconnue. Toutefois, une pratique libérale s'était installée devant les officiers d'état civil luxembourgeois : ces derniers avaient pris l'habitude d'accepter la transcription des jugements d'adoption étrangers sans en exiger l'exequatur et sans même les contrôler par rapport aux règles de droit international privé interne. Cette pratique avait permis à de nombreuses femmes célibataires d'adopter des enfants au Pérou (pays autorisant l'adoption par des femmes célibataires) et d'en obtenir la transcription au Luxembourg, sans besoin d'autres formalités. S'étant fiée à cette pratique, Madame Wagner avait donc adopté un enfant au Pérou et l'avait ramené au Luxembourg. La pratique administrative luxembourgeoise se durcit cependant à ce moment-là et les autorités judiciaires refusèrent l'exequatur du jugement d'adoption à Madame Wagner, au motif notamment que sa loi personnelle ne lui permettait pas d'adopter seule. Elle saisit donc la Cour européenne des droits de l'homme en se fondant notamment sur l'article 8 de la Convention, protégeant son droit au respect de la vie familiale, droit que le Luxembourg aurait violé dans la mesure où il refusait de reconnaître « une situation d'état civil créée légitimement dans un autre Etat ». La Cour lui donna raison. Si la cause de non-reconnaissance tenait dans l'arrêt *Wagner* au contrôle de la loi appliquée et non à l'ordre public international, celui-ci fut en revanche directement en cause dans l'arrêt *Négrepontis*.

⁶⁷⁶ CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, Luxembourg, AJDA 2007. 1918, chron. J.-F. Flauss ; D. 2007. 2700, note F. Marchadier ; ibid. 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2007. 807, note P. Kinsch ; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; JDI, 2008. 183, note d'Avout.

⁶⁷⁷ CEDH, 3 mai 2011, *Négrepontis-Giannisis c/ Grèce* (req. n° 56759/08)

265. L'opportunité du recours à l'ordre public fut directement appréciée par les juges européens dans cet arrêt. En l'espèce, un moine grec, évêque de l'Eglise orthodoxe de Détroit aux Etats-Unis, avait adopté son neveu majeur, résidant aussi aux Etats-Unis depuis trois ans pour ses études. Celles-ci une fois terminées, le fils adoptif, ayant accolé le nom patronymique de son père adoptif à son nom de famille, rentre en Grèce, et entretient pendant 14 ans une relation filiale avec son oncle. Ce dernier retourne à son tour en Grèce et y décède deux ans plus tard en laissant une fortune personnelle importante. Le fils adoptif prétend être le seul héritier tandis que les frères et sœurs du défunt réclament la succession. L'une des sœurs conteste le lien de filiation entre l'enfant et le moine orthodoxe devant les juridictions grecques : le défunt, en tant que moine, ne pouvait pas adopter un enfant et par conséquent l'adoption ne pouvait être reconnue en Grèce. L'affaire est portée devant la Cour de cassation grecque qui confirme qu'en vertu du droit civil grec, d'inspiration religieuse, un moine ne peut adopter et que la reconnaissance d'une adoption par un moine orthodoxe « se heurte à l'ordre public international de l'article 33 du code civil » et ne peut être autorisée. L'enfant porte alors l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui sanctionne la Grèce : le refus de reconnaître les effets en Grèce du jugement d'adoption méconnaissait les droits substantiels et procéduraux du requérant, à savoir le droit au respect de la vie familiale, le droit au respect des biens, le droit à la non-discrimination, et le droit au procès équitable, dont découle un droit à l'exécution internationale des jugements, même obtenus dans un Etat non contractant⁶⁷⁸.

266. La jurisprudence de la Cour européenne ne signifie pas que « le point de vue de l'Etat d'origine d'une situation doit primer sur le point de vue de l'Etat de la reconnaissance, ni même que dans tous les cas la situation créée dans l'Etat d'origine bénéficie de la protection de la Convention »⁶⁷⁹. Ainsi que le remarque Monsieur Kinsch, un élément essentiel est déterminant de la décision : la confiance légitime des intéressés dans la stabilité internationale de la situation acquise à l'étranger, protégée par l'article 8 de la Convention⁶⁸⁰. Lorsque cette confiance n'existe pas, la non-reconnaissance par les autorités d'un Etat contractant ne devrait pas constituer une violation des droits de l'homme. L'arrêt *Green et Farhat c. Malte*⁶⁸¹ semble appuyer cette analyse. En l'espèce, une maltaise Mary Green avait épousé un citoyen maltais

⁶⁷⁸ V. sur les deux affaires, P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, P. Lagarde (dir.), Pédone, 2013, p. 43, spéc. p. 48-49 ; v. aussi du même auteur, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2011. 817

⁶⁷⁹ P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », précité, p. 43, spéc. p. 50

⁶⁸⁰ P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Ibid*

⁶⁸¹ CEDH, 6 juillet 2010, n° 38797/07, *Green et Farhat c. Malte*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 665, note d'Avout

à Malte en 1978, conformément au rite catholique. Deux ans plus tard, elle s'expatria en Libye, où elle se convertit à l'islam dans le but de se marier à un musulman. Sa conversion mit automatiquement fin à son mariage au regard de la loi islamique en vigueur en Libye : en effet, en tant que musulmane elle ne pouvait rester liée à un non-musulman. Elle obtint ainsi l'autorisation de se remarier en Libye lors d'une cérémonie religieuse islamique. Les époux, valablement mariés en Libye, y demeurèrent pendant vingt ans. Puis, le père de Madame Green tomba malade et le couple retourna à Malte pour s'en occuper. Elle demanda la reconnaissance de son mariage en Libye aux juridictions maltaises qui la lui refusèrent au motif que son premier mariage n'était pas dissous, et que par conséquent le second était polygamique. Le couple saisit donc la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant son droit au respect de sa vie familiale. Cette fois, les juges européens rejetèrent sa requête : celle-ci apparaissait mal fondée dans la mesure où *la prise en considération par les juridictions maltaises des intérêts de la communauté nationale au maintien du principe de la monogamie et de ceux du premier mari de la requérante restait à l'intérieur de la marge d'appréciation des autorités nationales*. La « situation acquise » par Madame Green avait duré plus de vingt ans certes mais n'avait pas été acquise judiciairement, contrairement à celles des requérants dans les arrêts Wagner et Négrepontis. La preuve de la confiance légitime en la situation constituée doit en effet être apportée et elle apparaît plus facile à démontrer lorsqu'elle repose sur un jugement. Cet élément a pu influencer la décision des juges européens, la croyance légitime n'étant en l'espèce pas assez forte, ou insuffisamment démontrée, pour faire obstacle aux principes d'ordre public maltais.

Ainsi, la création d'une situation artificielle dans un Etat étranger par des personnes n'ayant aucun lien avec cet Etat, ne devrait pas pouvoir être protégée par la Cour sur le fondement de l'article 8 ; « il faut vérifier la légitimité des attentes quant à la stabilité de la situation, et elle sera absente dans ces cas-là »⁶⁸².

267. Dans les affaires *Wagner* et *Négrepontis* en revanche, la confiance légitime des requérants en la situation constituée ne faisait guère de doute. Madame Wagner s'était fondée sur une pratique administrative laxiste, illégale, mais existant réellement au Luxembourg et dont plusieurs adoptants avaient pu bénéficier avant elle. Quant à la croyance du fils adoptif du moine orthodoxe, elle était fondée sur un jugement rendu par l'Etat de leur résidence à l'époque de l'adoption et se reflétait dans leur comportement : la filiation adoptive était

⁶⁸² P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », précité, p. 43, spéc. p. 51

pleinement vécue comme telle par le requérant. Les liens entre l'Etat étranger ayant rendu le jugement d'adoption et la situation ont pu par ailleurs conforter la décision des juges européens : le père et le fils adoptifs avaient vécu aux Etats-Unis pendant plusieurs années. Le lien était donc caractérisé, « réel et substantiel »⁶⁸³. Dans les deux arrêts, rien ne pouvait faire douter de la bonne foi des requérants qui croyaient en la continuité de leur situation familiale.

268. L'équilibre entre la « confiance légitime » et « l'intérêt public » doit donc être trouvé aux termes d'un contrôle de proportionnalité⁶⁸⁴. La Cour européenne laisse une marge d'appréciation aux Etats contractants mais celle-ci n'est pas illimitée⁶⁸⁵. Les principes d'ordre public invoqués par l'Etat seront certainement déterminants de l'issue du contrôle de proportionnalité. Il apparaît en effet dans la jurisprudence, à la fois de la CEDH et de la CJUE, que s'il existe un consensus entre les Etats membres ou les Etats contractants sur la question posée, la marge d'appréciation de l'Etat concerné sera d'autant plus faible.

B.La nécessité d'un « dénominateur commun »

269. « La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants »⁶⁸⁶ apparaît décisif dans le contrôle effectué, tant par la CEDH que la CJUE. Dans l'arrêt *Wagner*, la position luxembourgeoise en matière d'adoption apparaissait plutôt isolée parmi les Etats du Conseil de l'Europe⁶⁸⁷. Quant à l'arrêt *Négrepontis*, les motifs invoqués par les juridictions grecques pouvaient être jugés dépassés⁶⁸⁸, « trop excentriques », « trop religieux », et « trop peu en phase avec l'évolution de la société grecque telle qu'elle se reflète dans la loi de 1982 qui a aboli les effets civils de la prohibition canonique du mariage des moines, pour trouver grâce aux yeux de la Cour »⁶⁸⁹.

⁶⁸³ P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », précité, p. 43, spéc. p. 52

⁶⁸⁴ Les motifs de non-reconnaissance de la situation acquise à l'étranger doivent être proportionnés au but légitime poursuivi, v. § 76 de l'arrêt CEDH, 3 mai 2011, *Négrepontis*, Rev. Crit. DIP 2011, 889, et chron. P. Kinsch, p. 817

⁶⁸⁵ V. l'arrêt *Handyside* rendu par la CEDH le 7 décembre 1976 : la Convention « n'attribue pas pour autant aux Etats contractants un pouvoir d'appréciation illimité. (...) La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa « nécessité ». Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante » ; cité par P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. crit. DIP 2011, p. 817

⁶⁸⁶ §69 de l'arrêt *Négrépontis*, précité

⁶⁸⁷ En ce sens, P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. crit. DIP 2011, 817

⁶⁸⁸ « La Cour note que ces règles sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles » (§ 72)

⁶⁸⁹ P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », Rev. crit. DIP 2011, 817

270. Du côté de la jurisprudence de la Cour de Justice, le partage par les autres Etats membres des valeurs d'ordre public invoqués par l'Etat d'accueil semble également déterminant. Dans l'arrêt « Sayn-Wittgenstein », le motif invoqué par les autorités autrichiennes pour refuser de reconnaître le nom à connotation nobiliaire utilisé en Allemagne par la ressortissante autrichienne était particulièrement convainquant : il se fondait sur la loi relative à l'abolition de la noblesse mettant en œuvre le « principe plus général de l'égalité en droit de tous les citoyens autrichiens. Le principe d'égalité apparaît particulièrement légitime dans la mesure où il fait parti du droit de l'Union⁶⁹⁰ et est nécessairement partagé par les autres Etats européens, même si chacun le met en œuvre différemment et y attache des conséquences différentes. Ce fondement justifie la limitation du principe de libre circulation dans la mesure où il converge avec les autres principes défendus en Europe⁶⁹¹. Dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, c'est le caractère indisponible du nom de famille qui était défendu par les autorités allemandes et ce principe est lui aussi apparu légitime aux yeux de la Cour. S'il ne fait pas parti du droit de l'Union comme le principe d'égalité, il repose sur des fondements solides et est partagé par la plupart des Etats membres. La convergence des principes explique aussi sans doute la position beaucoup plus stricte de la Cour dans l'arrêt *Coman* relatif à la reconnaissance en Roumanie du mariage entre personnes de même sexe. De plus en plus d'Etats membres autorisent le mariage homosexuel⁶⁹², sont en passe de le reconnaître⁶⁹³, ou au moins reconnaissent les mariages homosexuels célébrés à l'étranger⁶⁹⁴. La politique roumaine paraît donc isolée et éloignée des « standards européens ». L'exigence de convergence est même plus forte encore au sein de l'Union européenne, car la Cour de justice semble affirmer que le refus de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe porterait atteinte au droit au respect de la vie familiale⁶⁹⁵, alors même que la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Orlandi* n'était pas allée jusque-là : cette dernière avait en effet indiqué que les

⁶⁹⁰ Points 88 et 89

⁶⁹¹ En ce sens, v. point 93 de l'arrêt : « en refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent »

⁶⁹² 13 Etats membres actuellement : Pays-Bas, Belgique, Espagne, Suède, Portugal, Danemark, France, Royaume-Uni, Finlande, Luxembourg, Irlande, Malte, Allemagne

⁶⁹³ L'Autriche (depuis le 1^{er} janvier 2019), l'Italie

⁶⁹⁴ L'Estonie

⁶⁹⁵ Point 50 : « il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation » (Cour EDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. c. Grèce*, § 73)

États parties n'étaient pas tenus de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger en raison de la large marge d'appréciation dont ils disposaient⁶⁹⁶.

271. En définitive, pour qu'un principe soit considéré d'ordre public international et puisse valablement s'opposer à l'application d'une norme étrangère, celui-ci doit non seulement être essentiel pour l'ordre juridique de l'Etat d'accueil, mais aussi pour les autres Etats européens : il doit résonner et être compris par les autres, même si tous n'y attachent pas forcément les mêmes conséquences et le traduisent différemment dans leur ordre juridique⁶⁹⁷. Par conséquent, l'ordre public international, bien qu'il soit du for, ne peut nier sa dimension nécessairement « internationale ». Ainsi que l'affirme un auteur, il peut « difficilement être défini par l'ordre juridique du for au terme d'une analyse uniquement introspective, d'un regard porté exclusivement sur lui-même », il doit également se tourner « vers l'extérieur, pour observer non seulement l'ordre juridique étranger qu'il s'agit éventuellement de condamner, mais aussi les autres ordres juridiques »⁶⁹⁸. Une institution singulière, propre à l'Etat du for, qualifiée d'ordre public international, conduirait en effet à écarter presque systématiquement les lois étrangères désignées par la règle de conflit, qui ne leur donnerait finalement qu'une « compétence de façade »⁶⁹⁹.

Pour définir nos principes d'ordre public international, il faut donc d'abord déterminer quels sont nos principes essentiels communs, constitutifs d'un éventuel ordre public international européen.

Section 2. L'émergence de principes essentiels communs

272. La construction de l'ordre public international européen semble se faire pour le moment « par le haut » : l'Union Européenne promeut et impose une certaine conception des rapports patrimoniaux familiaux à travers divers mécanismes et objectifs. Ne pouvant cependant porter une trop grande atteinte aux droits internes, et devant inévitablement trouver un consensus, elle

⁶⁹⁶ CEDH, 14 déc. 2017, n° 26431/12, *Orlandi*, D. 2018. 446, note H. Fulchiron, 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, et 1104, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2018. 128, obs. F. Berdeaux ; RTD civ. 2018. 81, obs. A.-M. Leroyer.

⁶⁹⁷ En ce sens, v. H. Fulchiron, D. 2017, p. 2310

⁶⁹⁸ L. Usunier, « La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international », RTD civ. 2017. 833

⁶⁹⁹ L. Usunier, précitée : « Pour définir le seuil de tolérance qu'il s'impose à lui-même, l'État du for a intérêt à tenir compte de ce qui se fait à l'étranger et à redoubler de prudence s'il apparaît que l'institution locale qu'il envisage de déclarer d'ordre public international est inconnue sous d'autres cieux. D'un point de vue technique, ne pas tenir compte de la singularité de l'institution locale pourrait en effet l'amener à écarter fréquemment les lois étrangères désignées par la règle de conflit, qui ne donnerait alors qu'une compétence de façade à la loi qu'elle désigne. »

ne le fait qu'à travers des « standards minimum », en recherchant « le plus petit dénominateur commun » ou « le point de vue le plus libéral »⁷⁰⁰. En effet, « l'éventuelle émergence d'un modèle européen ne doit pas se faire au détriment du respect de la diversité nationale mais en complémentarité avec lui »⁷⁰¹. Toutefois, comme a pu le dire le Doyen Carbonnier « l'ordre public est fait d'une force, d'un rayonnement, d'une énergie, qui ne se laisse pas capter en stéréotypes »⁷⁰². Or, quel serait l'ordre public international européen s'il s'inspirait des droits internes, en essayant d'y trouver, plus qu'une essence commune, des concepts et des idées fortes ? En observant attentivement les règles matérielles des Etats membres, on s'aperçoit de l'existence de points de convergence entre eux ; l'ordre public n'en sortirait donc pas forcément appauvri mais sûrement plus riche. Il semble en effet que l'on puisse faire mieux qu'un ordre public « minimal ». Inspiré par la méthode comparatiste de Rabel, il s'agirait d'élaborer un ordre public européen « par le bas », en examinant, dans les législations internes, ce qui nous réunit pour construire. Les politiques internes européennes en droit patrimonial de la famille peuvent en effet donner une cohérence à l'ordre public international européen.

Une relation dialectique entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques internes est à élaborer : l'ordre public européen se construit d'abord « par le haut » (§1) avec des standards minimaux européens qui irriguent les droits nationaux internes, mais aussi et surtout « par le bas » (§2) en collaboration avec les droits internes qui inspirent et approfondissent l'ordre public international européen.

§1 La construction « par le haut »

273. Tant l'Union Européenne (A) que la Cour Européenne des droits de l'homme (B) participe à la construction de l'ordre public international européen. Elles dictent aux ordres internes les principes, les conceptions, qui doivent nécessairement composer leur ordre public international. L'ordre public devient ainsi « facteur de promotion d'une unité européenne par-delà les diversités nationales »⁷⁰³, mais si l'uniformité s'opère, elle ne se fait *qu'a minima*.

A. L'influence de l'Union européenne sur le contenu de l'ordre public

⁷⁰⁰ H. Fulchiron, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », Defrénois 2005, p. 1461 ; P. Hammje, « Ordre public et lois de police : limites à l'autonomie de la volonté ? » précitée, p. 113 spéc. p 137

⁷⁰¹ P. Hammje, *Ibid*, p. 112, spec. p 114

⁷⁰² J. Carbonnier, Exorde in *L'ordre public à la fin du XXème siècle* (coord. Th. Revet), Dalloz-Sirey, 1996, p. 2 (précité)

⁷⁰³ P. Hammje, « Ordre public et lois de police : limites à l'autonomie de la volonté ? », précitée, p. 113, spec. p. 133

274. L'objectif de l'Union européenne n'est pas de sauvegarder les politiques impératives des Etats membres en tant que tels mais de promouvoir une certaine conception européenne des personnes et des rapports familiaux et patrimoniaux⁷⁰⁴. Les Etats membres doivent ainsi introduire au sein de leur ordre public certains principes, alors mêmes qu'ils ne les considéreraient pas forcément comme essentiels.

275. Une première démonstration en a été faite dans un arrêt *Eco Swiss China Time Ltd* en date du 1^{er} juin 1999⁷⁰⁵ qui a posé le principe de l'existence d'un ordre public international de source communautaire⁷⁰⁶. En l'espèce, la société Beneton avait conclu un accord de licence sur la fabrication de montres d'une durée de huit ans, avec deux autres sociétés : Eco Swiss et Bulova Watch Company. Aux termes du contrat, il était prévu que les différends seraient soumis à une procédure arbitrale conforme aux règles néerlandaises d'arbitrage et que les arbitres appliqueraient le droit néerlandais. Après avoir résilié de façon anticipée le contrat, la société Beneton est assignée devant un tribunal arbitral et est condamnée à verser des dommages-intérêts à ses cocontractants. Cette dernière demande alors l'annulation de la sentence au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public : les accords de licence sont en effet prohibés en droit communautaire de la concurrence comme étant contraires à l'ordre public⁷⁰⁷, et l'article 1065 du code de procédure civile néerlandais admet que la contrariété à l'ordre public est une cause d'annulation des sentences arbitrales. L'affaire est portée devant la Cour de cassation néerlandaise : elle fait remarquer qu'en droit néerlandais les règles de concurrence ne constituent pas des règles d'ordre public international, celles-ci n'étant pas assez « fondamentales » aux yeux de leur ordre juridique. Toutefois, la règle ayant une source communautaire, la juridiction suprême saisit la Cour de Justice d'une question préjudicielle à cet égard : la sentence arbitrale devait-elle être annulée au motif de sa contrariété à l'ordre public international alors même que le principe violé n'était pas d'ordre public en droit

⁷⁰⁴ En ce sens, P. Hammje, *Ibid* : « Ce qui émerge dans les règlements de droit de la famille, ce sont des mécanismes divers, parfois nouveaux, pour assurer la défense d'objectifs substantiels identifiés comme étant prioritaires ou essentiels par l'instrument européen lui-même. Ce ne sont plus les politiques impératives des Etats membres en tant que tels qu'il s'agit de sauvegarder, mais le respect d'une conception européenne des personnes et des rapports de famille qu'il s'agit de promouvoir »

⁷⁰⁵ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd*, C-126/97, D. 1999. IR. 181; RTD com. 2000. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto et 340, obs. E. Loquin ; v. aussi J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Thèse, LGDJ, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011, p. 189 n°402

⁷⁰⁶ S. Poillot-Peruzzetto, « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la CJCE *Eco Swiss* », JDI 2000, 299, spec. 302 :

⁷⁰⁷ Article 81 du traité de Rome

néerlandais ? La CJCE répond par l'affirmative : « dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction, édictée à l'article 85, paragraphe 1 du traité », s'agissant d'une « disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur » et donc « d'une disposition d'ordre public »⁷⁰⁸. L'ensemble des auteurs s'accordent pour dire que c'était bien de l'ordre public international communautaire dont il était question ici et non de l'ordre public communautaire⁷⁰⁹, dans la mesure où il s'agissait de faire obstacle à la reconnaissance d'une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international : « L'ordre public dont il est question dans l'affaire commentée a une fonctionnalité différente puisqu'il s'agirait des règles minimales imposées au Tribunal arbitral dans le cadre d'un arbitrage international, qu'il s'agisse des règles de fond ou de procédure. A cet égard, l'ordre communautaire, au même titre que les ordres nationaux avait son mot à dire sur ce qui lui semble être les règles internationalement impératives. Il l'avait d'autant plus que la construction communautaire peut servir de référence, voire de modèle, dans la recherche d'une construction plus globale. Il faut cependant reconnaître le mérite de l'arrêt qui a posé le principe communautaire de l'existence d'un ordre public international. »⁷¹⁰. Ainsi, si le juge communautaire ne détermine pas lui-même le contenu de l'ordre public, il le fait à travers le juge national, en l'obligeant à intégrer dans son ordre public les principes européens qu'il juge essentiels⁷¹¹.

276. L'idée dégagée de l'arrêt *Eco Swiss China Time* se retrouve, de manière peut-être plus explicite encore, dans l'arrêt *Diageo Brands* du 16 juillet 2015⁷¹². La Cour de justice semble en effet affirmer en l'espèce qu'il appartiendrait au juge de l'Union de définir le contenu de l'ordre public international étatique, auquel renvoie l'article 34, point 1, du règlement « Bruxelles I »⁷¹³. La formulation retenue par la Cour interpelle car, si elle est comprise en ce

⁷⁰⁸ Points 36 et 39

⁷⁰⁹ J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, précité, p. 189 n°402 ; S. Poillot-Peruzzetto, précité, JDI 2000, 299, spec. 302

⁷¹⁰ S. Poillot-Peruzzetto, « Arbitrabilité des litiges en matière de concurrence », RTD com. 2000. 232

⁷¹¹ En ce sens, S. Poillot-Peruzzetto, précitée, JDI 2000, 299, spec. P. 304 : « Si l'arrêt ne donne pas compétence à l'ordre communautaire pour déterminer le contenu de l'ordre public international, il oblige néanmoins le juge national à intégrer dans l'ordre public les règles communautaires de concurrence, ce faisant il participe directement à cette définition »

⁷¹² CJUE, 1re ch., 16 juill. 2015, aff. C 681/13, *Diageo Brands BV c/ Simiramida*

⁷¹³ V. pour un commentaire de l'arrêt, J. Heymann, *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, 2016, 5

sens⁷¹⁴, elle serait directement contraire à l'affirmation notamment posée par l'arrêt *Krombach*⁷¹⁵ selon laquelle « il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État membre ». S'il s'agit peut être d'une maladresse rédactionnelle⁷¹⁶, cette décision est néanmoins révélatrice de la volonté du juge de l'Union de participer à la définition de l'ordre public international des Etats membres.

277. L'obligation positive pour les Etats membres d'introduire certaines valeurs au sein de leur ordre public se manifeste d'ailleurs dans les règlements européens.

L'Union européenne promeut tout d'abord, sans surprise, les droits fondamentaux. Le préambule de chaque règlement dispose que l'application du règlement par les Etats participants est subordonnée au respect de la Charte des droits fondamentaux⁷¹⁷. Ainsi, la Charte influence nécessairement le contenu de l'ordre public des Etats membres mais aussi la possibilité même d'y avoir recours⁷¹⁸. En ce sens, le Considérant 58 du règlement « successions » prévoit, à propos de l'exception d'ordre public, que « les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître - ou, le cas échéant, d'accepter -, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination ». La même précision figure dans le règlement Rome III⁷¹⁹ et dans le règlement « régimes matrimoniaux »⁷²⁰. Le mécanisme même de l'exception d'ordre public pourrait donc en lui-même être discriminatoire : ou bien parce qu'il défend des conceptions dont la teneur même est discriminatoire (refus de reconnaître un acte étranger ou d'appliquer une loi étrangère pour des raisons discriminantes), ou bien parce que les modalités de déclenchement de l'exception seraient en elles-mêmes discriminatoires⁷²¹.

⁷¹⁴ Le jeu de l'ordre public prévu par le règlement Bruxelles I ne pourrait être envisagé, au cas d'une erreur concernant une règle de droit de l'Union commise par le juge de l'Etat d'origine, que dans l'hypothèse où la reconnaissance, dans l'État requis, de la décision porteuse d'une telle erreur serait considérée, *par le juge de l'Union*, comme constitutive d'une violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Union (v. J. Heymann, précité)

⁷¹⁵ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, précité

⁷¹⁶ V. J. Heymann, précité

⁷¹⁷ Consid. 30 du Règlement Rome III, Considérant 81 du règlement successions, considérant 54 du règlement régimes matrimoniaux, consid. 53 du règlement partenariats enregistrés.

⁷¹⁸ P. Hammje, « Ordre public et lois de police : limites à l'autonomie de la volonté ? », précitée, p. 113, spéc. p. 126

⁷¹⁹ Considérant n°25

⁷²⁰ Considérant n°54

⁷²¹ V. sur ce point nos développements relatifs aux inconvénients de l'ordre public de proximité, n°538 ss.

278. Ensuite, le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires auquel renvoie le règlement européen du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires prévoit en son article 8. 5 une « clause d'équité » : « À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties ». Bien qu'il appartienne toujours au juge national de fixer le seuil du « déraisonnable » ou de « l'inéquitable », cette règle matérielle influence directement l'ordre public de l'Etat membre. Le juge devra écarter la loi qui valide l'accord de volonté des parties si l'une d'elles apparaît insuffisamment protégée, si son choix n'était pas suffisamment éclairé ou si l'accord la laisse dans une situation inacceptable. Dès lors, de telles considérations d'équité font inévitablement leur entrée dans l'ordre public international de l'Etat membre: la protection n'est cependant en réalité pas assurée par ce dernier, mais par le Protocole lui-même⁷²².

Le Protocole impose aussi, en son article 14, la méthode de fixation des aliments par le biais d'une règle matérielle⁷²³: « Même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments ». Des modalités de fixation communes des aliments alloués intègrent ainsi l'ordre public européen. Elles ne surprendront pas le juge français puisque ces critères correspondent à ceux établis par le code civil en son article 208⁷²⁴ que la jurisprudence a semble-t-il aussi tourné en loi de police⁷²⁵.

279. Que penser par ailleurs du formalisme *a minima* imposé par l'article 23 du règlement « régimes matrimoniaux » du 24 juin 2016 au moyen d'une règle matérielle de droit international privé ? Le choix de loi doit en effet être « formulé par écrit, daté et signé par les deux époux ». C'est l'exigence de forme minimale imposée par le règlement pour que le choix

⁷²² En ce sens, v. P. Hammje, « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? » précitée, p. 113, spec. p. 125

⁷²³ Sur la qualification de la règle, cf. *infra* n°522 ss.

⁷²⁴ Article 208 du code civil : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit »

⁷²⁵ Cf. *infra* N°520 ss.

soit valable. Autrement dit, un choix de loi opéré en la forme orale, ou non signé par les époux, ne pourrait prospérer. Il s'agit ici d'une manière de s'assurer de la réalité du consentement des époux. C'est donc en quelque sorte construire une sorte d'ordre public formel européen *a minima*, fondé sur des considérations de fond : la protection du consentement⁷²⁶.

280. En outre, le Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce⁷²⁷ a introduit en son article 10 une clause spéciale d'ordre public : « Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique. ». Ainsi, même si la jurisprudence française protégeait déjà la liberté de divorcer et l'égal accès au divorce entre époux sur le fondement de l'ordre public international⁷²⁸, le juge n'aura pas à avoir recours à la clause générale d'ordre public de l'article 12 mais directement à l'article 10. La source de cet ordre public n'est donc plus nationale mais européenne⁷²⁹. Le droit fondamental non seulement au divorce, mais aussi au divorce égalitaire intègrent ainsi les « standards minimum européens » et laisse peu de marge au juge national pour les moduler en fonction de ses propres standards nationaux⁷³⁰.

281. Deux propositions de règlement européens ont aussi tenté d'orienter l'ordre public international des Etats membres en intégrant des dispositions spécifiques et précises sur les contours de la notion. Il s'agit tout d'abord de la proposition de règlement relatif aux successions internationales de 2009 qui entendait limiter le jeu de l'ordre public lorsque *les modalités concernant la réserve seraient différentes de celles en vigueur dans le for*⁷³¹. Si l'article 35 ne reprend finalement pas cette précision, elle est néanmoins révélatrice d'une volonté de la part des institutions européennes de modeler, uniformiser l'ordre public entre

⁷²⁶ Sur la protection du consentement du disposant dans le cadre d'un testament ou d'un pacte successoral, cf. *supra*, n°133 ss.

⁷²⁷ Règlement du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps

⁷²⁸ Cf. *infra* la jurisprudence sur les répudiations, n°648 ss.

⁷²⁹ Il existe même désormais un ordre public de proximité européen puisqu'en matière de répudiation, la proximité n'est plus appréciée par rapport au for mais à l'ordre juridique européen, v. en ce sens Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-16.102 dans lequel la première chambre civile fait jouer l'exception d'ordre public à l'encontre d'un jugement de répudiation algérien, « dès lors que les époux de nationalité algérienne sont domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant, même s'ils sont séparés ».

⁷³⁰ En ce sens, P. Hammje, « Ordre public et lois de police : limites à l'autonomie de la volonté ? » précité, p. 113, spéc. p. 128 : « l'ordre public européen évince ici l'ordre public national, écartant d'ailleurs toute possibilité de modulation nationale. Le champ de l'article 12 est alors réduit à sa portion congrue : restent d'autres formes de discriminations que celles liées au sexe ou des causes automatiques de divorce liées à un changement de religion »

⁷³¹ Art. 27 §2 de la proposition de 2009, évoqué *supra*

Etats membres et en encadrer le jeu. Il ne fait guère de doute que cette orientation a influencé les juges de la Cour de cassation dans leur décision du 27 septembre 2017⁷³².

282. La même volonté s'est manifestée dans la version initiale de 2011 du règlement « partenariats »⁷³³ qui souhaitait intégrer à l'article 18 une clause d'ordre public précisant que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que la loi du for ne connaît pas l'institution du partenariat enregistré ». Cette disposition n'a finalement pas été reprise dans la version finale, du fait notamment de la possibilité pour l'Etat membre qui ignore l'institution de partenariat enregistré de décliner sa compétence⁷³⁴, et de la procédure de coopération renforcée retenue pour l'adoption du règlement. Elle témoigne néanmoins des orientations de l'Union européenne en ce domaine.

283. Si l'esprit du règlement « successions » a influencé la jurisprudence interne à propos de la protection de la réserve héréditaire par l'ordre public international, il devrait en être de même à propos de l'accueil à réserver aux pactes successoraux étrangers. Il existe de réelles divergences étatiques sur la question de pouvoir recourir à ce type de pacte au sein de l'Union Européenne⁷³⁵. Or, le règlement « successions » se montre très favorable à la validité de ces pactes ; il a en effet adopté une règle de conflit permettant de les valider assez largement : ils sont soumis à la loi applicable à la succession si elle avait été ouverte au jour de la conclusion du pacte⁷³⁶. Dès lors, une personne dont la loi nationale prohibe ce type de pacte pourrait tout de même le conclure si la loi de sa résidence habituelle le permet au jour du pacte. Et ce pacte devrait en principe toujours être efficace, si au jour du décès, le disposant était revenu dans le pays de sa nationalité, ou résidait dans un pays connaissant un principe de prohibition des pactes sur succession future. Même si le jeu de l'ordre public international n'est peut-être pas

⁷³² Cf. *supra*, le principe posé par la Cour de cassation : « la réserve n'est pas en soi d'ordre public international »

⁷³³ Règlement (UE) 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

⁷³⁴ Article 9 du règlement : *Si la juridiction de l'Etat membre compétente en vertu de l'article 4 ou 5 ou de l'article 6, point a), b), c) ou d), considère que son droit ne prévoit pas l'institution du partenariat enregistré, elle peut décliner sa compétence. Lorsque la juridiction concernée décide de décliner sa compétence, elle le fait sans retard indu.*

⁷³⁵ Les pactes sur succession future sont largement admis dans certains pays comme l'Allemagne, mais pas dans d'autres comme en France. Cf. *supra*, n°122 ss

⁷³⁶ Art. 25 du règlement, cf. *supra*

totale à exclure⁷³⁷, le règlement n'incite en tous cas pas à sa mise en œuvre : favorable à la validité du pacte, il devrait l'être aussi à son efficacité.

Une certaine conception de l'ordre public successoral transparaît ainsi à travers le règlement et influence l'ordre public international des Etats participants. Ainsi qu'a pu le remarquer Madame Hammje, «la règle de rattachement du règlement permet en définitive d'imposer une conception européenne réduite de l'ordre public successoral aux Etats membres »⁷³⁸.

L'ordre public international européen se construit aussi sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme, et pose la question de l'existence d'un ordre public « véritablement » international devant lequel s'effacerait l'ordre public international « interne ».

B. L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme

284. La Cour européenne participe aussi à la construction d'un ordre public international européen, elle l'enrichit, le complète, l'élargit, et en dicte même le contenu aux Etats contractants.

285. L'enrichissement se fait d'abord sans contrainte, les juridictions de l'Etat contractant vont spontanément fonder leurs décisions sur les principes de la Convention alors même qu'elles pourraient être fondées sur des principes de droit interne. C'est le cas par exemple du principe d'égalité entre les sexes ; lorsque la Cour de cassation condamne, sur le fondement de l'ordre public, les répudiations⁷³⁹ ou un régime matrimonial suisse inégalitaire⁷⁴⁰, elle ne le fait pas au visa de l'article 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui dispose que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », mais de l'article 5 du protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'invocation des principes défendus par la Convention semble ainsi

⁷³⁷ Cf. *supra*, n°148 ss.

⁷³⁸ P. Hammje, « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? », précitée, p. 113, spec. p. 132

⁷³⁹ V. not. jurisprudence précitée, Civ 1ère, 17 février 2004, n° 01-11.549, D. 2004. 824, concl. Cavarroc ; D. 2004. 815, chron. P. Courbe ; Rev. crit. DIP 2004. 423, note P. Hammje ; JDI 2004. 1200, note L. Gannagé ; JCP 2004. II. 10128, note H. Fulchiron ; Defrénois 2004. 812, obs. J. Massip ; Gaz. Pal. 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L. Niboyet ; D. 2005. Pan. 1266, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; LPA 5 août 2004, p. 13, note H. Péroz ; RTD civ. 2004. 367, obs. J.-P. Marguenaud ; Grands arrêts n°64

⁷⁴⁰ Cass., Civ 1ère, 24 février 1998, Consorts Vialaron c. M. Guillermin, Rev. crit. dr. internat. pr., 1998, p. 638, note G. Droz, D. 1999, p. 290, obs. B. Audit et 309, note J. Thierry, RTD. civ. 1998, p. 347, obs. J. Hauser, RTD. civ. 1998, p. 458, obs. B. Vareille, RTD. civ. 1998, p. 520, obs. J. Marguenaud

donner plus de poids et de légitimité au jeu de l'exception d'ordre public⁷⁴¹ ; le principe d'égalité est ainsi opposé à des Etats qui ne sont pourtant pas parties à la Convention⁷⁴².

286. La Convention EDH modifie ainsi les sources de l'ordre public mais aussi ses modes de déclenchement. Les standards européens gagnent en effet l'ordre public de proximité puisque l'ordre juridique de référence en matière de répudiation n'est plus l'ordre juridique du for mais l'ordre juridique européen. Pour faire jouer l'ordre public lorsque le principe d'égalité entre époux est atteint, la Cour de cassation n'exige plus un lien de proximité avec la France, mais plus largement, un lien avec un Etat signataire de la Convention EDH⁷⁴³. Il existerait donc un ordre public de proximité européen.

287. La Convention EDH complète ainsi, et même se substitue aux fondements de droit interne. Il n'y a cependant pas lieu de s'en étonner, comme le rappelle Monsieur Kinsch : la Convention européenne des droits de l'homme est « l'équivalent fonctionnel d'un catalogue des droits fondamentaux pour les Etats membres du Conseil de l'Europe » et son rôle est par conséquent « d'ordre fonctionnellement constitutionnel »⁷⁴⁴. La Cour européenne l'a en effet rappelé dans plusieurs arrêts, la Convention est « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme »⁷⁴⁵.

288. Cet instrument permet d'aller plus loin encore et élargit les contours de l'ordre public. Depuis sa condamnation dans l'arrêt *Mazurek*⁷⁴⁶, la France a dû modifier sa législation successorale et accorder les mêmes droits successoraux aux enfants adultérins qui étaient discriminés par rapport aux enfants légitimes et naturels. Nul doute qu'aujourd'hui le principe

⁷⁴¹ Pour B. Ancel et Y. Lequette, « le culte que notre époque professe pour les droits de l'homme conduit à donner un relief tout particulier aux droits fondamentaux parmi les éléments qui permettent de caractériser l'ordre public international », si bien que certains « ne trouvent plus le courage de défendre les valeurs de la société française qu'à la condition de les peindre aux couleurs des droits fondamentaux » (B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} éd. Dalloz, 2006, n°19, p. 168)

⁷⁴² Cf. la jurisprudence précitée de la Cour de cassation en matière de répudiation, not. Civ 1^{ère}, 17 février 2004

⁷⁴³ V. not. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-16.102

⁷⁴⁴ P. Kinsch, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2011. 817

⁷⁴⁵ V. not. CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI, § 156, AJDA 2005. 1886, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 2006. 566, note J. Andriantsimbazovina ; RTD eur. 2005. 749, note J.-P. Jacqué

⁷⁴⁶ CEDH 1er févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, D. 2000. 332, note J. Thierry ; ibid. 626, chron. B. Vareille ; RDSS 2000. 607, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2000. 311, obs. J. Hauser ; ibid. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 601, obs. J. Patarin.

d'égalité entre les enfants, quelle que soit leur filiation, s'opposerait à une loi étrangère qui l'ignore sur le fondement de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁴⁷.

289. L'intégration des principes fondamentaux de la Convention EDH au sein de l'ordre public international, se fait de manière spontanée, sinon progressive, mais elle est aussi parfois forcée. La jurisprudence *Pellegrini* en fait une démonstration éclatante. En l'espèce, la Cour européenne a imposé à l'Italie de faire jouer l'exception d'ordre public à l'encontre d'une décision étrangère, rendue par un Etat non contractant, ne respectant pas le droit au procès équitable défendu par l'article 6-1 de la Convention EDH⁷⁴⁸. Dans cette affaire, Madame Pellegrini avait épousé Monsieur Gigiozzi en la forme religieuse. Plusieurs années plus tard, l'épouse entama une procédure de séparation de corps. En réponse, son époux introduit une demande en annulation du mariage pour cause de consanguinité devant un tribunal ecclésiastique. Ce dernier convoqua l'épouse, mais sans lui faire connaître le motif de la convocation, l'empêchant ainsi de préparer sa défense. L'annulation du mariage fut prononcée par le tribunal ecclésiastique et l'épouse fit appel de la décision, alléguant la violation des droits de la défense et du principe du contradictoire. Ce fut en vain cependant car les juridictions civiles italiennes accordèrent l'exequatur au jugement ecclésiastique. L'épouse saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme qui lui donna raison : les juridictions italiennes auraient dû contrôler le respect de l'article 6-1 de la Convention par la juridiction étrangère, même si elle n'était pas partie à la Convention. Contraire aux principes défendus par la Convention, le jugement ne pouvait être pourvu d'effet dans un Etat contractant⁷⁴⁹. Ainsi, de manière forcée, le droit au procès équitable est intégré à l'ordre public international italien.

290. Dès lors, existe-t-il toujours un ordre public international « national » ? Ainsi que le remarque Madame Guillaumé, « d'un côté, (...) le contenu de (notre) ordre public international est dicté (à l'Etat contractant), de l'autre (...) les valeurs du for ne suffisent peut-être pas à justifier sa prise de position »⁷⁵⁰. La remarque de Lerebours-Pigeonnière en 1950, après la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, semble revêtir une actualité renouvelée : d'une part, « la charte de l'Organisation des Nations Unies, pour préserver la paix

⁷⁴⁷ Sur cette question, cf. *infra*

⁷⁴⁸ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, Rev. trim. dr. h., 2002, pp. 463 ss., obs. de J.-P. Costa ; Rev. crit. dr. int. pr., 2004, pp. 106 ss., note L.-L. Christians

⁷⁴⁹ V. aussi Comm. EDH, 10 juillet 1975, n°6082/74, X. c/ Belgique et Pays Bas, dans lequel la Commission EDH a été saisie d'une demande de condamnation de la Belgique faute pour elle d'avoir tenu en échec la loi néerlandaise applicable selon la règle de conflit belge et interdisant à l'époque l'adoption aux célibataires.

⁷⁵⁰ J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Thèse, précitée, n°418, p. 197

oblige les Etats membres à imprégner leur ordre juridique, leur civilisation, du respect des libertés humaines », d'autre part, « la Déclaration de 1948 énumère et définit les droits de l'homme au respect desquels est subordonné l'ordre universel. En conséquence, il appartient à chaque Etat de refuser de recevoir chez lui une loi étrangère qui contredit l'idéal de la civilisation universelle, ou qui refuse de reconnaître l'un des droits de l'homme déterminé par la Déclaration »⁷⁵¹. Défini dans ces termes, l'ordre public apparaît véritablement « international ». Il serait cependant réducteur de ne plus voir au sein de celui-ci que des valeurs internationales liées aux droits de l'homme ; elles en font partie intégrante certes, mais n'éliminent pas forcément les autres principes internes : soit ces derniers s'y reflètent et se fondent avec elles, soit ils cohabitent entre eux. La récente définition de l'ordre public international donnée par la Cour de cassation, relative aux « principes essentiels du droit français »⁷⁵², va en ce sens : les principes essentiels du droit français sont aussi bien les principes européens que ceux du for. De l'avis de Monsieur Libchaber, « plutôt que la reconnaissance d'un ordre public réellement international », mieux vaudrait parler d'un « élargissement du cadre de référence dans lequel se reflète ce que peut accepter le droit français. Il est en effet frappant que les valeurs nouvelles au contact desquelles l'éviction se produit sont toujours des valeurs reconnues par le for, ce que traduit l'adhésion à l'instrument international qui les énonce, et non des valeurs qui seraient nées de, et dans, la sphère internationale »⁷⁵³.

291. N'est-il pas préférable en effet que l'ordre public international européen se construise en ce sens, à partir des principes et valeurs de chaque Etat membre, dont les droits présentent vraisemblablement, sinon des similitudes, des points de convergence, notamment en droit patrimonial de la famille ?

Un ordre public international européen en droit patrimonial de la famille peut sans doute se construire autour des droits fondamentaux, de « valeurs communes, d'une morale collective »⁷⁵⁴, mais il serait peu ambitieux. Il peut en effet faire mieux : être à l'origine d'une véritable politique européenne en la matière.

⁷⁵¹ P. Lerebourg-Pigeonnière, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 255, spec. 262-263 ; cité par J. Guillaumé, « L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé », Thèse, précitée, p. 197, note 220, v. aussi R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, précité, p. 65, spec. 79

⁷⁵² Civ. 1ère, 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, Bull. 2010, I, n° 162, précité

⁷⁵³ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, précité, p. 65, spec. 79

⁷⁵⁴ Voir en ce sens, S. Othenin-girard, précité, n°344

§2 La construction « par le bas »

292. L'ordre public international européen en droit patrimonial de la famille devrait pouvoir se construire, sans trop de difficultés, autour de « principes essentiels » notamment fondés sur l'idée de « solidarité élémentaire (et donc alimentaire) entre les membres de la cellule familiale »⁷⁵⁵. Sous l'influence européenne, l'orientation de notre ordre public place en effet les intérêts individuels au premier plan : il ne s'agit pas de protéger la famille mais avant tout, la personne au sein de la famille, l'enfant, le conjoint, en leur garantissant l'efficacité de leurs droits individuels et une prise en charge de leurs besoins vitaux. *A priori*, il semble donc possible d'affirmer sans risque que les Etats membres se retrouvent autour de ces valeurs « minimales »⁷⁵⁶. L'ordre public international européen prend ainsi la forme d'un « seuil » en dessous duquel les Etats membres ne pourraient pas descendre.

Une telle démarche semble cependant manquer d'audace au regard des droits internes européens dans les matières du droit patrimonial de la famille. Au-delà du respect des droits fondamentaux et des principes universels de justice alimentaire, les Etats membres partagent peut-être davantage : les bases d'une politique de fond en droit patrimonial de la famille.

Il s'avère que tant en ce qui concerne la protection de l'héritier (A) que la protection de l'ex-conjoint divorcé (B), les politiques des Etats membres tendent à converger. La plupart souhaite maintenir, au-delà du décès ou du divorce, les conditions de vie de l'enfant ou du conjoint, autrement dit un certain équilibre, une certaine continuité patrimoniale, et ceci même, malgré une volonté contraire exprimée par le défunt ou par l'époux lui-même. Un modèle européen semble pouvoir émerger : il n'a pas besoin d'être imposé par les institutions européennes, mais doit simplement être extrait des législations nationales⁷⁵⁷.

A. La protection de l'héritier dans les Etats membres

293. Très peu d'Etats membres limitent la protection de l'héritier à une protection strictement alimentaire. La très grande majorité des droits européens consacrent en effet bien

⁷⁵⁵ H. Fulchiron, précité, D. 2017, p. 2310

⁷⁵⁶ Tous les Etats membres connaissent des obligations alimentaires entre parents et enfants et membres de la famille proche, du vivant des créanciers et à leur décès.

⁷⁵⁷ L'ordre public international comme « socle de dénominateurs commus », v. S. Poillot-Peruzzetto, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union Européenne », in *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, précité, p. 159 et s. not. p. 163

plus qu'une solidarité alimentaire ; il existe en Europe une véritable exigence de « solidarité familiale », surtout dans les pays de tradition civiliste. Il apparaît en effet que les valeurs qui fondent la réserve sont partagées par les Etats membres (1), même si tous ne les hissent pas au rang des principes d'ordre public international (2).

1) Une réserve aux fondements partagés

294. Le droit des successions se caractérise par une grande diversité en droit comparé⁷⁵⁸. « L'impératif de conservation du patrimoine familial, les principes de l'égalité des enfants, de la protection des survivants ou de l'autonomie de la volonté sont conçus très différemment d'un système à l'autre »⁷⁵⁹. Les règles de transmission à cause de mort traduisent la conception de la famille de chaque pays. Ces divergences sont cependant beaucoup moins marquées au sein de l'Union européenne. Les fondements qui sous-tendent la réserve sont partagés par les pays européens ; l'idée d'une limitation nécessaire de l'exercice de la volonté du défunt en faveur des descendants et/ou du conjoint⁷⁶⁰ existe dans tous ces pays, et les valeurs de solidarité familiale (a), liberté et égalité des enfants (b) restent importantes. Même si ces valeurs sont différemment mises en œuvre, elles pourraient constituer une base commune de nature à inspirer l'ordre public international européen.

a) La solidarité familiale

295. La Commission européenne a souligné la convergence des droits européens sur la volonté de protéger les proches du défunt : « tous les systèmes juridiques des Etats membres connaissent des mécanismes destinés à assurer la subsistance des proches du défunt et principalement de mécanismes de réserve héréditaire »⁷⁶¹. La réserve successorale existe en effet dans tous les Etats membres qui font partie de la famille romano-germanique⁷⁶² : sur les 28 Etats, presque tous connaissent des mécanismes de protection des héritiers réservataires⁷⁶³.

⁷⁵⁸S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse : personnes, famille, successions*, thèse précitée, Schulthess, 1999, p. 595 et s.

⁷⁵⁹*Ibid.*

⁷⁶⁰ Même si elle tend à être remise en cause aujourd'hui (projets de réforme en France, réforme du droit des successions en Belgique...)

⁷⁶¹COM (2009) 154 final, Exposé des motifs, article 17

⁷⁶²A. Bonomi, "La vocation successorale volontaire dans certains droits européens", in *Le droit des successions en Europe, Actes du colloque du 21 février 2003*, Librairie Droz, Genève, 2002, p. 55.

⁷⁶³L'Italie, l'Espagne, l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la

L'Angleterre, qui ne fera vraisemblablement bientôt plus partie des Etats membres, est souvent citée comme une exception. Néanmoins, s'il n'existe pas d'équivalent de la réserve en faveur des enfants chez les anglais, il en existe un en faveur du conjoint ou partenaire survivant. En effet, ce dernier se voit toujours octroyer une *family provision*, évaluée objectivement, indépendamment de ses besoins réels : il reçoit en toutes circonstances, une « provision économique raisonnable », qu'elle soit ou non nécessaire à son entretien⁷⁶⁴. Autrement dit, en Angleterre, le conjoint survivant ressemble étrangement à un héritier réservataire : si l'enfant n'est qu'un héritier réservataire « alimentaire », ce n'est pas le cas du conjoint qui fait l'objet d'une protection successorale spécifique, conforme à un « standard ». Le législateur anglais souhaite en effet maintenir les conditions et niveau de vie de l'époux malgré la fin du couple, tant au moment du divorce⁷⁶⁵ qu'au décès⁷⁶⁶. L'idée de continuité patrimoniale malgré la rupture occasionnée par le divorce ou le décès existe donc aussi en droit anglais.

Non loin de l'Angleterre, l'Ecosse connaît quant à elle une réserve héréditaire en faveur du conjoint survivant et des enfants : le veuf ou la veuve a droit à un tiers ou la moitié de la succession mobilière, selon que le défunt laisse ou non des enfants ; et les enfants ont droit à un tiers des biens mobiliers en présence du conjoint, voire la moitié en son absence⁷⁶⁷. L'Irlande accorde aussi une réserve au conjoint survivant, variant en fonction de la présence d'enfants ou non, de la moitié au tiers.

L'idée même de réserve, et plus largement, de protection des proches du défunt, n'est donc inconnue à aucun Etat membre. En revanche, sa nature, ses bénéficiaires et le degré de protection offert aux héritiers varient d'un pays à l'autre.

296. **Nature de la réserve.** - On peut tout d'abord distinguer deux types de réserve : la réserve *pars bonorum* et la réserve *pars hereditatis*. Elle est soit une part de l'héritage, comme dans le code civil français, soit une créance, une *pars valoris*, comme dans les systèmes allemands et

Tchéquie, la Croatie, et l'Irlande limitent la liberté de disposer du *de cuius* en faveur des descendants, et/ou du conjoint, et/ou des ascendants (Source : "Successions en Europe" : <http://www.successions-europe.eu/fr>, présentant les grandes lignes du régime des successions dans chacun des pays de l'Union européenne)

⁷⁶⁴ Cf. *infra* ; « In the case of current spouses or civil partners, subsections 1(2)(a) and (aa) say that reasonable for the applicant to receive, whether or not required for maintenance » (Ilott c/ Mitson (Ilott c/ Blue Cross and others) [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979)

⁷⁶⁵ Au moment du divorce : le partage des biens entre les époux se fait sur un principe « d'équitable distribution », cf. *infra*

⁷⁶⁶ Au moment du décès, il a été affirmé par la jurisprudence que la situation de l'époux ne pouvait pas être moins favorable à celle en cas de divorce : « the risk of a surviving spouse finding herself in a worse position than if the marriage had ended by divorce rather than by death » (Ilott c/ Mitson (Ilott c/ Blue Cross and others) [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979, p. 14); Le but du *Family Act* de 1975 a en effet été de mettre sur le même plan le conjoint divorcé et le conjoint veuf.

⁷⁶⁷ M. Revillard, *Jurisclasseur notarial Formulaire, Synthèse - Législation comparée : Europe*, n°15

autrichiens⁷⁶⁸. Le système germanique a inspiré le droit des successions des pays nordiques, tels que la Suède et la Finlande, et certains pays de l'Est, comme la Hongrie et la Pologne⁷⁶⁹. La solution du code civil français a aussi eu sa part d'influence, en Belgique et au Luxembourg par exemple. L'Italie et l'Espagne⁷⁷⁰ ont quant à eux suivi une position médiane : le réservataire n'est en principe pas créancier de la succession mais a droit à une partie des biens successoraux ; mais s'il a reçu, au lieu de sa part réservataire, un legs ou une libéralité, il n'acquiert pas la qualité d'héritier⁷⁷¹.

297. **Bénéficiaires de la réserve.** - Ensuite, dès lors que la réserve existe, elle est toujours accordée en premier lieu aux enfants du *de cuius*, et en leur absence, aux descendants de degré plus éloigné⁷⁷². Certains, tels que l'Espagne, l'Italie, le Portugal, la Grèce, et même l'Allemagne continuent d'accorder des droits réservataires aux ascendants ; en revanche presque aucun pays ne reconnaît cette qualité aux frères et sœurs du défunt⁷⁷³. Le conjoint survivant occupe une place importante dans certains pays membres, et même parfois le partenaire, qui se voit reconnaître des droits réservataires en Allemagne par exemple⁷⁷⁴. Le conjoint se trouve cependant souvent en deuxième ligne, avec des droits moins avantageux que ceux des enfants : si la France ne lui accorde qu'un quart du patrimoine successoral, en l'absence de descendant⁷⁷⁵, l'Espagne et la Belgique⁷⁷⁶ ne lui accordent que des droits en usufruit. La Suède, la Norvège, la Finlande et les Pays-Bas quant à eux ne donnent qu'une réserve alimentaire au conjoint : ils font dépendre l'octroi de sa réserve à sa situation

⁷⁶⁸ le réservataire n'a pas droit à une partie des biens de la succession, mais à une créance pécuniaire contre les héritiers. Ainsi, lorsqu'il réclame sa part dans la succession, il ne devient pas héritier de la succession, mais simple créancier. Il ne fait donc pas partie de l'indivision successorale et ne supporte pas les dettes. V. A. Bonomi, "La vocation successorale volontaire dans certains droits européens", précité, p. 61

⁷⁶⁹ A. Bonomi, *ibid*

⁷⁷⁰ M.T Pérez Giménez, *La reserva lineal del artículo 811 del código civil*, Universidad de Jaén, D.I., 2005

⁷⁷¹ Selon l'art. 551 al 1er du Code civil italien, le réservataire qui accepte un legs qui lui a été accordé à la place de la réserve n'acquiert pas la qualité d'héritier ; et selon l'art. 815 du Code civil espagnol, le réservataire est satisfait "por cualquier título", c'est-à-dire que ce soit sous forme de legs, de donation ou de sa part dans la succession.

⁷⁷² A. Bonomi, *précité*, p. 62

⁷⁷³ En Slovénie, les grands-parents et les frères et sœurs du défunt sont réservataires « alimentaires ». Ils n'ont droit à une part réservataire que s'ils sont inaptes à travailler et ne disposent pas des moyens nécessaires pour subvenir à leurs besoins (Dr Karel Zupančič, Dr Barbara Novak, *JurisClasseur Droit comparé* > V° Slovénie, n°135)

⁷⁷⁴ Le conjoint et partenaire enregistré sont réservataires en Allemagne : Art. 2303 BGB

⁷⁷⁵ Art. 914-1 du code civil ; ce qui nous laisse penser que la réserve du conjoint survivant ne pourrait pas être considérée comme étant d'ordre public international en France. La réserve des enfants ne l'étant pas, celle du conjoint, subsidiaire à celle des enfants, le serait encore moins.

⁷⁷⁶ Le conjoint survivant est réservataire en Belgique de la moitié de la succession en usufruit et sa réserve doit comprendre au moins l'usufruit du logement familial et des meubles qui le garnissent (art. 915 bis c. civil belge : § 1. *Nonobstant toute disposition contraire, le conjoint survivant a droit à l'usufruit de la moitié de la masse visée à l'article 922 § 2. Les libéralités par acte entre vifs ou par testament ne peuvent avoir pour effet de priver le conjoint survivant de l'usufruit (ou du droit au bail) de l'immeuble affecté au jour de l'ouverture de la succession au logement principal de la famille et des meubles meublants qui le garnissent.*)

économique.

298. **Montant de la réserve.** – Dans de nombreux pays, le montant de la réserve est égal à la moitié de la part héréditaire *ab intestat*. C’est le cas en Allemagne⁷⁷⁷, étant précisé qu’il ne s’agit là que d’une créance, le réservataire étant davantage un créancier réservataire qu’un héritier réservataire. En Grèce, la réserve est également fixée à la moitié de la part *ab intestat* de chaque réservataire⁷⁷⁸, en revanche il s’agit d’un véritable droit dans la succession, *pars hereditatis*. En Finlande, la réserve est là encore égale à la moitié de la part qui reviendrait aux enfants dans le cadre d’une succession *ab intestat*⁷⁷⁹. En Slovénie, la part réservataire des descendants et du conjoint est aussi de la moitié de la part légale⁷⁸⁰. Il en va de même en Slovaquie. La Lituanie est l’un des rares pays européens à conditionner l’octroi de la réserve aux enfants, père et mère et conjoint du défunt, à un « état de besoin »⁷⁸¹. Toutefois, lorsque celui-ci est démontré, ce n’est pas une « pension alimentaire » qui est octroyée mais une « part réservataire au moins égale à la moitié de celle qu’ils recueilleraient en succédant en vertu de la loi »⁷⁸². La Belgique quant à elle a récemment réformé son droit des successions⁷⁸³, et a modifié de manière significative ses règles relatives à la réserve. Alors que cette dernière était jusqu’alors semblable à la nôtre, elle est désormais invariable et globale, fixée à la moitié de la succession, peu importe le nombre de descendants⁷⁸⁴. Il en va de même en Suède, où la réserve est égale à la moitié de la succession, quel que soit le nombre d’enfants ou descendants⁷⁸⁵. Ailleurs, les parts réservataires apparaissent un peu plus importantes. En Italie, l’enfant unique a droit à la moitié de la succession, mais s’il concourt avec le conjoint survivant, il n’a droit qu’à un tiers, comme le conjoint. En présence de plusieurs enfants, ces derniers se partagent les deux tiers du patrimoine successoral, ou la moitié en présence du conjoint⁷⁸⁶. Au Portugal, les descendants ont une réserve égale à la moitié ou aux deux tiers de la succession, selon le nombre d’enfants, en l’absence du conjoint⁷⁸⁷. En présence du conjoint, la réserve globale est de deux tiers⁷⁸⁸. En Espagne, la réserve légale des descendants est constituée de deux parts,

⁷⁷⁷ Art. 2303 BGB

⁷⁷⁸ Art. 1825 du code civil grec

⁷⁷⁹ Art. 1^{er}, chap. 7 du code successoral finlandais

⁷⁸⁰ Dr Karel Zupančič, Dr Barbara Novak, *JurisClasseur Droit comparé* > V^o Slovénie, n^o137

⁷⁸¹ C. civ. lituanien, art. 5.20

⁷⁸² M. Michalaukas, *JurisClasseur Droit comparé* > V^o Lituanie, n^o122

⁷⁸³ Loi du 31 juillet 2017, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2018

⁷⁸⁴ Nouvel article 913 du code civil belge

⁷⁸⁵ Code suède des successions, chap. 7, art. 1

⁷⁸⁶ Art. 542 du code civil italien

⁷⁸⁷ Art. 2159 du code civil portugais

⁷⁸⁸ Art. 2159 code civil portugais

représentant chacune un tiers de la succession du père et de la mère. Ces derniers pourront disposer de l'une de ces deux parts de réserve pour avantager un ou plusieurs enfants (*mejora*), mais un enfant aura toujours au moins une part d'un tiers⁷⁸⁹. Le tiers restant représente la quotité disponible⁷⁹⁰. Au Luxembourg, seuls les enfants et descendants sont réservataires et le montant de la quotité disponible est le même que celui établi par le code civil français⁷⁹¹.

299. **Propos conclusifs.** - Les règles matérielles diffèrent entre Etats membres, et la réserve ne prend pas toujours la même forme. Celle-ci repose cependant partout sur les mêmes fondements, une même idée, une même essence. Il existe dans les Etats membres une volonté de protéger économiquement certains membres de la famille, parmi lesquels on retrouve toujours les descendants, et très souvent le conjoint. En effet, « la base, le *background* de toute mesure restrictive de la liberté de disposer prise par le législateur dans des pays et à des époques différentes » a toujours été « la protection de la famille, quel que soit le nombre de bénéficiaires, à savoir un seul ou toute une catégorie d'héritiers »⁷⁹². Angleterre mis à part, il ne s'agit presque jamais de garantir uniquement à l'enfant un minimum vital, mais « un certain standard de vie, un bon départ professionnel et d'assurer son avenir »⁷⁹³.

300. A travers la réserve, il ne semble pas que ce soit la solidarité alimentaire qui soit défendue par les Etats, mais un concept plus large de solidarité familiale, et peut être même de « cohésion sociale »⁷⁹⁴. La famille européenne apparaît être un lieu d'entraide, n'accordant pas une aide minimum, comme l'Etat providence pourrait le faire, mais une entraide évaluée en fonction des ressources de la succession afin d'assurer aux héritiers réservataires une certaine continuité dans leur niveau de vie.

b) La liberté et l'égalité des enfants

301. **Egalité.** - Avec la réserve, le législateur garantit une succession équitable, dans laquelle les droits et libertés des enfants sont protégés. Il garde ainsi un œil sur le règlement des

⁷⁸⁹ Art. 808 du code civil espagnol

⁷⁹⁰ "tercio de libre disposición"

⁷⁹¹ Art. 913 c. civil luxembourgeois : *Si le défunt laisse : un enfant, la quotité disponible est de la moitié de la succession ; deux enfants, la quotité disponible est du tiers ; trois enfants ou plus, la quotité disponible est du quart.*

⁷⁹² I. Kondyli, précitée, p. 15, n° 28

⁷⁹³ Institut Notarial Allemand, *Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne, pour la Commission des Communautés Européennes*, sur http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf

⁷⁹⁴ En ce sens, J. Gasté, « La réserve mise à mal par le droit international privé ? », Defrénois 2018, p. 49

successions testamentaires, limitant la possibilité pour le *de cuius* de transmettre ses biens en fonction du sexe, de la nature de la filiation ou de l'ordre des naissances de ses enfants. L'absence de réserve l'empêcherait en effet d'exercer tout contrôle, dès lors que la transmission est fondée sur le principe de liberté testamentaire⁷⁹⁵.

Il est frappant de constater que le seul pays en Europe où subsiste une transmission fondée sur le droit de primogéniture est l'Angleterre, pays qui ne connaît pas la réserve. L'absence de réserve en droit anglais a permis de consolider les grandes fortunes dans l'aristocratie, transmises intactes d'une génération à l'autre. Un petit nombre d'aristocrates conserve en effet une très grande richesse fondée sur une propriété foncière importante, qui demeure bien plus concentrée qu'en France ou le reste du continent. Le droit successoral anglais, très libéral, explique ce phénomène : l'absence de limitation de la liberté du testateur permet à l'aristocratie britannique de se transmettre encore, de génération en génération, d'aîné à aîné, les grandes propriétés foncières, sans les diviser⁷⁹⁶.

302. **Liberté.** - Il est aussi souvent observé que la réserve est une garantie de la liberté de l'héritier dans la mesure où elle le préserve d'une exhérédation, sanction que son auteur lui imposerait en raison d'un certain mode de vie, d'une religion, du choix d'un conjoint, etc⁷⁹⁷. Elle garantit aussi, dans certaines circonstances, la liberté et l'intégrité du consentement du *de cuius* lui-même en le protégeant contre d'éventuelles pressions au soir de sa vie⁷⁹⁸. En l'absence de réserve, dans les pays de *common law*, les procédures d'*undue influence* sont en effet très nombreuses et souvent utilisées pour remettre en cause la validité des testaments⁷⁹⁹.

303. Ces valeurs, égalité entre les sexes, entre les filiations⁸⁰⁰, plus largement de non-discrimination, de liberté de conscience et religion, respect de la vie privée et familiale, sont fondatrices de l'ordre juridique européen et largement reconnues par les Etats membres. Même si tous n'y attachent pas les mêmes effets, qui varient d'un Etat à l'autre, tous les partagent. La réserve héréditaire, qui permet de défendre une certaine idée d'égalité et de liberté des enfants,

⁷⁹⁵ Sur cette question, cf. *infra*, n°356 ss.

⁷⁹⁶ V. sur ces questions, J-P Pousson, « L'étonnante survie de l'aristocratie britannique », *La nouvelle revue d'histoire (NRH)*, nov/dec 2010,

⁷⁹⁷ M. Azavant, précité, *Dr. Fam.* 2013 ; la réserve préserve l'héritier de la « tyrannie du défunt » (M. Grimaldi, *Droit des successions*, précité)

⁷⁹⁸ Protection d'autant plus importante à l'heure actuelle, dans un contexte d'allongement de la durée de vie humaine

⁷⁹⁹ Cf. nos développements *infra* et observations Y. Lequette, sous CA Paris, 23 janvier 1990, *Rev. Crit. DIP* 1991, p.92

⁸⁰⁰ Il n'y a plus aujourd'hui de discrimination faite entre les enfants légitimes, naturels et adultérins dans les Etats membres

pourrait donc être reconnue en Europe comme un principe d'ordre public international⁸⁰¹. Pourtant, même si elle repose sur des fondements solides, peu d'Etats sont allés dans cette voie.

2) La protection de la réserve dans les Etats membres par l'ordre public international

304. La Convention de la Haye du 1er août 1989 avait pris en compte l'attachement des pays européens à la réserve héréditaire puisqu'elle avait limité à cet effet *la professio juris* qu'elle instituait. En effet, l'article 24, paragraphe 1, d) permettait aux Etats signataires qui le souhaitaient de se réserver le droit de ne pas appliquer la loi désignée par le testateur, conformément à l'article 5 de la Convention, si elle privait le conjoint ou les enfants de leurs attributions de nature successorale ou familiale « totalement ou dans une proportion très importante », et si la loi de cet Etat aurait été normalement applicable, à défaut de choix du *de cuius*. La Convention réservait donc la possibilité pour les Etats qui le souhaitaient de faire jouer une sorte d'ordre public de proximité contre un choix de loi protégeant insuffisamment les héritiers réservataires.

Une telle limitation à la *professio juris* était aussi prévue par les Etats qui la connaissaient, tels que l'Italie et l'Allemagne, avant l'entrée en application du règlement “successions”.

305. **L'Italie.** - Le législateur italien avait introduit, dans son droit international privé, par une loi du 31 mai 1995, une possibilité de *professio juris*, mais en l'assortissant de restrictions en faveur des héritiers réservataires du défunt italien qui résidaient en Italie au moment du décès⁸⁰². L'article 46 §2 al 2 de la loi n° 218 sur la réforme du droit international privé italien du 31 mai 1995 disposait que « le testateur a la faculté de soumettre l'ensemble de la dévolution successorale au droit de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle », au lieu de sa loi nationale, mais ajoutait que « dans le cas de la dévolution successorale d'un testateur italien, le choix du droit se fait sous réserve des droits à la part réservataire que le droit italien confère aux héritiers réservataires du défunt qui avaient leur résidence habituelle en Italie au moment

⁸⁰¹ Dans un arrêt de la CJUE, *Sayn-Wittgenstein*, du 22 décembre 2010, précité, le principe d'interdiction des titres nobiliaires a valablement pu être opposé par l'Autriche à la reconnaissance du titre nobiliaire donné en Allemagne car il reposait notamment sur le principe plus large d'égalité entre tous les citoyens, reconnu dans tous les Etats membres.

⁸⁰² Article 46 §2 al 2 de la loi n° 218 sur la réforme du droit international privé italien du 31 mai 1995 : « le testateur a la faculté de soumettre l'ensemble de la dévolution successorale au droit de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle », au lieu de sa loi nationale, mais ajoute que « dans le cas de la dévolution successorale d'un testateur italien, le choix du droit se fait sous réserve des droits à la part réservataire que le droit italien confère aux héritiers réservataires du défunt qui avaient leur résidence habituelle en Italie au moment du décès du défunt ». Le choix de la loi applicable à la succession ne devait donc pas permettre à un de cuius de nationalité italienne d'exhérer ses enfants vivant en Italie.

du décès du défunt ». Le choix de loi en faveur de la loi de la résidence habituelle ne devait donc pas permettre à un *de cuius* de nationalité italienne d'exhérer ses enfants vivant en Italie. En revanche, lorsque le défunt n'avait pas fait de choix, et qu'en conséquence, sa succession était soumise à la loi de sa nationalité, celle-ci pouvait-elle être écartée sur le fondement de l'exception d'ordre public si elle ne protégeait pas suffisamment les héritiers réservataires ? La Cour de cassation italienne a répondu par la négative dans un arrêt en date du 10 novembre 1995⁸⁰³. Les circonstances de l'espèce doivent cependant être étudiées car elles expliquent en grande partie la décision. Il s'agissait de la succession d'un dénommé Fortunato Colombo, d'origine italienne mais ayant émigré au Canada et ayant acquis la nationalité canadienne. Décédé au Canada, il laissait un immeuble à Milan en Italie, dont la dévolution devait être soumise à la loi nationale du défunt, soit la loi canadienne. Par testament, il avait institué légataire universelle sa concubine, Ivana Amato, déshéritant ainsi ses enfants, Donatella et Giovanni, ainsi que son épouse, Laura. Ces derniers saisirent les juridictions italiennes compétentes pour obtenir leur part de réserve sur l'immeuble en Italie, ainsi que le prévoit le code civil italien. La Cour d'appel de Milan fit droit à leur demande, elle jugea que les dispositions italiennes sur la réserve « faisaient partie de la tradition juridique du pays, trouvaient leur fondement moral et social dans la sauvegarde de la solidarité propre à l'institution familiale, elle-même défendue par la Constitution italienne »⁸⁰⁴, et qu'elles justifiaient dès lors l'intervention de l'ordre public international contre l'application de l'article 831 du code civil canadien qui ne prévoyait aucune réserve en faveur des enfants. La décision fit l'objet d'un pourvoi en cassation et l'arrêt d'appel fut cassé, la Cour suprême italienne jugeant que la réserve héréditaire n'était pas d'ordre public international⁸⁰⁵. Les raisons de cette décision transparaissent à travers les arguments de la concubine, légataire universelle, et méritent d'être relevées: la famille du défunt était dispersée entre trois Etats, l'Italie, le Canada, les Etats-Unis (deux Etats ignorant la réserve) ; La veuve et le fils résidaient aux Etats-Unis et avaient acquis la nationalité américaine ; par conséquent, ayant adopté la culture anglo-

⁸⁰³ Corte Suprema di Cassazione, Setenza 5832 del 1996

⁸⁰⁴ « le disposizioni in materia di successione costituivano principi di ordine pubblico ex art. 31 delle "Disposizioni sulla legge in generale", in quanto tali norme, appartenenti da lungo tempo alla tradizione giuridica del Paese, trovavano il loro fondamento morale e sociale nella salvaguardia di quei principi di solidarietà propri dell'istituto familiare, come riconosciuto a tutelato dalla "Costituzione Italiana" »

⁸⁰⁵ « Se inoltre si facesse riferimento ai principi di ordine pubblico internazionale, "i quali attengono a quei principi generali che sono espressione di un'esigenza così fondamentale da esprimere le condizioni necessarie per l'esistenza stessa della società, secondo il momento storico in cui essi sono chiamati ad operare" (così definiti da Cass. 14.4.1980 n. 2414), parimenti, per quanto si è rilevato, l'istituto in questione non potrebbe ritenersi tra quelli ai quali si riferisce il cit. art. 31. »

saxonne, ils ne pouvaient s'attendre à aucune réserve⁸⁰⁶. Une seule fille, Donatella, avait conservé la nationalité italienne mais « elle n'avait plus aucun rapport avec son père, émigré et devenu citoyen canadien »⁸⁰⁷. Dès lors, l'ordre public italien n'était pas en cause puisque le testateur était rattaché à l'ordre juridique canadien et non italien⁸⁰⁸.

Les liens de proximité avec l'Italie étaient en effet très faibles, l'exhérédation ne perturbait que très peu l'ordre public italien dans la mesure où seul un bien immobilier était en Italie et seule une fille avait la nationalité italienne. La solution doit donc être interprétée comme une illustration de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité ou plutôt d'éloignement : les liens entre l'Italie et le défunt et sa famille étaient trop tenus pour justifier la mise en œuvre de l'exception. Une exigence de proximité avait d'ailleurs déjà été prévue par le législateur dans la loi du 31 mai 1995 : les droits réservataires des enfants ne pouvaient faire obstacle à la *professio juris* que si ceux-ci avaient leur résidence habituelle en Italie au moment du décès du défunt. Or, il n'y a pas de raison d'accorder une protection différente aux héritiers réservataires selon qu'un choix de loi ait été fait ou non par le défunt.

306. **L'Allemagne.** - Le droit international privé des successions allemand avait aussi institué une *professio juris* avant d'adopter le règlement « successions », mais celle-ci était extrêmement limitée, puisque seule la loi allemande, qui protège les droits des héritiers réservataires, pouvait être choisie en tant que loi successorale. Le Conseil constitutionnel allemand a en effet affirmé dans une décision du 19 avril 2005 qu'une participation minimale des enfants du défunt à la succession est garantie par la Constitution fédérale, indépendamment de leur condition économique, sur le fondement d'un droit à l'héritage⁸⁰⁹. L'assise constitutionnelle donnée au principe devrait en faire un principe d'ordre public international pouvant s'opposer à une loi étrangère ignorant la réserve⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ « gli intervenuti (la Laura Casati ed il figlio Giovanni Colombo) sono cittadini statunitensi (Stato del Wisconsin) per le loro stesse dichiarazioni; che negli Stati di cultura anglosassone vige l'illimitata libertà di testare sicché nessuna riserva in loro favore potevano invocare »

⁸⁰⁷ « che la vedova ed il figlio del "de cuius" erano divenuti cittadini statunitensi, mentre la figlia, cittadina italiana, non aveva più avuto alcun rapporto con il padre, emigrato e divenuto cittadino canadese »

⁸⁰⁸ « l'assoluta libertà di disporre dei propri beni ha attinenza all'ordine pubblico ed è fuori del diritto e della ragione che, per salvaguardare il preteso ordine pubblico italiano, debba ledersi l'ordine pubblico dello Stato cui apparteneva il testatore »

⁸⁰⁹ v. A. Bonomi, « Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2008-2010, p. 264 et s., spéc. nos 12 et s.

⁸¹⁰ V. cependant une décision ancienne en sens contraire qui n'a pas opposé l'ordre public international à la loi américaine ignorant la réserve : Reichsgericht, 23 octobre 1911, *JW* 1912, p. 22 (application de la loi américaine en l'espèce); BGH, 21 avril 1993, *IPRax* 1994, p. 375

307. **La Suisse.** - Bien que la Suisse ne fasse pas partie de l'Union européenne, sa jurisprudence est intéressante car c'est un pays de tradition romano-germanique, connaissant la réserve héréditaire, et prévoyant des règles de droit international privé similaires à celles du règlement « successions ». La succession est en effet en principe soumise à la loi de la dernière résidence du défunt, sauf si celui-ci avait fait une *professio juris* en faveur de sa loi nationale. Or, la question de la conformité d'une loi étrangère ignorant la réserve a été posée au Tribunal Fédéral Suisse dans un arrêt *Hirsch c. Cohen*⁸¹¹. Il s'agissait en l'espèce d'un ressortissant britannique, domicilié en Suisse, qui avait soumis sa succession à sa loi nationale, la loi anglaise. Il avait pourtant vécu en Suisse pendant cinquante ans, jusqu'à son décès, et n'avait plus aucune relation avec l'Angleterre. Dans son testament, il attribuait tous ses biens à sa seconde épouse, et exhérait sa fille, issue de son premier mariage, de nationalité suisse et domiciliée à Genève. Cette dernière invoqua la contrariété de la loi anglaise à l'ordre public international suisse ainsi que la fraude à la loi. Toutes ses prétentions furent rejetées par le Tribunal Fédéral Suisse.

Sur la question de l'exception d'ordre public, plusieurs arguments furent invoqués par la doctrine pour ne pas écarter la loi anglaise. La *professio juris* aurait tout d'abord été bien trop souvent mise en échec si la réserve avait été jugée d'ordre public international : « si l'on voulait aller jusqu'à sauvegarder la réglementation suisse de la réserve légale, notamment en invoquant l'ordre public suisse, on viderait (la *professio juris*) de son sens »⁸¹² ; « la liberté de soumettre les dispositions testamentaires à une loi *sous réserve des règles impératives de la loi successorale objectivement applicable* ne serait pas une *professio juris* mais l'application de l'idée générale de l'autonomie de la volonté dans le cadre des règles dispositives »⁸¹³. Le droit comparé montre cependant des exemples de *professio juris* maîtrisée, comme en Italie⁸¹⁴.

La seconde raison tenait à la difficulté de déterminer la limite en deçà de laquelle la réserve prévue par la loi étrangère aurait dû être jugée trop faible, et donc écartée. Fixée trop haut (l'ordre public évincerait la loi étrangère dès que la part réservataire qu'elle prévoit serait plus faible qu'en droit suisse), l'ordre public international interviendrait presque à chaque fois ; fixée trop bas (l'ordre public ne ferait échec à la loi étrangère désignée que lorsque l'héritier

⁸¹¹ Tribunal Fédéral, 17 août 1976, *Hirsch c. Cohen*, ATF 102 II 136, *Journal des Tribunaux* 1976 I 595

⁸¹² P. Lalive, cité par S. Othenin-Girard, précité., p. 595

⁸¹³ G. Groz, "Regards sur le droit international privé comparé", *RCADI*, 1991, p. 242, n° 251

⁸¹⁴ Cf. *supra*; article 46 §2 al 2 de la loi n° 218 sur la réforme du droit international privé italien du 31 mai 1995 : « le testateur a la faculté de soumettre l'ensemble de la dévolution successorale au droit de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle », au lieu de sa loi nationale, mais ajoute que « dans le cas de la dévolution successorale d'un testateur italien, le choix du droit se fait sous réserve des droits à la part réservataire que le droit italien confère aux héritiers réservataires du défunt qui avaient leur résidence habituelle en Italie au moment du décès du défunt ».

réserve ne recevrait rien), il suffirait que le testateur « attribue à cet héritier une infime portion de sa part pour que le droit étranger soit pris en considération »⁸¹⁵. Certains auteurs ont cependant proposé de fixer une limite, afin d'éviter les divergences d'appréciation jurisprudentielle. Il a par exemple été proposé de la fixer à la moitié de la réserve héréditaire du droit suisse pour les héritiers domiciliés en Suisse⁸¹⁶.

Sur la question de la fraude à la loi, ou abus de droit, la requérante soutenait que le choix de son père pour la loi anglaise, n'ayant plus aucun rapport et intérêts avec l'Angleterre, était purement arbitraire et abusif, et n'avait que pour effet de la priver de sa réserve. Cette prétention fut aussi rejetée, le Tribunal Suisse affirmant que la *professio juris* n'était pas conditionnée à la conservation de liens effectifs avec son Etat national. Cette décision est particulièrement sévère pour la fille ; la manœuvre du père était évidente en l'espèce : le *de cuius* n'avait en effet plus aucun lien avec l'Angleterre et n'avait désigné la loi anglaise que dans le but d'exhérer sa fille⁸¹⁷. Cette décision est révélatrice des excès auxquels peut aboutir la *professio juris*.

308. **L'Espagne.** - L'Espagne connaît un régime de droit commun et un régime dérogatoire pour certaines communautés autonomes. La plupart connaissent un équivalent de réserve héréditaire mais pas toutes et notamment, la communauté forale de Navarre. La Constitution espagnole ne protège pas par ailleurs la réserve héréditaire des enfants. Sans surprise, la Cour suprême espagnole n'a donc pas jugé la réserve d'ordre international dans un arrêt *Lowenthal* en date du 15 novembre 1996⁸¹⁸.

309. En résumé, en Europe, la protection de la réserve à l'international apparaît très disparate. Certaines Cours Suprêmes ont refusé de protéger les héritiers réservataires via l'ordre public international, mais ces décisions méritent d'être nuancées et replacées dans leur contexte. Dans tous ces pays transparaît un réel attachement aux principes de protection des héritiers réservataires. Une préoccupation semblable pour les droits du conjoint divorcé apparaît également.

⁸¹⁵S. Othenin-Girard, *précité*

⁸¹⁶I. Schwander, *Einführung BT*, n° 366 et note 22, cf. S. Othenin-Girard, *précité*, p. 597

⁸¹⁷ Selon certains auteurs suisses, la fraude à la loi serait constituée par exemple « lorsque le *de cuius* avait acquis la nationalité étrangère dans le seul but d'adopter une *professio juris* ou si le *de cuius* a éveillé l'espoir auprès d'un héritier que celui-ci recevrait sa réserve » B. Dutoit, *Commentaire*, n° 5 ad art. 90, cf. S. Othenin-Girard, *op. cit.*, p. 597 ; ou encore dès lors que le *de cuius* avait choisi sa loi nationale alors qu'il n'avait plus aucun lien significatif avec son pays d'origine et que l'application de cette loi aboutissait à l'exhérédation des héritiers réservataires (A. Bucher, *Droit international privé suisse. Tome II*, Helbing & Lichtenhahn, 1992, n° 946)

⁸¹⁸ Tribunal Supremo espanol, caso « Lowenthal », 15 de noviembre 1996

B. La protection du conjoint divorcé dans les Etats membres

310. Les accords entre époux sont accueillis de manière très différente selon les Etats. Si l'Allemagne et l'Espagne sont favorables aux conventions antérieures au divorce, leur force obligatoire est très discutée en Angleterre par exemple. Lorsqu'il s'agit d'une renonciation totale par les époux à toute prestation compensatoire en revanche, l'accord apparaît dans tous ces pays particulièrement encadré et des limites sont instaurées. A travers les exemples de l'Allemagne (1), de l'Espagne (2), et de l'Angleterre (3), des principes communs, fondateurs d'un possible ordre public international européen venant limiter la validité de ces conventions, apparaissent : équilibre et équité dans le contrat, protection du consentement et des droits alimentaires de l'ex-conjoint.

1) Les limites à la contractualisation en droit allemand

311. Le droit allemand laisse une grande place à la liberté contractuelle dans les accords entre époux⁸¹⁹. Celle-ci n'est néanmoins pas illimitée, la jurisprudence s'étant aperçue bien vite que l'autonomie de la volonté devait être encadrée⁸²⁰.

312. Les premières limites ont été posées par un arrêt important de la Cour constitutionnelle allemande en date du 6 février 2001⁸²¹. En l'espèce, une jeune femme, âgée de 26 ans, sans emploi et s'occupant de son enfant handicapé issu de son premier mariage, avait épousé, en secondes noces, la personne avec laquelle elle vivait en concubinage. Le contexte du mariage était, d'après les auteurs ayant commenté l'arrêt⁸²², très particulier : le mari ne souhaitait, à l'origine, ni se marier, ni avoir d'enfant ; mais la jeune femme étant tombée enceinte, il avait consenti au mariage, sur les insistances de celle-ci, après avoir conclu un contrat de mariage stipulant la séparation de biens et la renonciation anticipée et réciproque à toutes pensions de divorce. A l'époque, les époux étaient dans une situation financière très inégalitaire, la femme particulièrement vulnérable par rapport à son mari. Au jour du divorce, se posa la question de savoir si l'épouse avait valablement pu renoncer à certaines pensions octroyées par le droit

⁸¹⁹ L'article 1585 du BGB autorise expressément les renoncations aux pensions de divorce, même avant toute procédure de divorce, dans un contrat de mariage par exemple.

⁸²⁰ Pour un aperçu de cette jurisprudence, v. F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2008, n°395 et s.

⁸²¹ *Bundesverfassungsgericht*, 6 févr. 2001, NJW 2001, p. 957, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 103, 89

⁸²² Voir notamment F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, précité, n°395

allemand, à savoir la pension alimentaire accordée au conjoint divorcé qui ne travaille pas pour s'occuper des enfants à sa charge, prévue à l'article 1570 du BGB, et la pension alimentaire versée au conjoint pour leur enfant commun⁸²³.

En principe, de telles conventions sont valables en droit allemand, en vertu du principe de liberté des conventions matrimoniales. Toutefois, les circonstances particulières de l'espèce relatives à la conclusion du contrat ont amené les juges à relativiser le principe. Les époux ne se situaient en effet pas sur un pied d'égalité au jour du mariage : l'épouse, enceinte, sans emploi, devant s'occuper de son enfant handicapé, avait été amenée à conclure un contrat qui lui était particulièrement défavorable. La renonciation s'avérait, dans ces circonstances, unilatérale, l'époux étant dans une situation de nette supériorité par rapport à elle.

Une exception fut donc posée par la Cour au principe de liberté, dont le fondement principal repose sur l'idée de protéger *in concreto* la personne mariée. Après avoir rappelé le principe de liberté des conventions matrimoniales, la Cour constitutionnelle énonce que *ce principe cesse de s'appliquer dès lors que les époux se trouvent dans une situation très inégalitaire et que les obligations ont été imposées de manière unilatérale*⁸²⁴. Dès lors, les juges du fond auraient dû vérifier si les clauses du contrat respectaient « les principes généraux du droit civil »⁸²⁵ et ne constituaient pas un abus de droit⁸²⁶. La protection constitutionnelle ainsi accordée au conjoint divorcé déstabilisa la doctrine et la pratique : les nouvelles limites posées au principe de libre renonciation avant divorce étaient sources d'insécurité juridique pour les époux.

313. Des précisions furent apportées par la Cour fédérale de justice allemande dans un arrêt du 11 février 2004⁸²⁷. La renonciation en l'espèce n'avait cette fois pas été conclue par contrat de mariage mais dans une convention matrimoniale postérieure. Les époux étaient mariés sous le régime légal de la participation aux acquêts et avaient un enfant auquel se consacrait l'épouse, sans emploi. Au cours du mariage, un accord fut conclu entre eux aux termes duquel ils renonçaient réciproquement à toutes pensions en cas de divorce et écartaient toute créance de participation à la suite de la liquidation du régime matrimonial. Le contexte de conclusion de l'accord n'était cette fois pas le même que dans l'affaire précédente : si l'époux avait des revenus confortables contrairement à l'épouse, cette dernière avait vraisemblablement

⁸²³ Il s'agit d'une pension alimentaire concernant les seuls rapports entre époux. En effet, l'épouse n'aurait pas pu renoncer au droit de l'enfant lui-même de bénéficier d'une pension alimentaire, dans la mesure où il s'agit d'une « stipulation aux dépens d'autrui » prohibée par la loi (F. Niboyet, précité, n° 397)

⁸²⁴ F. Niboyet, précité, n° 395

⁸²⁵ A savoir le respect des bonnes moeurs de l'article 138 du BGB

⁸²⁶ Art. 242 du BGB

⁸²⁷ *Bundesgerichtshof*, 11 févr. 2004, *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 158, p. 81 ;

librement conclu l'accord (défavorable à ses intérêts et sans contrepartie), sans pression économique ou sociale extérieure.

Au jour du divorce, elle demanda cependant la nullité de l'accord devant le juge, qui la lui refusa. L'affaire fut alors portée devant la Cour fédérale⁸²⁸. Dans la ligne de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les limites à la validité des conventions matrimoniales furent confirmées. La Cour opéra dans cet arrêt un double contrôle des stipulations entre époux, au regard de:

- *l'article 138 du BGB* d'après lequel les juges doivent vérifier la conformité de la convention aux *bonnes mœurs*. Sur ce fondement, les juges s'assurent que les engagements ne sont pas qu'unilatéraux et que les charges en cas de divorce sont réparties entre les deux époux (pas assumées par un seul). « Pour ce faire, ils doivent se placer au moment de la conclusion du contrat et apprécier la situation des parties tant d'un point de vue subjectif (analyse des motivations de chacun) que d'un point de vue objectif (comparaison des situations financières, objet de la renonciation, état du mariage...) »⁸²⁹. La renonciation de l'un doit, par exemple, être compensée par un avantage financier accordé par l'autre. Autrement dit, les juges vérifient que l'équilibre du contrat a été respecté. La clause doit en outre toucher « au noyau dur de l'ordre public » pour être annulée. La Cour fédérale allemande classe les créances entre époux des plus aux moins importantes par rapport à l'ordre public⁸³⁰ : la pension à laquelle peut prétendre le conjoint divorcé n'exerçant pas d'activité professionnelle pour les besoins d'éducation des enfants communs⁸³¹ et les pensions de divorce fondées sur l'âge⁸³² et la maladie⁸³³ sont prioritaires par rapport aux pensions liées au chômage, celles versées pour suivre une formation professionnelle ou reprendre ses études⁸³⁴ et la créance de participation résultant de la liquidation du régime matrimonial.

Par conséquent, une renonciation à son droit aux aliments prévu à l'article 1570 du BGB est susceptible d'être annulée par le juge, et potentiellement les renonciations aux pensions versées

⁸²⁸ Equivalent de notre Cour de Cassation

⁸²⁹ F. Niboyet, op. cit., n°397

⁸³⁰ Etant précisé que le droit allemand part du principe qu'en cas de divorce, chaque époux doit assumer lui-même son propre entretien (art. 1569 BGB). Ainsi, en principe, après le divorce, les époux ne peuvent compter sur un droit aux aliments. Par exception néanmoins, les articles 1570 à 1576 BGB envisagent des cas précis dans lesquels qu'un époux peut avoir droit à des aliments à l'égard de son ex-conjoint. Ce sont ces exceptions qui font l'objet desdites clauses de renonciation.

⁸³¹ Art. 1570 du BGB

⁸³² Impossibilité d'exercer une activité professionnelle en raison de l'âge: art. 1571 du BGB

⁸³³ Impossibilité d'exercer une activité professionnelle en raison d'une maladie ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales (art. 1572 BGB),

⁸³⁴ art. 1575 du BGB

pour une formation professionnelle, ou à sa créance de participation, mais de façon moins certaine.

C'est l'équilibre de la convention qui est recherché à travers ce contrôle. Il peut être rapproché de l'examen que fait le juge de l'homologation en France sur les conventions de divorce, *a priori*, conformément à l'article 278 du code civil : *le juge refuse d'homologuer la convention si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux*. Cette recherche de l'équilibre dans le contrat, que l'on retrouve tant en droit français⁸³⁵ qu'en droit allemand, pourrait dès lors avoir une certaine résonance à l'international.

- *l'article 242 du BGB*, relatif à l'abus dans l'exercice d'un droit. L'abus s'apprécie cette fois au jour du divorce. C'est l'ordre public alimentaire qui est en jeu, il pose la question de savoir s'il ne serait pas abusif de faire jouer la clause contre un époux se trouvant dans un état de besoin.

314. Depuis ces deux arrêts, le contrôle des conventions entre époux par la jurisprudence allemande s'est intensifié⁸³⁶. Elle révèle les limites d'une liberté contractuelle portée à l'extrême dans les conventions de divorce. Ces limites aux conventions matrimoniales s'apparentent fortement à celles instaurées en matière contractuelle : en effet, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en droit des contrats sont inefficaces si elles sont contraires à la loi⁸³⁷, aux bonnes mœurs⁸³⁸ ou au principe général de bonne foi⁸³⁹. L'ordre public contractuel allemand⁸⁴⁰ semble ainsi transposé au droit du divorce.

315. La protection du conjoint divorcé n'est donc pas propre qu'au droit français⁸⁴¹. Même l'Allemagne limite la validité des accords entre époux au respect des principes de solidarité alimentaire et d'équilibre du contrat⁸⁴².

⁸³⁵ Cf. *infra*, n°452 ss.

⁸³⁶ U. P. Gruber, « Renonciation anticipée à la prestation compensatoire et liberté des conventions matrimoniales », Rev. crit. DIP 2016. 126

⁸³⁷ Art. 134 BGB

⁸³⁸ Art. 138 BGB

⁸³⁹ Art. 242 BGB

⁸⁴⁰ Pour un exemple d'arrêt ayant rappelé les trois limites à la validité des clauses limitatives de responsabilité: BGH, 18 mars 2009, XII ZR 200/06, NJW-RR 2009, 947

⁸⁴¹ Sur la protection du conjoint divorcé en droit interne, Cf. n°413 ss.

⁸⁴² Dans l'arrêt du 8 juillet 2015, précité, rendu par la Cour de cassation française (cf. *infra* pour de plus amples développements), l'exception d'ordre public international n'aurait peut-être même pas eu besoin d'intervenir contre la loi allemande, aux termes d'une appréciation in concreto, cette dernière protégeant peut être suffisamment le conjoint. Un auteur allemand a en effet fait remarquer que « les critères pour l'application de l'article 138 BGB et l'article 242 BGB d'une part et les critères pour l'application de l'ordre public international français d'autre part paraissent au moins similaires » (Urs Peter Gruber, Rev. crit. DIP 2016. 126). On admettra cependant que la jurisprudence allemande est extrêmement complexe, floue, ambiguë, et difficile à mettre en œuvre pour le juge français (En ce sens, Urs Peter Gruber, Rev. crit. DIP 2016. 126: « On peut critiquer la complexité - voire l'hypercomplexité - de l'application des clauses générales du droit

Cette jurisprudence met en exergue un rapprochement possible entre les principes français et allemands sur le régime de protection du conjoint divorcé. Malgré des antagonismes apparents, la construction d'un ordre public international européen semble possible en la matière, d'autant que les mêmes préoccupations pour la personne du conjoint divorcé sont partagées par d'autres pays comme l'Espagne.

2) Les limites à la contractualisation en droit espagnol

316. Les accords antérieurs au divorce sont en principe autorisés en droit espagnol ; la doctrine fonde la liberté des conventions entre époux sur un principe général du droit des contrats posé à l'article 1255 du code civil qui dispose que les cocontractants peuvent conclure valablement « toutes sortes de pactes, clauses et conditions qu'ils jugeront convenables, sans d'autres limites que la loi, la morale ou l'ordre public »⁸⁴³, et sur l'article 1323 qui dispose spécifiquement à propos des conventions matrimoniales que « le mari et la femme pourront se transmettre tous types de biens et droits et conclure entre eux tous types de contrats »⁸⁴⁴. Les époux peuvent donc conclure entre eux des accords en prévision du divorce, sur des questions de droits disponibles. Or, le caractère disponible de la prestation compensatoire a été affirmé par la Cour suprême espagnole dans un arrêt en date du 2 décembre 1987, qui a validé une renonciation à prestation compensatoire dans une convention de divorce. La doctrine et la jurisprudence espagnoles reconnaissent un principe de « liberté de pactiser » entre époux, en prévision d'un éventuel divorce, favorisant ainsi « l'auto-réglementation des relations privées »⁸⁴⁵. La législation familiale espagnole autorise en effet depuis longtemps les accords entre époux pour organiser les effets de la rupture⁸⁴⁶.

Ces accords doivent cependant être soumis au contrôle du juge, qui limite la validité de ces pactes dans deux cas : « s'ils sont dommageables pour les enfants ou gravement préjudiciables pour l'un des conjoints ». En pratique cependant, il s'avère, d'après la doctrine, que la deuxième condition relative au grave préjudice causé au conjoint est très peu utilisée par les juges : « le préjudice causé au conjoint serait rarement un motif d'inefficacité de l'accord »⁸⁴⁷.

allemand. Celles-ci sont difficiles à déchiffrer pour un juge du fond auquel, dans le système français, incombe en premier lieu le devoir d'établir le contenu du droit étranger. »)

⁸⁴³ Art. 1255 c. civil esp. : « Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público ».

⁸⁴⁴ Art. 1323 c. civil esp. : « El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. »

⁸⁴⁵ V. H. Lécuyer, H. Letellier (dir.), *Les contrats nuptiaux*, LexisNexis, 2011, spéc. « Espagne », p. 61

⁸⁴⁶ Loi n°30/1981 introduisant le divorce

⁸⁴⁷ V. H. Lécuyer, H. Letellier (dir.), *Les contrats nuptiaux*, LexisNexis, 2011, spéc. « Espagne », p. 63

En effet, dans l'arrêt du 2 décembre 1987, la renonciation à prestation compensatoire était préjudiciable pour le conjoint mais la Cour Suprême l'avait admis, considérant que les époux, jouissant de leur pleine capacité, avaient tout à fait le droit de se porter préjudice. L'homologation judiciaire n'est par ailleurs pas une condition de validité du pacte mais d'efficacité ; plusieurs arrêts de la Cour Suprême se sont prononcés en ce sens : les accords non homologués sont valides, seule leur manque la force exécutoire⁸⁴⁸. Malgré cela, une certaine incertitude flotte aujourd'hui en pratique sur la pleine efficacité de ces pactes. Une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur d'une réglementation plus accentuée des conventions entre époux, notamment lorsqu'il s'agit d'une renonciation aux droits à prestation compensatoire : des circonstances nouvelles, qui n'auraient pas pu être anticipées au jour de l'accord, pourraient être de nature à les remettre en cause. C'est ainsi que la cour d'appel des Asturies a jugé le 12 décembre 2000 que l'époux le plus faible économiquement ne pouvait renoncer à ses droits à prestation compensatoire. La renonciation du conjoint a été annulée au motif qu'elle portait sur un « droit futur, hypothétique et incertain », ne naissant qu'au moment de la séparation, et que le déséquilibre économique causé par le divorce ne pouvait être apprécié qu'à cette date. Cette jurisprudence a semé le doute en doctrine et dans la pratique⁸⁴⁹. Il semble en définitive qu'une modification substantielle des circonstances, entre la conclusion de l'accord et la séparation des époux, puisse remettre en cause l'accord. Il flotte donc une certaine insécurité juridique autour de ces pactes en Espagne, et la doctrine appelle à une réglementation plus précise en la matière, à l'image des nouvelles dispositions du code civil catalan. Le code de la famille de Catalogne reconnaît en effet la licéité des conventions entre époux en prévision du divorce⁸⁵⁰, mais dans le cadre de certaines limites posées à l'article 231-20⁸⁵¹ :

⁸⁴⁸ Cour Suprême espagnole, 22 avril 1977, 2 décembre 1988, 25 juin 1987, 26 janvier 1993, 22 avril et 19 décembre 1977

⁸⁴⁹ V. H. Lécuyer, H. Letellier (dir.), *Les contrats nuptiaux*, LexisNexis, 2011, spéc. p. 64-65

⁸⁵⁰ Artículo 231-19. C. civil. Catalan : *Contenido*.

1. *En los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.*

⁸⁵¹ Art. 231-20 c. civil catalan : *Pactos en previsión de una ruptura matrimonial*

1. *Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2.*

2. *El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.*

3. *Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.*

4. *El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.*

- elles doivent être passées par acte notarié,
- si elles sont antérieures au mariage, elles doivent être conclues au moins 30 jours avant le mariage,
- le notaire doit informer les époux séparément sur leurs droits et les conséquences de leur accord,
- les clauses de renonciation ou de limitation à des droits doivent être claires et réciproques,
- les époux doivent être pleinement informés de la situation patrimoniale de leur conjoint,
- Enfin, le pacte ne sera pas efficace si au jour de la rupture, il porte un préjudice particulièrement grave au conjoint, en raison d'un changement de circonstances imprévisible entre le moment de la conclusion et de la séparation.

317. La validité du pacte est donc soumise à la conclusion d'un accord par acte solennel, garant de l'information claire et précise donnée aux conjoints et de la protection de leur consentement, libre et éclairé. L'accent est mis également sur le caractère équitable de l'acte : les renonciations doivent être réciproques et ne seront efficaces que si elles ne causent pas un préjudice trop grave au conjoint à cause d'un changement de circonstances entre la conclusion et la séparation. On peut penser qu'une situation « particulièrement grave » serait par exemple une situation de précarité économique ou de besoin.

318. Ce sont finalement les mêmes limites à l'autonomie de la volonté que l'on retrouve en droit allemand : les accords sont conclus par acte notarié et leur validité est soumise à une appréciation *in concreto* de l'équilibre du contrat.

Le droit anglais qui a admis depuis peu les conventions entre époux les encadre de la même manière.

3) Les limites à la contractualisation en droit anglais

319. La jurisprudence anglaise a été, tout au long du XXème siècle, hostile aux accords entre époux préparatoires au divorce. Cette interdiction était fondée sur leur contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs (comme encourageant au divorce). Le droit anglais refusait aussi

5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.

que les justiciables puissent renoncer par avance à saisir le juge, afin que celui-ci règle les conséquences financières de leur divorce⁸⁵².

320. Cette jurisprudence était particulièrement stricte. En effet, cumulée avec la jurisprudence *White v. White*⁸⁵³, elle plongeait les époux dans une profonde incertitude quant à la distribution de leurs biens au jour du divorce. En effet, le droit anglais ne connaît pas les régimes matrimoniaux, le mariage ne produit aucun effet sur la propriété des biens des époux. Les biens acquis pendant le mariage ne peuvent être que propres ou indivis, selon que les époux les aient achetés ensemble ou séparément. C'est la raison pour laquelle les praticiens français ont tendance à rapprocher cette situation de notre régime de séparation de biens. Toutefois, la comparaison est erronée car au jour du divorce, la répartition des biens des époux ne suit en aucune façon les règles du régime séparatiste, notamment du fait de ladite jurisprudence *White v. White*. Avant cet arrêt, les juges prêtaient une particulière attention aux « needs » de chaque époux⁸⁵⁴, c'est-à-dire à la satisfaction de leurs besoins alimentaires. L'époux était ainsi chargé de combler les besoins élémentaires de son ex-conjoint, sans toutefois aller au-delà. Les juges anglais, à partir des années 2000, sont cependant allés plus loin : une fois les « besoins raisonnables » de chaque époux satisfaits, le reste des biens devait être partagé équitablement entre les époux, sauf circonstances particulières⁸⁵⁵.

321. Certains époux avaient tenté de faire obstacle à cette jurisprudence en concluant des conventions sur l'avenir de leurs biens en cas de divorce, mais les juges n'avaient aucune obligation de les suivre, celles-ci n'étant jusqu'alors pas admises en droit anglais. Un revirement de jurisprudence fut toutefois opéré en 2010 par la *Supreme Court* anglaise, dans un arrêt *Radmacher v. Granatino*⁸⁵⁶. Les faits étaient similaires à ceux de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 2015⁸⁵⁷. Des époux franco-allemands avaient conclu avant leur mariage un contrat de mariage par devant notaire en Allemagne, dans lequel ils adoptaient le régime de séparation de biens et renonçaient à toute prestation compensatoire en cas de divorce, ainsi que le droit allemand l'autorise. L'épouse en l'espèce était une riche héritière allemande, dont la fortune familiale dépassait les revenus pourtant confortables de l'époux, banquier

⁸⁵² House of Lords, *Hyman vs Hyman*, [1929] AC 601, 30 April 1929: “That is a matter of public policy that parties cannot by agreement oust the jurisdiction of the court. Any covenant not to claim is void”

⁸⁵³ House of Lords, *White v White* [2001] 1 A.C. 596, 26 October 2000

⁸⁵⁴ Ch. Chalas, JDI(Clunet), 2016, doctr. 7

⁸⁵⁵ House of Lords, *White v White* [2001] 1 A.C. 596, 26 October 2000

⁸⁵⁶ *Radmacher v. Granatino*, (2010) UKSC 42 at (2)

⁸⁵⁷ Pour de plus amples développements sur cet arrêt, cf. *infra* n°448 ss.

d'investissement. Au jour du divorce, l'époux, ayant quitté son emploi de banquier pour poursuivre un doctorat, réclama, devant les tribunaux anglais saisis de l'affaire, diverses sommes d'argent, revenant ainsi sur l'engagement qu'il avait pris dans le contrat de mariage. L'affaire fut portée devant la Cour Suprême anglaise. Opérant un revirement de jurisprudence, elle reconnut la validité de l'accord pré-nuptial⁸⁵⁸, en invitant les tribunaux anglais à donner effet aux *prenuptial agreements* librement conclus par les époux et à leur donner pleine efficacité⁸⁵⁹. Elle apporta toutefois une nuance à son affirmation : « à moins qu'il soit injuste d'obliger les parties au respect de leur accord, au regard des circonstances de l'espèce »⁸⁶⁰.

Affirmant d'un côté la validité de principe des accords pré-nuptiaux, la Cour la limite de l'autre, et donne ainsi une certaine particularité à ces accords. « S'il n'est contesté par personne qu'elle a signé l'arrêt de mort de la règle d'ordre public décrétant la nullité des accords pré-nuptiaux, il est tout aussi incontestable qu'elle n'a pas reconnu à ces accords la force obligatoire d'un contrat liant les juges et les parties sur le modèle des contrats de mariage des pays d'Europe continentale »⁸⁶¹. Par conséquent, le juge anglais doit certes prendre en compte l'accord des époux, mais il n'est pas pour autant lié par cet accord. Constatant le caractère inéquitable de l'accord ou moment du divorce ou à cause des circonstances particulières ayant entouré sa conclusion, le juge reprendrait ses pouvoirs de redistribution des biens entre les époux, conformément à l'équité : « *A court when considering the grant of ancillary relief is not obliged to give effect to nuptial agreement – whether they are antenuptial or post nuptial agreements. The parties cannot by agreement oust the jurisdiction of the court. The court must, however, give appropriate weight to the agreement* »⁸⁶². L'efficacité de ces accords reste donc soumise au pouvoir souverain des juges du fond, laissant ainsi les époux dans une relative insécurité juridique.

322. Afin de réintroduire davantage de prévisibilité et ne pas soumettre les époux au pouvoir discrétionnaire des juges, la *Law Commission*⁸⁶³ a proposé en 2011 et 2014 un texte de loi validant les « *prenups* » et « *postnuptial agreements* », dans lesquels les époux organisent les conséquences pécuniaires de leur divorce⁸⁶⁴.

⁸⁵⁸ « *We wholeheartedly endorse the conclusion (...) that the old rule that agreements providing for future separation are contrary to public policy is obsolete and should be swept away* »

⁸⁵⁹ « *The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each of the party with a full appreciation of its implications* »

⁸⁶⁰ « *Unless in the circumstances prevailing it would be fair to hold the parties to their agreement* »

⁸⁶¹ Ch. Chalas, JDI(Clunet), 2016, doctr. 7

⁸⁶² Radmacher v. Granatino, (2010) UKSC 42 at (2)

⁸⁶³ Institution britannique indépendante et non gouvernementale chargée de réfléchir à la réforme des règles de droit.

⁸⁶⁴ Le texte n'a à l'heure actuelle pas encore été voté.

Entourant la conclusion de ces contrats de conditions de formation très strictes⁸⁶⁵, la proposition de loi y apporte aussi certaines limites. La liberté contractuelle des époux n'est pas totale. Tout d'abord, le *prenuptial agreement* doit être valable d'après le droit commun des contrats, un contrat signé sous « *undue influence* » ou « *misrepresentation* » sera ainsi sanctionné. Persiste aussi l'obligation de pourvoir aux « needs » (besoins) de l'époux vulnérable. Ainsi, dans le cas où un époux ne serait pas en mesure de subvenir à ses besoins à la suite du divorce et en application de l'accord, le juge reprendrait possession de son pouvoir de prendre des ordonnances financières pour remédier à cette situation.

Pour des raisons de sécurité juridique, la limite tenant au caractère équitable de l'accord n'a cependant pas été reprise. La liberté contractuelle des époux serait donc plus grande qu'auparavant et surtout davantage respectée. Tout dépend toutefois de l'appréciation, large ou restrictive, qu'auront les juges de la notion de « satisfaction des besoins » de l'époux. Elle pourrait peut-être être rapprochée de la notion de prestation compensatoire en droit français. L'exclusion conventionnelle de tout dispositif compensatoire pourrait ainsi être écartée par le juge⁸⁶⁶, sur le fondement de la satisfaction des besoins de l'époux, appréciés largement.

Une particulière attention est également portée au consentement libre et éclairé de l'époux au moment de la conclusion du contrat, à travers les conditions de sa formation. Toute une série de conditions sont posées, eu égard à l'information des parties. Chaque époux devra fournir un inventaire de ses biens, de façon à ce que son conjoint soit parfaitement au courant de son patrimoine⁸⁶⁷ et sache exactement, le cas échéant, à quoi il renonce. Les parties devront également être respectivement assistées d'un *legal advice*⁸⁶⁸ et un délai de 28 jours est imposé entre la conclusion de l'accord et le mariage. Les parties ne pourront par ailleurs en principe pas renoncer à leur droit à un conseil juridique et à leur droit de communication des informations sur la situation de fortune du conjoint⁸⁶⁹.

Ces précautions rappellent là encore l'ordre public contractuel : le droit anglais limite d'ailleurs lui aussi la validité des clauses exclusives et limitatives de responsabilité⁸⁷⁰, malgré le principe

⁸⁶⁵ Il doit notamment être conclu dans un acte (« deed ») et faire état des déclarations faites par les époux, notamment qu'ils comprennent la portée et les conséquences du contrat, v. X. Guédé, F. Letellier, « Légalisation des prenuptial agreements en droit anglais, au nom de la sécurité juridique des couples », *Droit et patrimoine*, 2015, n°246, p. 26

⁸⁶⁶ Enc e sens, Ch. Chalas, op. cit., JDI(Clunet), 2016, doct. 7

⁸⁶⁷ « Disclosure of material information about the other party's financial situation »

⁸⁶⁸ Conseil juridique

⁸⁶⁹ X. Guédé, F. Letellier, op. cit., n°246, p. 26

⁸⁷⁰ Contrôle exercé par la jurisprudence et le législateur : *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UCTA), *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 (UTCCR). V. pour une analyse détaillée : B. Fauvarque-Cosson, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels, étude de droit comparé », *Rev. Contrats* 2013, p. 671 ; Un arrêt *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd. v. Malvern Fishing Co. Ltd.* (1983) a posé un principe de validité des clauses limitatives, le contrôle des clauses exclusives devant en revanche être plus rigoureux.

de liberté contractuelle qui domine le droit des contrats anglais⁸⁷¹.

La liberté des conventions matrimoniales, pendant longtemps déniée en droit anglais, commence donc à s'exprimer, mais elle est très encadrée, notamment par des principes empruntés au droit des contrats. L'ordre public, destiné à protéger le conjoint, reste là aussi très présent.

323. *Propos conclusifs.*- Cette étude de droit comparé démontre qu'il n'existe aucune liberté sans limites. Empreints de la Philosophie des Lumières, qui, bien qu'ayant fait l'éloge de la liberté, n'a jamais soutenu qu'elle pouvait exister sans cadre⁸⁷², les Etats européens semblent conscients que la liberté totale n'est qu'une chimère. Parce que « la liberté consiste moins à faire sa volonté qu'à n'être pas soumis à celle d'autrui »⁸⁷³, la liberté testamentaire et la liberté contractuelle entre époux doivent être régulées. Le droit d'aucun Etat européen ne le conteste. On l'a vu au niveau de l'ordre public successoral, qui existe partout, sous différentes formes, pour réguler la volonté du disposant. On le voit encore au niveau de l'ordre public matrimonial qui encadre la volonté des époux. Même dans les pays où la liberté contractuelle entre époux est posée à titre de principe, elle est d'emblée limitée par d'autres, constituant ainsi une sorte « d'ordre public contractuel » : principes de bonne foi, de solidarité alimentaire, d'équilibre et équité dans le contrat, et de protection du consentement qui se doit d'être libre et éclairé. L'Allemagne, l'Espagne et l'Angleterre, trois pays dont les systèmes juridiques sont très différents, cherchent néanmoins tous à réguler les rapports de force entre époux, que ce soit à travers la loi ou leur jurisprudence.

⁸⁷¹ Le droit anglais est marqué par les principes de liberté contractuelle et intangibilité du contrat, à tel point que le droit anglais « contient peu de contrôle sur le contenu du contrat » (H. Beale, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit anglais » in J. Ghestin (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires et responsabilité en Europe*, IGDJ, 1998, p. 155.)

⁸⁷² V. not. en ce sens Montesquieu : « **La liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à vouloir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être pas contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. (...) La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent.** » (*De l'Esprit des Lois*, 1748).

⁸⁷³ J.J Rousseau, *Le Contrat social*, précité, p. 408

324. *Conclusion du chapitre.* –

La volonté première de l'Union européenne est sans doute de réduire le champ d'action de l'ordre public international afin que celui-ci ne fasse pas obstacle aux efforts d'intégration européenne et notamment à la libre circulation des personnes, des décisions, des actes et des situations. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme, encadre strictement le recours à l'ordre public par les Etats membres.

Pourtant, l'ordre public international ne constitue pas forcément une entrave à la construction européenne. Au contraire, il peut être vecteur d'harmonisation et de cohésion entre les Etats européens. En effet, aux termes d'un dialogue entre ces derniers, une conception harmonieuse de l'ordre public international européen peut émerger⁸⁷⁴.

Harmonie ne signifie pas nécessairement effacement des particularités et polissage des politiques internes. Elle doit résulter d'une réflexion, d'une recherche de points communs entre les Etats membres. Plutôt qu'une mise en concurrence des principes, c'est plutôt à un emboîtement de ces derniers qu'il faudrait aboutir. Autrement dit, il ne s'agit pas d'imposer « par le haut » des politiques qui n'auraient pas d'équivalents dans l'ordre interne mais de dégager « par le bas » un ensemble de principes partagés par le plus grand nombre⁸⁷⁵. C'est ceux-là qui constitueraient l'ordre public international. Il s'agit sans doute à travers lui de promouvoir les droits fondamentaux (égalité entre les sexes, liberté de penser et de religion, justice alimentaire, etc.), mais on ne saurait le réduire qu'à cela. Un contenu plus large peut lui être donné : au-delà d'une morale collective, l'ordre public international devrait pouvoir défendre une politique européenne. En droit patrimonial de la famille, les Etats membres semblent converger autour d'une protection forte de l'enfant et du conjoint divorcé. Nombreux sont les Etats dans lesquels l'idée de maintien des conditions de vie de l'enfant et de l'époux, malgré le décès ou le divorce, fait obstacle au plein exercice de l'autonomie de la volonté.

⁸⁷⁴ Cet ordre public international européen pourra être opposé aux lois ou jugements des Etats tiers.

⁸⁷⁵ L'ordre public européen se construit « par imitation », en ce sens, S. Poillot-Peruzzetto, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union Européenne », in *Vers un statut européen de la famille*, précité, p. 159 et s. not. p. 160 et 162

Ces objectifs de protection de l'enfant et du conjoint se retrouvent tant en droit interne qu'en droit international ; notre ordre public international se concentre en effet principalement aujourd'hui sur la protection de l'individu au sein de la famille.

Chapitre 2

Un ordre public international de protection de l'individu au sein de la famille

325. L'ordre public successoral n'apparaît pas en lui-même assez fort, dans l'ordre international, pour permettre une limitation de la liberté testamentaire *de cujus*. Néanmoins, le souci d'une protection *a minima* des héritiers, et plus largement des membres de la famille, se fait jour. La protection individuelle de chaque membre vient faire contrepoids à l'extension de l'autonomie de la volonté en droit patrimonial de la famille.
326. L'ordre public en la matière n'est en effet pas mort, il se transforme. Il devient un ordre public de protection pouvant s'opposer à des actes de volonté individuelle, « à tel point que l'on pourrait se demander si le contenu de l'ordre public familial ne serait pas contaminé par le droit de la consommation sous tendu par la conception d'un ordre public protecteur »⁸⁷⁶. En effet, il semble que le principal souci de l'ordre public familial soit devenu aujourd'hui la protection de la partie faible, autrement dit, l'enfant et le conjoint.
327. Il a été remarqué, en droit interne, que cette tendance actuelle du droit patrimonial de la famille pouvait s'expliquer par le désir de tempérer les excès auxquels peuvent mener les points de départ du droit matrimonial, du droit successoral et du droit contractuel. Les premiers, droit matrimonial et droits des successions, par leur caractère « institutionnel », peuvent en effet « brimer » les libertés individuelles, tandis que le dernier, droit des contrats, par sa philosophie individualiste et libérale, peut entraîner l'injustice. Ainsi, en réaction aux excès de chacun, on assiste à la suppression des contraintes et des impératifs, à la mise à mal des intérêts collectifs, et en même temps à la réapparition d'un certain ordre public, se manifestant à travers les droits fondamentaux et une forme de « solidarisme contractuel »⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ A. Bénabent, "L'ordre public de la famille", in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, op.cit. p. 30

⁸⁷⁷ V. en ce sens A. Bénabent, « L'ordre public de la famille », *Ibid*, p. 30 à propos de l'ordre public matrimonial : « Cette tendance s'explique par le désir de tempérer les excès auxquels peuvent mener les points de départ du droit matrimonial et du droit contractuel. Le caractère institutionnel du premier peut « brimer » les libertés individuelles, tandis que la philosophie individualiste du second peut entraîner l'injustice. Aussi est-ce par réaction à ces excès que l'on assiste aujourd'hui à un mouvement inversé. Le risque est cependant de passer d'un excès à l'autre. En ce qui concerne l'ordre public matrimonial, cela nous renforce dans l'idée que prôner la suppression de toute « contrainte » de tout « impératif » et finalement de tout intérêt collectif n'est pas la bonne solution. Et même si elle était consacrée, on peut s'attendre à voir l'ordre public matrimonial réapparaître sous la forme du solidarisme contractuel »

Le même constat peut être fait à propos de l'ordre public international : ce n'est pas la famille, en tant qu'entité, qui est protégée, mais ses acteurs, en tant que personnes. Dans les domaines qui nous intéressent ici, il s'agit de l'héritier (section 1), et du conjoint divorcé (section 2).

Section 1. La protection de l'héritier

328. La protection de l'individu passe essentiellement aujourd'hui par les droits fondamentaux. Le discours des droits de l'homme apparaît comme un des seuls discours politiques pouvant rassembler et faire consensus⁸⁷⁸. Le consensus doit cependant être relativisé dans la mesure où il s'opère seulement sur une partie de la planète : loin d'être universelle, la vision individualiste de l'homme et du monde n'est propre qu'à l'Occident et contribue au clivage avec les pays de l'Orient, notamment ceux de droit musulman. Le noyau dur de notre ordre public international se concentre ainsi sur une représentation occidentale des droits de l'homme, il promeut essentiellement les droits et libertés privés (§1). L'idée de justice sociale n'en est pas complètement absente, mais elle reste fondée sur une approche individualiste : moins que de promouvoir la fraternité et la solidarité, il s'agit davantage de sauvegarder les besoins vitaux de l'individu (§2).

§1 La protection des droits et libertés fondamentaux de l'héritier

329. On assiste à une « fondamentalisation » du droit successoral⁸⁷⁹. L'ordre public

⁸⁷⁸ En ce sens, J. L. Renchon, « Les causes des mutations de l'ordre public », *Droit de la famille* n° 9, 2015, dossier 46 : « Mais, surtout, au fur et à mesure que l'idéologie techno-scientifique et l'idéologie néo-libérale faisaient voler en éclats les valeurs et les repères traditionnels qui avaient jusque-là cimenté les communautés humaines – et, notamment, les États-nations – le discours des droits de l'homme est apparu comme le seul discours politique – au sens de l'organisation de la cité – qui pouvait encore rassembler et faire consensus. Toutefois – et c'est peut-être cette observation qui est la plus importante – ce discours revalorisé sur les droits de l'homme a été un discours très occidental, même si l'Occident lui confère une portée universelle, parce qu'il est très marqué par une vision individualiste de l'homme et du monde, comme si l'accent devait en réalité être mis sur ce qui ne viendrait pas contrecarrer l'idéologie techno-scientifique et l'idéologie néo-libérale. C'est donc une représentation des droits de l'homme qui promeut prioritairement les libertés privées plutôt que les droits économiques et sociaux, et l'égalité formelle plutôt que la fraternité et la solidarité, c'est-à-dire la justice sociale. Les droits de l'homme, ce ne sont pas prioritairement ceux des migrants fuyant les atrocités de la guerre et de la misère, ni ceux des paysans indiens ou sud-américains expropriés par les multinationales qui s'accaparent leurs terres, ni ceux des habitants des pays d'Afrique soumis à l'exploitation de leurs richesses naturelles. Ce sont plutôt les droits de l'homme, si je peux me permettre l'expression, « à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme », c'est-à-dire, pour reprendre les concepts de la Cour, le droit à l'autodétermination, le droit à l'autonomie personnelle, le droit à l'épanouissement personnel de l'individu... dans le champ de sa vie privée. »

⁸⁷⁹ En ce sens, v. C-M. Péglion-Zika, précitée, RTD Civ. 2018 p.1 : « La « fondamentalisation » du droit privé est décrite comme un mouvement implacable du droit contemporain. Cette irruption des droits et des libertés fondamentales au cœur de notre système juridique est récente, une quarantaine d'années tout au plus. Elle se caractérise par une montée en puissance des droits fondamentaux, catégorie qui ne cesse de s'étendre et de prendre de l'importance. Cette mutation profonde et désormais bien ancrée de notre droit doit beaucoup à l'influence de la Convention et de la Cour européenne des droits de l'homme, mais également, en France, aux décisions du Conseil constitutionnel - ce qui est encore plus vrai

successoral se révélant impuissant pour défendre les héritiers⁸⁸⁰, ce sont les droits de l'homme qui prennent le relais de la protection. Si leur efficacité ne semble pas faire de difficultés face aux normes étrangères qui portent atteinte aux droits fondamentaux (A), elle doit cependant être nuancée quand c'est le *de cuius* lui-même, qui par l'exercice de sa volonté, viole des principes essentiels de notre ordre public international (B).

A. Les principes fondamentaux heurtés par la norme étrangère

330. On est ici au cœur de la notion, les droits et libertés fondamentaux composent le noyau dur de l'ordre public international. Bien que la notion de « droits de l'homme » soit particulièrement extensible, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, portée par une idéologie individualiste et libérale, ceux qui sont concernés en droit patrimonial de la famille peuvent être identifiés sans trop de difficultés. Il s'agit de la liberté de penser, de conscience et de religion⁸⁸¹ et du principe de non-discrimination, fondée sur « le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »⁸⁸². Tant la règle de conflit étrangère (1) que la règle matérielle édictée par la loi étrangère (2) sont susceptibles de porter atteinte à ces principes.

1) La violation par la règle de conflit étrangère

331. Il arrive que notre règle de conflit désigne la loi d'un État qui ne connaît pas un système législatif unifié, mais différentes règles successorales applicables en fonction des territoires ou des différentes catégories de personnes concernées. L'État étranger édicte alors des règles pour départager les conflits, interterritoriaux ou interpersonnels. Il s'agit par exemple de l'Espagne et des Etats-Unis qui sont constitués de plusieurs unités territoriales soumises à des lois différentes, mais aussi d'États qui vont distinguer les lois applicables en fonction de la

depuis la création de la question prioritaire de constitutionnalité qui connaît un vrai succès tant procédural que doctrinal. En quelque sorte, le droit privé « ne vaut plus que s'il est conforme aux droits fondamentaux, lesquels s'érigent ainsi en une sorte de "droit des droits" » ; v. aussi : M.-L. Pavia, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », LPA 1994, n° 54, p. 6 ; V. Champeil-Desplats, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », D. 1995. Chron. 323 ; E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », D. 2006. Chron. 748. V. aussi D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *Mélanges Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 329 et s. ; dossier consacré à « La fondamentalisation du droit privé », in RDA n° 11, oct. 2015, p. 33 et s. ; F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions. Les Libéralités*, 4e éd., Dalloz, coll. « Précis droit privé », 2014, n° 33.

⁸⁸⁰ Cf. *supra* n°228 ss.

⁸⁸¹ notamment défendue par l'article 9 de la Convention EDH

⁸⁸² Art. 14 de la Convention EDH

communauté religieuse à laquelle se rattachent les personnes. C'est notamment le cas du Liban⁸⁸³. La plupart des pays musulmans vont aussi appliquer une loi successorale différente selon la religion du défunt. Dans ces systèmes, on considère en général que les musulmans qui habitent à l'étranger continuent d'appartenir à la même communauté ; la règle successorale coranique continue donc de gouverner leur succession, peu importe leur lieu de résidence. En effet, « dans les systèmes musulmans, le poids des valeurs religieuses contribue à donner à celles-ci un champ d'application exorbitant dans l'espace. Elles s'imposent au croyant au-delà des frontières, quels que soient sa nationalité ou le lieu de sa résidence »⁸⁸⁴. La règle de droit suit l'homme, peu importe où il se trouve. « Plus que toute autre, elle est indifférente à la frontière. A l'égard des personnes de confession musulmane, elle aura de ce fait nécessairement une vocation universelle »⁸⁸⁵.

332. Pour régler ces conflits internes de lois, l'article 37 du règlement « successions » prévoit que le juge doit résoudre en sous-ordre le conflit, en appliquant les règles de conflit internes à l'État dont la loi est applicable. Par conséquent, si la loi de l'État désigné par notre règle de conflit distingue en fonction de la religion du défunt, nous devons aussi faire cette distinction et appliquer la loi de la communauté religieuse du défunt.

333. Or, que se passe-t-il si l'Etat en question applique de manière forcée le droit de la communauté religieuse à la succession alors que le défunt, issu de cette communauté religieuse, avait voulu l'écarter ? La question est posée par un arrêt récent rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en date du 19 décembre 2018⁸⁸⁶. En l'espèce, le *de cujus*, membre de la communauté musulmane de Thrace, en Grèce, avait rédigé un testament par devant notaire, en application du droit civil grec, par lequel il léguait tous ses biens à son épouse, également membre de la communauté musulmane. Or, la Grèce garantissait à la minorité religieuse de Thrace, en vertu de traités internationaux, le respect de la loi musulmane en matière de statut personnel et son application à ses ressortissants, en lieu et place du droit commun grec. Au décès, les sœurs du défunt contestèrent donc le testament. Selon elles, en application des traités, la succession devait en effet être régie par la charia. Or, la dévolution successorale en droit

⁸⁸³ V. pour un exemple, arrêt « Kazan », Cour d'appel de Paris, Chambre 1, Pôle 3, 16 décembre 2015, *cf. infra*, dans lequel le défunt était rattaché à la communauté grecque orthodoxe.

⁸⁸⁴ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI* 2013, t. 357, p. 255

⁸⁸⁵ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *Ibid*, p. 271

⁸⁸⁶ *Affaire Molla Sali contre Grèce* (CEDH, gr. ch., 19 déc. 2018, n° 20452/14 : JurisData n° 2018-023330 ; JCP G 2019, act. 49, obs. H. Surrel ; D. 2019, p. 316, H. Fulchiron)

musulman se fait principalement *ab intestat*, le testament n'est admis que dans une certaine mesure⁸⁸⁷, et par conséquent l'épouse ne pouvait recevoir in fine que le quart de la succession et les sœurs les trois quarts. Les juridictions de fond donnèrent dans un premier temps raison à l'épouse mais leur décision fut cassée par la Cour de cassation grecque qui jugea qu'en vertu des traités internationaux, la succession du défunt musulman, membre de la communauté religieuse de Thrace, devait être régie par la loi islamique. L'affaire fut portée par l'épouse devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, à l'unanimité, condamna la position de la Cour de cassation grecque.

334. Sur le fondement du droit au respect de ses biens défendu par l'article 1^{er} du Protocole n°1 et du principe de non discrimination défendu par l'article 14 de la Convention, la Cour européenne confirme d'abord que l'épouse avait été victime d'une discrimination dans la jouissance de son droit de propriété, dans la mesure où l'application de la loi successorale musulmane l'avait privée des trois quarts de son héritage⁸⁸⁸. Surtout, la Cour voit une discrimination dans « la différence de traitement subie par la requérante en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur de confession musulmane, par rapport à une bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane »⁸⁸⁹. Or, cette différence de traitement, fondée sur la religion, « n'avait pas de justification objective et raisonnable »⁸⁹⁰. En outre, « refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification »⁸⁹¹. L'Etat ne peut en effet assumer « le rôle de garant de l'identité minoritaire d'un groupe spécifique de la population au détriment du droit des membres de ce groupe de choisir de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci »⁸⁹².

335. Dès lors, si le testament d'un défunt musulman se voit privé d'effet sous l'empire du droit musulman applicable, alors que le défunt avait entendu ne pas se voir soumis au droit

⁸⁸⁷ Cf. *supra* n°163

⁸⁸⁸ Le testament ayant été homologué par un tribunal, et ayant accepté la succession devant notaire, son « intérêt patrimonial » à succéder à son mari « était suffisamment important et reconnu pour constituer un bien » (considérant n°131)

⁸⁸⁹ Considérant n°161 de l'arrêt

⁸⁹⁰ Considérant n°161 de l'arrêt

⁸⁹¹ Considérant n°157

⁸⁹² Considérant n°156

musulman, il se voit enfermé, de manière forcée, dans sa communauté religieuse. Il en résulte par ailleurs une discrimination pour les bénéficiaires du testament sur le fondement de la religion du défunt. En effet, si le défunt n'avait pas été musulman, le testament aurait produit tous ses effets sous l'empire du droit commun. En revanche, sous l'empire du droit successoral musulman, il se trouve inefficace, alors même que le testateur avait manifesté sa volonté de ne pas voir sa succession soumise au droit de la minorité religieuse⁸⁹³.

336. On peut dès lors s'interroger sur l'efficacité à donner à un testament établi par un musulman libanais par exemple. D'après le système pluraliste libanais, les non-musulmans sont régis par la loi civile alors que les musulmans sont soumis au droit religieux de leur communauté⁸⁹⁴. Par conséquent, un musulman ne dispose pas de la même liberté testamentaire qu'un non musulman. Sous l'empire de la jurisprudence *Molla Sali*, on peut donc se demander quelle sera la portée à donner à un testament établi par un musulman ayant entendu se soumettre au droit civil des non-musulmans. Si l'acte de volonté du disposant se trouve privé d'effet sous l'empire de la loi musulmane, n'y a-t-il pas différence de traitement, autrement dit discrimination entre les bénéficiaires d'un testament établi par un musulman et celui établi par un non musulman ? N'y a-t-il pas aussi atteinte au droit de libre identification du testateur qui n'a pas entendu être traité comme un musulman et se trouve « enfermé » dans sa communauté religieuse, contre sa volonté ? N'y a-t-il pas, *in fine*, contrariété de la loi étrangère à l'ordre public international, sur le fondement d'une discrimination religieuse ?

337. La même réflexion peut s'opérer à l'occasion d'un renvoi aux règles de conflit d'un pays de droit musulman. Imaginons un français de confession musulmane qui décède au Maroc. Notre règle de conflit désigne comme applicable la loi marocaine de la dernière résidence habituelle du défunt. Quant à la règle de conflit marocaine, elle applique au défunt de confession musulmane les dispositions du code de la famille marocain ; mais si le défunt n'est pas musulman, elle renvoie à la loi de la nationalité du défunt, à savoir la loi française. Selon la confession religieuse du *de cuius*, c'est donc le droit musulman ou le droit français qui sera appliqué. Or, la jurisprudence *Molla Sali* ne nous invite-t-elle pas à systématiquement

⁸⁹³ « La requérante, en tant que bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur de confession musulmane, se trouvait dans une situation comparable à celle d'une bénéficiaire d'un testament établi conformément au code civil par un testateur n'étant pas de confession musulmane, et elle a été traitée différemment sur le fondement d'une « autre situation », en l'occurrence la religion du testateur » (considérant n°141 de l'arrêt)

⁸⁹⁴ P. Gannagé, « V° Liban, Notarial répertoire, Fasc. 3 : LIBAN . – Successions . – Droit des Communautés non musulmanes . – Successions "ab intestat" . – Successions testamentaires », *JurisClasseur Droit comparé*, n°1

renvoyer en faveur de la loi française, sans distinguer en fonction de la religion du défunt, pour les mêmes raisons évoquées plus haut⁸⁹⁵ ?

Ce nouvel arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme semble ainsi ouvrir de nouvelles perspectives.

2) La violation par la règle matérielle étrangère

338. La règle matérielle étrangère sera sanctionnée lorsqu'elle portera atteinte à la liberté de religion et de conscience de l'héritier ou et au principe de non-discrimination. Une violation de la liberté de conscience ou de religion de l'héritier par la loi étrangère pourrait par exemple se révéler à travers des causes d'exhérédation ou d'indignité entendues trop largement. Tel serait le cas notamment lorsque la loi étrangère permettrait de sanctionner par l'exhérédation ou l'indignité un comportement de l'héritier sur le fondement de valeurs morales ou religieuses⁸⁹⁶. Il y aurait ici un risque d'atteinte à la liberté individuelle du successible.

Certaines lois étrangères portent par ailleurs atteinte tant à la liberté de religion qu'au principe de non-discrimination. C'est le cas lorsqu'elle discrimine les héritiers selon leur religion (a). La loi successorale étrangère peut encore discriminer selon le sexe des héritiers ou le mode de filiation des enfants (b). Elle peut enfin se révéler discriminatoire à l'encontre des époux de même sexe (c).

a) Les discriminations selon la religion de l'héritier

339. Les règles successorales musulmanes sont « révélées », elles découlent directement du Coran : « au moins en théorie, il n'existe pas en islam d'autorité politique investie du pouvoir de légiférer car la loi est la parole même de Dieu. Il est le législateur par excellence et tout autre législateur est illégitime »⁸⁹⁷. Aucune autre règle que celle édictée par la loi coranique ne sera donc valable.

Le Coran inspire ainsi les lois successorales des pays de droit musulman, elles instituent une incapacité de succéder sur le fondement de la différence de religion entre le défunt et l'héritier.

⁸⁹⁵ Sur le caractère insatisfaisant du rattachement à la religion, v. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses », *Recueil de cours de l'Académie de La Haye (RCADI)*, 2005, t. 312, not. p. 212 : « la religion, parce qu'elle se situe sur un autre plan que le droit, parce qu'elle n'est pas liée à une nationalité ou à un territoire, ne peut pas, en elle-même, constituer un rattachement satisfaisant du point de vue de la justice conflictuelle »

⁸⁹⁶ En ce sens, A. Bonomi, « Article 35. Ordre public », in *Le droit européen des successions, Commentaire du règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, précité, p. 247

⁸⁹⁷ *Ibid*, p. 260

En droit marocain par exemple, le non musulman ne peut hériter d'un musulman. La règle est reproduite à l'article 332 du code de la famille marocain : « Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman, ni dans le cas où la filiation paternelle est désavouée légalement ». Un chrétien, un juif ou un athée ne pourra donc pas succéder à un musulman suivant la loi marocaine. On retrouve une règle du même type dans la plupart des pays de droit musulman (Egypte, Kuwait, Algérie, Syrie, etc.), elle est directement inspirée du Coran. Sur le fondement d'un verset : « Dieu ne permettra pas aux incrédules de l'emporter sur les croyants »⁸⁹⁸ et d'une parole de Mahomet : « L'infidèle n'hérite pas du musulman », le non-musulman ne peut hériter du musulman⁸⁹⁹. La règle est en principe réciproque : les musulmans ne peuvent hériter des non-musulmans⁹⁰⁰. Quant à celui qui a quitté la religion musulmane, l'apostat, il est considéré comme mort. Il ne peut donc en principe ni tester, ni succéder⁹⁰¹. Il existe cependant une controverse sur la capacité testamentaire de l'apostat. En Egypte par exemple, celui-ci peut tester et recevoir des legs⁹⁰², tandis que dans le code de la famille kuwaitien, la disposition testamentaire de l'apostat n'est valable que si elle a été faite en faveur d'un musulman⁹⁰³. Il y a donc dans ce type de systèmes juridiques une réelle limite à la liberté testamentaire et religieuse du défunt, ainsi qu'au respect de sa vie privée. De telles interprétations du Coran ne peuvent que heurter de front nos valeurs et l'ordre public international les condamne inévitablement⁹⁰⁴. La doctrine est unanime et la Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt ancien du 17 novembre 1964⁹⁰⁵ à propos de ce type de règles portant atteinte à la liberté religieuse de l'héritier. En l'espèce, un musulman, décédé à Djibouti, laissait à sa succession, soumise au statut local musulman, un fils, de religion musulmane, et une fille, non musulmane. La loi successorale musulmane excluait la fille de la succession, elle fut écartée par la Cour de cassation au motif qu'une « incapacité successorale fondée sur la non

⁸⁹⁸ verset 4 :141 du Coran

⁸⁹⁹ S. Aldeeb et A. Bonomi (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, précité, p. 311

⁹⁰⁰ sur le fondement d'une parole de Mahomet : « Ni le musulman n'hérite de l'infidèle, ni l'infidèle du musulman ». Il existe toutefois une controverse sur cette question entre chiïtes et sunnites. Ces derniers interdisent au musulman de succéder à un non musulman, mais les chiïtes l'autorisent.

⁹⁰¹ Exemple au Koweït : art. 294 du code de la famille: *L'apostat n'hérite de personne. (...)*

⁹⁰² S. Aldeeb et A. Bonomi (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Précité, p. 312

⁹⁰³ art. 217 du code de la famille koweïtien

⁹⁰⁴ Sur le fondement notamment de la convention européenne des droits de l'homme (articles 8 et 9)

⁹⁰⁵ Cass. Civ. 17 nov. 1964: JCP G 1965, II, 13978, concl. Lindon; Rec. Penant 1965, p. 251, note P. Lampué, DS 1965, somm. p. 58; Rép. Commaille 1965, p. 249, Note G. Droz: jugeant qu'une incapacité successorale fondée sur la non-appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience; comp. Cass. 10 février 1913, Recueil Dareste, 1918, p. 14: jugeant déjà que l'indignité successorale conséquence de l'idolatrie était contraire à l'ordre public français.

appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience ».

Le même traitement sera réservé à la loi qui institue une discrimination selon le sexe de l'héritier ou selon son mode de filiation.

b) Les discriminations selon le sexe de l'héritier ou son mode de filiation

340. Depuis 1804, le droit successoral français ne fait pas de distinction selon le sexe des héritiers ou l'ordre de leur naissance. En revanche, l'égalité pleine et entière des filiations n'a été admise que bien plus tard⁹⁰⁶, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France pour l'amputation de la part successorale de l'enfant adultérin au visa de l'article 14 de la Convention EDH et du protocole additionnel n°1 protégeant le droit de propriété⁹⁰⁷. Le principe est toutefois aujourd'hui bien ancré et toute loi étrangère qui privilégierait un héritier par rapport à un autre au regard de sa filiation, de son sexe, de sa date de naissance, serait manifestement contraire à l'ordre public international français. Ces types de discrimination sont en effet des cas classiques d'exclusion de la loi étrangère, sur le fondement de l'article 35 du règlement. La défense des droits et libertés des individus forme en effet un ordre public européen, qui intègre sans aucun doute l'ordre public international français⁹⁰⁸.

Là encore, ce sont souvent les droits musulmans qui portent atteinte aux principes européens d'égalité.

341. Les lois successorales en droit coranique⁹⁰⁹ reflètent un modèle familial traditionnel⁹¹⁰, le modèle familial unique de la famille légitime et patriarcale. La cellule familiale y est « incontestablement un lieu de solidarité, mais elle est aussi le lieu de beaucoup de

⁹⁰⁶ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005

⁹⁰⁷ CEDH, 1er févr. 2000, n° 34406/97, Mazurek c/ France. V. aussi CEDH, 22 déc. 2004, n° 68864/01, Merger et Cros c/ France ; CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, Fabris c/ France.

⁹⁰⁸ En ce sens, M. Azavant, « L'ordre public successoral », Dr. Fam. 2013, dossier 38

⁹⁰⁹ Ex. Algérie, Egypte, Maroc ; v. S. Jahel, « La consolidation de la famille musulmane dans les codes des pays arabes », *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Editions Panthéon-Assas, 2012, p. 139 et s.

⁹¹⁰ En effet, partout, les codes qui encadrent le droit des successions répondent à des choix culturels, une organisation politique, dont le droit n'est que l'application. Le droit des successions déborde en effet la sphère des intérêts privés, comme intéressant l'ordre politique et social. Un auteur a ainsi pu comparer la transmission entre générations à une « chaîne alimentaire », dont les maillons sont nécessaires au maintien de la chaîne sociale (I. Kondyli, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, Thèse précitée, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 12, n°21)

discriminations »⁹¹¹. Dans cette organisation, il n'y a pas de place pour des principes tels que l'égalité des sexes et encore moins pour l'égalité des filiations. Le mari est le chef de famille et assure son maintien. Le droit du groupe contre ses propres membres⁹¹² justifie la discrimination envers les femmes dans les sociétés traditionnelles musulmanes. La famille est une valeur qui dépasse l'épanouissement individuel de chacun de ses membres⁹¹³. Le code de la famille algérien dispose en ce sens que « la famille est la cellule de base de la société, elle se compose de personnes unies par les liens du mariage et par les liens de parenté » (art. 2) et que « la famille repose dans son mode de vie, sur l'union, la solidarité, la bonne entente, la saine éducation, la bonne moralité et l'élimination des maux sociaux » (art. 3).

342. Bien que plusieurs pays musulmans aient réformé leur droit de la famille récemment, les règles successorales inégalitaires demeurent et résistent à la progression des droits de l'homme. Ainsi, alors que le préambule de la réforme marocaine du 3 février 2004 affirmait : « Sa Majesté a exhorté les membres de la Commission à se prévaloir de l'effort jurisprudentiel de l'Ijtihâd, en tenant compte de l'esprit de l'époque, des impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement », les règles successorales inégalitaires n'ont pas été modifiées. Si l'article 4 du nouveau code de la famille place désormais la famille « sous la direction des deux époux », et supprime le devoir d'obéissance de l'épouse à son mari⁹¹⁴, la « tafadol » est toujours en vigueur. Elle accorde une part successorale double au fils par rapport à celle de la fille : une fille, en présence d'un fils, sera une héritière « âsaba » par autrui et recueillera la moitié de la part de celle de son frère⁹¹⁵. Le code de la famille algérien connaît une règle

⁹¹¹ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », RCADI 2013, t. 357, p. 241

⁹¹² W. Kymlicka, « Les droits des minorité et le multiculturalisme », in *Les identités culturelles*, W. Kymlicka et S. Mesure, dir. Publ. Revue Comprendre, n°1, PUF, 2000, spéc. p. 150

⁹¹³ En ce sens L. Gannagé, précitée, p. 241

⁹¹⁴ L. Gannagé, précitée, chap 2, p. 463

⁹¹⁵ Article 351 du code de la famille marocain : « Les héritiers âsaba par autrui sont : 1- la fille, en présence de fils ; 2- la fille de fils à l'infini, en présence de fils de fils à l'infini; lorsqu'il se trouve au même degré qu'elle, ou à un degré inférieur et à moins qu'elle n'hérite autrement ; 3- les sœurs germaines en présence de frères germains, et les sœurs consanguines en présence de frères consanguins. Dans ces cas, la succession est partagée de manière à ce que la part de l'héritier soit le double de celle de l'héritière »

similaire⁹¹⁶, ainsi que le code du statut personnel tunisien⁹¹⁷. Ce dernier est toutefois en passe d'être réformé, un projet de loi instaurant l'égalité successorale étant à l'étude⁹¹⁸.

343. La structure agnatique de la famille musulmane⁹¹⁹ empêche tout traitement égalitaire dans la succession. Cette structure, « malgré l'inégalité fondamentale qu'elle implique entre l'homme et la femme, reste perçue, encore aujourd'hui dans le monde musulman comme un facteur d'ordre et de consolidation de la cellule familiale »⁹²⁰. L'identité d'un individu est déterminée par le « nasab », c'est-à-dire par son rattachement à la lignée de ses ancêtres mâles par les mâles⁹²¹. Le patrimoine doit donc suivre le lignage et être principalement conservé entre les mains de la lignée masculine. C'est ce que prescrit le Coran : « 1) La lignée issue du père est seule admise à hériter ; 2) la lignée de la mère est écartée de la succession ; 3) au même degré et à la même branche, le mâle exclut l'élément féminin ; 4) Les parents de la lignée paternelle peuvent être admis à succéder par ordre de proximité de parenté, en cas d'absence de ligne directe. Les filles n'ont pas le droit d'hériter en présence d'héritiers mâles du même degré. D'autre part, la Bible accorde au premier né mâle une double part à la succession »⁹²².

344. Ces mêmes règles expliquent aussi l'exclusion de l'enfant naturel et adultérin de la succession du père. Selon le nasab, la filiation ne peut être que légitime⁹²³. Or, il n'y a pas de filiation légitime hors mariage, et la filiation naturelle et adultérine est généralement un sujet

⁹¹⁶ Article 155 du code la famille algérien : « Est aceb par un autre toute personne de sexe féminin rendue aceb par la présence d'un parent mâle. Les héritiers aceb sont :

1°) la fille avec son frère ;

2°) la fille du fils du de cujus avec son frère, son cousin paternel au même degré ou le fils de celui-ci à un degré plus bas à condition qu'elle n'ait pas la qualité d'héritière réservataire (fard) ;

3°) la sœur germaine avec son frère germain ;

4°) la sœur consanguine avec son frère consanguin.

Dans tous les cas, il est procédé au partage de sorte que l'héritier reçoive une part double de celle de l'héritière. »

⁹¹⁷ article 119 du code du statut personnel tunisien: « L'agnate par suite de la présence d'autres héritiers est toute femme qui devient agnate par concours avec un homme : la fille, la petite-fille du côté du fils, la soeur germaine et la sœur consanguine. La fille est agnatisée par son frère. Elle héritera conjointement avec lui, soit de la totalité de la masse successorale, soit du reliquat, suivant la règle de l'attribution à l'héritier masculin d'une part double de celle revenant aux femmes. »

⁹¹⁸ Sur les limites de ce projet, Cf. *infra*, n°366

⁹¹⁹ La filiation se fait par les mâles

⁹²⁰ « Même si la femme possède des ressources propres et même si elle est de religion différente de son mari... » ; cité par S. Jahel, *La place de la chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, précité, p. 142

⁹²¹ S. Jahel, *Ibid*, p. 142

⁹²² S. Aldeeb et A. Bonomi (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, *Ibid*, p. 310

⁹²³ Article 83 de la Mudawwana marocaine : « La filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier. **Elle sert de fondement aux droits successoraux** et donne naissance aux empêchements à mariage, ainsi qu'aux droits et obligations du père et de l'enfant »

tabou⁹²⁴. La loi marocaine précise néanmoins que « la filiation non légitime ne crée aucun lien de parenté vis-à-vis du père et ne produit d'une façon générale aucun des effets qui s'attachent à la filiation légitime. En revanche, cette filiation entraîne vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime, en raison du lien naturel unissant l'enfant et sa mère »⁹²⁵. L'enfant naturel, comme l'enfant adultérin, ne peut donc établir de filiation vis-à-vis de son père et ne peut donc hériter de lui. A leur détriment, le droit marocain choisit donc de préserver un certain ordre social en privilégiant la famille légitime.

Face au monde musulman, se trouve notre modèle familial européen, complètement antagoniste, dans lequel la famille est un lieu d'épanouissement personnel, et où l'État est pratiquement absent⁹²⁶. Ce clivage interroge nécessairement sur l'intervention de l'exception d'ordre public.

- Le principe d'égalité entre les sexes

345. Il ne fait en effet aucun doute que le principe d'égalité entre les sexes a sa place au sein de l'ordre public international. Bien que la Cour de cassation n'ait jamais expressément écarté de loi étrangère sur ce fondement, l'occasion ne lui ayant pas été présentée⁹²⁷, la doctrine est unanime : l'exception d'ordre public doit s'opposer à l'application d'une telle loi⁹²⁸. Plusieurs fondements sont envisageables, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes étant autant protégé par les textes internes qu'internationaux. Le principe a un fondement constitutionnel, il apparaît à l'article 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui dispose que « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » mais aussi en filigrane dans plusieurs articles de la Constitution de 1958⁹²⁹. Il est aussi bien entendu proclamé par plusieurs textes internationaux : outre l'article 14 de la

⁹²⁴ S. J. Jahel, *précité*, p. 143

⁹²⁵ Art. 83 § 2 de la *mudawwana* marocaine

⁹²⁶ En ce sens, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 547

⁹²⁷ V. toutefois Civ. 4 mars 1980, Bull. civ. I, n°71 dans lequel la Cour de cassation n'a pas écarté la loi algérienne dans le cadre du règlement de la succession d'un musulman algérien, décédé avant l'indépendance de l'Algérie. Une part double a ainsi été attribuée au fils par rapport à la fille (10/72ème contre 5/72ème).

⁹²⁸ V. not. M. Revillard, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, précité, p. 442 ; P. Lagarde, "V° Successions", *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°82 et s.; E. Fongaro, "Le règlement successions et l'ordre public international", *Droit et Patrimoine* 2014, 236

⁹²⁹ Art. 1^{er} : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » ; Art. 3 : « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. »

Convention EDH qui interdit toute discrimination⁹³⁰, l'article 4 b) de la Recommandation relative à la protection juridique contre la discrimination fondée sur le sexe adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 5 février 1985 dispose que « **des droits égaux doivent être donnés aux hommes comme aux femmes, en particulier en ce qui concerne les droits successoraux** » ; et l'article 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 : « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, **la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination notamment de race, de couleur, de sexe**, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Le visa de l'article 5 du protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme⁹³¹ et des libertés fondamentales a par ailleurs été choisi par le Cour de cassation pour s'opposer à l'accueil des répudiations en France. Si ce mode de dissolution du lien du mariage nous dérange c'est parce qu'il est un symbole de suprématie de l'homme sur la femme : seul le mari peut répudier son épouse et celle-ci ne peut s'y opposer.

346. Dans le cadre des régimes matrimoniaux, le même principe d'égalité entre époux devrait s'opposer aux lois étrangères qui ne répartissent pas les biens entre époux de manière égalitaire, ou encore ne permettent pas à l'épouse de disposer de ses gains et salaires, ou ne lui accordent pas la pleine capacité. L'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « toute personne a droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer » permettrait enfin d'évincer la loi étrangère qui soumet à l'autorisation de l'époux la possibilité pour la femme de disposer de ses biens propres⁹³².

- Le principe d'égalité entre les filiations

⁹³⁰ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

⁹³¹ « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. »

⁹³² En ce sens, H. Péroz, « Les lois applicables au régime primaire. Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, 2017, doctr. 9

347. Au début du XX^{ème} siècle, la jurisprudence française n'hésitait pas à faire des dispositions du code civil restreignant les droits successoraux des enfants adultérins des lois d'ordre public⁹³³. Depuis, le contenu de l'ordre public a incontestablement évolué et le principe s'est renversé : une loi étrangère qui réduirait la part successorale de l'enfant adultérin en raison de la nature de sa filiation serait certainement jugée contraire à l'ordre public international français⁹³⁴, ainsi qu'une loi étrangère qui prohiberait toute libéralité en faveur d'un enfant naturel ou adultérin⁹³⁵. L'arrêt *Mazurek* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme⁹³⁶ a en effet fait entrer les principes d'égalité et de non-discrimination au rang des droits fondamentaux auxquels notre droit des successions devait se soumettre⁹³⁷. En l'espèce, un enfant adultérin avait vu sa part successorale réduite de moitié dans la mesure où il venait en concours avec un enfant légitime à la succession de sa mère, conformément à l'ancien article 760 du code civil issu de la loi du 3 janvier 1972. Il saisit la Cour européenne et la France fut condamnée sur le fondement de l'article 14 de la Convention EDH combiné avec l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention (qui protège le droit de propriété)⁹³⁸. Elle réforma alors son droit des successions et la loi du 3 décembre 2001 « relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins » institua l'égalité successorale complète entre tous les enfants, quelle que soit leur filiation⁹³⁹.

⁹³³ Hans Lewald, « L'ordre public » in *Questions de droit international des successions*, Recueil des cours de l'Académie de la Haye, 1925 ; Avant la loi de 1972, la doctrine se demandait encore si l'application d'une loi successorale étrangère ignorant toute limitation des droits de l'enfant adultérin sur les meubles situés en France n'était pas contraire à l'ordre public (A. Ponsard, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° Dispositions à titre gratuit, n° 10 ; H. Batiffol, *Droit international privé*, 4e éd. 1967, n° 651, note 30 ; G. Droz, M. Revillard, *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 557-20 : LIBÉRALITÉS . – Problèmes communs . – Testaments)

⁹³⁴ En ce sens, P. Lagarde, *Répertoire de droit international*, « Successions », n°89 : « Depuis que la France a dû, à la suite de l'arrêt *Mazurek* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 1er févr. 2000, req. n° 34406/97), modifier le code civil et supprimer la discrimination qui subsistait en matière successorale à l'encontre des enfants qu'on qualifiait encore d'adultérins, il est probable que la Cour de cassation opposerait aujourd'hui l'exception d'ordre public à une loi étrangère qui ferait varier la vocation successorale en fonction de la nature de la filiation. »

⁹³⁵ G. Droz, M. Revillard, *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 557-20 : LIBÉRALITÉS . – Problèmes communs . – Testaments ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 1974, n° 644 ; Y. Louscouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis de droit privé, 2013, n° 433 ; M. Simon-Depitre et J. Foyer, *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Librairies techniques, 1973, n° 272

⁹³⁶ CEDH 1er févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, D. 2000. 332, note J. Thierry ; *ibid.* 626, chron. B. Vareille ; RDSS 2000. 607, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2000. 311, obs. J. Hauser ; *ibid.* 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 601, obs. J. Patarin.

⁹³⁷ C-M. Pégion-Zika, précitée, RTD Civ. 2018 p.1

⁹³⁸ La France fut encore condamnée par la suite dans l'arrêt *Fabris c/ France* (CEDH 7 févr. 2013, n° 16574/08, *Fabris c/ France*, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2013. 434, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 189, obs. N. Levillain ; RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 358, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 22 mars 2017, n° 16-13-946, D. 2017. 704 ; AJ fam. 2017. 366, obs. J. Casey ; RTD civ. 2017. 364, obs. J. Hauser ; *ibid.* 458, obs. M. Grimaldi.) pour ne pas avoir appliqué la loi nouvelle aux successions déjà liquidées. L'impératif d'égalité entre les enfants devait donc l'emporter sur l'exigence de sécurité juridique.

⁹³⁹ Art. 310 c. civil : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux » ; Art. 733 c. civil : « la loi ne

Nul doute depuis lors que le principe de non-discrimination entre enfants légitimes, naturels et adultérins est un principe fondamental, devant être défendu par l'ordre public international⁹⁴⁰. L'égalité entre les héritiers est citée par la Cour européenne dans toutes ses décisions relatives à l'égalité des droits patrimoniaux entre enfants⁹⁴¹, sur le fondement de l'article 14 de la Convention⁹⁴². Le fondement de l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale est aussi parfois retenu⁹⁴³.

Cette exigence profonde d'égalité apparaît indispensable en matière successorale. Sa justification n'est pas que juridique, elle est en grande partie psychologique et sociologique. L'héritage désigne en effet « à l'héritier sa place dans la famille »⁹⁴⁴ et constitue « un moment de vérité familiale »⁹⁴⁵. Il nous apparaît ainsi que l'égalité se trouve être un besoin, une nécessité pour les enfants, qu'ils doivent pouvoir revendiquer devant les juridictions françaises, quelle que soit la loi applicable à la succession.

c) Les discriminations envers les époux de même sexe

348. Depuis l'entrée en vigueur de la loi « mariage pour tous »⁹⁴⁶, ne se pose plus la question de savoir si l'ordre public international doit s'opposer à la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe valablement célébré à l'étranger, et quels effets de tels mariages peuvent emporter sur le territoire français. Ces questions ne sont plus d'actualité. En revanche, le juge français peut désormais se trouver confronté à des lois étrangères qui ignorent encore le mariage homosexuel et refusent de lui accorder des effets, notamment patrimoniaux.

349. Prenons par exemple le cas d'un couple de polonais résidant en France. En vertu de l'article 202-1 alinéa 2 du code civil, ils pourront valablement se marier en France, même si

distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder » ; Art. 735 : « les enfants succèdent à leurs père et mère même s'ils sont issus d'unions différentes ».

⁹⁴⁰ En ce sens, v. CA Paris, Chambre 1, Pôle 3, 16 décembre 2015, n°13/17078, Kazan et nos développements *infra*, n°538 ss.

⁹⁴¹ Arrêts *Mazurek*, *Fabris*, *Inze*, *Pla* et *Puncerneau*, précités

⁹⁴² « Les droits et libertés reconnus par la Convention sont assurés « sans distinction aucune fondée, notamment, sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »

⁹⁴³ V. not. CEDH 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique* ; CEDH 29 nov. 1991, n° 12849/87, *Vermeire c/ Belgique*, RFDA 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; CEDH 28 mai 2009, n° 3545/04, *Brauer c/ Allemagne*, RTD civ. 2009. 677, obs. J.-P. Marguénaud

⁹⁴⁴ A. Gotman, *L'héritage*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, p. 9

⁹⁴⁵ A. Gotman, précité, p. 66

⁹⁴⁶ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ; pour un commentaire de la loi du point de vue de l'internationaliste, v. S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, D. 2013. 1756

leur loi personnelle interdit le mariage entre personnes de même sexe. Le mariage pourra-t-il produire cependant tous les effets patrimoniaux escomptés par les époux ? En ce qui concerne les droits successoraux du conjoint survivant, ils dépendent de la loi applicable à la succession du prédécédé. Or, il pourrait très bien s'agir de la loi polonaise, soit parce que les époux sont revenus vivre en Pologne à la fin de leur vie, soit parce que le défunt avait désigné sa loi nationale comme applicable à sa succession.

350. La problématique posée peut être envisagée sous l'angle de la théorie des « questions en série » ou « enchaînées »⁹⁴⁷. En effet, le cas de la loi étrangère qui, bien qu'accordant des droits successoraux au conjoint survivant, ne connaît pas le mariage entre personnes de même sexe, offre une illustration de cette théorie⁹⁴⁸. Accorder des droits successoraux à un conjoint homosexuel, alors que la loi successorale ignore le mariage entre personnes de même sexe pourrait s'apparenter à une « dénaturation » du droit successoral étranger. La même problématique peut se poser en matières de régimes matrimoniaux : un couple de grecs se marient en France où ils résident, sans faire de contrat de mariage. Ils partent tout de suite s'installer en Grèce, pays qui ignore le mariage entre personnes de même sexe. Leur régime matrimonial sera soumis à la loi grecque, loi de l'État de leur première résidence habituelle commune⁹⁴⁹. Leur appliquera-t-on dès lors le régime légal grec alors que celui-ci n'a été pensé que pour les époux hétérosexuels ? Certains auteurs ont estimé que ce serait ici dénaturer la loi étrangère⁹⁵⁰ ; il apparaîtrait alors plus « judicieux » de « mettre en œuvre la théorie des questions enchaînées afin de soumettre les effets patrimoniaux de leur union à la loi qui a présidé à sa création »⁹⁵¹. C'est autrement dit la solution de la « substitution » qui est préconisée dans ce cas de figure : à la loi qui ignore l'institution serait substituée la loi applicable à la question préalable qui la connaît⁹⁵². Par conséquent, le régime matrimonial des époux de même sexe devrait être soumis à la loi française, loi du lieu de leur résidence au jour du mariage ; et la transmission des biens au conjoint survivant de même sexe serait elle aussi soumise à la loi française. Ce ne serait toutefois selon nous que déplacer le problème : d'une dénaturation de la loi étrangère on passerait à une dénaturation, ou mauvaise application, de la

⁹⁴⁷ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11 éd., 2014, p. 187, n° 269 : Des questions sont enchaînées lorsque la solution de l'une dépend de la façon dont l'autre se pose.

⁹⁴⁸ Les questions en série posent problème, notamment lorsque l'une des lois en cause ignore l'institution déclarée valable au fond par l'autre (P. Mayer et V. Heuzé, *ibid.*)

⁹⁴⁹ Article 26 du règlement européen sur les régimes matrimoniaux

⁹⁵⁰ V. not. E. Fongaro, « Mariage homosexuel et régime matrimonial en droit international privé », *Droit de la famille* 2013, dossier 31

⁹⁵¹ E. Fongaro, *ibid.*

⁹⁵² Sur cette question, v. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, précités, p. 190, n° 273

règle de conflit, puisque la loi du lieu de résidence des époux au jour du mariage n'a pas vocation à régir la succession des époux, ni leur régime matrimonial.

A notre avis, la méthode de la substitution n'est en réalité pas nécessaire dans un tel cas, comme elle ne l'est pas non plus en matière de mariage polygamique. Il est en effet possible d'appliquer à la vocation successorale de la seconde épouse d'un polygame la loi d'un pays qui prohibe la polygamie⁹⁵³. La loi successorale n'est en effet consultée « que sur la teneur de sa règle abstraite sur le quantum des droits d'un conjoint survivant, et non sur la solution concrète qu'elle donnerait à l'espèce entière, qui lui échappe en partie. Il faut donc articuler normalement les deux lois : la loi sur les conditions du mariage valide l'union polygamique, la loi successorale détermine la fraction de la succession qui revient à la femme »⁹⁵⁴. Le même raisonnement peut être transposé en matière de mariage homosexuel : à chacune des lois sa question de droit.

351. Il pourrait toutefois apparaître que le droit successoral étranger refuse expressément d'accorder des droits successoraux au conjoint survivant de même sexe. Or, ce dernier ne devrait en principe pouvoir hériter que si la loi successorale étrangère accepte de lui accorder la qualité de conjoint survivant. Le juge (ou le notaire) devra donc interpréter la loi étrangère⁹⁵⁵, et éventuellement faire jouer l'exception d'ordre public international :

- Si elle accepte de reconnaître des effets successoraux au mariage homosexuel, bien que ne le connaissant pas, aucun problème ne se pose du point de vue notre ordre public ;
- En revanche, si elle refuse d'accorder des droits successoraux au conjoint survivant parce qu'il est de même sexe, l'exception d'ordre public devrait vraisemblablement jouer, sur le fondement du principe de non-discrimination et du droit au respect de la vie privée et familiale, notamment défendus par les articles 14 et 8 de la Convention EDH.
- Une troisième possibilité pourrait enfin se présenter : la loi étrangère accepte de donner effet au mariage homosexuel, mais pas ceux du mariage. L'État étranger pourrait par exemple admettre une équivalence entre le mariage homosexuel et une autre institution qu'il connaît, telle que le partenariat enregistré⁹⁵⁶. C'était notamment le cas de l'Allemagne avant qu'elle n'autorise le mariage entre personnes de même sexe : un mariage homosexuel

⁹⁵³ Cf. Arrêt *Bendjedouche*, Civ. 3 janvier 1980, JDI 1980. 327, v. aussi P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, précités, p. 188, n° 272

⁹⁵⁴ P. Mayer et V. Heuzé, précités, p. 188, n° 272

⁹⁵⁵ Autrement dit « adapter » la loi étrangère à la situation et se demander « quelle règle le législateur aurait-il adopté s'il avait envisagé la solution en l'espèce ? » (P. Mayer et V. Heuzé, précités, p. 187, n° 273)

⁹⁵⁶ Ce qui n'est pas le cas de la Pologne qui n'admet pas même l'union civile des personnes de même sexe

valablement célébré à l'étranger était reconnu en tant que partenariat et produisait les effets de ce partenariat⁹⁵⁷. En conséquence, le conjoint survivant hérite si la loi successorale reconnaît des droits successoraux au partenaire, ce qui est le cas du droit allemand mais pas de tous.

Si en vertu de cette équivalence, le conjoint survivant de même sexe obtient les mêmes droits successoraux que le conjoint survivant hétérosexuel, la question de l'intervention de l'ordre public ne devrait pas se poser. En revanche, s'il se voit accorder des droits inférieurs ou même nuls parce que le partenaire n'hérite pas sous l'empire de la loi successorale étrangère, l'ordre public international devrait jouer, en dépit de l'objectif de coordination des systèmes, en vertu non seulement du principe de non-discrimination entre couples mariés homosexuels et hétérosexuels mais aussi du respect des prévisions légitimes des intéressés.

352. En définitive, l'ordre public international protège assez efficacement les droits fondamentaux des héritiers, enfants ou conjoints, contre les lois étrangères qui y portent atteinte. En revanche, la portée de l'ordre public se trouve amoindrie lorsque l'atteinte n'est pas portée directement par la loi étrangère, mais par un acte de volonté du défunt.

B. Les principes fondamentaux heurtés par les actes privés

353. Ce que la loi donne d'un côté à l'héritier, le *de cuius* peut le reprendre de l'autre. Si l'héritier semble particulièrement bien armé face à une loi étrangère l'empêchant d'hériter, pour des motifs contraires à nos droits et libertés fondamentaux, il n'en est pas de même face à un acte de volonté du *de cuius*. L'ordre public successoral, réduit à « peau de chagrin » et privé de rayonnement à l'international, semble en effet faire peu de poids face à la montée en puissance de l'autonomie de la volonté qui donne toute latitude à la liberté de disposer du défunt.

354. La promotion de la liberté testamentaire a en effet été particulièrement marquée dans la loi du 23 juin 2006 qui a « exalté » le droit de propriété⁹⁵⁸. Le *de cuius* a été dépeint comme

⁹⁵⁷ P. Gruber, « Le mariage homosexuel en droit international privé allemand », Rev. crit. DIP 2013. 65, cité par S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, D. 2013. 1756

⁹⁵⁸ G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », Dr. et patr. 2007. 157 et s. : « À un droit des libéralités où la propriété était mise au service de la famille succède un droit nouveau qui exalte le droit de propriété, le cas échéant au détriment de la famille » ; v. aussi C-M. Péglion-Zika, précitée, RTD Civ. 2018 p.1

un personnage « tout-puissant depuis l'au-delà »⁹⁵⁹, qui « une fois mort, continue à gouverner et commande ainsi du tombeau : par des libéralités graduelles, il décide du sort de ses biens sur deux générations ; par un mandat posthume, il désigne le gestionnaire de ses avoirs ; par une libéralité-partage, il décide de la répartition de sa succession »⁹⁶⁰. Dans le cadre des successions internationales, l'instauration de la *professio juris* a aussi participé au renforcement de l'autonomie de la volonté en la matière. Enfin, l'absence de protection de la réserve par l'ordre public international empêche désormais presque tout contrôle de la volonté du défunt.

355. La liberté de tester devient un « instrument de pouvoir » entre les mains du *de cuius*, que seuls les droits fondamentaux de l'héritier pourraient limiter. En l'absence d'ordre public successoral fort, ils risquent cependant d'être inefficaces. En effet, la loi successorale étrangère qui laisse toute latitude au *de cuius* dans la dévolution de ses biens peut lui permettre d'instituer un partage inégalitaire pour des raisons contraires à nos principes fondamentaux. L'éventuelle contrariété à l'ordre public international ne serait pas ici le fait direct de la loi mais de la volonté du *de cuius*. Puisque l'ordre public successoral français, à travers la réserve héréditaire, ne peut s'y opposer⁹⁶¹ (1), on s'interroge dès lors sur l'efficacité des droits fondamentaux dans ce cas de figure, mais celle-ci s'avère toute relative (2).

1) Inefficacité de l'ordre public réservataire

356. Une loi successorale étrangère discriminante, accordant une part double au fils par rapport à la fille serait vraisemblablement jugée contraire à l'ordre public international français, au nom du principe d'égalité entre les sexes⁹⁶². La solution serait-elle la même si la discrimination résultait non pas de la loi mais d'un testament valable sous l'empire de la loi étrangère ?

357. La cour d'appel de Versailles, dans un arrêt en date du 20 juin 2013⁹⁶³, a été confrontée à un acte par lequel le défunt légua l'essentiel de ses biens à ses frères et sœurs, plutôt qu'à

⁹⁵⁹ C-M. Pégion-Zika, op. cit., RTD Civ. 2018 p.1

⁹⁶⁰ M. Grimaldi, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », D. 2006. 2551, n°9

⁹⁶¹ Elle n'est en effet pas d'ordre public international, cf. *supra*, n°228 ss.

⁹⁶² Cf. *supra*

⁹⁶³ CA Versailles, 20 juin 2013, n° 11/00414.

ses filles. Conforme à la loi hébraïque marocaine, cet acte avait été validé par les juges marocains, et les héritiers demandaient l'exequatur du jugement devant les juges français, afin qu'il puisse produire effet sur les biens situés en France. Le tribunal de première instance avait déclaré inopposable en France ladite décision et débouté les héritiers de leur demande d'exequatur : « considérant que le jugement entrepris a déclaré inopposable en France les décisions concernées et débouté les consorts E. C. de leur demande d'exequatur, après avoir notamment constaté que l'acte litigieux présentait un caractère discriminatoire en ce qu'il excluait les filles de Maurice C. de sa succession, et qu'en outre, la dévolution de la quasi totalité des biens de Maurice C. à ses frères et soeurs, dont il était relevé qu'ils ont la nationalité française, portait atteinte à l'ordre public international français en ce qu'il violait les règles relatives à la réserve héréditaire et à la quotité disponible ». Cette décision fut confirmée par la cour d'appel de Versailles, qui considéra que la dévolution de la majeure partie des biens aux frères et soeurs, à l'exclusion des filles du défunt, portait atteinte à l'ordre public international français « comme constituant une violation des règles relatives à la réserve héréditaire et la quotité disponible », et qu'en outre « la discrimination faite à l'égard des filles contrevenait au principe constitutionnel d'égalité des hommes et des femmes ».

L'arrêt est intéressant car la discrimination opérée envers les filles ne provenait pas directement de la loi étrangère mais de la volonté du défunt exprimée dans un acte que les autorités marocaines validaient. L'ordre public international pouvait-il dès lors réellement s'opposer à l'exequatur en France du jugement étranger donnant effet à l'acte discriminatoire ? Le jugement ne mettait pas en œuvre les principes mêmes de la loi mais la seule volonté du défunt. Devait-on par conséquent condamner le jugement, et à travers lui, la loi étrangère, qui ne condamnait pas l'acte discriminatoire ?

Sous l'empire de la loi française, c'est la réserve héréditaire qui se serait opposée à un tel acte, l'une de ses finalités étant de « sanctionner les excès du testateur qui ne saurait, sans limite, exaucer tous ses caprices dans ses dernières volontés »⁹⁶⁴. Celle-ci n'étant cependant pas d'ordre public international⁹⁶⁵, elle ne peut pas être invoquée. L'arrêt postérieur de la Cour de cassation du 27 septembre 2017 contredit en effet la cour d'appel de Versailles dans la mesure où cette dernière a jugé que la dévolution des biens aux frères et sœurs, à l'exclusion des filles du défunt, portait atteinte à l'ordre public international français « comme constituant une violation des règles relatives à la réserve héréditaire et la quotité disponible ».

⁹⁶⁴ N. Petroni-Maudière, note ss Civ. 1re, 21 nov. 2012, préc., *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, janv. 2013. 11.

⁹⁶⁵ Cf. Cass Civ 1^{ère} 27 septembre 2017, précité

Restait cependant la discrimination opérée à l'égard des filles. Même en l'absence de réserve héréditaire, le *de cujus* peut-il par le libre exercice de sa volonté, édicter lui-même une dévolution successorale inégale entre les héritiers de sexe féminin et masculin, dès lors que la loi applicable à sa succession ne limite pas sa liberté testamentaire ? Si la Cour de cassation a en effet affirmé que la réserve héréditaire n'était pas « en soi » d'ordre public international, elle a précisé que la loi étrangère pouvait être écartée lorsque son « application concrète, au cas d'espèce », conduisait à une « situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels »⁹⁶⁶. Or, une dévolution successorale discriminante à l'égard des filles devrait être considérée comme telle.

358. Dans un tel cas de figure, l'ordre public ne s'opposerait-il donc pas *in fine* à l'acte en lui-même et non à la loi qui le permet ? Appréciée *in abstracto*, la loi ne semble en effet pas contraire à l'ordre public : certes elle n'interdit pas de désavantager les filles, mais elle ne consacre pas non plus la discrimination. Peut-on dès lors condamner la loi, restée finalement neutre ?

359. D'un point de vue strictement juridique tout d'abord, nous répondrons que l'ordre public international est un instrument édicté pour s'opposer à une loi ou un jugement dont les dispositions heurtent nos valeurs⁹⁶⁷, et non à un acte de volonté de l'individu. C'est un mécanisme « repoussoir » des politiques qui nous dérangent, et par conséquent de la législation édictée par l'ordre juridique étranger. Il ne s'oppose pas directement aux choix individuels. D'un point de vue philosophique ensuite, rester neutre n'est-ce pas finalement prendre partie ? La loi qui s'abstient devant une discrimination évidente n'est-elle pas déjà condamnable ? C'est le sens du pari de Pascal : « Il faut parier. Cela n'est pas volontaire, vous êtes embarqué »⁹⁶⁸. Il faut nécessairement choisir, ne pas choisir c'est s'abstenir et s'abstenir c'est laisser faire, autrement dit c'est déjà prendre partie. Par conséquent, ainsi que nous le pressentions déjà, la loi qui donne une trop grande liberté testamentaire à l'individu est déjà *in abstracto* contraire à l'ordre public⁹⁶⁹, elle est au moins suspecte, car elle risque de ne pas empêcher la discrimination, l'indigence, l'atteinte à une liberté individuelle... Ce n'est donc

⁹⁶⁶ Cass. Civ 1ère 27 septembre 2017, précité

⁹⁶⁷ D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, Tome 1, op. cit., p. 533

⁹⁶⁸ B. Pascal, *Pensées*, fragment 397.

⁹⁶⁹ Cf. nos développements *supra*, n°90 ss.

pas l'acte en lui-même que condamne l'ordre public international mais bel et bien la loi étrangère qui laisse faire.

360. Le droit interne français a quant à lui déjà décidé de prendre partie. Il ne reste pas neutre quand le défunt utilise sa liberté testamentaire pour porter atteinte aux droits fondamentaux de ses héritiers. Nous rappellerons à cet égard l'arrêt de la Cour de cassation du 21 novembre 2012⁹⁷⁰. Il posait la question de la conformité à l'ordre public interne d'un testament contenant une clause de conversion religieuse. En l'espèce, des parents avaient, aux termes d'un testament conjonctif rédigé par devant deux notaires rabbiniques au Maroc, institué le survivant d'entre eux légataire universel des biens du prémourant et déclaré qu'au décès du conjoint survivant, les biens reviendraient à l'une de leur fille, à la condition qu'elle s'occupe d'une autre fille handicapée, puis au décès de leur dernière fille, à leur fils aîné, « à la condition que sa femme et ses enfants soient déjà convertis à la religion juive ». Se posait donc la question de savoir si cette clause testamentaire devait recevoir effet dans la mesure où elle portait atteinte au principe de liberté religieuse de l'héritier. La succession était soumise à la loi française en l'espèce, ce n'était donc pas l'ordre public international qui était concerné mais l'ordre public successoral interne. Au visa des articles 8 et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme relatifs au respect de la vie privée et à la liberté de religion, la première chambre civile casse l'arrêt d'appel qui avait rejeté la demande en nullité du testament « sans rechercher comme il était demandé si la clause précitée ne portait pas atteinte à l'ordre public interne, notamment au regard des deux premiers textes susvisés ».

Par cette décision, la Cour de cassation confirme qu'elle entend protéger la liberté religieuse et de conscience des héritiers, contre les atteintes portées par le *de cujus* à travers ses libéralités⁹⁷¹, comme l'avait déjà fait le Tribunal civil de la Seine dans un arrêt en date du 22 janvier 1947, en prononçant la nullité d'une condition résolutoire antisémite contenue dans un testament, sur le fondement de l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946⁹⁷².

⁹⁷⁰ Arrêt précité, Civ. 1re, 21 nov. 2012, n° 10-17.365, D. 2012. 2802 ; AJ fam. 2013. 59, obs. A. Boiché ; RTD civ 2013, p. 162, M. Grimaldi ; D. 2013 p.880, M-C Meyzeaud-Garaud ; L'essentiel du droit de la famille et des personnes, janv. 2013. 11, N. Petroni-Maudière ; Dr. Et Patrimoine 2013, p. 81, M-E. Ancel ; JCP N 2013, p. 31, A. Devers

⁹⁷¹ En ce sens, M. Grimaldi, note sous arrêt, RTD civ 2013, p. 162

⁹⁷² T. civ. Seine, 22 janv. 1947, D. 1947. 126 ; RTD civ. 1947. 213, obs. R. Savatier ; J. Raynaud, « Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés », PUAM, 2003, n° 81 (cités par M-C Meyzeaud-Garaud, D. 2013 p.880). Dans cet arrêt, fut réputée non écrite la clause d'un testament subordonnant le legs d'une grand-mère à sa petite fille à la condition qu'elle n'épouse pas un juif.

361. La Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas non plus rester neutre face aux actes privés attentatoires aux droits fondamentaux. Dans un arrêt *Pla et Puncerneau c/Andorre* rendu par la Cour EDH⁹⁷³, une testatrice andorrane avait par testament institué une substitution fidéicommissaire en faveur de son fils sur divers biens, avec la précision suivante : « celui qui deviendra héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un fils ou à un petit fils d'un mariage légitime et canonique ». Ce dernier contracta un mariage canonique et le couple adopta un fils, en la forme plénière, mais ne créant pas de lien avec la famille de l'adoptant. La transmission des biens du fidéicommiss, du père à ce fils adoptif, fut annulée devant le Tribunal supérieur d'Andorre qui considéra que le fils adoptif n'était pas un enfant issu d'un mariage légitime et canonique, comme le préconisait le testament. Il fallait en effet selon lui interpréter le testament selon la tradition et le cadre juridique de l'époque à laquelle il avait été rédigé, qui excluait les enfants adoptifs du fidéicommiss familial. L'affaire fut portée devant la CEDH par le fils adoptif qui déclarait avoir été l'objet d'une discrimination injustifiée par rapport aux enfants biologiques, sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention EDH. La Cour lui donna raison et considéra que l'interprétation du testament par les juges andorrans était bien en « flagrante contradiction » avec l'interdiction de discrimination établie par l'article 14⁹⁷⁴.

L'interprétation du testament est en principe une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, qui doivent rechercher l'intention du testateur. La discrimination ne relevait pas ici de la loi ou d'un acte des pouvoirs publics, mais d'un acte privé sur lequel la Cour décide d'étendre son contrôle de conformité. Elle substitue son interprétation de l'acte à celle du Tribunal, afin que celui-ci soit en conformité avec les articles 8 et 14 de la CEDH : « Elle n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, **elle ne saurait rester inerte** lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou comme, dans le cas en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention ». Cet arrêt invite donc le juge national à interpréter les actes privés

⁹⁷³ CEDH, 4^e sect., 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, AJDA 2004, 1812, obs. J-F. Flauss ; D. 2005 p. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; RTD civ. 2004, p. 804, J-P Marguénaud

⁹⁷⁴ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »

selon les préceptes conventionnels⁹⁷⁵. La Cour de cassation semble dire la même chose dans l'arrêt du 21 novembre 2012 à propos de la clause testamentaire de conversion religieuse. Ce n'est finalement pas tant aux actes juridiques des particuliers que l'on oppose la Convention, mais aux juges du fond qui choisissent de rester neutres et ne condamnent pas les atteintes portées aux droits individuels.

362. Au regard de cette jurisprudence, l'ordre public international ne devrait-il donc pas lui aussi « prendre parti » et s'opposer aux lois étrangères qui donnent blanc-seing au testateur pour discriminer ses enfants selon leur sexe, leur filiation, ou leur ordre de naissance ?

Si la théorie est belle, il semble difficile de la mettre en pratique. Il faudrait en effet pour cela « sonder les cœurs », rechercher la volonté réelle du disposant, qui apparaîtra rarement de manière évidente.

2) Efficacité relative des droits fondamentaux face au pouvoir de disposer du défunt

363. **La recherche de la volonté du disposant.** – Il a été dit que l'intention libérale pouvait être un moyen d'asservir autrui⁹⁷⁶ ou encore de discriminer ses ayants-droits. Comment néanmoins reprocher au disposant ses choix dès lors que l'on lui donne une complète liberté testamentaire⁹⁷⁷ ?

364. On pourrait certes s'interroger sur l'objet ou « la cause » de la disposition testamentaire pour contrôler sa licéité⁹⁷⁸ : si la notion de cause a été supprimée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, ses fonctions essentielles ont été maintenues. L'article 1162 du code civil énonce que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». L'article 6 rappelle qu'on « ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et plus spécifiquement en matière successorale, l'article 900 du code civil dispose que « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui

⁹⁷⁵ V. B. Moutel, *L'effet horizontal de la Convention EDH en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006, n° 160.

⁹⁷⁶ M. Grimaldi, op. cit., RTD civ 2013, p. 162

⁹⁷⁷ Nos choix subissent toujours une influence extérieure (qu'elle soit sociale, familiale, politique, psychologique ou juridique), dans quelle mesure le juge pourrait-il contrôler le bien-fondé de la volonté du disposant ?

⁹⁷⁸ M. Grimaldi, op. cit., RTD civ 2013, p. 162: la jurisprudence se place sur le terrain de la cause pour contrôler la licéité des clauses restrictives de libertés individuelles (v. aussi J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes*, 21^{ème} éd., PUF, 1996, n°83)

sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». D'après la doctrine, cet article a valeur de loi de police : « quelle que soit la loi applicable à l'acte qui contient la clause (loi d'autonomie pour une donation, loi successorale pour un testament), la *lex fori* et l'article 900 seront appliqués » au titre de loi de police⁹⁷⁹. C'est en conséquence la loi française qui déterminera les effets de la nullité de la clause contraire à l'ordre public : si la condition est jugée immorale ou illicite, elle sera réputée non écrite, à moins qu'elle ait été une condition impulsive et déterminante de la disposition, et auquel cas, c'est l'ensemble de l'acte qui sera annulé⁹⁸⁰. Ce contrôle impératif de licéité vaudra pour tout type de clause contenue dans une disposition entre vifs ou testamentaire.

365. Comment toutefois ne pas remarquer l'extrême complexité de ce contrôle ? Le testateur habile saura en effet « taire ou travestir la cause de sa préférence coupable »⁹⁸¹. Si les raisons du choix n'apparaissent pas clairement dans le testament qui institue légataire universel le fils en déshéritant la fille, présumera-t-on que le testateur musulman opère une discrimination là où le testateur américain ne ferait qu'exprimer sa liberté testamentaire ? La réserve héréditaire permet justement de ne pas s'encombrer de telles interprétations ; en 1804, l'un des buts de la réserve était d'anéantir le droit d'aînesse qui restait encore un principe de transmission du patrimoine dans les familles de l'Ancien Régime. Elle ne sera toutefois d'aucun secours si la loi française n'est pas applicable à la succession, puisqu'elle n'est pas d'ordre public international.

Ainsi, dès lors que la violation des droits fondamentaux aura été décidée par le *de cuius* lui-même, sans que la loi successorale l'en empêche, il y a de grandes chances pour qu'elle ne soit pas sanctionnée.

366. Un projet de loi sur l'égalité successorale annoncé en Tunisie par l'ancien président Beji Caïd Essebsi en est une manifestation intéressante. Trois propositions étaient à l'étude : l'égalité totale, l'égalité de principe avec possibilité donnée au *de cuius* de s'y opposer, l'égalité à la demande des héritières. La Commission tunisienne pour les libertés individuelles et

⁹⁷⁹ G. Droz, M. Revillard, « Fasc. 557-20 : Libéralités », précité, *Jurisclasseur Droit international*, n°41 ; A. Ponsard, « V° Dispositions à titre gratuit », *Rép. dr. int. Dalloz*, n° 17 ; H. Batiffol et P. Lagarde, », *Droit international privé*, 7^e éd. LGDJ, 1981, n° 652 ; T. civ. Rouen, 19 déc. 1927 : *Rev. crit. DIP* 1928, p. 511 ; *JDI* 1928, p. 1027 (bien qu'en l'espèce, c'était l'ordre public interne qui était en cause, la loi applicable à la succession était la loi française, elle déclarait non écrite la prohibition absolue d'aliéner contenue dans un testament)

⁹⁸⁰ G. Droz, M. Revillard, précités, n°41, citant H. Batiffol et P. Lagarde, *ibid*, n° 652, note 7

⁹⁸¹ M. Grimaldi, « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD Civ.* 2018 p.189

l'égalité (Colibe), chargée de proposer des mesures pour améliorer les libertés individuelles et se conformer à la Constitution et aux standards internationaux, a pris parti en faveur de la seconde, à savoir l'égalité de principe avec possibilité donnée au de cujus de s'y opposer. Cela signifie que sous l'empire de la nouvelle loi, la succession légale établirait une dévolution égalitaire, donnant autant aux fils qu'aux filles, mais le *de cujus* pourrait, par testament, s'y opposer, en rétablissant l'inégalité hommes-femmes. Cette disposition serait-elle conforme à notre ordre public international ? Si la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international, il n'y a pas de raison de s'y opposer puisqu'un américain pourrait faire exactement la même chose, sous l'empire de la loi anglo-saxonne, sans que l'exception d'ordre public l'en empêche. Comment une telle latitude laissée au de cujus pourrait-elle par ailleurs être jugée contraire à l'ordre public alors que même le droit français la rend possible : le *de cujus* peut laisser un tiers de sa succession à sa fille et les deux tiers à son fils, en attribuant à ce dernier la quotité disponible⁹⁸². De même, en introduisant en droit français les libéralités graduelles, le législateur ne donne-t-il pas ainsi l'occasion au *de cujus* de réintroduire le droit d'ainesse ? Ces discriminations, si elles sont possibles, sont cependant limitées en droit interne, notamment grâce à la réserve héréditaire. En droit international en revanche, plus aucun obstacle ne se dresse contre la volonté malicieuse du *de cujus*...

367. L'ordre public international ne se limite pas à la protection des droits et libertés fondamentaux des héritiers, il s'inquiète aussi de la prise en charge de leurs besoins vitaux. Une certaine idée de la solidarité alimentaire entre parents et enfants vient ainsi limiter l'exercice de la volonté du défunt.

§2. La protection de l'héritier « en situation de précarité économique ou de besoin »

368. Sans nul doute, le droit des obligations alimentaires « par son caractère humanitaire, touche de près à l'ordre public »⁹⁸³. Il se réfère au thème universel de la solidarité entre les hommes : il est un élément essentiel dans la conception française du mariage, du lien de parenté ou des devoirs du procréateur⁹⁸⁴. Il existe en effet un « devoir sacré », fruit d'un héritage

⁹⁸² Sur ce point, v. *supra*, n°58 ss.

⁹⁸³ H. Batiffol, « La douzième session de la Conférence de la Haye de droit international privé, *Rev. Crit. DIP* 1973, 243, p. 267

⁹⁸⁴ « Qui fait l'enfant doit le nourrir », citation de Loysel, rappelée par P. Courbe, commentant l'arrêt de la première chambre civile, du 16 juillet 1992, *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 269

chrétien, d'entretenir les enfants auxquels on donne la vie⁹⁸⁵. Dans une vision plus pragmatique, les obligations alimentaires légales évitent aussi que le créancier ne tombe à la charge de la communauté. La solidarité familiale est ainsi protégée au plus haut degré, par le Préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit que « la Nation assure (...) à la famille les conditions nécessaires à son développement ».

369. Le thème de la solidarité familiale intéresse donc incontestablement l'ordre public international. Il y a toutefois plusieurs manières de définir et d'interpréter la notion.

Au minimum, elle est « un impératif d'entraide qui dans l'épreuve, soumet réciproquement à des devoirs élémentaires de secours et d'assistance et se prolonge après la mort »⁹⁸⁶. Plus largement, « elle est un lien moral, esprit de famille qui rassemble toute la parenté autour de ses valeurs communes et anime une vie de famille. »⁹⁸⁷.

L'ordre public international assure *a minima* la prise en charge des besoins vitaux de la famille, c'est-à-dire des enfants et du conjoint⁹⁸⁸. Qu'en est-il après le décès ou après un divorce ? Ces événements occasionnent une rupture et transforment l'obligation du débiteur d'aliments. Le parent décédé n'est plus redevable envers son enfant d'une obligation alimentaire mais d'une réserve héréditaire⁹⁸⁹ ; le conjoint divorcé n'est plus astreint au devoir de secours mais éventuellement à une prestation compensatoire. L'obligation change incontestablement de nature : il ne s'agit plus d'assurer un « minimum vital » au débiteur mais bien davantage : assurer une sorte de continuité patrimoniale, une stabilité du cadre de vie, malgré le divorce, malgré le décès, au moment de la dissolution de la famille. Dès lors on s'interroge : l'ordre public international doit-il prendre en compte cette transformation de l'obligation ou doit-il continuer à assurer le strict nécessaire ? Quelle est la marge de manœuvre du disposant face à ces obligations dans un contexte international ?

⁹⁸⁵ M. Grimaldi, in *Les successions*, ouvrage précité, p. 26, n°28, citant le *Rerum novarum de Léon XIII* (1891) : « La nature inspire au père de famille le devoir sacré de nourrir et d'entretenir ses enfants.(...) La nature lui inspire de se préoccuper de leur avenir et de leur créer un patrimoine qui les aide à se défendre dans la périlleuse traversée de leur vie, contre toutes les surprises de la mauvaise fortune. Or, il ne pourra leur créer ce patrimoine que par l'acquisition et la possession de biens permanents et productifs qu'il puisse leur transmettre par voie d'héritage ».

⁹⁸⁶ Vocabulaire juridique, G.Cornu (dir.), Association H. Capitant, 12ème éd. PUF, 2018; S. Gaudemet, « Solidarités familiales et transmission successorale », Dr. Fam. 2016, dossier 16

⁹⁸⁷ *Ibid*

⁹⁸⁸ V. not. Civ. 1ère, 17 décembre 1958, *Valentinis*, Rev. Crit. Dip., 1959, 691, J. Deprez ; et *infra*, n°520 ss.

⁹⁸⁹ Le conjoint survivant dans le besoin conserve quant à lui une créance alimentaire contre la succession (art. 767 du code civil). Au regard des exigences de l'ordre public alimentaire, une loi successorale étrangère qui laisserait le conjoint survivant dans le besoin serait vraisemblablement jugée contraire à l'ordre public international. On pourrait peut-être même donner valeur de loi de police à l'article 767 du code civil (*cf. infra*, n°519 ss.)

En ce qui concerne les enfants, la jurisprudence ne semble leur accorder qu'une protection *a minima*. En effet, après le décès, la solidarité familiale s'exprime à travers la réserve héréditaire, mais la Cour de cassation ne l'a pas jugée d'ordre public international⁹⁹⁰. Si la loi étrangère qui ignore la réserve n'y est pas « *en soi* » contraire, la Haute juridiction a néanmoins précisé qu'elle pourra être écartée si son application « *concrète, au cas d'espèce* » aboutit à une situation « *incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* ». Si ce n'est pas l'exhérédation qui choque nos valeurs françaises (car *in concreto* les enfants sont bel et bien déshérités !), quelles sont les situations « concrètes » qui pourraient venir heurter nos « principes considérés comme essentiels » ? La Cour de cassation vise une seule situation en particulier : celle où l'enfant se trouverait dans une situation de précarité économique ou de besoin. En effet, dans l'arrêt Colombier, elle précise que l'application de la loi étrangère ne laisserait pas « l'un ou l'autre des Consorts X, tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin »⁹⁹¹ et dans l'arrêt Jarre que « les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin »⁹⁹².

On comprend donc que la minorité et la situation de précarité économique ou de besoin de l'héritier, pourraient déclencher l'exception d'ordre public. La Cour de cassation introduit ainsi un nouveau cas d'intervention de l'exception d'ordre public, dont le régime doit être précisé (A), et ses conséquences analysées (B).

A. Le régime d'intervention de l'ordre public face à des enfants « en situation de précarité économique ou de besoin »

370. La décision de la Cour de cassation invite à s'interroger très concrètement sur les notions de précarité économique et de besoin, conditions au déclenchement de l'exception d'ordre public (1), ainsi que sur les effets de sa mise en œuvre : par quoi en effet sera remplacée la loi étrangère évincée, une fois la situation de besoin démontrée (2) ?

1) Les conditions de précarité économique ou de besoin

⁹⁹⁰ Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017 (2 arrêts), précités

⁹⁹¹ Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017, *Colombier*, précité

⁹⁹² Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017, *Jarre*, précité

371. L'exception d'ordre public ne serait déclenchée que si l'héritier se trouve dans une situation de précarité économique ou de besoin. Les conditions sont donc alternatives et l'une des deux devrait suffire, à moins que la Cour de cassation ne considère que les notions soient équivalentes. La doctrine et la pratique sont toutefois d'accord pour les distinguer⁹⁹³. Elles renvoient selon nous à deux situations différentes, la notion de besoin (a) étant sûrement plus restrictive que celle de précarité économique (b).

a) La notion de « besoin »

372. Le « besoin » est une notion juridiquement connue. Elle conditionne l'octroi de la créance d'aliments entre vifs, notamment des enfants envers leurs parents et des parents envers leurs enfants (art. 205 et s. du code civil). Ses contours ont été définis par la jurisprudence et devraient nous servir de repère.

En matière successorale, une pension alimentaire peut également être octroyée à certaines personnes dans le besoin : il s'agit du conjoint (art. 767 c. civil) et des ascendants ordinaires (art. 758 c. civil). L'état de besoin d'un enfant peut également être apprécié au jour de l'ouverture de la succession lorsque celui-ci a consenti une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR), et qu'il se trouve dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires (art. 930-3).

La notion de besoin est en principe assez restrictive, elle suppose que l'héritier n'est pas en mesure de subvenir, par ses propres moyens et ressources, à ses besoins les plus élémentaires, autrement dit vitaux⁹⁹⁴. Le créancier ne doit pas forcément avoir une absence de ressources totale, mais leur faiblesse doit le mettre dans un état d'indigence qui va au-delà de la gêne⁹⁹⁵ et dure dans le temps⁹⁹⁶.

Ainsi seront appréciées les ressources de toutes sortes du créancier (travail, patrimoine, aides sociales, etc.) au jour de la succession, mais aussi tout ce qu'il serait amené à recevoir dans le cadre de la succession. En effet, par analogie, pour apprécier l'état de besoin du conjoint

⁹⁹³ V. not. H. Fulchiron, D. 2017, p. 2310 ; D. Vincent, *Droit de la famille* 2018, étude 13

⁹⁹⁴ Sur le fondement des articles 205 et 207 du code civil, les juges vérifient que l'enfant ne dispose pas de ressources suffisantes et ne peut s'en procurer par son travail. Ainsi, la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 8e ch. B, 29 mars 1985) a reconnu à l'enfant, majeur et ne poursuivant pas d'études, mais au chômage et dépourvu de revenus, une créance d'aliments contre son père ; v. aussi CA Metz, ch. civ., 26 avr. 1985 : *JurisData* n° 1985-040757 qui refuse d'accorder le même droit à l'enfant majeur ayant la possibilité d'exercer une activité professionnelle, mais qui a volontairement quitté son emploi ; CA Toulouse, 1re ch., 2e sect., 5 janv. 2006, n° 04/05763 qui déboute une fille de vingt-quatre ans ne justifiant ni d'un cursus sérieux d'études, ni de demandes d'emploi (L. Leveneur, « Aliments – obligation alimentaire – conditions d'existence », *Jurisclasseur Civil code*, n°57)

⁹⁹⁵ CA Bordeaux, 10 janv. 1843 (*Dalloz, jurispr. gén.*, V° Mariage, n° 653)

⁹⁹⁶ CA Bordeaux, 13 juin 1899, DP 1900, 2, p. 111

survivant et éventuellement lui attribuer une créance alimentaire sur le fondement de l'article 767, l'ensemble de ses ressources doit être pris en compte au jour du décès⁹⁹⁷, comme par exemple, le bénéfice d'une assurance-vie contractée par le défunt. Par conséquent, si le défunt avait contracté une assurance-vie en faveur de ses enfants, celle-ci devrait être prise en compte pour évaluer leurs ressources. Si elle leur permet de subvenir à leurs besoins, l'ordre public international ne serait vraisemblablement plus atteint.

On comprend enfin que l'état de besoin doit être apprécié souverainement par le juge, au cas par cas pour chaque individu, autrement dit « in concreto ». En effet, tous les individus n'ont pas les mêmes besoins ; ceux-ci vont dépendre de leur âge, de leur condition physique et familiale, etc. Il semble aussi qu'il faille apprécier la situation de besoin par rapport à la condition sociale du créancier⁹⁹⁸, « non pas qu'il soit question de permettre à une personne de tenir son rang, mais seulement parce que la misère apparaît plus vite chez un individu habitué à un train de vie plus élevé »⁹⁹⁹. La créance sera octroyée même si la situation de besoin est due au comportement fautif du créancier car l'obligation alimentaire repose sur un « devoir de charité » imposé aux parents¹⁰⁰⁰.

b) La notion de « précarité économique »

373. La notion de précarité « désigne la situation de fragilité et d'instabilité d'une personne qui ne peut subvenir à ses besoins et/ou risque de ne pouvoir assumer ses engagements. Elle renvoie à l'idée d'insécurité et de vulnérabilité »¹⁰⁰¹. La Cour de cassation vise la précarité “économique”, la notion ne devrait donc pas inclure la précarité “personnelle” ou “sociale” (tels que le chômage, la maladie, le handicap, l'âge). Toutefois, comme le fait remarquer un

⁹⁹⁷ « Pour déterminer si le conjoint survivant est dans le besoin, il faut tenir compte de toutes ses ressources, c'est-à-dire non seulement de celles dont il disposait avant le décès de son époux mais encore de toutes celles, d'origine légale, testamentaire ou conventionnelle, que peut, éventuellement, lui procurer ce décès et qui sont plus importantes aujourd'hui qu'hier : usufruit successoral (voire part de la succession en pleine propriété), capital-décès de la sécurité sociale, réversion d'une partie de la pension de retraite du prémourant, allocation de veuvage de la sécurité sociale, versée au titre de l'assurance veuvage créée par la loi du 17 juillet 1980, bénéfice le cas échéant, d'une assurance-vie souscrite par le défunt au profit du survivant, etc. » L. Leveneur, précité, n°10

⁹⁹⁸ Cass. Civ., 21 mai 1912, DP 1915, 1, p. 8

⁹⁹⁹ J. Péliissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, Thèse, LGDJ, 1961, n° 19, spéc. p. 162 ; cité par L. Leveneur, précité, n°52

¹⁰⁰⁰ L. Leveneur, précité, spéc. n° 61.

¹⁰⁰¹ H. Fulchiron, précité, D. 2017, p. 2310

auteur¹⁰⁰², ces dimensions de la précarité sont nécessairement liées. Le chômage, la maladie, etc. sont la plupart du temps causes de précarité économique¹⁰⁰³.

La notion de précarité est donc proche de l'état de besoin mais semble plus large ; comment articuler ces deux critères ? Un état de précarité est-il nécessairement un état de besoin et vice-versa ? Ou la précarité précède-t-elle le besoin ? L'octroi d'une créance à une personne en état de précarité lui permettrait d'éviter d'être dans le besoin, ou une personne en état de précarité est-elle déjà dans le besoin ? Si la notion de précarité peut être interprétée de manière plus large que la notion de besoin, elle devrait permettre au créancier d'obtenir davantage que le strict nécessaire¹⁰⁰⁴.

374. La notion de précarité économique a déjà été utilisée en jurisprudence, elle semble en effet plus large que la condition de besoin. Dans un arrêt en date du 9 janvier 2012¹⁰⁰⁵ par exemple, la cour d'appel de Lyon a étudié la demande de pension alimentaire d'une épouse sur le fondement du devoir de secours entre époux, et donc son état de besoin, et a jugé ainsi : « Attendu que les situations **économiques** des époux sont similaires et se rejoignent par leur **précarité** (car constituées de prestations sociales) et leur modestie ; qu'elles ne permettent pas de caractériser spécialement à l'égard de Madame Y. un état de besoin ouvrant droit au versement d'une pension alimentaire au titre du devoir de secours. Que l'ordonnance déférée sera en conséquence réformée en jugeant que Madame Y... doit être déboutée de sa demande de pension alimentaire fondée sur le devoir de secours, Monsieur X... étant ainsi déchargé du paiement d'une telle pension dès le prononcé de l'ordonnance entreprise ». En l'espèce, les juges lyonnais distinguent bien la notion de précarité économique de celle de besoin : bien que l'épouse soit dans une situation de précarité économique, elle ne justifie pas un état de besoin ouvrant droit à une pension alimentaire.
- Par conséquent, la notion de précarité serait plus large que celle de besoin et devrait permettre aux enfants, dans une situation fragile et instable (ex. chômage, maladie, minorité, vieillesse, etc.) même s'ils ne sont pas dans le besoin, de faire jouer l'ordre public international.
- Si la condition de besoin rappelle l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants (art. 205 et s.), la condition de précarité économique rappelle l'obligation d'entretien (art. 203 c. civil), qui est plus large que le devoir strictement alimentaire.

¹⁰⁰² H. Fulchiron, Ibid

¹⁰⁰³ La précision faite par la Cour de cassation est toutefois à prendre en considération, elle veut vraisemblablement dire que l'exception doit être interprétée de manière stricte

¹⁰⁰⁴ H. Fulchiron, précité

¹⁰⁰⁵ CA Lyon, 2^{ème} chambre, 9 janvier 2012, n°11/01220

375. « Précarité économique » et obligation d'entretien des parents. - Parmi les obligations des parents envers leurs enfants, au-delà du devoir alimentaire, figure aussi l'obligation d'entretien. L'obligation d'entretien est une réponse à la précarité économique de l'enfant et se distingue de l'obligation alimentaire *stricto sensu*¹⁰⁰⁶.

Les parents ont l'obligation de fournir tout ce qui est nécessaire à la vie et au développement de l'enfant : « *Qui fait l'enfant doit le nourrir* ». Cette obligation apparaît dans le code civil à l'article 203, « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, **l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.** » et à l'article 371-2: « Chacun des parents **contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants** à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ». Elle figure également à l'article 27-2 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant de 1989 : « c'est aux parents ou autres personnes ayant en charge l'enfant qu'incombe en premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, **les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant** ».

Cette obligation découle du lien de filiation unissant parent et enfant. Elle est d'ordre public, et par conséquent, les parents ne peuvent y renoncer, que ce soit en France ou à l'étranger. Dans un arrêt en date du 11 juillet 2006¹⁰⁰⁷, il a été jugé que « les effets de la paternité légalement établie remontent à la naissance de l'enfant et les parents ne peuvent renoncer au droit de réclamer des aliments pour l'entretien de leurs enfants » ; et dans un arrêt du 15 février 2012¹⁰⁰⁸ que « les règles gouvernant l'obligation alimentaire étant d'ordre public, la renonciation, expresse ou tacite, d'un parent au versement des arriérés dus au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation de son enfant, est sans effet ». L'interdiction de renoncer à son obligation d'entretien envers ses enfants est donc contraire à l'ordre public interne, mais aussi international. La Cour de cassation a en effet affirmé dans un arrêt du 14 octobre 2009¹⁰⁰⁹ « qu'ayant relevé d'une part que l'enfant commun a acquis la nationalité française par décret de naturalisation de son père en 2005 et qu'elle et ses parents demeurent d'une manière habituelle en France, d'autre part, que le droit aux aliments est un droit qui s'impose aux père et mère qui ne peuvent y renoncer, la cour d'appel a valablement écarté comme contraire à l'ordre public international français, la disposition du jugement étranger par

¹⁰⁰⁶ V. en ce sens, C. Neirinck, « Enfance », *Répertoire de droit civil*, n°329 et s. : « L'obligation d'entretien, réponse à la dépendance économique de l'enfant ».

¹⁰⁰⁷ Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 04-14.185, RLDC 2007, n° 26, obs. C. Bas

¹⁰⁰⁸ Civ. 1^{re}, 15 févr. 2012, n° 11-13.883, Juris-Data n° 2012-002193

¹⁰⁰⁹ Cass. 14 oct. 2009, n°08-15.583, Rev. Crit. DIP 2010, p. 361, N. Joubert

laquelle Madame Y devait assumer seule l'entretien de sa fille ». Se posait en l'espèce la question de la conformité à l'ordre public international d'un jugement marocain consacrant la renonciation par la mère à une pension alimentaire du père pour sa fille. Le jugement marocain ne mettait en conséquence de cet accord aucune obligation d'entretien à la charge du père. La censure de la Cour de cassation est claire et ferme : le droit aux aliments s'impose aux père et mère et ils ne peuvent y renoncer. Ce principe est d'ordre public international. Une renonciation à l'étranger ne peut donc être reconnue en France.

L'obligation d'entretien existe durant la vie des parents et n'est pas transmissible à cause de mort. Seuls les père et mère en sont débiteurs ; aussi en cas de décès de ces derniers, les enfants ne peuvent en principe pas la réclamer à la succession. Néanmoins, cette obligation est en réalité indirectement assurée en droit interne par la réserve héréditaire : l'enfant reçoit au minimum sa réserve qui lui permettra d'assurer sa subsistance, son entretien, et même parfois au-delà, malgré le décès de son auteur. En l'absence de réserve néanmoins dans une succession internationale soumise à une loi ignorant cette institution, la protection de l'enfant n'est plus assurée. Elle était pourtant d'ordre public international du vivant des parents, elle devrait pouvoir être encore garantie à l'enfant au jour du décès de ses parents.

376. « Précarité économique » et minorité. - L'obligation d'entretien est due à l'enfant qui se trouve dans une situation de précarité économique, mais n'est pas pour autant réservée à l'enfant mineur. L'article 203 ne limitant pas dans le temps l'obligation d'entretien, la Cour de cassation a jugé qu'elle ne disparaissait pas à la majorité de l'enfant¹⁰¹⁰. Le législateur est ensuite venu confirmer cette jurisprudence en inscrivant à l'article 371-2 du code civil que l'obligation d'entretien « ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».

Par conséquent, seule la condition de précarité, l'impossibilité de subvenir par soi-même à ses propres besoins, détermine l'existence de l'obligation. La minorité de l'enfant fait toutefois présumer le besoin d'aide. L'enfant majeur devra le démontrer, ce sera notamment le cas de l'enfant en cours d'études secondaires. Il devrait en être de même dans le cadre de la succession, l'enfant devra, pour faire état sa situation de précarité économique, justifier au jour du décès :

- Que ses études sont nécessaires pour accéder à la profession qu'il envisage¹⁰¹¹ ;

¹⁰¹⁰ Civ 1^{ère}, 18 mai 1972, n°70-14.534, D. 1972. 672

¹⁰¹¹ Paris, 18 mai 2006, RG n°05/06543, RTD civ. 2006. 751, obs. J. Hauser ; Metz, 25 mai 2010, RG n° 07/00974 ; C. Chabault, « Le financement des études par les parents », Dr. fam. 1999. Étude 19. Cités par C. Neirinck, « Enfance », *Répertoire de droit civil*, n°329 et s.

- Et qu'il a besoin de l'aide économique de ses parents (si l'étudiant travaille par exemple, l'aide serait réduite¹⁰¹²)

L'obligation d'entraide n'est toutefois pas réservée qu'aux étudiants et la jurisprudence l'a même élargie aux jeunes à la recherche d'un emploi¹⁰¹³. La doctrine a souligné que cet élargissement de l'obligation d'entretien ouvrait la porte « à toutes les revendications à tout âge sans que l'on puisse qualifier correctement ces demandes »¹⁰¹⁴. Elle témoigne néanmoins de la volonté des tribunaux de palier de façon assez large la précarité économique des enfants (étude, chômage, etc.), majeurs ou non, via les ressources familiales.

La même volonté se retrouve après le décès : les parents étant sollicités de leur vivant pour aider leurs enfants dans le besoin ou en situation de précarité économique, leur succession l'est aussi, et cette participation obligatoire à l'entretien de l'enfant est d'ordre public international, avant et après le décès.

Dès lors, une fois l'état de besoin ou de précarité économique justifié par le ou les héritiers concernés, l'exception d'ordre public se déclenche. Elle évince la loi étrangère insuffisamment protectrice. Par quoi la remplacer ?

2) Les effets du déclenchement de l'ordre public, une fois l'état de besoin ou de précarité économique démontré

377. L'exception d'ordre public a un effet négatif, l'éviction, totale ou partielle de la loi étrangère normalement applicable, et un effet positif, la substitution d'une règle apte à la remplacer¹⁰¹⁵. La solution traditionnellement retenue en France par la jurisprudence et la doctrine est l'application de la *lex fori*, en lieu et place de la loi étrangère¹⁰¹⁶. La loi du for a en effet une « vocation subsidiaire à régir tout rapport de droit privé présentant une attache avec le territoire »¹⁰¹⁷. Cette solution est fondée sur le principe de souveraineté de l'État sur son

¹⁰¹² C. Neirinck, « Créance d'entretien et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 449 ; v ; aussi Orléans, 20 oct. 2009, RG n° 08/03532.

¹⁰¹³ Paris, 26 avr. 1994, Juris-Data n°1994-020980, RTD civ. 1994. 582, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 9 févr. 2011, n°09-71.102, RTD civ. 2011. 342, obs. J. Hauser

¹⁰¹⁴ J. Hauser, note sous Civ. 1re, 9 févr. 2011, n° 09-71.102, RTD civ. 2011. 342

¹⁰¹⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, précités, n° 468 ; P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, précités, n°219

¹⁰¹⁶ Cass. 15 juillet 1963, *RCDIP* 1964, p. 732 ; Cass. 15 mai 1963, *Patino*, *RCDIP* 1964, p. 532 ; Cass. 30 mai 1967, *Kieger*, *RCDIP*, 1967, p. 728

¹⁰¹⁷ En ce sens, Th. Vignal, J. Foyer, D. Holleaux, G. de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Broché, 2017, n°598 ; P. Mayer et V. Heuzé, précités, n°212 ; S. Othenin-Girard, précité, n°255

territoire : il consent à ce qu'une loi étrangère puisse s'appliquer dans certains rapports de droit, mais si celle-ci est écartée, on revient au principe général qui est l'application de la loi du for. La loi du for n'évince pas la loi étrangère dans son ensemble mais se substitue à la seule disposition qui a été jugée contraire à l'ordre public¹⁰¹⁸. La *lex fori* doit en effet s'appliquer d'une façon aussi restreinte que possible¹⁰¹⁹, au strict nécessaire, de manière à faire disparaître l'atteinte à l'ordre public, sans trop perturber la règle de conflit.

Or, si on s'accorde pour substituer la loi du for à la loi étrangère, le doute est permis sur la règle précise de droit interne à appliquer. S'agit-il de l'article 913 du code civil, autrement dit de la réserve¹⁰²⁰ (a) ou des règles relatives aux obligations alimentaires, qui octroient une créance alimentaire (b)?

a) 1^{ère} hypothèse : octroi de la réserve

378. C'est la loi successorale française qui devrait se substituer à la loi successorale étrangère contraire à l'ordre public (loi du même domaine juridique que la loi écartée). Or, elle ne prévoit pas de créance alimentaire en faveur des enfants mais une réserve héréditaire. Faudrait-il distinguer selon que l'enfant se trouve dans une situation de besoin ou de précarité ? On pourrait trouver étonnant d'accorder la réserve à l'enfant si c'est son état de besoin qui a déclenché la réaction de l'ordre public international ; la réserve n'est en effet aucunement calculée en fonction des besoins de l'enfant. Cette réponse ne paraît pas adaptée à la problématique posée par la Cour de cassation et aux conditions de déclenchement du mécanisme, fondées sur l'état de besoin de l'héritier.

379. Plusieurs raisons pourraient néanmoins justifier cette solution et certains auteurs prennent parti en ce sens¹⁰²¹. Le remplacement de la loi étrangère contraire à l'ordre public

¹⁰¹⁸ Voir pour un exemple : Cass. Civ 1^{ère}, 17 nov. 1964: Bull. Civ. I, n°505, JCP 1965. II. 13978, concl. Lindon; Rec. Penant 1965, 251, note Lampué, Rec. Gén. Lois 30 avr. 1965, n°311, note G. Droz, dans lequel la Cour de cassation a écarté la loi étrangère excluant le non-musulman de la succession, et lui a substitué la loi française. L'intervention de l'ordre public et l'application de la loi française permirent ainsi au parent du défunt de retrouver sa vocation successorale. En revanche, pour les autres questions intéressant le règlement de la succession, la loi coranique a continué de s'appliquer de manière résiduelle.

¹⁰¹⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, précités, n° 468

¹⁰²⁰ qui prévoit une réserve héréditaire de la moitié, du tiers ou du quart de la succession (selon le nombre d'enfant).

¹⁰²¹ V. not. E. Bendelac, *Journal du droit international (Clunet)* 2018, 3 : « Il semblerait cohérent que les modalités de calcul soient celles du droit français de la réserve héréditaire et non une somme déterminée en comparant les besoins du créancier (héritier) et les ressources des débiteurs (de cujus). En effet, dès lors que la réserve héréditaire sera rétablie par la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, les effets de la mise en œuvre de cette exception ne doivent pas être modifiés. Il conviendra donc de substituer la partie de la loi étrangère qui heurte les principes essentiels du droit français aux règles françaises applicables au calcul de la réserve héréditaire. En outre, retenir une solution distincte serait, d'une part, contraire

par la *lex fori* est tout d'abord la solution traditionnellement retenue en droit international privé français. Ensuite, dans le domaine des obligations alimentaires, l'article 6 de la Convention de la Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires de 1973 désigne comme applicable la *lex fori* lorsque la loi désignée par les règles de conflit des articles 4 et 5 ne permet pas d'octroyer d'aliments au créancier. Le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 prescrit également que « la loi du for s'applique si le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi mentionnée à l'article 3 » (article 4. 2). Dès lors, on pourrait considérer, par analogie, que lorsque la loi étrangère ne prévoit aucune prestation alimentaire en faveur des héritiers, la loi du for s'applique, et octroie la réserve. Il a d'ailleurs été soutenu en doctrine que la réserve héréditaire prenait la forme d'une créance alimentaire « liquidée une ultime fois, lors du règlement successoral »¹⁰²² : l'état de besoin serait le fondement de la réserve, et celui-ci serait irréfragable. Il serait toujours présumé au jour de la succession que l'enfant se trouve ou se trouvera un jour dans un état de besoin. La succession étant liquidée au jour du décès, la réserve serait attribuée une fois pour toutes, au regard de la consistance du patrimoine. La réserve, calculée ainsi, permettrait d'assurer une solidarité alimentaire dans la durée.

380. Pourquoi cependant exiger, dans le règlement d'une succession internationale, que les héritiers soient dans un état de besoin pour les faire bénéficier de la réserve alors que rien en droit interne ne l'exige ? La Cour de cassation applique un raisonnement habituellement suivi en matière d'obligation alimentaire : « il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des conjoints X, tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin ». Raisonnement contestable s'il s'agit d'octroyer la réserve héréditaire et pas une créance alimentaire!

Ce n'est donc pas l'octroi d'une réserve qu'il faudrait envisager, mais une créance alimentaire, sur le fondement d'un ordre public international alimentaire.

b) 2^{ème} hypothèse : octroi d'une créance alimentaire

381. Montesquieu distingue l'obligation de nourrir ses enfants, qui serait une obligation de droit naturel, et l'obligation de leur transmettre sa succession, qui serait une obligation de droit

au mécanisme de l'exception d'ordre public international du droit français et, d'autre part, conduirait à considérer que la réserve puisse ne pas être la même pour tout héritier, ce qui contredirait le principe de l'égalité. »

¹⁰²² D. Perney, Thèse précitée, p. 518

civil ou politique¹⁰²³. D'après la Cour de cassation, seule la première serait d'ordre public international : ce qui semble en effet intolérable, ce n'est pas que les enfants soient déshérités, c'est qu'ils n'aient pas de quoi survivre. Du terrain de la réserve héréditaire, nous glissons donc vers celui des obligations alimentaires. La frontière est poreuse entre les deux notions, et en l'absence de réserve, on le voit, la seule barrière contre une situation de précarité est le droit des obligations alimentaires. L'analyse de la jurisprudence permet de démontrer l'attachement du droit français à un certain ordre public alimentaire. Ont ainsi été écartées les lois étrangères qui ne garantissaient pas un minimum d'assistance au conjoint divorcé ou à l'enfant dans le besoin¹⁰²⁴. Nous sommes ici cependant sur le terrain des obligations alimentaires et non du droit successoral. Bien que les connexions et rapprochements soient possibles, les droits alimentaires demeurent distincts des droits successoraux. La question de la réserve se situe sur le terrain de la dévolution successorale alors que la demande d'aliments est liée au règlement de la succession et à l'apurement du passif¹⁰²⁵. Ce n'est donc pas finalement l'ordre public réservataire qui est concerné mais plus largement, l'ordre public alimentaire.

382. Toutefois, en droit interne, les enfants n'ont pas de créance alimentaire contre la succession de leur parent puisqu'ils sont déjà pourvus d'une réserve. On voit donc ici le problème : **l'enfant privé de sa réserve dans une succession internationale peut se retrouver dans le besoin, à moins de lui octroyer une créance alimentaire contre la succession, qui n'existe toutefois pas en droit interne.** L'absence de réserve dans la loi étrangère est ainsi susceptible de créer une sorte de vide juridique : quel instrument permettra

¹⁰²³ « La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers. (...) Il est vrai que l'ordre politique et civil demande souvent que les enfants succèdent au père, mais il ne l'exige pas toujours. Nourrir ses enfants est une obligation de droit naturel, leur donner sa succession est une obligation de droit civil ou politique » Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748

¹⁰²⁴ Arrêt *Valentinis* (Civ. 1ère, 17 décembre 1958, Rev. Crit. Dip., 1959, 691, J. Deprez): « L'obligation alimentaire entre époux est une règle fondamentale de l'ordre public français; si celle-ci peut se concilier avec des modalités différentes d'attribution édictées par une loi étrangère, elle ne saurait être rejetée dans son principe » ; Arrêt *Darmouni* (Civ. 1ère, 19 oct. 1971, Rev. Crit. DIP., 1973, 70, Simon-Depitre; D. 1972, 633, note Ph. Malaurie): « L'obligation alimentaire est soumise à la loi du lien de famille... sous réserve de l'ordre public français, lequel peut intervenir pour assurer le minimum d'assistance de la loi française » ; Civ 1ère, 16 juillet 1992, n°91-11.262 qui juge que doit être écartée au profit de la loi française une loi qui « ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce », sur le fondement de l'exception d'ordre public international français. L'allocation fournie doit par ailleurs être suffisante : une cour d'appel « qui a 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 » (Civ 1ère, 28 novembre 2006, pourvoi n°04-11.520). La Cour de cassation a aussi rappelé que « le droit aux aliments est un droit qui s'impose aux père et mère qui ne peuvent y renoncer » (Civ 1ère, 14 octobre 2009, n°08-15.583). Est aussi contraire à l'OPI français une loi étrangère qui n'assurerait pas à un enfant les subsides qui lui sont nécessaires (Civ 1ère, 3 novembre 1988, n°87-11.568) ; v. aussi le rapport annuel de la Cour de cassation 2013, *L'ordre public*, p. 345.

¹⁰²⁵ E. Alfandari, « Droits alimentaires et droits successoraux, in *Mélanges offerts à René Savatier*, précité, p. 1 et s

de protéger l'enfant dans le besoin ? Le recours envisagé est l'exception d'ordre public international. Le mécanisme serait alors créateur de droit : il créerait une obligation alimentaire post-mortem qui n'existe pourtant pas en droit interne. L'origine de cette créance alimentaire des héritiers réservataires dans le besoin ne serait ni légale, ni conventionnelle, mais jurisprudentielle, ce qui serait tout à fait insolite : le juge créerait un régime *sui generis* d'obligation alimentaire successorale. Au-delà du fait que l'idée d'un juge créateur de normes peut être critiquée¹⁰²⁶, cette solution est peu propice à la prévisibilité et à la sécurité juridique. Certains auteurs l'ont cependant envisagée¹⁰²⁷. Ils proposent de créer une règle matérielle, au cas par cas, permettant de remédier à l'état de besoin ou de précarité de l'enfant.

Ce régime pourrait trouver sa source dans celui de l'obligation alimentaire entre vifs puisque le régime de l'obligation alimentaire d'origine successorale en découle¹⁰²⁸. En l'absence de dispositions prévues par le droit successoral interne, on s'appuierait en effet nécessairement, par analogie, sur les règles qui gouvernent l'obligation alimentaire et l'obligation d'entretien des parents envers leurs enfants¹⁰²⁹. On pourrait dès lors distinguer selon que l'enfant est dans le besoin (1) ou en situation de précarité économique (2).

1. Les aliments attribués à l'enfant dans le besoin

383. La proportionnalité entre les besoins du créancier et les ressources du débiteur pour calculer le montant de la créance d'aliments est une règle fondamentale en droit interne et en droit international. On la retrouve à l'article 208 du code civil : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit » ; à l'article 11 al 2 de la convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable en matière d'obligation alimentaire : « même si la loi applicable en dispose autrement, il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation alimentaire » ; et la même règle à l'article 14 du Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires : « Même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins

¹⁰²⁶ Cette idée serait contraire au principe édicté à l'article 5 du code civil : « il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

¹⁰²⁷ Voir not. H. Fulchiron, Dr. Patr. 2015, n°246

¹⁰²⁸ En ce sens L. Leveneur, précité, *Jurisclasser civil code*

¹⁰²⁹ Il s'agirait ici d'une manifestation nouvelle de la technique de l'adaptation, cf. *infra* n°795 ss.

du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments. ».

384. La Convention et le Protocole de la Haye semblent faire de cette règle de proportionnalité, entre besoin et aliments octroyés, une loi de police¹⁰³⁰ : peu importe la loi applicable, la prestation alimentaire doit être calculée en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Certes, la loi applicable aux obligations alimentaires résultant du décès est déterminée par le règlement « successions » et non par le règlement « Aliments » de 2008¹⁰³¹, le règlement du 4 juillet 2012 écartant de son champ d'application les seules « obligations alimentaires autres que celles résultant du décès »¹⁰³², mais dans la mesure où il s'agit ici de créer de toutes pièces un régime qui n'existe pas en droit interne, autant s'inspirer de celui de l'obligation alimentaire dans lequel prennent leur source les obligations alimentaires d'origine successorale.

385. Dès lors, l'héritier dans le besoin ne devrait pas recevoir l'équivalent de la réserve mais une prestation alimentaire lui octroyant le strict nécessaire. C'est d'ailleurs ce qu'a prévu le législateur dans le cadre de la RAAR. L'héritier qui a renoncé à l'action en réduction pourra voir sa renonciation révoquée s'il se trouve dans le besoin au jour du décès, mais l'article 930-4 précise que la révocation ne sera « prononcée qu'à concurrence des besoins de celui qui avait renoncé »¹⁰³³. Les aliments ne couvriront que les besoins du débiteur, ils permettront d'acquiescer uniquement « tout ce qui est nécessaire à la vie »¹⁰³⁴, c'est-à-dire « la nourriture, le logement, les vêtements, les soins médicaux, etc. »¹⁰³⁵. Non seulement les besoins, mais aussi les ressources du débiteur, autrement dit les ressources de la succession, devront être pris en compte et être suffisamment importants pour financer la créance d'aliments¹⁰³⁶. Les ressources

¹⁰³⁰ V. sur cette qualification nos développements *infra*, n°522 ; d'autres auteurs y voient une règle matérielle de droit international privé.

¹⁰³¹ Qui renvoie au Protocole de la Haye de 2007, précité

¹⁰³² art. 1.2. e)

¹⁰³³ Art. 930-4 al 3 c. civil: « La révocation en application du 2° de l'article 930-3 n'est prononcée qu'à concurrence des besoins de celui qui avait renoncé »

¹⁰³⁴ Cass. civ., 28 févr. 1938, DH 1938, p. 241

¹⁰³⁵ L. Leveneur, précité, *Jurisclasseur Civil code*, n°1

¹⁰³⁶ Il peut s'avérer que plusieurs créanciers viennent réclamer en même temps des aliments à la succession : les enfants privés de réserve, mais aussi d'autres personnes désignées par la loi étrangère (ex. le conjoint, le partenaire ou le concubin, des ascendants, etc.). Comment régler ce concours entre créanciers ? Dans quel ordre régler les créanciers alimentaires successoraux ? C'est la loi applicable à la succession qui le déterminera, mais celle-ci ne prévoira pas forcément d'aliments pour les enfants puisque leur droit aux aliments naît du droit français. En droit interne, il n'existe pas de hiérarchie entre

se limitent en effet à l'actif net successoral, la créance alimentaire ne peut être prélevée que sur l'hérédité et pas sur les héritiers et légataires (leurs ressources personnelles n'importent donc pas). Un parallèle peut être ici fait avec la créance alimentaire du conjoint survivant contre la succession¹⁰³⁷. Seul sera pris en compte l'actif net¹⁰³⁸, c'est-à-dire l'actif brut déduit du passif de succession, et même des droits de mutation¹⁰³⁹. Et si l'actif est totalement absorbé par le passif, ou que le défunt ne laisse aucun bien dans la succession, il n'y aura pas de créance alimentaire possible¹⁰⁴⁰.

En définitive, l'héritier réservataire sous l'empire de la loi française ne devrait pouvoir obtenir, sous l'empire de la loi étrangère ne prévoyant pas de réserve, qu'une créance minimale, lui permettant de couvrir son état de besoin, dont le montant serait souvent plus faible que celui de la réserve¹⁰⁴¹. A moins que le deuxième critère de « précarité économique » évoqué par la Cour de cassation puisse permettre d'interpréter plus largement la notion.

2. La créance attribuée à l'enfant en situation de « précarité économique »

386. Ainsi qu'il a été dit plus haut, la condition de précarité économique évoque l'obligation d'entretien que doivent les parents à leurs enfants. Or, celle-ci est calculée en fonction des ressources des parents débiteurs mais contrairement à l'obligation alimentaire, elle ne se limite pas aux besoins de l'enfant. « En théorie, l'obligation d'entretien consiste, pour les parents, à faire vivre l'enfant comme ils vivent eux-mêmes, en partageant le même confort ou la même pénurie »¹⁰⁴². Elle doit donc s'apprécier en fonction des revenus et du niveau de vie des parents et permettre à l'enfant de vivre dans le même confort. Le ministère de la Justice a d'ailleurs

débiteurs : « aucune disposition n'impose au demandeur, contre les divers débiteurs d'aliments, une action commune ou des actions successives selon un ordre déterminé » (Cass. civ., 2 janv. 1929, DP 1929, 1, p. 137, note R. Savatier ; S. 1929, 1, p. 185, note Audinet). Si l'actif successoral est insuffisant, il faudrait donc vraisemblablement faire une répartition proportionnelle au marc le franc entre les créanciers alimentaires.

¹⁰³⁷ V. not. sur le régime de la créance alimentaire du conjoint survivant : Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-13.526, Dr. Fam. 2019, comm. 83, M. Nicod

¹⁰³⁸ « C'est le montant de l'actif net de la succession qu'il faut prendre en considération pour déterminer si une créance d'aliments existe et dans quelle mesure » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, n° 144, cité par L. Leveneur, précité, n°70)

¹⁰³⁹ CA Montpellier, 26 janv. 1937, DH 1937, p. 212 ; A. Précigout, *Pratique notariale, Rép. gén. not.* 1961, art. 28143, p. 419

¹⁰⁴⁰ T. civ. Avesnes, 13 juill. 1894, DP 1895, 2, p. 201, note M. Planiol ; L. Leveneur, *précité*, n°70

¹⁰⁴¹ V. toutefois Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-13.526, Dr. Fam. 2019, comm. 83, M. Nicod, dans lequel il apparaît plus intéressant pour le conjoint survivant de solliciter une créance alimentaire plutôt que sa réserve, étant donné le faiblesse de l'actif successoral.

¹⁰⁴² C. Neirinck, « Enfance », *Répertoire de droit civil*, précité, n°329 et s.

réalisé une table de référence¹⁰⁴³ pour aider les juges à calculer le montant de ces obligations : le « coût de l'enfant correspond au revenu supplémentaire dont doit disposer une famille avec enfant pour avoir le même niveau de bien-être qu'une famille sans enfant ». Un enfant mineur ou un majeur en situation de précarité économique (car il est en cours d'études, au chômage, ou handicapé, etc.) pourrait donc réclamer à la succession l'équivalent de l'obligation d'entretien qui ne se limite pas à ses seuls besoins « vitaux ». Cette somme devrait lui permettre d'atteindre le même confort que ses parents, elle devrait donc être calculée selon les besoins de l'enfant, mais aussi et surtout en fonction des ressources de la succession. Autrement dit, il s'agit d'accorder une prestation à l'enfant, calculée par rapport au montant de l'actif successoral, pour améliorer son niveau de vie. On se rapproche ainsi étrangement des caractéristiques de la réserve héréditaire...¹⁰⁴⁴

387. Par conséquent, ne faudrait-il pas distinguer selon que l'enfant est en état de besoin ou de précarité économique ? En état de besoin, on lui octroierait une créance alimentaire ; en état de précarité économique, on lui donnerait sa réserve... Si une telle distinction peut séduire sur un plan mathématique, elle n'est cependant pas satisfaisante du point de vue de l'égalité successorale entre les enfants, et paraît même incohérente. A ce sujet, Paul Lagarde avait remarqué, à propos de la *lex fori* amenée à remplacer la loi étrangère évincée par l'ordre public, qu'il arrivait parfois que « les règles de droit interne soient liées entre elles au point que les disjoindre et les appliquer séparément aboutirait à un résultat incohérent »¹⁰⁴⁵. C'est précisément le cas ici, n'attribuer la réserve qu'à un seul enfant est profondément incohérent car ce n'est pas le but de l'ordre public successoral¹⁰⁴⁶.

388. Les fondements de la réserve apparaissent finalement fortement ancrés en droit français. Bien que chassée par la loi étrangère, son besoin se fait encore ressentir. Elle est

¹⁰⁴³ En annexe d'une circulaire CIV/06/10 en date du 12 avril 2010

¹⁰⁴⁴ Sans toutefois les évaluer pour autant car l'obligation d'entretien pourrait, selon la consistance du patrimoine successoral, s'avérer être plus élevée que le montant de la réserve ; v. en ce sens Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-13.526, Dr. Fam. 2019, comm. 83, M. Nicod (précité), dans lequel le conjoint survivant exhéredé réclamait à la succession une pension alimentaire. Elle aurait pourtant pu, en l'absence d'enfant, exercer une action en réduction afin d'obtenir sa réserve héréditaire à hauteur du quart de la succession. Il apparaissait toutefois certainement plus « judicieux » pour le conjoint de demander une pension alimentaire, compte tenu de la « modicité de l'actif successoral » (en ce sens, M. Nicod, sous arrêt, Dr. Fam. 2019, comm. 83)

¹⁰⁴⁵ P. Lagarde, Thèse précitée, p. 216

¹⁰⁴⁶ V. dans le même sens, E. Fongaro et E. Naudin, « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international ? », JCP N 2019, p. 1193 : « Au sein d'une même succession, si la qualification « alimentaire » devait être retenue, le montant de la réserve serait susceptible de varier, entre héritiers réservataires, en fonction de la situation de besoin de chacun d'eux. Le montant de la réserve serait donc différent d'un héritier à l'autre, alors que la réserve est sensée garantir, avec les règles du rapport, l'égalité entre héritiers. »

tenace, fortement attachée aux principes les plus profonds du droit français, elle symbolise le lien entre parent et enfant, si bien qu'il est difficile de s'en départir.

On semble pourtant se satisfaire de son remplacement par une simple créance alimentaire successorale. Délestée de sa nature successorale et de sa fonction familiale à l'échelle internationale, la réserve risque d'évoluer dans le même sens en droit interne. La décision de la Cour de cassation pourrait en effet avoir de lourdes conséquences en droit interne, alors que sa portée paraît limitée sur le plan international.

B. Les conséquences de la décision de la Cour de cassation

389. La décision de la Cour de cassation est susceptible de bouleverser les principes mêmes de l'ordre public successoral français. La nature de la réserve semble en effet transformée (1). Sur le plan international en revanche, la décision ne semble avoir qu'une portée limitée (2).

1) La transformation de la nature de la réserve

390. L'attribution de la réserve au regard des besoins effectifs de l'héritier met non seulement fin au principe d'égalité successorale entre les enfants, mais transforme aussi profondément la nature de la réserve en droit international (a). Le règlement d'une succession se fera donc à deux vitesses, selon que l'on se trouve dans un contexte interne ou international, et à terme, le droit international devrait influencer le droit interne (b).

a) La réserve transformée en droit international

391. *Une réserve alimentaire d'ordre public international.* – La Cour de cassation confirme la position de certains auteurs qui s'étaient déjà prononcés en faveur de cette solution, considérée comme étant une position médiane acceptable, « conforme à l'esprit du règlement »¹⁰⁴⁷. Le caractère alimentaire qui semble ainsi être donné à la réserve dans un contexte international reflète une idée qui germe en droit français. En effet, y compris en droit

¹⁰⁴⁷ *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Ouvrage collectif, Dalloz, 2015, p. 155 : la loi étrangère ignorant la réserve ne serait pas a priori contraire à l'ordre public, toutefois, « avant de l'écarter, il faudrait examiner, cas par cas, si son application aboutirait à une solution inacceptable, en laissant par exemple sans ressources des enfants en bas âge ou en cours d'études ».

interne, certains se prononcent déjà en faveur d'une réserve qui ne survivrait qu'en cas de nécessité¹⁰⁴⁸, à l'image des *family provisions* de droit anglais.

On peut en effet trouver une justification alimentaire à la réserve. Elle trouve une partie de ses racines dans la légitime romaine, qui était fondée sur le devoir d'assistance familiale¹⁰⁴⁹. Elle est souvent présentée comme le « prolongement post-mortem de l'obligation alimentaire » unissant les parents et les enfants. Les obligations alimentaires réciproques entre parents et enfants donnaient ainsi lieu à une réserve réciproque¹⁰⁵⁰. La disparition de la réserve des ascendants révèle néanmoins que le législateur n'a pas entendu donner une telle justification alimentaire à la réserve : l'obligation alimentaire des parents ne se prolonge plus après le décès des enfants, et ces derniers ne se sont pas vus attribuer une créance alimentaire pour compenser cette perte¹⁰⁵¹, mais un droit de retour légal¹⁰⁵².

La réserve remplit certes un rôle alimentaire, mais il s'agit d'une fonction parmi d'autres. Si on ne peut renoncer par avance à son droit aux aliments¹⁰⁵³, « à un droit aussi vital, ni pour l'avenir, ni pour le présent, ni même pour le passé »¹⁰⁵⁴, il est possible de renoncer à sa réserve avant l'ouverture de la succession¹⁰⁵⁵. Toutefois, la renonciation à l'action en réduction peut être révoquée, au jour de l'ouverture de la succession, si le renonçant se trouve être dans « un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires » (art. 930-3 2° du c. civil). On voit donc bien le lien entre réserve héréditaire et obligation alimentaire : sans avoir un fondement alimentaire, la réserve peut remplir le rôle de la créance alimentaire¹⁰⁵⁶, si bien que si l'enfant ayant renoncé à son action en réduction se trouve dans un état de besoin, il pourra réclamer des aliments à la succession¹⁰⁵⁷. La plupart du temps, la réserve rend donc inutile le recours à l'obligation alimentaire et s'y substitue. Ce n'est cependant pas son objectif premier. Si elle permet en définitive de rétablir la situation économique d'un enfant dans le

¹⁰⁴⁸ «A la façon de l'obligation alimentaire, la réserve pourrait s'orienter vers une obligation familiale élargie, uniquement pour les cas de besoin de tel ou tel proche » R. Libchaber, "Des successions en quête d'avenir", RTD civ. 2016, p. 729

¹⁰⁴⁹ Cf. *supra*, voir aussi C. Brenner, « Fasc. 10 LIBERALITES – Réserve héréditaire. Quotité disponible. - Nature, Caractère, Fondement et Dévolution de la réserve », *Jurisclasseur Civil Code*, n° 71

¹⁰⁵⁰ C. Brenner, *ibid*, n° 71; Josserand, *Cours de droit civil positif*, t. 3, Sirey, 3e éd. 1940, n°1657

¹⁰⁵¹ Une créance alimentaire a cependant été octroyée aux ascendants ordinaires (art. 758 c. civil)

¹⁰⁵² Article 738-2 du code civil ; droit de retour légal plutôt favorable à la conservation des biens dans la famille, bien qu'il puisse s'exercer lui aussi en valeur.

¹⁰⁵³ L'obligation alimentaire est en effet indisponible et insusceptible de renonciation (Civ 2ème, 4 mars 1987, n° 86-10.453, Bull. 1987, II, n° 60; Civ.2ème, 17 octobre 1985, n° 84-15.135, Bull. 1985, II, n° 157; Civ. 2ème, 2 mai 2001, n° 99-15.714, Bull. 2001, II, n° 80; Civ. 1ère, 11 juillet 2006, n° 04-14.185, Bull. 2006, I, no 388)

¹⁰⁵⁴ E. Alfandari, *précité*

¹⁰⁵⁵ La RAAR, Art. 930-1 et s. c. civil

¹⁰⁵⁶ Elle ne garantit toutefois pas de combler tous les besoins du créancier, elle peut dans certaines circonstances être moins intéressante que la créance alimentaire (v. en ce sens l'arrêt *précité* Cass. Civ. 1ère, 30 janv. 2019, n° 18-13.526, Dr. Fam. 2019, comm. 83, M. Nicod)

¹⁰⁵⁷ Art. 930-4 c. civil

besoin, ce n'est que par ricochet. La réserve héréditaire va au-delà de la simple obligation alimentaire.

392. Il apparaît en effet difficile de donner un fondement alimentaire à la réserve lorsque la notion de besoin, fondement de l'obligation alimentaire, est étrangère à la réserve et ne conditionne pas son octroi. Les besoins des successibles sont traités par d'autres mécanismes que celui de la réserve. Le conjoint survivant, parfois réservataire, a des droits spécifiques au logement et une créance d'aliments contre la succession, « conçue en toute indépendance de la réserve héréditaire »¹⁰⁵⁸. Cette créance alimentaire pourrait en théorie être octroyée, en sus de sa réserve (art. 767 c. civil)¹⁰⁵⁹. Si la réserve avait une nature alimentaire, le caractère subsidiaire de la réserve du conjoint ne se justifierait d'ailleurs pas : le conjoint devrait, dans tous les cas, en présence ou en l'absence d'enfant, être réservataire, si celle-ci était justifiée par le droit aux aliments.

La réserve des enfants se trouve par ailleurs très souvent en nue-propriété, en présence du conjoint survivant. Ainsi, du vivant de ce dernier, il est difficile de donner un caractère alimentaire aux droits en nue-propriété attribués aux enfants.

393. Il serait en réalité difficile de n'apporter qu'une seule justification à la réserve. Elle est le fruit d'un mélange de traditions juridiques qui se sont succédé en droit français : légitime romaine, réserve coutumière, réserve issue de l'époque révolutionnaire, réserve du code civil de 1804, réserve issue de la réforme de 2006¹⁰⁶⁰... La réserve s'est adaptée à son époque et s'est à chaque fois transformée, mais subsiste toujours une idée : celle de la solidarité familiale et de la protection. Elle assure certainement une subsistance, un minimum vital, aux enfants malgré le décès du défunt, mais au-delà, elle préserve leur liberté individuelle en cas d'éventuelles pressions familiales, elle assure un minimum d'égalité entre les enfants, de même qu'une certaine solidarité et cohésion familiale, qui pourrait être bousculée par des libéralités consenties à des tiers. Elle protège autant les enfants que le défunt : si elle permet aux enfants de maintenir leur niveau de vie, elle protège aussi le défunt contre des pressions extérieures¹⁰⁶¹. La protection offerte par la réserve est donc multiple, notamment financière, mais aussi morale.

¹⁰⁵⁸ C. Brenner, précité, n° 71

¹⁰⁵⁹ C. Brenner, *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Cf. *supra*, n°175 ss.

¹⁰⁶¹ En ce sens, v. *infra* p. 187 et le rapport du 108ème congrès des Notaires, *La transmission*, 2012, p.256

S'en tenir au fondement alimentaire de la réserve paraît donc réducteur. Or, si l'ordre public international doit prendre en compte la réserve, il ne doit oublier aucun de ses aspects.

Les finalités du droit successoral et du droit alimentaire ne sauraient en effet être confondues : le droit successoral répond à une fin collective, la cohésion de la famille, tandis que le droit aux aliments apparaît beaucoup plus individualiste. La famille y est vue comme un moyen, et non comme une fin : « la fin, c'est l'intérêt de l'individu dans le besoin, et ce besoin est individuel »¹⁰⁶². La décision de la Cour de cassation contribue donc à transformer la finalité du droit successoral : d'un fondement familial, on passe à un fondement essentiellement individualiste.

Il n'est pas certain par ailleurs que donner un fondement alimentaire au droit successoral soit facteur de progrès. Ainsi qu'a pu le dire un auteur, le droit des successions est un droit de progrès, « malgré ses racines plongées dans le passé, le droit successoral est tourné vers l'avenir »¹⁰⁶³. Au contraire, le droit alimentaire, « malgré ses projections vers l'avenir, est un droit de maintien : il s'agit de conserver, en l'état, une vie humaine. Il se réfère à la notion de minimum vital ». C'est donc un droit successoral à deux vitesses que la Cour de cassation propose. Dans un contexte international, il s'agit d'assurer un minimum vital aux enfants et rien de plus. Dans un contexte interne, il s'agit de maintenir une cohésion familiale autour de biens successoraux, qu'ils soient en nature ou en valeur.

394. ***Une réserve « pars bonorum » ?*** – Transformée en créance alimentaire, la réserve se rapproche davantage de la créance « contre la succession » que « dans la succession ». Elle ressemble en effet à la créance « pars bonorum » du droit romain ou du droit germanique que les enfants peuvent réclamer à la succession sans pour autant être héritiers.

Pourtant, la Cour de cassation a toujours consacré la nature successorale de la réserve. De la définition donnée en 1863¹⁰⁶⁴, il ressortait une conception successorale de la réserve : le réservataire tenant ses droits de sa seule qualité d'héritier, il a droit à sa réserve non pas en raison de sa situation économique ou de ses propres mérites, mais parce qu'il vient à la succession en tant qu'héritier. La décision du 27 septembre 2017 semble donc aller à contre-courant de cette définition. Pourtant, un arrêt ultérieur, en date du 25 octobre 2017, est venu

¹⁰⁶² E. Alfandari, « Droits alimentaires et droits successoraux », précité, spec. p. 4

¹⁰⁶³ E. Alfandari, *Ibid*

¹⁰⁶⁴ Ch. réun. 27 nov. 1863, *DP* 1864. 1. 5, note Brésillion; *S.* 1863. 1. 513; *GAJC*, 12e éd., Dalloz, Paris, 2007, n° 138 : La réserve est « la succession elle-même », diminuée de « la portion des biens que le père et la mère peuvent donner, soit à leurs enfants hors part, soit à des étrangers »

confirmer le caractère successoral de la réserve¹⁰⁶⁵. Il s'agissait en l'espèce de la réserve du conjoint survivant. Le défunt, sans enfant, avait laissé à sa succession son époux et trois légataires particuliers. Avant d'engager toute action en réduction contre les legs particuliers, le conjoint avait cédé ses droits dans la succession à un tiers. Le cessionnaire avait alors voulu exercer son action en réduction contre les légataires particuliers qui lui opposaient son absence de qualité d'héritier réservataire pour pouvoir exercer cette action. Se posait donc la question de savoir si l'action en réduction avait pu être transmise par le conjoint avec ses droits successifs au tiers ou si elle avait disparu du fait de la cession (en effet, le conjoint n'aurait pas pu conserver l'action puisqu'en cédant ses droits successifs, il avait perdu sa qualité à agir). En d'autres termes, l'action en réduction était-elle strictement attachée à la personne de l'héritier réservataire ou le cessionnaire des droits réservataires pouvait-il l'invoquer ? La Cour de cassation donna raison au cessionnaire. Sur le fondement des dispositions de l'article 921 al 1^{er} du code civil, la réduction des libéralités ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause. Par conséquent, la Haute juridiction juge que le cessionnaire, en sa qualité d'ayant cause, avait pu demander la réduction des legs. « La protection de la réserve suit (donc) la réserve en quelques mains que celle-ci passe »¹⁰⁶⁶. Si l'action en réduction, qui protège la réserve, est transmise avec les droits successifs, c'est parce que l'action en réduction est « vissée à la réserve »¹⁰⁶⁷, qui elle-même est une part de la succession, une *pars hereditatis*, et non une *pars bonorum*. Si elle avait été une créance contre la succession, seul l'héritier réservataire en aurait été titulaire.

La nature successorale de la réserve semble par ailleurs être confirmée par le sens de la loi elle-même, qui fait un lien entre héritiers légaux et héritiers réservataires : pour être réservataire, il faut au moins être héritier dans le cadre de la succession légale¹⁰⁶⁸ ; et si un héritier renonce à la succession, il renonce aussi à sa réserve¹⁰⁶⁹.

En dépit des apparences, la réserve semble donc toujours conserver une réelle nature successorale, que la Cour de cassation vient paradoxalement remettre en cause en voulant la remplacer par une créance alimentaire dans un contexte international.

¹⁰⁶⁵ Civ 1^{ère}, 25 oct. 2017, n°16-20.156, JCP N 2018 1046, N. Randoux

¹⁰⁶⁶ N. Randoux, "Réserve héréditaire: rappel opportune de la Cour de cassation", JCP N 2018 1046

¹⁰⁶⁷ *Ibid*

¹⁰⁶⁸ Dans la succession *ab intestat*, les enfants, héritiers privilégiés par le législateur, excluent tous les autres parents, ascendants et collatéraux ; dans la succession testamentaire, ils sont réservataires. Ils n'excluent en revanche pas le conjoint dans la succession légale, ce dernier vient à leur côté. Or, le conjoint est lui aussi un héritier réservataire. Avant 2006, quand les ascendants privilégiés étaient réservataires, il ne l'étaient que s'ils auraient été successibles dans la dévolution légale, c'est-à-dire lorsque le de cujus ne laissait pas de postérité. Quant aux ascendants ordinaires, ils n'étaient réservataires qu'en l'absence de père et mère ou de collatéraux privilégiés.

¹⁰⁶⁹ Art. 912 du code civil.

395. ***Abandon du principe d'égalité entre les enfants.*** – Si la nature de la réserve se trouve transformée à l'issue de la décision de la Cour de cassation, le principe d'égalité entre les enfants dans le partage, et plus généralement, dans la succession, se trouve quant à lui anéanti. « Ce principe commande que chaque enfant, et plus généralement, chaque copartageant, reçoive la même part successorale sans qu'aucune considération d'ordre personnel n'entre en jeu, les facteurs d'individualisation étant laissés à la seule initiative du *de cujus* par le moyen du testament »¹⁰⁷⁰. Or, dans la mesure où la réserve, ou même une créance alimentaire, n'est attribuée qu'à l'enfant dans le besoin, l'ordre public impose *de facto* une attribution inégalitaire des biens aux enfants, en raison de circonstances personnelles, tenant à la situation économique de chacun.

Remplacer la réserve par un droit aux aliments va à contrecourant de l'esprit du droit successoral français. Instaurer un rapport alimentaire entre les enfants et la succession c'est instaurer un rapport inégalitaire entre les enfants (car tous ne seront pas forcément dans le besoin), alors que tout notre système successoral repose sur un principe d'égalité entre frères et sœurs (« égalité dans l'affection, égalité dans le traitement, égalité dans la transmission successorale »¹⁰⁷¹).

Dès lors, nous pensons que si la réserve doit être réintroduite via l'exception d'ordre public, elle doit l'être pour tous les enfants, peu importe leur situation personnelle, sous peine de remettre en cause les fondements les plus profonds de notre droit des successions. Une telle solution serait cependant contradictoire avec l'affirmation première de la Cour de cassation : « la réserve héréditaire n'est pas en soi d'ordre public international ». Ce serait en effet reconnaître implicitement que l'égalité successorale et la réserve héréditaire sont d'ordre public international.

Ce n'est pas en ce sens qu'a voulu aller la Cour de cassation, et la décision ne sera pas sans effet, à terme, sur l'ordre public interne.

b) La réserve transformée en droit interne

396. On connaît l'influence du droit international privé sur le droit interne¹⁰⁷². Le droit des

¹⁰⁷⁰ D. Perney, *précitée*, p. 835

¹⁰⁷¹ E. Alfandari, *précité*

¹⁰⁷² V. sur cette question, v. S. Godechot-Patris, « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit

régimes matrimoniaux en est un exemple¹⁰⁷³. Si on donne un fondement alimentaire à la réserve en droit international, il n'y a pas de raison de ne pas lui donner en droit interne. L'ordre public interne donne en principe sa coloration à l'ordre public international. Par conséquent, si la réserve est alimentaire dans l'ordre international elle devrait nécessairement l'être dans l'ordre interne. L'évolution de la réserve en droit interne semble dès lors en marche¹⁰⁷⁴.

Or, si les fondements de la réserve se trouvent bouleversés en droit interne, l'exception introduite par la Cour de cassation impacte en revanche peu, en pratique, l'ordre international.

2) La portée limitée de la décision sur le plan international

397. L'héritier a finalement très peu de chance de récupérer sa réserve que ce soit sur les biens situés en France ou aux Etats-Unis. Les actions des héritiers réservataires français prospèrent en effet rarement aux Etats-Unis (a), et les exceptions envisagées par la Cour de cassation, dans lesquels l'ordre public international pourrait intervenir, semblent constituer une simple pétition de principe (b).

a) Portée de l'ordre public interne français aux Etats-Unis

398. La plupart des Etats américains refusent purement et simplement d'accueillir l'action

comparé : alliance ou mésalliance ? » in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 501 et s.

¹⁰⁷³ Pendant longtemps, le principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux s'est imposé avec la plus grande fermeté en droit français (l'ancien art. 1395 du code civil de 1804 posait le principe selon lequel les conventions ne pouvaient recevoir aucun changement après la célébration du mariage). Les raisons données pour justifier ce principe d'immutabilité ne sont d'ailleurs pas sans rappeler celles relatives à la réserve. Tout d'abord, le mariage était conçu comme un pacte de famille qu'on ne pouvait permettre aux seuls époux de modifier. Le régime matrimonial devait rester intangible pour ne pas venir déjouer les prévisions familiales au cours de l'union. Cette justification rappelle celle de la réserve coutumière qui assurait la conservation des biens dans la famille et unissait les personnes autour des biens. Comme en matière de régimes matrimoniaux, les prévisions familiales prenaient le pas sur l'autonomie de la volonté. Le principe d'immutabilité du régime matrimonial était en outre protecteur des époux en ce qu'il empêchait l'un des conjoints de céder aux pressions de l'autre pour obtenir la modification du contrat. De la même manière, on l'a vu, la réserve héréditaire protège les enfants contre les pressions parentales. Ces justifications ont fait perdurer le principe d'immutabilité pendant 150 ans puis ont commencé à être remises en cause. La loi du 13 juillet 1965 a d'abord apporté une innovation remarquable en introduisant la mutabilité judiciaire contrôlée à l'article 1397 du code civil. Même si la modification du régime ne pouvait se faire que devant un juge et que les époux n'étaient pas encore souverains en la matière, on pouvait déjà voir, dans cette loi de 1965, un premier pas vers l'assouplissement du principe, un premier pas vers l'autonomie de la volonté, telle que la loi de 2006 pourrait l'être concernant la réserve héréditaire. La convention de la Haye du 14 mars 1978, entrée en vigueur le 1er septembre 1992, permettant aux époux dont la situation présente un élément d'extranéité de changer de loi et de régime matrimonial sans contrôle judiciaire (art. 6 de ladite Convention) a assurément influencé la législation interne. La loi du 2 juin 2006 a en effet posé le principe d'un changement de régime purement conventionnel. Dès lors que des époux pouvaient librement changer leur régime matrimonial en présence d'un élément d'extranéité, il devenait difficile de ne pas assouplir les modalités du changement dans une situation purement interne.

¹⁰⁷⁴ Un projet de réforme est d'ailleurs actuellement à l'étude à la Chancellerie.

d'un héritier réservataire contre un trust constitué par le défunt, dès lors que le trust a été soumis à la loi américaine. C'est ainsi que dans l'Etat de New York, "*whenever a person, not domiciled in this state, creates a trust which provides that it shall be governed by the laws of this state, such provision shall be given effect in determining the validity, effect and interpretation of the disposition in such trust of: any trust property situated in this state at the time the trust is created, personal property, wherever situated, if the trustee of the trust is a person residing, incorporated or authorized to do business in this state or a national bank having an office in this state*"¹⁰⁷⁵. Si le trust est régi par le droit américain, il ne sera pas remis en cause et l'action de l'héritier réservataire français n'aboutira pas¹⁰⁷⁶. Par ailleurs, à propos des *reserved share*, la section 242 du Restatement of Conflict of laws dispose que les tribunaux "*would usually apply their own local law in determining such questions*"¹⁰⁷⁷. Dès lors, par analogie, le droit de l'enfant héritier réservataire devrait être traité conformément à la loi américaine. Celui-ci ne reconnaissant pas de réserve similaire à celle du droit français, une telle action serait semblerait-elle vaine devant les tribunaux américains¹⁰⁷⁸.

399. Si l'héritier réservataire peut difficilement agir aux Etats-Unis contre les trusts constitués par le défunt, il en va de même à propos des donations entre vifs que ce dernier a pu faire sur des biens situés sur le territoire américain : « *There is a long line of New York cases disallowing foreign law claims, including forced heirship claims, against lifetime dispositions of New York property by non-New York domiciliaries* »¹⁰⁷⁹. Une affaire « *Re Meyer* » soumise

¹⁰⁷⁵ NY, EPTL 7-1.10 cité par M. W. Galligan, "Forced Heirship in the United States of America, with particular reference to New York State, Trusts and Trustees, Vol. 22, n°1, February 2016, p. 103-118 (*Quand une personne, non domiciliée dans l'Etat de New York, constitue un trust et qu'elle le soumet aux lois de cet Etat, les dispositions de cette loi régiront les questions relatives à la validité, les effets et l'interprétation du trust, concernant notamment, tous biens situés dans cet Etat au moment où le trust a été constitué, et tous les biens personnels, qu'importe où ils se trouvent, si le « trustee » est une personne domiciliée dans cet Etat ou est autorisée à exercer dans cet Etat ou dans une banque ayant un bureau dans cet Etat*).

¹⁰⁷⁶ Il en va de même dans les Etats du Delaware et du South Dakota : "*Delaware and South Dakota each expressly exclude heirship claims from the claims that creditors can take against qualified dispositions in trust*", M. W. Galligan, "Forced Heirship in the United States of America, with particular reference to New York State, Trusts and Trustees, Vol. 22, n°1, February 2016, p. 103-118 (*Les Etats du Delaware et du South Dakota distinguent clairement les prétentions des héritiers des actions des créanciers successoraux contre le trust*)

¹⁰⁷⁷ Section 242 of the Restatement (Second) of Conflict of laws (*Les tribunaux appliquent généralement leurs propres lois pour régir ces questions*)

¹⁰⁷⁸ En ce sens: M. W. Galligan, *Ibid*, p. 113: "If we analogize the rule of section 242 to a forced share claim made by a child or other relative of a deceased person, it would appear that the courts of the situs can be expected to apply their own local rules. In the 49 states of the USA that do not recognize forced heirship claims for children (...) one would expect that such forced share claims would not be recognized in respect of real property located in those states and that, in Louisiana, such claims would be recognized, if at all, only to the extent recognized under Louisiana law".

¹⁰⁷⁹ M. W. Galligan, *Ibid*, p. 117 (*Il y a de nombreuses affaires dans lesquelles les actions fondées sur le droit étranger ont été rejetées, y compris les actions des héritiers réservataires, contre les dispositions entre vifs portant sur des biens situés à New York faites par des personnes non domiciliées à New York.*)

à la Cour d'appel de New York¹⁰⁸⁰ en 2009 en offre une illustration. Il y a été jugé que les donations de biens mobiliers situés à New York par un *de cuius* domicilié en France ne pouvaient être soumises à réduction dans la mesure où la validité et les effets de la donation étaient régis par la loi du lieu où se situaient les biens à l'époque de l'acte. En effet, même si la succession mobilière est soumise à la loi française, les donations entre vifs faites par le défunt restent soumises à la loi américaine et ne peuvent être réduites¹⁰⁸¹.

Un héritier réservataire français a par conséquent peu de chance de récupérer sa réserve sur des biens situés aux Etats-Unis, dès lors qu'ils ont été mis en trust ou ont fait l'objet d'une donation entre vifs. Il ne pourra la réclamer que sur les biens situés en France, à condition toutefois que la succession soit soumise à la loi française.

Sous l'empire de la loi américaine en effet, l'exception envisagée par la Cour de cassation relative à l'état de besoin des héritiers n'aura que très peu l'occasion d'être mise en œuvre.

b) L'exception envisagée par la Cour de cassation : une simple pétition de principe ?

400. L'exception envisagée par la Cour de cassation sur l'état de précarité et de besoin des héritiers aura très peu vocation à jouer. Le droit successoral californien lui-même connaît un droit de secours au bénéfice notamment des enfants du défunt en état de dépendance vis-à-vis de celui-ci¹⁰⁸². L'exception d'ordre public n'aurait donc pas eu à intervenir dans le cas d'espèce, la loi californienne protégeant déjà, *in concreto*, les enfants dans le besoin. La plupart des Etats américains connaissent en effet un système de protection des proches du défunt (1). C'est en réalité le cas de tous les pays de *common law*, y compris en droit anglais, qui connaît les *family provisions* (2).

1. La protection du conjoint et des enfants aux Etats-Unis

¹⁰⁸⁰ *Re Meyer*, 876 NYS 2d 7 (Appellate Division for the First Department, 2009)

¹⁰⁸¹ “We perceive no valid policy distinction that would allow a nonresident testator to avoid French heirship claims by invoking New York law with respect to assets physically situated in New York... but not with regard to previous *intervivos* transfers of assets physically situated in New York” (*Re Meyer*, 876 NYS 2d 7 (Appellate Division for the First Department, 2009)); La même règle existe au Royaume-Uni: la succession ne porte que sur les biens existants au jour du décès. Le système anglo-saxon n'admet pas que les donations entre vifs puissent être remises en cause au jour de l'ouverture de la succession sur le fondement d'une loi successorale étrangère. C'est l'une des raisons pour laquelle le Royaume-Uni a refusé de participer au règlement européen « successions ».

¹⁰⁸² Ce que la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 16 décembre 2015 (Colombier) avait relevé: “étant observé que le Code des successions de l'Etat de Californie (sections 6540 et 6541) comporte des dispositions permettant l'octroi par le juge d'une allocation familiale alimentaire de secours sur la succession au profit des enfants adultes du défunt qui étaient effectivement en totalité ou en partie à sa charge”

401. Les Etats-Unis¹⁰⁸³ sont souvent cités en exemple comme étant le pays de la pleine liberté testamentaire, où la réserve héréditaire n'existe pas. Il est vrai qu'on ne trouvera dans aucun des 50 états une réserve héréditaire semblable à la nôtre. Deux exceptions doivent toutefois être signalées :

- La Louisiane connaît une « forced heirship », héritée de la tradition juridique française. Avant qu'elle soit réformée en 1980, elle ressemblait davantage à notre réserve héréditaire. L'article 1493 du code civil louisianais actuel réserve une part de la succession aux enfants de moins de 24 ans et aux enfants qui ne peuvent pas subvenir par eux-mêmes à leurs besoins. Il existe un mécanisme de représentation des enfants de moins de 24 ans prédécédés par leurs petits-enfants. Cette part représente 25% de la succession en présence d'un enfant répondant à ces critères et 50% de la succession, en présence de deux enfants ou plus. Pour le calcul de cette *forced share*, les donations de moins de trois ans sont prises en compte (autres que celles faites à l'épouse), ainsi que tous les avantages et donations ayant été consentis aux enfants et qui seront déduits de leur part. Comme en droit français, les assurances-vie ne sont pas comptées dans ce calcul. Toutefois, grâce à la *forced share*, l'enfant ne peut recevoir plus que ce qu'il aurait reçu dans le cadre de la succession *ab intestat*. Par conséquent, si cette « part réservataire » était plus importante, elle serait réduite au montant de la part qui aurait été obtenue *ab intestat*. Enfin, la *reserved share* peut être grevée de l'usufruit du conjoint. L'enfant peut par ailleurs être exhéredé par ses parents pour « justes motifs »¹⁰⁸⁴, ce qui éliminera la réserve. Le *de cuius* peut aussi pourvoir l'enfant de sa réserve en le prévoyant dans un trust¹⁰⁸⁵.
- Porto Rico, qui n'est pas un état mais un territoire américain, connaît un régime semblable à la réserve héréditaire, du fait de sa tradition juridique civiliste.

402. Dans les autres Etats, la volonté de protéger certains proches du défunt, et notamment l'épouse, n'est pas non plus absente du droit des successions et vient aussi limiter la liberté du testateur¹⁰⁸⁶. Il y existe en effet des équivalents à l'obligation alimentaire ou d'entretien après

¹⁰⁸³ Chaque Etat a son propre droit des successions, il faut donc recenser 50 droits différents

¹⁰⁸⁴ Art. 1494 du code civil louisianais

¹⁰⁸⁵ Voir sur ce point: M. W. Galligan, précité, p. 103-118

¹⁰⁸⁶ Sachant que la protection du conjoint survivant est plus forte encore dans les Etats qui connaissent le régime légal de la séparation de biens par rapport à ceux qui ont instauré un régime de communauté. Ex. l'Arizona, la Californie, l'Idaho, la Louisiane, le Nouveau Mexique, le Nevada, le Texas, Washington et le Wisconsin ont adopté le régime légal de communauté. Les biens acquis pendant le mariage sont communs et les autres restent propres. Au décès, le conjoint survivant recueillera la moitié des biens communs.

décès, et même des mécanismes que l'on pourrait rapprocher de la réserve héréditaire.

- **Les équivalents à l'obligation alimentaire ou d'entretien après décès en droit américain :**

403. L'*Uniform Probate Code*, adopté par de nombreux Etats¹⁰⁸⁷ et propice à l'harmonisation du paysage juridique américain¹⁰⁸⁸, prévoit plusieurs moyens de protéger le conjoint survivant et les enfants. L'« homestead allowance »¹⁰⁸⁹ donne au conjoint survivant, et à défaut aux enfants mineurs ou enfants dont l'entretien dépendait du défunt, le droit à une allocation de 22500 dollars permettant de financer les frais relatifs au logement. En plus de l'« homestead allowance », les mêmes ont le droit à une « family allowance »¹⁰⁹⁰, sorte de pension alimentaire accordée pendant le temps d'administration de la succession. Son montant est déterminé par l'exécuteur testamentaire dans la limite de 27.000 dollars. Au-delà, ou si le montant est contesté, les intéressés devront saisir le juge¹⁰⁹¹.

Ces créances contre la succession, que l'on pourrait qualifier « d'alimentaires », sont octroyées sans que le besoin ne soit démontré, il est présumé de manière irréfragable. Le conjoint survivant et à défaut les enfants, ont aussi droit de se servir à hauteur de 15 000 dollars parmi les meubles meublants, automobiles, et les divers effets personnels composant la succession¹⁰⁹². L'Etat de New York prévoit quant à lui un « *Benefit of family* », réservé au conjoint survivant, ou à défaut, à l'enfant de moins de 21 ans, leur permettant de récupérer les divers objets personnels et familiaux ayant appartenus au défunt¹⁰⁹³.

Les Etats du Texas et de la Floride protègent spécifiquement le logement de la famille. Au Texas, le logement familial ne peut pas être partagé entre les héritiers tant que le conjoint est encore en vie ou tant qu'il occupe le logement. En Floride, il ne peut pas être légué en présence du conjoint ou d'enfants mineurs, à moins qu'il soit légué au conjoint, en l'absence d'enfants mineurs¹⁰⁹⁴. Dans le cadre de la succession *ab intestat*, le conjoint survivant a toujours le droit

¹⁰⁸⁷ Alaska, Arizona, Colorado, Hawaii, Minnesota, Montana, New Mexico, North Dakota, South Dakota

¹⁰⁸⁸ L'Unified ou Uniform Probate Code (sorte de code de droit des successions) a été mis au point par la *national conference of commissioners* et proposé comme source d'inspiration aux législateurs des Etats (v. P-A Conil, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américains, *Dr famille* 2013, précité)

¹⁰⁸⁹ Uniform Probate Code ss 2-402 and 1-109

¹⁰⁹⁰ UPC section 2-404

¹⁰⁹¹ UPC section 2-405

¹⁰⁹² UPC 2-403 and 1-109

¹⁰⁹³ vêtements, souvenirs, etc. dans la limite d'une certaine valeur

¹⁰⁹⁴ *Article 10 Section 4 (c) of the Florida Constitution*

à un usufruit sur le logement de la famille, dont la nue-propriété sera divisée entre les héritiers légaux¹⁰⁹⁵.

- **Les équivalents à la réserve héréditaire en droit américain :**

404. L'*elective share* accordée au conjoint survivant séparé de biens peut bel et bien être assimilée à une sorte de réserve héréditaire. Elle est en effet prévue par les lois fédérales des Etats où le régime légal est de type séparatiste¹⁰⁹⁶ et ne dépend pas des aléas de l'appréciation souveraine des juges du fond. Le conjoint y a le droit dans tous les cas, même en présence d'enfants.

D'après la section 2-202 de l'*Uniform Probate Code*, le conjoint a droit à une part équivalente à 50% des biens du couple¹⁰⁹⁷. Et si cette portion n'atteint pas les 75.000 dollars, une part supplémentaire lui est octroyée afin d'atteindre cette somme¹⁰⁹⁸.

Représentatif du système successoral américain, le droit de l'Etat de New-York prévoit lui aussi une « *elective share* » au profit du conjoint survivant¹⁰⁹⁹. Le montant de cette part réservée au conjoint est égale à la plus forte des deux sommes entre 50.000 dollars (si l'actif successoral net n'atteint pas ce montant, le montant de l'actif net) et le 1/3 de l'actif net successoral¹¹⁰⁰. Les autres Etats qui connaissent un régime matrimonial de type communautaire protègent le conjoint survivant par le biais des régimes matrimoniaux. L'idée est que le conjoint ne soit pas mieux protégé en cas divorce qu'en cas de décès : « *The approach in the UPC (Uniform Probate Code) is based on the economic partnership theory of marriage and tries to achieve*

¹⁰⁹⁵ F S 732.401 (1) *Florida Probate Code*: (...) shall descend in the same manner as other intestate property; but if the decedent is survived by a spouse and one or more descendants, the surviving spouse shall take a life estate in the homestead, with a vested remainder to the descendants in being at the time of the decedent's death per stirpes”

¹⁰⁹⁶ En ce sens, P-A Conil, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américains, Dr famille 2013, précité

¹⁰⁹⁷ La masse de calcul étant constituée de l'ensemble des biens du couple, y compris les assurances-vie souscrites par le défunt P-A Conil, *Ibid*

¹⁰⁹⁸ “The surviving spouse has: a right of election (...) to take an amount equal to 50 percent of the value of the marital-property portion of the augmented estate. A supplemental share amount is allowed when the value of property going to the surviving spouse from various sources does not equal \$75,000, to bring the surviving spouse's share up to that amount” (M. W. Galligan, “Forced Heirship in the United States of America, with particular reference to New York State, Trusts and Trustees, Vol. 22, n°1, February 2016, p. 103-118); et UPC section 2-202

¹⁰⁹⁹ « *Elective share of surviving spouse* »; NY EPTL 5-1.1-A « *Right of election by surviving spouse* »; « *Where a decedent dies on or after September first, nineteen hundred ninety-two and is survived by a spouse, a personal right of election is given to the surviving spouse to take a share of the decedent's estate (...)*”.

¹¹⁰⁰ NY EPTL 5-1.1-A (2) *The elective share, as used in this paragraph, is the pecuniary amount equal to the greater of (i) fifty thousand dollars or, if the capital value of the net estate is less than fifty thousand dollars, such capital value, or (ii) one third of the net estate. In computing the net estate, debts, administration expenses and reasonable funeral expenses shall be deducted, but all estate taxes shall be disregarded, except that nothing contained herein relieves the surviving spouse from contributing to all such taxes the amounts apportioned against him or her under 2-1.8.*

what is essentially an equitable dissolution of the marriage upon death analogous to what one might expect in the context of divorce »¹¹⁰¹. Ainsi, le conjoint survivant aura droit à la moitié des biens communs acquis pendant le mariage¹¹⁰².

L'Uniform Probate Code (UPC) prévoit aussi une « *protection of pretermitted spouse* » par laquelle le conjoint survivant ayant épousé le testateur après qu'il ait rédigé son testament, pourra, dans certaines conditions, réclamer une part de la succession¹¹⁰³.

405. En définitive, le conjoint survivant est protégé comme un héritier réservataire aux Etats-Unis. Les enfants quant à eux ne bénéficient pas d'une aussi large protection; toutefois, des correctifs sont souvent mis en place, surtout en faveur des enfants mineurs. Ils sont considérés comme étant dans le besoin et bénéficient d'une pension alimentaire, calculée par l'exécuteur testamentaire¹¹⁰⁴. Une partie du patrimoine est donc soustraite à la volonté du défunt, et constitue « de facto, une réserve, dont le but non dissimulé consiste à faire cesser un état de besoin chez ces personnes qui en raison du lien qui les unissait à lui font figure de créanciers auxquels il ne saurait refuser assistance »¹¹⁰⁵.

On peut par conséquent se demander dans quelles circonstances l'exception d'ordre public international aura vocation à jouer face aux lois successorales américaines dès lors qu'elles assurent expressément une prestation alimentaire minimum aux enfants.

406. **Undue influence.** - Il n'est pas rare non plus aux Etats-Unis de voir un testament

¹¹⁰¹ M. W. Galligan, précité, p. 103-118; UPC 2-201-2-214

¹¹⁰² *A right election to take an elective share amount equal to 50 percent of the value of the marital-property portion of the augmented estate* (UPC 2-202 (a))

¹¹⁰³ « *If a testator's surviving spouse married the testator after the testator executed a will, the surviving spouse is entitled to receive, as an intestate share, no less than the value of the share of the estate the surviving spouse would have received if the testator had died intestate as to the portion of the estate that is not devised to a child of the testator who was born before the testator married the surviving spouse and who is not a child of the surviving spouse and is not devised to a descendant of any such child or passes to such descendant by reason of an anti-lapse or similar statute. However, this provision does not apply if: it appears the will was made in contemplation of the marriage; the will expresses the intent that it should be effective regardless of any subsequent marriage; or the testator made provision for the surviving spouse outside the will with the apparent intent that such transfers take the place of any testamentary provision* » M. W. Galligan, précité, p. 103-118; UPC 2-301 (Si un conjoint survivant s'est marié avec le testateur après que celui-ci ait rédigé son testament, le conjoint survivant est habilité à recevoir, comme part de la succession, non moins que la valeur de la part que l'époux survivant aurait reçu si le testateur était mort ab intestat, c'est-à-dire la part qui n'est pas dévolue à l'enfant du testateur, non commun, né avant le mariage, ou à un descendant de cet enfant. Cependant, ces dispositions ne s'appliquent pas si : il apparaît que le testament a été fait au regard du mariage ; le testament exprime une intention qui tient compte du mariage ; ou si le testateur a pris des dispositions en dehors du testament en faveur du conjoint survivant, avec l'intention apparente que ces dispositions remplacent toute autre disposition testamentaire.)

¹¹⁰⁴ D'après la section 2-405 de l'Uniform Probate Code, son montant est déterminé par l'exécuteur testamentaire dans la limite de 27.000 dollars ou de 2250 dollars par mois pendant un an. Au-delà, ou en cas de contestation, les intéressés devront saisir le juge (cf. *supra*, n°403)

¹¹⁰⁵ Y. Lequette, note sous arrêt CA Paris, 23 janvier 1990, Rev. Crit. DIP 1991, p.92

exhérédant les enfants annulé pour *undue influence*¹¹⁰⁶. Si la garantie de la liberté testamentaire existe dans les textes, elle est en réalité bien souvent limitée par les tribunaux, sur le fondement de la doctrine de *l'undue influence*. Cette jurisprudence est destinée à protéger la volonté du testateur en annulant le testament vicié au motif qu'il a été rédigé sous l'emprise ou l'influence d'un tiers. Elle est justifiée par la sauvegarde de la liberté testamentaire mais est en fait "largement sortie de son cadre initial pour devenir le motif d'annulation de testament le plus fréquent aux Etats-Unis et symboliser l'instauration par la jurisprudence d'une forme de protection familiale extra-légale, d'un véritable spectre de réserve héréditaire"¹¹⁰⁷. Pour que *l'undue influence* soit caractérisée et la disposition invalidée, il faut en effet qu'elle soit jugée « anormale », contre nature¹¹⁰⁸. Or, les tribunaux imposent leur propre vision de ce caractère anormal : « plus le testament est inhabituel ou restrictif, plus il est doctrinaire, et plus grands sont les risques de contestation »¹¹⁰⁹. Ainsi, bien souvent, un testament qui déshérite les enfants sera considéré comme anormal¹¹¹⁰. Dès lors, à travers cette jurisprudence, les tribunaux imposent une certaine morale familiale, une certaine vision de la famille, de laquelle résulte une obligation de subvenir aux besoins de ses proches parents¹¹¹¹. Une protection judiciaire des héritiers présomptifs existe donc bien aux Etats-Unis, mais elle est plus surnoise, discrète et imprévisible. La théorie de *l'undue influence* est une réserve héréditaire qui ne dit pas son nom, soumise au pouvoir souverain des juges du fond¹¹¹².

Cette jurisprudence est la démonstration qu'il existe un vide dans la législation américaine que seuls les tribunaux arrivent à combler. La protection des membres de la famille du défunt

¹¹⁰⁶ Ex. CA Paris, 23 janvier 1990, Rev. Crit. DIP 1991, p.92, obs. Y. Lequette

¹¹⁰⁷ P-A Conil, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américains », précité ; v. aussi R.D Madoff, « Unmasking undue influence », *Minnesota Law Review*, Vol. 81, n°3, February 1997

¹¹⁰⁸ Le juge doit réunir 4 éléments pour caractériser *l'Undue Influence* : existence d'une relation de confiance entre le testateur et le légataire ; une participation du légataire à l'établissement du testament (celle-ci peut être indirecte, ainsi la simple prise de rendez-vous chez le lawyer peut être suffisante) ; le caractère influençable du testateur (maladie, âge...) ; et enfin le caractère anormal de la disposition (P-A Conil, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américains », précité).

¹¹⁰⁹ R. Shapiro, avocat, The Wall Street Journal, August 25, 2000, traduit de l'anglais par P-A Conil, précité.

¹¹¹⁰ « Quand les dispositions d'un testament sont injustes, déraisonnables et contre nature, faisant ainsi violence aux instincts naturels du cœur, aux injonctions de l'affection parentale, à la justice naturelle, aux promesses solennelles, à la morale, une telle inégalité inexplicée jouera un rôle décisif dans l'examen de la capacité de tester et de l'undue influence » (C.V. Horace Mann Life Ins. Co. Arkansas Court of Appeal 1987), traduit de l'anglais par P-A Conil, précité.

¹¹¹¹ En ce sens, P-A Conil, précité

¹¹¹² Un auteur a mis en évidence une corrélation entre l'usage de *l'undue influence* par les tribunaux américains et l'existence dans l'Etat concerné de protections légales contre l'exhérédation. C'est ainsi qu'en Géorgie, où la protection des enfants et du conjoint est inexistante, la théorie de *l'undue Influence* est appliquée par les tribunaux avec beaucoup de largesse : « un testament exhérédant femme et enfants sera examiné minutieusement et le moindre élément de doute permettra à la famille d'obtenir la nullité de ces dispositions ». En revanche, en Louisiane, quand la réserve était encore en vigueur, il n'était pas possible d'attaquer le testament pour *undue Influence*. Une fois que la réserve a été abolie cependant, la théorie de *l'undue influence* a été introduite devant les tribunaux (P-A Conil, précité, s'appuyant sur une étude de R.M Madoff, « Unmasking undue influence : Minnesota Law Review, Vol. 81, n°3, February 1997)

semble en effet naturelle, nécessaire, même aux yeux du plus libéral des droits.

407. L'application pure et simple devant les juridictions françaises de la loi successorale américaine, non assortie de ses « nuances » jurisprudentielles, risquerait donc d'être très sévère pour les enfants exhérédés¹¹¹³. On pourrait certes compter sur une interprétation « à l'américaine » des dispositions en cause par le juge français : ce dernier, appliquant le droit américain, pourrait en effet faire jouer les mécanismes jurisprudentiels américains qui limitent la liberté testamentaire du défunt¹¹¹⁴ (dans le cas contraire, une "dénaturation" du droit étranger pourrait peut-être même lui être reprochée). Il n'est toutefois pas certain que le juge français soit armé pour cela; l'expérience jurisprudentielle montre en effet que les juges français interprètent généralement "à la française" les règles matérielles étrangères¹¹¹⁵. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation a préféré appliquer la logique américaine à travers le jeu de l'exception d'ordre public.

2. Les family provisions en droit anglais

408. Le droit successoral anglais se fonde aussi sur un principe de liberté de tester, quasi sans limite. Il garantit toutefois aux héritiers sans ressources une créance alimentaire à la charge de la succession au moment du décès du testateur. Il s'agit du mécanisme des *Family Provisions*¹¹¹⁶, en vertu duquel les enfants du défunt, son conjoint et les personnes qui dépendaient économiquement de lui, peuvent demander au juge une prestation à charge de la succession. Cette prestation a un fondement alimentaire et n'est attribuée que si l'état de besoin du demandeur la rend nécessaire¹¹¹⁷. Ce n'est pas un droit, puisque l'attribution de cette prestation est laissée à la discrétion du juge¹¹¹⁸.

¹¹¹³ Ils seraient moins bien protégés par le juge français que par le juge américain

¹¹¹⁴ En recherchant l'*undue influence* notamment

¹¹¹⁵ V. en ce sens la jurisprudence relative aux « mariages gris » dans laquelle l'intention matrimoniale est interprétée « à la française », sur le fondement de la loi nationale étrangère de l'époux, not. Cass. Civ. 1ère, 1er juin 2011, n° 09-67.805 : Bull. civ. 2011, I, n° 102 ; AJF juill.-août 2011 ; Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.367, non publié ; et l'article de F. Monéger, « Consentement au mariage, intention matrimoniale et « mariages gris » in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017

380, 1re esp., note A. BOICHÉ.

¹¹¹⁶ Institué par « l'Inheritance Family Provisions Act » de 1938, modifié en 1952 par « l'Intestates's Estates Act » relatif à la succession « ab intestat », puis en 1966, par la loi sur la « Family Provision Act », et enfin en 1976, par « l'Inheritance (Protection for Family and Dependents) Act » de 1975.

¹¹¹⁷ Le demandeur doit établir qu'au regard de sa situation économique, la prestation qu'il a reçu dans la succession ne constitue pas une "prévision économique raisonnable" : Section 1 (1) de la loi de 1975, précitée : « (...) on the ground that the disposition of the deceased's estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such to make reasonable financial provision for the applicant ».

¹¹¹⁸ Le juge doit évaluer si le demandeur a reçu une "prévision économique raisonnable", cette évaluation varie en fonction

Pour réussir dans son action, le demandeur doit prouver qu'il remplit les conditions suivantes¹¹¹⁹:

- 1) *Que le défunt est décédé en étant domicilié en Angleterre ou au Pays de Galle*
- 2) *Qu'il entre dans l'une des catégories suivantes:*
 - *conjoint du défunt ou partenaire (civil partner) depuis 2004*
 - *ancien conjoint du défunt, non remarié*
 - *enfant du défunt*
 - *une personne qui, sans être un enfant né du mariage du de cujus, était cependant traité par celui-ci comme tel,*
 - *toute personne qui, juste avant le décès du défunt, était entretenue, totalement ou partiellement par lui (ex. concubin).*
- 3) *Que le défunt n'a pas avant sa mort pris de disposition financière raisonnable en faveur du demandeur.*
- 4) *La demande doit être faite dans les 6 mois de l'édition du grant of probate ou letters of administration*

En ce qui concerne la troisième condition, le juge saisi doit évaluer si le demandeur a reçu une "provision économique raisonnable", l'évaluation de celle-ci variant en fonction de celui qui réclame la prestation. Par exemple, si c'est le conjoint ou le partenaire survivant, la prestation est évaluée de manière tout à fait objective, indépendamment de ses besoins réels¹¹²⁰. Le juge évalue la part qu'il serait « raisonnable » d'attribuer à un conjoint ou partenaire survivant, la provision est donc évaluée par rapport à un standard. L'explication est la même qu'en droit américain : la situation de l'époux au décès ne peut être moins favorable à celle en cas de divorce¹¹²¹.

En revanche, pour les enfants, la *family provision* est attribuée subjectivement, en fonction de la personne et de ses besoins (par rapport à son âge, son emploi, sa capacité, son éducation, son

de celui qui réclame la prestation. Par exemple, si c'est le conjoint survivant, la provision économique est évaluée indépendamment de ses besoins réels. En revanche, pour les autres, elle est attribuée en fonction de leurs besoins (par rapport à leur âge, leur emploi, leur capacité, l'éducation donnée aux enfants, le comportement du demandeur envers le *de cujus*, l'importance de la succession, etc). Elle doit être insuffisante au regard de leurs besoins au jour du décès, mais également au jour de la demande. La décision dépend donc fortement de la personne du demandeur.

¹¹¹⁹ J-A. Jolowicz, *Droit anglais*, 2ème éd., Dalloz, 2000, p. 328-329

¹¹²⁰ Il s'agit de ce qu'il serait raisonnable pour le conjoint survivant de recevoir en toutes circonstances, que cette disposition soit ou non nécessaire à son entretien. (« *In the case of current spouses or civil partners, subsections 1(2)(a) and (aa) say that reasonable for the applicant to receive, whether or not required for maintenance* » *Ilott c/ Mitson* (*Ilott c/ Blue Cross and others*) [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979)

¹¹²¹ « the risk of a surviving spouse finding herself in a worse position than if the marriage had ended by divorce rather than by death » (*Ilott c/ Mitson* (*Ilott c/ Blue Cross and others*) [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979, p. 14) Le but du Family Act de 1975 a en effet été de mettre sur le même plan le conjoint divorcé et le conjoint veuf.

comportement envers le *de cuius*, l'importance de la succession, etc.). Les besoins font toutefois l'objet d'une appréciation au cas par cas et ne sont pas forcément réduits au minimum vital : « *the level at which maintenance may be provided for is clearly flexible and falls to be assessed on the facts of each case. It is not limited to subsistence level (...) But it is necessary to remember that the statutory power is to provide for maintenance not to confer capital on the claimant* »¹¹²². Plus que le minimum vital, c'est l'entretien de l'enfant qui est visé.

Ainsi, dans une affaire *re Myers (2004)*¹¹²³, un logement a été attribué à l'enfant en guise de *family provision*, les juges ayant considéré que l'habitation était plus utile à l'entretien de l'enfant qu'une somme d'argent¹¹²⁴. La *family provision* n'est en outre pas réservée à l'enfant mineur et peut aussi être attribuée à l'enfant adulte. C'est d'ailleurs souvent dans ces hypothèses que se cristallise le débat devant les juridictions anglaises: dans quelle mesure un enfant majeur, capable en principe de pourvoir seul à son propre entretien, peut-il recevoir une *family provision*?

409. L'inconvénient des *family provisions*, maintes fois souligné par les juristes anglais, est l'incertitude qui la caractérise, le montant alloué à la personne « dans le besoin » dépend en grande partie de l'appréciation des juges, sans que des indications précises ne leur soient données¹¹²⁵. Or, ainsi que le fait remarquer Madame Peres, «derrière cette question, se profile un enjeu politique et pratique essentiel : admettre largement l'action familiale, c'est faire basculer la *family provision* vers une forme de réserve héréditaire au petit pied ; la restreindre à des hypothèses exceptionnelles, c'est préserver le caractère propre du système anglais fondé sur la valeur cardinale de la liberté testamentaire»¹¹²⁶.

¹¹²² *Ibid*, p. 15 (Le montant de la créance est clairement flexible et tend à être apprécié en fonction de chaque cas. Elle n'est pas limitée au minimum vital (...) mais il est nécessaire de rappeler que le but du législateur est d'assurer l'entretien du requérant, pas de lui conférer un capital)

¹¹²³ *re Myers (2004)* EWHC 1944 (Fam) ; 2005 WTLR 851 at paras 89-90 and 99-101

¹¹²⁴ *Ibid*, p. 16: « *but he did so by way not of an outright capital sum but a life interest in a trust fund together with power of advancement designed to cater for the possibility of care expenses in advances of age. If housing is provided by way of maintenance, it is likely more often to be provided by such a life interest rather than by a capital sum* »

¹¹²⁵ V. en ce sens l'opinion de Brenda Hale, présidente de la Cour suprême britannique, dans l'arrêt *Ilott c/ Mitson (Ilott c/ Blue Cross and others)* [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979, p. 39: « *I have written this judgment only to demonstrate what, in my view, is the unsatisfactory state of the present law, giving as it does no guidance as to the factors to be taken into account in deciding whether an adult child is deserving of reasonable maintenance* » (J'ai rédigé ce jugement seulement pour démontrer que selon moi, l'état actuel de la loi n'est pas satisfaisant, étant donné qu'elle ne donne pas d'indications quant aux critères à prendre en compte pour décider si un enfant adulte mérite que lui soit octroyé une créance d'entretien.)

¹¹²⁶ C. Peres, « La liberté testamentaire en droit anglais après la décision *Ilott v. The Blue Cross and others* (2017) de la Cour suprême du Royaume-Uni », in *Le juriste dans la cité, Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, Lextenso, 2018, p. 773

410. Les juges de la Cour suprême britannique ont semblé, dans un arrêt récent, vouloir préserver cette liberté testamentaire, en cassant la décision d'une cour d'appel jugée trop généreuse à l'égard d'un enfant majeur¹¹²⁷. Il s'agissait en l'espèce de la succession d'une mère ayant légué l'ensemble de ses biens à diverses associations caritatives, sans rien laisser à sa fille unique, Mrs Ilott. Celle-ci avait rompu toute relation avec sa mère depuis vingt-six ans, après avoir quitté le domicile familial à l'âge de dix-sept ans. Elle avait depuis vécu dans des conditions matérielles modestes avec son mari et ses enfants, le couple n'exerçant pas d'activité professionnelle stable et vivant de diverses aides sociales. Au décès de sa mère, Mrs Ilott avait réclamé devant les juridictions anglaises une *family provision*, celle-ci n'ayant pris aucune « mesure raisonnable » à son égard. La cour d'appel avait accueilli favorablement sa demande en lui octroyant une somme de 163.000 £, somme conséquente, représentant le tiers de la succession. La décision fut très commentée et reçut un accueil très mitigé. La jurisprudence anglaise s'était en effet jusqu'alors montrée beaucoup plus rigoureuse à l'égard des enfants majeurs financièrement indépendants¹¹²⁸. L'affaire fut portée devant la Cour suprême qui censura la décision des juges d'appel. Elle fixa le montant de l'indemnité à 50.000£, au regard notamment de la relation personnelle entre la mère et la fille (rupture totale et durable des relations en l'occurrence) et du niveau de vie de cette dernière, que la somme allouée permettrait d'améliorer raisonnablement. Les juges de la Cour suprême ont ainsi fait le choix d'endiguer la politique d'extension des *family provisions*¹¹²⁹ qui marquent de la sorte leur différence avec notre réserve héréditaire française. Celle-ci s'impose en effet au juge, dès lors qu'il existe un lien filial, et n'est pas calculée en fonction de la situation personnelle de l'enfant. En pratique toutefois, en fonction de l'appréciation souveraine des juges, la *family provision* s'en rapproche parfois, pouvant se présenter sous la forme d'une somme d'argent, d'un bien meuble ou immeuble, dont la valeur dépasse manifestement les besoins vitaux de l'enfant.

411. En définitive, à un degré différent du droit français, et avec plus de marge de manœuvre, le juge anglais tempère lui aussi la liberté testamentaire du défunt. Les *family provisions* « remplissent, dans une certaine mesure, une fonction similaire à celle de la réserve »¹¹³⁰.

¹¹²⁷ Ilott c/ Blue Cross and others) [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979; pour un commentaire de cet arrêt v. C. Peres, « La liberté testamentaire en droit anglais après la décision Ilott v. The Blue Cross and others (2017) de la Cour suprême du Royaume-Uni », in *Le juriste dans la cité, Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, Lextenso, 2018, p. 773

¹¹²⁸ V. à cet égard la jurisprudence citée par C. Peres, « La liberté testamentaire en droit anglais après la décision Ilott v. The Blue Cross and others (2017) de la Cour suprême du Royaume-Uni », *op. cit.* n°7

¹¹²⁹ En ce sens, C. Peres, *op. cit.*, n°9

¹¹³⁰ A. Bonomi, «La vocation successorale volontaire dans certains droits européens», in *Le droit des successions en Europe, Actes du colloque du 21 février 2003*, précité, p. 57. Les éléments communs se seraient même accentués selon lui depuis 1975, «lorsque le législateur anglais a prévu que le bénéficiaire d'une donation *inter vivos* peut être obligé à soutenir

L'ordre public international, s'il est interprété de manière restrictive à la suite de la jurisprudence du 27 septembre 2017, ne devrait donc que très rarement s'opposer au droit successoral anglais, qui semble finalement plus favorable aux enfants que la solution proposée par la Cour de cassation¹¹³¹.

En revanche, les pays de droit musulman ne connaissent pas de système de protection alimentaire des héritiers. Elle est toutefois réalisée indirectement puisque les héritiers « mâles » doivent prendre en charge l'entretien de la famille à la mort du chef de famille. L'autonomie de la volonté est par ailleurs faible en droit successoral musulman¹¹³², si bien que le défunt ne peut jamais complètement déshériter ses enfants et son conjoint, sauf par le biais de donations entre vifs de son vivant. Dans ce cas de figure, l'ordre public pourrait donc intervenir.

412. ***Propos conclusifs.*** – L'ordre public international protège l'héritier en tant qu'individu. Les lois étrangères qui portent atteinte à ses droits et libertés individuelles sont ainsi écartées sans difficultés. Néanmoins, lorsque l'atteinte est portée par un acte privé sur le fondement d'une loi étrangère libérale, la protection semble s'affaiblir : il n'est en effet pas certain que les droits fondamentaux soient en tant que tels suffisants pour assurer la protection de l'héritier. Les besoins essentiels de l'individu sont néanmoins préservés, grâce à un ordre public alimentaire qui subsiste, même face à la volonté contraire du défunt. Cette protection est toutefois minimale et vraisemblablement plus faible que celle accordée par les droits anglo-saxons, pourtant réputés mettre en œuvre une liberté testamentaire illimitée.

En tout état de cause, un consensus s'opère en droit patrimonial de la famille autour de la protection individuelle, venant ainsi limiter les excès d'une autonomie de la volonté exacerbée. Le conjoint divorcé bénéficie lui aussi de cette protection.

économiquement le demandeur, s'il est prouvé que la donation en question avait été consentie avec l'intention frauduleuse d'éluder les Family Provisions". Ce mécanisme ne serait en effet pas loin de l'action en réduction.

¹¹³¹ En revanche, l'exception d'ordre public devrait être utile lorsque le défunt, de nationalité anglaise, ayant désigné comme applicable à sa succession la loi anglaise, n'était pas « domicilié » (au sens du droit anglais) en Angleterre ou au Pays de Galle. En effet, d'après la législation anglaise, les *family provisions* ne sont octroyées que lorsque « le défunt est décédé en étant domicilié en Angleterre ou au Pays de Galle » (*Cf. supra*) Dès lors, la loi anglaise n'accordant pas de protection alimentaire aux enfants dans ce cas de figure, l'exception d'ordre public pourrait jouer. (Sur une possible mise en œuvre des dispositions anglaises sur les *family provisions* par le juge français, *cf. infra, spéc. n°792*)

¹¹³² Sur la contrariété à l'ordre public international d'une loi successorale étrangère qui priverait le *de cujus* de sa liberté testamentaire dans une mesure excessive, *cf. supra, n°163*

Section 2. La protection du conjoint divorcé

413. La question de la validité des accords entre époux avant divorce, et même avant mariage¹¹³³, s'insère dans la problématique plus large du rôle de la volonté dans les engagements humains. Quelle ampleur donner à la « faculté propre à l'homme de se lier et d'engager librement son destin »¹¹³⁴ ? En 1995, un auteur se posait déjà la question de savoir si le divorce pouvait se suffire du commun accord des époux, à l'instar d'un contrat civil ordinaire, et qu'elle qu'en soit la forme¹¹³⁵. En effet, si la seule volonté de l'homme lui permet de s'engager dans les liens du mariage, pourquoi cette seule volonté ne suffirait-elle pas à défaire le mariage dans des termes librement convenus entre les époux ? Le code civil de 1804 n'a pas choisi cette voie, adoptant une vision institutionnelle du mariage, et l'insérant dans un cadre impératif. La société, et donc l'ordre public, a choisi de se mêler du mariage, étant donné son rôle dans le fonctionnement de la société¹¹³⁶. Plus qu'un contrat entre deux individus, le mariage était avant tout un pacte de famille. Balzac en rend magnifiquement compte dans *Le contrat de mariage* : il était une affaire de groupe, un contrat entre deux familles, moins qu'une affaire de couple, un contrat entre deux personnes qui s'aiment. Ainsi, dans la mesure où le mariage intéressait le groupe, la société, sa dissolution ne pouvait se faire que dans des conditions strictes et seulement lorsqu'il ne permettait plus de remplir sa fonction sociale¹¹³⁷. Le divorce par consentement mutuel¹¹³⁸ a néanmoins été admis par le code civil de 1804 mais

¹¹³³ Dans le contrat de mariage

¹¹³⁴ M.T. Meulders-Klein, « Le démariage consensuel », RTD civ. 1995, p. 155

¹¹³⁵ M.T. Meulders-Klein, *Ibid*

¹¹³⁶ Le mariage n'est pas un simple contrat : « acte de volonté des plus subtils car il engage moins les biens que les personnes elles mêmes, corps et âmes, et par delà celles-ci, nous le lien social de génération en génération » M.T. Meulders-Klein, *Ibid*

¹¹³⁷ « Toute réforme du divorce porte en elle une réforme du mariage : le mode de rupture traduit (...) la conception que l'on a de l'union », J.R. Binet, « Divorce sans juge : nouvelle tentative, nouveau débat », Dr. Fam. 2014. Repère 2

¹¹³⁸ Le divorce par consentement mutuel trouve ses origines dans le droit romain. Le mariage par *mutuus dissensus* était en effet possible, et même par volonté unilatérale. Une des conditions de permanence du mariage était en effet « l'affectio maritalis » et « l'honor matrimonii » de la part des deux conjoints. Le divorce a ensuite disparu sous l'influence chrétienne. Les canonistes du Moyen Age et les théoriciens de l'Ancien régime ont donné un caractère perpétuel au lien du mariage en le renforçant par le sacrement. Le sacrement du mariage venait ainsi compléter l'échange des consentements et faisait du lien matrimonial un lien indissoluble. Après la Révolution française, sous l'influence des idées des philosophes des Lumières, le divorce fut réintroduit, au nom de la liberté individuelle et inaliénable de l'homme, proclamée par la déclaration des droits de l'homme. L'Assemblée constituante de 1791 admit le divorce par consentement mutuel : « L'Assemblée Nationale (...) considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté de divorcer qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte.... ». Au nom du principe institutionnel de la liberté, le divorce fut institué de manière très libérale. Analysant le mariage comme un simple contrat civil, la loi du 20 septembre 1992 multiplia les causes légales de dissolution du mariage (neuf motifs dont l'incompatibilité d'humeur et le consentement mutuel). Cet état d'esprit ne fut toutefois pas celui des rédacteurs du Code civil de 1804, qui ne voulurent pas dans un premier temps du divorce par consentement mutuel : « Nous avons regardé comme contraire à l'essence même des choses qu'un contrat aussi sacré que le mariage pût arbitrairement être rompu sur la demande et simple allégation d'une des parties, c'est à dire par la volonté et pour l'avantage d'un seul des époux » (Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire des codes français*, Paris, 1827, t. 5, p. 333.).

dans des conditions très strictes¹¹³⁹. En effet, dans le code civil, si le mariage n'est pas un contrat-sacrement, il n'est pas non plus un simple contrat, il est un «contrat-institution ». Il est par conséquent au-dessus de la volonté des individus. Le divorce par consentement mutuel n'est donc pas une conséquence du principe de liberté contractuelle comme l'avait proclamé l'Assemblée constituante en 1791, mais le résultat de la mésentente des époux rendant impossible la continuation de la vie commune¹¹⁴⁰. Le divorce fut aboli en 1816 par la loi *Bonald* et ne réapparaîtra qu'en 1884 avec la loi *Naquet* qui rétablit le divorce, mais uniquement pour faute. Le divorce par consentement mutuel ne sera réintroduit qu'en 1975 et la loi de 2004 accentuera le mouvement de privatisation du divorce en permettant aux époux de s'entendre sur le principe et l'ensemble des conséquences du divorce. Les accords entre époux resteront toutefois soumis au contrôle du juge par le biais de l'homologation judiciaire. La loi de modernisation de la justice de 2016 a cependant mis fin à ce contrôle judiciaire pour les divorces par consentement mutuel¹¹⁴¹. Dès lors, il est permis de se réinterroger sur la nature du mariage. N'est-il pas devenu¹¹⁴² un simple contrat dans la mesure où les parties peuvent se « démarier », contractuellement, sans intervention du juge ? Avec le nouveau « divorce sans juge », le mariage semble perdre son caractère institutionnel qui justifiait l'impossibilité pour les époux de dissoudre eux-mêmes le lien conjugal. La présence du juge lors de la dissolution du mariage était un indice de sa fonction sociale. En effet, « le rôle du juge dans une procédure quelconque est toujours un révélateur du rôle que veut jouer la société dans la matière considérée et l'importance qu'elle lui accorde »¹¹⁴³. La dimension publique du mariage, et au-delà, son caractère institutionnel, se manifestent au stade de la formation du mariage, pendant l'union et à sa dissolution. Si l'autorité publique, à travers le contrôle du juge, s'efface complètement au moment de la dissolution, il est difficile de dire que le mariage est toujours une institution¹¹⁴⁴.

¹¹³⁹ Conditions d'âge minimum et maximum des époux et de durée minimale et maximale du mariage ; consentement des père et mère ou autres ascendants vivants répété, avec celui des époux, au cours de cinq comparutions successives de trois mois en trois mois devant le juge avec l'assistance de deux notaires ; conventions préalables réglant obligatoirement et *avant* le début des « épreuves » tous les effets personnels, mais surtout patrimoniaux du divorce, sur lesquels il est permis de transiger librement, y compris en ce qui concerne les enfants ; attribution immédiate de la moitié des biens aux enfants issus du mariage ; délai de remariage de trois ans.

¹¹⁴⁰ M.T. Meulders-Klein, op. cit.

¹¹⁴¹ Depuis la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, les époux peuvent divorcer sans juge, par acte sous signature privée contresignée par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire, sans nécessité d'une homologation judiciaire en fin de parcours.

¹¹⁴² Ou redevenu ? Pour un commentaire de la loi, voir : C. Brenner, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G* 2017, 195

¹¹⁴³ F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, précité, n°593

¹¹⁴⁴ A noter toutefois, qu'en 1804, alors que le divorce par consentement mutuel n'était admis que très strictement, le juge était très peu présent dans la procédure. Il n'était tenu de vérifier ni la réalité des consentements des époux, ni le contenu de leurs conventions. Les conventions étaient présumées librement négociées, et pleine et entière liberté était laissée aux

414. La déjudiciarisation du divorce s'inscrit dans un mouvement plus vaste qui est celui de la contractualisation du droit de la famille, constatée depuis plusieurs années¹¹⁴⁵. En 2004, au moment de la réforme du divorce et de l'introduction du divorce par consentement mutuel sous homologation judiciaire, se posait la question de savoir si « l'homologation n'était pas une étape transitoire vers la reconnaissance d'une contractualisation pleine et entière, autrement dit une dérégulation du droit de la famille »¹¹⁴⁶. Il semble que la réforme du divorce de 2016 y ait apporté une réponse positive. La contractualisation du droit de la famille est souvent associée à la déjudiciarisation¹¹⁴⁷. Elle s'est poursuivie avec la loi du 23 mars 2019¹¹⁴⁸, notamment en matière de régimes matrimoniaux, avec la suppression de l'homologation judiciaire du changement de régime, en présence d'enfants mineurs¹¹⁴⁹.

On constate ainsi un déclin de « l'ordre public institutionnel », compensé par l'essor d'un « ordre public contractuel » venant protéger les droits du conjoint divorcé. Ce mouvement se manifeste tant en droit interne (§1) qu'en droit international (§2).

§1 En droit interne

415. La principale protection financière de l'époux en cas de divorce se matérialise par le versement d'une prestation compensatoire. Définie à l'article 270 du code civil, elle est « destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » des époux. Il s'agit d'une « valeur que l'un des

parties concernant leur élaboration. Néanmoins, l'absence du juge était compensée par le fait que le divorce par consentement mutuel n'était admis que dans des cas très limités, dans des conditions et à l'issue d'une procédure très stricte.

¹¹⁴⁵ Le droit de la famille est en effet en train de devenir un droit conventionnel ; Pour une analyse approfondie de la contractualisation du droit de la famille, v. not. S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773

¹¹⁴⁶ « L'autorité judiciaire est un instrument intermédiaire de la régulation étatique. En ce sens, cette technique vise à permettre le maintien d'un minimum d'ordre public institutionnel » F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, précité, n°605

¹¹⁴⁷ Bien qu'elle doive en être distinguée, v. en ce sens, V. Larribau-Terneyre, « Les conventions de rupture – Etat des lieux », *Dr. Fam.* 2015, Dossier 4.

¹¹⁴⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹¹⁴⁹ Ce mouvement a également touché les relations familiales extra-patrimoniales : l'introduction et le succès du PACS, la nouvelle habilitation familiale qui permet de moins solliciter le juge (ce dispositif a été mis en place par l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 en vue de simplifier les démarches à accomplir par les proches d'une personne hors d'état de manifester sa volonté pour la représenter ou passer des actes en son nom. Elle leur permet ainsi de prendre ces mesures sans avoir à se soumettre au formalisme habituel des mesures de protection judiciaire (tutelle, curatelle...). Grâce à l'habilitation, le juge intervient une fois pour toutes, pour habilitier le tiers, et n'aura plus à intervenir par la suite, une fois la personne habilitée désignée).

conjoint doit fournir à l'autre afin de rétablir entre eux, au sortir du mariage, l'équilibre des conditions pécuniaires de vie »¹¹⁵⁰. Elle repose donc sur le constat d'un déséquilibre patrimonial entre les deux époux au moment du divorce que le droit français souhaite rétablir, peu important le comportement de ces derniers¹¹⁵¹. En effet, depuis 2004, les torts de l'époux n'ont en principe pas de conséquence sur son montant¹¹⁵². Détachée de la personne, l'essence de la prestation compensatoire est donc purement patrimoniale.

416. *A minima*, la prestation compensatoire assure le maintien des conditions de vie de l'époux, ou du moins atténue la baisse du niveau de vie que peut entraîner le divorce. Le législateur n'a en effet pas souhaité que l'un des époux subisse seul le contrecoup financier du divorce, « par-delà son engagement matrimonial »¹¹⁵³. Bien souvent, la prestation va toutefois au-delà du simple maintien du niveau de vie. Il s'agit en effet à travers elle de « compenser », c'est-à-dire, indemniser l'époux du préjudice qu'il subit du fait de la fin du mariage¹¹⁵⁴. Elle viendrait aussi contrebalancer la perte de la vocation à hériter de l'époux¹¹⁵⁵ : le conjoint ayant « vocation à prendre part à la succession de l'autre en sa qualité d'héritier légal voire réservataire »¹¹⁵⁶, l'enrichissement de l'un devrait donc en principe, bénéficier à l'autre, lors de la dissolution du mariage par décès. Mais, par la survenance du divorce, cet enrichissement serait manqué, et c'est cela aussi que la prestation compensatoire indemniserait. C'est donc, à travers la prestation compensatoire, la protection patrimoniale du conjoint divorcé qui est en jeu, et même parfois l'ordre public alimentaire, lorsque le déséquilibre patrimonial laisse présager une situation financière actuelle ou future très préoccupante.

Depuis la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce, les époux peuvent s'entendre sur le montant de la prestation compensatoire et la fixer librement. Le législateur a en effet entendu encourager

¹¹⁵⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Paris, 2004, vol. 1, p. 1359 ; v. aussi G. Cornu, *La famille*, Monchrestien, 9^{ème} éd., 2006, n°409, p. 605, qui la définit comme une « indemnité économique tendant à un rééquilibrage patrimonial » entre les époux

¹¹⁵¹ A l'origine toutefois la prestation compensatoire n'était pas complètement déconnectée des agissements des époux puisque l'époux fautif pouvait en être privé (Ancien article 280-1 du code civil)

¹¹⁵² à moins que « l'équité » commande au juge de la lui refuser – art. 270 c. civil -

¹¹⁵³ P.J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2017», not. Chap. 213, Identification de la prestation compensatoire, n° 213.51

¹¹⁵⁴ V en ce sens : S. David, « La fixation de la prestation compensatoire », *AJ Fam.* 2007, p. 109 (« Plus que la perte d'un niveau de vie qui résulterait d'une analyse sèche et mathématique de la situation patrimoniale des époux au moment du divorce, c'est la répartition des rôles de chacun pendant la vie commune, les choix de vie opérés en commun qui se révèlent préjudiciables pour l'un d'entre eux, au moment du divorce, qu'il s'agit de compenser ») ; P. Murat, « La prestation compensatoire », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* n°3, 2011, dossier 25 (Un époux aura pu abandonner ou ralentir sa carrière professionnelle pour se consacrer à l'éducation des enfants ou faciliter l'ascension professionnelle de son conjoint)

¹¹⁵⁵ V. en ce sens, O. Vergara, *L'organisation patrimoniale en couple*, Thèse, Défrénois, 2017, n°671

¹¹⁵⁶ *Ibid*

les accords entre époux une fois l'instance en divorce engagée, tant pour les divorces contentieux (art. 268 c. civil) que pour les divorces par consentement mutuel (art. 278 c. civil)¹¹⁵⁷. Le droit à prestation compensatoire n'est pas pour autant complètement disponible, l'accord n'est en effet possible qu'une fois l'instance engagée, et en aucun cas avant la naissance du contentieux : sa fixation doit rester ancrée dans le cadre de la procédure de divorce, le principe étant qu'*in fine*, c'est toujours le juge qui valide le montant de la prestation. Par conséquent, des époux ne peuvent renoncer, avant l'acte introductif d'instance, au droit de demander une prestation compensatoire ou de transiger sur son montant¹¹⁵⁸. La convention conclue sous l'empire du droit français, quelle qu'elle soit (transaction antérieure au divorce, contrat de mariage, convention modificative d'un changement de régime matrimonial) serait frappée de nullité absolue¹¹⁵⁹.

Le principe du monopole judiciaire de la prestation compensatoire a été fermement posé par la Cour de cassation dans le cadre de divorces contentieux¹¹⁶⁰. Pour le divorce par consentement

¹¹⁵⁷ Auparavant, sous l'empire de la loi de 1975, lorsque le divorce était contentieux, la prestation compensatoire était exclusivement fixée par le juge, sans prendre en compte la volonté des époux. L'apport de la loi de 2004 a été de généraliser ces accords sur tout ou partie des conséquences de leur divorce, y compris la prestation compensatoire, quel que soit le type de divorce (Sur cette question v. J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau droit du divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », Defrénois 2005, art. 38115 ; M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, « Les conventions de divorce », JCP N. 2006, n° 28, 1238 ; O. Matocq, « Les accords et conventions dans le nouveau droit du divorce », AJ famille 2006, p. 17.)

¹¹⁵⁸ Voir notamment L. Mauger-Vielpeau, « Fixation de la prestation compensatoire et anticipation du divorce », LPA, 2014, n°110, p.33

¹¹⁵⁹ V. en ce sens, Civ 1ère, 27 septembre 2017, n° 16-23.531, D. 2017. 1911 ; AJ fam. 2017. 592, obs. J. Houssier ; LPA 2017, n° 256, p. 19, obs. P.-L. Niel ; JCP 2017, n° 49, obs. A. Tisserand- Martin ; Gaz. Pal. 2017, n° 40, p. 20, obs. T. Donville ; Procédures 2017. Comm. 271, obs. M. Douchy-Oudot ; RJPF 2017, n° 11, p. 26, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2017. Comm. 245, obs. S. Torricelli-Chrifi ; ibid. Comm. 220, obs. J.-R. Binet : « *Il résulte de l'article 265-2 du code civil qu'une convention comportant, ne serait-ce que pour partie, des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ne peut être conclue par les époux avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce. C'est donc à bon droit qu'une cour d'appel constate la nullité d'une convention par laquelle des époux avant l'introduction de l'instance en divorce, ont transigé sur la prestation compensatoire et sur le partage de leur régime matrimonial* » ; Civ. 2^{ème}, 21 mars 1988 : « *Aucune procédure n'étant engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire* » ; Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 30, p. 26 ; RTD civ. 2004, 272, obs. J. Hauser ; JCP G 2004, I, 167, n° 2, obs. H. Bosse-Platière ; Dr. Famille 2004, comm. 78, obs. V. Larribau-Terneyre ; Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, préc. : « *Aucune instance n'étant engagée à la date du 11 avril 1988, les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire ; que la cour d'appel en a exactement décidé que la clause sur cette prestation figurant à l'acte notarié était nulle de plein droit* » ; v. aussi sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 1975 introduisant le divorce par consentement mutuel : Req. 3 avril 1935, Rev. Crit. DIP, 1936.114, D.H. 1935, 284 (les conventions avant divorce sont « entachées de nullité absolue et d'ordre public, comme constituant un marché entre époux pour arriver à un jugement d'accord en matière de divorce ») ; Civ. 26 janvier 1938, D.H. 1938. 330 et 1942.120, Nast (« la séparation de corps prononcée par une juridiction française ne pouvant être, dans ses causes et son caractère, que légale et judiciaire, à l'exclusion de toute intervention du consentement, une convention antérieure fixant les conditions de la séparation et devant lui servir de base se trouve frappée dans l'ensemble de ses stipulations concourant au but que la loi prohibe d'une nullité d'ordre public »).

¹¹⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, n°02-20.334 « *sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge si bien qu'aucune convention fût-elle notariée relative à l'attribution à l'un d'eux d'une prestation compensatoire ne peut être conclue par les époux* » ; Civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, n°04-15.347 « *aux termes de l'article 271 dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge et ne peut l'être par voie conventionnelle que dans le cadre du divorce sur requête conjointe, ces règles présentant un caractère d'ordre public à l'effet de garantir la liberté du consentement des époux et de préserver*

mutuel, la doctrine s'est accordée pour dire que, même pour ce type de divorce, la fixation de la prestation compensatoire restait judiciaire, puisque le juge devait nécessairement homologuer la convention en fin de parcours¹¹⁶¹.

La « déjudiciarisation » du divorce par consentement mutuel¹¹⁶² remet donc nécessairement en cause le principe de la fixation judiciaire de la prestation compensatoire, et donc peut être son caractère indisponible (A). La prohibition des conventions avant divorce n'est-elle pas devenue désuète à l'heure du divorce déjudiciarisé? L'homologation judiciaire n'est en effet plus obligatoire, sauf exceptions. Or, l'intervention du juge était l'une des justifications du principe de prohibition. Celui-ci étant désormais absent de la procédure, on peut se demander si l'autonomie de la volonté en la matière n'est pas devenue sans limite (B).

A. Les conséquences de la déjudiciarisation du divorce sur le caractère disponible de la prestation compensatoire

417. La disponibilité soudaine de la prestation compensatoire au jour du divorce se justifie par la théorie des droits acquis. L'article 6 du code civil dispose que l'on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La renonciation est toutefois admise, une fois le droit acquis. D'après une jurisprudence constante en effet, « nul ne peut valablement renoncer à un droit d'ordre public avant qu'il ne soit acquis »¹¹⁶³.

La loi interdit parfois expressément la renonciation anticipée à certains droits. C'est le cas de l'article 722 du code civil qui prohibe les renonciations à une succession non encore ouverte. Ailleurs dans le code civil, on retrouve le même type d'interdiction à l'article 2250, qui empêche de renoncer à la prescription non acquise, à l'article 1674 qui refuse que le vendeur

leurs droits » ; Civ 1ère, 27 septembre 2017, n° 16-23.531, D. 2017. 1911 ; AJ fam. 2017. 592, obs. J. Houssier ; LPA 2017, n° 256, p. 19, obs. P.-L. Niel ; JCP 2017, n° 49, obs. A. Tisserand- Martin ; Gaz. Pal. 2017, n° 40, p. 20, obs. T. Donville ; Procédures 2017. Comm. 271, obs. M. Douchy-Oudot ; RJPF 2017, n° 11, p. 26, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2017. Comm. 245, obs. S. Torricelli-Chrifi ; ibid. Comm. 220, obs. J.-R. Binet : « *Il résulte de l'article 265-2 du code civil qu'une convention comportant, ne serait-ce que pour partie, des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ne peut être conclue par les époux avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce. C'est donc à bon droit qu'une cour d'appel constate la nullité d'une convention par laquelle des époux avant l'introduction de l'instance en divorce, ont transigé sur la prestation compensatoire et sur le partage de leur régime matrimonial.* »

¹¹⁶¹ Voir notamment : M.-P. Murat-Sempietro et V. Trambouze, « Les conventions de divorce », JCP N. 2006, n° 28, 1238, spéc. p. 1357 ; O. Matocq, « Les accords et conventions dans le nouveau droit du divorce », AJ famille 2006, p. 17 ; V. aussi CA Aix-en-Provence, 2 mars 2006, Dr. famille 2007, comm. 9, note V. Larribau-Terneyre.

¹¹⁶² introduite par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle et le décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016

¹¹⁶³ Régulièrement rappelé par la jurisprudence, v. notamment : Civ. 2ème, 25 mars 1991, n° 89-21.181, Bull. 1991, II, n° 102 ; Soc. 16 mars 1999, n° 96-44.551, Bull. civ. IV, n° 125

puisse renoncer par avance à son droit de demander la rescision de la vente pour lésion, et à l'article 1780, qui prohibe la renonciation anticipée à indemnisation du fait de la rupture unilatérale d'un contrat de louage de services. Le code de procédure civile interdit également au justiciable de renoncer à l'appel avant la naissance du litige (art. 557). La prohibition de principe est enfin très bien illustrée en droit social : le salarié et son employeur ne peuvent renoncer par avance aux règles de licenciement (article L. 1231-4 c. du travail).

La jurisprudence a tiré de ces interdictions un principe général, dont l'objectif est la protection du débiteur du droit en cause. La protection du salarié a ainsi été étendue à d'autres travailleurs¹¹⁶⁴ ; le preneur d'un local commercial ne peut renoncer au statut des baux commerciaux¹¹⁶⁵ ; le preneur à bail rural ne peut renoncer au statut du fermage¹¹⁶⁶, etc.

La protection des intérêts du renonçant est l'objectif clairement affiché par la jurisprudence¹¹⁶⁷. En conséquence, la Cour de cassation énonce qu'il est permis de renoncer aux effets des règles de protection établies par une loi d'ordre public, qu'une fois ceux-ci acquis¹¹⁶⁸. Elle a ainsi pu juger que « si toute clause emportant par avance renonciation au bénéfice d'une protection légale est nulle, toute partie peut faire abandon d'un droit prévu dans son intérêt, lorsqu'il est définitivement acquis »¹¹⁶⁹. L'explication avancée par la doctrine est celle de la nécessaire conjonction entre la volonté du législateur de protéger le bénéficiaire du droit et la liberté de ce dernier de refuser cette protection, mais en pleine connaissance de cause¹¹⁷⁰. Or, celui-ci ne sera pleinement conscient de sa renonciation qu'une fois le droit acquis, c'est-à-dire au moment où il serait en mesure de l'exercer. Le législateur et la jurisprudence protègent ainsi particulièrement les personnes en situation de dépendance¹¹⁷¹. C'est le cas notamment du salarié, en état de subordination par rapport à son employeur ; on pense aussi au consommateur, considérée comme « partie faible » par rapport au professionnel¹¹⁷². Le créancier d'aliments

¹¹⁶⁴ Soc. 8 avr. 1992, n° 89-13.956, Bull. civ. IV, n° 266; Soc. 26 mai 1988, n° 84-43.782, inédit; Soc. 23 oct. 1985, Bull. civ. IV, n° 490

¹¹⁶⁵ Civ. 3e, 19 mai 2004, n° 03-11.303, AJDI 2005. 30, obs. Dumont, D. 2005. 1090, obs. Rozès ; RTD com. 2005. 53, obs. Monégier ; Dr. et patr. 2004. 88, obs. Chauvel ; JCP E 2004. II. 1193, note Keita; Civ. 3e, 3 mars 1993, n° 91-12.537, Bull. civ. III, n° 25

¹¹⁶⁶ Com. 22 mars 1988, Bull. civ. IV, n° 119; Civ. 3e, 10 mai 1983, Bull. civ. III, n° 111

¹¹⁶⁷ D.Houtcieff, « Renonciation », *Répertoire de Droit civil, Dalloz*, n°47

¹¹⁶⁸ Civ. 1re, 17 mars 1998, n° 96-13.972, Bull. civ. I, n° 120 ; RTD civ. 1999. 670, obs. Mestre; JCP 1998. II. 10148, note Piedelièvre ; Defrénois 1998. 749, obs. Aubert ; CCC 1998, n° 86, note Leveneur; Civ. 3e, 27 oct. 1975, Bull. civ. III, n° 310; Soc. 5 févr. 2002, n° 99-45.861, Bull. civ. IV, n° 54 ; JCP E 2002. 727, note Duquesne

¹¹⁶⁹ Civ. 3e, 29 oct. 1970, Bull. civ. III, n° 553

¹¹⁷⁰ D.Houtcieff, « Renonciation », *Répertoire de Droit civil, Dalloz*, n°40 ; v. aussi B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996 : La renonciation ne heurte plus l'ordre public dès lors que le bénéficiaire du droit a choisi de ne pas exercer son droit.

¹¹⁷¹ B. Fauvarque-Cosson, *Ibid*

¹¹⁷² Le consommateur est bénéficiaire d'un droit de rétractation, auquel il ne peut renoncer (article L. 121-25 du c. consommation)

est également en situation de dépendance financière par rapport à son débiteur, il n'est ainsi pas possible de renoncer par avance à une créance alimentaire¹¹⁷³.

Qu'en est-il de l'époux ? Peut-il être considéré comme une partie faible ? Peut-on toujours considérer son droit à prestation compensatoire d'ordre public, dans la mesure où le juge n'intervient plus du tout dans la fixation de celle-ci dans le cadre du divorce par consentement mutuel ?

418. L'homologation judiciaire était le symbole d'un « droit de regard » de la société sur la convention signée par les époux. En effet, « faire de l'homologation d'un juge un élément complétant une convention c'est affirmer clairement que cette convention n'est pas ordinaire et que la société a encore à y voir »¹¹⁷⁴. Le divorce par consentement mutuel est par conséquent désormais une affaire purement privée, la puissance publique s'en étant écartée. Seules des personnes privées, avocats, professionnels du droit, ont désormais pour mission de vérifier la validité de l'accord. Bien que le notaire enregistre la convention, il ne lui donne pas le caractère « public » ou « authentique » de l'acte notarié¹¹⁷⁵. Le législateur abandonne dès lors « tout contrôle de l'équilibre des intérêts en présence à des professionnels du droit, peut-être parfaitement compétents pour éclairer les époux et les assister dans la défense de leurs intérêts respectifs, mais dépourvus de toute délégation d'autorité publique »¹¹⁷⁶. Confiance est faite à la négociation, dont l'équilibre est assuré par les conseils des parties¹¹⁷⁷. Ainsi s'efface l'autorité publique, représentée par le juge ou même le notaire, et le consensualisme triomphe. Par conséquent, la loi de modernisation de la justice n'a-t-elle pas fait du droit à prestation compensatoire un droit complètement disponible ? Si tel est le cas plus rien n'empêche l'époux de renoncer par avance à ce droit¹¹⁷⁸. En effet, si la fixation de la prestation compensatoire

¹¹⁷³ Civ. 1re, 29 mai 1985, Bull. civ. I, n° 167

¹¹⁷⁴ J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille » in P. Ancel et M-C Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 127

¹¹⁷⁵ Il a été choisi de ne pas non plus transférer au notaire la mission de contrôle auparavant exercée par le juge : « le notaire ne remplace pas le juge : il ne contrôle pas le consentement des parties ni l'équilibre de la convention, ces missions étant assurées par les avocats », Communiqué de presse de J.J. Urvoas, garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sur le site du ministère de la Justice, *Modernisation de la justice du XXIème siècle, une nouvelle procédure pour le divorce par consentement mutuel*

¹¹⁷⁶ C. Brenner, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G* 2017, 195

¹¹⁷⁷ « Les avocats ont l'expérience, les compétences et la déontologie pour maintenir l'équilibre entre les parties » (É. Mulon, *Gaz. Pal.* 2016, n°41, p. 7). Le contrôle postérieur du notaire serait même perçu par les avocats comme « infantilisant » (S. David, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p. 31)

¹¹⁷⁸ On ne peut en effet renoncer par avance qu'aux droits dont on a la libre disposition : Civ. 1re, 5 nov. 1996, n° 94-21.603, Bull. civ. I, n° 371 ; LPA 1997, n° 70, p. 35, note Massip ; Soc. 26 mai 1988, n° 84-43.782, inédit ; Com. 2 mars 1999, n° 97-12.577, Bull. civ. IV, n° 52 ; JCP 1999. IV. 1807 ; Rev. crit. DIP 1999. 305, rapp. Rémy. Les droits disponibles sont également évoqués par le législateur en droit de la procédure civile, l'article 556 du code de procédure civile énonce que les parties ne peuvent renoncer à l'appel que concernant les droits dont elles ont la libre disposition.

n'est plus judiciaire dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, pourquoi les époux ne pourraient-ils pas la fixer à l'avance en dehors de toute procédure de divorce ? Si « admettre que la prestation compensatoire puisse être fixée par les parties, en dehors de toute instance en divorce, serait enlever à la prestation compensatoire, sa nature judiciaire »¹¹⁷⁹, *a contrario*, enlever la nature judiciaire de la prestation compensatoire ne serait-il pas admettre que la prestation compensatoire puisse être fixée par les parties, en dehors de toute procédure de divorce ? Est-il encore légitime de distinguer les accords conclus avant et après l'instance de divorce, dès lors que l'on se passe dorénavant du juge dans le divorce par consentement mutuel ? Autrement dit, à l'heure du divorce déjudiciarisé, le principe de prohibition des conventions avant divorce ne paraît plus « à la mode »¹¹⁸⁰.

La fixation judiciaire de la prestation compensatoire n'est toutefois pas le seul fondement du principe d'interdiction, d'autres obstacles se dressent à la validité de ces conventions.

B. Les limites à l'autonomie de la volonté

419. D'autres raisons justifient en réalité le principe de prohibition de la fixation anticipée de la prestation compensatoire (1). Elles tiennent à l'existence d'un ordre public que l'on pourrait qualifier de contractuel (2).

1) Les raisons qui justifient le principe de prohibition de la fixation anticipée de la prestation compensatoire

420. Parmi ces raisons, on recense la protection du consentement de l'époux (a), la nécessité d'apprécier la disparité au jour du divorce (b), et enfin la nature même de la prestation compensatoire (c).

a) La protection du consentement de l'époux

421. On peut craindre que le consentement de l'époux qui renonce, dans son contrat de mariage, ou à l'occasion d'une convention modificative d'un changement matrimonial, ou dans

¹¹⁷⁹ P. Murat (dir.), *Droit de la famille 2016-2017*, 7ème éd., Dalloz Action, 2016, n°134.44 (droit à la prestation compensatoire)

¹¹⁸⁰ En ce sens, A-M. Leroyer, « Nullité des conventions liquidatives conclues avant l'instance en divorce », *RTD Civ.* 2018 p.84

tout autre type de convention, soit peu éclairé. « N’ayant certainement pas encore fait le deuil de son mariage, il renoncerait à demander la réparation d’un préjudice dont il n’aurait en réalité envisagé ni la survenance, ni *a fortiori* l’étendue »¹¹⁸¹. Il apparaît ainsi naturel que l’ordre public intervienne pour protéger la liberté du consentement de l’époux le plus faible¹¹⁸². On se méfie en effet d’une contractualisation portée à l’extrême, on craint une « conventionnalisation rampante de la justice remise entre les mains du plus fort »¹¹⁸³.

422. Un arrêt de la Cour de cassation¹¹⁸⁴, rendu sous l’empire de la loi du 23 juin 2006 ayant réformé le changement de régime matrimonial, en donne un exemple intéressant. Depuis 2006 et avant la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, les époux pouvaient modifier leur régime matrimonial, sans contrôle du juge, à moins qu’il existe des enfants mineurs¹¹⁸⁵. Aussi, en l’espèce, des époux avaient modifié leur régime dans un sens exclusivement favorable à l’épouse. Aussitôt après, l’épouse demanda le divorce. Le mari contesta en justice le changement de régime matrimonial, prenant argument que celui-ci était contraire à l’intérêt de la famille. La Cour de cassation rejeta sa demande, rappelant que l’homologation judiciaire n’était plus nécessaire au changement de régime et que les seuls juges de l’intérêt de la famille étaient désormais les époux eux-mêmes.

423. Le même risque de spoliation et d’abus de la part de l’époux psychologiquement plus fort existe désormais dans les conventions de divorce. Ce risque s’accroîtrait davantage si les époux pouvaient convenir à l’avance du montant de la prestation compensatoire ou y renoncer¹¹⁸⁶. Le consentement donné à l’avance, hors contexte de divorce, peut-il être réellement éclairé ? Outre la réalité du consentement, c’est aussi son actualité au moment du divorce qui inquiète. En ce sens, les conventions avant divorce doivent être distinguées des contrats de mariage : « Le fondement de cette prohibition¹¹⁸⁷ ne résiderait pas tant dans

¹¹⁸¹ P.J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, précité, n°213.51

¹¹⁸² « Le pouvoir de la volonté se heurte ici à la nécessaire protection du créancier éventuel, et donc à la légitime intervention de l’ordre public », P.J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, précité, chap. 213 ; Le contrôle de l’intégrité du consentement peut toutefois se faire a posteriori, cf. *infra nos développements sur la protection par l’ordre public contractuel*

¹¹⁸³ J. Hauser, note sous Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-10.027, RTD Civ. 2013 p.590

¹¹⁸⁴ Civ 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-10.027, D. 2013, p. 2088, note J. Souhami ; AJ fam. 2013. p. 453, obs. P. Hilt ; RTD Civ. 2013 p.590, note J. Hauser

¹¹⁸⁵ Depuis l’entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, l’homologation judiciaire n’est plus nécessaire, même en présence d’enfants mineurs

¹¹⁸⁶ Confiance est toutefois largement donnée au contrat aujourd’hui en droit patrimonial de la famille : Renonciation anticipée à l’action en réduction, pactes sur succession future, déjudiciarisation du changement de régime matrimonial, etc. cf. *nos développements infra*

¹¹⁸⁷ Prohibition des conventions sur la prestation compensatoire conclues en vue du divorce

l'interdiction d'organiser les conséquences d'une éventuelle rupture, contredite par la longue tradition des contrats de mariage, mais dans la volonté de s'assurer de l'actualité du consentement des parties. Ainsi, si les futurs époux peuvent organiser par contrat de mariage la liquidation de leurs biens, c'est parce qu'ils organisent aussi le fonctionnement du régime de leurs biens pendant leur mariage »¹¹⁸⁸. L'actualité du consentement implique aussi une appréciation de la disparité des conditions de vie au jour du divorce.

b) La nécessité d'apprécier la disparité au jour du divorce

424. Il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la disparité dans les conditions de vie des époux (point de départ de la fixation de la prestation compensatoire, dans son principe et son montant) doit se faire au jour du prononcé du divorce¹¹⁸⁹. Cette jurisprudence se fonde sur la combinaison des articles 270 et 271 du code civil : « La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la **situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible** ». Une fixation anticipée de la prestation compensatoire, avant ou pendant le mariage, serait donc forcément faussée et ne pourrait pas prendre en compte ladite disparité dans les conditions de vie des époux. Son but ne pourrait dès lors être atteint, à savoir la compensation du préjudice financier causé par la fin du mariage. Les époux n'ont en effet pas tous les éléments en leur possession, pendant le mariage, pour s'entendre sur le montant de la prestation compensatoire et ne peuvent connaître à l'avance l'évolution de leur niveau de vie. La disparité ne pourrait donc se calculer qu'au moment de la rupture¹¹⁹⁰.
La nature même de la prestation compensatoire impliquerait aussi qu'on ne puisse calculer son montant à l'avance.

c) La nature de la prestation compensatoire

¹¹⁸⁸ C. Chalas, C. Butruille Cardew, « Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires de divorce, A propos de l'arrêt CA Paris, 21 mars 2007 », *JCP N* 2007, 1257

¹¹⁸⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 31 janvier 1990, n°88-10.268

¹¹⁹⁰ « Les critères retenus sont liés au fait que la prestation compensatoire est fixée en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. Il faut donc envisager cette question au moment du divorce, pas avant » L. Mauger-Vielpeau, « Fixation de la prestation compensatoire et anticipation du divorce », *LPA*, 2014, n°110, p. 33 ; Les époux pourraient toutefois s'entendre à l'avance sur des critères de fixation du montant de la prestation, v. en ce sens la proposition du 110^{ème} congrès des notaires de France *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 2014: « le 110^{ème} congrès des notaires de France propose « que les époux aient la possibilité de déterminer une formule de calcul de la prestation compensatoire dans leur contrat de mariage, ou dans un acte notarié dressé en cours d'union ».

425. Depuis son introduction en droit français par la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 ayant réformé le divorce, la nature de la prestation compensatoire a donné lieu à des débats doctrinaux sans cesse renouvelés¹¹⁹¹, oscillant entre le caractère indemnitaire et alimentaire. Or, de sa nature dépendrait sa disponibilité¹¹⁹². En effet, en matière alimentaire, les transactions sont exclues, alors qu'en matière indemnitaire, elles seraient possibles. Finalement, la doctrine majoritaire et la jurisprudence semblent s'accorder sur une nature hybride : la prestation compensatoire serait en partie indemnitaire et en partie alimentaire¹¹⁹³ (1). Cette nature « mixte » implique que la prestation compensatoire ne puisse être complètement disponible (2).

1. La nature « hybride » de la prestation compensatoire

426. Sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 1975, la Cour de cassation avait affirmé le caractère indisponible de la pension versée au conjoint en cas de divorce, sur le fondement de sa nature alimentaire : « en raison de ses modalités et de son but, propres à la créance d'aliments, la pension accordée en vertu de l'article 301 al 1^{er} ne peut être l'objet d'une transaction ou d'une renonciation »¹¹⁹⁴. Déjà à l'époque toutefois, une partie de la doctrine¹¹⁹⁵ discutait la nature alimentaire de la prestation compensatoire et lui préférait un fondement

¹¹⁹¹ V en ce sens, P. Murat (dir.), *Droit de la famille 2016-2017*, 7ème éd., Dalloz Action, 2016, n°134-20

¹¹⁹² En ce sens, v. l'arrêt Patino rendu par la cour d'appel de Paris, en date du 7 juillet 1954 (CA Paris, 7 juillet 1954, Rev. Crit. DIP 1954, 522, Note Franceskakis). En l'espèce, Madame Patino avait renoncé à toute réclamation alimentaire envers son mari en cas de divorce ou de séparation de corps, moyennant le versement de sommes importantes par son mari. Monsieur Patino avait ensuite saisi les juridictions françaises afin que les sommes versées lui soient remboursées, sur le fondement de la nullité des conventions sur les droits aux aliments en droit français. La cour d'appel de Paris ne répondit pas favorablement à sa demande : elle n'analysa pas la convention comme une transaction sur le versement d'une créance alimentaire mais comme un accord sur le montant d'une créance indemnitaire née du préjudice éprouvé par l'épouse du fait des infidélités répétées de son mari (M. Simon-Depitre, « Les aliments en droit international privé », *TCFDIP*, 1977, p. 48-49)

¹¹⁹³ P. Murat (dir.), *Droit de la famille 2016-2017*, 7ème éd., Dalloz Action, 2016, n°134-20 ; v. aussi pour une analyse approfondie A. Sériaux, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.*, 1997, p.53

¹¹⁹⁴ Civ. 28 févr. 1949, *D.* 1949. 301. La pension alimentaire de l'ancien article 301 du code civil (« Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage matrimonial, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal peut lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne peut excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension est révocable dans les cas où elle cesse d'être nécessaire ») présentait en effet les caractéristiques de la pension alimentaire dans la mesure où elle avait vocation à assurer la subsistance de l'époux divorcé et était calculée en fonction des ressources de l'autre conjoint. L'attribution de cette pension alimentaire était analysée comme une survivance post-divorce du devoir de secours entre époux (110^{ème} congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, Marseille, 2014, n°1319)

¹¹⁹⁵ V. not. *Fasc. 60 : Effets du divorce, V°Divorce, Jurisclasseur*, n°4 ; P. Hébraud, « La pension de l'article 301 du code civil et les conventions en vue du divorce », *JCP G* 1952, I, 978 ; P. Esmein, « Le double visage et les singularités de la pension après divorce », *D.* 1953, chron. P. 67

indemnitaire¹¹⁹⁶.

427. En 1975, la pension alimentaire disparaît au profit d'une prestation compensatoire. L'essence indemnitaire de la prestation apparaît dans sa dénomination, il s'agit de *compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives*; la compensation sous-entend l'indemnisation. Les justifications apportées au caractère indisponible de la pension alimentaire ne peuvent donc plus être purement et simplement transposées à la prestation compensatoire. Reposant sur le constat d'un déséquilibre patrimonial entre les conjoints, ne les mettant pas nécessairement dans une situation de besoin¹¹⁹⁷, la prestation compensatoire ne serait plus alimentaire et pourrait donc dépendre dorénavant de la volonté individuelle des époux¹¹⁹⁸. La volonté d'effacer le caractère alimentaire de la prestation apparaîtrait aussi nettement dans la loi, dans l'affirmation de son caractère forfaitaire et dans son versement, par principe en capital, et exceptionnellement, sous forme de rente¹¹⁹⁹. L'impossibilité de réviser à la hausse la prestation compensatoire¹²⁰⁰ marquerait aussi la faveur du législateur pour une conception indemnitaire plutôt qu'alimentaire.

428. La Cour de cassation n'a toutefois jamais affirmé le caractère purement indemnitaire de la prestation compensatoire. Elle n'a, dans un premier temps, pas pris parti, en jugeant qu'elle était à la fois alimentaire et indemnitaire¹²⁰¹. Puis, elle a semblé pencher en faveur de sa nature alimentaire. Après avoir affirmé dans un arrêt du 8 octobre 2003 que la créance née

¹¹⁹⁶ « Si l'article 301 prévoit que l'époux qui a obtenu le divorce peut se faire servir par l'autre époux une pension alimentaire, cette obligation alimentaire repose sur une idée toute différente de celle de l'article 212 (devoir de secours entre époux). Ce n'est plus un devoir entre conjoints, puisqu'il n'y a plus de conjoints ; c'est l'obligation de réparer pécuniairement les conséquences d'un acte illicite. Elle a, au plus haut degré, le caractère d'une indemnité » (J. Pelissier, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lyon, 1961, p. 10)

¹¹⁹⁷ V. en ce sens P.J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, précité, n°213.62 : « le ressort profond de la prestation, quelles qu'en soient la forme et l'origine, est de réparer le préjudice matériel subi par l'un des conjoints du fait du divorce, non d'assurer la subsistance de l'époux divorcé dans le besoin » ; v. aussi : S. David, *La prestation compensatoire*, Thèse, Paris 12, 2001 : « il nous semble que la prestation est d'essence indemnitaire en toute occurrence et qu'elle pourrait être considérée, si l'on devait aller plus loin, comme constituant la manifestation d'une sorte de responsabilité post-contractuelle pour cause objective pesant sur l'époux débiteur, du fait de la dissolution du lien conjugal »

¹¹⁹⁸ La fixation de la prestation compensatoire est l'affaire des ex-époux, qui sont les mieux placés pour en discuter. Elle « repose avant toute chose sur le vécu des époux, et sur leur propre regard, leur propre interprétation du déséquilibre économique éventuellement constaté au sortir du mariage » (P.J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, précité, n° 213.51)

¹¹⁹⁹ Art. 270 du code civil ; le versement sous forme de rente ressemble en effet au versement de la pension alimentaire.

¹²⁰⁰ art. 276-3 du code civil

¹²⁰¹ Civ 2^{ème}, 27 juin 1985, GAJC, 12^{ème} éd., n°39, D. 1986, 230, note C. Philippe ; RTD Civ, 1987, 298, obs. J. Rubellin-Devichi

de la prestation compensatoire présentait « pour partie un caractère alimentaire »¹²⁰² ; elle a jugé en 2005, que la prestation compensatoire était totalement insaisissable, en raison de son caractère « exclusivement alimentaire »¹²⁰³. Dans un arrêt plus récent, en date du 15 avril 2015, elle a enfin censuré une cour d'appel pour avoir dénié le caractère alimentaire de la prestation compensatoire dans le cadre d'une demande de révision¹²⁰⁴.

En droit international privé par ailleurs, la prestation compensatoire est rattachée aux obligations alimentaires entre époux divorcés¹²⁰⁵.

429. Il est en réalité difficile de prendre parti dans un sens ou dans un autre ; la prestation compensatoire semble « née indemnitare »¹²⁰⁶ mais assumer une fonction aussi bien alimentaire qu'indemnitare. Elle permet en effet parfois d'assurer la subsistance d'un époux dans le besoin, elle touche donc, dans une certaine mesure, à l'ordre public alimentaire. Elle ne fait pas cependant qu'assurer un « minimum vital » au débiteur, comme le fait la pension alimentaire. Elle va bien au-delà et vise plutôt à assurer un « maximum vital »¹²⁰⁷. Les critères de fixation de la prestation compensatoire ne se limitent pas en effet aux besoins vitaux de

¹²⁰² Com. 8 octobre 2003, *Dr. fam.*, 2003, comm. n°132, H. Lécuyer ; « la créance née de la prestation compensatoire présente pour partie un caractère alimentaire », et « n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à procédure collective et échappe ainsi à l'extinction faute de déclaration » Dès lors, le bénéficiaire de la prestation compensatoire, du fait du caractère partiellement alimentaire de cette dernière, est avantagé par rapport aux autres créanciers, car il est dispensé de déclarer sa créance.

¹²⁰³ Civ. 2^{ème}, 20 mars 2005, *Defrénois* 2005, 1844, note Massip ; *AJ Famille*, 2005, 143, obs. S. David. En l'espèce, une cour d'appel avait autorisé la saisie partielle de deniers versés sur un compte alimenté uniquement par la prestation compensatoire perçue par la débitrice, en raison du caractère partiellement alimentaire de la prestation compensatoire. L'arrêt fut toutefois cassé par la cour de cassation, qui sanctionna la saisie partielle, au motif que la prestation compensatoire était pleinement insaisissable.

¹²⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 15 avril 2015, n°14-11.796, *RTD civ.* 2015, . 595, obs. J. Hauser

¹²⁰⁵ Ce rattachement ne fait plus de doute aujourd'hui ; la Cour de cassation a clairement affirmé que les conséquences pécuniaires du divorce, et notamment la prestation compensatoire, étaient englobés dans la notion plus large d'obligations alimentaires entre époux et étaient donc soumises à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires (Cass. Civ. 1re, 16 juillet 1992, *Rev. Crit. DIP*, 1993. 269, note P. Courbe, *D.* 1993. 476, note K. Saïdi, *JCP G* 1993. II. 22138, note J. Déprez, *Defrénois*, 1993. 292, note J. Massip ; Cass. civ. 1re, 7 novembre 1995, *D.* 1996. Somm. 170, obs. B. Audit. V. également, F. Monéger, « L'obligation alimentaire », *Droit et Patrimoine* 2005, n° 138, p. 64). La Cour de Justice de l'Union Européenne a également assimilé la prestation compensatoire à l'obligation alimentaire, dans un arrêt « De Cavel » (CJCE 6 mars 1980, *De Cavel II*, *Rec. p.* 731, *Rev. Crit. DIP*, 1980. 614, note G.A.L. Droz) : « Les prestations compensatoires prévues par les articles 270 et suivants du code civil français et visées par la deuxième question concernent les obligations financières éventuelles entre ex-époux après le divorce fixées à raison des ressources et besoins réciproques et ont également un caractère alimentaire (...) Il résulte des considérations qui précèdent que le champ d'application de la convention s'étend aussi et pour les mêmes motifs aux obligations alimentaires que la loi ou le juge impose à des époux pour la période postérieure au divorce ». Enfin, le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires en vigueur et le règlement « aliments » du 18 décembre 2008 y renvoyant comprennent dans leur champ d'application la question de la prestation compensatoire. Toutefois, cette classification en droit international ne devrait pas préjuger de sa qualification en droit interne, les catégories opérées en droit international sont en effet différentes des catégories internes (V. notamment Cass. civ. 1re, 25 juin 1957, *Silvia*, *Rev. crit.*, 1957, p. 690, note Batiffol).

¹²⁰⁶ S. David, précité

¹²⁰⁷ A. Sériaux, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.*, 1997, p.53 ; cité par O. Vergara, *L'organisation patrimoniale en couple*, Thèse précitée, n°677

l'époux, mais dépendent des disparités que le divorce crée dans les conditions de vie des époux. Vont ainsi être pris en compte : l'enrichissement des époux réalisé pendant le mariage, à travers sa durée, les conséquences des choix professionnels des époux et leur capacité d'enrichissement dans un avenir prévisible¹²⁰⁸. Le but du législateur, à travers la prestation compensatoire, est que l'époux participe à l'enrichissement de l'autre, indépendamment du régime matrimonial choisi¹²⁰⁹. C'est ce qui distingue encore le mariage du pacs ou du concubinage. Il y a dans le mariage un projet familial et dans ce projet figure l'enrichissement de la famille¹²¹⁰.

Cette « double nature » de la prestation compensatoire empêche qu'elle puisse être complètement disponible.

2. Une disponibilité limitée du fait de ce caractère « hybride »

430. Aussi bien la nature alimentaire que la nature indemnitaire de la prestation font obstacle à une contractualisation pleine et entière de la prestation compensatoire.

431. **Limites résultant du caractère alimentaire de la prestation compensatoire.** - Pour un auteur, la fixation de la prestation compensatoire « pourrait directement être intégrée au régime matrimonial »¹²¹¹. Régime matrimonial et prestation compensatoire ont en effet ce but commun de rééquilibrer les situations patrimoniales des époux. Le régime matrimonial est un premier moyen pour l'époux de participer à l'enrichissement de son conjoint. Après liquidation de celui-ci, si la participation n'est pas encore suffisante, la prestation compensatoire prend le relais. C'est pourquoi elle est fixée après la liquidation du régime. Le patrimoine des époux est en effet pris en compte, après liquidation, pour fixer le montant de la prestation. Il existe donc

¹²⁰⁸ Cf. O. Vergara, *L'organisation patrimoniale en couple*, Thèse précitée, n°682 et s.

¹²⁰⁹ Cf. O. Vergara, *Ibid*, n°698 et s.

¹²¹⁰ La prestation compensatoire partage ainsi, avec la réserve héréditaire, le but commun de favoriser l'enrichissement de la famille, ou au moins de maintenir un certain standard de vie qui va au-delà du minimum vital. V. en ce sens, O. Vergara, thèse précitée, n°670 et 671 : « le mariage se recommande toujours, en dépit de la libéralisation du divorce, d'une vocation perpétuelle. Les époux forment le vœu, au jour du mariage, de partager leurs jours jusqu'à leurs décès. Qu'ils soient sous un régime communautaire ou sous un régime séparatiste, les époux poursuivent à cet égard un projet identique. Chacun des deux a vocation, à son décès, à prendre part à la succession de l'autre en sa qualité d'héritier légal voire réservataire. L'enrichissement de chacun doit donc bénéficier à l'autre. Cependant, en cas de rupture, la qualité d'héritier disparaît avec celle d'époux. La prestation compensatoire vient donc contrebalancer la perte de la vocation à hériter »

¹²¹¹ O. Vergara, thèse précitée, n°699 et 701 ; « la compensation des disparités dans les conditions de vie du fait du divorce serait alors réglée au moment de la liquidation du régime matrimonial », à la manière d'un avantage matrimonial ; dans le même sens v. G. Cornu, *La famille*, Montchrétien, 2006, 9^{ème} éd., n° 329, p. 515 : Le principe de compensation pourrait « trouver sa mise en œuvre dans un mécanisme matrimonial.

un lien certain entre la prestation compensatoire et le régime matrimonial. Toutefois, si la prestation compensatoire est intégrée au régime matrimonial, elle devient complètement disponible et peut être fixée à l'avance, dans le contrat de mariage par exemple. Or, il existe selon nous une limite incompressible à cette proposition : le droit aux aliments du conjoint. Les époux ne peuvent renoncer à l'avance à leur devoir de secours¹²¹², et de manière générale à toutes créances alimentaires¹²¹³. La fonction alimentaire de la prestation compensatoire empêche que l'on puisse complètement y renoncer, autrement dit de la rendre complètement disponible¹²¹⁴. En outre, la prestation compensatoire permet de rattraper les éventuelles injustices ou insuffisances causées par la liquidation du régime matrimonial : il nous paraît donc utile de les distinguer et de calculer la prestation après la liquidation du régime.

432. ***Limites résultant du caractère indemnitaire de la prestation compensatoire.*** - Le caractère indemnitaire de la prestation implique lui aussi qu'elle soit régulée et ne puisse être totalement abandonnée à l'autonomie de la volonté. Des limites peuvent en effet aussi être trouvées dans le droit de la responsabilité. Nous ferons à cet égard un parallèle avec la question de la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Comme ces clauses, les conventions en vue du divorce viennent limiter ou supprimer les compensations pécuniaires en cas de divorce. Dès lors, se pose la question de savoir si, en droit de la responsabilité, on peut renoncer par avance à la réparation d'un préjudice.

433. La doctrine distingue traditionnellement les clauses transigeant sur la responsabilité contractuelle et celles sur la responsabilité délictuelle, et la jurisprudence n'apporte pas les mêmes réponses selon le type de responsabilité. En matière de *responsabilité contractuelle*, la Cour de cassation affirme régulièrement la validité de principe de ces clauses. Cette solution a été confirmée par le nouvel article 1231-3 du code civil¹²¹⁵. A propos des clauses venant limiter ou exclure la *responsabilité délictuelle*, la Cour de cassation a en revanche adopté une position contraire: ces clauses seraient nulles¹²¹⁶ (en tous cas en ce qui concerne la responsabilité pour

¹²¹² J. Massip, note sous Civ 2^{ème}, 21 mars 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, I, jur. p. 38

¹²¹³ A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, LGDJ, Précis Domat, 2014, n° 659 ; V. aussi Cass. civ., 12 déc. 1921, DP 1921, 1, p. 153, note H. Capitant ; S. 1923, 1, p. 353, note E. Audinet ; Cass. req., 26 juin 1928, DH 1928, p. 463

¹²¹⁴ Un créancier d'aliments ne peut en effet valablement renoncer à ses droits aux aliments ceux-ci étant indispensables pour assurer son existence (v. en ce sens Rép. pr. civ., v° *Aliments*, par A. Gouttenoire, actu. par V. Bonnet, mars 2014, n° 96 ; Civ. 1^{re}, 29 mai 1985, Bull. civ. I, n° 167)

¹²¹⁵ Issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (« *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.* »)

¹²¹⁶ Req. 27 nov. 1911, Cass. Civ. 27 juillet 1925 ; 3 janvier 1933, Civ. 2^{ème}, 11 décembre 1952 ; Civ 1^{ère}, 10 février 1972 ; Civ 2^{ème}, 15 juin 1994

faute). La Cour de cassation a rappelé récemment ce principe dans un arrêt en date du 5 juillet 2017: « les articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241 du Code civil, sont d'ordre public » et « leur application ne peut être neutralisée contractuellement par anticipation, de sorte que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle »¹²¹⁷. Le projet de réforme de la responsabilité civile envisage de consacrer cette solution à l'article 1283 : « en matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute »¹²¹⁸.

434. Or, doit-on rapprocher la prestation compensatoire de la responsabilité contractuelle ou délictuelle ? La prestation compensatoire vient-elle réparer un dommage résultant d'un fait contractuel ou délictuel ? En faveur du caractère délictuel de la responsabilité¹²¹⁹, on pourrait avancer plusieurs arguments : le mariage n'est pas seulement un contrat, mais aussi une institution; son régime est essentiellement défini par la loi ; il intéresse la société et pas seulement les cocontractants ; les devoirs entre époux ne prennent pas leur source dans le contrat mais dans les exigences sociales, transcrites dans la loi ; il s'agit d'obligations légales, et de ce point de vue, le fondement délictuel pourrait s'imposer. La responsabilité délictuelle vient en effet sanctionner le non-respect d'un devoir général, auquel toute personne est tenu, en toutes circonstances¹²²⁰. Ces arguments semblent toutefois remis en cause par la contractualisation du droit du divorce, et plus largement du droit de la famille¹²²¹. La Cour de cassation considère par ailleurs que le « préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal » doit être réparé sur le fondement du droit commun, c'est-à-dire de la responsabilité civile délictuelle¹²²² car le préjudice résultant de la rupture est réparé sur le fondement de l'article 266 du code civil. Ne doit-on dès lors pas en conclure que si le préjudice distinct de la rupture est réparé sur le fondement délictuel, la responsabilité résultant de la

¹²¹⁷ Civ 1^{ère}, 5 juillet 2017, *Contrats Concurrence Consommation*, 2017, comm. 217, L. Leveneur

¹²¹⁸ Toutefois, la solution ne serait pas la même en cas de faute non intentionnelle. Dans le cas où la faute ne serait pas volontaire, l'article 1283 du projet pourrait permettre une limitation ou exclusion conventionnelle de la responsabilité extra-contractuelle.

¹²¹⁹ V. à cet égard F. Niboyet qui justifie la nullité des conventions limitant ou excluant la prestation compensatoire en cas de divorce par la nullité de principe des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité délictuelle posée par la jurisprudence : « la prestation compensatoire revêt aussi un caractère indemnitaire. Un parallèle pourrait ici être établi avec la jurisprudence selon laquelle il n'est pas possible de « renoncer d'avance à demander la réparation du dommage résultant d'une faute délictuelle » en vertu de l'article 1382 du code civil. » (*L'ordre public matrimonial*, thèse précitée)

¹²²⁰ P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGJD, bibl. droit privé, 2000

¹²²¹ En ce sens, cf. *supra*, n°414

¹²²² Civ 1^{ère}, 24 janvier 1990 : « Indépendamment du divorce et de ses sanctions propres, l'époux qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal peut demander réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun ».

rupture est quant à elle contractuelle¹²²³ ?

435. L'application du régime de responsabilité contractuelle suppose qu'un contrat existe entre la victime et l'auteur du dommage, que ce dommage résulte de l'inexécution d'une obligation née de ce contrat rattachée à celui-ci et enfin que la responsabilité soit mise en jeu dans les rapports entre cocontractants¹²²⁴. Or, en ce qui concerne les liens entre le demandeur et celui à qui il est réclamé réparation, il s'agit des liens du mariage, dont on ne peut nier aujourd'hui les aspects contractuels¹²²⁵. La responsabilité serait par ailleurs bien mise en jeu entre les époux contractants, puisque c'est toujours un époux qui réclame la prestation compensatoire. Enfin, à propos du dommage, il résulte de la rupture du mariage. Or, la prestation compensatoire compense « la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » des époux (art. 270 c. civil). Le divorce mettant fin au partage du train de vie, aux obligations réciproques de secours et de contribution aux charges de mariage, les époux peuvent subir un préjudice financier. Ces obligations découlant du mariage, on pourrait donc voir dans la prestation compensatoire une manifestation de la responsabilité contractuelle. Pour Monsieur David d'ailleurs, la prestation compensatoire est la « manifestation d'une responsabilité post-contractuelle pour cause objective pesant sur l'époux débiteur, du fait de la dissolution du lien conjugal »¹²²⁶. Par conséquent, si les modalités ou le montant de la compensation pécuniaire ont été définis à l'avance dans le contrat de mariage par les époux, il semble que l'on puisse rapprocher ces clauses des clauses élusives ou limitatives de responsabilité contractuelle.

436. De ce rapprochement avec la responsabilité contractuelle, on ne doit toutefois pas conclure à une disponibilité totale des conventions entre époux sur la prestation compensatoire. En effet, même si les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont admises en matière contractuelle, plusieurs exceptions viennent limiter leur efficacité. La doctrine les a classées au nombre de trois¹²²⁷ :

¹²²³ V. cependant en sens contraire S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », RTD Civ. 2016, p. 773, n°18

¹²²⁴ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 3^e éd., 2008, n°181

¹²²⁵ Cf. *supra*, n°413

¹²²⁶ P.J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, précité, n°213.62

¹²²⁷ S. Carval, P. Jourdain, G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 2017, n°336 ; v. aussi les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes européen du contrat (PDEC) qui encadrent aussi la validité de ces clauses : l'article 7.16 des principes Unidroit dispose qu'« une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation (...) si eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ». L'article 8.109 des PDEC relatif aux « clauses excluant ou

*Le caractère d'ordre public de la responsabilité en cause¹²²⁸ ;

*l'interdiction des clauses qui privent de sa substance *l'obligation essentielle du contrat*¹²²⁹ ;

*les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Le nouvel article 1171 du code civil a quant à lui interdit de manière générale « les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » dans les contrats d'adhésion. Cet article est inspiré du droit de la consommation qui prohibait déjà ce type de clause entre professionnels et consommateurs.

Il existe en effet un ordre public contractuel et le droit de la famille semble s'en inspirer pour réguler les rapports familiaux. Les mêmes limites tenant à l'équilibre du contrat pourraient donc être transposées aux clauses transigeant sur le montant de la prestation compensatoire.

2) L'existence d'un « ordre public contractuel » en droit du divorce

437. Sous le vent de libéralisation du droit de la famille, les modes de rupture du mariage se rapprochent de plus en plus des modes de résiliation contractuelle¹²³⁰. Les époux apparaissent être les plus aptes à décider des conséquences patrimoniales de leur divorce dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel. Le fait de soumettre l'accord des époux à l'homologation du juge était déjà un pas vers la déjudiciarisation : on préférerait déjà l'accord créé et librement négocié par les époux eux-mêmes plutôt qu'un accord imposé par le juge. L'accord des époux était à l'origine de la décision judiciaire et en constituait le cœur. L'homologation ne faisait que se greffer sur un acte préexistant, « qui aurait pu se suffire à lui-même si le législateur n'en avait pas décidé autrement »¹²³¹. En pratique, le juge ne faisait, la plupart du temps,

limitant les moyens » évoque quant à lui la bonne foi pour limiter la validité de ce type de clause : « les moyens accordés en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités à moins qu'il ne soit contraire aux exigences de la bonne foi d'invoquer l'exclusion ou la limitation ». L'article 4 :110 relatif aux clauses abusives n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle utilise le critère du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » pour limiter ces clauses.

¹²²⁸ On pense notamment à la jurisprudence relative aux clauses allégeant la garantie contre les défauts ou vices cachés dans la vente, protégeant les consommateurs contre un « abus de puissance économique » des professionnels

¹²²⁹ Grâce à cette théorie, la Cour de cassation a pu faire obstacle aux clauses qui déséquilibraient trop gravement le contrat. La Cour de cassation a cherché à sanctionner les déséquilibres en invoquant la notion « d'obligation essentielle » ou « d'absence de cause ». La réforme du droit des obligations a confirmé cette jurisprudence puisque le nouvel article 1170 du code civil dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

¹²³⁰ La divorce pour altération du lien conjugal pourrait aussi être rapproché de la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée. Certes un délai de séparation de deux ans est exigé, mais des délais de préavis sont également connus en droit du travail (délai de préavis en cas de licenciement) et en droit commercial (sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie) : cf. S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773

¹²³¹ I. Balensi, « L'homologation des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 43 et s. et 235

qu'entériner l'accord. Rares étaient les refus d'homologation. Le juge n'était d'ailleurs pas forcément à l'aise face à ces conventions : elles l'interrogeaient sur sa fonction, son rôle réel vis à vis d'elles, et le mettaient face à une alternative peu évidente : soit il validait sans conditions l'accord des époux en apposant sa signature, soit il refusait l'homologation si celle-ci s'avérait contraire à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux (art. 232 al 2 c. civil), au risque de se voir reprocher une véritable immixtion dans leur liberté¹²³². La déjudiciarisation apparaissait donc être l'issue d'un mouvement inéluctable.

438. Si l'effacement du juge paraît assumé, ce n'est toutefois pas forcément le cas de l'ordre public. Le législateur a certes voulu limiter l'intrusion judiciaire dans les rapports entre époux et accorder une importance accrue à leurs accords¹²³³. Les avantages de la contractualisation ont en effet été maintes fois développés : souplesse et adaptation du contrat aux individus et aux situations spécifiques, affranchissement du cadre légal conçu de façon générale et figée, essor de la liberté individuelle, avantage de l'accord négocié par rapport à la décision imposée par la puissance publique, pacification de la relation grâce au contrat auquel les parties adhèrent librement, etc.¹²³⁴. La volonté de désengorger les tribunaux et le souci d'économiser les deniers publics expliquent aussi bien entendu en grande partie la déjudiciarisation du divorce. « Derrière les arguments de respect des volontés individuelles, de réappropriation de leur litige par les parties et même de revalorisation du travail du juge, le réformateur a bien du mal à cacher des préoccupations éminemment budgétaires »¹²³⁵.

439. Cette déjudiciarisation n'est toutefois pas forcément motivée par une volonté de déréguler complètement le droit de la famille, et l'on devrait assister à des sursauts de l'ordre public, comme c'est le cas en matière contractuelle. La préoccupation pour le respect des droits du conjoint divorcé est en effet toujours actuelle en droit interne. Une circulaire du 26 janvier 2017 révèle que, malgré la déjudiciarisation du divorce, le ministre de la Justice reste soucieux du respect de l'ordre public en la matière. D'un côté, le garde des Sceaux y affirme, à propos du rôle du notaire, que ce dernier « n'a pas à contrôler le contenu ou l'équilibre de la

¹²³² Voir notamment, M. Giacomelli-Mori, « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD civ.* 2001, p. 505

¹²³³ La « tendance du droit à accorder une portée accrue aux accords entre époux » a été relevée depuis longtemps par les auteurs, voir notamment : E. Serverin, « Lectures socio-juridiques sur l'Etat et le contrat », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, LGJD, 2007, p. 96

¹²³⁴ S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773

¹²³⁵ S. Moracchini-Zeidenberg, *Ibid* ; voir aussi sur la question : P. Aboudaram, « Le coût social du divorce », *Gaz. Pal.* 2014, p. 44

convention ». De l'autre, il précise néanmoins qu'il doit « vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou réglementaires », et que « s'il est porté **manifestement** atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple¹²³⁶), le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté »¹²³⁷. On ne saurait donc conclure à une dérégulation totale du droit du divorce. Contrat et « ordre public » ne sont pas antagonistes : certains contrats connaissent des régimes impératifs, dans le but souvent d'assurer l'équilibre entre les parties. Des limites à la disponibilité de la prestation compensatoire peuvent donc être trouvées dans la sphère contractuelle.

440. D'ailleurs, si le droit de la famille se contractualise, le droit des contrats quant à lui s'institutionnalise. Ainsi, l'affaiblissement de l'ordre public de direction est compensé par la montée en puissance d'un ordre public « contractuel ». Depuis plusieurs années, la jurisprudence et le législateur font entrer l'ordre public dans la sphère contractuelle. Apparaissent, de plus en plus, des obligations implicites à la charge des cocontractants, tenant au principe « d'exécution de bonne foi » du contrat¹²³⁸. En effet, le contrat a un réel rôle social : il présente un intérêt non seulement pour les parties contractantes mais aussi pour la collectivité dans son ensemble¹²³⁹. « La conception purement volontariste du contrat, que les parties aménageraient à leur guise sans aucune contrainte et qui trouverait son principe d'existence

¹²³⁶ Le choix de cet exemple de clause considérée comme contraire à l'ordre public est étonnant. En effet, la Cour de cassation a validé par le passé les conventions de divorce stipulant que la prestation compensatoire, versée sous forme de rente, cesserait en cas de remariage ou de concubinage notoire : Civ. 1^{ère}, 16 janvier 1985 ; Civ. 1^{ère}, 28 février 2006, RTD Civ. 2006, p. 285, obs. J. Hauser (en l'espèce, une convention entre époux homologuée prévoyait que la rente mensuelle ne serait plus versée à l'épouse en cas de remariage ou de concubinage notoire. L'ex-mari demandait en justice la cessation du versement de la rente, estimant que l'épouse s'était mise en concubinage. La Cour de cassation le refusa, en raison de l'absence de preuve de concubinage notoire de la femme, respectant ainsi et mettant en œuvre les termes de l'accord). Voir aussi sur le même thème : TGI La Rochelle, 19 oct. 1977, Gaz. Pal., 1978, 1. 154, note Brazier. De telles clauses peuvent toutefois, il est vrai, porter atteinte à la liberté individuelle de se marier ; leur contrariété à l'article 8 de la CEDH relatif au respect de la vie privée et familiale pourrait être soulevée.

¹²³⁷ *Circulaire du garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 26 janvier 2017, sur la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle*, Fiche n°6. Ces précisions pourraient donner un indice sur le contenu de l'ordre public international en la matière. L'adverbe « manifestement » employé dans la circulaire rappelle en effet la définition de l'ordre public international habituellement donnée par les règlements européens, qui s'oppose à « l'application de la loi étrangère manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». On pourrait dès lors peut être établir une identité entre les dispositions d'ordre public international et les dispositions d'ordre public auxquelles les conventions des époux pourraient manifestement porter atteinte dans l'ordre interne. Les auteurs commentant la réforme n'ont cependant pas manqué de relever les contradictions et le flou se dégageant de ce contrôle de conformité à l'ordre public, voir notamment, S. David, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille*, 2017, p.31

¹²³⁸ La jurisprudence a par exemple créé des obligations d'information, de mise en garde, de conseil à la charge des professionnels ; v. not. M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816

¹²³⁹ En ce sens, G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, précitée., n°185 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, préface J. Ghestin.

dans la seule volonté subjective des contractants, a vécu »¹²⁴⁰. Dès lors, le contrat intéressant la société, son contenu ne peut être laissé à la totale discrétion des parties et un certain « ordre public contractuel » s'installe. Il n'est donc pas étonnant de voir poindre des obligations, que l'on trouve habituellement en droit des contrats, venir nourrir et renouveler l'ordre public matrimonial¹²⁴¹. C'est ainsi, par la voie du droit des contrats que les idées de solidarisme et de protection du conjoint divorcé resurgissent. Les travaux du 110^{ème} Congrès des notaires sur le thème *Vie professionnelle et famille, Place au contrat*¹²⁴² ont d'ailleurs démontré « comment le contrat permettait de renforcer la solidarité entre les membres de la famille (...) dans l'ordre interne comme international »¹²⁴³.

Cet essor, et même ce besoin, d'ordre public contractuel en droit du divorce se manifeste aussi à l'international.

§2 En droit international

441. Quel accueil faire aux conventions anticipées sur la prestation compensatoire conclues par des époux sous l'empire d'une loi étrangère qui les permet ? La jurisprudence semble chercher un équilibre (A) qu'elle trouve sous les traits d'un ordre public « contractuel » international (B)

A. L'état de la jurisprudence sur l'efficacité des conventions anticipées sur la prestation compensatoire

442. Les conventions étrangères de divorce sur la prestation compensatoire présentées aux juridictions françaises sont souvent conclues sous l'empire de la loi allemande. L'article 1585 du BGB autorise en effet expressément les renonciations aux pensions de divorce. Les époux bénéficient d'une large liberté contractuelle sous l'empire du droit allemand et peuvent en principe renoncer par avance, avant toute procédure de divorce, dans leur contrat de mariage

¹²⁴⁰ G. Viney, *Ibid*

¹²⁴¹ A titre d'exemple, les époux doivent, dans le cadre du divorce par consentement mutuel sans juge, respecter un délai de réflexion de 15 jours avant de signer la convention de divorce. Ce délai de réflexion est propre à la sphère contractuelle.

¹²⁴² V. Rapport du 110^{ème} Congrès des notaires sur le thème « Vie professionnelle et famille, Place au contrat » Marseille, 2014

¹²⁴³ M. Dadois, « Propos introductifs », Actes du 110^{ème} Congrès des notaires de France précité

notamment, à toutes créances d'aliments¹²⁴⁴. Un tel accord est valable à condition qu'il soit authentifié par un notaire, qui assure un rôle de conseil et de contrôle de validité de l'accord¹²⁴⁵. Dès lors, on s'interroge : notre ordre public international peut-il limiter cette liberté contractuelle et si oui dans quelle mesure? Y a-t-il une place irréductible pour la solidarité conjugale?

443. Dans un premier temps, la jurisprudence a semblé accueillir favorablement ces conventions étrangères. Elles ont été validées par la Cour de cassation et par plusieurs cours d'appel, si bien qu'une grande partie de la doctrine en a conclu que la solution était fixée à cet égard¹²⁴⁶. Dans une affaire *Todorovitch* en effet, tant la cour d'appel de Paris¹²⁴⁷ que la Cour de cassation¹²⁴⁸ ont donné plein effet à une convention, valablement conclue sous l'empire du droit allemand, dans laquelle les époux renonçaient réciproquement à toute réclamation alimentaire antérieurement à leur divorce. En échange de cette renonciation, le mari avait versé à l'épouse une somme de 70.000 deutsche marks. La validité de cet accord fut toutefois remise en cause par l'épouse au jour du divorce, celle-ci arguant devant les juridictions françaises de sa contrariété à l'ordre public international. La cour d'appel de Paris ne lui donna pas raison : « Une convention conclue sans fraude et conformément à la loi compétente entre époux avant le divorce pour régler par anticipation les conséquences du divorce n'est pas nécessairement dépourvue d'effets, dès lors que le droit a été acquis sans fraude à l'étranger conformément à la loi reconnue compétente par les règles françaises de droit international privé (...) »¹²⁴⁹. Sa décision fut confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 novembre 1972, qui se fonda sur l'ordre public atténué pour valider cette convention et lui donner effet en France. Elle affirma en ce sens qu'« une disposition contraire à l'ordre public interne n'est pas

¹²⁴⁴ En l'absence d'accord entre les époux, il appartiendrait au juge, au jour du divorce, de fixer le montant de la créance d'aliments. Il s'appuierait alors sur des éléments tels que le niveau de vie des ex-conjoints pendant leur mariage, des ressources de l'époux débiteur et des besoins du créancier (art. 1578 BGB).

¹²⁴⁵ Cette liberté contractuelle n'existe néanmoins que pour les aliments dus après divorce. Pour ceux dus pendant le mariage, la renonciation n'est pas possible. Ainsi, des époux ne pourraient se dispenser mutuellement d'assurer leur devoir de secours et obligation d'entretien du conjoint pendant le mariage (« Le divorce constitue une césure non seulement pour les règles du BGB relatives au droit aux aliments, mais aussi pour la liberté des conjoints de conclure des accords et de renoncer aux créances alimentaires. En ce qui concerne la période après le divorce, il existe une primauté de la liberté du contrat de mariage sur l'idée de la solidarité post-matrimoniale. », U. P. Gruber, « Renonciation anticipée à la prestation compensatoire et liberté des conventions matrimoniales », *Rev. crit. DIP* 2016. 126).

¹²⁴⁶ Voir not. L. Perreau-Saussine, « Les prenuptial agreements et les contrats de mariage : perspectives franco-anglaises. Propos introductifs », *Dr. Famille* 2015, dossier 29 : « si la loi du divorce est une loi étrangère qui valide les prenups, telle la loi anglaise ou allemande, alors le contrat sera pleinement valable ».

¹²⁴⁷ CA Paris, 18 juin 1971

¹²⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1972, n°71-44.470, *Rev. Crit. DIP* 1973, p. 691, G. Wiederkehr

¹²⁴⁹ « (...) et, en particulier, une convention sur l'entretien du mineur dès lors qu'elle ne le prive pas de la possibilité de demander une pension à chacun de ses parents mais qu'elle établit un mode de répartition de la dette ne porte pas atteinte à l'ordre public ».

nécessairement privée d'effet en France, dès lors que le droit a été acquis sans fraude à l'étranger, conformément à la loi reconnue compétente par les règles françaises de droit international privé ». Or, « la convention litigieuse était valable au regard de la loi allemande qui la régissait », et la cour d'appel, s'étant fondée « sur l'effet atténué de l'ordre public à l'égard de droits acquis à l'étranger » avait pu « sans avoir à s'attacher aux besoins et ressources des parties, déduire de ces constatations que rien ne s'opposait à l'exécution en France de l'engagement » assuré par l'épouse.

444. Cette jurisprudence est concomitante à celle relative aux répudiations musulmanes, au moment où la Cour de cassation ne leur opposait aussi qu'un ordre public atténué¹²⁵⁰. L'esprit de l'époque était à la tolérance et à l'acceptation de la loi étrangère, l'ordre public atténué faisant alors office de compromis¹²⁵¹. En outre, à cette époque, le principe d'interdiction des conventions aménageant les effets pécuniaires du divorce en dehors de toute instance était déjà discuté en droit interne¹²⁵², ce qui explique peut-être l'indulgence de la Cour. Pourtant, la nature de la pension versée au conjoint en cas de divorce était, à cette date, encore profondément alimentaire¹²⁵³, et le droit aux aliments étant indisponible, il n'était pas possible en droit interne

¹²⁵⁰ L'ordre public atténué permettait en effet d'accueillir les répudiations musulmanes intervenues à l'étranger, dès lors que l'épouse avait acquiescé à la répudiation. « Cette position était dictée tant par la réalité sociologique que par la pratique judiciaire française qui tolérait largement le divorce par consentement mutuel sous le couvert de causes de divorce simulées alors que la politique législative française continuait de s'y opposer. Dans ce contexte, il paraissait difficile de repousser indéfiniment au titre de l'ordre public international des divorces prononcés à l'étranger dans des circonstances telles qu'ils étaient assimilables à un divorce par consentement mutuel, depuis longtemps ancré dans les mœurs françaises » (R. el-Husseini Begdache, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, n°298). Les répudiations musulmanes furent accueillies plus largement encore par la suite; un arrêt Rohbi de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 novembre 1983 (Civ 1ère, 3 novembre 1983, Rev. Crit. dr. int. pr., 1984, p. 325, note I. Fadlallah; Clunet 1984, p. 329, note Ph. Kahn; JCP G 1984 II p. 20131, conclusions Gulphe; Grands arrêts dr. int. pr., n° 63) posa en effet le principe selon lequel l'ordre public français ne s'opposait plus à la réception de l'institution en France dès lors que l'épouse avait été présente à la procédure et qu'elle avait reçu des indemnités. Cette jurisprudence fut toutefois fortement critiquée, on lui reprocha notamment de conférer un « quasi blanc-seing » aux situations nées à l'étranger (P. Hammje, "L'effet atténué de l'ordre public", in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 1999, p. 87 et s., spéc. p. 90.), si bien qu'elle ne dura pas.

¹²⁵¹ V. en ce sens L. Gannagé, in *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, RCADI, 2013, t. 357, p. 164

¹²⁵² V. not. en ce sens, G. de la Pradelle, note sous arrêt Todorovitch, Civ 1ère, 7 novembre 1972, JDI 1973, p. 700 : « une telle nullité est assurément discutable alors que la validité des aménagements conventionnels de l'obligation alimentaire est admise en principe, sous le contrôle du juge. On rappellera la faiblesse de son fondement qui est lié à l'antériorité de la convention par rapport au divorce ; les conventions postérieures sont en effet tolérées, il ne s'agit donc que de dates et l'on pourrait envisager ou bien que le divorce entraîne « purge » du vice et emporte la nullité ou bien qu'il autorise une véritable confirmation de l'acte. Dans ces conditions les raisons de la nullité se trouvent soit dans la parenté de ces accords avec les pactes de séparation amiable dont la nullité est elle-même généralement critiquée. Une solution aussi peu évidente en droit interne devrait-elle suffire à provoquer en droit international ce réflexe exceptionnel que doit être l'ordre public ? ».

¹²⁵³ Cf. *supra*, n°426

qu'il fasse l'objet d'une renonciation anticipée¹²⁵⁴. La Cour de cassation fit preuve d'autant plus de souplesse que le divorce par consentement mutuel n'était alors pas encore introduit en France : le divorce était exclusivement judiciaire et les conventions en vue du divorce non admises. La mise en œuvre de l'ordre public atténué avait toutefois déjà permis de donner effet en France aux divorces par consentement mutuel prononcés à l'étranger¹²⁵⁵. La cour d'appel de Paris avait d'ailleurs mis en avant cet argument pour valider la convention de divorce : « la France qui reconnaît effet à un divorce intervenu dans un pays étranger par consentement mutuel ne saurait refuser de tenir compte d'un accord réglant par anticipation les conséquences d'un divorce ultérieurement prononcé par une juridiction pour faute d'un conjoint ». En effet, il aurait pu paraître incohérent que, d'un côté, l'on donne effet au divorce par consentement mutuel alors qu'il n'est pas admis en France, et de l'autre, que l'on refuse de tenir compte d'une convention anticipant les conséquences pécuniaires du divorce.

445. Il nous semble toutefois que l'usage de l'ordre public atténué se justifie moins à propos d'une convention de divorce n'ayant pas encore produit ses effets que pour un divorce par consentement mutuel déjà prononcé. En effet, « si le divorce par consentement mutuel intervenu à l'étranger est reconnu en France, c'est qu'il est difficile d'ignorer le fait accompli, alors qu'il sera beaucoup plus facile de ne pas tenir compte d'une convention qui prétend seulement régler certains effets du divorce »¹²⁵⁶. Par ailleurs, s'il avait été demandé au juge de prononcer un divorce par consentement mutuel en France sur le fondement de la loi étrangère applicable, ce dernier aurait fait intervenir l'exception d'ordre public¹²⁵⁷. Or, en l'espèce, il était question d'appliquer la convention étrangère dans le cadre d'un divorce pas encore prononcé, il n'était donc pas encore question de « fait accompli ». Il s'agissait de prononcer le divorce dans les conditions de la loi étrangère, à travers l'application de la convention, et dès lors, l'usage de l'ordre public atténué paraissait beaucoup moins justifié¹²⁵⁸. Le mécanisme permet en effet en principe de valider une situation créée à l'étranger dont on n'aurait pas toléré l'instauration en France. Adoptant une attitude pragmatique, on accepte cependant de lui donner effet: la situation existe, on ne peut l'ignorer, et qu'on le veuille ou non, la situation est

¹²⁵⁴ Ni la cour d'appel, ni la Cour de cassation, ni l'avocat général dans ses conclusions (Concl. de l'avocat général Granjon sous l'arrêt de la CA Paris, 18 juin 1971, D. 1971, p. 461) ne l'ont cependant relevé.

¹²⁵⁵ Arrêt *Rivière*, Ch. Civ. 1re sect. 17 avr. 1953, Rev. Crit. DIP 1953. 412, note Batiffol, JDI 1953. 860, note Plaisant, JCP 1953 II 7863, note Bluchet, Grands arrêts DIP n° 26. « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger »

¹²⁵⁶ G. Wiederkehr, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 691

¹²⁵⁷ Jurisprudence antérieure à l'arrêt *De Pedro*, Civ 1ère, 1er avril 1981, JDI 1981, p. 812, n. D. Alexandre

¹²⁵⁸ V. aussi sur l'application contestable de l'ordre public atténué à un pacte sur succession future, cf. *infra* n°628 ss.

irréversible. Il ne serait pas raisonnable que l'ordre juridique français ferme les yeux sur ces faits régulièrement acquis à l'étranger, même si les circonstances dans lesquelles elles se sont produites peuvent nous choquer. C'est ainsi que notre ordre juridique donne effet aux mariages polygamiques, alors qu'ils ne seraient jamais célébrés en France¹²⁵⁹. En revanche, la convention entre époux conclue à l'étranger ne présente rien de vraiment irrémédiable. Le juge peut très bien refuser de donner effet à l'accord sans qu'aucune « situation inextricable ne s'en suive »¹²⁶⁰.

446. Les arrêts postérieurs ont néanmoins confirmé cette jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt en date du 14 mars 2002, la Cour d'appel d'Aix en Provence a jugé que la convention valablement conclue sous l'empire du droit allemand, par laquelle les époux renonçaient à toute pension en cas de divorce, devait recevoir effet en France¹²⁶¹. En l'espèce, les époux avaient convenu par contrat de mariage conclu en Allemagne qu'ils optaient pour le régime de la séparation de biens et renonçaient réciproquement à toute demande de prestation compensatoire en cas de divorce. Au jour du divorce, le juge français fut saisi. La loi allemande était alors applicable au divorce. L'épouse, malgré son engagement dans le contrat de mariage, demanda à ce que lui soit attribuée une prestation compensatoire. Sa demande fut rejetée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence: sans même s'interroger sur l'intervention possible de l'exception d'ordre public, elle rappela que l'épouse avait renoncé à ce type de demande dans son contrat de mariage. La loi allemande applicable à la demande de prestation compensatoire¹²⁶² autorisait en effet ce type de renonciation avant divorce. L'accord conclu aux termes du contrat de mariage allemand était pourtant encore plus sévère que dans l'affaire *Todorovitch* : la renonciation avait été consentie sans contrepartie et n'était pas compensée par l'adoption d'un régime matrimonial plus avantageux pour l'épouse. L'équilibre du contrat aurait donc pu être discuté, mais l'arrêt ne fut pas porté devant la Cour de cassation.

¹²⁵⁹ Ex. La succession d'une personne ayant été mariée à plusieurs épouses sera en principe partagée, à parts égales, entre ces femmes, cf. *infra*

¹²⁶⁰ Expression empruntée à G. Wiederkehr, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 691

¹²⁶¹ « Aux termes de l'article 8 de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, est applicable aux conséquences pécuniaires de la rupture du mariage la loi applicable au divorce. La loi allemande régissant le divorce d'une épouse française et d'un époux allemand est donc applicable à la demande de prestation compensatoire formée par l'épouse. L'article 1585 du BGB (Code civil allemand) autorisant les époux à conclure des accords relatifs aux obligations alimentaires après divorce, les époux ayant par contrat de mariage choisi le régime de séparation de biens et ayant convenu de renoncer en cas de divorce à toute pension, la demande de prestation compensatoire est rejetée. » CA Aix-en-Provence, 14 mars 2002, n°98/12029, *JurisData* n°2002-190457

¹²⁶² Aux termes de l'article 8 de la convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires

447. Un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 21 mars 2007¹²⁶³ semble, à première vue, revenir sur cette jurisprudence, en déclarant contraire à l'ordre public la convention allemande par laquelle les époux avaient renoncé à toute prestation compensatoire¹²⁶⁴. Il n'en est rien en réalité. En l'espèce, les époux, franco-allemands, s'étaient mariés en France en 1991, sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Au cours du mariage, en 1997, ils décidèrent de modifier leur régime matrimonial. Par devant un notaire en Allemagne, ils adoptèrent le régime légal allemand de la communauté différée des augment¹²⁶⁵ et fixèrent d'un commun accord le montant d'une éventuelle prestation compensatoire en cas de divorce. Conformément aux dispositions du droit français, le changement de régime matrimonial fut homologué en France. Les époux demandèrent le divorce en 2001, et après un long débat judiciaire sur lequel nous ne reviendrons pas, la compétence des juridictions françaises fut reconnue pour statuer sur le divorce et ses mesures accessoires. Outre la question de la validité de la convention sur la prestation compensatoire conclue en Allemagne, la question de loi applicable au divorce fut aussi discutée dans cet arrêt. Conformément à l'article 8 de la convention de la Haye du 2 octobre 1973 alors en vigueur, la cour d'appel de Paris désigna comme applicable aux obligations alimentaires entre époux divorcés la loi française¹²⁶⁶. La question de la validité de la convention devait donc être appréciée au regard de cette loi. Contrairement aux arrêts précédents, ce n'était donc pas l'ordre public international qui était en cause mais l'ordre public interne. Or, en droit français, la réponse ne faisait pas de doute :

¹²⁶³ CA Paris, 24e ch., 21 mars 2007, JCP N 2007, 1257, note C. Chalas et Ch. Butruille-Cardew

¹²⁶⁴ « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions, que la prestation compensatoire est fixée par le juge, que de ce fait, les époux ne peuvent pas par contrat de mariage ou par contrat modifiant le régime matrimonial c'est-à-dire avant qu'une instance en divorce ne soit engagée valablement, transiger sur leur droit futur à prestation compensatoire, que la prestation compensatoire est indisponible tant que le juge ne l'a pas admise en son principe et fixée en son montant, que les dispositions du contrat de mariage fixant les obligations de N. de R. après le prononcé du divorce ne sont pas opposables au juge du divorce car contraires à l'ordre public français* »

¹²⁶⁵ Régime se rapprochant de celui de participation aux acquêts

¹²⁶⁶ Les juges avaient désigné la loi française comme applicable au divorce, celle-ci était également applicable aux obligations alimentaires : « *Considérant que l'article 310 du Code civil dispose que « 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 » ;*

Considérant qu'il est constant entre les parties que N. de R. est de nationalité française et M. B. de nationalité allemande, que lorsque N. de R. a saisi la juridiction française, il était domicilié à Paris et M. B. en Allemagne, que M. B. n'excite d'aucune disposition de la loi allemande se reconnaissant compétente pour connaître du divorce, que le fait que le divorce puisse être prononcé en application de la loi française, n' a jamais été remis en cause par M. B. tout au long de la procédure, que la contestation de M. B. ne porte que sur la loi applicable aux conséquences dudivorce ;

Considérant que la convention de la Haye du 2 octobre 1973 entrée en vigueur en France le 1er octobre 1977, dispose en son article 8 « la loi appliquée au divorce régit dans l'État concerné où celui-ci est prononcé ou reconnu, les obligations alimentaires entre époux divorcés et la révision des décisions relatives à ces obligations ;

Qu'en conséquence, la loi française applicable au prononcé du divorce, doit être également celle appliquée aux obligations alimentaires résultant du divorce à savoir la prestation compensatoire »

les conventions fixant de manière anticipée la prestation compensatoire sont nulles. Cet arrêt n'est par conséquent pas contradictoire avec la jurisprudence *Todorovitch* et ne nous renseigne pas sur le contenu de l'ordre public international.

448. L'ordre public international est en revanche bel et bien en cause dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 2015¹²⁶⁷. En l'espèce, les époux s'étaient mariés en Allemagne, en 2000, après avoir conclu un contrat de mariage reçu par devant notaire allemand. Aux termes de celui-ci, le régime matrimonial légal allemand¹²⁶⁸ fut choisi et il fut convenu que « toute prestation compensatoire selon le droit allemand ou tout autre droit » serait exclu en cas de divorce. Au jour du divorce, en 2011, l'épouse fit tout de même valoir son droit à prestation compensatoire devant les juridictions françaises. La cour d'appel de Metz la débouta, rappelant qu'aux termes du contrat de mariage qu'elle avait conclu, elle avait renoncé par avance à toute prestation compensatoire. L'épouse porta l'affaire devant la Cour de cassation, qui cassa l'arrêt d'appel, au visa de l'article 15 du règlement n°4/2009 et des articles 8, 13 et 22 du Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. La cour d'appel fut sanctionnée pour ne pas avoir recherché **« de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français »**. D'après la Cour de cassation, les juges du fond auraient dû examiner, aux termes d'une appréciation « *in concreto* » si la loi allemande alors applicable, autorisant les époux à renoncer par avance à toute prestation compensatoire, ne portait pas atteinte à notre ordre public international¹²⁶⁹.

Cette décision a tout l'air d'un revirement par rapport à la jurisprudence *Todorovitch*, à moins que la Cour de cassation ait seulement voulu rappeler aux juges du fond qu'il ne suffisait pas de désigner la loi applicable, mais encore fallait-il examiner si celle-ci, dans tous ses effets, était conforme à l'ordre public international français¹²⁷⁰.

Cet arrêt laisse néanmoins entrevoir un certain durcissement envers les conventions de divorce

¹²⁶⁷ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, D. 2015. 1539; AJ fam. 2015. 492, obs. A. Boiché; JCP 2015. 1024, note E. Fongaro; JDI 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; RJPF, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris

¹²⁶⁸ Equivalent d'une participation aux acquêts

¹²⁶⁹ La Cour de cassation a désigné comme applicable aux obligations alimentaires la loi allemande mais cela est très discutable, voir notamment le commentaire de S. Godechot-Patris sur l'arrêt, *RJPF*, 19 oct. 2015, n°10 : « Une application orthodoxe des textes et de la jurisprudence n'aurait pas du conduire à placer le débat sur le terrain de l'ordre public international ». C'est en effet la loi française qui aurait dû être appliquée.

¹²⁷⁰ En ce sens, E. Fongaro, « Effets en France d'une loi étrangère autorisant la renonciation à prestation compensatoire et ordre public international français », *JCP G* 2015, 1024

étrangères, dont la validité doit être examinée au cas par cas¹²⁷¹. La Cour de cassation a-t-elle voulu priver d'effet toute anticipation conventionnelle de la prestation compensatoire, même si celle-ci a été faite sous l'empire d'une loi étrangère qui l'admet ? L'arrêt n'affirme rien de tel, il ne décrète pas à titre de principe que la loi qui autorise de telles conventions est contraire à l'ordre public international. Il semble cependant envisager certaines circonstances dans lesquelles la loi pourrait être écartée.

449. Le Protocole de la Haye sur les obligations alimentaires semble pourtant particulièrement favorable aux accords d'anticipation entre époux. La possibilité de choisir la loi applicable à l'obligation alimentaire¹²⁷² a été admise par le Protocole pour justement garantir l'efficacité des accords entre époux en la matière¹²⁷³. Si le Protocole envisage par ailleurs des limites à ce type d'accords, c'est qu'il en admet sans doute le principe. L'article 8 § 4 dispose en effet que la loi de la résidence habituelle du créancier au moment de la désignation doit permettre la renonciation¹²⁷⁴. Ensuite, le Protocole attribue un pouvoir modérateur au juge en cas de choix de loi peu protectrice du créancier d'aliments. L'article 8 § 5 lui permet en effet d'écarter la loi choisie par les parties si celle-ci entraîne « des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties ». Néanmoins, pour des raisons de sécurité et de prévisibilité juridique, le protocole prévoit que le juge ne pourra pas revenir sur l'accord conclu par les époux s'il s'avère qu'ils étaient parfaitement « informés et conscients » des effets de cette désignation. Or, si le choix a été effectué dans un acte notarié, comme c'était le cas dans l'arrêt du 8 juillet 2015, il y a peu de chance pour que l'épouse puisse démontrer qu'elle n'était pas informée et consciente des conséquences de la convention passée avec son mari. En effet, le conseil juridique du notaire et la forme solennelle de l'acte assurent le consentement libre et éclairé des époux.

¹²⁷¹ Pour les diverses interprétations retenues suite à cet arrêt, v. les commentaires sous Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, précité

¹²⁷¹ Cf. *infra*, n°452 ss.

¹²⁷² Conformément à l'article 8 du Protocole

¹²⁷³ V. en ce sens S. Godechot-Patris, note sous arrêt Civ 1^{ère}, 8 juillet 2015, *Rev. Jur. Personnes et Famille*, 2015, n° 10 qui souligne que « le choix de loi que consacre l'article 8 a été pensé en lien avec les accords d'anticipation ». En effet, le choix de loi applicable à l'obligation alimentaire a été permis par le Protocole pour justement « garantir une certaine stabilité aux accords conclus en matière alimentaire entre les époux ou d'autres adultes » (A. Bonomi, Rapport explicatif sur le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, spéc. n°32). Le rapport explicatif du Protocole soulignait que « le choix de loi applicable est particulièrement utile dans les relations entre les époux, lorsque ces derniers concluent, avant ou en cours de mariage, une convention relative aux obligations alimentaires pendant le mariage ou après divorce » (A. Bonomi, *ibid*, spéc. n°126)

¹²⁷⁴ Ce qui est le cas de la loi allemande

450. Malgré les précautions prises dans le Protocole, la Cour de cassation reste néanmoins méfiante à l'égard de la loi qui laisse une trop grande liberté contractuelle aux époux. L'arrêt semble ainsi être une démonstration supplémentaire que la loi étrangère trop libérale doit être examinée avec minutie car elle peut se révéler, dans certaines circonstances, contraire à l'ordre public international¹²⁷⁵. Un certain flou, et donc une certaine insécurité juridique, flotte à propos de la validité de ces conventions. La décision de la Cour de cassation menace les prévisions de nombreux époux ayant conclu à l'étranger des contrats réglant à l'avance les conséquences pécuniaires de leur divorce¹²⁷⁶. Nous examinerons donc les circonstances « concrètes » auxquelles fait référence la Cour de cassation qui pourraient remettre en cause les conventions avant divorce conclus à propos de la prestation compensatoire. Il semble qu'elles tiennent à l'existence d'un ordre public « contractuel » international.

B. L'existence d'un « ordre public contractuel » international

451. L'existence d'un « ordre public contractuel » en droit international se manifeste dans l'exigence d'équilibre dans la convention (1) et de sécurité juridique (2).

1) L'exigence d'équilibre dans la convention

452. L'équilibre de la convention est assuré par un niveau minimum d'exigence sur le plan alimentaire (a), le renforcement du pouvoir modérateur accordé au juge (b), et la recherche d'équité (c).

a) Les exigences alimentaires minimales

453. Si au jour du divorce l'époux se retrouve dans le besoin, l'exception d'ordre public devrait pouvoir intervenir contre la loi étrangère qui a permis la renonciation du conjoint à toute prestation compensatoire. L'ordre public alimentaire viendra en effet ici limiter les excès d'une autonomie de la volonté exacerbée afin de subvenir aux besoins vitaux de l'époux et lui assurer un minimum d'assistance.

¹²⁷⁵ Cf. *supra* nos développements, n°90 ss.

¹²⁷⁶ Ce type de convention est en effet admis dans de nombreux pays. Sur les conventions conclues en Allemagne, en Espagne et les *prenups* en droit anglais, cf. *supra*, n°310 ss.

454. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, évincé sur le fondement de l'ordre public les lois étrangères qui ne prévoient aucune prestation pécuniaire en faveur de l'époux divorcé. Si ce type de loi est *in abstracto* contraire à l'ordre public international, sans besoin de vérifier si la contrariété se confirme en l'espèce¹²⁷⁷, la loi qui permet à l'époux de renoncer par avance à toute prestation doit être appréciée différemment : elle est *in abstracto* suspecte, mais la contrariété doit se vérifier aux termes d'une appréciation *in concreto*. Elle risque en effet de porter atteinte à des principes essentiels tels que la justice alimentaire.

455. Dès 1958, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt *Valentinis*¹²⁷⁸ que l'obligation alimentaire entre époux était « une *règle fondamentale de l'ordre public français* » et que « si celle-ci pouvait se concilier avec des modalités différentes d'attribution édictées par une loi étrangère, elle ne saurait être rejetée dans son principe ». La loi étrangère doit prévoir un minimum d'assistance envers le conjoint divorcé pour être conforme à l'ordre public international français ; c'est ainsi qu'a été écartée dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 16 juillet 1992¹²⁷⁹ une loi qui « ne prévoyait ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce ». Dans la jurisprudence relative aux répudiations musulmanes, l'ordre public alimentaire est d'ailleurs toujours resté un ultime rempart pour l'épouse répudiée¹²⁸⁰, alors même que le principe d'égalité des sexes ne l'a pas toujours été¹²⁸¹.

456. Ces exigences vitales de secours ne peuvent être évincées ni par le législateur étranger, ni par la volonté des conjoints. Une loi étrangère qui permettrait à un époux de renoncer par

¹²⁷⁷ Cf. *supra*, n°74 ss.

¹²⁷⁸ Arrêt *Valentinis*, Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1958, *Rev. Crit. Dip.*, 1959, 691, J. Deprez

¹²⁷⁹ Civ 1^{ère}, 16 juillet 1992, n°91-11.262, *précité*.

¹²⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 1983, *Rohbi*, *Rev. Crit. DIP*, 1984. 325, note I. Fadlallah, JCP G 1984. II. 20131, concl. Gulphe, JDI 1984. 329, note Ph. Kahn, Grands arrêts, n° 63-64 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1990, *Akla*, *Rev. Crit. DIP*, 1991. 593, 1^{re} espèce, note P. Courbe, D. 1990. Somm. 263, obs. B. Audit, Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, *Rev. Crit. DIP*, 2001. 704, note L. Gannagé, D. 2001. 3378, note M.-L. Niboyet ; JCP G 2002. II. 10039, note Th. Vignal, JDI 2002.181, note Ph. Kahn (dans ces arrêts, la Cour de cassation a reconnu la validité des répudiations prononcées à l'étranger dès lors que l'épouse avait bénéficié de droits alimentaires suffisants aux yeux des juges français, v. N. Joubert, *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 584)

¹²⁸¹ Il ne le sera qu'à partir de 2004 : Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004 (cinq arrêts), *Rev. Crit. DIP*, 2004. 423, note P. Hammje, JDI 2004. 1200, note L. Gannagé, JCP G 2004. II. 10128, note H. Fulchiron, Defrénois, 2004. 812, obs. J. Massip, D. 2004. 815, note P. Courbe, *Gaz. Pal.* 2004. 27, note M.-L. Niboyet. Pour une confirmation de cette jurisprudence, v. Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 2006, *Rev. Crit. DIP*, 2006. 627, note M.-C. Najm ; Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, JCP G 2006. IV. 2238. La solution avait déjà été affirmée par Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, D. 1995. 263, note J. Massip, Grands arrêts n° 63-64 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, *Rev. Crit. DIP*, 1995. 569, note J. Déprez, JDI 1995. 343, 2^e espèce, note P. Kahn ; Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1997, D. 1997. 400, note M.-L. Niboyet-Hoegy, JCP G 1998. I. 101, note H. Fulchiron, JDI 1998. 110, note Ph. Kahn

¹²⁸¹ N. Joubert, *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 584

avance à tout secours alimentaire serait elle aussi jugée contraire à l'ordre public international. De même qu'un parent ne peut laisser un enfant dans le besoin après sa mort¹²⁸², un époux ne peut laisser son ex-conjoint dans le besoin après divorce, même si ces derniers ont renoncé par convention à toute prestation¹²⁸³. Ce n'est qu'une fois que la créance alimentaire est née qu'elle devient disponible et qu'il pourra être transigé sur son montant et ses modalités d'exécution¹²⁸⁴.

457. L'ordre public alimentaire limite ainsi l'exercice de la volonté, non seulement du testateur¹²⁸⁵, mais aussi des époux, et en constitue le seuil.

Il s'agit sans doute de protéger le conjoint, et plus largement, la partie faible, lui apporter un secours financier, mais il en va aussi de l'intérêt de la société. Il serait inopportun, que l'épouse, et au-delà, l'enfant, l'héritier, se retrouve à la charge de la collectivité¹²⁸⁶ alors que l'ex-époux ou la succession peuvent subvenir à leurs besoins¹²⁸⁷.

b) Le renforcement du pouvoir modérateur accordé au juge

458. Un pouvoir modérateur est déjà accordé au juge dans le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 relatif à la loi applicable aux obligations alimentaires entre époux¹²⁸⁸. Pour rappel, en cas de choix de loi peu protectrice du créancier d'aliments, l'article 8-5° lui permet d'écarter la loi choisie par les parties si celle-ci entraîne « *des conséquences manifestement inévitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties* », au profit de la loi désignée en dehors d'un choix de loi, par les rattachements objectifs¹²⁸⁹. Le juge ne pourra toutefois pas exercer son pouvoir modérateur s'il s'avère que les parties étaient parfaitement « informées et conscientes » des effets de cette désignation¹²⁹⁰. Quelle place y a-t-il pour l'ordre public

¹²⁸² Cf. arrêts *Jarre* et *Colombier* précités, Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017

¹²⁸³ Même l'héritier réservataire qui a consenti une RAAR peut remettre en cause celle-ci s'il se trouve dans le besoin au jour du décès (art. 930-3 c. civil)

¹²⁸⁴ Ex. CA Lyon, 19 mai 1952, D. 1953, p. 48 ; CA Colmar, 13 avr. 1951, D. 1951, p. 384

¹²⁸⁵ Cf. arrêts *Jarre* et *Colombier* précités, Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017

¹²⁸⁶ En ce sens, J. Déprez, note sous Civ 1^{ère}, 16 juillet 1992, *JCP G* 1993. II. 22138

¹²⁸⁷ Des enjeux économiques sont assurément en cause derrière l'ordre public et justifient son intervention. On peut toutefois s'interroger sur ce mode d'intervention : l'ordre public doit-il se manifester dans ce domaine sous la forme de l'exception d'ordre public ou des lois de police ? Sur cette question, cf. *infra*, n°520 ss.

¹²⁸⁸ Cf. *supra*, n°449

¹²⁸⁹ Cf. Art. 3 à 5 du protocole

¹²⁹⁰ « la condition exigeant que les parties soient « pleinement informées et conscientes » signifie que les parties doivent non seulement avoir obtenu les renseignements pertinents, mais également avoir été en mesure de les comprendre ; l'expression n'est pas redondante car une personne peut être pleinement informée sans être consciente des conséquences de son choix » A. Bonomi, *rapport précité*, n°150

international dans ce dispositif ? La Cour de cassation semble considérer que la protection édictée par le Protocole n'est pas suffisante pour protéger le conjoint et envisage le jeu de l'exception d'ordre public¹²⁹¹ pour la renforcer. Le Protocole ne prévoit en effet pas de remise en cause de l'accord dès lors qu'il a été conclu dans un acte protecteur du consentement et de l'information des époux, type acte notarié, quand bien même cet accord se révélerait parfaitement inique pour l'un d'eux au jour du divorce. C'est cette situation que semble envisager la Cour de cassation à travers l'appréciation *in concreto* de la loi étrangère. L'appréciation concrète pourrait ainsi permettre de prendre en compte un changement de circonstances dans la situation des époux entre la conclusion de l'accord et le divorce, et de rétablir un certain équilibre dans la convention.

459. En droit interne d'ailleurs, il a été proposé par la pratique notariale de permettre aux époux « de déterminer une formule de calcul de la prestation compensatoire dans leur contrat de mariage ou dans un acte notarié dressé au cours d'union »¹²⁹², mais avec la possibilité pour le juge du divorce de « réviser la prestation compensatoire si elle ne correspond plus aux hypothèses fixées dans le contrat »¹²⁹³. Ainsi, en cas de déséquilibre excessif dans la convention, d'iniquité flagrante, le juge pourrait remettre en cause l'accord¹²⁹⁴.

Le droit du divorce suivrait là encore les évolutions du droit des contrats. Sous l'influence de la plupart des droits européens qui admettent la révision du contrat¹²⁹⁵, et des principes du droit

¹²⁹¹ Admis par le Protocole en son article 13 : « *L'application de la loi désignée en vertu du Protocole ne peut être écartée que dans la mesure où ses effets sont manifestement contraires à l'ordre public du for.* »

¹²⁹² Cette proposition du 110ème Congrès des Notaires 'Vie professionnelle et famille : place au contrat' (2014) relative aux accords sur la fixation de la prestation compensatoire a toutefois finalement été rejetée : https://www.notaires.fr/sites/default/files/Propositions_1ere%20commission.pdf

¹²⁹³ *Ibid*

¹²⁹⁴ C'était d'ailleurs son rôle au stade de l'homologation judiciaire, le juge était tenu de ne pas prêter son concours aux conventions de divorce qui conduisaient à un résultat inéquitable ou déraisonnable pour l'un des époux. L'art. 278 c. civil dispose en effet qu'« *en cas de divorce par consentement mutuel, les époux fixent le montant et les modalités de la prestation compensatoire dans la convention établie par acte sous signature privée contresigné par avocats ou dans la convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge. Ils peuvent prévoir que le versement de la prestation cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé. La prestation peut prendre la forme d'une rente attribuée pour une durée limitée. Le juge, toutefois, refuse d'homologuer la convention si elle fixe **inégalement** les droits et obligations des époux.* » ; et l'art. 232 c. civil : « *Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la **volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé.** Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve **insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.*** » ; Un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 10 octobre 1990 en offre une illustration (CA Paris, 10 octobre 1990, D. 1990 IR p. 275) : dans cette affaire, les juges parisiens ont refusé d'homologuer la convention car les intérêts de la femme étaient insuffisamment préservés : l'épouse avait reçu, à titre de prestation compensatoire, des parts de société sans valeur (« *Lorsque les parts d'une société cédées à une épouse à titre de prestation compensatoire s'avèrent sans valeur, les juges, gardiens des intérêts des enfants et des époux, doivent fixer une rente mensuelle destinée à compenser la disparité dans les conditions de vie respectives créées par le divorce.* ».)

¹²⁹⁵ V. R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mélanges Jauffret*, 1974, Fac. Aix-en-Provence, p. 218 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mélanges Sayag*, 1998, Litec, p. 413

européen du contrat¹²⁹⁶, la révision est en effet désormais admise, à titre exceptionnel, depuis la réforme du 10 février 2016¹²⁹⁷, alors qu'elle était jusqu'alors refusée par une jurisprudence aussi ancienne que célèbre¹²⁹⁸.

c) *La recherche d'équité*

460. A travers une appréciation *in concreto* des circonstances, la Cour de cassation paraît inviter les juges du fond à examiner si la renonciation à prestation compensatoire permise par la loi étrangère ne vient pas déséquilibrer l'accord de façon excessive. Il semble en effet qu'il existe, derrière l'intervention de l'ordre public international, des considérations relatives à l'équité, malgré l'insécurité juridique qu'elles risquent d'introduire.

461. Cela apparaît particulièrement dans un arrêt en date du 1^{er} décembre 2010¹²⁹⁹. En l'espèce, des américains, propriétaires d'un bateau de plaisance, avaient demandé l'exequatur devant le juge français d'un jugement américain qui condamnait le fabricant français du bateau à des dommages-intérêts punitifs très élevés¹³⁰⁰. Ce dernier avait en effet manifestement fait des réparations de mauvaise qualité sur le navire. Le droit français de la responsabilité n'autorisant pas les dommages intérêts punitifs, la question de la conformité du jugement à l'ordre public international s'était posée. La Cour de cassation fut saisie et affirma que « si le principe d'une condamnation à des dommages- intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à

¹²⁹⁶ *Principes du droit européen du contrat*, Version française préparée par G. Rouhette ; avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz ; Volume 2, Commission pour le droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003, qui permettent au juge, à titre exceptionnel, de modifier le contrat (Art. 2-117)

¹²⁹⁷ Le juge peut modifier le contrat si son exécution, à la suite d'un changement de circonstance imprévisible, s'avère excessivement onéreuse, selon les termes de l'article 1195 du code civil (F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, Coll. Dalloz références, 2^{ème} éd., 2018, n° 25.51 s.).

¹²⁹⁸ Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, DP 1876. 1. 193, note A. Giboulot, v. aussi F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, GAJC, t. 2, 13e éd., 2015, Dalloz, n° 165, p. 172, refusant, sur le fondement de l'autonomie de la volonté et de l'ancien article 1134 (actuel art. 1103 du code civil) la réévaluation d'une redevance fixée en 1560 : « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » ; solution réaffirmée depuis avec constance par les tribunaux : Civ. 19 mars 1913, DP 1916. 1. 238 ; Civ. 6 juin 1921, DP 1921. 1. 73, rapp. A. Colin ; S. 1921. 1. 193, note L. Hugueney ; Com. 2 déc. 1947, RTD civ. 1948. 332, obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud ; Com. 18 déc. 1979, no 78-10.763 , Bull. civ. IV, n°339 ; RTD civ. 1980. 780, obs. G. Cornu ; Com. 31 mai 1988, RTD civ. 1989. 71, obs. J. Mestre ; cités par C. Albige, « Equité », précité, n°42 ; v ; aussi Soc. 12 mai 1965, D. 1965. 652 dans lequel la Cour de cassation a précisé que les juges du fond ne sauraient fixer un taux d'intérêt en réduisant le taux conventionnel « au seul motif d'équité » ; Com. 12 févr. 2013, n° 11-27.754 d'après lequel « l'équité ne permet pas au juge de porter atteinte à l'intangibilité des conventions »

¹²⁹⁹ Cass. Civ. 1ère, 1er décembre 2010, D. 2011, p.423, obs. I. Gallmeister ; D. 2011, p.423, note F.-X. Licari ; D. 2011, p. 1374, obs. F. Jault-seseke ; RTD civ. 2011, p.317, note P. Rémy-Corlay ; RTD civ. 2011, p.122, obs. B. Fages ; Rev.crit.DIP 2011, p.93, note H. Gaudemet-tallon ; JCP 2011, p.140, note J. Juvenal ; JCP 2011, p.415, obs. P. Stoffel-munck.

¹³⁰⁰ Plus d'un million de dollars, en plus de la réparation du préjudice

l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est **disproportionné** au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». Autrement dit, la condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas contraire à l'ordre public international, sauf si le montant octroyé est exagéré, c'est-à-dire disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur. Par conséquent, ce qui est contraire à l'ordre public est le fait d'octroyer des dommages-intérêts punitifs exagérés, ce que faisait le jugement en l'espèce. Ne pourrait-on pas transposer le raisonnement en matière de prestation compensatoire ? La renonciation anticipée à prestation compensatoire serait contraire à l'ordre public international, si elle crée un déséquilibre significatif dans l'accord, dans la mesure où le montant alloué au conjoint divorcé est insuffisant et disproportionné par rapport au préjudice subi. Dans l'arrêt du 1^{er} décembre 2010, l'accord se révèle inique en raison du montant exorbitant qu'il met à la charge du débiteur ; dans l'arrêt du 8 juillet 2015, il est aussi susceptible de l'être en raison de l'absence totale de prestation compensatoire pour compenser le préjudice du conjoint. Cet examen ne pourra être fait qu'à travers une appréciation *in concreto* des effets de la loi. Cette appréciation *in concreto* ne viendra toutefois que confirmer, ou non, l'atteinte à un principe d'ordre public international abstrait : la nécessité d'un accord équitable et équilibré.

462. De la même manière, le jugement en équité se fait toujours via une appréciation concrète. A travers l'équité, il s'agit de « résoudre un litige en fonction des circonstances particulières de l'espèce, le terme «équité» évoquant l'idée d'une solution plus parfaite que celle que l'on peut attendre d'une règle de droit, parce que mieux adaptée aux circonstances d'un cas particulier, plus personnalisée par rapport aux faits de l'espèce concernée »¹³⁰¹. Comme l'ordre public international, l'équité a une fonction correctrice. Les mécanismes sont assez similaires, le doyen Cornu décrit ainsi celui de l'équité : « lorsqu'une disposition spéciale de la loi l'y autorise, le juge peut **écarter la règle de droit normalement applicable** si l'application stricte de celle-ci à l'espèce qui lui est soumise entraînerait des conséquences **manifestement** contraires à l'équité »¹³⁰². Un autre auteur voit dans l'équité la possibilité de « déroger à la règle de droit, lorsque son application provoque des conséquences manifestement excessives »¹³⁰³. La définition rappelle étrangement celle de l'ordre public international. Le législateur a lui aussi utilisé l'adverbe « manifestement » pour autoriser l'éviction de la règle

¹³⁰¹ P. Jestaz, *Le droit*, 9e éd., Dalloz, 2016, p. 15 ; C. Albiges, « Equité », *Répertoire Dalloz*, 2017, n°36

¹³⁰² G. Cornu dir., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, précité, n°182

¹³⁰³ J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse, PU Aix-Marseille, 2004, n° 425, p. 402

de droit au nom de l'équité : « Si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 ci-dessus devait conduire à un **résultat manifestement contraire à l'équité**, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux »¹³⁰⁴. Cette disposition permet de déroger aux règles d'évaluation légale du régime de participation aux acquêts. Bien que les époux aient choisi de s'y soumettre dans leur contrat de mariage, le juge peut y déroger au nom de l'équité. On retrouve le même adjectif « manifestement » à l'article 1231-5 du code civil : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est **manifestement** excessive ou dérisoire. ».

Ainsi, en droit interne, le juge peut, lorsqu'il y est autorisé, exercer un pouvoir modérateur sur la règle de droit, lorsqu'elle apparaît manifestement excessive dans le cas concret. En droit international, il semble pouvoir faire la même chose avec la loi étrangère, via le mécanisme de l'ordre public international¹³⁰⁵. Un raisonnement en équité pourrait ainsi être intégré au sein même du mécanisme de l'ordre public international, les deux instruments ayant des fonctions et finalités similaires¹³⁰⁶. L'équité serait dès lors un facteur d'appréciation de l'ordre public.

463. Les deux mécanismes poursuivent en effet un objectif d'équilibre de la solution : « l'objectif de toute référence à l'équité est de lutter contre un déséquilibre entre les plaideurs en conférant au juge la possibilité d'apprécier, dans chaque cas particulier, le caractère inéquitable d'une situation, excessivement rigoureuse à l'égard d'une partie »¹³⁰⁷. C'est ainsi qu'en droit du divorce, l'équité a permis d'attribuer une indemnité à l'époux coupable du divorce, privé de prestation compensatoire¹³⁰⁸, mais ayant collaboré à la profession de son conjoint : « c'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des éléments de preuve que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation que la cour d'appel, a retenu qu'il n'était pas manifestement contraire à l'équité de refuser à

¹³⁰⁴ Art. 1579 du code civil

¹³⁰⁵ Les effets de l'exception d'ordre public sont toutefois plus sévères que ceux de l'équité : il ne s'agit pas en principe d'un assouplissement de la règle de droit mais d'une substitution de la loi étrangère par la loi française. V. cependant nos développements *infra*, n°804 ss.

¹³⁰⁶ Il ne s'agirait en revanche pas de faire de l'équité un mécanisme parallèle à celui de l'ordre public international, mais de donner un cadre au raisonnement en équité, à travers l'exception d'ordre public.

¹³⁰⁷ F. Zenati, *Le juge et l'équité*, *Ann. Fac. Lyon* 1985. 85, spéc. n° 14, p. 96 ; Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 238, p. 151 et 152 (cités par Ch. Albiges, « Equité », *Répertoire Dalloz*, précité, n°36

¹³⁰⁸ En vertu de l'ancien article 280-1 du code civil

Monsieur X. une compensation pécuniaire à la suite du divorce »¹³⁰⁹. Dans l'arrêt du 8 juillet 2015, la Cour de cassation envisage de la même manière d'écarter la loi allemande déniait toute prestation compensatoire au conjoint qui y a renoncé par contrat, si celle-ci emporte des conséquences manifestement excessives pour ce dernier.

464. **Implications pratiques.** - L'équilibre du contrat doit être apprécié *in concreto*, dans son ensemble. A cet égard, une distinction pourrait être faite entre les clauses qui excluent toute prestation compensatoire et celles qui ne font que la limiter. Il n'y a en effet entre ces clauses, pas « une différence de degré, mais de nature »¹³¹⁰. Leur validité pourrait dépendre de leur portée. La validité d'une clause exonératoire de responsabilité est plus discutable qu'une clause la réduisant¹³¹¹. De même, une convention excluant toute compensation pécuniaire en cas de divorce semble plus choquante qu'une convention en aménageant les modalités ou le montant. L'acceptation d'une clause excluant toute responsabilité du co-contractant est souvent révélatrice d'un déséquilibre dans la relation¹³¹². Le même constat peut être fait pour des

¹³⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 20 mai 2009, n°08-16.916

¹³¹⁰ V en ce sens, S. Carval, P. Jourdain, G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n°355 à propos des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité en droit des obligations. Selon ces auteurs, la validité de ces clauses ne devraient pas dépendre du type de responsabilité en cause (contractuelle ou délictuelle) mais de leur portée : mieux vaudrait distinguer entre les clauses simplement limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité. Les premières viennent en effet restreindre la réparation, les autres la supprimer complètement, ce qui a inévitablement des conséquences sur l'engagement des parties à remplir leurs obligations.

¹³¹¹ *Ibid*

¹³¹² En droit international privé des contrats, l'ordre public international est rarement évoqué et peu mis en œuvre (- la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, en son article 16, et le Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) en son article 21 admettent toutefois l'intervention de l'exception d'ordre public). C'est néanmoins face aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité que l'exception d'ordre public international a reçu les applications les plus notables (v. J.M. Jacquet, « Contrats », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°212 ; v. aussi B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, Corpus droit privé, 7^{ème} éd., 2013, n°926 ; v. aussi Cass. civ., 12 juin 1894, S. 95. 1. 161, DP. 95. 41, dans lequel la Cour de cassation a écarté une clause d'irresponsabilité insérée dans un contrat de transport ("quelle que soit la loi applicable, le capitaine ne peut se décharger de ses fautes personnelles") ; Com. 21 février 1950, D. 1950.557, note Ripert, rendu en matière de transport maritime, dans lequel la Cour a annulé comme contraire à l'ordre public une clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport maritime de Shanghai à Saigon, alors territoire français ; Cass. com., 16 avr. 1991, Bull. civ. IV, no 147, n°89-19.258, dans lequel la Haute juridiction a refusé de donner effet à une clause d'un contrat soumis au droit belge, par laquelle le transporteur s'exonérait de sa responsabilité (en l'espèce, une cour d'appel, constatant les similitudes du droit belge et du droit français des transports, avait fait application d'un contrat soumis droit belge, qui exonérait le transporteur de toute responsabilité, en l'absence de dol ou de faute lourde. L'arrêt fut cassé, pour manque de base légale, par la Cour de cassation qui sanctionna la cour d'appel pour ne pas avoir recherché "si les clauses de droit belge applicable au contrat litigieux étaient conformes à la conception française de l'ordre public international". Le fait de constater l'absence de différence entre le droit belge et le droit français n'était pas suffisant pour la Cour de cassation. Les juges du fond auraient dû examiner de manière concrète la conformité de la clause exclusive de responsabilité par rapport à notre ordre public international) ; CA Aix, 27 févr. 1980, Gaz. Pal. 1980. 2. 783, note R. Rodière ; dans lequel la Cour d'appel d'Aix en Provence a également écarté une clause exclusive de responsabilité valable sous l'empire de la loi syrienne. - La solution de l'espèce est à nuancer toutefois, dans la mesure où les juges du fond ont relevé l'existence d'une faute inexcusable, équivalente au dol. On pouvait donc se demander si en l'absence d'une telle faute, la clause aurait été écartée. -). Son intervention tend toutefois à se raréfier¹³¹² et la jurisprudence ne semble finalement plus opposer l'ordre public à ce type de clause (V. not. Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, *Soc. De Baat en Zegwaard c. Soc. Les Fils Charvet et Porteix*, Rev. crit. DIP 1990. 316, P. Lagarde : Dans cette affaire, la cour d'appel

époux : la conclusion d'une convention excluant toute prestation compensatoire est susceptible de révéler la position de faiblesse dans laquelle se trouve un époux par rapport à l'autre. La renonciation pourrait toutefois se trouver compensée par d'autres avantages financiers ou un régime matrimonial communautaire particulièrement avantageux¹³¹³. Aussi, le juge ne devra pas cloisonner les différentes matières¹³¹⁴.

465. Cette appréciation d'ensemble ne sera pas aisée, du fait de la diversité des lois applicables à chaque matière (loi applicable au divorce, loi applicable aux obligations alimentaires, loi applicable au régime matrimonial). L'idéal serait donc pour les époux, à travers une *professio juris*, de choisir la même loi pour leur régime matrimonial et les effets du divorce, patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Pour éviter toute discussion sur l'intervention de l'ordre public international, l'élection de for devrait également être conseillée. Il est en effet possible de choisir la juridiction qui statuera sur les obligations alimentaires entre époux, et donc sur la prestation compensatoire¹³¹⁵. Mieux vaudra donc pour les époux désigner la juridiction d'un Etat admettant les conventions réglant par avance les conséquences financières du divorce. Le contrôle de conformité de la convention à l'ordre public international ne devrait dans ce cas pas être opéré par la juridiction française. Un arrêt étonnant du TGI de Paris en date du 18 mars 2013¹³¹⁶ en donne toutefois un contre-exemple. En l'espèce, le TGI de Paris a accepté son dessaisissement en faveur du juge australien dans la mesure où la clause d'élection du for incluse dans un contrat de mariage australien était conforme au règlement « aliments » de 2008. Elle a cependant opéré quand même un contrôle de conformité à l'ordre public international français de la clause du contrat par laquelle les époux convenaient d'éluder l'obligation d'entretien entre époux. Ce contrôle est surprenant dans la mesure où le juge reconnaissait qu'il n'était pas compétent pour statuer. Cette question n'aurait donc pas dû être

avait écarté la clause d'exclusion de garantie stipulée par les parties au contrat, au motif qu'une telle clause n'était valable qu'entre professionnels de la même spécialité et à la condition que le vice de la chose ne soit pas indécélable. L'arrêt fut cassé au motif que la cour d'appel aurait dû, avant de statuer sur la validité de la clause, déterminer la loi applicable à la vente. Autrement dit, cela signifiait que la clause de non-garantie était soumise à la loi du contrat, même étrangère, sans qu'une possible intervention de l'exception d'ordre public international français soit évoqué à cet égard. D'après cet arrêt, la réglementation française de ces clauses ne constitue donc ni une loi de police, ni une disposition d'ordre public international (en ce sens, P. Lagarde, *Rev. crit. DIP* 1990. 316).

¹³¹³ En effet, en accord avec Ch. Chalas, (*JDI*(Clunet), 2016, doct. 7) « il existe souvent une étroite dépendance entre le régime matrimonial choisi et la renonciation anticipée à toute prestation compensatoire » ; v. aussi *nos développements supra*, n° 92 ss.

¹³¹⁴ Le cloisonnement sera de toute façon impossible si le juge est confronté à un *prenuptial agreement* anglais qui ne fait aucune distinction et ne connaît pas les régimes matrimoniaux.

¹³¹⁵ Art. 4 du règlement du 18 décembre 2008 relatif à la loi applicable et à la compétence en matière d'obligations alimentaires

¹³¹⁶ TGI Paris, 18 mars 2013, *AJ Famille*, 2013, p. 376, Eskenazi

posée en l'espèce. Ce zèle de la part du juge du fond lui donne toutefois l'occasion de se prononcer sur la question de la contrariété à l'ordre public de la convention excluant l'obligation de pourvoir à l'entretien de l'autre époux pendant la durée du mariage et/ou après la rupture du mariage. Le Tribunal de Grande Instance juge qu'apprécié « *in concreto* (...) le contrat de mariage (...) prévoyant des **obligations financières égalitaires et réciproques** entre époux tant durant le mariage qu'en cas de séparation, n'est pas contraire à l'ordre public international français ». On retrouve cette idée d'équité, d'équilibre dans l'accord, apprécié de façon concrète. Parce que l'exclusion de l'obligation d'entretien de l'époux était compensée par des concessions équitables et réciproques, le juge a considéré qu'elle était conforme à l'ordre public international.

A côté de l'exigence d'équilibre et d'équité dans la convention, la sécurité juridique trouve aussi une place au sein de l'ordre public « contractuel » international.

2) L'exigence de sécurité juridique

466. La sécurité juridique passe par la protection du consentement des époux (a) et la prévisibilité juridique (b).

a) La protection du consentement des époux

467. La protection du consentement est souvent confiée au formalisme : les renonciations sont possibles en droit patrimonial de la famille, à condition qu'elles soient faites selon des conditions de forme, révélatrices du consentement libre et éclairé des contractants. C'est ainsi qu'un héritier peut désormais renoncer par avance à l'action en réduction par acte notarié, en présence de deux notaires¹³¹⁷. Les époux peuvent aussi se passer du juge pour divorcer par

¹³¹⁷ V. aussi le formalisme du pacte successoral global belge (cf. *supra*, n°136) : il doit être contenu dans un acte notarié, il ne peut être signé qu'après l'envoi d'un projet préalable, la tenue d'une réunion explicative, et l'écoulement d'un certain délai (Art. 1100/5 du code civil belge : « § 1er. Tout pacte successoral est contenu dans un acte notarié. § 2. Le projet de pacte est communiqué à chacune des parties par le notaire instrumentant. Le notaire instrumentant fixe, dans le même temps, une réunion à l'occasion de laquelle le contenu du pacte et les conséquences de celui-ci seront explicitées à l'ensemble des parties. Il informe à cette occasion chacune d'elles de la possibilité de faire choix d'un conseil distinct ou de bénéficier d'un entretien individuel avec lui. Il rappelle cette possibilité au cours de la réunion commune qu'il doit tenir. Cette réunion ne peut être tenue avant l'écoulement d'un délai de quinze jours prenant cours au jour de la communication du projet de pacte. La signature du pacte ne peut intervenir avant l'écoulement d'un délai d'un mois prenant cours à dater du jour où s'est tenue cette réunion. Chacune des parties peut demander l'intervention d'un autre notaire qui l'assistera lors de la réception de l'acte. »)

consentement mutuel, à condition de respecter un délai de réflexion de 15 jours avant de signer la convention contresignée par leurs avocats respectifs. Un outil propre au droit des contrats est ainsi transposé en droit de la famille, il est un palliatif à l'absence du juge qui s'assurait jusqu'alors, au moment de l'homologation, du consentement des parties¹³¹⁸.

468. L'ordre public contractuel remplace l'ordre public institutionnel en la matière et s'assure, en lieu et place du juge, de l'intégrité du consentement des parties. Quelle place cet ordre public contractuel de protection peut-il avoir au sein de l'ordre public international ? Une loi étrangère qui ne prévoirait aucune disposition formelle protectrice du consentement des époux¹³¹⁹ serait-elle considérée comme trop libérale pour être conforme à l'ordre public international ? En matière de droit des contrats internationaux, la doctrine et la jurisprudence y seraient peu propices, une telle qualification apparaissant trop extrême¹³²⁰. Toutefois, lorsque le formalisme a une fonction protectrice et informative, la question se pose avec plus d'acuité. Si la loi étrangère ne dispose d'aucun moyen de s'assurer de l'intégrité du consentement de l'époux à un acte aussi important qu'une renonciation à prestation compensatoire, peut-on s'y fier ?¹³²¹ Lorsqu'il est question de pactes familiaux dans notre droit patrimonial de la famille, ceux-ci sont toujours soumis à des exigences de forme particulières, afin de s'assurer du caractère libre et éclairé du consentement des cocontractants¹³²². Il semble donc permis de se demander si l'absence de formalisme informatif et protecteur du consentement constituerait une atteinte à l'ordre public. La première possibilité serait de voir dans ces règles des lois de police, d'application impérative. Certains auteurs le préconisaient par exemple à propos des règles protectrices du consentement de la caution¹³²³. La Cour de cassation a toutefois rejeté la

¹³¹⁸ Art. 232 c. civil : « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux ». Le juge étant tenu de s'assurer de la volonté réelle et du libre accord persistant des époux, il est fondé à rejeter la demande s'il constate un désaccord entre les époux au cours de l'instance d'homologation (Civ. 2ème, 29 septembre 1982, n° 81-15.692, Bull. 1982, II, n° 116).

¹³¹⁹ Aucun formalisme particulier notamment (ex. écrit daté et signé, acte notarié, etc.)

¹³²⁰ V. P-Y. Gautier, *Répertoire droit international*, Dalloz, *Propriété littéraire et artistique*, 1998, actual. janv. 2017; CA Lyon, 16 mars 1989, RIDA, avr. 1990, p. 227, courriers et autres documents informels soumis au droit anglais

¹³²¹ *Rappr. nos développements supra*, n°133 ss.

¹³²² C'est le cas de tous les pactes sur succession future (RAAR, Donations entre époux, donations-partages transgénérationnelles, etc.) qui doivent être passés par acte notarié ; cf. *nos développements supra* n°136, et G. Khairallah, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », JCP N 2008, 1244

¹³²³ « L'article 5 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 prévoyant la remise préalable de l'offre de prêt à la caution (devenu C. consom., art. L. 311-8), l'article 5 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979, renfermant une même disposition ou encore l'article 7 de cette loi qui impose un délai de réflexion de dix jours à la caution (devenus respectivement C. consom., art. L. 312-7 et L. 312-10) devraient être déclarés applicables à toutes les cautions domiciliées en France parce qu'ils veulent protéger une personne présumée en situation de faiblesse. » (A. Sinay-Cytermann, *Rép. Droit international*, « Cautionnement », Dalloz, n°15) ; *contra* T. féd. Suisse, 31 oct. 1967, JDI 1970. 430, obs. P. A. Lalive, refusant une telle

qualification de loi de police pour ces dispositions¹³²⁴. Cette qualification nous paraît par ailleurs peu adaptée aux conventions familiales. Elle serait tout d'abord excessive dans la mesure où la protection du consentement est assurée dans de nombreux pays étrangers par d'autres moyens que l'acte notarié¹³²⁵. Elle s'avèrerait ensuite impraticable et inefficace à propos des conventions de renonciation à prestation compensatoire avant divorce : celles-ci n'étant pas autorisées en France, aucun formalisme particulier n'est prévu à leur égard. Le mécanisme de l'exception d'ordre public pourrait cependant être envisagé dans ce cas de figure : l'appréciation de la loi étrangère permettrait de déterminer si les parties étaient pleinement informées et conscientes de leur acte¹³²⁶.

La sécurité juridique implique aussi la prévisibilité juridique, fait-elle de la même manière partie de notre ordre public international ?

b) La prévisibilité juridique

469. On a vu que les exigences de prévisibilité juridique ne permettaient pas de donner un total blanc-seing aux lois étrangères qui laissent les époux conclure, de manière très libérale, des conventions de renonciation. La convention étrangère ne pourra s'appliquer que dans certaines limites imposées par l'ordre public international, tel que le caractère équilibré de la convention¹³²⁷. Dès lors, à l'inverse, pourrait-on reprocher à un juge étranger d'avoir statué sur un divorce, sans prendre en compte les conventions antérieures valablement conclues par les époux ? La question est notamment posée par la jurisprudence anglo-saxonne qui, à l'occasion du divorce des époux, refuse de donner effet aux contrats de mariage conclus par les époux en France.

qualification à l'art. 493 du code civil suisse qui impose l'acte authentique et l'indication numérique du montant maximum de l'engagement de la caution

¹³²⁴ Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, D. 2015. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville ; *ibid.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; JCP 2015. 1188, note P. Berlioz ; Rev. crit. DIP 2016. 132, note H. Muir-Watt et D. Bureau

¹³²⁵ Qui n'existe d'ailleurs pas partout

¹³²⁶ Les dispositions du Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 semblent pouvoir le permettre : le juge peut écarter la loi choisie par les parties (leur permettant de renoncer par avance à leur prestation compensatoire par exemple) si celle-ci entraîne « des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties », à moins que les parties étaient parfaitement « informées et conscientes » des effets de cette désignation. A contrario, cela signifierait que si les parties n'étaient pas pleinement « informées et conscientes » des effets de la loi désignée, le juge pourrait l'écarter (à condition que l'accord présente par ailleurs un caractère inéquitable ou déraisonnable).

¹³²⁷ Cf. *supra*, n°452 ss.

470. La réception par les pays anglo-saxons de nos contrats de mariage passés en la forme authentique pose fréquemment problème en pratique. Les juges anglais et américains refusent parfois de les appliquer, considérant qu'ils ne respectent pas les règles de forme et de fond du droit anglais ou américain (délais, présence de deux avocats, etc.)¹³²⁸. Dès lors, lorsqu'un divorce leur est soumis, ils appliquent leurs propres principes d'« *equitable distribution* » issue de la jurisprudence *White v. White*¹³²⁹. En vertu de cette jurisprudence, les juges anglais partagent équitablement les biens entre les époux, qu'ils soient propres ou indivis, sans tenir compte de leur origine. C'est le principe de *fairness* (équité) qui fonde cette jurisprudence¹³³⁰. Certains commentateurs ont ainsi pu aller jusqu'à comparer le régime anglais de « redistribution équitable » au régime français de communauté universelle¹³³¹. Il est en effet impossible pour un époux de savoir à l'avance si un bien acheté en cours de mariage sera toujours le sien après divorce. Le partage de l'enrichissement des époux au jour du divorce revient dès lors en quelque sorte à appliquer rétroactivement un régime matrimonial communautaire.

471. Quel accueil doit-on accorder à un tel jugement de divorce anglais ou américain procédant à une *equitable distribution* entre les époux, malgré les dispositions du contrat de mariage dans lequel les époux avaient opté pour un régime de séparation de biens ? C'est la prévisibilité juridique et le respect des conventions matrimoniales qui sont ici en jeu : ces principes pourraient-ils être protégés par l'ordre public international ?

¹³²⁸ La pratique notariale a donc choisi d'anticiper et pour assurer que le contrat de mariage passé en France soit pleinement reconnu à l'étranger, ils respectent un double formalisme : français et anglo-saxon. Ils sont bien entendus passés en la forme authentique, mais notamment conclus en présence de deux notaires, qui sont les conseils de chaque partie.

¹³²⁹ Judicial Committee of the House of Lords, 26 oct. 2000, *White v. White*, précité

¹³³⁰ Conscients toutefois du caractère flou de ce principe d'équité, les juges de la House of Lords ont posé par la suite trois principes plus précis, dont l'objectif principal reste l'équité (*fairness*) : la couverture des besoins (*needs*), le partage des gains (*sharing*) et la compensation des désavantages (« compensation ») : *Miller V. Miller* ; *Mc Farlane v. Mcfarlane* (2006), cités par G. Willems, « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2016, n°4

¹³³¹ « En cas de divorce, le juge peut procéder à un ajustement des droits de propriété (par exemple, en attribuant la moitié des biens personnels de l'un à l'autre). Cela supprime le contentieux de la liquidation du régime matrimonial postérieurement au divorce. Mais grande est la surprise d'époux français ayant choisi la séparation de biens et divorçant en Angleterre : le résultat peut-être plus proche de la communauté universelle que du régime initialement choisi » (G. Champenois, Rapport de synthèse du colloque de l'IRDA, Université Paris 13 - Chambre des notaires de Paris, Seine-Saint-Denis et Val-de-Marne, 27 nov. 2008, *JCP N* 2009, n° 22, 1193, p. 47 et s., spéc. p. 51, n° 36).

472. La question a été posée aux juridictions parisiennes, de première instance et d'appel, dans la même affaire¹³³². En l'espèce, des époux avaient conclu avant leur union un contrat de mariage par lequel ils se soumettaient au régime de séparation de biens français par devant un notaire français. Après le mariage, les époux s'étaient installés à New-York où ils avaient mené leur vie conjugale. Au jour du divorce, les juridictions américaines furent saisies pour procéder à la répartition des biens entre les époux. Le juge considéra la loi new-yorkaise compétente pour régler leurs intérêts pécuniaires, malgré le choix de la loi française par les époux dans leur contrat de mariage. Les liens avec l'Etat de New-York, où le couple avait fixé sa résidence habituelle depuis le mariage, était selon lui plus forts et justifiaient l'application de la loi new-yorkaise¹³³³. Dès lors, le contrat de mariage français, ne respectant par ailleurs pas les conditions de validité de la loi américaine¹³³⁴, fut écarté et le juge opéra une *equitable distribution* conformément à la loi new yorkaise en attribuant 75% des biens conjugaux à l'épouse et 25% au mari. Une partie des biens du mari étant située en France, l'épouse demanda l'exequatur du jugement américain devant le juge français. L'époux s'y opposa, les règles de conflit françaises ayant été violées : le choix de loi applicable au régime matrimonial avait été exprimé dans les formes prévues par la loi française, loi du lieu de conclusion de l'acte, et le régime de séparation de biens choisi librement par les époux conformément à la loi française également. Ces arguments ne pouvaient cependant être recevables en l'état, sous l'empire de la jurisprudence *Cornelissen*¹³³⁵. En effet, d'après celle-ci, le juge de l'exequatur ne doit effectuer qu'un contrôle réduit sur le jugement étranger et ne doit plus examiner si le juge étranger a respecté les règles de conflit de lois françaises. Seules trois conditions devaient être remplies : la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi. C'est donc la contrariété du jugement à l'ordre public de fond qui fut invoquée : le refus de respecter la loi et le régime choisi par les époux dans leur contrat de mariage portait atteinte *au principe de liberté des conventions matrimoniales et aux principes de sécurité juridique et de prévisibilité juridique garantis aux conjoints*. Ces arguments furent entendus par le tribunal de grande instance de Paris : « Pour ce seul motif, le juge américain a refusé de donner effet au contrat de mariage passé par les époux G.H.-R., en France devant notaire alors que ce contrat

¹³³² Tribunal de grande instance de Paris, 26 novembre 2008, *Mme O. R. c. M. O. G.-H*, *Revue critique de droit international privé* 2009 p.310, B. Ancel ; Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, 3 avril 2018, n°16/24795, non publié au bulletin

¹³³³ « cet Etat avait un plus grand intérêt que la France à appliquer sa propre loi » d'après le juge américain

¹³³⁴ Le contrat n'avait pas été passé « dans une forme enregistrable » comme l'exige le droit new-yorkais

¹³³⁵ Cass. Civ 1ère, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *D.* 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; *D.* 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *LPA* 2007, n° 102, p. 15, note C. Lecuyer ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2007, n° 123, p. 2 ; *JDI* 2007. 1195, note Train

était valable en la forme au regard de la loi en vigueur au lieu où il a été conclu ; que la formalité de l'enregistrement qui a pour finalité de conférer date certaine à l'acte en cause, est sans utilité s'agissant d'un acte authentique, reçu par un officier public et revêtu de la formule exécutoire, dont la valeur juridique est supérieure à l'acte public, et qui a nécessairement date certaine. Ce contrat de mariage était également conforme à la loi française de fond que les parties avait choisie pour régir leur régime matrimonial. Il s'en déduit que la décision du 22 juin 2002 qui a écarté l'application du contrat de mariage de séparation de biens librement choisi entre les époux, et les décisions de divorce en ce qu'elles ont procédé à une équitable distribution des biens entre époux, c'est-à-dire à un partage de leurs biens, au préalable qualifiés par les juges américains « du divorce » de biens propres ou de biens communs, ayant abouti à une répartition inégale de 75 % à l'épouse et de 25 % au mari, **sont contraires aux principes français de liberté des conventions matrimoniales et portent atteinte aux principes de sécurité juridique et de prévisibilité juridique garantis aux conjoints**. Il s'ensuit que la décision du 22 juin 2002 et les décisions de divorce des 3 octobre 2003 et 9 janvier 2004 en ce qu'elles ont procédé à la liquidation des droits des époux **ne sont manifestement pas conformes à la conception de l'ordre public international**. Par voie de conséquence, la demande de M. G.H. tendant à obtenir l'inopposabilité du jugement du 22 juin 2002 doit être accueillie ».

473. Cette solution en première instance semble contourner la jurisprudence *Cornelissen* mais permet d'affirmer que les principes de liberté des conventions matrimoniales, sécurité et prévisibilité juridique sont d'ordre public international. Dans cette idée, une loi qui empêcherait les époux de donner effet à leur régime conventionnel pourrait donc être écartée sur le fondement de l'ordre public international français, de même qu'un jugement qui ne respecterait pas les prévisions juridiques des parties contenues dans leur contrat de mariage.

474. Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris a cependant été infirmé par la cour d'appel de Paris, dans une décision récente du 3 avril 2018¹³³⁶. Elle a jugé que toutes les conditions relatives à l'exequatur du jugement américain étaient réunies, a donc rejeté la demande d'inopposabilité du mari et a reconnu le jugement étranger. La cour a en effet fait jouer un ordre public atténué, considérant que « seul un degré élevé de contrariété aux conceptions françaises pouvait justifier une intervention de l'ordre public » contre des droits acquis à l'étranger. Or, d'après elle, « le fait pour une décision étrangère d'écarter l'application

¹³³⁶ Arrêt précité, CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 3 avril 2018, n°16/24795, non publié au bulletin

d'un acte notarié français ne constituait pas, en soi, une violation de l'ordre public international français ». Toutefois, le principe d'ordre public international susceptible d'être atteint en l'espèce n'était pas tant l'exigence de respect des actes notariés conclus en France, mais au-delà, les principes de liberté des conventions matrimoniales, de sécurité et de prévisibilité juridique¹³³⁷. Le jugement américain niait en effet le régime matrimonial valablement choisi par les époux en France et privait purement et simplement le contrat de mariage d'effet. Or, il aurait pu être reconnu à l'époux un droit acquis du fait de l'existence de ce contrat, droit acquis violé par le jugement étranger. En évoquant l'ordre public de proximité, la cour d'appel reconnaît d'ailleurs implicitement une possible violation de l'ordre public. Elle relève en effet que les liens avec la France n'étaient pas assez forts en l'espèce : « seuls le mariage et le contrat de mariage, ainsi que la nationalité du mari » rattachait le litige à la France alors que l'épouse était de nationalité américaine, « que les époux ont toujours résidé aux Etats Unis où sont nés les deux enfants et où se situaient leurs actifs immobiliers au jour de la demande en divorce ». *A contrario*, on comprend que si les liens avec la France avaient été plus significatifs, l'exception d'ordre public aurait pu jouer¹³³⁸.

475. En donnant ainsi effet au jugement étranger, la cour d'appel participe à la violation du contrat de mariage, pourtant valablement conclu par les époux en France, et réduit à néant les principes les plus essentiels de notre droit des contrats¹³³⁹ et des régimes matrimoniaux¹³⁴⁰. Or, l'intervention de l'exception d'ordre public international paraissait justifiée en l'espèce, d'autant qu'elle aurait permis, de manière très nette, la protection de l'ordre juridique du for : le jugement américain était une négation évidente des règles de droit français et les juridictions françaises auraient pu y répondre par un refus d'exequatur. La solution est néanmoins cohérente avec la jurisprudence qui admet que soit opposée l'exception d'ordre public aux conventions étrangères déséquilibrées ; il a en effet été admis que les principes d'équité et d'équilibre puissent supplanter les exigences de prévisibilité juridique¹³⁴¹.

¹³³⁷ Comme l'avait remarqué le tribunal de grande instance de Paris (arrêt précité)

¹³³⁸ Sur l'utilisation de l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance, *cf. infra*, n°642 ss.

¹³³⁹ Article 1103 c. civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

¹³⁴⁰ Article 1387 c. civil : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent. »

¹³⁴¹ *Cf. supra*, n°448 ss.

476. ***Propos conclusifs.*** – A l’heure de la déjudiciarisation et de la contractualisation du droit de la famille, les époux semblent plus libres, mais aussi plus fébriles. Un besoin de protection se fait donc ressentir. Alors qu’il pourrait paraître inadapté d’assimiler les époux à de simples cocontractants, complètement neutres sur le plan affectif et patrimonial¹³⁴², le législateur et la jurisprudence semblent quand même faire le choix de confier leur protection aux mécanismes contractuels. L’équivalent d’un ordre public contractuel trouve en effet une place en droit du divorce. On le constate en droit interne, mais aussi en droit international. Les conventions entre époux sur la prestation compensatoire apparaissent ainsi encadrées par un ordre public international qui s’inspire des principes inhérents au droit des contrats.

¹³⁴² Il n’est en effet pas certain, ainsi que l’a remarqué un auteur, que la famille soit un « terrain propice au pacte dès lors qu’existent des interférences affectives et économiques » entre les cocontractants (J. Leprovaux, “Que reste-t-il de la réserve héréditaire?”, Dossier Personnes famille, *LPA* 2017, n°179-180)

477. *Conclusion du chapitre.* –

On pourrait résumer ainsi les objectifs de l'ordre public international en droit patrimonial de la famille : «au-delà de la liberté reconnue aux individus de disposer de leurs biens, il est des obligations auxquelles ils ne peuvent se soustraire : celles qui les lient aux personnes qui leur ont donné la vie ou aux personnes envers lesquelles ils se sont engagés : leurs enfants, en leur donnant la vie, et leur conjoint, en s'engageant par le mariage. Les liens de solidarité créés par la parenté et l'alliance constituent le socle des relations familiales : ils existent au-delà de tout choix personnel et se traduisent par l'obligation de subvenir aux besoins vitaux des intéressés »¹³⁴³.

L'ordre public international semble en effet se concentrer sur la protection de l'individu, et, plus particulièrement encore autour de deux concepts. Celui de dignité humaine tout d'abord: il s'agit avant tout de protéger les besoins humains les plus essentiels, à travers l'ordre public alimentaire. L'idée de dignité implique aussi le respect de la liberté et de la volonté humaine. Elle évoque donc la protection des droits et libertés individuelles, mais en même temps, met à jour un deuxième concept: celui de la force de l'engagement humain. En ayant des enfants, en se mariant, l'homme s'engage, et cet engagement devient source d'obligations dont le respect doit pouvoir être contrôlé par l'ordre public international.

Le respect de cet engagement doit-il pour autant se limiter au minimum ? La solidarité voulue par le législateur en droit patrimonial de la famille ne semble pas se limiter qu'au strict nécessaire. S'il existe une solidarité, elle n'est pas qu'alimentaire, elle est aussi patrimoniale : le conjoint, grâce à la prestation compensatoire notamment, participe à l'enrichissement de son époux; l'enfant, grâce à la réserve héréditaire, profite de l'enrichissement de ses parents. Réserve et prestation compensatoire permettent d'assurer une certaine continuité patrimoniale, une certaine stabilité, malgré le décès, malgré le divorce. Ces principes fondateurs et transversaux ne devraient-ils dès lors pas se retrouver au sein de l'ordre public international ? Ils réapparaissent en réalité, ici et là, par le biais d'une appréciation *in concreto* de la loi étrangère, qui n'est que l'aveu que le droit patrimonial, sans ces principes, risquerait d'être inique. La volonté exacerbée de l'individu est susceptible de discriminer, de démunir, de déséquilibrer. L'ordre public international ne peut donc pas ne pas être concerné. Il protège. Il défend l'individu mais en revanche, plus vraiment la famille ou une vision de société.

¹³⁴³ H. Fulchiron, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », D. 2017, p. 2310

L'autonomie de la volonté montre rapidement ses limites.

Au niveau européen tout d'abord, la volonté, comme source créatrice de droit, semble dans un premier temps permettre de coordonner efficacement les ordres juridiques, et d'uniformiser les solutions entre Etats. L'autonomie de la volonté serait aussi vecteur de sécurité et de prévisibilité juridique. L'effet escompté ne semble toutefois pas toujours atteint : le libre exercice de la volonté tend à amplifier les réactions de repli des Etats, réactions qu'ils manifestent à travers la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international. On ne saurait s'en étonner : l'exercice exacerbé de l'autonomie de la volonté appelle nécessairement des garde-fous. Les Etats souhaitent par ailleurs préserver une certaine idée de leur politique et de leur identité nationale, qui pourraient s'effacer face au libre exercice de la volonté individuelle. Or, la préservation de ces politiques internes n'est pas forcément un frein à la construction européenne. Au contraire, celles-ci semblent converger en droit patrimonial de la famille et pourraient dès lors participer à la construction, « par le bas », d'un ordre public international européen.

Au niveau interne ensuite, le législateur semble vouloir s'en remettre aussi à la volonté individuelle pour protéger la personne en situation de faiblesse¹³⁴⁴. Qui mieux en effet que la personne concernée pour savoir ce qui est bon pour elle ? Il a en effet été dit que « lorsqu'on pense qu'il est impossible de savoir objectivement ce qui est juste, on aura tendance à fonder le droit sur la volonté »¹³⁴⁵. Force est toutefois de constater que les relations juridiques se nouent rarement sur un pied d'égalité¹³⁴⁶, et cela est d'autant plus vrai au sein de la sphère familiale. Ainsi, bien que les époux soient a priori égaux, il ne s'agit que d'une « fiction juridique »¹³⁴⁷ et il n'est pas rare que l'un se retrouve en position de force par rapport à l'autre au jour de la conclusion du contrat de mariage ou à l'aube d'un divorce. Dans les relations

¹³⁴⁴ « A priori, la volonté individuelle permet d'assurer une grande sécurité juridique, c'est-à-dire d'une part une bonne prévisibilité, et d'autre part, de par la réglementation applicable, une bonne protection de la personne en situation de faiblesse » H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté jusqu'où ? », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 261

¹³⁴⁵ P. Roubier, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Arch. Phil. Du droit*, 1957, p. 1

¹³⁴⁶ «Lorsqu'il y a accord de volonté pour désigner la loi applicable, il faut que les deux parties soient sur un pied d'égalité. Lorsqu'il s'agit de contrat, le postulat est que cette égalité existe. Or, ce n'est qu'un postulat. Dans la réalité, on sait bien que très souvent, l'un des cocontractants sera en position de force par rapport à l'autre, même si cet autre n'entre pas dans la catégorie des parties étiquetées « faibles » comme le sont les salariés, les consommateurs, les assurés ou encore les créanciers d'aliments » H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté jusqu'où ? », *Mélanges précités*, p. 264

¹³⁴⁷ H. Gaudemet-Tallon, *Ibid*

successorales familiales, il a aussi été justement remarqué que l'intention libérale peut être une « intention maligne », permettant au testateur ou au donateur d'utiliser son droit de propriété comme un moyen d'asservir autrui¹³⁴⁸. Des garde-fous semblent donc là encore nécessaires, tant en droit interne qu'international, pour protéger l'individu au sein de la famille, qu'il s'agisse de l'époux, de l'enfant, ou de l'héritier.

Les droits fondamentaux sont d'abord invoqués. Les principes d'égalité, de liberté d'expression, de liberté religieuse, de justice alimentaire, constituent un premier obstacle aux excès de l'autonomie de la volonté, bien qu'ils ne soient pas toujours efficaces.

Des limites ont aussi été trouvées dans l'ordre public contractuel. La validité des conventions entre époux est encadrée en Europe par des principes propres au droit des contrats, relatifs à l'équilibre de l'accord, au consentement libre et éclairé des parties, ainsi que par l'ordre public alimentaire. Les politiques internes européennes cherchent à défendre de la sorte les droits de la personne, et plus spécifiquement les droits de la personne divorcée. Une certaine conception du mariage et du divorce s'en dégage : il ne s'agit pas finalement d'une simple affaire privée, la société dans son ensemble est concernée. La convergence des conceptions européennes à propos de la prestation compensatoire montre ainsi les limites de la « privatisation du mariage et l'importance de la finalité collective de l'ordre public matrimonial »¹³⁴⁹.

¹³⁴⁸ M. Grimaldi, RTD civ 2013, p. 162

¹³⁴⁹ En ce sens, F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, précité, n°399 : « Par le biais des droits fondamentaux de la personne, la jurisprudence défend finalement une certaine conception du mariage. (...) Cette évolution du droit allemand permet de montrer les limites de la privatisation du mariage et l'importance de la finalité collective de l'ordre public matrimonial »

479. Conclusion de la première partie. –

L'ordre public international suit les évolutions de l'ordre interne.

Alors qu'il pourrait défendre les politiques impératives que le for considère comme « essentielles », l'ordre public international se recentre plutôt sur la protection de l'individu. Qu'on ne s'en étonne pas : à l'image de « l'ordre public patrimonial » interne, l'ordre public international s'intéresse moins à la politique familiale, successorale ou matrimoniale du for, qu'à l'individu en lui-même au sein de la famille. En réalité, la politique du for consiste essentiellement dorénavant à protéger l'enfant et le conjoint.

Cette conception « individualiste » de l'ordre public international se manifeste à différents égards.

Elle se dégage tout d'abord de l'appréciation « in concreto » de la loi étrangère qui est faite par la jurisprudence. L'ordre public international se déclenche, non pas tellement pour revendiquer le respect d'un principe, d'un idéal, d'une valeur, d'une politique importante, mais pour protéger un individu dans une situation particulière. Se rapprochant ainsi de la philosophie nominaliste anglo-saxonne, seul l'individu semble exister, moins que les idées en elles-mêmes. Difficile par conséquent de dégager de la jurisprudence des « principes inhérents à la société française » défendus par l'ordre public international. On peut en revanche distinguer des « situations », des « faits singuliers » qui se révéleraient contraires à notre ordre public. Il semble ainsi plus facile de définir l'ordre public international en identifiant ce à quoi il s'oppose plutôt que ce dont il est constitué.

Dans cette conception individualiste de l'ordre public international, les droits fondamentaux occupent une place essentielle. Puisqu'il s'agit avant tout de protéger l'individu, les droits de l'homme sont en première ligne, ils constituent le « noyau dur » de l'ordre public international. Les droits et libertés privés sont ainsi protégés sans compromis, et la volonté individuelle prend un véritable essor. Respecter la volonté devient essentiel, on évite alors que l'ordre public international puisse lui faire obstacle. Mieux, l'exercice de la volonté est même défendu par l'ordre public international, qui protège, plus que jamais, la liberté testamentaire du *de cuius*.

Une volonté sans borne révèle toutefois rapidement ses limites. Certains membres de la famille, comme l'enfant et le conjoint, vont eux aussi réclamer une protection. Contre une autonomie de la volonté portée à l'extrême, ils pourront revendiquer le respect de leurs droits fondamentaux et des principes essentiels de justice alimentaire.

Il n'est toutefois pas certain que ce « recentrage » autour de la protection de l'individu soit suffisant, et le besoin de politique, d'ordre public successoral et d'ordre public matrimonial, se fait ressentir. L'ordre public international manque-t-il d'ambition ? Il semble que l'on craigne son extension. Pourtant, la construction d'un ordre public international européen, autour de dénominateurs communs, semble possible et lui donnerait une véritable assise.

L'ordre public des Etats membres révèle en effet une nécessité d'encadrer l'exercice de la volonté. Il n'existe nulle part de liberté illimitée : la liberté testamentaire et la liberté contractuelle entre époux sont partout régulés.

En matière successorale, les Etats européens défendent certes les droits fondamentaux et les droits alimentaires des héritiers, mais ils vont généralement plus loin. Plus qu'une solidarité strictement alimentaire, c'est un concept plus large de « cohésion familiale » autour du patrimoine qui est défendu¹³⁵⁰. Au-delà des droits de l'homme de l'héritier, des principes de liberté et d'égalité, c'est plus profondément encore, l'idée d'équité au sein de la fratrie qui est protégée.

En droit du divorce, les époux ne sont pas non plus totalement libres. Même dans les Etats européens les plus libéraux, les idées de solidarité alimentaire, de bonne foi, de protection du consentement, d'équité et d'équilibre contractuel gouvernent les conventions matrimoniales.

Ces valeurs, individuelles et collectives, mériteraient d'être affirmées au titre de l'ordre public international. Leur application peut ensuite être modulée au niveau des conditions du déclenchement du mécanisme et de ses effets. Il s'agit donc maintenant d'étudier le régime de l'exception d'ordre public.

¹³⁵⁰ Le droit des successions contribue en effet à définir les membres de la famille, que la dévolution soit légale ou testamentaire.

DEUXIEME PARTIE

LE REGIME DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE : A LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE

480. Si les principes d'ordre public international en droit patrimonial de la famille doivent être mis en lumière et affirmés, ils ne doivent toutefois pas forcément s'appliquer à tous et partout. Nous l'avons vu en effet, en droit patrimonial de la famille comme ailleurs, l'ordre public international ne prétend pas à l'universalité. Son ambition n'est pas la suprématie et l'omnipotence, il ne recouvre d'ailleurs pas de « principes universels », aucun principe, aussi essentiel qu'il soit, n'étant commun à l'ensemble des sociétés humaines¹³⁵¹. Dans notre monde globalisé, un assouplissement, une adaptation de celui-ci en fonction des situations qui lui sont soumises semble donc nécessaire.

Il s'agit par conséquent de rechercher un équilibre dans le régime d'intervention de l'exception d'ordre public. On le trouvera au niveau des conditions de son déclenchement (**Titre 1**) et de ses effets (**Titre 2**).

¹³⁵¹ Cf. *Introduction générale, supra*, n°8

TITRE I

-

UN EQUILIBRE DANS LES CONDITIONS DU DÉCLENCHEMENT

481. Ordre plein, ordre public atténué et ordre public de proximité constituent les trois formes d'intervention de l'exception d'ordre public, au regard de la jurisprudence française. La doctrine s'est interrogée sur une rationalisation possible des critères de choix du mécanisme¹³⁵², sans que l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation ne puisse confirmer une quelconque systématisation¹³⁵³.

482. A l'origine, le régime de l'ordre public était unitaire¹³⁵⁴. Dès lors que la contrariété aux principes défendus était suffisamment caractérisée, la norme étrangère était écartée, sans autres considérations. L'apparente simplicité du mécanisme n'a appelé que peu de discussions doctrinales¹³⁵⁵. Mécanisme d'exception, remède à la nocivité de la loi étrangère, comme l'appelait Niboyet, il accordait la protection la plus énergique aux valeurs du for. C'est la raison pour laquelle il a été appelé par la doctrine « ordre public plein ».

¹³⁵² J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p.294.

¹³⁵³ Voir cependant, Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation sur *L'ordre public* : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/

¹³⁵⁴ « Dans une situation donnée, à un moment donné, la même loi étrangère était nécessairement contraire ou conforme à l'ordre public quels que soient les intérêts en cause » (J. Foyer, note sous Civ 1^{ère}, 10 février 1993, Rev.crit. DIP 1993, p. 620)

¹³⁵⁵ L'ordre public plein a été qualifié par L. Gannagé de « parent pauvre de la littérature juridique (*Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des confits de culture*, RCADI, précité). C'est E. Bartin (*Études de droit international privé*, Paris, Ed. A. Chevalier-Marescq, 1899) qui, en France a systématisé cette conception de l'exception d'ordre public, « adoptée aujourd'hui par tous les auteurs et consacrée par la quasi-totalité des codifications modernes du droit international privé et par les conventions internationales en matière de conflit de lois » (P. Lagarde, « Ordre public », *Répertoire de droit international* Dalloz, n°5)

Les différentes déclinaisons du mécanisme, selon la configuration de la situation litigieuse, ne sont apparues qu'ensuite avec l'ordre public atténué puis l'ordre public de proximité.

483. C'est l'ordre public atténué qui, le premier, est venu relativiser l'intervention de l'ordre public. Une distinction traditionnelle s'est faite entre les situations valablement créées à l'étranger et celles créées en France. Les premières devaient appeler plus de tolérance¹³⁵⁶, dans la mesure où il ne s'agissait pas de créer une situation juridique mais simplement de reconnaître les effets d'une situation régulièrement constituée à l'étranger¹³⁵⁷. Ainsi, alors que la négation des valeurs du for était sanctionnée au stade de la constitution du rapport juridique, elle pouvait être acceptée au stade de la reconnaissance¹³⁵⁸. Une première illustration a été donnée en jurisprudence dans une affaire Bulkley¹³⁵⁹. Les juges français reconnurent en l'espèce le divorce d'une anglaise prononcé en Angleterre, et la possibilité pour cette dernière de se remarier en France, bien que la loi française du 8 mai 1816 prohibait le divorce à l'époque. Alors que l'ordre public français aurait interdit le divorce en France sur le fondement de la loi anglaise, il a accepté de reconnaître ses effets lorsque celui-ci a été prononcé régulièrement à l'étranger. Cette solution a été consacrée par l'arrêt Rivière dans une formulation de principe restée célèbre : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français »¹³⁶⁰. Cette distinction a ensuite notamment permis de reconnaître certains effets aux mariages polygamiques célébrés à l'étranger, alors que leur célébration en France aurait été interdite¹³⁶¹.

484. L'usage de l'ordre public atténué a cependant commencé à être discuté lorsque s'est posée la question de l'accueil à donner en France aux répudiations islamiques. Bien que

¹³⁵⁶ N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlands- beziehung) en droit international privé*, Thèse, Lexis-Nexis, 2008, pp. 152-153, nos 164 et 165.

¹³⁵⁷ En ce sens, v. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III, Sirey, 1944, p. 545 : « il ne faut pas gonfler inutilement et sans profit pour la France des exigences de notre ordre public, tout en compromettant très injustement des droits régulièrement constitués ».

¹³⁵⁸ « Autrement dit, la contrariété de la norme étrangère aux valeurs du for, qui est sanctionnée de manière inconditionnelle au stade de la constitution des situations juridiques, a davantage de chances d'être tolérée au stade de leur reconnaissance » L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des confits de culture », *RCADI* 2013, t. 357, p. 337

¹³⁵⁹ Cass. Civ. 28 février 1960, S. 1860, 1. 210 ; DP 1860. 1. 57 ; GA n°4

¹³⁶⁰ Cass. Civ. 17 avril 1953, *Rivière*, Rev. Crit. DIP 1953, note Batiffol ; JDI 1953 860, note Plaisant

¹³⁶¹ Des effets successoraux et alimentaires notamment : v. Civ. 1ère, 3 janvier 1980, *Beneddouch*, Rev. Crit. DIP 1980.331, note Batiffol

prononcée à l'étranger, la contrariété de l'institution au principe d'égalité entre époux rendait délicate sa réception en France. En même temps, l'augmentation des flux migratoires autour de la méditerranée et les réflexions sur les conflits de culture¹³⁶² ont incité à relativiser l'intervention du mécanisme afin d'offrir un accueil plus large aux institutions étrangères¹³⁶³. L'idée d'une certaine tolérance, notamment à l'égard des ordres juridiques de tradition musulmane, s'est faite jour, sur le fondement du respect de l'identité culturelle¹³⁶⁴.

485. L'ordre public plein a fini par être critiqué pour son manque de nuance et son « interventionnisme ». « Instrument de cloisonnement rigide des ordres juridiques »¹³⁶⁵, il ne laisse en effet aucune chance à la norme étrangère et ne fait finalement que peu de cas des circonstances de l'espèce, la seule atteinte au principe qu'il défend suffisant à justifier son déclenchement. L'ordre public atténué s'est toutefois lui aussi révélé inadapté car il permettait de donner un accueil quasi inconditionnel aux répudiations prononcées à l'étranger, alors qu'elles heurtaient frontalement nos valeurs. Transformé en « ordre public nul »¹³⁶⁶, l'ordre

¹³⁶² Voir sur point L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », précité

¹³⁶³ Les débats autour de l'ordre public se sont développés à l'occasion de la confrontation, de plus en plus fréquente, des normes issues des pays de tradition musulmane aux ordres juridiques européens ; v. P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *Mélanges Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 293 ss., spéc. p. 293.

¹³⁶⁴ La doctrine, et notamment L. Gannagé, a toutefois démontré la fragilité des arguments relatifs au respect des identités culturelles pour relativiser l'intervention de l'ordre public : « Abstraction faite des fondements textuels du droit à l'identité culturelle qui restent précaires, c'est surtout la manière dont celui-ci se dessine en droit international privé qui suscite la perplexité. Son régime se construit en effet très manifestement au rebours des orientations retenues par le droit international. Et, de fait, au moins dans les relations avec les pays de tradition musulmane, le respect des identités culturelles est toujours invoqué pour limiter l'application dans l'espace des droits fondamentaux. Il s'agit, on l'a vu, de combattre leur « impérialisme » face aux droits de tradition musulmane. Une telle orientation méconnaît le fait que les droits culturels, qui sont de plus en plus appréhendés par les instruments internationaux, comme une partie intégrante des droits de l'homme, ne peuvent porter atteinte à d'autres droits fondamentaux. La construction des droits culturels s'élabore, en effet, dans les textes conventionnels en rupture très nette avec le relativisme des valeurs. Dans la catégorie des droits fondamentaux ils sont, de ce fait, nécessairement affectés d'une certaine subsidiarité. (...) Au-delà de cette première objection, il est surtout possible de constater que la référence qui est faite aux identités culturelles procède d'une approche éminemment réductrice de celles-ci. Elle ignore en particulier assez fréquemment la distinction essentielle de l'identité collective et de l'identité individuelle, et surtout la nature des rapports susceptibles de se nouer entre l'une et l'autre. (...) Dans l'hypothèse de la répudiation, c'est généralement la femme qui s'oppose à la reconnaissance en Europe de ce mode de dissolution du mariage en invoquant sa contrariété au principe de l'égalité des époux. Justifier dans ce contexte l'affaiblissement des exigences de l'ordre public et la reconnaissance de l'institution par le nécessaire respect des identités culturelles ne va pas sans susciter certaines interrogations. (...) La faveur à l'identité collective de la communauté d'origine des intéressés s'opère, en l'occurrence, au détriment de la femme elle-même qui, en invoquant le principe de l'égalité des époux à l'encontre de la répudiation, montre qu'elle entend rompre, au moins partiellement, avec les pratiques et les traditions en vigueur dans son pays natal. Lui imposer la reconnaissance de ce mode de dissolution du mariage, en la renvoyant en guise d'explication à sa culture d'origine, c'est transformer celle-ci en une « prison » et faire, du droit à l'identité culturelle, un *droit à l'enfermement* ». L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé... », précitée, p. 354-355

¹³⁶⁵ Y. Lequette, *Rev. Crit.* 1995, p. 308

¹³⁶⁶ Expression empruntée à H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 7e éd., LGDJ, 1981, t. 1, p. 425, n° 367 ; Notamment en matière de répudiation, avant les arrêts de 2004 (cf. supra)

public atténué ne permettait pas une analyse progressive mais était « un passage du tout ou rien, une véritable hésitation entre l'éviction complète et la pleine validité »¹³⁶⁷. Sur le fondement de la continuité internationale des solutions, le risque était de reconnaître systématiquement la décision étrangère, au mépris des valeurs du for¹³⁶⁸.

486. Dans le but de renforcer la défense de nos valeurs, la Cour de cassation a donc fait appel à l'ordre public de proximité¹³⁶⁹. La question du lieu de constitution de la situation a été remplacée par la question des liens entre celle-ci et le for. Ainsi, en matière de répudiation, dès lors que l'épouse était française ou résidente en France, l'ordre public s'opposait à la reconnaissance en France des répudiations. On y a vu une application mesurée et efficace de l'ordre public, un outil de conciliation entre les exigences du for et le respect des identités culturelles¹³⁷⁰, «un compromis séduisant qui permet de résoudre un véritable conflit de civilisations »¹³⁷¹. Ainsi, alors qu'il n'était jusqu'alors envisagé qu'au stade de la constitution de la situation juridique, l'ordre public de proximité a été employé au stade de la reconnaissance¹³⁷². Si l'épouse est française ou résidente en France, l'ordre public s'oppose à l'exécution en France des jugements de répudiation. *A contrario* toutefois, dès lors que l'épouse a peu de points de contact avec la France, elle ne serait plus défendue par nos principes d'égalité. L'ordre public d'éloignement est ainsi susceptible de réintroduire une discrimination entre les justiciables, sur le fondement de leur résidence ou de leur nationalité¹³⁷³. L'ordre public de proximité donne l'impression que le respect du principe en cause (en l'occurrence le principe d'égalité) a moins d'importance lorsqu'il concerne une personne éloignée du for. On

¹³⁶⁷ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, précité, 1996, p. 65 et s. et spec. P. 72

¹³⁶⁸ Sur ces questions, v. M. C. Najm, thèse précitée

¹³⁶⁹ La jurisprudence a trouvé dans l'ordre public de proximité un remède à l'ordre public atténué (v. en ce sens la démonstration de L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé... », précitée, p. 343 et s.

¹³⁷⁰ M.-L. Niboyet et G. Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, précité, p. 334, n° 363.

¹³⁷¹ P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, Dalloz, p. 234-235

¹³⁷² « L'ordre public de proximité peut jouer à l'encontre de situations créées en France ou à l'étranger, concurrençant respectivement l'ordre public plein et l'ordre public atténué » J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 298, n°5

¹³⁷³ Sur cette question, v. L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé... », précité, p. 337, qui explique que l'ordre public de proximité a été dans un premier temps une réponse à l'effet souvent nul de l'ordre public atténué. Il a permis d'écarter des lois étrangères qui ne l'auraient pas été par l'ordre public atténué car la situation était constituée à l'étranger. L'ordre public de proximité a ainsi servi à renforcer la protection des valeurs du for (qui n'étaient plus protégées par l'ordre public atténué). Mais dans un second temps, il a souvent été invoqué sous la forme d'un ordre public d'éloignement : c'est parce que la situation était éloignée que l'exception d'ordre public international n'intervenait pas. Il a ainsi empêché l'application de l'ordre public plein.

a alors reproché à l'ordre public de proximité son « égoïsme » puisqu'il ne réserve ses faveurs qu'à ses nationaux ou à ceux qui résident sur son territoire¹³⁷⁴.

487. Au fil des arrêts et des propositions doctrinales, les concepts et les critères d'intervention de l'ordre public se sont mêlés, si bien qu'il est difficile de savoir, aussi bien en droit patrimonial qu'extrapatrimonial de la famille, quelles sont les conditions du déclenchement de l'exception d'ordre public, une fois l'atteinte aux valeurs du for établie.

488. Un effort de systématisation doit être fait, afin d'éviter tout risque d'arbitraire du juge¹³⁷⁵. Si le droit international privé réclame par ailleurs que soit respecté l'objectif d'harmonie internationale des solutions et de prévisibilité juridique¹³⁷⁶, le respect de ces principes est d'autant plus fort en droit patrimonial de la famille. Comment dès lors concilier le relativisme propre à l'ordre public international et le besoin de sécurité juridique pour les justiciables ?

Si une relativisation de l'ordre public doit être introduite, c'est selon nous, tant au stade de la constitution de la situation juridique (**chapitre 1**) que de sa reconnaissance (**chapitre 2**) ; mais la configuration de la situation litigieuse étant différente dans l'un et l'autre cas, les critères et mécanismes de déclenchement seront eux aussi différents.

¹³⁷⁴ Voir en ce sens, R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », précité, p. 77

¹³⁷⁵ « Bien que l'exception d'ordre public ait vocation à protéger la cohésion de l'ordre juridique français, le juge ne doit pas disposer d'un pouvoir arbitraire, sous peine de nuire à l'esprit même du droit international privé. Il dispose déjà d'une certaine souplesse au stade de la détermination des valeurs intangibles du for, qu'il paraît impossible de supprimer si on ne veut pas ôter au droit sa valeur de phénomène social. C'est à propos du déclenchement de l'exception d'ordre public que les doutes doivent être limités. Dans le silence de la jurisprudence, il convient donc de chercher si, derrière l'empirisme des décisions, il ne se cacherait pas une certaine rationalité dans le choix des juges » J. Guillaumé, précitée, *Mélanges P. Courbe*, p. 298

¹³⁷⁶ Voir en ce sens, W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. Crit. DIP* 1990. 657 S.

Chapitre 1

-

Les conditions du déclenchement au stade de la constitution de la situation juridique

489. Au stade de la constitution de la situation juridique, l'ordre public international peut se manifester de deux façons: de manière positive, par le biais des lois de police, et de manière négative à travers l'exception d'ordre public international. Ce dernier rejette les conceptions que véhicule la loi étrangère désignée par la règle de conflit tandis que les premières n'y prêtent guère intérêt, leur objectif étant d'imposer la politique du for à une situation donnée, peu importe ce que peut prévoir la loi normalement applicable. La question de la distinction loi de police/exception d'ordre public ne se pose en revanche pas au stade de la reconnaissance. En effet, l'arrêt *Cornelissen* a supprimé le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger¹³⁷⁷. Le juge français saisi de l'accueil de la décision étrangère n'a donc pas à vérifier la bonne application des lois de police françaises¹³⁷⁸. Ce qui ne signifie pas pour autant que la décision étrangère contraire à une loi de police sera toujours accueillie : celle-ci doit en effet être conforme à l'ordre public international et les lois de police participent à sa défense. Néanmoins, le mécanisme de défense n'a pas d'importance puisqu'il est englobé à l'intérieur du contrôle général de conformité de la décision à l'ordre public. Au contraire, au stade de la constitution, la distinction entre les deux mécanismes n'est pas que théorique, elle a une réelle incidence pratique : on le verra, l'exception d'ordre public admet une certaine relativité que la loi de police ne permet pas. La loi d'application immédiate s'applique en effet sans condition dès lors qu'elle se trouve territorialement compétente, alors que l'exception d'ordre public peut être relativisée par le biais de l'ordre public atténué et de l'ordre public de proximité. La loi de police impose par ailleurs l'application de la loi du for alors que les effets de l'exception d'ordre public peuvent eux aussi, on le verra également, être nuancés¹³⁷⁹.

¹³⁷⁷ Cass. 1re civ. , 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen* : Rev. crit. DIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; LPA 2007, n° 102, p. 15, note C. Lecuyer ; Gaz. Pal. 3 mai 2007, n° 123, p. 2, note M.-L. Niboyet

¹³⁷⁸ J. Guillaumé, *JCl. Droit international*, « Fasc. 534-10 : Ordre public international. – Notion d'ordre public international », n°22 ; *JCl. Droit international*, « Fasc. 534-20, Intervention de l'ordre public international » ; v. aussi L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, T. Azzi, O. Bosovic (dir.), Bruylant, 2015, p. 91 spéc. p. 109

¹³⁷⁹ Cf. *infra*, n°783 ss.

Le choix du mécanisme a donc une réelle importance (section préliminaire). Ce n'est qu'après avoir déterminé les critères du choix que nous pourrions étudier les conditions du déclenchement de chacun d'eux (section 1 et 2).

Section préliminaire. Le choix du mécanisme

490. Exception d'ordre public et loi de police diffèrent à plusieurs égards. Si tous deux permettent, en définitive, de protéger des principes essentiels aux yeux de l'ordre juridique du for, ils diffèrent tant du point de vue de leur mise en œuvre que de leurs objectifs respectifs.
491. Contrairement à l'exception d'ordre public, la loi de police n'agit pas contre le système juridique étranger. Il ne s'agit pas pour elle de manifester une réprobation à l'égard d'une politique étrangère mais d'imposer la sienne, à travers l'application systématique de la loi du for. Dès lors, la loi de police du for ne sera pas forcément antagoniste à la politique étrangère, elles peuvent même coïncider. Les pays européens partagent en effet des lois de police communes¹³⁸⁰ et les lois de police étrangères peuvent même être prises en considération par le for¹³⁸¹, même si elles n'ont pas été désignées par la règle de conflit. En revanche, l'exception d'ordre public ne défend en principe que l'ordre public international du for¹³⁸² et s'oppose à l'ordre juridique étranger. Si on admet certes l'effet réflexe de l'ordre public, l'ordre public international étranger n'est respecté que s'il coïncide avec celui du for¹³⁸³.
492. Puisque les objectifs diffèrent, les mécanismes diffèrent aussi. Lorsqu'elle s'estime territorialement compétente¹³⁸⁴, la loi de police devrait faire l'objet d'une application immédiate, abstraction faite de la méthode conflictuelle. Elle ne nécessite en principe pas de

¹³⁸⁰ En matière de droit de la concurrence et droit des marchés financiers notamment, v. J. Guillaumé, « Fasc. 534-10 : Ordre public international. – Notion d'ordre public international », précité, n°9

¹³⁸¹ V. CJUE 18 oct. 2016, aff. C-135/15, *Nikiforidis*, D. 2016. 2122 ; ibid. 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; ibid. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Dr. soc. 2017. 196, étude L. Pailler

¹³⁸² V. cependant Civ. 1ère, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, JCP G 2015, 318, note L. Gannagé, arrêt dans lequel l'ordre de proximité mis en œuvre ne semble pas protéger seulement le for mais tous les droits qui connaissant le mariage entre personnes de même sexe.

¹³⁸³ sur l'effet réflexe de l'ordre public, V. not. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd., 2013, p. 381 s., n° 400 s.

¹³⁸⁴ La loi de police détermine en effet son propre champ d'application dans l'espace – et en cela pourrait être rapprochée de l'ordre public de proximité, cf. *infra*, n°591 ss.

confrontation avec la loi étrangère désignée par la règle de conflit¹³⁸⁵, ni d'appréciation de celle-ci, tant *in abstracto* qu'*in concreto*¹³⁸⁶. Dans la mesure où elle vise l'application immédiate d'une politique particulière, elle requiert en revanche l'existence d'une disposition interne précise, contrairement à l'exception d'ordre public qui peut se fonder sur un principe général ne faisant pas forcément l'objet d'une transcription claire en droit positif.

493. Ces différences ne permettent pas d'établir un critère de distinction utile au juge pour choisir tel mécanisme plutôt que l'autre lorsque des principes impérieux sont en jeu. Exception d'ordre public et lois de police semblent ainsi être deux moyens en concurrence permettant d'aboutir à la même finalité : la défense du for.

494. Plutôt que deux méthodes concurrentes, mieux vaudrait toutefois y voir deux méthodes complémentaires, chacune s'appliquant à des situations différentes¹³⁸⁷. Certains auteurs ont proposé de fixer la clef de répartition entre les deux mécanismes en fonction de la nature des intérêts protégés. Il a ainsi été dit que l'ordre public de direction avait une fonction de rattachement, tandis que l'ordre public de protection avait une fonction d'éviction¹³⁸⁸. Aux lois

¹³⁸⁵ Le droit de l'Union européenne vient toutefois remettre en cause cette affirmation. A titre d'exemple, l'article L. 135-1 du code de la consommation rend nécessaire la mise en œuvre préalable de la règle de conflit pour identifier la loi applicable au contrat. Si celle-ci est la loi d'un Etat membre, les dispositions françaises relatives à la protection des consommateurs contre les clauses abusives ne peuvent pas s'appliquer à titre de lois de police (*Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté*). Une directive européenne a en effet harmonisé les dispositions relatives aux clauses abusives entre Etats membres (v. en ce sens, J. Guillaumé, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 40 : « Ordre public international . – Notion d'ordre public international », 2018, n°25)

¹³⁸⁶ Là encore, le droit de l'Union européenne vient remettre en cause cette affirmation, en soumettant l'application des lois de police de for à un *test de compatibilité* proche d'un « contrôle de conformité in concreto » (en ce sens, J. Guillaumé, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 40 : « Ordre public international . – Notion d'ordre public international », 2018, n°27). En effet, la CJUE exerce un contrôle sur l'application des lois de police des Etats membres : celles qui se trouvent en concurrence avec la loi d'un autre Etat membre doivent se soumettre à un « test de compatibilité » afin de vérifier qu'elles ne constituent pas une entrave à la réalisation des libertés fondamentales qui gouvernent le marché intérieur. Ce test conduit notamment à vérifier que l'objectif visé par la loi de police n'a pas déjà été réalisé par les règles de l'Etat membre d'origine (CJCE, 23 nov. 1999, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, point n° 34 ; AJDA 2000, p. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; Rev. sc. crim. 2000, p. 268, obs. L. Idot ; Rev. crit. DIP 2000, p. 710, note M. Fallon ; RTD eur. 2000, p. 727, chron. J.-G. Huglo. – V. aussi CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, *Mazzoleni* : Rev. crit. DIP 2001, p. 495, note É. Pataut ; JDI 2002, p. 578, obs. Luby ; RTD com. 2003, p. 595, obs. G. Jazottes ; RTD eur. 2001, p. 743, chron. J.-G. Huglo ; RTD eur. 2003, p. 529, chron. P. Rodière). Cette vérification conduit donc à confronter, de manière concrète, la loi de police avec les autres lois des Etats membres en présence. (sur ce contrôle, v. J. Guillaumé, J.-Cl. Dr. int., « Fasc. 534-20, Intervention de l'ordre public international », n°80)

¹³⁸⁷ En ce sens, J. Guillaumé, « Fasc. 534-10 : Ordre public international. – Notion », précitée, n°18 ; v. aussi la thèse de B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2008, n°10, p. 13 s. qui résume la question « des relations entre l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police en « une alternative entre complémentarité et concurrence ».

¹³⁸⁸ A. Chappelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse dacty., Paris II, 1979, n° 277 s, cité par J. Guillaumé, Fasc. 534-10 précité, n°20

de police irait la défense de l'ordre public de direction et à l'exception d'ordre public la défense l'ordre public de protection. Monsieur Benjamin Rémy a défendu dans sa thèse une distinction du même type : la défense des intérêts particuliers serait confiée à l'exception d'ordre public tandis que la protection des intérêts étatiques serait donnée aux lois de police¹³⁸⁹. Cela semble en effet être le sens de la célèbre définition des lois de police donnée par Franceskakis : ce sont des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique », justifiant ainsi leur application immédiate et nécessaire à tous les rapports de droit privé¹³⁹⁰. Cette définition a d'ailleurs été réaffirmée par la Cour de cassation dans son rapport de 2013 consacré à l'ordre public¹³⁹¹. Ce qui transparait à travers cette définition, c'est bien la défense de l'intérêt général, autrement dit « tous les cas dans lesquels il n'y a pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique »¹³⁹². La définition de Franceskakis a été reprise par le Règlement Rome I : aux termes de son article 9, une loi de police est « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de **ses intérêts publics**, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Le règlement semble ainsi réserver la notion de loi de police aux seules lois nationales qui défendent des intérêts publics¹³⁹³.

495. S'il a été remarqué par certains que la nature des intérêts en cause n'était pas un critère de distinction pertinent, « l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police défendant à la fois des intérêts d'ordre public et des intérêts d'ordre privé »¹³⁹⁴, nous avons toutefois constaté, au moins pour la matière du droit patrimonial de la famille, que l'exception d'ordre public était dorénavant complètement tournée vers la protection de l'individu¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, précité, n°831, p. 423 : l'élément de référence de l'exception d'ordre public se situerait sur le plan des valeurs du juge ou des parties, tandis que l'élément de référence des lois de police se situerait sur le plan des objectifs sociétaux.

¹³⁹⁰ Ph. Franceskakis, « Quelques précisions sur les *lois d'application immédiate* et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 s.

¹³⁹¹ En y ajoutant la sauvegarde de l'organisation « culturelle » (Rapport de la Cour de cassation sur *L'ordre public*, précité, 2013, p. 459)

¹³⁹² Ph. Franceskakis, précité, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 s.

¹³⁹³ V. L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165 ; M.-E. Ancel, « Le règlement Rome I, nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé », *RLDC* 2008, p. 7, n° 3133 ; *contra* A. Bonomi, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *in Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225 s., spéc. p. 235-238

¹³⁹⁴ J. Guillaumé, *Fasc. 534-10* précité, n°20

¹³⁹⁵ *Cf. supra*, p. 211 ss., n°325 ss.

Quant aux lois de police, on verra que si elles peuvent, certes, défendre des intérêts privés, elles visent toujours en premier lieu l'intérêt général¹³⁹⁶. L'intérêt de la société n'est jamais absent de son domaine d'intervention¹³⁹⁷ tandis qu'il tend à disparaître en ce qui concerne l'exception d'ordre public.

Ainsi, la qualification de lois de police des dispositions protectrices du sous-traitant de la loi du 31 décembre 1975¹³⁹⁸ permet certes de protéger le sous-traitant en situation de faiblesse vis-à-vis des entrepreneurs, mais c'est une conséquence indirecte de la cause plus générale de la règle relative à l'intérêt national : en raison de l'importance économique des métiers liés à la construction immobilière, il en va de l'intérêt général de protéger les entrepreneurs (auxquels les sous-traitants sont dépendant économiquement) des faillites en cascade¹³⁹⁹.

La Cour de cassation a en revanche rejeté la qualification de loi de police pour les conditions de forme édictées par le code de la consommation destinées à protéger la caution¹⁴⁰⁰. Serait-ce parce que seuls des intérêts privés étaient en cause ? Il semble en effet que les dispositions concernées en l'espèce ne faisaient pas suffisamment apparaître, au-delà de la protection de la personne qui se portait caution, la volonté de préserver un objectif d'intérêt général.

496. La distinction opérée en fonction des intérêts en cause, entre *ordre public de protection individuelle* et *ordre public de direction collective*¹⁴⁰¹, nous paraît par conséquent tout à fait pertinente¹⁴⁰², et ceci d'autant plus dans le domaine du droit patrimonial de la famille, où l'exception d'ordre public se resserre sur la défense d'intérêts essentiellement privés.

Les raisons d'intervention de l'ordre public, tant positif que négatif, ayant été établies, reste à déterminer les conditions respectives de leur mise en œuvre.

¹³⁹⁶ Une politique de relance de la consommation va certes bénéficier au consommateur qui sera davantage protégé, une politique de sauvegarde du marché de l'emploi va de même contribuer à la protection du salarié, etc.

¹³⁹⁷ En ce sens, v. L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois*, précité, p. 91 spéc. p. 114-115, en faveur de la « distinction, ancienne et éprouvée en droit interne, entre ordre public de protection individuelle et ordre public de direction collective »

¹³⁹⁸ Cass. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, Agintis : D. 2008, p. 5, obs. X. Delpech, p. 753, note W. Boyault et S. Lemaire, p. 1507, obs. P. Courbe, et p. 2560, obs. S. Bollée ; RDI 2007, p. 511, avis O. Guérin ; RDI 2008, p. 38, obs. C. Charbonneau ; Rev. crit. DIP 2009, p. 728, note M.-E. Ancel ; RTD com. 2008, p. 456, obs. P. Delebecque

¹³⁹⁹ J. Guillaumé, Fasc. 534-10, précité, n°42 ; G. Lardeux, *Droit international privé des obligations contractuelles*, Larcier, 2016, p. 168, n° 197

¹⁴⁰⁰ Cass. 1re civ., 16 sept. 2015, n° 14-10.373

¹⁴⁰¹ En ce sens, L. d'Avout, « Les lois de police », précité : « seules les règles dont l'objectif premier, immédiat, est la sauvegarde des intérêts collectifs pris en charge par l'Etat relèvent authentiquement de la notion de loi de police ; non pas les règles qui, rétablissant l'équité dans les rapports individuels, peuvent avoir indirectement un effet bénéfique à la collectivité ».

¹⁴⁰² En ce sens, v. aussi B. Rémy, thèse précitée : « le juge aura à se demander s'il existe un objectif sociétal à l'origine d'une règle particulière et partant, si cette règle est justiciable de la méthode des lois de police », n°359, p. 200 ; « les lois de police sont les lois qui ont pour fonction, et non seulement pour effet, d'engendrer un certain type d'organisation au sein de la société », *Ibid*, n°360, p. 202

Section 1. L'ordre public positif

497. Si l'on poursuit l'idée selon laquelle les lois de police visent la défense d'intérêts publics, il convient d'identifier les règles qui poursuivent de tels objectifs en droit patrimonial de la famille. Certaines défendent des intérêts principalement économiques (§1), d'autres familiaux et sociaux (§2).

§1 La défense des enjeux économiques

498. Dans un arrêt en date du 10 octobre 2012, la Cour de cassation a qualifié de lois de police les règles successorales relatives à l'attribution préférentielle des exploitations agricoles, en raison de leur destination économique et sociale¹⁴⁰³. Il s'agissait en l'espèce de la succession de deux époux de nationalité belge décédés domiciliés en Belgique en laissant quatre enfants, eux aussi de nationalité belge. Leur succession comprenait notamment une exploitation agricole située en France. L'un des héritiers sollicita des tribunaux français du lieu de situation de l'immeuble l'attribution préférentielle de cette exploitation sur le fondement des règles successorales françaises. Leur compétence fut admise, la Cour de cassation précisant que « les règles relatives à l'attribution préférentielle, sont en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police », alors même que la qualification de loi de police ne présentait pas d'enjeux particulier en l'espèce : s'agissant d'un immeuble situé en France, l'ancienne règle de conflit française désignait comme applicable la loi française. Avec cet arrêt, la Cour de cassation semble donc saisir l'opportunité de qualifier, pour la première fois, les attributions préférentielles régies par les articles 831 et s. du code civil.

499. Plusieurs qualifications étaient jusqu'alors proposées par la doctrine¹⁴⁰⁴. En tant que modalité du partage successoral, la doctrine majoritaire invitait à rattacher ces dispositions à la loi successorale¹⁴⁰⁵. Quelques-uns proposaient un rattachement au statut réel¹⁴⁰⁶, et d'autres

¹⁴⁰³ Civ 1^{ère}, 10 octobre 2012, *JCP N* 2013, 1069 S. Godechot Patris, *JCP G* 2012, 1368, L. Perreau-Saussine : *La cour d'appel « a retenu à bon droit que les règles relatives à l'attribution préférentielle, sont en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police, de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble »*.

¹⁴⁰⁴ V. L. Perreau-Saussine, note sous arrêt précité, *JCP G* 2012, 1368

¹⁴⁰⁵ M. Goré, *L'administration des successions en droit international privé français*, Thèse, Economica, 1994, n° 203, p. 142 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. II, LGDJ, 1993, n° 664

¹⁴⁰⁶ J. Héron, *Le morcellement des successions internationales*, Economica, 1986, n° 155

aux lois de police¹⁴⁰⁷. Le débat était toutefois purement théorique puisque, sous l'empire de l'ancienne réglementation des conflits de lois françaises en matière successorale, dès lors que l'exploitation agricole était en France, c'était toujours la loi française du lieu de situation qui avait vocation à s'appliquer. L'entrée en vigueur prochaine du règlement « successions » redonnait néanmoins de l'intérêt à la question : dès lors que le défunt résidait à l'étranger (ou était de nationalité étrangère), seule la qualification de loi de police ou le rattachement au statut réel permettait d'appliquer les dispositions relatives à l'attribution préférentielle aux exploitations agricoles françaises. Or, l'article 30 du règlement prévoit justement que « lorsque la loi de l'État dans lequel sont **situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens** comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la **destination économique, familiale ou sociale** de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales **sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession** ». En affirmant, de manière superfétatoire, que « les règles relatives à l'attribution préférentielle, sont en raison de leur destination économique et sociale, des lois de police, de sorte qu'ont vocation à s'appliquer celles que fixe la loi du lieu de situation de l'immeuble », la Cour de cassation aurait donc anticipé l'entrée en application du règlement successions¹⁴⁰⁸. Elle devance ainsi tout débat ultérieur sur le rattachement des règles françaises relatives à l'attribution préférentielle, en affirmant d'ores et déjà qu'elles ont une destination économique et sociale et qu'en tant que lois de police, elles s'appliquent quelle que soit la loi applicable à la succession.

500. Etant donné la nature de la règle, la qualification de loi de police pourrait néanmoins surprendre. Elle n'est en effet pas impérative dans l'ordre interne : s'agissant d'une modalité du partage, le *de cujus* peut, de son vivant, écarter l'attribution préférentielle. L'héritier ne peut s'en prévaloir que si le défunt ne l'a pas exclue et que si les conditions des articles 831-3 et 832 du code civil sont remplies. Les autres héritiers peuvent s'y opposer et il appartiendra en définitive au juge de trancher. Il pourrait dès lors paraître curieux de qualifier ces dispositions de lois de police, alors même qu'on affirme habituellement que ces dernières défendent l'ordre public international du for, lui-même s'inspirant de l'ordre public interne.

¹⁴⁰⁷ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277, spéc. n° 16 p. 291

¹⁴⁰⁸ En ce sens, S. Godechot Patris, *JCP N* 2013, 1069, L. Perreau-Saussine *JCP G* 2012, 1368

501. Le spectre des principes défendus par les lois de police se différencie ainsi de ceux protégés par l'exception d'ordre public. En effet, si ce qui relève de l'exception d'ordre public international relève en principe aussi de l'ordre public interne¹⁴⁰⁹, la réciproque n'est pas vérifiée pour les lois de police : ce qui est défendu par ces dernières ne l'est pas forcément par l'ordre public visé par l'article 6 du code civil. Cet ordre public interne vient en effet limiter l'autonomie de la volonté, il est composé de règles qui, en raison de leur caractère impératif, ne supportent pas de conventions contraires¹⁴¹⁰. Or, les règles françaises relatives à l'attribution préférentielle n'en font pas partie.

502. Par conséquent, au moins pour ce qui concerne le droit patrimonial de la famille, l'impérativité de la règle ne semble pas être un critère de qualification des lois de police. C'est sa destination en revanche qui se montre décisive. Tant la décision de la Cour de cassation que l'article 30 du règlement insistent en effet sur la destination « économique, familiale ou sociale » de la règle. Or, si l'attribution préférentielle déroge au principe du partage en valeur des successions et permet à un héritier d'être alloti d'une exploitation agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, c'est parce qu'elle a une destination familiale, mais surtout économique : elle permet d'éviter le morcellement des unités économiques et de maintenir les exploitations rentables. Elle participe ainsi à l'organisation de l'économie nationale et donc à l'intérêt général.

503. La décision de la Cour de cassation ne vise que les biens immeubles mais il n'y a pas de raison de ne pas l'étendre aux biens meubles qui remplissent les conditions de l'article 30. Le texte parle en effet de biens immobiliers, d'entreprises ou « autres catégories particulières de biens » ; on pourrait donc penser à des fonds de commerce, trusts, etc.

Il faut en outre que les dispositions spéciales imposent des restrictions successorales sur ces biens, et qu'elles soient qualifiées de lois de police en droit interne, ce qu'est venue opportunément faire la Cour de cassation pour l'attribution préférentielle.

¹⁴⁰⁹ Entendu largement, comme l'ensemble des règles impératives internes

¹⁴¹⁰ Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles distingue d'ailleurs très clairement les lois de police des lois d'ordre public interne, qui sont qualifiées de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ».

L'attribution préférentielle du logement familial au conjoint survivant devrait aussi remplir les critères de l'article 30 et devait être qualifiée à ce titre de loi de police. La finalité de la règle ne serait cependant pas cette fois économique, mais familiale et sociale.

§2 La défense des enjeux sociaux

504. En défendant l'intérêt général, les lois de police participent aussi à la protection des intérêts privés. Cela apparaît nettement lorsque les dispositions en cause poursuivent une finalité familiale et sociale. En droit patrimonial de la famille, les lois qui participent au maintien des conditions de vie de l'individu, à travers la protection du logement de la famille (A) ou la protection alimentaire (B) permettent en *in fine* que ces derniers ne se retrouvent pas à la charge de la société.

A. La protection du logement de la famille

505. « Le logement est par essence un élément fondateur de toute famille dont il constitue le creuset et dont il assure l'assise physique et pérenne du groupe familial. Il en représente en quelque sorte le centre de gravité et la voûte protectrice »¹⁴¹¹. Poursuivant une finalité sociale et familiale, la protection du logement de la famille fait ainsi l'objet d'une « véritable promotion juridique ». Elle se manifeste, tant à l'échelle interne qu'internationale, pendant l'union (1) et à sa dissolution (2).

1) Pendant l'union

506. **Le régime primaire des époux** - Bien avant l'entrée en vigueur du règlement « régimes matrimoniaux »¹⁴¹², la Cour de cassation avait affirmé, de manière générale, que les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivants du code civil étaient d'application territoriale¹⁴¹³. Si la doctrine avait pu critiqué l'absence de

¹⁴¹¹ J-F. Sagaut, « Le logement après le décès », *AJ Famille* 2008 p.368

¹⁴¹² *Règl. UE n° 2016/1103 du Conseil, 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*, JOUE, n° L 183, 8 juill., p. 1.

¹⁴¹³ Civ. 1re, 20 oct. 1987, n° 85-18.877, *Cressot*, Bull. civ. I, n° 275; Rev. crit. DIP 1988. 540, note Y. Lequette; GADIP, n° 15 § 10; n° 26 § 8; n° 53 § 2 et 13; n° 54 § 14 ; v. aussi, TGI Paris, 25 juin 1976, Dame Iem Eng Tay c/Hou Hangsin; JDI 1978. 325, note Y. Lequette ; Aix-en-Provence, 16 nov. 1977, Sapuppo c/Dame Raciti, Rev. crit. DIP 1979. 747, note I. Fadlallah ; v. aussi Paris, 22 janv. 2014, RG n° 13/02308 (application de l'article 214 du Code civil à des époux mariés

distinction entre les différentes règles du régime primaire¹⁴¹⁴, la qualification de loi de police de l'article 215 alinéa 3, protégeant le logement de la famille, n'a guère été contestée. Ainsi, tous les époux sont soumis à cette règle, peu importe la loi applicable aux effets de leur mariage¹⁴¹⁵.

507. Il résulte de cette jurisprudence que dès lors qu'un époux souhaite vendre seul le logement de la famille situé en France, l'accord de son conjoint s'impose, sur le fondement de l'article 215 al 3. La règle étant d'application territoriale, il semble nécessaire que les biens soient situés en France pour qu'elle s'applique. Ainsi, pour une vente par un époux du mobilier composant le logement de la famille situé à l'étranger, le rayonnement de l'article 215 al 3 n'apparaîtrait pas assez large pour faire annuler la vente. Pourrait-on toutefois faire jouer l'exception d'ordre public contre la loi étrangère applicable aux effets du mariage ? Dans la mesure où la Cour de cassation exige un lien entre la France et le bien pour faire jouer la règle protectrice du logement de la famille, il semble qu'il faille raisonner en termes d'ordre public de proximité. Or, dans ce cas de figure, les liens pourraient paraître trop étroits, les époux étant domiciliés à l'étranger.

508. La qualification de loi de police de l'article 215 al 3 ne semble pas remise en cause par le règlement « régimes matrimoniaux » entré en vigueur le 29 janvier 2019. Il semble toutefois soumettre les dispositions du régime primaire à la loi du régime matrimonial des époux, et non à celle des effets du mariage comme l'avait affirmé la jurisprudence française¹⁴¹⁶. Le champ d'application du règlement s'étend en effet de manière assez large aux « régimes matrimoniaux » dont il est donné une définition aux termes de l'article 3. 1 a) : il s'agit de « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution ». Surtout, le considérant n°18 précise que « la notion de régime matrimonial (...) devrait englober non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent déroger, mais aussi toutes les règles facultatives ». Or, les

sous le régime légal turc) ; la cotitularité du bail prévue à l'article 1751 du code civil a également été également soumise à la loi française au titre de loi de police (CA Aix-en-Provence, 16 nov. 1977, Rev. crit. DIP 1979. 747, note I. Fadlallah)

¹⁴¹⁴ cf. *infra*, n°736

¹⁴¹⁵ Il a en effet été jugé que les règles du statut patrimonial de base des époux relevaient de la catégorie des effets du mariage, et à ce titre devaient donc être soumises à la loi de la nationalité commune des époux, ou à défaut à la loi de leur domicile commun, ou à défaut à la loi du for (Civ. 1re, 22 oct. 1985, n° 84-11.468 , Bull. civ. I, n° 267; JDI 1986. 1005, note G. Wiederkehr; D. 1986. 241, note A. Breton)

¹⁴¹⁶ Civ. 1re, 22 oct. 1985, n° 84-11.468 , Bull. civ. I, n° 267; JDI 1986. 1005, note G. Wiederkehr; D. 1986. 241, note A. Breton

règles du régime primaire étant impératives, elles semblent concernées par cette définition¹⁴¹⁷. Cette absence de distinction entre le régime primaire et les régimes légaux ou conventionnels est sûrement préférable, dans la mesure où tous les Etats membres ne distinguent pas, et même, ne connaissent pas forcément la notion de régime matrimonial¹⁴¹⁸. Toutes les questions relatives aux relations patrimoniales entre époux durant le mariage relèvent ainsi du règlement, y compris celles issues du régime primaire.

509. Le régime primaire n'est par conséquent pas soumis à un régime unitaire : plusieurs lois lui sont applicables, en fonction du domaine de la règle. Le règlement « régimes matrimoniaux » a renforcé ce morcellement. Dans la mesure où il ne concerne que les intérêts pécuniaires des époux, ne relèveront de la loi applicable au régime matrimonial que les dispositions impératives intéressant leurs relations patrimoniales. Les autres dispositions relatives à leurs relations personnelles¹⁴¹⁹ devraient rester soumises à la loi des effets du mariage et à la jurisprudence *Cressot*¹⁴²⁰. Quant à la contribution aux charges du mariage de l'article 214, elle relève dorénavant de la catégorie « aliments » et est soumise au règlement du 18 décembre 2008 sur les obligations alimentaires. Les articles 217 et 219 qui relève de la catégorie « capacité », sont eux soumis à la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes¹⁴²¹.

La protection du logement de la famille, sur le fondement de l'article 215 alinéa 3, relève sans doute du domaine du règlement « régimes matrimoniaux ». Le considérant n°20 précise en effet que les « pouvoirs et droits spécifiques de l'un ou des deux époux à l'égard de leurs biens, qu'ils soient exercés entre eux ou à l'égard de tiers », relèvent de son champ d'application. C'est le cas des pouvoirs de disposition sur le logement conjugal. Or, le règlement réserve l'application des lois de police : l'article 30 prévoit que « les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi ». Elles sont définies de manière classique comme étant des « dispositions impératives dont le respect est jugé crucial

¹⁴¹⁷ En ce sens, v. H. Péroz, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N* 2016. 1241 ; S. Godechot-Patris, « Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *D.* 2016. 2292 ; v. aussi plus nuancé : M. Grimaldi (dir), *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, Dalloz, Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2017, n°14.43 qui rappelle qu'une règle impérative n'est pas forcément une règle relevant du régime primaire : certaines règles relevant du régime légal sont en effet impératives.

¹⁴¹⁸ En ce sens, H. Péroz, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N* 2016. 1241

¹⁴¹⁹ Art. 212 et 213 du c. civil notamment

¹⁴²⁰ Même si on peut douter de l'impérativité du devoir de fidélité tant en droit interne qu'en droit international. L'obligation peut en effet faire l'objet d'une convention (CA Versailles, 2e ch., 1re sect., 27 oct. 2010, n° 09-08765.) ; par ailleurs, certains effets de la polygamie sont reconnus en France. En ce sens, v. H. Péroz, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N* 2016. 1241

¹⁴²¹ H. Péroz, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », précitée

par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au régime matrimonial en vertu du présent règlement». La qualification de loi de police de l'article 215 apparaît donc pouvoir être conservée¹⁴²², d'autant plus que le considérant n°53 vise précisément la protection du logement de la famille : « la notion de *lois de police* devrait englober des règles à caractère impératif telles que celles relatives à la protection du logement familial ». Son champ d'application devrait rester le même : dès lors que les biens sont situés en France, le consentement du conjoint sera nécessaire. La disposition a en effet sans conteste un but social, celui d'éviter que le relogement de la famille soit mis à la charge de la collectivité¹⁴²³.

510. **Le régime primaire des partenaires.** - Le législateur n'a pas prévu de protection similaire à celle de l'article 215 al 3 pour le logement des partenaires. Ils sont néanmoins soumis à un régime impératif très proche de celui des époux. L'article 515-4 du code civil reproduit l'article 220 relatif aux époux et édicte des règles de solidarité des partenaires à l'égard des tiers pour les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Cette règle impérative est-elle constitutive d'une loi de police ? Un raisonnement par analogie semble s'imposer : si elle l'est pour les époux, elle devrait l'être aussi pour les partenaires¹⁴²⁴. Or, la doctrine semble retenir cette qualification pour l'article 220 du code civil¹⁴²⁵. La solidarité aux dettes devrait donc s'appliquer à tous les partenaires enregistrés, quelle que soit la loi applicable à leur partenariat, dès lors qu'ils résident habituellement en France¹⁴²⁶. Il

¹⁴²² V. toutefois en sens contraire, A. Boiché, « Présentation du Règlement *régimes matrimoniaux* », *AJ fam.* 2018. 644 : il n'est pas certain selon l'auteur que la protection du domicile conjugal rentre dans la définition des lois de police donnée par le règlement.

¹⁴²³ S. Godechot Patris, précitée, JCP N 2013, 1069

¹⁴²⁴ Le règlement européen sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés réserve en effet l'application des lois de police (art. 30).

¹⁴²⁵ V. en ce sens, D. Porcheron, « Loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix et mise en œuvre », JCP N 2018. 1167 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, LGDJ, coll. Domat droit privé, 11 éd., 2014, n° 824 : « l'article 220 du Code civil, relatif aux pouvoirs ménagers des époux, l'article 221 du Code civil, qui permet à chacun d'eux de se faire ouvrir un compte en banque sans le consentement de l'autre, et l'article 222, qui leur confère le pouvoir, à l'égard des tiers de bonne foi, de disposer des biens meubles qu'ils détiennent individuellement (...) requièrent une application territoriale sous peine de remettre en cause de façon générale le crédit de ménages installés en France, en obligeant les tiers à se renseigner sur la nationalité des époux » ; *contra* : H. Péroz, « Les lois applicables au régime primaire », JDI (Clunet) 2017, doctr. 9

¹⁴²⁶ En ce sens, v. V. Legrand, « Les rapports patrimoniaux des couples internationaux enregistrés : nouveau mode d'emploi à compter du 29 janvier 2019 », *LPA* 2018, n°255, p. 14

appartiendra toutefois au juge national, sous le contrôle de la Cour de Justice, de le confirmer¹⁴²⁷.

Le logement des partenaires, comme celui des époux, est en revanche protégé au moment du décès.

2) Au décès

511. Plusieurs dispositions de droit interne protègent le logement du conjoint et du partenaire survivant. C'est le cas de l'attribution préférentielle (a) et des droits de jouissance sur le logement (b). Ces dispositions sont bien entendu favorables aux intérêts privés du conjoint, elles visent à lui permettre de conserver son cadre de vie. Au-delà, elles mettent aussi la collectivité à l'abri d'un relogement du conjoint à sa charge. L'intérêt de la société toute entière, autrement dit l'intérêt général, justifient donc la qualification de loi de police de ces règles de protection.

a) L'attribution préférentielle du logement et du mobilier le garnissant

512. ***Le logement du conjoint survivant.*** - D'après l'article 832 du code civil, modifié par la loi du 3 décembre 2001, « l'attribution préférentielle de la propriété du local et du mobilier le garnissant visée au septième alinéa est de droit pour le conjoint survivant ». Au décès d'un des époux, l'habitation du conjoint survivant, voire même de ses enfants mineurs, est ainsi stabilisée et à l'abri des aléas du partage.

La Cour de cassation n'a jamais qualifié cette disposition de loi de police. Elle l'a en revanche fait pour l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole¹⁴²⁸. Cette qualification pourrait-elle être étendue au logement de la famille ? Ni l'arrêt du 10 décembre 2012, ni l'article 30 du règlement ne limite la qualification de lois d'application immédiate aux seules règles ayant une finalité économique. La disposition peut aussi avoir une destination familiale ou sociale. Or, c'est bien le cas de l'attribution préférentielle du logement familial. Nul doute dès lors que

¹⁴²⁷ V. D. Porcheron, Ibid : « Il est toutefois délicat de prévoir de façon certaine qu'elle disposition sera qualifiée de loi de police. Il appartient au juge national, sous le contrôle de la Cour de justice, de le décider, ce qui laisse, avant cette qualification judiciaire, un certain flou... »

¹⁴²⁸ Et ceci conformément au règlement « successions », Cf. *supra*, n°498 ss.

l'article 832 du code civil s'applique lorsque le logement est situé en France, alors même que loi française ne serait pas applicable à la succession.

513. Lorsque le logement est situé à l'étranger en revanche, l'attribution préférentielle ne devrait pas pouvoir jouer, sauf à ce que l'Etat étranger prévoit lui aussi une telle disposition. En effet, l'article 30 réserve l'application tant des lois de police du for que des lois de police étrangères : il est fait référence aux dispositions de la loi du *lieu de situation du bien*¹⁴²⁹.

514. Un conflit entre les dispositions impératives de chaque pays pourrait dès lors avoir lieu¹⁴³⁰ : imaginons une personne qui décède en France et qui laisse des biens soumis au régime de l'attribution préférentielle au Québec¹⁴³¹. Si le Québec qualifie lui aussi le dispositif de l'attribution préférentielle de loi de police, quel régime s'appliquera ? Les dispositions françaises sur le fondement de la loi successorale ou les dispositions québécoises sur le fondement de la loi de police étrangère ? La question interroge le mécanisme même des lois de police. Si elle est réellement d'application immédiate, elle court-circuite *ab initio* la méthode conflictuelle, empêchant ainsi de s'interroger sur la loi applicable à la succession. C'est donc la loi de police du lieu de situation du bien qui devrait prendre le pas sur la loi successorale. Un auteur a cependant affirmé que la règle de conflit devait conserver une certaine priorité par rapport à la loi de police ; si l'objectif du for est réalisé par la loi désignée par la règle de conflit, il n'y aurait plus besoin d'avoir recours aux lois de police : « la nécessité d'application ne ferait pas obstacle à ce qu'une autre disposition que celle élaborée en contemplation de l'objectif considéré dans l'espèce soit appliquée, dès lors qu'elle permet également la réalisation de l'objectif en question. (...) Cette autre disposition permettant la réalisation de l'objectif considéré peut être, dans le cadre du droit international, la règle désignée par la règle de conflit savignienne. La nécessité d'application ne doit donc pas être comprise comme l'interdiction d'appliquer une autre disposition que celle élaborée au regard de cet objectif, mais seulement comme l'interdiction d'appliquer une disposition qui ne permet pas la réalisation de l'objectif considéré »¹⁴³². Il faudrait par conséquent d'abord appliquer la règle de conflit, et si la loi désignée réalise l'objectif du for, à savoir l'attribution préférentielle, ces dispositions

¹⁴²⁹ En ce sens, S. Godechot Patris, précitée, JCP N 2013, 1069

¹⁴³⁰ Mis en évidence par S. Godechot Patris, précitée, JCP N 2013, 1069

¹⁴³¹ L'article 856 du code civil québécois dispose que « le conjoint survivant peut, par préférence à tout autre héritier, exiger que l'on place dans son lot la résidence familiale ou les droits qui lui en confèrent l'usage et les meubles qui servent à l'usage du ménage... ».

¹⁴³² B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse précitée, n° 357

s'appliqueront, non au titre des lois de police, mais tout simplement parce qu'elles ont été désignées par la règle de conflit¹⁴³³. Dans notre exemple, l'attribution préférentielle se fonderait dès lors sur la loi successorale française et non la loi québécoise du lieu de situation des biens. Si l'argumentation peut convaincre, il nous semble toutefois préférable, au moins en matière d'attribution préférentielle, que s'appliquent les règles du pays sur lequel se situent les biens, pour des raisons essentiellement pratiques : les règles relatives à l'attribution préférentielle sont en effet édictées par l'Etat pour les biens qui se situent dans son ressort, l'application de normes impératives étrangères du même type viendrait complexifier inutilement le règlement de la succession.

La question semble en tous cas théorique et n'a, à notre connaissance, encore jamais été soumise à la jurisprudence.

515. ***Le logement du partenaire survivant.*** - L'attribution préférentielle du logement familial au profit du partenaire survivant est aussi prévue en droit interne à l'article 515-6 alinéa 2 du code civil, elle n'est toutefois applicable que « lorsque le défunt l'a expressément prévue par testament »¹⁴³⁴. Elle n'est donc pas de droit pour le partenaire et le *de cujus* doit y avoir pensé dans ses dispositions de dernières volontés. Dès lors, si celle-ci n'est pas accordée directement par l'effet de la loi (dès lors que les conditions d'octroi sont remplies), comme c'est le cas de l'attribution préférentielle au profit du conjoint, cela signifie selon nous que la disposition n'est pas indispensable pour l'organisation sociale et familiale de la société, et n'est donc pas une loi de police.

La même question se pose pour les droits de jouissance sur le logement au jour du décès.

b) Les droits de jouissance sur le logement

516. ***Le droit temporaire au logement du conjoint survivant-*** L'article 763 du code civil donne au conjoint survivant un droit de jouissance gratuit sur le logement familial pendant un an à compter du décès. L'alinéa 4 de cet article précise que cette disposition est d'ordre public,

¹⁴³³ Il faudrait autrement dit réaliser un « test de compatibilité », à la manière de la Cour de Justice dans l'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, op. cit.) : ce test conduit notamment à vérifier que l'objectif visé par la loi de police n'a pas déjà été réalisé par les règles de l'Etat membre désigné par la règle de conflit.

¹⁴³⁴ Art. 515-6 al 2 c. civil : « Les dispositions du premier alinéa de l'article 831-3 sont applicables au partenaire survivant lorsque le défunt l'a expressément prévu par testament »

autrement dit le défunt ne peut en priver le conjoint par le biais d'une disposition à cause de mort¹⁴³⁵.

Bien que ce droit prenne effet au décès, le législateur a précisé qu'il était réputé être un effet direct du mariage et non des droits successoraux¹⁴³⁶. Certains retiennent donc la même classification au plan international et répertorie la disposition au sein de la catégorie « effets du mariage »¹⁴³⁷. Cette qualification ne fait cependant pas l'unanimité et d'autres préfèrent la rattacher au domaine de la loi successorale¹⁴³⁸, bien que cette qualification soit expressément exclue par le législateur en droit interne et que le conjoint n'ait pas besoin d'accepter la succession pour bénéficier de ce droit. La question n'avait de toute façon que peu d'impact dans la mesure où la doctrine s'accordait pour dire que cette disposition revêtait les caractères d'une loi de police¹⁴³⁹, qu'elle soit soumise à la loi de la nationalité commune des époux ou à la loi successorale. Dans la continuité de la protection accordée par l'article 215 al 3 et l'article 832 du code civil, le but familial et social de la règle (assurer au conjoint un logement stable malgré le décès de son époux) justifie en effet cette qualification et son application dès lors que le logement se trouve en France. Ainsi, dans le cadre d'une succession d'un américain laissant un immeuble en France qui constituait le logement de la famille, son épouse américaine bénéficierait du droit temporaire au logement, l'article 763 du code civil étant qualifié de loi de police, bien que la loi applicable aux effets de leur mariage ou la loi successorale soit la loi américaine.

La question de la qualification de la règle se repose toutefois avec plus d'acuité sous l'empire des règlements « successions » et « régimes matrimoniaux ». L'arrêt *Doris Mahnkopf*¹⁴⁴⁰ rappelle que le champ d'application des règlements doit être interprété de manière autonome et uniforme, indépendamment des qualifications internes. A cet égard, la Cour de justice a jugé que les dispositions allemandes, prévoyant, lors du décès de l'un des époux, une répartition des

¹⁴³⁵ V. toutefois Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, n° 18-16.666, D. 2019, p. 1643, n. E. Rousseau ; AJ fam. 2019. 413, N. Levillain, dans lequel la Cour de cassation juge qu'un époux peut donner seul en nue propriété le logement de la famille en ne se réservant l'usufruit que sur sa tête, et pas celle de son conjoint. Ce faisant, il ne porte pas atteinte à l'usage et à la jouissance du logement familial de son conjoint pendant le mariage (protégés par l'article 215 al 3 c. civil). En revanche, il le prive de ses droits au logement en cas de décès. Si on le comprend pour le droit viager de l'article 764 qui n'est pas d'ordre public (cf. infra), c'est plus discutable pour le droit de jouissance gratuit d'un an, qui lui, est d'ordre public.

¹⁴³⁶ Art. 763 al 3 c. civil : « Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non des droits successoraux »

¹⁴³⁷ J.-Cl. Int., Fasc. 546-40, « Mariage. Effets », n°67 ; H. Péroz, E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis, Pratique professionnelle, 2017, p. 139, n°405

¹⁴³⁸ B. Bourdelois, « Mariage », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°145

¹⁴³⁹ En ce sens, L. Perreau-Saussine, précité, JCP G 2012, 1368 ; M. Azavant, « L'ordre public successoral », *Droit de la famille* 2013, dossier 38 ; M. Farge, « Règlement successions : les nouveaux réflexes à acquérir », *JCP N* 2015, 1143 ; L. Abadie, « La loi applicable au sein du règlement », *Droit de la famille*, 2013, dossier 37

¹⁴⁴⁰ CJUE, 1^{er} mars 2018, *Doris Mahnkopf*, aff. C-558/16, précité

acquêts forfaitaires par majoration de la part successorale du conjoint survivant¹⁴⁴¹, étaient de nature successorale, et entraient dès lors dans le champ d'application du règlement du 4 juillet 2012¹⁴⁴², alors que le droit allemand les rattachait au droit des régimes matrimoniaux.

Par conséquent, la qualification en droit interne d' « effet direct du mariage » du droit de jouissance d'un an n'est pas suffisante pour exclure l'application du règlement « successions ». Le champ d'application du règlement « régimes matrimoniaux » semble toutefois vouloir rattacher le droit temporaire au logement à son empire. En effet, l'article 27 d) précise que la loi applicable au régime matrimonial régit « les pouvoirs, les droits et les obligations de l'un des époux ou des deux époux à l'égard des biens ». Or, le droit temporaire institue un droit patrimonial au profit d'un époux à l'égard des biens¹⁴⁴³. La qualification de loi de police de ce droit devrait donc être confirmée par le règlement, dans la mesure où celui-ci réserve l'application des lois de police en son article 30 et précise en son considérant n°53 que « la notion de «lois de police» englobe les règles à caractère impératif telles que celles relatives à la protection du logement familial ».

517. ***Le droit temporaire au logement du partenaire.*** - Le partenaire survivant bénéficie-t-il de la même protection au plan international ? L'article 515-6 alinéa 3 prévoit que « lorsque le pacte civil de solidarité prend fin par le décès d'un des partenaires, le survivant peut se prévaloir des dispositions des deux premiers alinéas de l'article 763 ». Il peut donc se prévaloir du droit de jouissance d'un an, mais pas de son caractère d'ordre public puisque l'article 515-6 ne renvoie pas à l'alinéa 4 de l'article 463. Autrement dit, le défunt peut priver le partenaire de ce droit. N'étant pas d'ordre public, certains en ont conclu que le droit temporaire au logement du partenaire ne pouvait être qualifié de loi de police, contrairement à celui du conjoint¹⁴⁴⁴

Il a cependant été vu que l'impérativité de la règle n'était pas une condition de la qualification de loi de police puisque les règles relatives à l'attribution préférentielle, auxquelles le défunt peut lui aussi déroger, ont été qualifiées comme telles¹⁴⁴⁵. Cette qualification dépend en effet essentiellement de la finalité de la règle, et de son importance pour l'organisation économique,

¹⁴⁴¹ Aux termes des articles 1371 et 1931 du code civil allemand, la part légale du conjoint survivant, qui est en principe d'un quart, est majorée d'un quart supplémentaire lorsqu'il était marié sous le régime de communauté réduite aux acquêts

¹⁴⁴² « Relève du champ d'application du règlement du 4 juillet 2012 en matière de successions une disposition nationale qui prévoit, lors du décès de l'un des époux, une répartition des acquêts forfaitaire par majoration de la part successorale du conjoint survivant. »

¹⁴⁴³ En ce sens, H. Péroz, E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, précité, p. 140, n°408 ; v. aussi H. Péroz, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », JCP N 2016, 1241

¹⁴⁴⁴ H. Péroz, E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, précités, n°649

¹⁴⁴⁵ Cf. Civ 1^{ère}, 10 octobre 2012, précité, JCP N 2013, 1069 S. Godechot Patris, JCP G 2012, 1368, L. Perreau-Saussine

sociale ou familiale du lieu de situation du bien. Or, qu'elle soit destinée au conjoint ou au partenaire, la règle poursuit la même finalité, l'article 515-6 al 3 devrait donc selon nous lui aussi être qualifié de loi de police. Il semble en effet tout aussi important pour l'organisation sociale et l'intérêt général que le relogement du partenaire, comme du conjoint, ne se retrouve pas à la charge de la société au décès du prémourant.

518. ***Le droit viager au logement du conjoint survivant.*** – La question de la qualification du droit viager au logement prévu par l'article 764 du code civil pourrait enfin se poser. Celui-ci n'est pas d'ordre public, le *de cujus* pouvant en priver le conjoint par testament authentique. Cette absence d'impérativité doit-elle conduire à refuser la qualification de loi de police à cette règle ? Encore une fois, mieux vaut s'intéresser à la nature et à la finalité de la règle plutôt qu'à son caractère impératif dans l'ordre interne. Contrairement au droit temporaire, il a une nature successorale, et vient donc en diminution de la part d'héritage du conjoint¹⁴⁴⁶. Il donne au conjoint survivant un droit d'habitation et d'usage sur le logement et le mobilier le garnissant, non pas pendant un an mais pendant toute sa vie. Il semble donc aller bien au-delà de la protection sociale accordée par le droit temporaire, il concerne bien plus les intérêts privés du conjoint que l'intérêt général. Il semblerait donc logique de soumettre cette règle à la loi successorale, sans exception. Après un an, peut-être peut-on considérer par ailleurs que le conjoint aura eu le temps de retrouver un logement, et dès lors la collectivité ne sera plus concernée. Par conséquent, et dans la mesure où il est bien rappelé par le règlement que les lois de police doivent faire l'objet d'une « interprétation stricte afin de rester compatible avec l'objectif général du règlement »¹⁴⁴⁷, la qualification de loi de police ne devrait pas être retenue pour l'article 764.

En protégeant le logement de la famille, la loi protège la collectivité d'une prise en charge, par les services de l'Etat, du conjoint, et de ses enfants mineurs. L'ordre public alimentaire poursuit le même objectif.

B. La protection alimentaire

¹⁴⁴⁶ Mais dans l'hypothèse où cette valeur excède la part lui revenant dans la succession, il n'a pas à indemniser cette dernière (art. 765).

¹⁴⁴⁷ Considérant n°53

519. Il en va de l'intérêt général d'assurer les subsides nécessaires à ceux qui en ont besoin. L'organisation sociale et familiale est concernée puisque sans l'ordre public alimentaire, certains membres de la famille se retrouveraient à la charge de la collectivité.

520. *Aliments, intérêt général et lois de police.* - L'ordre public alimentaire en droit de la famille consiste à ne pas laisser dans le besoin un membre de la famille : un enfant, un conjoint, un parent, et à lui assurer un minimum vital. Cette volonté se retrouve dans l'ordre international : l'ordre public international français semble fixer un « standard » que doivent respecter les lois étrangères pour être conformes à l'ordre public. Autrement dit, c'est le montant même de l'obligation alimentaire qui semble intéresser l'ordre public.

Cela apparaît particulièrement dans un arrêt *Darmouni* en date du 19 octobre 1971¹⁴⁴⁸, relatif à l'obligation d'entretien des enfants par leurs parents. La Cour de cassation a jugé en l'espèce que « l'obligation alimentaire (était) soumise à la loi du lien de famille (...) sous réserve de l'ordre public français, **lequel peut intervenir pour assurer le minimum d'assistance de la loi française** ». L'arrêt semble ainsi signifier que le montant de l'obligation alimentaire doit être apprécié selon les standards français. Pour être conforme à l'ordre public, la loi étrangère devrait non seulement connaître le principe même de l'obligation alimentaire, mais aussi assurer un montant minimal au créancier, qui ne devrait pas être plus faible que ce qu'assure le droit français¹⁴⁴⁹. Par conséquent, l'ordre public se trouverait dans un certain montant. Ce montant est fixé par l'article 208 du code civil qui prévoit que la créance alimentaire doit être calculée en fonction des besoins du créancier et la fortune du débiteur¹⁴⁵⁰.

521. Dès lors, est-il nécessaire d'en passer par l'exception d'ordre public international, en examinant préalablement le montant qu'accorde la loi étrangère ? Ne pourrait-on pas imposer directement les modalités de fixation de l'obligation alimentaire prévues par le droit français, à savoir la juste mesure entre les besoins du créancier et la fortune du débiteur ? Autrement dit, l'article 208 ne devrait-il pas être appliqué telle une loi de police, peu importe ce que prévoit le droit étranger ? C'est ce que semblait déjà dire la Cour de cassation dans un arrêt ancien du 28 juillet 1936¹⁴⁵¹ : il y est en effet énoncé que « si en principe les étrangers restent régis par

¹⁴⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 19 oct. 1971, *Rev. Crit. DIP.*, 1973, 70, Simon-Depitre; *D.* 1972, 633, note Ph. Malaurie

¹⁴⁴⁹ v. M. Simon-Depitre, « Les aliments en droit international privé », *TCFDIP*, 1977, p. 51

¹⁴⁵⁰ « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit »

¹⁴⁵¹ Cass. 28 juillet 1936, *Clunet*, 1937.288, DH. 1936.474

leurs lois nationales, celles-ci ne sauraient faire échec aux lois d'ordre public qui s'imposent même aux étrangers, que tel est le cas de l'obligation alimentaire ».

522. C'est aussi ce que semble dire l'article 14 du Protocole de la Haye du 23 novembre 2007¹⁴⁵² : « même si la loi applicable en dispose autrement, il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation alimentaire ». Ce texte impose un résultat déterminé au juge du for, quelle que soit la loi applicable à l'obligation alimentaire. On pourrait voir dans cette disposition une règle matérielle de droit international privé. Comme les lois de police, ces règles sont applicables immédiatement à toutes les situations internationales entrant dans son champ d'application¹⁴⁵³. On distingue cependant deux différences majeures entre les deux types de règle¹⁴⁵⁴ : la loi de police est d'abord une règle matérielle interne dont l'impérativité a été étendue aux relations internationales, alors que la règle matérielle internationale est spécifiquement édictée pour les seules relations internationales. Ensuite, la règle matérielle internationale ne poursuit pas un objectif d'intérêt général ou impérieux pour l'organisation politique, sociale ou économique du for, alors que cette finalité est une condition de la qualification de « loi de police ». Or, il nous semble qu'au regard de cette définition, la règle, selon laquelle la créance alimentaire doit être calculée en fonction des besoins du créancier des ressources du débiteur, correspond aux caractéristiques de la loi de police. La disposition intéresse tout d'abord incontestablement l'organisation sociale : elle permet d'accorder le « juste » soutien financier au créancier afin qu'il puisse se maintenir sans faire appel aux aides sociales de l'Etat. Elle n'a ensuite pas vocation à s'appliquer dans les seules relations internationales puisque la disposition existe en droit interne. Le Protocole de la Haye n'aurait-il donc pas édicté ici une loi de police « internationale » et même européenne puisque le protocole a été intégré par le règlement « aliments » ?

523. Certes le Protocole de la Haye ne prévoit pas de clause générale de recours aux lois de police, ce qui signifie que l'Etat partie ne pourra pas faire jouer les siennes. En revanche, le texte édicte ses propres règles impératives, équivalentes aux lois de police, au moins en ce qui concerne les modalités de fixation de l'obligation alimentaire, et participe ainsi à la

¹⁴⁵² « Même si la loi applicable en dispose autrement, il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments. »

¹⁴⁵³ É. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *RCADI* 2007, vol. 322, p. 13, spéc. p. 72 s.

¹⁴⁵⁴ V. J. Guillaumé, « Fasc. 534-10 », précité, n°20 et s.

construction d'un ordre public international véritablement « international »¹⁴⁵⁵. Cela est cohérent avec l'esprit du Protocole qui prévoit des rattachements en cascade afin que la loi applicable permette *in fine* d'octroyer des aliments au créancier. Cette technique est en effet « la marque de la recherche d'un but substantiel, ici la faveur au demandeur d'aliments, par dérogation au principe de neutralité des règles de conflit de lois »¹⁴⁵⁶.

524. Il nous apparaît en conséquence que le mécanisme le mieux adapté à la protection de l'ordre public alimentaire, à savoir l'assurance du strict nécessaire au créancier dans le besoin, n'est pas celui de l'exception d'ordre public mais celui des lois de police. L'ordre public a en effet ici un objectif bien spécifique : la juste mesure entre les besoins vitaux du créancier et les ressources du débiteur. La disposition ne concerne pas par ailleurs le seul intérêt particulier du créancier mais surtout, la société toute entière.

525. Si l'on suit ce raisonnement, la protection de l'héritier réservataire dans le besoin ne devrait-elle donc pas être confiée aussi aux lois de police ? L'objectif de l'ordre public international est ici d'éviter qu'un héritier, résidant en France notamment, se retrouve à la charge de la collectivité française, alors que l'actif successoral permettrait de pourvoir à ses besoins. Cependant, en pratique, si cela est possible pour le conjoint, cela ne l'est pas pour l'enfant. Aucune disposition successorale française ne prévoit en effet une créance alimentaire au bénéfice des enfants du défunt. Il n'existe que la réserve, qui n'est aucunement calculée en stricte adéquation avec les besoins du créancier. Elle participe toutefois au maintien du niveau de vie des enfants, et en raison de sa destination familiale et sociale, on pourrait s'interroger sur une éventuelle qualification de « loi de police ». Celle-ci ne semble toutefois pas permise par le règlement dans la mesure où le considérant 54 précise que l'article 30 sur les lois de police doit faire l'objet d'une interprétation stricte, et surtout que « les dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession » ne pourront être qualifiées de lois de police. Cette qualification doit donc être exclue. Il serait par ailleurs difficile d'affirmer, étant donné les nouvelles orientations de la réserve¹⁴⁵⁷, qu'elle relève de l'intérêt général, dans la mesure où elle sert surtout les intérêts privés des héritiers¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁵ Cf. *supra* n°278

¹⁴⁵⁶ B. Audit, D. 1996, p. 170

¹⁴⁵⁷ Cf. *supra* n°203

¹⁴⁵⁸ *Ibid*

526. Une décision de la Cour de cassation en date du 25 mai 2016¹⁴⁵⁹ mérite cependant d'être relevée. Il était question en l'espèce d'une succession testamentaire dans laquelle le défunt, ayant transféré sa résidence habituelle en Suisse, avait institué légataire universelle son épouse, excluant ainsi ses deux enfants. Se posait la question de savoir quel était le tribunal compétent pour connaître du litige. Pour y répondre, la Cour de cassation rappela que « seules les règles de conflit de juridictions doivent être mises en œuvre pour déterminer la juridiction compétente, des dispositions impératives, constitutives de lois de police, seraient-elles applicables au fond du litige ». Or, on a pu se demander qu'elles auraient pu être ces dispositions impératives constitutives de lois de police évoquées par la Cour¹⁴⁶⁰. Dans la mesure où était en cause en l'espèce une exhérédation, aurait-il pu s'agir des dispositions protectrices de la réserve ? S'agit-il d'une maladresse de formulation, d'une précision surabondante, ou la Cour de cassation sous-entendait-elle que l'ordre public réservataire pouvait constituer une loi de police ? Cette dernière interprétation ne convainc pas¹⁴⁶¹. Les arrêts du 27 septembre 2017 n'invitent pas à voir dans les dispositions protectrices de la réserve une loi « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation, politique, sociale ou économique ». Une telle qualification entraînerait en outre un « lex forisme » trop important et ne serait pas conforme à l'esprit du règlement. Elle impliquerait enfin qu'on applique systématiquement le montant de la réserve prévue par la loi française, alors même que la loi étrangère protégerait les héritiers, mais dans une moindre mesure, ce qui est expressément exclu par le règlement¹⁴⁶².

527. Au-delà du « nécessaire », du « minimum vital », il semble en effet que l'intérêt public, et par conséquent les lois de police, ne soient plus concernés. Lorsque sont en jeu des intérêts essentiellement privés, l'exception d'ordre public devrait prendre le relais.

¹⁴⁵⁹ Civ 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-13.103, *Inédit*

¹⁴⁶⁰ V. notamment G. Khairallah, « Un an d'application du règlement européen succession », *Bulletin du Cridon*, 15 février 2017, n°4

¹⁴⁶¹ S. Corneloup relève, à la lecture du pourvoi, que les héritiers soupçonnaient un transfert frauduleux de la résidence habituelle en Suisse afin d'échapper à l'application des règles françaises sur la réserve (S. Corneloup, « Les liens entre forum et ius : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel, Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières*, 1^{ère} éd., Iprolex, 2018, p. 461 et s., spéc. p. 462). L'arrêt s'inscrit ainsi selon l'auteur dans une logique de refus de faire dépendre la compétence des tribunaux français de l'applicabilité de la loi française (en raison d'une fraude à la loi par exemple) : la loi applicable ne doit pas justifier une dérogation au jeu normal des règles de compétence, dès lors que la souveraineté de l'Etat n'est pas impliquée (Ibid, p. 467).

¹⁴⁶² cf. *supra*, n°525

528. **Propos conclusifs.** - Aux lois de police la défense des intérêts publics, à l'exception d'ordre public la protection des intérêts privés. Voilà comment pourrait être tracée, peut-être un peu grossièrement, une ligne de partage entre les deux mécanismes. L'attribution préférentielle, la protection du logement de la famille et l'ordre public alimentaire ont en effet ceci de commun qu'ils intéressent l'organisation économique, politique et sociale. L'exception d'ordre public se tourne quant à lui essentiellement vers la protection des intérêts privés. Il cherche avant tout à défendre l'individu et s'exprime alors sous la forme d'un ordre public négatif.

Section 2. L'ordre public négatif

529. S'appuyant sur les travaux de Lerebours-Pigeonnière et de Batiffol, la doctrine s'est attachée à classer les différents principes protégés par l'exception d'ordre public international. Le mécanisme protège tout d'abord les droits fondamentaux, « expression de la morale et de la justice objective »¹⁴⁶³, autrement dit les principes doués de « valeur internationale absolue » évoqués par l'arrêt *Lautour*¹⁴⁶⁴, que l'on retrouve notamment dans la Convention européenne des droits de l'homme. Sont aussi cités « les fondements politiques ou sociaux de la civilisation française » qui s'opposeraient aux « lois étrangères qui heurtent une conviction commune, par exemple « la polygamie, une puissance paternelle despotique »¹⁴⁶⁵ ; et enfin certaines « politiques législatives impératives françaises » revêtant une importance particulière à nos yeux¹⁴⁶⁶. Ainsi, l'ordre public international rejettera les lois étrangères qui paraissent

¹⁴⁶³ P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de Droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954, spéc. n°270, p. 293

¹⁴⁶⁴ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, préc.

¹⁴⁶⁵ « Lerebours-Pigeonnière avait pu affirmer que l'exception d'ordre public remplit en réalité deux fonctions. D'une part, elle est un moyen de défense contre les lois étrangères qui heurtent une conviction commune, par exemple les lois organisant l'esclavage, la polygamie, une puissance paternelle despotique (...) » H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd. LGDJ, 1981, n°359 et 360

¹⁴⁶⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, LGDJ, 7^e éd. 1981, n°359 (Comp. 8^{ème} éd., n°363) : « Les tribunaux ont rejeté les lois étrangères qui à coup sur ne mettaient en cause aucun principe fondamental, mais qui paraissaient inconciliables avec une certaine politique législative... » ; Pour une critique toutefois de la protection de « certaines politiques législatives impérative », v. P. Kinsch, « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, 2008, p. 447 et s.

inconciliables avec ces politiques, afin de ne pas heurter la cohésion juridique du for¹⁴⁶⁷. Il interviendra notamment pour renforcer une politique nouvelle ou contestée¹⁴⁶⁸.

530. A partir de cette distinction, une hiérarchisation des principes défendus par l'ordre public international s'est opérée en doctrine : de l'importance du principe en cause devait dépendre la force de l'exception d'ordre public, autrement dit le choix du mécanisme entre ordre public plein ou ordre public de proximité¹⁴⁶⁹. Une logique de « proportionnalité inversée »¹⁴⁷⁰ a en effet été préconisée : à mesure que la valeur en cause est importante, les conditions de proximité s'effacent. Selon cette théorie, « l'importance des liens requis est inversement proportionnelle à la gravité de l'atteinte que porterait aux principes du for l'application de la loi étrangère »¹⁴⁷¹. Autrement dit, les conditions de déclenchement de l'ordre public varient en fonction de l'intensité du trouble. Cette méthode revient par conséquent à hiérarchiser les droits fondamentaux : plus le principe est fondamental, moins de liens (et peut-être même aucun) sont exigés pour déclencher l'ordre public.

¹⁴⁶⁷ V. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus – Droit Privé, 7^{ème} éd., 2013, spéc. n°372 : « le refus d'appliquer une loi étrangère peut s'expliquer comme une manifestation de défense de la politique législative du for en raison de l'effet subversif que présenterait l'application d'une loi différente » ; On rappellera en ce sens que la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, utilisé l'ordre public international pour renforcer une politique vacillante, soit parce qu'elle est ancienne, soit parce qu'elle est nouvelle. Avant 1975, les lois étrangères autorisant le divorce par consentement mutuel étaient jugées contraires à l'ordre public international, alors même qu'une telle idée était acceptée et même réclamée par l'opinion publique. Le refus d'appliquer de telles lois permettait de défendre la politique interne et de retarder les évolutions futures. Au contraire, en 2015, soit deux ans après l'entrée en vigueur de la loi « mariage pour tous », l'affirmation par la Cour de cassation suivant laquelle la loi étrangère qui ignore le mariage entre personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international (Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, JCP G 2015, 318, note L. Gannagé) a permis d'asseoir et renforcer la politique législative française encore récente et contestée par une partie de la population française. L'exception d'ordre public joue ainsi, sans doute, un rôle politique. Ce rôle n'a toutefois pas été joué dans les arrêts du 27 septembre 2017 sur la réserve héréditaire. L'ordre public international aurait pu permettre de renforcer la réserve fragilisée en droit interne, sur le fondement de la « sauvegarde de certaines politiques législatives internes ». Ce n'est toutefois pas la voie qui a été prise par la Cour de cassation. (cf. *supra*, spéc. n°229)

¹⁴⁶⁸ L'ordre public international peut intervenir « sur des points où la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou incertaine, alors que la politique législative du moment tient à imposer une ligne de conduite déterminée » H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, op. cit., n°359 et 360 ; En cela, l'ordre public international est le reflet de l'opinion publique à un moment donné et de celle-ci, va dépendre le déclenchement du mécanisme : « Telle loi sera considérée comme ne pouvant tolérer la dérogation au nom d'une loi étrangère sous peine que soit compromis le résultat auquel tend la politique dont elle s'inspire, telle autre au contraire admettra que certaines relations privées lui soient soustraites sans que son objectif s'en trouve atteint. Ceci explique que l'état de l'opinion intervienne dans ces appréciations. Si la loi interdit de divorcer absolument ou pour telle cause, si elle dénie valeur civile au mariage religieux, les juges peuvent estimer que tout échec à ces règles, même pour des étrangers, contribuerait dangereusement à entretenir l'opinion que la politique contraire a ses avantages ; ils écarteront donc la loi étrangère parce que l'état de l'opinion rendrait son application fâcheuse pour l'ordre public » (*Ibid*)

¹⁴⁶⁹ V. not. en ce sens, P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 1

¹⁴⁷⁰ V. en ce sens, K. Bihannic, *Repenser l'ordre public de proximité*, Thèse Paris 1, 2017.

¹⁴⁷¹ N. Joubert, thèse précitée, p. 391, n°202

531. Proposée par certains¹⁴⁷², critiquée par d'autres¹⁴⁷³, cette méthode ne nous convainc pas totalement. S'il apparaît nécessaire d'introduire un certain relativisme dans le déclenchement de l'ordre public, la méthode de la hiérarchisation des principes défendus par l'ordre public semble très délicate. Dans un contexte de prolifération des droits fondamentaux, cette hiérarchie semble tout d'abord bien difficile, sinon impossible à réaliser. Elle dépend par ailleurs de l'organe qui y procède. Selon que l'on se trouve Quai de l'horloge, à Strasbourg ou au Luxembourg, la pyramide des droits sera différente. Le concept de droit de l'homme varie en effet fortement en fonction, non seulement des cultures, mais aussi des juridictions, et le contenu de l'ordre public n'en serait que davantage brouillé. « Les incertitudes entourant cette définition emportent avec elles le risque de les voir se multiplier à outrance, jusqu'à intégrer des droits fondamentaux qui n'en sont manifestement pas, quitte à entraîner la fermeture systématique de l'ordre juridique français à des normes issues de sphères culturelles étrangères »¹⁴⁷⁴. Dès lors, l'ordre public interviendrait de manière systématique pour défendre une conception personnelle et européenne des droits fondamentaux, centrée notamment sur les droits subjectifs¹⁴⁷⁵. La hiérarchisation des droits fondamentaux ne mettrait par ailleurs pas fin aux discriminations auxquelles peut aboutir la théorie de *l'Inlandsbeziehung*, mises en évidence par la doctrine¹⁴⁷⁶.

532. La Cour de cassation ne semble pas pour l'heure avoir souscrit à cette théorie¹⁴⁷⁷. On ne retrouve en effet pas de véritable logique derrière la mise en œuvre de l'ordre public de proximité ou de l'ordre public plein¹⁴⁷⁸. Des liens de proximité paraissent être exigés lorsqu'est

¹⁴⁷² H. Gaudemet-Tallon, « Nationalité, statut personne et droits de l'homme », in *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier 2004, p. 217 ; D. Sindres, « Vers la disparition d'un ordre public de proximité ? », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, doct. 10

¹⁴⁷³ V. notamment M.-C. Najm, Thèse précitée, p.486, n°508 ; D. Boden, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP* 2018. 882

¹⁴⁷⁴ K. Bihannic, « Repenser l'ordre public de proximité », sous la dir. de S.Clavel de Lonlay, Thèse de doctorat, Droit, Paris 1, 2017, p. 66, n°115

¹⁴⁷⁵ En ce sens, M. Farge « L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », *RDLF* 2017, chron. 29

¹⁴⁷⁶ cf. *infra* n°613, v. aussi D. Boden, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP* 2018. 882

¹⁴⁷⁷ La jurisprudence allemande, à l'origine de *l'Inlandsbeziehung*, ne fait quant à elle jamais dépendre la condition de proximité à la valeur du principe en cause, les liens de proximité sont toujours exigés (v. en ce sens N. Joubert, précitée, p. 192, n°203 : « Les juridictions font rarement ce genre de comparaison entre l'atteinte qu'elles ont à juger et les autres types d'atteintes envisageables. Aucune échelle n'est fixée, aucune mise en œuvre systématique de ce principe de proportionnalité inversée de l'atteinte et des liens n'est décelable dans la jurisprudence »)

¹⁴⁷⁸ «La jurisprudence française n'a jamais posé à titre de principe que l'éviction de la loi étrangère par l'exception d'ordre public était nécessairement subordonnée au constat par les juges de l'existence d'un lien entre la situation qui lui était soumise et le for lui-même» (D. Bureau, H. Muir-Watt, précités, n° 463) ; En raison peut être de l'absence d'explication de la part de la Cour de cassation sur les raisons qui l'ont motivées à déclencher ou non l'ordre public (en ce sens : B. Rémy, Thèse précitée, p. 238, n°424 et p.256, n°461 et s.)

en cause le principe d'égalité entre époux¹⁴⁷⁹ alors qu'ils semblent disparaître lorsqu'est invoqué le droit d'établir sa filiation¹⁴⁸⁰, principe pourtant pas plus « fondamental » que le premier¹⁴⁸¹.

533. Pour des raisons de prévisibilité juridique néanmoins, d'autant plus importantes dans le domaine du droit patrimonial de la famille, un effort de systématisation devrait être fait. Si l'idée d'une hiérarchisation des différents principes ne nous séduit pas, une autre classification peut selon nous être proposée. Elle devrait se faire, non pas en fonction de la valeur ou de l'importance du principe en cause, mais de son objectif.

534. Renouvelant la réflexion sur l'ordre public international, un auteur¹⁴⁸² a distingué deux raisons pour lesquelles un État souhaiterait évincer une norme étrangère. La première est celle d'un **refus de complicité** avec l'État étranger ayant édicté la norme. Le juge va ici opposer l'exception d'ordre public parce qu'il refuse de se rendre complice de l'application d'une norme étrangère qu'il réproouve. À l'heure d'appliquer une règle totalement contraire aux principes et valeurs du for, on ne pourra s'étonner d'une réaction naturelle de rejet de la part du juge ; il se montrera « naturellement chatouilleux », « lui serviteur né de la civilisation française, investi quand il juge, du rôle de gardien de l'ordre public français regimbe inévitablement et avec force toutes les fois que cet ordre public serait intimement menacé par la loi étrangère qu'on lui demande de directement appliquer »¹⁴⁸³. Ces principes sont ceux qui constituent le noyau dur de l'exception d'ordre public international, et l'ordre juridique du for oppose « un refus de complicité » aux lois étrangères qui y seraient contraires. Ce qui choque avant tout c'est la règle étrangère édictée, et ce qu'il faut protéger c'est le principe « en soi ». L'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère est donc ici privilégiée¹⁴⁸⁴. On pense notamment aux droits fondamentaux de l'individu. La préservation de ces valeurs est primordiale pour notre société et est garantie par la Constitution et les conventions internationales signées par la France, au premier rang desquelles la Convention européenne des droits de l'homme. Notre ordre juridique reposant sur la préservation de ces droits, il aura une

¹⁴⁷⁹ V. toutefois nos développements *infra*, n°650 ss.

¹⁴⁸⁰ Civ 1^{ère} 27 septembre 2017, n°16-19.654, D. 2017, p. 2518, J. Guillaumé

¹⁴⁸¹ Sur ce point, *cf. infra*, n°541

¹⁴⁸² P. Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », RCADI 2015, t. 371, p. 193 et s.

¹⁴⁸³ R. Savatier, note sous arrêt Civ. 1^{er} mai 1945, JCP 1945. 2895

¹⁴⁸⁴ *cf.* nos développements *supra* sur l'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère, n°64 ss.

réaction naturelle de répulsion de la loi étrangère qui les réfute. Il la rejettera « par principe »¹⁴⁸⁵.

535. La deuxième raison pour laquelle l'ordre public international est amené à intervenir selon ce même auteur tient au *refus d'importation* de la loi étrangère. Ici, la loi étrangère n'est pas tant choquante, mais elle s'accorde mal avec notre politique législative interne. La solution donnée par la loi étrangère est tellement différente de celle du for, qu'elle remet en cause sa politique législative. L'application de la loi étrangère va donner lieu à un « côtoiement » dans l'État du for de « situations substantiellement similaires mais recevant des solutions substantiellement différentes ». Par conséquent, « si ces différences conduisent à saper, par la relativisation qu'elles inoculent, les fondements de l'organisation de la vie en commun, l'État du for s'oppose à une telle importation »¹⁴⁸⁶. Le problème ici n'est pas de se rendre complice d'une règle jugée « néfaste », mais tient à l'application d'une règle très différente de la politique du for, dans une situation présentant pourtant des liens forts avec ce dernier. Elle donnerait lieu à une contradiction de sa politique législative, et un traitement trop différencié des ressortissants ou résidents de cet État.

536. *Une différence de nature et d'objectif qui appelle une différence de régime.* – Dans le premier cas, il s'agit de s'opposer à un effet intolérable de la loi étrangère, heurtant le noyau dur de l'ordre public. Dans l'autre, il s'agit de ne pas importer une norme étrangère dans l'ordre juridique du for, qui viendrait troubler la cohésion de celui-ci. Ce n'est donc pas tant une différence de degré que l'on perçoit entre les différents principes défendus, mais plutôt une différence de nature et d'objectif.

Certains principes sont fondateurs, absolument essentiels et ne peuvent souffrir aucune relativisation dans les situations internationales, il s'agit de la « part intangible de l'ordre public »¹⁴⁸⁷. Il faut donc leur donner une portée universelle¹⁴⁸⁸, l'ordre public plein apparaît alors être l'instrument idéal de protection.

D'autres principes ne sont pas fondamentaux mais résultent de politiques importantes pour la cohésion de la société. Elles n'ont donc une importance que du point de vue national. Mettant

¹⁴⁸⁵ D'où l'importance d'une appréciation *in abstracto* permettant de souligner le principe atteint, ce que ne permet pas toujours l'appréciation purement concrète (cf. *supra* n°40 ss.)

¹⁴⁸⁶ P. Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », précité, p. 231

¹⁴⁸⁷ S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, précité, n°370

¹⁴⁸⁸ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « Nationalité, statut personne et droits de l'homme », précitée, p. 217

en œuvre une vision politique et culturelle de la société, elles ne peuvent s'imposer à tous et partout. La sauvegarde d'une « politique jugée essentielle » ne se justifie que dans un périmètre délimité. L'emploi de l'ordre public de proximité, qui n'intervient qu'en fonction des liens avec le for, apparaît donc dans ce contexte tout à fait justifié.

L'ordre public étant hétérogène, son régime ne peut être unitaire. Il paraît donc logique de distinguer les cas selon lesquels l'ordre public va exprimer un refus de complicité avec la norme étrangère par le biais de l'ordre public plein (§1) et les cas où il va s'opposer à son importation dans l'ordre juridique du for par le biais de l'ordre public de proximité (§2).

§1 L'ordre public plein pour opposer un « refus de complicité » à l'égard de la loi étrangère

537. Un « refus de complicité » doit être opposé aux lois étrangères qui ignorent les principes fondamentaux. Leur violation peut autant être sanctionnée par l'intermédiaire de l'ordre public plein (A), que par l'application directe de ces principes, qui sont défendus par la Convention européenne des droits de l'homme (B).

A. La protection des principes fondamentaux par l'ordre public plein

538. ***Les principes protégés par l'ordre public plein.*** - Le refus de complicité se traduit par l'intervention d'un ordre public plein qui offre une protection inconditionnelle aux principes en cause, puisqu'il n'exige aucun lien de proximité avec le for. Peu d'exemples en jurisprudence permettent d'associer certains principes à l'ordre public plein. En matière de statut personnel, il est toutefois admis que l'ordre public plein empêche la célébration de mariages polygamiques dans l'ordre juridique du for. Il écarte aussi les empêchements à mariage sur le fondement de la religion d'un des époux¹⁴⁸⁹. La doctrine s'accorde également pour dire que « les discriminations fondées sur l'esclavage, sur la religion, sur la race ne sauraient recevoir un effet quelconque dans les pays européens quelle que soit (...) l'intensité du rattachement avec le for »¹⁴⁹⁰. Les principes d'égalité des sexes et des filiations n'auraient toutefois pas la même portée : d'après G. Droz notamment, il faudrait faire une distinction entre l'atteinte aux principes fondamentaux tels que « l'atteinte à la liberté de conscience, les

¹⁴⁸⁹ V. pour exemple l'interdiction faite à une musulmane d'épouser un non-musulman (Paris, 9 juin 1995, D. 1996, somm. com., p. 171, obs. B. Audit)

¹⁴⁹⁰ G. Droz, « Le droit occidental face au droit islamique », précité, p. 147

discriminations fondées sur la race » et « les règles qui nous choquent certes mais qui ne sont que des aménagements particuliers dans un cadre sociojuridique donné »¹⁴⁹¹. Ainsi, l'attribution aux filles d'une part successorale inférieure de moitié à celle d'un garçon serait certes une règle choquante au sein de notre ordre juridique mais ne devrait être sanctionnée que si la situation entretient « des liens suffisamment étroits avec le for pour qu'elle puisse troubler l'opinion »¹⁴⁹².

Tous les auteurs ne s'accordent toutefois pas sur ce point¹⁴⁹³.

Il nous semble quant à nous qu'il n'y a aucune raison de distinguer en fonction des discriminations. Une discrimination selon l'origine, la race, la couleur est tout aussi grave qu'une discrimination selon le sexe de la personne. Le principe d'égalité successorale entre les enfants, peu importe leur mode de filiation, devrait être traité sur le même plan également¹⁴⁹⁴. Il n'y a pas de raison de hiérarchiser de tels principes. Tous les hommes, qu'ils soient de nationalité française ou non, résidant en France ou non, ont droit au respect de leurs droits fondamentaux¹⁴⁹⁵, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle on les appelle « principes universels ». Le respect du principe de non-discrimination n'est pas que le résultat d'une politique législative impérative, il est un droit de l'homme, dont on peut espérer que chacun puisse en bénéficier, peu importe sa nationalité ou son domicile.

Dès lors, ces principes ne supportent pas un ordre public de proximité, ou plutôt un ordre public d'éloignement, puisque le for doit opposer un refus de complicité aux lois étrangères qui les

1491 G. Droz, "Application du statut civil de droit local de Mayotte en matière de succession", *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 602, note sous arrêt Civ 1ère, 25 février 1997, *Consorts Abdallah c. M. Y. Abdallah et autres*
1492 *Ibid.*

1493 V. notamment, L. Gannagé ("L'ordre public militant: le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane", JCP G 2015, 318) : le mécanisme de l'exception d'ordre public international devrait conduire, dans les relations avec les systèmes musulmans, à protéger, de manière inconditionnelle, « la liberté de religion, l'égalité de l'homme et de la femme et celle des filiations ». La reconnaissance du caractère primordial de ces principes devrait ainsi conduire « à l'éviction pure et simple des lois successorales inégalitaires ». Madame Revillard semble du même avis car sans faire référence à la proximité de la situation avec le for, « ne pas tenir compte de discriminations fondées sur le sexe des héritiers figurant dans le droit successoral musulman » (M. Revillard, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, précitée, p. 442)

1494 V. en ce sens, L. Gannagé, précitée, *RCADI* 2013, p. 292 : « Le respect des droits de l'homme devrait s'imposer sans restriction à l'encontre d'une norme étrangère discriminatoire. Dès lors que l'application de la loi étrangère viole les droits fondamentaux, de manière effective et caractérisée, son éviction doit être inconditionnelle. Ainsi, le principe de l'égalité des filiations ferait obstacle à l'application de la loi étrangère interdisant la recherche de la paternité naturelle, la liberté de conscience et la liberté matrimoniale s'opposeraient aux empêchements religieux à mariage, le principe de l'égalité de l'homme et de la femme évincerait la loi successorale qui n'accorderait à la fille que la moitié de la part de son frère dans la succession, celui de l'égalité des époux empêcherait le recours à des modes inégalitaires de dissolution du lien conjugal ».

1495 En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « Nationalité, statut personne et droits de l'homme », précitée, p. 207 : « on constate que (...) par l'utilisation jurisprudentielle du mécanisme de l'ordre public de proximité, il arrive qu'une solution précise soit retenue en raison de la nationalité d'une personne, solution à laquelle la loi normalement désignée par la règle de conflit ne permettait pas d'arriver. Dans ces hypothèses, il apparaît soit au législateur soit au juge qu'il serait inconcevable qu'un national ne bénéficie pas de tel ou tel droit. S'agit il alors de droits de l'homme et si c'est le cas est-il admissible d'en réserver le bénéfice au national alors que ces droits sont dits avoir un caractère universel ? Ne faudrait-il pas que les droits de l'homme soient respectés sans tenir compte de la nationalité des individus en cause ? »

ignorent. En acceptant d'appliquer une norme étrangère qui y serait contraire parce que la situation est éloignée du for, le juge se rendrait complice du législateur étranger. Ainsi qu'a pu le dire un auteur, « la tolérance (qui découle de l'ordre public de proximité) à l'égard de la norme étrangère contraire aux valeurs du for traduit en réalité une forme de « complicité » de l'ordre juridique français, qui, au mieux, accepte de prolonger chez lui les effets d'une situation discriminatoire constituée à l'étranger et, au pire, participe directement à sa création (...) C'est cette complicité du for qui paraît difficilement compatible avec l'idée d'indifférence qui sous-tend l'ordre public de proximité »¹⁴⁹⁶.

539. La proximité est toujours appréciée par rapport à la nationalité ou au lieu de résidence (ou au domicile) des parties. Ces critères seraient révélateurs de l'identité culturelle des intéressés et permettraient d'appliquer *in fine* le droit qui correspond à leur culture. Or, s'il n'est pas certain que la résidence et la nationalité soient toujours représentatifs du système de valeurs de l'individu¹⁴⁹⁷, il ne nous apparaît en outre pas justifié de l'enfermer dans une identité culturelle présumée¹⁴⁹⁸. Les conditions de proximité reviendraient en effet à opposer à l'individu les valeurs culturelles de sa communauté pour lui dénier le droit au respect de ses droits fondamentaux¹⁴⁹⁹, et il nous est difficile d'y souscrire.

540. Le but de l'ordre public n'est par ailleurs pas tant d'appliquer le système le plus proche des valeurs de l'individu (ce qui est plutôt du rôle de la règle de conflit), mais de préserver les valeurs du for, de savoir si notre ordre juridique doit intégrer ou rejeter la loi étrangère. C'est ce qu'observe Monsieur Benjamin Rémy dans sa thèse : le déclenchement de l'exception

¹⁴⁹⁶ L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », précitée, n°36

¹⁴⁹⁷ Sur cette question, v. K. Bihannic, *Repenser l'ordre public de proximité*, Thèse précitée, 2017, n°454 : « pris isolément, chacun des critères est doté d'évidentes vertus à révéler un environnement axiologique possible, en même temps qu'il est inapte à refléter le système de valeurs probable des parties ». V. aussi J. Deprez (*Droit international privé et conflit de civilisations, Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, Cours précité, 1988, p.202, n°95) en faveur du critère de la résidence : « le fait sociologique de l'appartenance à une culture originelle, le plus souvent celle du pays dont la personne porte la nationalité, est concurrencé, éclipsé par une autre réalité sociologique plus actuelle, plus palpable, celle de la présence et souvent de l'intégration de l'étranger dans le milieu du pays d'accueil »; v. *contra* D. Gutmann (*Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 377, n°450) en faveur du critère de la nationalité : seule la nationalité « permet [...] de traduire en actes l'attachement à un type de société ou de civilisation ».

¹⁴⁹⁸ V. en ce sens, S. Abou, *Cultures et droits de l'homme*, Perrin, Presses de l'Université Saint-Joseph, 2002, p. 298

¹⁴⁹⁹ En ce sens, L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, *op. cit.*, t. 357, p. 325 : « l'identité culturelle, lorsqu'elle n'est pas librement définie par chaque sujet de droit, peut conduire (...) à enfermer celui-ci dans des traditions contraignantes directement attentatoires à ses droits fondamentaux. Se trouve ainsi posée la question des modalités d'exercice du droit à l'identité culturelle et notamment celle, essentielle, de la détermination de ses bénéficiaires. A défaut de clarification de son statut, il risque en effet de se transformer en un droit à l'enfermement de l'individu dans sa culture d'origine, mais aussi en un formidable instrument de relativisme culturel en particulier s'il est revendiqué par la communauté culturelle elle-même et non par les membres qui la composent ».

d'ordre public dépend en réalité, non pas du référent culturel des parties, mais de celui du juge¹⁵⁰⁰. Avec l'ordre public de proximité, l'absence de liens avec la situation, c'est-à-dire, l'absence de nationalité française ou de résidence en France des intéressés, justifierait l'indifférence du juge par rapport à celle-ci¹⁵⁰¹. Or, le juge peut-il réellement se montrer indifférent quand il doit donner effet à une norme qui bafoue les principes les plus essentiels, et notamment le principe d'égalité? La nationalité ou la résidence des parties peuvent-elle réellement avoir un impact sur son jugement? « L'absolutisme du principe semble en contradiction avec le relativisme de sa défense »¹⁵⁰².

541. Si on admet que « l'égalité entre les enfants légitimes et naturels ou l'égalité entre les hommes et les femmes constituent pour l'ordre juridique français des principes de justice universelle, comment justifier que l'on en réserve la protection, tout en la refusant à d'autres, au motif qu'ils n'entretiennent pas de lien suffisant avec le for »¹⁵⁰³? Les « droits fondamentaux et l'idée de communauté humaine universelle » vont « à contresens » d'un « système de privilèges »¹⁵⁰⁴ fondé sur la nationalité ou le domicile. Il serait contradictoire de reconnaître un critère universel, d'en proclamer la validité et juger *ce critère non seulement « ici » mais aussi « ailleurs »*, et en même temps de réduire *la portée de ce jugement*, le retenir, *quand il s'agirait de l'appliquer effectivement « ailleurs » - y compris quand cet « ailleurs » est celui des « gens d'ailleurs » qui sont « ici »* »¹⁵⁰⁵.

542. **Difficultés d'identification.** – Une fois la mise en œuvre d'un ordre public plein face aux droits fondamentaux admis, reste toutefois à appréhender la difficulté d'identification de ces droits fondamentaux. Il faut en effet distinguer ce qui relève du « droit fondamental » et ce qui relève de la « politique législative », autrement dit ce qui relève du « refus de complicité » et du « refus d'importation ». La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux lois

¹⁵⁰⁰ B. Rémy, *Thèse précitée*, p.212, n°376

¹⁵⁰¹ « Il y a dans la mise en œuvre du principe de proximité l'expression d'une indifférence à l'égard de ce qui peut advenir aux autres » (M. Meghani, rédacteur du code civil tunisien, cité par L. Gannagé, *op. cit.*, n° 41)

¹⁵⁰² P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », in Travaux du Comité français de droit international privé Années 2006 – 2008, Editions Pédone, Paris 2009, p. 153 et s. ; l'ordre public de proximité ne semble donc pas adapté à la défense des droits fondamentaux.

¹⁵⁰³ A. Sinay-Cytermann, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 649 et s.

¹⁵⁰⁴ J. Guillaumé, *Thèse précitée*, n°868

¹⁵⁰⁵ P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, précité, p. 4 : « Nous reconnaissons un critère universel, nous en proclamons la validité et nous jugeons ce critère non seulement « ici » mais aussi « ailleurs », et en même temps nous réduisons étrangement la portée de ce jugement – nous nous retenons - quand il s'agirait de l'appliquer effectivement « ailleurs » - y compris quand cet « ailleurs » est celui des « gens d'ailleurs » qui sont « ici » »

étrangères qui privent l'enfant naturel d'établir sa filiation¹⁵⁰⁶ offre un très bon exemple de cette complexité. La Haute juridiction semble en effet osciller, dans les différents arrêts rendus sur la question, entre l'ordre public plein et l'ordre public de proximité. Les raisons de ces tergiversations tiennent sans doute à la diversité des principes que mettent en cause ce type de loi et des évolutions du droit interne sur la question.

543. C'est tout d'abord le droit d'établir sa filiation qui est concerné, fondé sur le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH, exigeant que chacun puisse établir son identité, ce qui inclut l'établissement de sa filiation biologique¹⁵⁰⁷. L'article 7 de la convention de New York du 20 novembre 1989, d'application directe, renforce en outre ce droit en reconnaissant à l'enfant le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Plusieurs auteurs hésitent toutefois à ériger ce principe au rang des « principes absolus du droit français » justifiant une protection inconditionnelle¹⁵⁰⁸. Les dérives de « l'absolutisme des droits fondamentaux »¹⁵⁰⁹ sont en effet souvent rappelées, ainsi que l'ancienne législation française qui hier encore faisait prévaloir la protection de la famille légitime sur les droits de l'enfant naturel et adultérin¹⁵¹⁰. Les « voltefaces » de l'ordre public international, bien qu'ils puissent surprendre, se justifient néanmoins par le principe d'actualité de l'ordre public¹⁵¹¹. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵¹², le droit d'établir sa filiation monte sans conteste en puissance, il se « fondamentalise » et fait évoluer le droit interne¹⁵¹³. Il

¹⁵⁰⁶ V. les arrêts développés ci-après : Civ. 1ère 10 février 1993 ; Civ 1ère, 10 mai 2006, n°05-10.299 ; Civ 1ère, 26 oct. 2011, n°09-71.369 ; Civ 1ère 27 septembre 2017, n°16-19.654

¹⁵⁰⁷ V. en ce sens, CEDH, 26 juin 2014, n°65192/11, Mennesson et Labassée, n°65941, D. 2014, 1797, F. Chénédé, D. 2014, 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon

¹⁵⁰⁸ V. notamment H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses », *RCADI La Haye*, 2005, t. 312, p. 390, spec. 418-420 ; *contra* v. R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.* p. 65, not. p. 78, pour qui « toute loi étrangère ignorant le moyen de prendre en charge l'enfant orphelin aurait pu être jugée contraire à l'ordre public, comme étant contraire à une valeur fondamentale » ; v. aussi J. Guillaumé, note sous arrêt Civ 1ère, 27 septembre 2017, D. 2017, p. 2518

¹⁵⁰⁹ L. Gannagé, À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux, in *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265.

¹⁵¹⁰ Jusqu'à l'ordonnance du 4 juillet 2005, le principe d'égalité des filiations n'était pas consacré en droit interne, et il a fallu attendre la condamnation de la France dans l'arrêt *Mazurek* pour donner des droits égaux à l'enfant adultérin.

¹⁵¹¹ D. Boden, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP* 2018. 882

¹⁵¹² Arrêts Mennesson et Labassée (CEDH 26 juin. 2014, n° 65192/11, AJDA 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2014. 1797, et les obs., note F. Chénédé ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *ibid.* 2015. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1007, obs. REGINE ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2014. 887, note C. Bergoignan-Esper ; *Rev. crit. DIP* 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 144, note S. Bollée ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser ; *ibid.* 835, obs. J.-P. Marguénaud)

¹⁵¹³ V. en ce sens J. Guillaumé, note sous arrêt Civ 1ère, 27 septembre 2017, D. 2017, p. 2518, qui cite à cet égard la loi du 16 janvier 2009 qui permet à l'enfant né sous X d'intenter une action en recherche de maternité ; l'arrêt de la cour d'appel

ne semble plus seulement être le fruit d'une politique législative, mais un véritable droit fondamental.

544. Si l'on peut néanmoins encore en douter, ce n'est en revanche pas le cas du principe d'égalité des filiations. Or, il est forcément atteint lui aussi par la loi étrangère qui distingue entre les modes de filiation et empêche l'enfant naturel d'établir sa filiation pour protéger la famille légitime. La Cour EDH condamne les Etats qui ne respectent pas le principe de non-discrimination entre les enfants légitimes, naturels et adultérins¹⁵¹⁴, et la France a consacré le principe d'égalité des filiations dans l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁵¹⁵. Il s'agirait donc finalement d'opposer un « refus de complicité » contre la norme étrangère, et c'est l'ordre public plein qui semble le plus légitime à intervenir. C'est la conclusion à laquelle semble être arrivée la Cour de cassation, à l'issue d'une longue saga jurisprudentielle.

545. ***Etat de la jurisprudence.*** – Les premières affaires relatives au droit de l'enfant d'établir sa filiation ont été soumises au tribunal de grande instance de Paris qui a fait jouer l'ordre public de proximité. Ainsi dans un arrêt en date du 23 avril 1979¹⁵¹⁶, un enfant français, résidant en France, avec sa mère de nationalité algérienne, intentait une action en recherche de paternité contre un homme français, également domicilié en France. L'action en recherche de paternité était soumise à la loi nationale de la mère¹⁵¹⁷, soit la loi algérienne, qui ne permettait pas d'établir la paternité naturelle. Les juges parisiens ont écarté l'application de cette loi observant que « à la faveur de la loi personnelle de la mère demanderesse, le défendeur, citoyen français, domicilié en France, serait en droit d'interdire à un enfant lui-même français et résidant en France de faire reconnaître sa filiation par une juridiction française ; mais attendu qu'il convient d'examiner si, en toute hypothèse, la loi algérienne n'est pas, en ce qu'elle interdit absolument tout mode d'établissement d'une filiation naturelle, intrinsèquement contraire à l'ordre public français ; que les réformes instaurées par la loi du 3 janvier 1972 témoignent de la volonté du législateur de favoriser l'enfant en lui facilitant l'établissement de sa filiation réelle et en assimilant, autant que faire se peut, le sort de l'enfant naturel à celui de l'enfant légitime ; qu'une disposition légale étrangère déniait à un enfant, au motif qu'il est né hors

de Caen (CA Caen, 8 juin 2017, D. 2017. 2017, note A. Batteur) dans lequel les juges normands ont permis, au nom de l'intérêt de l'enfant, l'établissement du double lien de filiation de l'enfant né des rapports entre un frère et sa sœur

¹⁵¹⁴ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, n°6833/74

¹⁵¹⁵ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

¹⁵¹⁶ TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. Crit. DIP*, 1980, 83, note P. Lagarde

¹⁵¹⁷ ancien article 311-14 c. civil

mariage, tout droit à établir sa filiation, est fondamentalement opposée à la conception française moderne des droits de l'enfant, et, comme telle, heurte l'ordre public français ; attendu qu'il convient en conséquence d'écarter l'application de la loi algérienne et d'y substituer celle de la loi française ; que la demande en déclaration de paternité formée par Fatima B est donc recevable ». En revanche, dans un autre arrêt du 3 juin 1980¹⁵¹⁸, les juges parisiens ont refusé de faire jouer l'exception d'ordre public international pour évincer la loi sénégalaise qui ignorait l'action en recherche de paternité naturelle, dans la mesure où « l'enfant et tous les membres de sa famille étaient sénégalais » et que « l'enfant était appelé à vivre et à s'intégrer dans le pays et le milieu culturel dont la mère était originaire »¹⁵¹⁹. Le fait que la loi sénégalaise, bien que ne permettant pas d'établir la filiation paternelle naturelle, permettait au moins une action alimentaire a semblé aussi être un élément déterminant de la décision des juges : « attendu que (...) dans ces conditions, l'on ne saurait considérer que l'ordre public français serait heurté par l'application de la loi personnelle de la mère, alors que par ailleurs, cette loi, si elle interdit la proclamation de la filiation paternelle de l'enfant, n'en reconnaît pas moins à celui-ci le droit d'obtenir des aliments de son père présumé ». C'est donc la possibilité d'une action en recherche de paternité alimentaire¹⁵²⁰ et les faibles liens des intéressés avec la France qui ont justifié l'application de la loi sénégalaise prohibant l'action en recherche de paternité naturelle¹⁵²¹.

546. Le droit d'établir sa filiation n'était donc pas considéré comme un droit fondamental absolu, à la différence du droit d'obtenir des aliments qui déclenche immédiatement l'exception d'ordre public. C'est ce qu'a confirmé la Cour de cassation dans un arrêt en date

¹⁵¹⁸ TGI Paris 3 juin 1980, jugement inédit cité rapporté par P. Lagarde (« Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Cours général, Rec. Cours la Haye*, 1986.1 p. 111) et J. Foyer, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620

¹⁵¹⁹ « Mais attendu que, peu de temps après le décès de sa mère, la petite Tinéhiran a été amenée à Dakar, qu'elle y est élevée auprès de sa grand-mère maternelle et tutrice, qui est sénégalaise, et sous les auspices d'un conseil de famille composé de parents ou alliés de sa mère, tous sénégalais et résidant à Dakar ; qu'ainsi, il apparaît bien que l'enfant est appelée à vivre et à s'intégrer dans le pays et le milieu culturel dont sa mère était originaire ».

¹⁵²⁰ En effet, ce type de loi étrangère met aussi nécessairement en cause l'ordre public alimentaire, puisqu'en privant l'enfant d'un père, elle peut le priver d'un créancier d'aliment.

¹⁵²¹ Selon P. Lagarde, il aurait été plus approprié « d'invoquer les liens les plus étroits avec la France » à travers la clause d'exception plutôt que l'ordre public de proximité. L'ordre public de proximité manifeste un lien avec le territoire du for, « mais pas le lien le plus étroit, qui par hypothèse, est avec le pays dont la loi est désignée par la règle de conflit ». En revanche, la clause d'exception cherche ce lien « le plus étroit », « ou plutôt l'ensemble des circonstances qui font que l'espèce présente avec tel ordre juridique des liens plus étroits qu'avec celui désigné par la règle de conflit » (P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 112). Pour P. Lagarde, en l'espèce, l'élément décisif n'était pas tant l'absence d'atteinte à l'ordre public français, mais plutôt l'éloignement de la situation par rapport à la France.

du 3 novembre 1988¹⁵²² en jugeant que « les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires ». Une précision relative à l'ordre public de proximité fut toutefois apportée dans l'arrêt du 10 février 1993¹⁵²³ : « 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 résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente »¹⁵²⁴.

547. L'emploi de l'ordre public de proximité en matière de filiation fut confirmé dans un arrêt ultérieur en date du 10 mai 2006¹⁵²⁵. En l'espèce, une enfant de nationalité algérienne, résidant en Algérie, de mère algérienne, intentait devant les tribunaux français une action en recherche de paternité contre un père prétendu de nationalité française et résidant en France. La règle de conflit française¹⁵²⁶ désignait comme compétente la loi algérienne qui interdisait la recherche de paternité naturelle. Une cour d'appel avait alors fait jouer l'exception d'ordre public international pour écarter la loi algérienne jugée discriminante, dans la mesure où elle privait la petite fille du droit d'établir sa filiation naturelle. L'arrêt fut cassé au motif « qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ». Les commentateurs de l'arrêt l'ont présenté comme étant une application de l'ordre public de proximité¹⁵²⁷, ou plutôt d'éloignement, dans la mesure où les conditions de proximité n'étaient pas remplies pour faire jouer l'exception d'ordre public.

¹⁵²² Cass. Civ. 1ère, 3 nov. 1988, n° 87-11.568 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495, note J. Foyer ; *JDI* 1989, p. 703, note F. Monéger ; *Defrénois* 1989, art. 34464, n° 5, obs. J. Massip

¹⁵²³ Civ. 1ère 10 février 1993, *Rev. Crit. DIP* 1993. 620, note J. Foyer

¹⁵²⁴ La condition de proximité est établie si l'enfant est français ou domicilié en France. Les deux critères sont équivalents, l'un personnel, l'autre territorial, l'un des deux permettrait l'intervention de l'ordre public. Ces critères font preuve de l'intégration de l'enfant « dans le milieu social et culturel français » (J. Foyer, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620). En l'espèce, les liens avec la France étaient d'autant plus forts que non seulement l'enfant, mais aussi les parents, de nationalité étrangère, vivaient en France.

¹⁵²⁵ Civ 1ère, 10 mai 2006, n°05-10.299, D. 2006. Jur. 2890, note Kessler et Salamé ; *AJ fam.* 2006. 290, obs. Boiché

¹⁵²⁶ Article 311-14 du code civil

¹⁵²⁷ V. notamment P. Courbe, commentant l'arrêt, D. 2007. 1751

548. Plusieurs auteurs s'en sont émus, notamment Madame Léna Gannagé : « Si l'arrêt est cassé, c'est parce que la Cour de cassation a délibérément mis de côté l'ordre public plein, qu'elle a constaté que la situation ne se rattachait pas de manière suffisante à la France et conclu, sur le fondement de l'ordre public de proximité, que la loi algérienne pouvait s'appliquer quand bien même elle serait discriminatoire. (...) De fait, s'il est désormais possible d'appliquer en France des lois étrangères discriminatoires pour peu que la situation ne présente pas de liens suffisants avec le for, il n'y a pas de raison que cette tolérance se limite au domaine de la filiation naturelle. D'autres matières, comme le droit successoral, celui des régimes matrimoniaux ou celui du mariage pourront donner prise à cette jurisprudence. Elles s'ouvriront à leur tour à d'autres lois discriminatoires qui pourront s'appliquer en France dès lors que la situation n'y est pas localisée »¹⁵²⁸. En effet, le principe d'égalité des filiations était touché en l'espèce¹⁵²⁹, et le caractère fondamental de ce principe aurait pu justifier l'intervention d'un ordre public plein, plus strict envers la loi étrangère, et non un ordre public de proximité, plus laxiste, créant en outre des discriminations entre les enfants, selon leur lieu de résidence ou leur nationalité.

549. Il n'est cependant pas certain que la Cour de cassation ait vu en l'espèce une violation du principe d'égalité des filiations. C'est davantage le droit de l'enfant d'établir sa filiation qui semblait être mis en cause en l'espèce¹⁵³⁰. Or, ce droit n'avait pas encore une valeur essentielle et absolue en droit interne à l'époque ; on pouvait lui dénier ce caractère pour plusieurs raisons : la privation de l'enfant né sous X de toute possibilité de voir sa filiation maternelle établie à l'égard de la mère anonyme¹⁵³¹, l'impossibilité de faire établir une filiation incestueuse¹⁵³², l'impossibilité d'établir toute filiation à l'égard de l'auteur d'un don de gamètes. Des conditions supplémentaires de proximité étaient donc exigées pour faire jouer l'ordre public, et l'enfant, de nationalité algérienne et résidant en Algérie, ne les remplissait pas.

¹⁵²⁸ L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du Comité Français de Droit international privé 2006-2008*, Paris, Pédone, 2010, n°30

¹⁵²⁹ L'enfant naturel était privé du droit d'établir sa filiation, à la différence de l'enfant légitime qui aurait pu l'établir, il y a donc bien une discrimination sur le fondement du mode de filiation.

¹⁵³⁰ «une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'exception d'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation » : on est plus dans l'ordre de la politique familiale que des droits fondamentaux.

¹⁵³¹ En ce sens, J. Guillaumé, «L'ordre plein, l'ordre public atténué, l'ordre public de proximité: Quelle rationalité dans le choix des juges, *op. cit.*, p. 295

¹⁵³² Ce principe tend aujourd'hui à être remis en cause, v. CA Caen, 8 juin 2017, D. 2017. 2017, note A. Batteur dans lequel les juges normands ont admis, au terme d'un contrôle de proportionnalité, l'établissement du double lien de filiation de l'enfant né des rapports entre un frère et une sœur ; voir aussi S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. Fam.* n°6, juin 2010, étude 16.

550. Dans un arrêt plus récent du 26 octobre 2011¹⁵³³, les conditions de proximité ne semblent plus être posées par la Cour de cassation. En l'espèce, la loi ivoirienne qui empêchait l'enfant d'exercer une action en recherche de paternité a été jugée contraire à l'ordre public international français au motif qu'« elle privait l'enfant de son droit à établir sa filiation paternelle », sans que la Cour de cassation ne précise que l'enfant était né et résidait en France¹⁵³⁴. Les commentateurs de l'arrêt y ont vu un revirement de jurisprudence, une consécration de l'ordre public plein au lieu de l'ordre public de proximité¹⁵³⁵. Le rapport annuel de la Cour de Cassation de 2013 les a toutefois contredit en confirmant le recours à l'ordre de proximité en la matière. Celui-ci aurait en effet été implicite, le rappel des faits démontrant que l'enfant avait des liens avec la France¹⁵³⁶. Il a en effet été relevé que la solution de l'arrêt semblait propre à l'espèce et manquait de généralité¹⁵³⁷.

551. Le dernier arrêt en date du 27 septembre 2017 semble cependant confirmer le recours à l'ordre public plein¹⁵³⁸. La loi étrangère camerounaise, qui privait l'enfant d'établir sa filiation paternelle, a été évincée en l'espèce, sur le fondement de l'ordre public, sans qu'aucun lien de proximité avec la France ne soit souligné par la Cour de cassation : « Attendu qu'après avoir relevé qu'aux termes de la loi camerounaise, l'action en recherche de paternité est irrecevable lorsque, pendant la période légale de conception, la mère a été d'une inconduite notoire ou si elle a eu commerce avec un autre homme, la cour d'appel a exactement retenu que ces dispositions, qui privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle, étaient contraires à l'ordre public international français ; que le moyen n'est pas fondé ». Si les liens de proximité avec le for étaient réels (l'enfant était né et résidait en France, comme en 2011), ils n'ont pas été vérifiés ni même évoqués par la Cour de cassation. Cet arrêt semble ainsi hisser

¹⁵³³ Civ 1ère, 26 oct. 2011, n°09-71.369, D. 2011. 2728 ; AJ fam. 2012. 50, obs. E. Viganotti ; JDI 2012. 176, note J. Guillaumé

¹⁵³⁴ Ces précisions résultaient toutefois des faits de l'espèce.

¹⁵³⁵ V. not. E. Viganotti, « Filiation et ordre public international : vers la consécration d'un droit à la filiation ? », *AJ fam.* 2012. 50

¹⁵³⁶ Rapport de la Cour de cassation précité sur *L'ordre public*, 2013, p. 131 : « il résultait des faits de l'espèce, souverainement relevés par l'arrêt attaqué que l'enfant était né et élevé en France, lieu de résidence de sa mère ».

¹⁵³⁷ En ce sens, J. Guillaumé, D. 2017, p. 2518

¹⁵³⁸ Civ. 1re, 27 sept. 2017, n° 16-19.654, Dalloz Actualités 16 oct. 2017, note F. Mélin ; D. 2017. 2518, note J. Guillaumé ; *ibid.* 2018. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2018. 41, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; L'Essentiel, Droit de la famille et des personnes, 1er nov. 2017, n° 10, p. 7, note A. Gosselin-Gorand ; RJPf 2017, n° 11, p. 33, note St. Mauclair ; Dr. fam. 2017, n° 11, p. 33, note M. Farge ; JCP 2017. 2260, n° 1311, note E. Gallant ; Gaz. Pal. 9 janv. 2018, p. 75, obs. S. Halou ; JDI 2018. 875, note S. Godechot-Patris ; LPA 8 févr. 2018, n° 29, p. 7, note Ch. Guillard ; RDLF 2018. Chron. 6, K. Bihannic ; *Rev. crit. DIP* 2018. 882, D. Boden

le droit de l'enfant d'établir sa filiation au rang des droits fondamentaux et lui donner la protection la plus absolue à travers l'ordre public plein¹⁵³⁹.

552. En droit patrimonial de la famille, nous retiendrons néanmoins une conception « stricte » de la notion de « droit fondamental », nous limitant à ceux expressément défendus par la Convention européenne des droits de l'homme. Le détournement des droits de l'homme, aussi appelé « fondamentalisme occidental »¹⁵⁴⁰, leur faisant perdre leur caractère de « droits d'exception »¹⁵⁴¹, « pour ressembler à de vulgaires droits subjectifs »¹⁵⁴² a en effet été maintes fois dénoncé par la doctrine. En droit des personnes, les techniques d'interprétation de la Cour lui ont permis de découvrir, dans le texte de la Convention, des droits qui n'y figuraient pourtant pas de manière explicite¹⁵⁴³. Or, ces droits ne sont pas des droits fondamentaux, mais des manifestations d'un choix ou d'une orientation politique, ne pouvant prétendre à l'universalité.

553. ***Les principes fondamentaux propres au droit patrimonial de la famille.*** – Parmi les principes qui ne supportent pas de compromis en la matière, on relève :

- la liberté de penser, de conscience et de religion¹⁵⁴⁴, qui s'opposera notamment aux lois successorales empêchant un héritier de succéder en raison de sa religion ou non-religion ;
- le principe de non-discrimination, fondée sur « le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »¹⁵⁴⁵, qui s'opposera par exemple aux lois successorales qui distinguent les héritiers selon leur sexe ou leur mode de filiation.

Ces principes sont explicitement défendus par la Convention EDH, en ses articles 9 et 14.

¹⁵³⁹ V. les évolutions du droit interne en ce sens, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. supra p. 372)

¹⁵⁴⁰ A. Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 283

¹⁵⁴¹ D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 329 ss., spéc. p. 341.

¹⁵⁴² L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *op. cit.*, p. 374

¹⁵⁴³ Le transsexuel argentin s'est vu reconnaître le droit de changer de sexe à l'état civil (CA de Paris, 14 juin 1994, « Osmar B », Rev. Crit. 1995. 308, note Y. Lequette, précité) ; a été reconnu le droit d'entretenir des relations sado-masochistes (CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, et la chronique de M. Fabre Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », D. 2005, pp. 2973 ss.), ou encore le droit à l'autodétermination (CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, affaire n° 2346/02 relative au suicide assisté et à l'euthanasie, v. pour un commentaire, RSC 2002. 645, F. Massias), sur le fondement de l'article 8 de la CEDH ; v. aussi L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *op. cit.*, p. 374

¹⁵⁴⁴ Notamment défendue par l'article 9 de la Convention EDH

¹⁵⁴⁵ Art. 14 de la Convention EDH

Ne pourrait-on dès lors pas envisager une application directe de ceux-ci, sans passer par le mécanisme de l'ordre public plein ? Dans la mesure où aucune considération relative à la proximité n'est à prendre en compte, est-il réellement nécessaire de recourir à l'exception d'ordre public ? Cette dernière voie n'est en effet pas la seule possible pour écarter les lois étrangères qui ignorent les principes défendus par la Convention EDH.

B. L'application directe des principes fondamentaux protégés par la Convention EDH

554. L'ordre public plein n'est pas le seul moyen de protéger les droits fondamentaux. Une application directe de ceux-ci, sans avoir recours au mécanisme de l'exception d'ordre public international, peut en effet être envisagée. La jurisprudence en a déjà donné quelques illustrations (1). La réalisation des droits fondamentaux en droit international privé implique par ailleurs nécessairement d'envisager leur application à travers la technique du contrôle de proportionnalité employée par les juges européens, et désormais par la Cour de cassation (2).

1) Les illustrations jurisprudentielles

555. *Exemples d'application directe.* - Quelques exemples jurisprudentiels connus offrent une illustration de l'application directe de la Convention européenne des droits de l'homme, sans passer par le canal de l'exception d'ordre public.

Dans un arrêt en date du 31 janvier 1990, la Cour de cassation a fait une application directe de la Convention face à une loi brésilienne qui interdisait l'adoption en la forme plénière par un étranger ne résidant pas au Brésil¹⁵⁴⁶. Dans une affaire relative à la modification de l'état civil d'un transsexuel argentin¹⁵⁴⁷, la cour d'appel de Paris a fait une application immédiate de l'article 8 de la CEDH, qui protège le droit au respect de la vie privée, sans considération du

¹⁵⁴⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, Rev. Crit. DIP 1990. 519, note E. Poisson-Drocourt ; JCP 1991. II. 21635, note H. Muir Watt ; Grands arrêts DIP n°69

¹⁵⁴⁷ CA de Paris, 14 juin 1994, « Osmar B », Rev. Crit. DIP 1995. 308, note Y. Lequette, concernant un transsexuel argentin, identifié à l'état civil argentin comme étant de sexe masculin. Installé en France, il demande devant les tribunaux français à ce que son état civil soit rectifié afin qu'il soit conforme à sa nouvelle apparence de femme. Or, ce changement d'état civil est soumis à la loi argentine, qui ignore le changement de sexe. Au lieu de mettre en œuvre l'exception d'ordre public international afin de faire obstacle aux dispositions argentines, la cour d'appel de Paris décide de faire une application immédiate de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit au respect de la vie privée, rendant ainsi inutile l'examen du droit argentin. Elle juge ainsi recevable l'action du transsexuel, *sans considération du statut personnel de l'intéressé*, les stipulations de la Convention étant *d'application directe en droit français*, la matière des droits de l'Homme étant d'ordre public et la protection de ces droits devant être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des Etats non partis s'ils sont domiciliés sur le territoire national.

statut personnel de l'intéressé. En matière de régimes matrimoniaux, il semble aussi que la Cour de cassation ait appliqué directement le principe d'égalité entre époux face à la loi suisse qui proposait un partage inégal des biens communs¹⁵⁴⁸. Etait en cause en l'espèce l'ancien régime légal suisse de l'union des biens, largement plus favorable au mari qu'à l'épouse au jour de la dissolution du mariage. A la suite du divorce, l'ex-épouse réclamait le partage et l'attribution préférentielle de leur résidence principale acquise en France pendant le mariage ; l'ancien droit suisse devait le lui refuser néanmoins puisqu'il prévoyait l'attribution intégrale des biens matrimoniaux au mari, la femme n'ayant droit qu'à une créance en valeur envers son époux¹⁵⁴⁹. Ce partage des biens, pourtant inégalitaire et discriminatoire, avait été admis par l'arrêt d'appel, qui avait purement et simplement appliqué le droit suisse. L'arrêt fut cassé par la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme. Si l'éviction du droit suisse n'étonne pas vraiment en raison de son caractère discriminatoire, c'est plutôt la justification donnée par la Cour de cassation qui surprend: « Attendu qu'en statuant ainsi, par application des dispositions de la loi suisse alors applicable, en ce qu'elles imposaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale, la cour d'appel a violé le texte susvisé [Article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme] qui s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'égalité des droits entre les époux ». Au lieu d'évincer la loi suisse sur le fondement de l'ordre public plein, la Cour de cassation semble faire une application directe du *principe d'égalité des droits entre époux durant le mariage et lors de sa dissolution* protégé par l'article 5 du protocole n°7 à la CEDH, sans consultation préalable de la loi étrangère. Elle sanctionne en effet la cour d'appel pour avoir violé le protocole qui s'impose **directement** au juge français, et à qui il appartient de « rétablir l'égalité des droits entre les époux ». Le juge français semble alors investi d'une mission qui dépasse celle consistant à sanctionner la violation de l'ordre public international¹⁵⁵⁰.

556. **Analyse de la logique jurisprudentielle.** - Il est difficile de trouver une logique derrière les choix de la jurisprudence, entre le recours à l'application directe ou à l'exception d'ordre public. Un auteur a cependant constaté que l'application immédiate était privilégiée au stade

1548 Cass., 1^{re} Civ 1ère, 24 février 1998, *Consorts Vialaron c. M. Guillermin*, Rev. crit. dr. internat. pr., 1998, p. 638, note G. Droz, D. 1999, p. 290, obs. B. Audit et 309, note J. Thierry, RTD. civ. 1998, p. 347, obs. J. Hauser, RTD. civ. 1998, p. 458, obs. B. Vareille, RTD. civ. 1998, p. 520, obs. J. Marguénaud

¹⁵⁴⁹ Un tiers du bénéfice de l'union

1550 G. Droz, Rev. crit. DIP 1998. 637

de l'instance directe, et que le recours à l'ordre public était préféré au stade de l'instance indirecte¹⁵⁵¹. En effet, face aux lois brésilienne, argentine et suisse, la Convention EDH s'est appliquée directement, alors que face aux jugements étrangers consacrant la répudiation unilatérale par exemple, c'est la voie de l'ordre public qui a été empruntée¹⁵⁵².

557. ***Inconvénients de l'application directe.*** - De tels critères de choix du mode d'intervention de l'ordre public nous paraissent cependant étonnants dans la mesure où le principal reproche fait à l'application directe des droits est qu'il n'offre pas de solution immédiate à l'éviction de la solution étrangère. Or, si cela a peu d'importance lorsqu'il s'agit de refuser de donner effet à un jugement étranger, cela paraît plus gênant quand on écarte une loi étrangère. Les principes de la Convention ne sont en effet pas suffisamment précis pour remplacer la loi étrangère et régir une situation particulière. Il a en effet été remarqué que la structure des droits fondamentaux « les rend peu adaptés à une application directe dans une affaire internationale comme dans une affaire interne ; ils obligent l'Etat à s'abstenir d'actes attentatoires à la liberté des particuliers, mais n'offrent pas de solution immédiate pour des litiges survenant entre eux. Pour revêtir la qualité de loi d'application nécessaire, une norme doit être rédigée de façon suffisamment précise, au point de pouvoir aisément remplacer la partie de la réglementation qu'elle évince, ce qui n'est pas le cas des droits fondamentaux »¹⁵⁵³. La méthode paraît donc particulièrement inadaptée en droit patrimonial de la famille car elle semble créer un vide juridique au lieu d'apporter une solution de substitution. Trop flous, les droits de l'homme ne permettent pas d'apporter des réponses satisfaisantes dans un cas concret, la prévisibilité et la sécurité juridique en seraient affectées.

558. En cela, l'application directe se distingue, dans son mode de fonctionnement, du mécanisme des lois de police. Il a en effet été justement relevé qu'elle ne s'impose pas *a priori* : « pour que la violation de la Convention EDH soit établie encore faut-il se livrer à un examen de la norme étrangère si bien que cette application directe doit être comprise comme une limite à la mise en œuvre de la norme étrangère »¹⁵⁵⁴. Les droits fondamentaux n'éluent pas la

¹⁵⁵¹ S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation – Quelles conséquences en droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel, Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières*, 1^{ère} éd., Iprolex, 2018, spéc. p. 784

¹⁵⁵² S. Godechot-Patris, *Ibid.*

¹⁵⁵³ S. Othenin-Girard, précité, n°353

¹⁵⁵⁴ S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation (...) », précité, spéc. p. 785, citant F. Mercadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, spéc. n°507

consultation préalable de la loi étrangère désignée par la règle de conflit et n'imposent pas un résultat déterminé. A l'issue de l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant éludé la loi argentine, la méthode de l'application immédiate avait pourtant été jugée excessive¹⁵⁵⁵, en ce qu'elle éludait l'examen du droit étranger : « un examen du droit étranger demeure indispensable pour éviter que l'on impose systématiquement nos conceptions fondamentales à des ordres juridiques ayant fait des choix différents, mais néanmoins acceptables, ce qui est certainement le cas concernant la reconnaissance du changement de sexe sur l'état civil, comme en témoigne l'évolution même du droit français sur la question »¹⁵⁵⁶. Ces critiques doivent donc être relativisées¹⁵⁵⁷.

559. Une analyse approfondie de l'arrêt *Vialaron*¹⁵⁵⁸ montre en effet que la technique utilisée par la Cour de cassation n'est pas complètement étrangère à celle de l'exception d'ordre public. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a bel et bien consulté préalablement la loi suisse désignée par la règle de conflit et ainsi constaté la discrimination qu'elle opérait. L'arrêt procéderait donc davantage « d'une maladresse terminologique que d'un souci de faire application de la Convention européenne à la manière d'une loi d'application immédiate »¹⁵⁵⁹.

560. Il se pourrait en fait que l'arrêt soit une illustration supplémentaire de l'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère lorsque des principes essentiels sont en jeu¹⁵⁶⁰. Sans s'intéresser aux circonstances particulières de l'espèce, la Cour de cassation se contente de relever la discrimination opérée par le droit suisse et applique le principe d'égalité protégé par la Convention. L'application directe de la Convention serait donc justifiée par la violation de l'ordre public tout simplement établie par la contrariété abstraite de la loi étrangère aux

1555 P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 1 : L'application immédiate des droits fondamentaux "excède ce que nécessite une juste sauvegarde des droits fondamentaux" et entraîne "une application impérialiste des droits, que le for imposera en toute circonstance, risquant en cela d'exacerber les divergences entre ordres juridiques en privilégiant une approche nationaliste"; Pour un avis réservé sur ce mécanisme, v. aussi M-C. Najm, *Principes directeurs de droit international privé et conflits de civilisation*, Thèse précitée

1556 P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*

1557 En ce sens, S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation (...) », *op. cit.*, spéc. p. 785

1558 Cass., Civ 1ère, 24 février 1998, *Consorts Vialaron c. M. Guillermin*, précité, *Rev. crit. dr. internat. pr.*, 1998, p. 638, note G. Droz, D. 1999, p. 290, obs. B. Audit et 309, note J. Thierry, *RTD. civ.* 1998, p. 347, obs. J. Hauser, *RTD. civ.* 1998, p. 458, obs. B. Vareille, *RTD. civ.* 1998, p. 520, obs. J. Marguénaud

1559 « A l'analyse, il apparaît pourtant que la technique utilisée est bien celle de l'ordre public car il y a eu éviction de la loi étrangère qui a été préalablement désignée, de sorte que l'arrêt procède semble-t-il davantage d'une maladresse terminologique que d'un souci de faire application de la Convention européenne à la manière d'une loi d'application immédiate » (M-C. Najm, *Principes directeurs de droit international privé et conflits de civilisation*, Thèse précitée, p. 513-514)

1560 Cf. *supra* n°64 ss.

principes conventionnels. Ce raisonnement, plus abstrait, permet ainsi de mettre l'accent sur le principe fondamental en lui-même, plutôt que sur le résultat. « C'est moins la légitimité de la situation étrangère qu'il s'agit d'apprécier que l'efficacité de l'égalité entre époux qu'il s'agit d'assurer dans l'ordre juridique du for »¹⁵⁶¹.

Lorsque sont en cause des principes fondamentaux, la contrariété *in abstracto* présume en effet la plupart du temps la contrariété *in concreto*¹⁵⁶². C'est l'atteinte même au principe qui choque, plus que le résultat en lui-même. Un « refus de complicité » est donc opposé à la loi étrangère¹⁵⁶³. C'est d'ailleurs le cas en matière de divorce : l'article 10 du règlement Rome III invite en effet à apprécier *in abstracto* la loi applicable au divorce, et si celle-ci contient des discriminations sexistes, elle devra être systématiquement écartée¹⁵⁶⁴.

En définitive, ce qui ressemble à une application directe des droits fondamentaux ne serait-il pas finalement une mise en œuvre « objectivée » de l'ordre public plein ? Une appréciation abstraite de la loi étrangère suffit à déceler l'atteinte au droit fondamental défendu par la Convention EDH ; ne voulant être complice de l'application d'une telle loi, ne voulant y « prêter main-forte »¹⁵⁶⁵, le juge du for lui oppose un ordre public plein. Nul besoin de considérations de proximité, rendues notamment possibles par une appréciation *in concreto*, la loi étrangère est contraire à l'ordre public, elle est rejetée « par principe »¹⁵⁶⁶.

A défaut d'une relativisation par la proximité, pourrait-on néanmoins introduire une part de proportionnalité dans le raisonnement ?

2) La réalisation des droits fondamentaux à travers la technique du contrôle de proportionnalité

¹⁵⁶¹ P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », in Travaux du Comité français de droit international privé Années 2006–2008, Editions Pédone, Paris 2009, p. 153 et s., spéc. p. 159

¹⁵⁶² *Ibid* ; cf. *infra* n°64 ss.

¹⁵⁶³ Sur le « refus de complicité » et son lien avec l'ordre public plein, cf. *supra*, n°534

¹⁵⁶⁴ V. en ce sens H. Gaudemet-Tallon, *J.-Cl. Dr. Int., Fasc. 547-20, précité*, n°73 : « toute loi contenant des discriminations sexistes, considérée *in abstracto*, devra être écartée, même si, dans le cas précis en cause devant le juge son application ne causerait de préjudice à aucun des deux époux. Contrairement à l'exception d'ordre public de l'article 12 où l'éventuelle atteinte à l'ordre public est appréciée *in concreto*, l'article 10 oblige à écarter systématiquement toute loi étrangère qui n'est pas parfaitement égalitaire. »

¹⁵⁶⁵ Selon l'expression de D. Boden, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », précité, n°25 ; « de même que le complice d'un criminel répond de sa complicité (à défaut de répondre du crime principal), de même le simple fait que les juridictions d'un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme aient à statuer sur la demande d'une partie, fût-ce au stade de l'exécution d'un jugement rendu à l'étranger, suffit à rendre cet État justiciable de la Cour de Strasbourg, devant laquelle il aura, le cas échéant, à répondre de sa décision (D.Boden, *Ibid*, n°24).

¹⁵⁶⁶ Cf. *supra* n°534

561. A la suite de la Cour Européenne des droits de l'homme¹⁵⁶⁷, les juridictions internes se sont engagées dans la voie du contrôle de proportionnalité. Qu'on le fustige¹⁵⁶⁸ ou qu'on l'approuve¹⁵⁶⁹, le contrôle d'opportunité¹⁵⁷⁰ *in concreto* des règles de droit interne s'est désormais installé en jurisprudence. Il pourrait trouver écho en droit international privé, les prémices d'un tel contrôle semblent en effet apparaître dans les arrêts récents de la Haute juridiction (a). Reste à savoir s'il est opportun au stade de la constitution de la situation juridique (b).

a) La transposition du contrôle de proportionnalité en droit international privé

562. **La naissance du contrôle de proportionnalité en droit interne.** - Un contrôle de proportionnalité s'opère en droit de la famille depuis un arrêt en date du 4 décembre 2013¹⁵⁷¹, dans lequel la Cour de cassation a mis en balance la prohibition des mariages incestueux avec le droit au respect de la vie privée et familiale défendu par l'article 8 de la Convention EDH. En l'espèce, la règle de l'article 161 du code civil prohibant le mariage entre un beau-père et l'ex-femme de son fils a été mise à l'écart, au motif que le mariage avait été célébré sans opposition et qu'il avait duré plus de 20 ans. L'annulation du mariage dans ces circonstances aurait en effet entraîné une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale¹⁵⁷².

563. En revanche, dans un autre arrêt en date du 8 décembre 2016¹⁵⁷³, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'annulation du mariage entre un beau-père et la fille de son ex-épouse, sur le fondement du même article 161 du code civil, en faisant une appréciation très circonstanciée des faits: « Mme X avait 9 ans quand Pierre Y a épousé sa mère en

¹⁵⁶⁷ Voir sur la jurisprudence de la Cour, A. Debet, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse Paris II, Dalloz, 2002, préf. L. Leveneur

¹⁵⁶⁸ V. B. Haftel, D. 2016, p. 1477

¹⁵⁶⁹ J-P. Marguénaud évoque une « revanche des faits sur une règle de droit trop abstraite », osb. sous Cass. Civ 1^{ère}, 10 juin 2015, *RTD civ*, 2015, 825 ; v. aussi H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », D. 2016, p. 1376 : « Le contrôle de proportionnalité a été pensé afin de pallier aux inconvénients de l'appréciation in abstracto des intérêts des particuliers par la règle de droit : « les intérêts particuliers ont déjà été pris en compte dans la construction de la règle générale forgée à partir des besoins collectifs qui reflètent au moins partiellement les besoins individuels. Mais ils ont été appréciés en quelque sorte in abstracto. Le contrôle de proportionnalité permet de faire la balance entre intérêt général et intérêts particuliers non plus in abstracto mais in concreto, dans un cas particulier et à partir d'une situation particulière »

¹⁵⁷⁰ A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », D. 2016. 137

¹⁵⁷¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066; D. 2014. 179, note F. Chénéde ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénéde

¹⁵⁷² V. H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », D. 2017, p. 656

¹⁵⁷³ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.20; D. 2016. 2568, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier

troisièmes noces, qu'elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée (...) il en déduit que l'intéressée a vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf ans, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ; (...) il constate, ensuite, que son union avec Pierre Y n'avait duré que huit années lorsque les consorts Y ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation ; il relève enfant qu'aucun enfant n'est issu de cette union prohibée ; de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme X, au regard du but légitime poursuivi ».

564. Aux termes de ces deux arrêts, la Cour de cassation se livre à un contrôle de proportionnalité ; il s'agit de mettre en balance les différents intérêts en cause et les circonstances particulières de chaque espèce vont déterminer quel principe doit prévaloir sur l'autre. Ce contrôle dépasse le simple contrôle de conventionnalité. Il ne s'agit pas d'apprécier « in abstracto » la conformité d'une norme interne à un droit fondamental garanti mais de vérifier si son application concrète, au cas d'espèce, ne porte pas une atteinte disproportionnée à un tel principe¹⁵⁷⁴. Autrement dit, il « permet au besoin de faire exception à la généralité de la règle sans remettre en cause la règle elle-même »¹⁵⁷⁵. Le contrôle de proportionnalité met ainsi en balance intérêt général et intérêts particuliers, aux termes d'une appréciation « in concreto », afin de pallier aux inconvénients de l'appréciation abstraite par la règle de droit des intérêts des particuliers¹⁵⁷⁶.

Ce contrôle de proportionnalité pourrait également être utile en droit international privé. La matière met en effet en présence des intérêts divergents.

¹⁵⁷⁴ V. en ce sens, le rapport annuel 2017 de la Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation*, p. 56 : « la Cour de cassation est souvent amenée, lorsqu'elle effectue un classique contrôle de la conventionnalité d'une disposition légale de droit interne, à apprécier la proportionnalité de l'atteinte qu'elle porte, le cas échéant, à un droit ou une liberté garantis au regard du but poursuivi : elle s'assure ainsi que cette norme ne porte pas en elle-même une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti (...) mais elle exerce de plus en plus souvent un contrôle de proportionnalité pour apprécier la conventionnalité non pas de la norme elle-même mais des incidences de l'application, dans un cas d'espèce, de telle norme ou source de droit interne. Il s'agit alors de vérifier que la mise en œuvre d'une règle de droit ne porte pas, dans la situation considérée, une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti »

¹⁵⁷⁵ H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », D. 2016, p. 1376

¹⁵⁷⁶ « Les intérêts particuliers ont déjà été pris en compte dans la construction de la règle générale forgée à partir des besoins collectifs qui reflètent au moins partiellement les besoins individuels. Mais ils ont été appréciés en quelque sorte in abstracto. Le contrôle de proportionnalité permet de faire la balance entre intérêt général et intérêts particuliers non plus in abstracto mais in concreto, dans un cas particulier et à partir d'une situation particulière » (H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », D. 2016, p. 1376)

565. *La mise en balance des intérêts en présence en droit international privé.* - « La neutralisation de la loi étrangère de droit privé pour le cas en cause du fait de sa contrariété aux droits de l'homme composant l'ordre public en droit international privé évoque peu ou prou la neutralisation d'un texte législatif français de droit privé à laquelle le contrôle de proportionnalité aboutit parfois, en droit interne, pour le cas jugé »¹⁵⁷⁷. Néanmoins, contrairement au contrôle de proportionnalité classique, il ne s'agirait pas d'apprécier le but légitime de la norme étrangère par rapport à l'atteinte portée au droit fondamental¹⁵⁷⁸. Il ne s'agit en effet pas de mettre en balance les valeurs essentielles de la société étrangère et les nôtres¹⁵⁷⁹, mais de trouver, à travers le contrôle de proportionnalité, un équilibre entre les valeurs du for et les différents intérêts et objectifs du droit international privé, appréciés *in concreto*.

Or, le droit international privé est particulièrement propice à la mise en balance des intérêts en présence. Il est en effet « le produit d'une tension entre la recherche d'une coordination des

¹⁵⁷⁷ P. Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme - Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », in *Le juriste dans la cité, Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, Lextenso, 2018, p. 1031, spéc. p. 1032

¹⁵⁷⁸ En ce sens, J. Guillaumé, « La loi étrangère qui prive l'enfant de son droit à établir sa filiation paternelle est (en elle-même ?) contraire à l'ordre public international », D. 2017. 2518

¹⁵⁷⁹ C'est pourtant la question qu'a semblé se poser la cour d'appel de Paris dans un arrêt « Kazan » du 16 décembre 2015 (Cour d'appel de Paris, Chambre 1, Pôle 3, 16 décembre 2015). En l'espèce, le défunt, Monsieur William Kazan, de nationalité libanaise, était décédé en 2005 à Monaco, laissant sa fille adoptive issue de son mariage avec son ex-épouse, Madame Lucienne Fatal, avec qui il s'était marié en 1962 et divorcé en 1998, et son fils, de nationalité libanaise et française, résident en France, issu de sa relation avec une autre femme, né le 11 octobre 1999. Par testament authentique en date du 12 juin 1991, le défunt avait institué légataire universel son épouse ; les juridictions libanaises avaient toutefois jugé que ledit testament se trouvait révoqué par le divorce intervenu entre les époux, ce dont la cour d'appel de Paris avait pris acte. Les autorités françaises saisies du règlement de la succession, se posait en premier lieu la question de la loi applicable à la succession. Celle-ci s'étant ouverte en 2005, soit avant l'entrée en vigueur du règlement « successions », ce sont les anciennes règles de conflit françaises qui s'appliquaient, à savoir, la succession mobilière était régie par la loi du dernier domicile du défunt et la succession immobilière par la loi du lieu de situation de l'immeuble. Par conséquent, la loi française trouvait à s'appliquer pour les immeubles sis en France. En revanche, pour les biens meubles, il s'agissait de la loi libanaise, par renvoi de la loi monégasque. En l'absence de testament (le testament authentique ayant été révoqué par le divorce du défunt), c'est la dévolution légale prévue par la législation libanaise qui s'appliquait, et plus précisément la loi du 23 juin 1959 relative aux successions des non mahométans. Le droit successoral libanais varie en effet selon l'appartenance communautaire du défunt. En l'espèce il s'agissait de la communauté grecque orthodoxe. L'article 22 de cette loi dispose que « l'enfant naturel reconnu volontairement (...) succède à son auteur. Sa part successorale est : du quart de la part qu'il eût recueilli s'il avait été légitime, au cas où le père ou la mère laisse des descendants légitimes ». Par conséquent, les autorités libanaises qui avaient été saisies du règlement de la succession avaient partagé les biens de la manière suivante : 87,5% pour la fille adoptive et 12,5% pour le fils naturel. Le droit français étant régi par un principe d'égalité des enfants quelle que soit leur filiation, se posait la question de savoir, devant les juridictions françaises, si devait intervenir l'exception d'ordre public international, face à la loi libanaise, discriminatoire envers l'enfant naturel. La cour d'appel de Paris écarte la loi libanaise sur le fondement, semble-t-il, d'un contrôle de proportionnalité : « *considérant (...) qu'aucune raison impérieuse ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage soit jugée compatible avec l'ordre public international français, en ce qui concerne Nicolas, mineur de nationalité française vivant en France, et alors que partie de l'actif successoral est situé en France* ». Elle semble mettre en balance les principes français et européen de non-discrimination entre l'enfant légitime et naturel et la loi libanaise. Or, il n'appartient pas à l'ordre juridique du for de sauvegarder les valeurs étrangères, il est donc erroné selon nous d'apprécier le but légitime de la loi libanaise par rapport à l'atteinte portée au principe fondamental. La différence de traitement entre enfant naturel et enfant légitime instituée par le droit libanais n'est pas justifiable à nos yeux.

ordres juridiques destinée à assurer la continuité de traitement des situations juridiques internationales et le souci de préserver la cohésion de l'ordre du for »¹⁵⁸⁰.

Le Doyen Batiffol a mis en évidence les trois intérêts principaux que devait satisfaire le droit international¹⁵⁸¹. Ces objectifs sont la plupart du temps divergents mais doivent néanmoins être conciliés. Il s'agit tout d'abord des intérêts des personnes privées, qui se matérialisent notamment par la recherche de la loi qui entretient les liens les plus étroits avec leurs intérêts. Ensuite, c'est l'intérêt de l'Etat, autrement dit l'intérêt général, qui doit aussi être préservé. L'ordre juridique du for a en effet intérêt à ce que la loi ou l'acte qui régira les rapports entre les parties ne heurte pas ses principes, valeurs et politiques impératives, autrement dit, la cohésion de l'ordre juridique du for. Le troisième intérêt enfin est celui de la « société internationale » qui regroupe l'ensemble des objectifs de coordination des systèmes et d'harmonie internationale des solutions.

A la suite des travaux d'Henri Batiffol, les principes directeurs du droit international privé ont encore été approfondis ; M-C Najm y dénombre « la justice de droit international privé, la justice matérielle¹⁵⁸², l'harmonie internationale des solutions, la continuité des situations juridiques, l'harmonie matérielle des solutions, la cohésion de l'ordre du for, la prévisibilité des solutions, le respect des droits acquis »¹⁵⁸³. Autant d'objectifs qui peuvent parfois être contradictoires et se trouver en conflit. Or, le contrôle de proportionnalité invite à « faire une balance » entre ces différents intérêts au moment où se pose la question de savoir quel accueil doit être réservé à la norme étrangère.

Si la doctrine « classique » s'accordait pour placer le principe de cohésion de l'ordre juridique interne au-dessus des objectifs de « la société internationale »¹⁵⁸⁴, cette hiérarchie est

¹⁵⁸⁰ Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », *op. cit.*, p. 498

¹⁵⁸¹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.* p. 229 et s.

¹⁵⁸² Le Doyen Batiffol distingue entre la justice de droit international privé dont le but est de désigner la loi la plus apte à résoudre le problème juridique posée, et la justice matérielle qui recherche la solution applicable au fond du litige la plus juste. « L'ordre public international est souvent présenté comme le vecteur essentiel de la justice matérielle » (P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit privé », *Cours général à l'Académie de droit international de La Haye*, RCADI, 2003, p. 166)

¹⁵⁸³ M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, thèse précitée.

¹⁵⁸⁴ Le juge, au service de l'ordre juridique du for, devrait en effet préserver en priorité sa cohésion et son intégrité, avant même ceux des parties ou des autres pays. Par conséquent, le principe de cohésion de l'ordre interne devrait toujours l'emporter sur l'objectif d'harmonie internationale des solutions. (H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, pp. 322 ss., n°144 ss. ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, observations sous l'arrêt Cie internationale des wagons-lits, n° 53, pp. 487 ss., spéc. p. 495.)

aujourd'hui remise en cause¹⁵⁸⁵. Il a ainsi été affirmé que « tout raisonnement en termes de hiérarchie doit être écarté et laisser place à une analyse en termes de conciliation »¹⁵⁸⁶.

La logique du « fait accompli » conduit à favoriser le respect d'une situation pour la simple raison qu'elle existe et que les personnes privées ont légitimement pu avoir confiance en sa validité »¹⁵⁸⁷. Cela est d'autant plus vrai dans un contexte européen ; une situation acquise dans un Etat membre doit pouvoir être reconnue dans un autre Etat membre, « le droit de tout citoyen européen de circuler librement dans l'Union implique l'obligation de reconnaître son nom et, semble-t-il, plus généralement son statut personnel et familial. Toute situation boiteuse constituerait, en effet une entrave au jeu de cette liberté »¹⁵⁸⁸. Il devrait en être de même en ce qui concerne la continuité du statut patrimonial. Les règlements européens dans leur ensemble favorisent la continuité de la vie juridique, tant sur le plan personnel que patrimonial, à travers le principe de reconnaissance des actes et jugements des Etats membres.

La philosophie individualiste des droits de l'homme tend aussi à relativiser la protection des valeurs du for. La Cour EDH promeut l'individu, le défend contre l'Etat, et plus largement contre la société, à travers notamment la reconnaissance de nouveaux droits subjectifs individuels. En la matière, c'est notamment l'article 8 de la Convention EDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale qui devrait faire poids face au respect des valeurs de l'ordre juridique du for. Sur le fondement de ce texte, les auteurs évoquent « un droit à la continuité des relations familiales »¹⁵⁸⁹, un « droit à la mobilité internationale »¹⁵⁹⁰, un « droit de la personne à l'identité de son statut »¹⁵⁹¹, qui pourrait s'opposer au déclenchement de l'exception d'ordre public, dont le but est de défendre les valeurs du for¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁵ En ce sens, L. Gannagé, *op. cit.*, p. 391

¹⁵⁸⁶ S. Godechot-Paris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation, quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 770.

¹⁵⁸⁷ S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.* p. 114

¹⁵⁸⁸ Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », *op. cit.* p. 497, n°16

¹⁵⁸⁹ L. Gannagé, *op. cit.* p. 376

¹⁵⁹⁰ J. Guillaumé, thèse précitée, pp. 291 ss.,

¹⁵⁹¹ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », précité, Cours général », RCADI, tome 341, 2009, p. 119

¹⁵⁹² Le principe de non-discrimination peut notamment être mis en balance avec l'article 8 de la CEDH, dont l'interprétation très étendue garantit la stabilité des situations familiales (F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, pp. 276 ss. ; J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, thèse précitée, LGDJ, 2011, pp. 291 ss., n° 748 ss). Ainsi, L. Gannagé s'interroge : « Comment résoudre en effet le conflit entre le droit au respect de la vie familiale du mari, qui commande de reconnaître le mariage polygamique ou la répudiation intervenus à l'étranger et le droit à l'égalité que ne manquera pas d'invoquer son épouse sur le fondement de l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention ? » (L. Gannagé, *op. cit.* ? p. 377)

Les objectifs d'harmonie internationale des solutions, le respect des prévisions légitimes des parties, les revendications relatives au respect de l'identité culturelle¹⁵⁹³ vont aussi lui faire obstacle.

Ainsi, le contrôle de proportionnalité a une dimension à la fois verticale (mise en balance des intérêts privés et de l'intérêt général), mais aussi horizontale : il peut donner lieu à un conflit entre deux droits fondamentaux¹⁵⁹⁴. Dans cette dernière dimension, l'ordre public familial se construisant sur la notion de droit subjectif, les conflits d'intérêt entre les différents droits subjectifs risquent de se multiplier : droits de l'enfant héritier contre liberté testamentaire du défunt, liberté contractuelle des époux contre droit du conjoint à la prestation compensatoire, etc. Dans la dimension verticale, le risque que le contrôle de proportionnalité tourne systématiquement en faveur du droit au respect de la vie privée de l'individu au détriment des intérêts collectifs que l'Etat défend n'a aussi pas manqué d'être relevé¹⁵⁹⁵.

Le principal souci en la matière est donc de trouver le juste équilibre. Il semble que cela soit ce que la Cour de cassation commence à rechercher en droit international privé patrimonial de la famille.

566. *L'apparition du contrôle « international » de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation.* – L'arrêt précité du 1^{er} décembre 2010¹⁵⁹⁶ pourrait sembler contenir les prémices d'un contrôle de proportionnalité en la matière. Pour rappel, il était question en l'espèce de la demande d'exequatur d'un jugement américain qui condamnait un fabricant français à des dommages-intérêts punitifs très élevés¹⁵⁹⁷. Ceux-ci étant prohibés en droit français, le fabricant invoquait la contrariété du jugement à l'ordre public international, ce qu'admit la Cour de cassation. Elle jugea que « si le principe d'une condamnation à des dommages- intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement

¹⁵⁹³ v. J. Deprez, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in M.-C. Foblets (dir), *Famille, Islam, Europe, le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 60-61 et s.

¹⁵⁹⁴ S. Godechot-Patris donne l'exemple de l'arrêt Pascaud (CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c/ France, D. 2011, p. 1229, obs. H. Gaudemet-Tallon,) dans lequel la Cour a arbitré le conflit entre le droit de l'enfant à connaître ses origines et le droit du père de ne pas subir de test génétique contre sa volonté éclairée (« Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation (...) », op. cit.)

¹⁵⁹⁵ S. Godechot-Patris, *Ibid*, p. 780

¹⁵⁹⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 2010, D. 2011, p.423, obs. I. Gallmeister ; D. 2011, p.423, note F.-X. Licari ; D. 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2011, p.317, note P. Rémy-Corlay; RTD civ. 2011, p.122, obs. B. Fages ; Rev.crit.DIP 2011, p.93, note H. Gaudemet-Tallon; JCP 2011, p.140, note J. Juvenal ; JCP 2011, p.415, obs. P. Stoffel-Munck.

¹⁵⁹⁷ Plus d'un million de dollars, en plus de la réparation du préjudice

lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». Autrement dit, la condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas contraire à l'ordre public international, sauf si le montant octroyé est exagéré, c'est-à-dire disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur.

Bien que l'idée de « proportion » ressorte de l'arrêt, il est toutefois difficile de rapprocher le raisonnement fait par la Cour de celui fait en matière de contrôle de proportionnalité. En effet, il ne s'agit pas tellement ici de mettre en balance les intérêts en présence. La contrariété à l'ordre public international semble davantage résulter de l'appréciation *in concreto* du jugement étranger¹⁵⁹⁸. En mettant à la charge du débiteur un montant exorbitant, il se révèle inique¹⁵⁹⁹.

567. Ainsi qu'il a déjà été dit, le contrôle « international » de proportionnalité va plus loin qu'une « simple appréciation *in concreto* de la norme étrangère »¹⁶⁰⁰. Madame Godechot-Patris parle à cet égard d'un contrôle de conformité à l'ordre public « enrichi »¹⁶⁰¹ : sous couvert d'une appréciation *in concreto*, le juge apprécie les intérêts en présence, il met en balance la loi étrangère avec la loi du for et les droits fondamentaux¹⁶⁰².

568. Une invitation au contrôle de proportionnalité pourrait se trouver derrière l'arrêt du 8 juillet 2015 rendu par la première chambre civile en matière de prestation compensatoire¹⁶⁰³.

La Cour de cassation reproche dans cet arrêt à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « **de**

¹⁵⁹⁸ Sur l'appréciation *in concreto* des jugements, cf. *supra* n°65

¹⁵⁹⁹ Sur l'équité, défendue par l'ordre public international, cf. *nos développements* n°460 ss.

¹⁶⁰⁰ En ce sens, B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, D. 2016, p. 1477 (pour une analyse de l'arrêt cf. *infra*) ; cet arrêt est en effet révélateur des similitudes entre le contrôle de proportionnalité et l'appréciation *in concreto* de la loi étrangère dans le contrôle de conformité à l'ordre public. Le CE relève en effet l'existence de liens réels avec l'Espagne (nationalité de l'épouse, lieu de sa nouvelle résidence, lieu de l'AMP), apprécie les conséquences concrètes de l'application du droit français et les met en balance avec les principes de la CEDH.

¹⁶⁰¹ « Il faut s'assurer au cas particulier que la disposition étrangère qui poursuit un but légitime ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés dont la Convention EDH assure la protection. Le contrôle ne porte donc pas sur la disposition elle-même mais sur son application. Techniquement, rien ne devrait s'opposer à ce que le contrôle de proportionnalité s'exerce sous couvert d'ordre public : au-delà du fait qu'un tel contrôle doit en principe s'opérer *in concreto*, la mise en œuvre de l'ordre public atténué repose sur une mise en balance des intérêts en présence. Peu importe à cet égard que la disposition soit *in abstracto* conforme à l'ordre public : justement l'objet même du contrôle *in concreto* de l'ordre public c'est de permettre de conclure qu'une disposition *a priori* conforme à l'ordre public peut au cas particulier conduire à un résultat contraire à l'ordre public. (...) Le contrôle *in concreto* se trouverait ainsi enrichi puisque le résultat de l'application de la loi étrangère serait ainsi mis en balance non seulement avec la loi du for mais aussi avec les droits protégés par la CEDH » S. Godechot-Patris, , « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation : quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 787

¹⁶⁰² En ce sens, S. Godechot-Patris, *Ibid*

¹⁶⁰³ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015 (précité), n° 14-17.880, D. 2015. 1539; AJ fam. 2015. 492, obs. A. Boiché; JCP 2015. 1024, note E. Fongaro; JDI 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; RJPF, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris

manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français». L'appréciation *in concreto* de la loi étrangère n'aurait-elle en effet pas permis une mise en balance des intérêts en présence ?¹⁶⁰⁴ D'un côté, l'intérêt de l'époux à ne pas voir bouleversées les prévisions faites aux termes du contrat de mariage (arguments de stabilité et de prévisibilité juridique) et de l'autre l'intérêt de l'épouse réclamant une prestation compensatoire afin de maintenir son niveau de vie, ou au moins de pourvoir à ses besoins ? La Cour de cassation ne donne-t-elle pas ainsi la possibilité de s'interroger sur le caractère proportionné de l'intervention de l'ordre public par rapport au droit à la continuité de sa situation patrimoniale, pouvant notamment être défendue, par l'article 8 de la CEDH¹⁶⁰⁵ ?

569. Un contrôle de proportionnalité pourrait aussi avoir été fait dans les arrêts du 27 septembre 2017¹⁶⁰⁶ rendus à propos de la réserve héréditaire. On peut en effet se demander si la Cour de cassation ne se serait pas prêtée en l'espèce à un contrôle de proportionnalité sous couvert d'une appréciation *in concreto*. Elle énonce qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels ».

Rappelons que l'objectif de l'appréciation *in concreto* de la loi étrangère est de ne pas écarter une loi *in abstracto* contraire à l'ordre public, car la situation à laquelle donne lieu l'application de la loi est finalement conforme à l'ordre public¹⁶⁰⁷. Dès lors, dans le cas de la réserve héréditaire, l'appréciation *in concreto* de la loi californienne devrait signifier que bien qu'elle ignore *in abstracto* l'institution de la réserve, elle est tout de même conforme à l'ordre public international car la réserve des enfants est respectée *in concreto*. Or, ce n'est pas du tout le sens de l'arrêt. La Cour de cassation affirme à l'inverse que la loi américaine est conforme à l'ordre public *in abstracto*, mais appliquée *in concreto*, elle pourrait y être contraire. L'appréciation concrète de la loi semble donner l'occasion à la Cour de cassation de vérifier si les conditions

¹⁶⁰⁴ Pour une analyse de l'arrêt, cf. *supra* n°448 ss

¹⁶⁰⁵ Comp. Civ. 3ème, 17 décembre 2015, n° 14-22095: « Prive sa décision de base légale, la cour d'appel qui, ayant retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite, ordonne l'enlèvement d'ouvrages et de caravanes installés sur un terrain en violation du plan local d'urbanisme, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des propriétaires du terrain et de ces équipements, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

¹⁶⁰⁶ Civ 1ère, 27 septembre 2017, arrêts Jarre et Colombier, précités

¹⁶⁰⁷ Cf. *supra* n°37

de l'ordre public de proximité sont remplies¹⁶⁰⁸. Elle relève en effet des liens de proximité¹⁶⁰⁹. Ceux-ci ne sont cependant pas appréciés par rapport au for, mais par rapport aux Etats-Unis. S'il s'agit de la mise en œuvre d'un ordre public d'éloignement¹⁶¹⁰, la Cour de cassation aurait dû constater que la situation était éloignée du for et que les faibles liens avec la France ne permettaient pas de faire jouer l'exception d'ordre public. Or, ce n'est pas ce qu'elle a fait ; comme le fait remarquer un auteur, elle n'a pas recherché s'il existait des liens de proximité avec le for mais avec quel ordre juridique la situation avait les liens « les plus forts »¹⁶¹¹. Autrement dit, elle est entrée dans une appréciation comparative des liens entre les deux ordres juridiques. Les critères de proximité n'apparaissent en outre pas suffisants, puisque la Cour relève également que les enfants ne se trouvaient pas dans une situation de précarité économique et de besoin¹⁶¹². Un intérêt est également porté au facteur temporel puisque la Cour de cassation relève dans l'arrêt *Colombier* que la durée de résidence du défunt aux Etats-Unis avait duré plus de 30 ans¹⁶¹³. Le même constat est fait dans l'arrêt *Jarre* : « le dernier domicile du défunt est situé dans l'Etat de Californie, (...) ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux Etats-Unis, où son installation était ancienne et durable et (...) les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin »¹⁶¹⁴. Ne s'agirait-il donc pas finalement d'une mise en balance des intérêts en présence à travers divers facteurs (spatial, temporel, matériel, intérêt du père d'exercer sa liberté testamentaire, respect de ses prévisions légitimes sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH, contre droits réservataires et alimentaires des enfants), autrement dit d'un contrôle de proportionnalité¹⁶¹⁵ ?

¹⁶⁰⁸ En ce sens, Cf. *infra* n°612

¹⁶⁰⁹ *Ibid*

¹⁶¹⁰ En ce sens, J. Guillaumé, note sous arrêts du 27 septembre 2017, D. 2017 p. 2185

¹⁶¹¹ « En effet, jusqu'à présent, le titre à intervenir de l'exception de l'ordre public en cas de non-conformité matérielle, résidait dans l'existence de liens de proximité avec l'Etat du for. Cette exigence de proximité n'allait cependant pas jusqu'à requérir que ces liens fussent les plus forts. Or, en l'occurrence, les disposants avaient conservé la nationalité française en dépit de leur expatriation et ils l'avaient transmise à leurs enfants ; de plus, les biens sur lesquels les enfants exclus prétendaient droit étaient, certes incorporels - parts de SCI, comptes ouverts auprès de sociétés de recouvrement de droits d'auteurs compositeurs -, mais localisés en France et soumis au droit français. Les arrêts innovent ainsi lorsque taisant cette fidélité à la patrie d'origine, ils privilégient les liens avec la Californie - qui justifient la désignation de la loi californienne - au détriment des liens avec la France qui pourtant étaient nettement caractérisés. » (B. Ancel, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », rev. Crit. DIP, 2018, p. 87)

¹⁶¹² « L'arrêt relève qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des consorts X..., tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin » (arrêt *Colombier*, n°16-13.151)

¹⁶¹³ « que Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis »

¹⁶¹⁴ Arrêt *Jarre*, n° 16-17.198

¹⁶¹⁵ V. en ce sens, K. Bihannic, thèse précitée, p. 374 : « il semble possible d'interpréter cette décision comme une mise en œuvre du principe de proportionnalité au stade de la création de la situation. On comprendrait alors pourquoi la Cour de cassation s'efforce de comparer la situation du de cujus et celle des enfants. La solution s'efforcerait *in fine* de comparer

Il y a certes toujours eu une part de proportionnalité dans le contrôle de conformité de la norme étrangère à l'ordre public¹⁶¹⁶, mais il faut admettre qu'en l'espèce, celui-ci n'est pas classique. La nouveauté tient à la nature des « circonstances particulières » relevées - elles sont à la fois spatiales et temporelles - ; et à la norme de référence – la proximité n'est pas appréciée par rapport au for mais par rapport à l'ordre juridique étranger -. L'ombre du contrôle de proportionnalité semble donc planer au-dessus de la décision de la Cour de cassation...

Un tel contrôle est-il néanmoins opportun au stade de la constitution de la situation juridique ?

b) L'opportunité du contrôle de proportionnalité au stade de la constitution de la situation juridique

570. Si le contrôle de proportionnalité présente sans doute un réel intérêt, notamment lorsque les parties ont exprimé une volonté (1), un accueil réservé doit lui être fait au stade de la constitution de la situation juridique, étant donné les dérives auquel il peut aboutir (2).

1. L'intérêt du contrôle

571. Quel avantage aurait ici le contrôle de proportionnalité par rapport à une mise en œuvre classique de l'ordre public plein, sachant que ledit contrôle peut être envisagé au sein même du mécanisme de l'exception d'ordre public, ou parallèlement à celui-ci¹⁶¹⁷?

572. L'objectif du contrôle de proportionnalité dans un contexte international est de protéger les droits fondamentaux. Or, ceux-ci peuvent être atteints dans deux hypothèses¹⁶¹⁸. Dans la première, l'exception d'ordre public se révélerait inapte à protéger les droits de l'homme, notamment parce que le mécanisme exigerait des liens de proximité avec le for pour jouer¹⁶¹⁹: lorsque ceux-ci existent, l'exception serait déclenchée et le droit fondamental préservé ; en

les différents intérêts en présence. D'un côté la volonté du père d'exhérer ses enfants et l'absence de logique frauduleuse liée à son cadre de vie habituel ; de l'autre côté, les intérêts financiers des enfants ».

¹⁶¹⁶ En ce sens, B. Haftel, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », D. 2016, p. 1477

¹⁶¹⁷ Sur cette distinction, cf. *infra*, n°682 ; v. aussi. R. Legendre, *Droit fondamentaux et droit international privé*, Thèse Paris II, sous la direction de L. Gannagé, 2018, p. 344, n°405 et s.

¹⁶¹⁸ Hypothèses d'intervention de « l'exception droits fondamentaux » mises en avant par R. Legendre dans sa thèse, *Droit fondamentaux et droit international privé*, Thèse Paris II, sous la direction de L. Gannagé, 2018, p. 354, n°416 et s.

¹⁶¹⁹ En ce sens, R. Legendre, *Droit fondamentaux et droit international privé*, Thèse Paris II, sous la direction de L. Gannagé, 2018, not. p. 347, n°349

revanche, en l'absence de proximité, le respect des valeurs étrangères primerait sur celles du for et l'exception d'ordre public serait neutralisée. Il en résulterait donc inévitablement une discrimination entre ceux ayant pu justifier d'un lien (par leur nationalité, ou leur résidence habituelle)¹⁶²⁰ et les autres¹⁶²¹. Nous avons toutefois vu que face aux droits fondamentaux, seul l'ordre public plein devait selon nous être mis en œuvre, l'ordre public de proximité n'étant pas justifié¹⁶²². Il en résulte donc, au contraire, une protection maximale, sans réserves, de ces droits, grâce à l'exception d'ordre public.

573. Cette protection inconditionnelle des droits fondamentaux se trouve toutefois à l'origine de la deuxième critique faite à l'exception d'ordre public, justifiant la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. L'ordre public international, et surtout l'ordre public plein, manque de « nuances », c'est un « système du tout ou rien¹⁶²³. Or, la mise en œuvre mécanique de l'exception d'ordre public peut parfois porter atteinte à un autre droit fondamental. C'est l'hypothèse d'un conflit de droits fondamentaux : l'application de la norme étrangère porte directement atteinte au droit fondamental protégé par le for, mais le jeu de l'exception d'ordre public aboutit à en violer un autre, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le contrôle de proportionnalité permettrait dès lors de mettre en balance les différents intérêts en présence pour sortir de ce conflit. Un auteur illustre ce cas de figure à l'aide des contentieux en matière de répudiation islamique : « le principe d'égalité des époux peut être invoqué pour s'opposer à la reconnaissance de ces jugements. A l'inverse, le droit au respect de la vie privée et familiale peut motiver leur reconnaissance. Ce conflit de droits fondamentaux sera alors départagé par la technique de proportionnalité. Le juge sera amené à se demander si la reconnaissance de la répudiation litigieuse est adéquate, nécessaire et proportionnée stricto sensu au regard des intérêts en conflits. La dissociation des droits fondamentaux de l'ordre public international permet ainsi d'éviter la limitation spatiale du champ d'application du principe d'égalité des époux tout en réservant la possibilité de prendre en considération, en fonction des circonstances

¹⁶²⁰ Sur l'appréciation de la proximité, cf. *infra*, n°608 ss.

¹⁶²¹ « L'exigence d'un lien qualifié avec le for constitue un facteur de discriminations inacceptable », « bien qu'il incarne une violation du principe de l'égalité de l'homme et de la femme, le jugement de répudiation islamique peut produire des effets en France si les époux n'ont pas élu domicile sur le territoire d'un Etat partie à la CEDH ou n'ont pas la nationalité française. L'ordre public de proximité peut en outre conduire à appliquer une loi discriminatoire envers l'enfant qui n'a pas la chance d'être né ou de vivre en France mais qui cherchait, en vain donc, à établir sa filiation à l'égard d'un Français. La protection de la personne humaine n'est donc pas toujours assurée par l'ordre public international », R. Legendre, *Droit fondamentaux et droit international privé*, Thèse Paris II, sous la direction de L. Gannagé, 2018, p. 347, n°349

¹⁶²² Cf. *supra*, n°538 ss.

¹⁶²³ « L'utilisation du contrôle de proportionnalité en droit international privé permettrait de sortir du système du tout ou rien dans lequel l'exception d'ordre public international s'est enlisée », R. Legendre, *op. cit.*, p. 339, n°400

du litige, l'intérêt commun des parties au respect de leurs prévisions à travers l'article 8 de la CEDH »¹⁶²⁴. Les objectifs d'harmonie internationale des solutions et de respect des prévisions légitimes des parties invitent en effet à relativiser l'intervention de l'exception d'ordre public ; et le contrôle de proportionnalité permet de s'assurer que le déclenchement de l'exception d'ordre public constitue « la mesure la moins intrusive et était nécessaire dans le cas d'espèce »¹⁶²⁵.

574. Toutefois, même si on admet que les droits fondamentaux sont indifférents à la nature des normes qui leur portent atteinte (loi ou décision étrangère)¹⁶²⁶, il nous semble que l'article 8 de la Convention EDH, très largement en cause dans les cas de conflits de droits fondamentaux, a davantage vocation à être invoqué au stade de la reconnaissance d'une situation juridique qu'au stade de sa constitution.

575. En effet, si le respect des prévisions légitimes des parties peut prévaloir sur les valeurs du for lorsque la situation est déjà constituée à l'étranger, cette logique est beaucoup moins évidente lorsqu'elle ne l'est pas encore¹⁶²⁷. Les exigences de continuité des situations juridiques, préservation des droits acquis, défendues par l'article 8 se font en effet moins fortes au stade de constitution de la situation¹⁶²⁸. Celle-ci n'existant pas encore, elle n'a en principe pas créé de prévisions légitimes dans l'esprit des parties. La protection des valeurs du for (telles

¹⁶²⁴ R. Legendre, op. cit. n°418

¹⁶²⁵ T. Marzal Yetano, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law", *Journal of Private International Law*, Volume 6, 2010, Issue 1, p. 155-193, spéc. p.167 et s. ; cité par K. Bihannic, Thèse précitée, p. 371

¹⁶²⁶ En ce sens, R. Legendre, op. cit., p. 126, n°138 : « Alors que le droit international privé envisage les contentieux civils internationaux en des termes différents selon que sont mises en causes dans le for des règles ou des décisions, le prisme des droits fondamentaux reste indifférent à la nature des normes en conflit. (...) Peu importe que la mesure étatique attaquée ait appliqué une règle ou reconnu une décision étrangère. Seules les valeurs qu'elle défend sont prises en considération. Partant, la mise en cause dans le for d'un point de vue étatique étranger abstrait n'engendre pas de problème de nature différente que l'interférence d'un point de vue étatique étranger concret. Conflit de lois et conflit de juridictions sont pareillement envisagés sous la forme d'un conflit de valeurs »

¹⁶²⁷ En ce sens, S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation : quelles conséquences en droit international privé ? », op. cit., p. 780

¹⁶²⁸ En ce sens, L. Gannagé, Cours précité : « Lorsque la situation familiale est appelée à être créée dans le for, que son existence dépend en quelque sorte de l'intervention du juge ou de l'officier de l'état civil, la protection des valeurs fondamentales du for est alors inconditionnelle, l'objectif de justice matérielle est poursuivi, à l'état pur, sans interférence aucune de la justice de droit international privé. En revanche, lorsque la situation existe déjà à l'étranger, la protection des valeurs du for doit se combiner avec l'exigence de sécurité juridique et la prévisibilité des solutions. Elle peut de ce fait être amoindrie au terme d'une appréciation qui tient compte, on l'a vu, de différents facteurs : l'ancienneté de la situation, l'importance des valeurs violées ou l'intensité de leur violation. » (p. 356-357) ; « Il apparaît que justice matérielle et harmonie internationale des solutions ont vocation à être envisagées, au stade de la constitution des situations juridiques, au sein d'un rapport hiérarchique qui joue au bénéfice de la justice matérielle. Ce rapport hiérarchique devrait céder le pas à un rapport de proportionnalité qui se déploierait sur le seul terrain de la reconnaissance des situations ou des décisions » (p. 391)

que le principe de non-discrimination) devrait par conséquent toujours l'emporter aux termes de la mise en balance¹⁶²⁹.

576. L'affirmation mérite peut-être, néanmoins, d'être nuancée dans le cadre des relations familiales patrimoniales. L'autonomie de la volonté, synonyme de sécurité et stabilité juridique¹⁶³⁰, occupe en effet en droit patrimonial de la famille une place grandissante, tant en droit interne qu'en droit international¹⁶³¹. Le besoin de prévisibilité juridique se fait d'autant plus ressentir en ce domaine que les parties ont souvent « planifié » le règlement de leur succession ou de leur divorce, au moyen d'un testament ou d'une convention. La matière étant plus « juridique » que « judiciaire », les parties peuvent sans doute s'attendre à une stabilité plus grande. Bien que l'on ne puisse pas encore parler à ce stade de « droit acquis »¹⁶³², il existe de la part des intéressés une véritable espérance légitime de sécurité juridique et d'efficacité de leurs actes, fondée sur les dispositions de la loi étrangère. Or, dans ce cas de figure, l'exception d'ordre public a vocation à remettre en cause non seulement l'application de la loi étrangère, mais aussi l'acte de volonté édicté sur son fondement. Il pourrait par conséquent être utile de différencier les lois étrangères qui ignorent par principe tout mécanisme d'entretien de l'enfant ou de l'époux dans le besoin¹⁶³³, et les lois étrangères qui permettent une renonciation par le créancier à la prestation¹⁶³⁴. Une même distinction peut être faite entre les lois étrangères qui heurtent de front les principes fondamentaux tels que la liberté religieuse ou l'égalité des sexes, et celles qui permettent au disposant, sur le fondement de la liberté testamentaire, de porter atteinte à ces mêmes principes. Dans le cadre d'une succession *ab intestat*, le *de cujus* n'a pas fait de prévisions particulières, il a laissé le législateur se substituer à sa volonté et décider du sort de ses biens. Seule la loi étrangère est en cause et l'ordre public international peut donc

¹⁶²⁹ « Selon les préjudices et les bénéfices occasionnés par la mesure étatique attaquée, la technique de proportionnalité privilégiera l'intérêt de la personne ou l'intérêt de l'ordre juridique étatique, la continuité des situations juridiques ou la cohésion de l'ordre interne. » (R. Legendre, *op. cit.*, n°279, p. 225). Or, au stade de la constitution, la cohésion de l'ordre interne devrait toujours être privilégié.

¹⁶³⁰ « L'autonomie de la volonté est un outil qui assure la prévisibilité des solutions et qui est donc synonyme de sécurité et de stabilité juridique », E. Gallant et F. Jault-Seseke, « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, *op. cit.*, n°21, p. 231

¹⁶³¹ « Naguère limitée au droit international privé des contrats, la volonté désignatrice s'étend bien au-delà de cette frontière originaire » D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de loi », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 287

¹⁶³² *Cf. infra spéc. n°627*

¹⁶³³ Comme c'est le cas dans l'arrêt précité de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 juillet 1992 (Civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, Rev. Crit. DIP, 1993. 269, note P. Courbe, *D.* 1993. 476, note K. Saïdi, *JCP G* 1993. II. 22138, note J. Déprez, *Defrénois*, 1993. 292, note J. Massip)

¹⁶³⁴ Comme c'est le cas dans l'arrêt précité de la première chambre civile du 8 juillet 2015 (Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, *D.* 2015. 1539; *AJ fam.* 2015. 492, obs. A. Boiché; *JCP* 2015. 1024, note E. Fongaro; *JDI* 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; *RJPF*, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris)

dans ces circonstances intervenir dans son acception la plus forte pour protéger les valeurs du for. Dans une succession testamentaire en revanche, le défunt a exprimé un choix, fait des prévisions, sous l'empire de la loi étrangère. Si c'est bien cette loi étrangère, permettant cet acte de volonté, que contemple l'exception d'ordre public et non l'acte en lui-même¹⁶³⁵, on ne peut complètement faire fi de la volonté du disposant dans notre appréciation. Il semble qu'il faille prendre en compte, dans une certaine mesure, les prévisions du défunt. Or, ces considérations semblent possibles aux termes d'une appréciation *in concreto* de la loi étrangère, au sein de laquelle pourrait s'opérer un contrôle de proportionnalité, une mise en balance entre les valeurs du for et les prévisions légitimes des parties. Ainsi, quand une volonté s'est manifestée au stade de la constitution de la situation juridique, le régime de l'exception d'ordre public pourrait la prendre en compte.

577. Une loi étrangère qui laisse une grande liberté contractuelle ou testamentaire aux individus doit tout d'abord alerter, elle est *in abstracto* « suspecte »¹⁶³⁶. L'éventuelle contrariété à l'ordre public apparaîtra aux termes d'une appréciation *in concreto*, permettant de considérer les effets de l'acte de volonté exprimé par le défunt ou les parties. L'exception d'ordre public n'interviendrait cependant qu'à l'issue d'une mise en balance des intérêts du for, la préservation de ses valeurs d'un côté, avec les exigences de prévisibilité et de sécurité juridique de l'autre.

578. A travers ce contrôle, c'est en fait l'efficacité du pouvoir de la volonté qui est questionnée, il s'agit de se demander jusqu'où peut aller l'autonomie de la volonté¹⁶³⁷, quelle force lui donner et dans quelle mesure l'ordre juridique du for peut lui faire obstacle. C'est donc bien une pesée, une mise en balance des intérêts en présence qu'il faut effectuer. Il semble en effet que les exigences de l'ordre public doivent ici composer avec les légitimes prévisions des parties et leur besoin de prévisibilité juridique¹⁶³⁸.

¹⁶³⁵ Cf. *supra*, n°359

¹⁶³⁶ Cf. *supra*, n° 90 ss.: cette loi n'est pas « neutre » et permet parfois d'aboutir à des situations contraires à l'ordre public

¹⁶³⁷ Sur ce thème, v. H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 261

¹⁶³⁸ L'ordre public de proximité classique permet aussi de relativiser le jeu de l'exception au stade de la constitution (quand les droits fondamentaux ne sont pas en cause, cf. *supra* n°536). Propice à la protection individuelle, son approche est elle aussi « nominaliste » ou empirique, c'est-à-dire qu'il fonctionne au cas par cas. Il s'accorde lui aussi bien avec l'approche *in concreto* de la loi étrangère. Toutefois, même si l'ordre public de proximité présente un intérêt certain dans ce cas de figure, le contrôle de proportionnalité en présente peut-être davantage encore. Il permet de prendre en compte d'autres facteurs déterminants : non seulement le facteur personnel, mais aussi le facteur temporel et spatial.

Avec le contrôle de proportionnalité, l'usage de l'ordre public apparaît ainsi équilibré, notamment lorsqu'un acte de volonté a été exprimé. Il n'est toutefois pas sans inconvénient.

2. Les dérives du contrôle

579. Le contrôle de proportionnalité présente plusieurs inconvénients au stade de la constitution juridique, que celui-ci s'opère au sein même du mécanisme de l'exception d'ordre public, ou en dehors de celui-ci, par le biais d'une « exception droits de l'homme »¹⁶³⁹.

580. *Le contrôle de proportionnalité intégré au mécanisme de l'exception d'ordre public.-*

Avant de faire jouer l'exception d'ordre public, il est tout d'abord nécessaire de mettre en œuvre la règle de conflit. Or, l'examen de la jurisprudence démontre que le contrôle de proportionnalité a tendance à éclipser le raisonnement conflictuel. Si cela importe peu au moment de la reconnaissance, puisqu'on ne contrôle plus à ce stade la loi appliquée¹⁶⁴⁰, il en est tout autrement au stade de la constitution de la situation. Le mécanisme de l'exception d'ordre public n'est en effet pas sensé effacer le raisonnement conflictuel, il s'y ajoute, il intervient par exception en cas de non-conformité de la loi désignée par la règle de conflit aux valeurs essentielles du for.

581. Les arrêts du 27 septembre 2017 sur la réserve héréditaire illustrent l'absorption du raisonnement en termes de conflit de lois par le raisonnement proportionnel. Pour justifier l'intervention de l'exception d'ordre public, la Cour de cassation a effet recherché quelle était la loi qui présentait les liens les plus significatifs ou les plus étroits avec la situation¹⁶⁴¹. Il a ainsi été démontré qu'elle raisonnait de cette manière davantage en termes de conflit de lois plutôt qu'en termes d'exception d'ordre public¹⁶⁴². A travers un raisonnement comparatif, la

¹⁶³⁹ Proposée par R. Legendre, op. cit. spéc. p. 354, n°416

¹⁶⁴⁰ Arrêt *Cornelissen*, précité, Cass. 1re civ. , 20 févr. 2007, n° 05-14.082: Rev. crit. DIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; LPA 2007, n° 102, p. 15, note C. Lecuyer ; Gaz. Pal. 3 mai 2007, n° 123, p. 2, note M.-L. Niboyet

¹⁶⁴¹ au moyen de plusieurs facteurs : spatial, temporel, matériel, cf. *supra*

¹⁶⁴² v. B. Ancel, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 87 : « La Cour paraît raisonner à propos de l'exception d'ordre public en termes de conflit de lois, domaine dans lequel l'emporte en effet la loi avec laquelle la situation entretient les liens les plus significatifs ou les plus étroits. Cette perception est intéressante en ce qu'elle traduit l'adhésion à un point de vue pour ainsi dire supra national, selon lequel, si important que puisse être l'écart qui les sépare, les vues du droit étranger sont réputées a priori aussi légitimes que celles du droit du for et donc placées en une concurrence que seule le recours à la proximité pourra arbitrer. En ne privilégiant plus la défense des valeurs matérielles du droit du for, la Cour modifie la fonction de l'exception d'un ordre public plus international que jamais. L'innovation aura sa contrepartie qui sera l'alourdissement de la tâche du juge, appelé à entrer dans des calculs comparatifs que rendra délicats l'extrême et toujours grandissante diversité de la configuration des causes qui leur seront soumises. Il

Cour de cassation ne recherche pas tant à préserver les valeurs du for mais à désigner la loi la plus adaptée à la situation¹⁶⁴³. Elle modifie ainsi le rôle de l'exception d'ordre public. Le risque est donc de remettre en cause la règle de conflit qui avait déjà désigné la loi applicable à la situation. Dès lors, alors que le contrôle de proportionnalité garantissait une certaine sécurité juridique aux justiciables au stade de la reconnaissance, c'est l'effet contraire qui se produit au stade de la constitution. L'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique est loin d'être atteint, puisqu'en s'engageant sur une réflexion en termes d'opportunité, la Cour de cassation anéantit le raisonnement conflictuel préalable¹⁶⁴⁴. Le contrôle donne finalement lieu à une pesée des intérêts en présence¹⁶⁴⁵ qui absorbe l'ensemble du raisonnement conflictuel¹⁶⁴⁶, ce qui est préjudiciable aux prévisions juridiques des justiciables.

582. La jurisprudence du Conseil d'Etat a essuyé les mêmes critiques. Dans un arrêt en date du 31 mai 2016 rendu en matière de transfert d'embryons post-mortem¹⁶⁴⁷, il a été reproché aux juges du Palais Royal d'avoir nié les méthodes du droit international privé. En l'espèce, le Conseil d'Etat avait été saisi d'un référé liberté à l'encontre d'une décision de l'Assistance Publique – Hôpitaux de Paris, dans laquelle cette dernière avait refusé à une espagnole domiciliée en Espagne le transfert en Espagne des gamètes de son époux italien décédé. La

en résultera une aggravation des incertitudes pour les justiciables à qui la contrariété évidente de l'institution étrangère et les liens caractérisés avec le for ne garantiront plus le succès de l'exception ».

¹⁶⁴³ La méthode rappelle celle de *balancing approach*, opérée par les juridictions américaines, dont un arrêt *Renard* rendu par le Tribunal de New York en 1981 offre une illustration (Cité par P. Lagarde, *Ibid*, p. 114). En l'espèce, une française, ayant résidé à New-York pendant 30 ans et ayant acquis la nationalité américaine, était retournée vivre en France et y décéda six ans plus tard. Elle laissait à sa succession un enfant adoptif domicilié dans l'Etat de Californie et possédant la double nationalité française et américaine. La défunte avait avant de mourir fait un testament par lequel elle léguait l'essentiel de sa fortune (mis à part son appartement sis à Paris qu'elle laissait à son fils) à des œuvres caritatives. Devant les juridictions américaines se posait la question de la loi applicable à la succession. Le fils revendiquait l'application de la loi du dernier domicile de la défunte, soit la loi française, qui lui permettait de réclamer sa réserve égale à la moitié de sa succession. La Cour de New-York ne statua pas en ce sens. « Dans le passage du jugement se référant aux règles générales de conflit de lois, le tribunal rappelle que les juridictions de New York ont abandonné les règles mécaniques de conflit de lois au profit d'une *balancing approach*. Il procède en conséquence à une comparaison des intérêts des lois en conflit en fonction des points de contact qu'elles présentent avec la situation. A l'intérêt de l'Etat de New York à voir consacrer le principe de la liberté testamentaire, s'oppose l'intérêt de la loi française à protéger la réserve héréditaire. Mais en l'espèce, le premier doit l'emporter sur le second, étant donné la longue résidence de la testatrice aux Etats-Unis et le fait que le fils adoptif n'a ni domicile ni résidence en France » (P. Lagarde, *Ibid* ; v. aussi l'arrêt *Babcock v. Jackson*, rendu par la Cour d'appel de New York le 9 mai 1963 (*Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473 N.Y. 1963) dans lequel la même méthode est utilisée pour écarter la *lex loci delicti* (loi canadienne) au profit de la loi new yorkaise qui paraissait plus légitime à s'appliquer).

¹⁶⁴⁴ « En s'engageant sur une réflexion en termes d'opportunité au stade de la constitution de la situation, le mécanisme défensif risque de perdre son caractère d'exception pour devenir un simple outil de détermination de la loi applicable à la situation » K. Bihannic, thèse précitée, n°746

¹⁶⁴⁵ C'est en effet l'objectif du contrôle de proportionnalité, il consiste à « mettre sur un même pied les différents intérêts en cause et s'efforcer de ne sélectionner celui qui doit prévaloir qu'en raison des spécificités du cas d'espèce » K. Bihannic, *Ibid*, n°749

¹⁶⁴⁶ K. Bihannic, *Ibid*, n°746

¹⁶⁴⁷ CE, 31 mai 2016, D. 2016. 1204, obs. M.-C. de Montecler ; AJDA 2016. 1092, D. 2016, p. 1477, B. Haftel

décision s'appuyait sur les articles L. 2141-2 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique qui prohibent l'insémination post-mortem et leur exportation. Le Conseil d'Etat, confrontant ces dispositions à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, a considéré qu'au regard des circonstances particulières de l'espèce, l'application de ces règles au cas présent porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, et a autorisé la transmission des gamètes aux fins d'insémination post mortem en Espagne (ce qu'autorise le droit espagnol). Une telle démarche revêt sans nul doute les caractères d'un contrôle casuistique de proportionnalité¹⁶⁴⁸. Néanmoins, opérant de la sorte, un auteur commentant l'arrêt n'a pas manqué de relever que le Conseil d'Etat avait occulté la dimension internationale de la situation¹⁶⁴⁹. La question préalable de la loi applicable à l'insémination post-mortem aurait dû être posée au préalable : s'agissait-il de la loi française qui la prohibe ou de la loi espagnole qui l'autorise ? S'il s'agissait de la loi espagnole, était-elle conforme à l'ordre public international français ? Tant la méthode du conflit de lois que le mécanisme de l'exception d'ordre public ont cependant été écartés, le Conseil d'Etat lui préférant la méthode du « principe/exception », raisonnement tout à fait inhabituel en droit international privé. Il a ainsi été observé qu'« en éclipsant la méthode du conflit de lois au profit d'un contrôle casuistique de proportionnalité, la règle au profit de l'équité au cas d'espèce, le Conseil d'État (était) en réalité revenu à l'âge de pierre »¹⁶⁵⁰.

583. S'il doit y avoir contrôle de proportionnalité, celui-ci doit donc être strictement encadré : il ne devrait pas s'agir à travers lui de remplacer tout raisonnement en termes de conflit de lois ou de superposer deux raisonnements conflictuels, mais de mettre en balance, une fois la loi applicable désignée, les conséquences de celle-ci sur l'ordre juridique du for (en termes de respect des valeurs internes notamment) et les effets d'une éventuelle non application des prévisions des parties (le disposant pouvait-il légitimement se fier aux dispositions de la loi étrangère ? quelles sont les conséquences concrètes d'une éventuelle remise en cause ? etc.)¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁸ « il s'agit bien d'écarter *in casu* la stricte application d'une règle dont la conventionalité intrinsèque n'est pas remise en cause, au motif qu'en l'espèce cette application porterait une atteinte grave et manifestement excessive à une liberté fondamentale, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et familiale de la demanderesse tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme » (H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », D. 2016, 1472)

¹⁶⁴⁸ En ce sens, B. Haftel, D. 2016, p. 1477

¹⁶⁴⁹ B. Haftel, D. 2016, p. 1477

¹⁶⁵⁰ B. Haftel, op. cit., D. 2016, p. 1477

¹⁶⁵¹ Dans les affaires *Jarre* et *Colombier*, le de cujus était non seulement français et laissait des biens et des héritiers en France, mais avait aussi cherché à éviter l'application des dispositions françaises en mettant ses biens en société ou dans

584. Le contrôle de proportionnalité prendrait ainsi place au sein du contrôle *in concreto* de la conformité de la loi étrangère¹⁶⁵². Le mécanisme de l'exception d'ordre public serait alors enrichi du contrôle de proportionnalité. Ordre public plein et contrôle de proportionnalité partagent en effet un même but, celui de la protection des droits fondamentaux. Les raisonnements seraient d'ailleurs dans les deux cas, selon les auteurs, similaires : « le développement du contrôle de proportionnalité exercé dorénavant devant les juridictions nationales en cas d'atteinte à un droit fondamental (...) se concilie parfaitement avec la nécessité d'une appréciation *in concreto* de la contrariété à l'ordre public international »¹⁶⁵³ ; dans les deux mécanismes, ce n'est en effet pas l'énoncé abstrait de la norme étrangère qui serait évalué mais son application concrète au cas d'espèce¹⁶⁵⁴. On a toutefois vu que face aux droits fondamentaux, l'exception d'ordre public devait porter une attention particulière à l'appréciation abstraite de la loi étrangère¹⁶⁵⁵ : l'ordre public plein oppose en effet un refus de complicité à la loi étrangère qui y porte atteinte, elle la condamne en son principe. Ce n'est donc pas tellement le résultat auquel aboutit la loi qui dérange mais le principe en lui-même édicté. C'est, comme le dit Madame Hammje « moins la légitimité de la situation étrangère qu'il s'agit d'apprécier que l'efficacité de l'égalité entre époux qu'il s'agit d'assurer dans l'ordre juridique du for »¹⁶⁵⁶. Par conséquent, s'attachant en priorité au résultat concret, le contrôle de proportionnalité se distingue en réalité de l'effet plein de l'ordre public international. Les deux mécanismes n'ont finalement pas la même finalité.

585. ***Le contrôle de proportionnalité dissocié du mécanisme de l'exception d'ordre public.***

- Il a néanmoins été proposé de dissocier l'application des droits fondamentaux du mécanisme de l'ordre public international¹⁶⁵⁷. Il s'agirait soit de remplacer la classique exception d'ordre

un trust. Il était donc conscient d'une éventuelle remise en cause de ses prévisions par la législation française. Le jeu de l'exception d'ordre public n'aurait par ailleurs eu lieu qu'en France, sur les seuls biens situés en France (cf. *infra*). Les conséquences de l'éviction de la loi californienne étaient donc plutôt limitées. La balance aurait dès lors pu pencher en faveur des héritiers français, résidant en France, subissant les conséquences de l'exhérédation sur le fondement de la loi américaine, contrairement à tout autre héritier réservataire en France, ce qui n'était donc pas sans conséquence sur la cohérence de l'ordre juridique interne.

¹⁶⁵² J. Guillaumé, « La loi étrangère qui prive l'enfant de son droit à établir sa filiation paternelle est

(en elle-même ?) contraire à l'ordre public international », D. 2017. 2518

¹⁶⁵³ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Lextenso, 6ème éd., 2017, n°395, p. 295

¹⁶⁵⁴ « L'exigence d'un juste équilibre entre les intérêts concurrents est systématiquement appréciée *in concreto* » (R. Legendre, *op. cit.* ; p. 224, n°277).

¹⁶⁵⁵ Cf. *supra*, n°560

¹⁶⁵⁶ P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », in *Travaux du Comité français de droit international privé Années 2006–2008*, Editions Pédone, Paris 2009, p. 153 et s., spéc. p. 159

¹⁶⁵⁷ R. Legendre, *op. cit.*, p. 344 et s., n°405 et s.

public par une « exception droits fondamentaux »¹⁶⁵⁸, soit d'ajouter un nouveau mécanisme dérogatoire, qui interviendrait de façon subsidiaire¹⁶⁵⁹, après la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, pour vérifier que celui-ci n'a pas porté atteinte à un droit fondamental, ou bien à sa place, pour confronter la norme étrangère à un droit fondamental¹⁶⁶⁰. Le contrôle du respect des droits fondamentaux se ferait ainsi dans un nouveau cadre ; celui-ci présente cependant pour l'heure la lacune de ne pas donner de solution concrète au litige une fois l'atteinte au droit fondamental constaté à l'issue du contrôle de proportionnalité. Par quoi remplacer la loi étrangère évincée ? Ainsi qu'il a déjà été dit, les droits fondamentaux ne sont pas suffisamment précis pour régir une situation particulière¹⁶⁶¹.

586. Un problème de sécurité juridique se pose par ailleurs. Elle tient à l'auteur du contrôle de proportionnalité, et à l'imprévisibilité juridique à laquelle est susceptible d'aboutir ce contrôle. La mise en balance des intérêts en présence a toujours été envisagée devant un prétoire. Or, en droit patrimonial de la famille, notamment en droit des successions ou droit des régimes matrimoniaux, la première personne confrontée à la norme étrangère n'est pas le juge mais le notaire. S'il peut faire jouer l'exception d'ordre public¹⁶⁶², est-il légitime à exercer le contrôle d'opportunité que constitue le contrôle de proportionnalité ? Est-il armé pour cet exercice ? Le pouvoir créateur du juge, amplifié en présence des droits fondamentaux¹⁶⁶³, est difficilement transposable au notaire. Il y a par ailleurs nécessairement une part d'appréciation personnelle dans ce contrôle¹⁶⁶⁴, qui en rend l'issue tout à fait imprévisible¹⁶⁶⁵. Contrôle purement casuistique, il institue, paradoxalement, une grande part d'insécurité, alors même qu'il vise, entre autres, à assurer la continuité des situations juridiques. Dans un domaine où la sécurité et la prévisibilité juridique sont essentiels, le contrôle de proportionnalité semble donc, peut-être, comporter plus d'inconvénients que d'avantages.

¹⁶⁵⁸ T. Kruger, « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », RCADI, 2015, t. 380, pp. 281-444, spéc. pp. 390-395

¹⁶⁵⁹ En ce sens, R. Legendre, op. cit., p. 354, n°416 : « Elle représenterait une exception subsidiaire pouvant seulement être déclenchée après la mise en œuvre des techniques échappatoires ordinaires et notamment après l'exception d'ordre public international »

¹⁶⁶⁰ V. en ce sens R. Legendre, op. cit., n°417 et 418

¹⁶⁶¹ Cf. *supra* n°557

¹⁶⁶² Cf. *infra*, n°691 ss.

¹⁶⁶³ V. en ce sens, R. Legendre, op. cit., p. 295, n°350

¹⁶⁶⁴ F. Chénéde, « Contre révolution tranquille de la Cour de cassation ? », D. 2016, 796, n°9 : le juge est amené à faire prévaloir son appréciation personnelle pour surmonter le conflit d'intérêts en présence.

¹⁶⁶⁵ Le raisonnement in concreto « fait dépendre la réalisation des droits de l'homme des circonstances de chaque espèce. Il devient, dès lors, extrêmement difficile – si ce n'est impossible – pour le justiciable de réussir à prévoir la décision que lui réservera l'application des droits fondamentaux » (R. Legendre, p. 323, n°384).

587. Pour toutes ces raisons, il nous apparaît préférable de ne pas exercer de contrôle de proportionnalité au stade de la constitution juridique, qu'il soit intégré ou dissocié du mécanisme de l'exception d'ordre public, et de se contenter du jeu d'un classique ordre public plein, lorsque sont en cause les droits fondamentaux.

588. Lorsque ces derniers ne sont pas concernés en revanche, la question se pose différemment. S'il s'agit de préserver la cohésion de l'ordre juridique du for, l'ordre public oppose un « refus d'importation » à la loi étrangère et fixe un « seuil de tolérance à sauvegarder ». Le recours à l'ordre public de proximité peut par conséquent être envisagé.

§2 L'ordre public de proximité au service de la cohésion de l'ordre juridique du for

589. Alors que l'ordre public plein défend les valeurs en elles-mêmes¹⁶⁶⁶, l'ordre public de proximité préserve « l'autorité et l'homogénéité de l'ordre interne à l'encontre des infiltrations des normes étrangères indésirables »¹⁶⁶⁷. Autrement dit, à l'ordre public plein la défense des principes fondamentaux, à l'ordre public de proximité la défense de la cohésion juridique du for¹⁶⁶⁸. Celle-ci peut être remise en cause par une règle étrangère, qui n'est pas tant choquante, mais dont le résultat est contradictoire ou inconciliable avec notre politique législative interne. L'ordre public de proximité permet d'harmoniser les politiques appliquées dans le for à ses ressortissants, « corrigeant ainsi l'effet de mosaïque législative que les règles de conflit pourraient produire »¹⁶⁶⁹. L'ordre public de proximité assure ainsi l'harmonie interne des solutions.

590. ***Refus d'importation d'une politique étrangère dans notre ordre juridique et ordre public de proximité*** - L'ordre public de proximité se révèle particulièrement adapté puisque l'application de notre politique législative n'est légitime que si la situation présente des liens particulièrement étroits avec le for¹⁶⁷⁰. Dans la mesure où il s'agit d'assurer la cohérence de

¹⁶⁶⁶ P. De Vareilles-Sommieres, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle de la loi étrangère », *op. cit.*, p.230, n°71 et s.

¹⁶⁶⁷ M.-C. Najm, *op. cit.*, p. 82, n°80.

¹⁶⁶⁸ En ce sens, v. aussi R. Lichaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p. 74, n°10

¹⁶⁶⁹ R. Lichaber, *Ibid*, p. 77

¹⁶⁷⁰ V. dans le même sens, P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11ème éd., 2014, n°212, p. 156 : « Si un rapport juridique est né dans un pays étranger, entre personnes domiciliées dans ce pays et dont aucune n'est française, et que le juge français est requis de se prononcer sur sa validité, il n'a pas de raison d'écarter la loi étrangère au prétexte qu'elle heurterait l'un des fondements politiques ou sociaux de la civilisation française, ou une certaine politique française. Ce serait inutile puisque la société française n'est pas concernée, et dans cette et dans cette mesure, cela reviendrait à condamner en elles-mêmes les valeurs reçues par la société étrangère »

notre ordre juridique en refusant d'importer une norme étrangère qui viendrait la troubler, les liens avec le for sont essentiels¹⁶⁷¹.

Dès lors, si le centre de gravité de la situation se situe à l'étranger, la cohésion de l'ordre juridique du for ne devrait pas être menacée. L'ordre public de proximité nous invite à nous poser la question suivante : *notre ordre juridique ressort-il troublé de l'application de la loi étrangère ? La politique du for est-elle mise en péril par la norme étrangère ?* Si les personnes concernées n'ont finalement que peu d'attaches avec le for, la réponse devrait être négative. Le but de l'ordre public de proximité n'est pas de faire régner universellement la politique du for ; elle a pour unique fonction de sauvegarder la cohérence de la société dans la mesure où elle est concernée.

Les politiques jugées essentielles par le for n'ayant pas à rayonner de la même manière que les valeurs fondamentales, les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public international doivent donc être plus strictes. L'atteinte à l'ordre public international doit se doubler d'un critère de déclenchement supplémentaire : la proximité. L'ordre public de proximité suppose non seulement l'atteinte à un principe d'ordre public mais aussi des liens de proximité avec la France¹⁶⁷². La protection des principes défendus par l'ordre public de proximité « en ressort (donc) forcément amoindrie »¹⁶⁷³, mais cela s'explique par leur nature et leur objet ; ils n'ont pas de vocation « universelle », ne font pas forcément l'objet d'un consensus large, mais découlent d'une politique législative considérée comme essentielle.

591. ***Fonction de rattachement de l'ordre public de proximité.*** - Il s'agirait par conséquent de confirmer la fonction de rattachement donnée à l'ordre public. Cette fonction, attribuée à l'ordre public de proximité, a été mise en évidence par Madame Petra Hammje¹⁶⁷⁴. Elle a néanmoins été dénoncée car elle tendait à transformer l'ordre public, en le faisant passer d'un ordre public d'éviction à un ordre public de rattachement¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷¹ « L'ordre public de proximité fait varier l'intensité de la protection des valeurs en fonction des liens qu'entretient la situation avec le for. Aussi, lorsque ces liens ne sont pas suffisamment significatifs, le mécanisme n'a pas vocation à intervenir. De ce fait, la protection offerte par l'ordre public de proximité porte bien davantage sur l'intégrité de l'ordre juridique du for que sur les valeurs elles-mêmes » (L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *op.cit.*, p. 356)

¹⁶⁷² V. néanmoins *contra* J. Guillaumé, « L'ordre plein, l'ordre public atténué, l'ordre public de proximité: Quelle rationalité dans le choix des juges? », in *Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295 qui présente l'ordre public de proximité comme un mécanisme subsidiaire à l'ordre public plein, qui ne serait utile que si la règle en question n'est pas d'ordre public.

¹⁶⁷³ L. Gannagé, *Ibid*

¹⁶⁷⁴ P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », in *Travaux du Comité français de droit international privé Années 2006 – 2008*, Editions Pédone, Paris 2009, p. 153 et s., spéc. p. 160

¹⁶⁷⁵ « L'ordre public tend ici à s'émanciper pour devenir une véritable règle de rattachement, sollicitée de façon subsidiaire en cas d'inadéquation de la règle principale et de ses critères de rattachement. Il se substitue dans ce cas à la règle initiale

La fonction que nous voudrions donner à l'ordre public ici ne devrait cependant pas venir remplacer sa fonction première d'éviction, mais simplement s'y ajouter. La formulation retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mai 2006 à propos du droit de l'enfant d'établir sa filiation¹⁶⁷⁶ doit à cet égard selon nous être discutée. Elle laisse en effet entendre que l'absence d'atteinte à un principe d'ordre public international¹⁶⁷⁷ peut être compensée par la présence de liens de proximité avec le for¹⁶⁷⁸. Le « lien » permettrait de justifier le respect du principe, qui n'est pourtant pas jugé d'ordre public¹⁶⁷⁹. Or, tant la contrariété à un principe d'ordre public que l'existence de liens de proximité devrait conditionner l'intervention de l'ordre public de proximité, ces deux conditions étant cumulatives et non alternatives. La seule condition de proximité ne devrait pas suffire à son déclenchement, elle devrait venir s'ajouter à la condition première de contrariété de la loi étrangère à l'ordre public du for¹⁶⁸⁰. Par conséquent, il nous aurait semblé plus juste d'affirmer à l'époque de l'arrêt que le droit d'établir sa filiation participait à une politique impérative du for et comme telle devait être protégée par l'ordre public international, sous réserve toutefois de l'existence de liens de proximité avec le for.

En ce sens, l'ordre public de proximité ne devrait donc avoir qu'un effet restrictif et non pas extensif¹⁶⁸¹ : il ne jouerait que si un principe d'ordre public est atteint et si la situation présente des liens étroits avec le for. Il n'est donc pas compatible avec les droits fondamentaux, car la nature même du principe requiert ici un ordre public « extensif »¹⁶⁸².

du for. La réintroduction de considérations spatiales dans la phase de déclenchement de l'exception d'ordre public accrédite l'idée que la source d'incompatibilité tient autant, sinon plus, à la localisation opérée par la règle de conflit, qu'à la teneur de la loi étrangère désignée », P. Hammje, *Ibid*, p. 160

¹⁶⁷⁶ Civ 1ère, 10 mai 2006, n°05-10.299, D. 2006. Jur. 2890, note Kessler et Salamé ; AJ fam. 2006. 290, obs. Boiché

¹⁶⁷⁷ « *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* »

¹⁶⁷⁸ « *il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* »

¹⁶⁷⁹ La règle qui n'est pas d'ordre public le deviendrait dès qu'un français domicilié en France est concerné ; « Un désintérêt pour les valeurs et une surestimation du poids des critères de proximité » (K. Bihannic, « Repenser l'ordre public de proximité, thèse précitée, 2017, p. 48)

¹⁶⁸⁰ Le but n'est en effet pas de faire jouer à l'ordre public de proximité le rôle d'une clause d'exception en faveur de la loi la plus proche, ce rôle n'est pas le sien (en ce sens, P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 113)

¹⁶⁸¹ Sur les différents effets de l'ordre public de proximité, v. l'intervention de P. Mayer dans les débats qui ont suivi l'allocation de P. Hammje sur « l'ordre public de rattachement » (P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », in Travaux du Comité français de droit international privé Années 2006 –2008, Editions Pédone, Paris 2009, p. 153 et s., spéc. p. 183) ; v. aussi P. Hammje, *Ibid*, p. 157 : dans sa fonction « classique », l'ordre public de proximité est « un facteur d'assouplissement, assurant une mise en œuvre raisonnable de l'exception, il reste l'expression d'une tolérance de l'ordre juridique du for, qui renonce à ses conceptions lorsque la situation ne lui est pas fortement intégrée ».

¹⁶⁸² Cf. *supra*, n°534 et 538

592. On pourrait rapprocher le raisonnement des clauses spéciales d'ordre public, fixant par avance à la fois la teneur des valeurs du for à préserver et le lien de rattachement nécessaire avec le for¹⁶⁸³. Dans cette idée, l'ordre public de proximité présenterait même certaines similitudes avec les lois d'application immédiate. On pense par exemple aux règles relatives à la possession d'état. L'article 311-15 du code civil prévoit que si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, alors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère. Ce texte confère une applicabilité immédiate aux dispositions du droit français porteuses d'une telle politique dès lors que la cellule familiale est intégrée par sa résidence à la communauté française¹⁶⁸⁴. La philosophie de la loi du 3 janvier 1972 était en effet de promouvoir l'idée que l'enfant a intérêt à ce que sa filiation corresponde à la réalité sociologique. La règle édictée met en évidence le lien entre politique impérative du for (la possession d'état) et la nécessité de liens de proximité avec celui-ci pour qu'elle soit appliquée (résidence habituelle de la famille sur le territoire du for). Il en va de même pour l'ordre public de proximité, qui tend à remplir une fonction de désignation, et non plus seulement d'éviction¹⁶⁸⁵.

593. Même entendu dans cette acception, l'ordre public de proximité, doit cependant toujours être distingué du mécanisme des lois de police ou d'application immédiate. Ces dernières veulent imposer un résultat déterminé, ce qui n'est pas le cas de l'ordre public de proximité dont le but n'est que d'évincer la loi étrangère venant remettre en cause une politique interne jugée essentielle¹⁶⁸⁶.

594. ***Les orientations de notre politique interne en droit de la famille.*** – Il est dès lors nécessaire de se demander en quoi consiste notre politique législative interne en droit patrimonial de la famille et plus largement en droit de la famille. La doctrine constate que nous sommes passés d'un ordre public de direction de la famille à un ordre public de protection des

¹⁶⁸³ Rapprochement opéré par P. Hammje, *op. cit.*, p. 161

¹⁶⁸⁴ En ce sens, D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, tome II, *op. cit.*, n° 770, p. 248

¹⁶⁸⁵ « L'ordre public demeure un correctif, mais son intervention s'émancipe du seul jeu de la règle de conflit de lois en cause pour s'appuyer avant tout sur une revendication de compétence du droit français, laquelle se justifie tant par les valeurs en cause (...) que par le rattachement étroit avec le for, fonction de l'intérêt en cause. Unilatéraliste dans sa méthode, l'intervention de l'ordre public se mue en véritable règle de rattachement, dont le jeu dépend de ses critères propres et non du seul contenu de la loi étrangère désignée » (P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit. spéc.* p. 161)

¹⁶⁸⁶ Il laisserait donc par exemple la place à l'application d'une institution étrangère « équivalente », ce que ne permettrait en principe pas le mécanisme des lois de police.

individus qui la composent¹⁶⁸⁷. Dans un mouvement de contractualisation de la famille¹⁶⁸⁸, ce n'est plus l'Etat mais l'individu qui gouverne les relations sociales¹⁶⁸⁹. Il paraît être le mieux placé pour savoir « ce qui est juste »¹⁶⁹⁰, ce qui est bon et ce qui l'est moins¹⁶⁹¹. Le recul de l'impérativité du droit de la famille et l'accroissement du rôle de la volonté a lieu tant au plan interne qu'international¹⁶⁹². Le droit international privé reflète en effet cette évolution du droit interne, l'essor de l'autonomie de la volonté « n'est que la traduction dans l'ordre international de l'essor d'une idéologie individualiste dans les droits internes occidentaux, qui tendent à privilégier une approche fondée sur l'intérêt d'une personne »¹⁶⁹³. L'ordre public international suit le même chemin et est dès lors, lui aussi, essentiellement tourné vers l'individu¹⁶⁹⁴.

595. Ainsi qu'il a déjà été dit, il n'y a plus vraiment de politique familiale à défendre, mais un individu à protéger. « Les considérations individuelles priment aujourd'hui sur la conception globale de la famille »¹⁶⁹⁵, autrement dit il n'y a plus d'approche politique globale mais une approche essentiellement individuelle des situations particulières¹⁶⁹⁶. L'ordre public international n'est plus utilisé pour préserver un ordre public matrimonial ou successoral mais pour protéger l'individu lui-même au sein de la famille. Dès lors, l'ordre public de proximité défend les droits subjectifs de l'individu, afin de garantir son épanouissement personnel au sein de la famille¹⁶⁹⁷ (A). L'appréciation des liens de proximité reste toutefois encore à définir car elle ne semble pas encore bien fixée en jurisprudence (B).

¹⁶⁸⁷ V. not. P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 237 ; M. Lamarche, « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Dr. Fam.* 2014, alerte 29 ; A. Bénabent, « L'ordre public de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, *op. cit.* p. 30 ; cf. aussi nos développements *supra*, spéc. n°203

¹⁶⁸⁸ V. sur ce point, D. Fenouillet, P. Vareilles-Sommières (dir), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2002 ; et cf. *supra*, n°414 ss.

¹⁶⁸⁹ « Le législateur est devenu sceptique : au monisme d'antan prônant un modèle de famille unique, fondé sur le mariage, a succédé un pluralisme, marqué par la diversité des types d'organisation familiale entre lesquels les individus sont invités à choisir » (Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, 2012, p. 523 ; v. aussi, Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 519-531

¹⁶⁹⁰ « Lorsqu'on pense qu'il est impossible de savoir objectivement ce qui est juste, on aura tendance à fonder le droit sur la volonté », P. Roubier, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Arch. Phil. Du droit*, 1957, p. 1 et s.

¹⁶⁹¹ H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 255

¹⁶⁹² En ce sens, Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », *op. cit.*, p. 494 ; v. aussi A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017

¹⁶⁹³ P. Callé, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, *op. cit.*, Bruylant, 2017, p. 31 et s., n°14

¹⁶⁹⁴ Cf. *supra*, p. 211 ss.

¹⁶⁹⁵ P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 237

¹⁶⁹⁶ D'où la nécessité d'une appréciation *in concreto* des lois en cause

¹⁶⁹⁷ Il a été démontré que l'ordre public de proximité intervenait bien souvent au service de la justice matérielle, dans un but déterminé (v. not. K. Bihannic, *Repenser l'ordre public de proximité*, thèse précitée, p. 97 et s.)

A. L'ordre public de proximité pour préserver les droits subjectifs de l'individu au sein de la famille

596. L'ordre public de proximité a surtout été mis en œuvre en droit extrapatrimonial de la famille (1), mais il commence à l'être aussi en droit patrimonial pour contrer certains excès de l'autonomie de la volonté (2).

1) En droit extrapatrimonial de la famille

597. Les politiques législatives familiales actuelles assurent l'épanouissement de l'individu, et l'ordre public de proximité, s'insère naturellement dans ce courant¹⁶⁹⁸. Il en va ainsi du droit de se marier pour les personnes de même sexe (a), du droit au divorce (b).

a- Le droit de se marier pour les personnes de même sexe

598. Dès son entrée en vigueur en France¹⁶⁹⁹, le droit de se marier pour les personnes de même sexe est devenu d'ordre public international, alors que moins d'un an auparavant, la Cour de cassation opposait encore l'ordre public international aux décisions étrangères qui autorisaient l'adoption aux couples de même sexe¹⁷⁰⁰. Cette « ascension fulgurante et inespérée du mariage homosexuel au rang des valeurs intangibles de la société française »¹⁷⁰¹ a été critiquée par une partie de la doctrine comme un « travestissement inopiné et artificiel de l'ordre public international »¹⁷⁰².

599. Pourtant, si on peut refuser de voir dans ce droit un droit de l'homme ou droit fondamental, il peut néanmoins faire partie de l'ordre public international, au nom de la

¹⁶⁹⁸ En ce sens, P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 237 : « L'évolution des mentalités et les transformations du droit de la famille peuvent expliquer aussi le recours à l'ordre public de proximité. Il est devenu banal aujourd'hui de constater que règne l'individualisme dans les relations sociales. Or, ce changement de perspective a nécessairement des répercussions dans l'organisation juridique du statut familial et la place qu'y tient l'ordre public. On a pu dire en ce sens qu'on était passé d'un ordre public de direction de la famille à un ordre public de protection des individus qui la composent. Et l'ordre public de proximité s'inscrit naturellement dans ce courant ».

¹⁶⁹⁹ *Loi « mariage pour tous », n° 2013-404 du 17 mai 2013*

¹⁷⁰⁰ Civ 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-30.261, JCP G 2012, act. 728, obs. A. Devers, JCP G 2012, 857, F. Chénéde, Rev. Crit. DIP 2013, p. 587, L. Gannagé

¹⁷⁰¹ L. Gannagé, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G* 2015, 318

¹⁷⁰² L. Gannagé, *Ibid* : « en vigueur en France il y a tout juste quelques mois, la prohibition du mariage homosexuel devient désormais attentatoire aux fondements même de la société française »

« sauvegarde de certaines politiques législatives », ceci afin de renforcer l'effectivité de la réforme voulue par le législateur¹⁷⁰³. C'est justement un ordre public de proximité qui a été mis en œuvre : son déclenchement a été conditionné à *l'existence de liens avec la France ou de tout autre État autorisant le mariage homosexuel*¹⁷⁰⁴.

L'ordre public de proximité, outil politique, a ainsi permis de renforcer l'effectivité d'une réforme contestée ayant fait l'objet de nombreux débats au sein de la société française¹⁷⁰⁵.

b- Le droit au divorce

600. C'est l'ordre public de proximité qui a été mis en œuvre dans l'arrêt *De Pedro* en date du 1^{er} avril 1981¹⁷⁰⁶. En l'espèce, la loi espagnole normalement applicable au divorce entre les époux (d'après l'ancien article 310 al 3 du code civil) interdisait le divorce et fut donc déclarée « contraire à la conception de l'ordre public qui impose la faculté pour un français domicilié en France de demander le divorce »¹⁷⁰⁷. Avant de faire intervenir l'ordre public, la Cour de

¹⁷⁰³ En ce sens, L. Gannagé, *Ibid*

¹⁷⁰⁴ Ces liens sont en fait les mêmes que ceux exigés par la règle de conflit de l'article 202-1 al 2 du code civil: « *Attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié* ». A noter que l'ordre public de proximité ne permet pas ici de protéger seulement le for mais aussi d'autres Etats étrangers qui partagent la même vision que la France à propos du mariage entre personnes de même sexe.

¹⁷⁰⁵ En ce sens, L. Gannagé, *Ibid* ; et P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11ème éd., 2014, n°205, p. 153 : « *C'est précisément parce que le législateur a voulu imposer une solution qui n'est acceptée sans résistance que le juge doit œuvrer pour sa mise en œuvre* »

¹⁷⁰⁶ Civ 1ère, 1er avril 1981, *De Pedro*, JDI 1981, p. 812, n. D. Alexandre ; comp. Civ. 1ère, 10 juillet 1979, *Van der Plassche*, Rev. Crit. DIP 1980, 91, note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet*, 1980, 310, note B. Audit dans lequel la Cour de cassation, confrontée à la loi espagnole prohibitive du divorce, a jugé que « la loi espagnole qui ignore le divorce sans interdire tout moyen de mettre fin à la vie commune n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international » ; v. aussi Civ. 1ère, 8 novembre 1977, *Assous*, Rev. Crit. DIP, 1979, 395, note Y. Loussouarn, *Clunet*, 1978, 587, note D. Alexandre, dans lequel la Cour de cassation n'a pas jugé contraire à l'ordre public la loi tunisienne qui autorisait le divorce mais pas la séparation de corps, au motif que la loi étrangère connaissait au moins un moyen de mettre fin à la vie commune : il suffisait que la loi connaisse « l'une des deux institutions offertes par le droit interne français aux époux qui demandent qu'il soit mis fin à leur vie commune ». A la lecture de ces arrêts, faudrait-il différencier le droit au divorce « à la française » (Expression empruntée à R. Libchaber, précité, p. 76) c'est-à-dire le divorce comme le permet le droit français (politique législative réservée aux nationaux ou résidents), et le droit plus large de dissoudre son lien matrimonial ? « Si le droit au divorce est réservé aux Français, domiciliés en France, celle-ci tolère néanmoins l'application des lois étrangères différentes, sauf quand elles sont dépourvues de toute communauté avec ses conceptions au point de n'accepter aucune modalité de démariage » (R. Libchaber, précité, p. 76). Dans ce dernier cas, ce serait l'indissolubilité du lien matrimonial qui serait condamnée.

¹⁷⁰⁷ La formulation de l'arrêt a toutefois invité certains auteurs à ne pas y voir une mise en œuvre de l'ordre public de proximité mais plutôt d'une règle d'application immédiate, type loi de police. Aussi, d'après Pierre Mayer, « la Cour de Cassation a en réalité fait de la faculté de divorcer une règle d'application nécessaire applicable à tous les demandeurs

cassation prit le soin de relever que la demanderesse était française et domiciliée en France, le lien avec le territoire, outre le lien de nationalité, lui semblait donc nécessaire pour que puisse jouer l'ordre public¹⁷⁰⁸. C'est en effet « parce que l'affaire a un lien étroit avec la France que l'ordre public se révèle plus exigeant à l'encontre des lois étrangères trop différentes des principes généraux du droit français »¹⁷⁰⁹.

601. Si l'on conçoit un ordre public spécifique lorsqu'un français est en cause devant les juridictions françaises¹⁷¹⁰, c'est parce que le droit au divorce résulte d'une politique législative impérative française, dont il faut assurer l'effectivité et la cohérence dans l'ordre interne, mais n'a pas besoin de rayonner au-delà de toutes les frontières¹⁷¹¹. C'est ainsi que la loi irlandaise interdisant le divorce n'a pas été jugée contraire à l'ordre public international français par la cour d'appel de Paris dès lors qu'elle s'appliquait à deux époux irlandais dont seul l'un d'eux était domicilié en France¹⁷¹².

Instrument idoine de protection des droits subjectifs de l'individu, l'ordre public de proximité semble aussi être utilisé par la jurisprudence, en droit patrimonial de la famille, pour protéger l'enfant contre les actes de volonté de ses parents.

2) En droit patrimonial de la famille

602. En droit patrimonial de la famille, l'ordre public de proximité pourrait venir s'opposer à une politique étrangère laxiste, n'encadrant pas assez l'autonomie de la volonté. L'ordre public de proximité s'oppose ainsi à ce qu'un parent renonce, sous l'empire du droit étranger,

français domiciliés en France, quelle que soit la loi compétente pour régir le divorce » (P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, op. cit., n°583, p. 355). D'autres auteurs, tel Paul Lagarde (P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le DIP contemporain », *Cours général, Rec. Cours la Haye*, 1986.1 p. 110, cité par H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *Recueil de cours de l'Académie de La Haye*, 1991, p. 110), y vont une mise en œuvre de la clause d'exception et non de l'ordre public de proximité. La clause d'exception est un mécanisme de désignation d'une autre loi que celle désignée par la règle de conflit, en raison des liens plus fort entre la situation et cette autre loi.

¹⁷⁰⁸ H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, 1991. p. 109

¹⁷⁰⁹ J. Foyer, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620

¹⁷¹⁰ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », op. cit., 1991, p. 110

¹⁷¹¹ *Contra*, v. D. Alexandre, J. 1981, p. 827 : « soit l'on considère que le divorce n'est qu'un mal nécessaire et il n'y dès lors pas lieu de faire jouer l'exception d'ordre public pour rendre possible un divorce prohibé par la loi étrangère normalement compétente, soit l'on estime que le divorce est un remède indispensable, et il faut en faire bénéficier tous ceux qui ont valablement saisi un tribunal français » ; H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », op. cit., p. 110

¹⁷¹² CA Paris, 23 septembre 1988, D. 1988, IR 252 (cité par P. Courbe, « L'ordre public de proximité », op. cit., p. 229) : « le seul domicile en France de l'époux demandeur en divorce ne suffit pas pour faire juger contraire à l'ordre public l'interdiction du divorce, par la loi irlandaise, dès lors qu'elle est appliquée à deux époux irlandais ». L'appréciation de la proximité est toutefois ici très restrictive et il n'est pas sûr que la jurisprudence se montrerait aussi stricte aujourd'hui.

à l'obligation d'entretien qu'il doit à son enfant. Dans un arrêt en date du 14 octobre 2009¹⁷¹³ se posait la question de savoir si une renonciation par la mère à une pension alimentaire due par le père à sa fille était conforme à l'ordre public international¹⁷¹⁴. La Cour de cassation a répondu par la négative : « Attendu qu'ayant relevé d'une part que l'enfant commun a acquis la nationalité française par décret de naturalisation de son père en 2005 et qu'elle et ses parents demeurent d'une manière habituelle en France, d'autre part, que le droit aux aliments est un droit qui s'impose aux père et mère qui ne peuvent y renoncer, la cour d'appel a valablement écarté comme contraire à l'ordre public international français, la disposition du jugement étranger par laquelle Madame Y devait assumer seule l'entretien de sa fille ». La renonciation à l'étranger ne sera donc pas valable en France, à la condition toutefois de liens étroits entre la situation et le for : il est en effet relevé que l'enfant et les deux parents avaient leur résidence habituelle en France et que le père et l'enfant avaient la nationalité française. Dès lors que les parties, et surtout l'enfant, ont des liens avec la France, la solidarité alimentaire reste « hermétiquement fermée »¹⁷¹⁵ à l'autonomie de la volonté.

603. Il en est de même au décès des parents. La Cour de cassation a jugé dans les arrêts du 27 septembre 2017¹⁷¹⁶ que le *de cuius* ne pouvait se soustraire à ses obligations alimentaires envers ses enfants, même au-delà la mort. L'idée d'un contrôle de proportionnalité mis à part¹⁷¹⁷ (qui n'a d'ailleurs peut être pas été fait « consciemment »), les considérations de proximité ne sont pas absentes du raisonnement de la Cour. Elle relève en effet dans l'arrêt *Colombier* que « Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis », et dans l'arrêt *Jarre* que « le dernier domicile du défunt est situé dans l'Etat de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux Etats-Unis, où son installation était ancienne et durable ». L'éloignement du for semble ainsi être justifié par la proximité avec l'Etat étranger. Pour une partie de la doctrine

¹⁷¹³ Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2009, n°08-15.583, Rev. Crit. DIP 2010, p. 361, N. Joubert

¹⁷¹⁴ Comp. arrêt *Todorovitch* (civ 1^{ère}, 7 novembre 1972, précité). Dans cet arrêt, l'épouse s'était engagée avant divorce, moyennant le versement d'une somme, à supporter seule toutes les dettes alimentaires envers l'enfant. La convention passée en Allemagne avait été validée par la Cour de cassation qui avait estimé que celle-ci « ne pouvait avoir pour conséquence de priver le mineur de la possibilité d'exiger de son père le service d'une pension alimentaire dès lors qu'elle se bornait à régler la répartition d'une dette alimentaire entre deux codébiteurs ». Dans l'espèce de 2009, l'épouse avait en revanche renoncé à toute pension alimentaire pour l'enfant. Les circonstances sont donc différentes.

¹⁷¹⁵ N. Joubert, commentant l'arrêt du 14 octobre 2009, Rev. Crit. DIP 2010, p. 361

¹⁷¹⁶ Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017, arrêts *Colombier* et *Jarre* précités

¹⁷¹⁷ Cf. *supra*, n°569

cependant, l'évocation de ces liens permettrait de vérifier l'absence de fraude à la loi plutôt que de justifier le jeu de l'ordre public¹⁷¹⁸.

604. La formulation de l'arrêt semble néanmoins bel et bien laisser entendre que la Haute Juridiction raisonne sur le fondement de l'ordre public. Elle affirme tout d'abord « qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français », puis nuance : elle « ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels », et enfin conclue : « la cour d'appel (...) en a exactement déduit que la loi californienne ayant permis à Michel X... de disposer de tous ses biens en faveur d'un trust bénéficiant à son épouse, mère de leurs deux filles alors mineures, sans en réserver une part à ses autres enfants, ne heurtait pas l'ordre public international français »¹⁷¹⁹ après avoir évoqué l'absence de situation de précarité économique et de besoin et mis en évidence les liens du défunt avec les Etats-Unis. Elle conditionne ainsi le déclenchement de l'exception à une appréciation *in concreto*, qui vise justement à déterminer d'une part, l'état de besoin de l'hériter et d'autre part, les liens de proximité¹⁷²⁰. Elle semble dès lors raisonner de la même manière que dans l'arrêt du 10 mai 2006¹⁷²¹ sur le droit de l'enfant d'établir sa filiation, dans lequel elle affirme d'abord « qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international », mais nuance en précisant qu'il n'en va pas de même lorsque la loi étrangère a pour effet « de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ». Or, en l'espèce, l'usage de l'ordre public de proximité ne faisait pas de doute. En outre, lorsque la Cour de cassation vérifie l'existence, ou l'absence, de fraude à la loi, elle le fait généralement de manière explicite, en s'intéressant aux éléments essentiels de la fraude, à savoir l'élément légal, matériel et moral¹⁷²²,

¹⁷¹⁸ V. not. en ce sens, D. Boden, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », précité.

¹⁷¹⁹ Arrêt Colombier

¹⁷²⁰ V. les suites de l'attendu : « Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi applicable à la succession de Maurice X... est celle de l'Etat de Californie, qui ne connaît pas la réserve, l'arrêt relève, par motifs propres, que le dernier domicile du défunt est situé dans l'Etat de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux Etats-Unis, où son installation était ancienne et durable et... » (Jarre) ; « Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi normalement applicable à la succession est celle de l'Etat de Californie, qui ne connaît pas la réserve héréditaire, l'arrêt relève qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des consorts X..., tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin, que Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis » (Colombier)

¹⁷²¹ Civ 1ère, 10 mai 2006, n°05-10.299, D. 2006. Jur. 2890, note Kessler et Salamé ; AJ fam. 2006. 290, obs. Boiché

¹⁷²² V. En ce sens; Civ. 1ère, 20 mars 1985, Caron, Rev. Crit. DIP 1986.66, note Lequette : « Mais attendu, en premier lieu, qu'il importe peu que la règle de conflit soit unitaire ou complexe pour qu'il y ait fraude à la loi ; qu'il suffit que cette

ce qui n'apparaît pas du tout en l'espèce¹⁷²³. Aussi, si c'est l'absence de fraude qui est vérifiée, la démarche de la Cour de cassation manque indéniablement de rigueur ; à moins qu'elle invite ainsi à fondre l'exception de fraude au sein du contrôle de respect de l'ordre public...¹⁷²⁴

605. Toujours est-il que le recours à l'ordre public de proximité serait, selon nous, justifié en l'espèce dans la mesure où il s'agit de protéger l'héritier contre la volonté inique du défunt plutôt que de condamner la norme étrangère en son principe.

606. L'ordre public de proximité pourrait enfin être opposé à certains pactes successoraux, dans le but de protéger cette fois, non pas l'héritier mais le disposant. Il arrive qu'au jour de l'ouverture de la succession, l'élément d'extranéité qui existait au jour de la conclusion du pacte ait disparu : le disposant est revenu vivre dans le pays de sa nationalité. Le pacte qu'il a conclu sera-t-il alors toujours valable ? En principe oui, s'il a été conclu conformément à la « loi hypothétique ». Toutefois, il a été vu qu'aux termes d'une appréciation *in concreto*, le

règle de conflit soit volontairement utilisée en modifiant un élément de rattachement, à seule fin d'éluder l'application d'une loi compétente ; qu'en l'espèce, la juridiction du second degré, qui a retenu la manipulation d'une règle de conflit comportant deux éléments de rattachement, manipulation consistant, par une série d'opérations harmonisées, à modifier l'élément de rattachement constitué à l'origine par la nature immobilière du bien situé en France, devenu ensuite bien meuble afin d'écarter l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve, a ainsi caractérisé l'existence de la fraude qui tient en échec le principe de l'autonomie de la volonté » ; Cass. Civ 1^{ère}, 18 mai 2005, Bentchikou c. Bentchikou, RTD. civ. 2005, p. 813, obs. M. Grimaldi, Rev. Crit. DIP 2005, p. 639, obs. B. Ancel : « Mais attendu, d'abord, que c'est par une décision motivée, que la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, souverainement estimé, au vu de l'ensemble des pièces versées et contradictoirement débattues, que le défunt avait son dernier domicile non pas en France mais en Algérie, de sorte que la succession mobilière était soumise à la loi algérienne ; qu'ensuite, sur la loi applicable, que par motifs adoptés, l'arrêt ayant relevé qu'il n'y avait dans la succession d'Ali X... aucun bien immobilier et que les opérations qualifiées par les consorts X... de "donation-achat" des immeubles acquis par Tewfik et Sélim X... n'étaient pas indivisibles, les donations en deniers alléguées ayant permis de couvrir seulement une partie du prix des acquisitions immobilières, le moyen tiré d'une fraude à la loi française est inopérant dès lors que, selon la loi française sur la réserve héréditaire de qualification du for, au cas où les deniers litigieux auraient servi à l'acquisition d'un bien, le rapport ne serait dû que de la valeur de ce bien et qu'il s'agirait, non pas d'une restitution en nature, mais d'une dette de valeur qui présente un caractère mobilier ; que les moyens ne peuvent être accueillis » ; v. aussi Rép. Dalloz Droit international, « Fraude à la loi », par P. de Vareilles-Sommières, 1998, actual. 2009 ;

¹⁷²³ Si selon nous, la Cour de cassation a bel et bien recours à l'ordre public de proximité en l'espèce, on admettra que l'articulation des critères proposés (condition de proximité et état de besoin de l'héritier) n'est pas claire, et à la suite de cette jurisprudence, on est en droit de se demander si l'état de besoin en l'absence de liens étroits avec le for suffirait à faire jouer l'exception d'ordre public. Il ne semble pas néanmoins, dans la mesure où la Cour de cassation conditionne le déclenchement de l'exception à une appréciation *in concreto*, qui vise justement à déterminer l'état de besoin de l'héritier et les liens de proximité (v. en ce sens, S. Godechot-Patris, S. Potentier, RJPF 2017, p. 47 : « L'arrêt conduit à s'interroger sur l'articulation des deux critères proposés : serait-il possible de mettre en œuvre l'exception d'ordre public alors même que les liens avec la France ne sont pas étroits dès lors que l'héritier est dans le besoin ? Et inversement, si les liens avec la France sont établis, peut-on imaginer qu'un héritier qui ne serait pas dans le besoin puisse s'en prévaloir ? « C'est discutable, dès lors que l'appréciation *in concreto* qui conditionne la mise en œuvre de l'ordre public, vise justement à établir cet état de besoin »)

¹⁷²⁴ V. en ce sens, S. Bollée, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013., p. 114 et 115, pour qui le mécanisme de l'exception d'ordre public devrait être utilisé « avec la plus grande retenue » et le contrôle de l'exception de fraude se fonde avec lui, ceci afin de donner la plus grande portée à la méthode de la reconnaissance.

pacte pourrait être remis en cause s'il porte trop fortement atteinte à la liberté testamentaire du défunt¹⁷²⁵. Dans ce cas de figure, c'est l'ordre public de proximité qui pourrait intervenir : il aura d'autant plus vocation à jouer que les liens avec l'Etat autorisant le pacte sont distendus et que les liens avec le for sont prédominants, dans la mesure où le défunt était revenu vivre dans son pays d'origine. Les liens de proximité avec le for devraient donc, selon nous, être appréciés au jour du décès, plutôt qu'au jour de la conclusion du pacte, car l'atteinte à la liberté testamentaire ne pourrait s'apprécier qu'au jour de l'ouverture de la succession¹⁷²⁶, et l'exception d'ordre public mis en œuvre qu'à ce moment-là. L'exigence de conditions supplémentaires de proximité paraît ici justifiée : tout d'abord, plus les liens de proximité avec le for sont importants au jour du décès, plus le de cuius pouvait s'attendre à ce que celui-ci ait son mot à dire ; ensuite, puisque l'exception d'ordre public va aboutir à une substitution des prévisions du *de cuius* par la loi du for, mieux vaut que cette dernière présente des liens étroits avec la succession.

607. L'ordre public de proximité semble ainsi être l'instrument permettant d'offrir « la meilleure solution possible au regard des circonstances propres à chaque espèce »¹⁷²⁷, et notamment au regard des liens de proximité entre l'intéressé et le for. Une certaine difficulté réside néanmoins dans l'appréciation de ces liens.

B. L'appréciation de la proximité

608. La jurisprudence n'ayant pas une appréciation uniforme des conditions de proximité, l'ordre public de proximité peut être source d'insécurité juridique. Il a en effet été remarqué que l'ordre public de proximité présentait l'inconvénient de l'irrégularité et de l'élasticité : donnant des solutions qui satisfont chacun, il serait possible de déclencher l'exception même à l'encontre de situations qui n'ont pas beaucoup de liens avec la France¹⁷²⁸ et vice versa ; de ne pas le déclencher dans des situations qui ont pourtant des liens avec le for¹⁷²⁹. Tout dépendrait de la marge d'appréciation laissée au juge¹⁷³⁰.

¹⁷²⁵ Cf. *supra* n°149 ss.

¹⁷²⁶ *Ibid*, (exemple du *de cuius* qui a clairement exprimé sa volonté de révoquer le pacte avant de mourir)

¹⁷²⁷ P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 236, citant H. Muir-Watt, compte rendu à la Rev. Crit. DIP 1995. 631

¹⁷²⁸ Remarque de M. Boden à la suite de l'allocation de L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du Comité Français de Droit international privé 2006-2008*, Paris, Pédone, 2010

¹⁷²⁹ V. not. les arrêts *Jarre et Colombier* précités du 27 septembre 2017

¹⁷³⁰ V. pour exemple : TGI Paris, 5 février 1992, *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 251, E. Poisson-Drocourt, dans lequel la loi marocaine qui prohibait « l'adoption simple d'un enfant né de parents inconnus, vivant en France et élevé par un couple

Des précisions sur les critères de proximité doivent donc être données afin d'harmoniser l'appréciation jurisprudentielle.

609. **Méthodes d'appréhension des critères de proximité.** – La doctrine retient en général les critères de proximité suivants : la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle des intéressés, ou encore le lieu de situation des biens¹⁷³¹. Un auteur a proposé deux méthodes d'appréhension de ces derniers¹⁷³² :

- L'une consiste à opérer une hiérarchie entre les critères: certains sont plus pertinents que d'autres, et à eux seuls, permettent de caractériser l'intensité des liens entre la situation et le for.
- L'autre consiste en la méthode du faisceau d'indices: tous les éléments pertinents sont mis sur un pied d'égalité et dès lors qu'ils atteignent un nombre suffisant, la proximité de la situation avec le for est attestée.

Au regard de la jurisprudence, il est difficile de savoir si la Cour de cassation privilégie une méthode par rapport à une autre, il semble que les deux soient utilisées¹⁷³³.

Selon le domaine du droit concerné, certains critères seront plus déterminants que d'autres. Par exemple, le critère de la nationalité est tout à fait justifié en matière de statut personnel. Il n'est pas à exclure en matière patrimoniale, mais il n'est pas le critère central, c'est un élément parmi d'autres que le juge peut utiliser pour apprécier la proximité.

En droit patrimonial de la famille, il nous semble que la méthode du faisceau d'indices est à privilégier, les critères de nationalité et de résidence habituelle étant complémentaires pour s'assurer de l'existence de liens de proximité ; ils permettent d'appréhender de manière globale l'ensemble des éléments qui vont établir une proximité.

610. **Proximité... par rapport à quoi ?** - On parle souvent de proximité de la « situation »

dont l'un des époux est français, ayant ainsi avec la France des liens de rattachement concrets et forts » a été déclaré contraire à l'ordre public international. Les critères de proximité dégagés par le TGI sont apparus aux commentateurs de l'arrêt forcés et peu convaincants (not. E. Poisson-Drocourt commentant l'arrêt, Rev. Crit. DIP, 1993, p. 251) : le couple était franco-marocain, l'enfant était marocain et avait été emmené en France où il vivait depuis moins de 6 mois au jour de la requête en adoption. *Comp. Civ 1^{ère}*, 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 737, note F. Monnéger: les deux époux adoptants étaient marocains, ainsi que l'enfant, de nationalité marocaine, mais résidait en France depuis son plus jeune âge. Ce seul rattachement à la France, du fait du lieu de résidence, n'a pas été jugé suffisant pour faire intervenir l'exception d'ordre public face à la loi marocaine qui prohibait l'adoption de l'enfant.

¹⁷³¹ Par exemple, d'après C. Nourissat et M. Revillard, la loi successorale étrangère ne sera pas écartée « si tous les héritiers sont de nationalité étrangère et résident à l'étranger alors qu'elle le serait si des héritiers sont de nationalité française et résident en France » (C. Nourissat et M. Revillard, "Le notaire français et le règlement successions", *Defrénois* 2015, n° 19)

¹⁷³² N. Nord "Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge" in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 581

¹⁷³³ Voir sur ce point, N. Nord, « Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge », *op.cit.*, p. 587.

par rapport au for. Dans le cadre d'une succession internationale, ce terme est très flou, car par définition, les éléments d'extranéité sont nombreux, ils ne permettent pas de centraliser la «situation» dans un seul pays. Plusieurs acteurs sont concernés, le défunt d'abord, qui ne résidait pas forcément dans le pays de sa nationalité, les héritiers ensuite, qui ne résident pas forcément dans le même pays que le *de cuius*, et les biens successoraux qui peuvent être dispersés dans plusieurs pays différents. La « situation » est donc rarement centralisée.

611. Plutôt que par rapport à quoi, c'est plutôt par rapport à qui qu'il faut s'interroger. Quelle personne est à privilégier pour apprécier la proximité ? Dans le cadre d'une succession, il s'agit soit du défunt soit des héritiers. Le lieu de situation des biens compte mais ce critère apparaît secondaire car il n'est pas forcément révélateur d'un attachement des acteurs (*de cuius* et héritiers) à la culture juridique d'un pays. L'objectif de l'ordre public international peut nous aider à désigner cette personne. Dans les exemples précédents, l'ordre public est intervenu pour assurer la protection individuelle des acteurs, lorsque leurs droits, libertés et besoins alimentaires, étaient en cause. Or, lorsqu'il s'agit de protéger une personne et de lui reconnaître des droits, la proximité est toujours appréciée par rapport à celle-ci. La jurisprudence en donne plusieurs exemples.

612. En matière de filiation, la proximité est essentiellement appréciée par rapport à l'enfant qui souhaite établir sa filiation. Ainsi dans l'arrêt de la première chambre civile du 10 mai 2006¹⁷³⁴, la Cour de cassation s'est focalisée sur la nationalité et la résidence habituelle de l'enfant, seuls critères jugés pertinents pour apprécier la proximité avec le for¹⁷³⁵.

En droit du divorce, la proximité est appréciée par rapport aux époux, et notamment celui qui réclame le droit au divorce¹⁷³⁶.

En matière alimentaire, la proximité est appréciée par rapport au débiteur d'aliments. Ainsi, dans l'arrêt précité du 14 octobre 2009¹⁷³⁷, la première chambre civile a relevé que l'enfant « avait acquis la nationalité française par décret de naturalisation de son père en 2005 et qu'elle et ses parents demeuraient d'une manière habituelle en France ». Si l'enfant et le père étaient

¹⁷³⁴ Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 05-10.299, D. 2006. 2890, obs. I. Gallmeister, note G. Kessler et G. Salamé ; *ibid.* 2007. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; AJ famille 2006. 290, obs. A. Boiché, *Enfant Léana Myriam*, JCP 2006. IV. 2216, D. 2006, IR. 1481.

¹⁷³⁵ En l'espèce, dans la mesure où la loi étrangère discriminante ne concernait pas un français ou un résident français, l'exception d'ordre public n'a pas joué

¹⁷³⁶ Arrêt *De Pedro* précité (Civ 1^{ère}, 1^{er} avril 1981, JDI 1981, p. 812, n. D. Alexandre) : la loi espagnole était « contraire à la conception de l'ordre public qui impose la faculté pour un français domicilié en France de demander le divorce »

¹⁷³⁷ Civ 1^{ère}, 14 octobre 2009, n°08-15.583, *Rev. Crit. DIP* 2010, p. 361, N. Joubert

de nationalité française, et que tous les acteurs résidaient en France, l'enfant apparaît comme le point central à partir duquel apprécier la proximité. De l'avis de la doctrine, il ne semble en effet pas nécessaire que l'ensemble des points de contact avec la France soient réunis (nationalité et résidence française de tous les intéressés) pour faire intervenir l'ordre public, un seul pouvant suffire pour dénoter un ancrage suffisant dans l'ordre juridique français¹⁷³⁸. Or, c'est surtout l'enfant qui ancre la situation dans le for, c'est parce qu'il réside en France et qu'il y réclame des aliments que le for est concerné. Faute de contraindre le père à verser une pension alimentaire à l'enfant, ce dernier se retrouverait à la charge de la société.

613. Dès lors, dans le cadre d'une succession, la proximité ne devrait-elle pas être appréciée par rapport aux héritiers, si ce sont eux qu'il faut encore protéger ? Dans la mesure où il s'agit de garantir un ordre public de protection, la proximité devrait être appréciée par rapport à la personne à défendre. S'il s'agit de protéger l'héritier¹⁷³⁹, la proximité avec le for devrait être appréciée par rapport à lui. En revanche, s'il s'agit de protéger le défunt¹⁷⁴⁰, les liens de proximité devraient alors être vérifiés par rapport à ce dernier. On retiendrait ainsi une approche « fonctionnelle » de l'ordre public de proximité, qui s'adapte à la question de droit posée.

614. Dans les arrêts du 27 septembre 2017¹⁷⁴¹, les conditions de proximité, ou plutôt d'absence de proximité, ont pourtant été appréciées par rapport au *de cujus* (alors que ce sont les héritiers réservataires qui réclamaient une protection) :

- Dans l'arrêt Colombier : il a été relevé que le défunt résidait depuis plus de trente ans en Californie, « où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier (était) situé au Etats-Unis » ;
- Et dans l'arrêt Jarre, que le dernier domicile du défunt était situé en Californie, que ses unions, à compter de 1965, avait été contractées aux Etats-Unis, « où son installation était ancienne et durable ».

Jamais la proximité par rapport aux enfants qui invoquaient des droits dans la succession n'a été examinée. Or, le but de la réserve est de protéger les héritiers réservataires. Et que les enfants réclament leur réserve héréditaire ou des droits alimentaires, la proximité devrait être appréciée par rapport à eux. Ce qui apparaît gênant, aux yeux de notre ordre juridique, n'est

¹⁷³⁸ « Il nous semble que la réalisation d'un seul de ces points de contact avec la France peut suffire dès lors que ces liens dénotent un ancrage suffisant dans l'ordre juridique français » (N. Joubert, *Ibid*)

¹⁷³⁹ Ses droits réservataires ou ses droits alimentaires

¹⁷⁴⁰ Sa liberté testamentaire notamment, dans le cadre d'un pacte successoral, *cf. supra*.

¹⁷⁴¹ arrêts *Jarre et Colombier* précités du 27 septembre 2017

finalement pas tant qu'un américain (ou résident américain) puisse déshériter ses enfants, mais plutôt que ses enfants domiciliés en France n'aient pas droit à leur réserve, ou pire, se retrouvent dans une situation de besoin, contrairement à d'autres héritiers, placés dans la même situation juridique, mais dans un contexte interne.

615. Une appréciation de la proximité par rapport aux héritiers serait toutefois, selon de nombreux auteurs, source de discrimination entre eux¹⁷⁴². Faire jouer l'ordre public en fonction de la nationalité des héritiers serait en effet revenir à notre ancien droit de prélèvement discriminatoire, la condition de nationalité ne se justifierait pas en ce domaine du droit successoral¹⁷⁴³. On rappellera toutefois que d'autres critères que la nationalité peuvent être utilisés, notamment le lieu de résidence habituelle des héritiers, qui traduit mieux selon nous leur culture juridique. Par ailleurs, il est possible de faire jouer la condition de proximité au stade du déclenchement de l'ordre public mais pas au stade de ses effets : la résidence habituelle en France d'un seul des héritiers suffirait à déclencher l'ordre public, et tous les héritiers pourraient ensuite en bénéficier, ceci afin de préserver l'égalité entre eux. Autrement dit, les liens d'un héritier avec la France suffiraient à déclencher l'exception au bénéfice de tous les autres. La loi française, venant se substituer à la loi étrangère évincée, devrait en effet s'appliquer à l'ensemble des héritiers et non pas à un seul¹⁷⁴⁴.

616. Dans l'espèce des arrêts Jarre et Colombier, l'appréciation de la proximité par rapport au domicile du défunt ne peut en outre qu'être inefficace puisque c'est ce même domicile qui a permis de désigner la loi californienne comme applicable à la succession. Il en ira différemment, il est vrai, quand le *de cujus* aura exercé une *professio juris* en désignant sa loi

¹⁷⁴² Plusieurs auteurs n'ont en effet pas manqué de relever les dérives « discriminatoires » des conditions relatives notamment à la nationalité (N. Watte, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'Homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p.1047, spé. p. 1067 ; P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t.318, p.155, n°121 et s. ; C. Bertossi, *Les frontières de la citoyenneté en Europe – Nationalité, résidence, appartenance*, L'Harmattan, 2001, p.10, cité par A. Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois, 2008, p.5, n°16, spé. n.b.p n°17. *Contra* : B. Ancel et Y. Lequette, note sous Cass. Civ., 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *Chemouni*, *GADIP* n°30-31, p. 269, spé. p.277, n°6.). L'indifférence au sort des personnes n'ayant pas la nationalité française ou ne résidant pas en France est en effet difficile à justifier (En ce sens, v. L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, p. 342 : « Une chose est de dire qu'un ordre juridique renonce à ses valeurs parce que, s'il persistait à en imposer l'application, il risquerait de cautionner des conséquences beaucoup plus graves que celles qui résultent de leur violation. Une autre est de dire qu'un ordre juridique renonce à ses valeurs parce qu'il est indifférent à la situation qui lui est soumise. Le sacrifice des valeurs du for paraît dans ce cas de figure quelque peu gratuit. »)

¹⁷⁴³ « La variabilité du jeu de l'ordre public en fonction de la nationalité des parties n'est pas acceptable en dehors du statut personnel » P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 231

¹⁷⁴⁴ Les arrêts du 27 septembre 2017 (n° 16 -17.198 et n° 16-13.151) ne semblent toutefois pas aller en ce sens et risquent dès lors d'introduire une inégalité entre les héritiers, sur ce point *cf. supra* n°395 ss.

nationale comme applicable à la succession. Il n'est dès lors pas certain que la loi applicable à la succession soit révélatrice de ses liens de proximité avec le *de cuius*, qui a pu vivre depuis de nombreuses années dans un autre pays. Dans ce cas de figure, l'appréciation des liens de proximité par rapport au *de cuius* n'est sans doute pas inutile. Sa résidence habituelle sera un indice éventuel de proximité entre lui et le for. Il y a toutefois de fortes chances dans ce cas pour que le pays de résidence concorde avec la juridiction compétente¹⁷⁴⁵. En effet, la compétence juridictionnelle est toujours appréciée par rapport au *de cuius* ; il s'agit en principe du juge de la dernière résidence habituelle du défunt¹⁷⁴⁶. Par exception, il peut s'agir du juge de l'État membre où sont situés les biens successoraux, si le défunt avait la nationalité de cet État¹⁷⁴⁷ ou s'il avait eu sa résidence habituelle dans cet État au cours des 5 dernières années, et si la dernière résidence habituelle du défunt était hors État membre¹⁷⁴⁸. Par conséquent, la proximité par rapport au *de cuius* est toujours assurée via les règles de compétence juridictionnelle. Comme l'a remarqué un auteur, si le juge est saisi, c'est qu'il existait « des liens étroits et stables » entre le défunt et le for¹⁷⁴⁹. Ainsi, dès lors que le juge est compétent, un lien entre le *de cuius* et le for peut toujours être trouvé. Il semble dès lors nécessaire d'apprécier la proximité par rapport à d'autres acteurs, tels que les héritiers, sous peine de donner une marge de manœuvre trop importante aux juges du fond.

617. Rappelons toutefois qu'avant le juge, c'est le notaire qui se trouve en première ligne du règlement d'une succession. N'étant pas tenu par les règles de compétence juridictionnelle, il peut donc être amené à appliquer une loi sans lien avec le territoire où il exerce. Il devra vérifier au préalable la conformité de cette loi à l'ordre public international¹⁷⁵⁰. L'appréciation des liens entre le *de cuius* et le for sera donc utile, tout comme les liens avec les héritiers, ceux-ci ne devant selon nous pas être négligés. On en revient ainsi à la méthode du faisceau d'indices.

¹⁷⁴⁵ à moins d'une prorogation de compétence en faveur de la juridiction de l'État de la nationalité du *de cuius* si celui-ci avait opéré un choix de loi.

¹⁷⁴⁶ Article 4 du règlement

¹⁷⁴⁷ Mais dans ce cas l'exception d'ordre public n'interviendra pas car le juge du for appliquera sa propre loi

¹⁷⁴⁸ Article 10 du règlement

¹⁷⁴⁹ « Si le législateur européen a donné compétence à une juridiction pour un règlement successoral, c'est qu'il a estimé lui-même que le rattachement de la situation avec le for est particulièrement important et justifie sa saisine (...) On ne saurait mieux définir la proximité » B. Savouré, « Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français », *JCP N* 2015, 1178

¹⁷⁵⁰ Cf. *infra* sur le rôle du notaire, n°695 ss.

618. *Conclusion du chapitre. –*

Au stade de la constitution de la situation juridique, exception d'ordre public et loi de police doivent être vus comme des mécanismes, non pas concurrents mais complémentaires. Si tous deux participent en définitive à la défense des principes essentiels du for, une distinction s'opère en fonction de la nature des intérêts en cause : aux lois de police, les intérêts de la collectivité dans son ensemble, à l'exception d'ordre public, les intérêts individuels. Autrement dit, les lois de police indiquent une direction tandis que l'exception d'ordre public se tourne vers la protection. Or, le droit patrimonial de la famille, à l'image du droit de la famille dans son ensemble, ne définit plus tellement de direction mais s'attache à la protection des droits individuels au sein de la famille, si bien qu'en ce domaine, le mécanisme de l'exception d'ordre public tend à prendre le pas sur celui des lois de police.

Ces dernières défendent les intérêts économiques, familiaux et sociaux. Il s'agit des règles d'attribution préférentielle de l'entreprise, de l'exploitation agricole, ou encore du logement de la famille. Peut-être pourrait-on même leur confier la défense de l'ordre public alimentaire familial, puisque sans lui, de nombreux individus se retrouveraient à la charge de la collectivité. Il concerne en effet, *in fine*, l'intérêt général.

L'exception d'ordre public se focalise quant à lui sur les intérêts individuels, soit à travers la protection des droits et libertés fondamentaux, soit à travers la protection de certaines politiques impératives internes. Le choix du mécanisme de protection individuelle devrait en conséquence selon nous dépendre, là encore, non pas de l'importance du principe en cause, mais de son objectif. La différence de nature des principes défendus par l'ordre public appelle en effet une différence de régime d'intervention. L'ordre public plein devrait ainsi protéger le « noyau dur » de l'ordre public, les principes fondamentaux doués de « valeur internationale absolue »¹⁷⁵¹, et l'ordre public de proximité les politiques impératives du for susceptibles d'être contredites par l'application de lois étrangères venant troubler la cohérence de l'ordre juridique du for¹⁷⁵². Le respect de la politique interne ne se justifie en effet que si les intéressés présentent des liens avec le for. Et dans la mesure où il s'agit de protéger des intérêts individuels, ces liens devraient être appréciés en priorité par rapport à la personne à protéger.

La reconnaissance d'une situation juridique créée à l'étranger semble en revanche appeler un régime différent d'intervention de l'exception d'ordre public.

Chapitre 2

Les conditions du déclenchement au stade de la reconnaissance de la situation juridique créée à l'étranger

619. La distinction entre le stade de la constitution de la situation juridique et le stade de sa reconnaissance appelle-t-elle à distinguer deux régimes différents d'intervention de l'exception d'ordre public ? L'ordre public de proximité a d'abord été utilisé au stade de la constitution, tandis que les situations déjà constituées à l'étranger sont le terrain d'élection de l'ordre public atténué, qui n'est mis en œuvre qu'au stade de la reconnaissance, et jamais au stade de la constitution. Les frontières sont-elles cependant étanches ? Les régimes sont-ils interchangeables si bien que la distinction classique devrait être remise en cause ?¹⁷⁵³ Avant d'étudier le régime d'intervention de l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance (section 2), on s'interrogera dans un premier temps sur la légitimité de la distinction (section 1).

Section 1. La légitimité de la distinction des régimes au stade de la constitution et de la reconnaissance

620. On parle de reconnaissance lorsqu'une situation a déjà été juridiquement constituée ou « cristallisée », mais encore faut-il s'entendre sur les contours de cette notion, notamment en droit patrimonial de la famille (§1). Une fois le champ d'application de la reconnaissance circonscrit, le jeu ordre public atténué apparaît légitime à ce stade (§2).

§1 Les contours de la notion de « situation constituée » ou « cristallisée »

621. Les situations déjà constituées à l'étranger, et notamment constatée par une autorité publique, peuvent donner lieu à la méthode de la reconnaissance, et donc éventuellement à l'intervention de l'ordre public atténué. On parle de reconnaissance lorsqu'un jugement

¹⁷⁵¹ Il s'agit alors d'opposer un « refus de complicité » à la loi étrangère

¹⁷⁵² Il s'agit alors d'opposer un « refus d'importation » à la loi étrangère

¹⁷⁵³ Pourrait-on ainsi imaginer mettre en œuvre l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance et l'ordre public atténué au stade de la constitution ?

étranger consacrant un droit ou un statut donné est accueilli dans des « conditions plus libérales que celles qui présideraient à leur création devant les autorités du for, du fait notamment de l'effacement de la condition de leur conformité à la règle de conflit du for »¹⁷⁵⁴. Dès lors, il a été démontré qu'un raisonnement en termes de conflit de lois n'était pas adapté lorsque se posait la question de l'accueil d'une décision étrangère¹⁷⁵⁵. En effet, celle-ci étant dotée d'un « effet normatif particulièrement digne de considération », elle devait obéir au régime spécifique de la reconnaissance¹⁷⁵⁶. La souplesse au stade de l'accueil de la décision étrangère est justifiée en partie par des arguments relatifs à la sécurité juridique : la situation consacrée par l'autorité étrangère a naturellement suscité des prévisions dans l'esprit des parties et il est préférable de les respecter¹⁷⁵⁷. Les prémices d'un tel raisonnement pouvaient déjà être perçus dans la jurisprudence Rivière qui justifiait l'atténuation des exigences de l'ordre public en présence de droits acquis sans fraude à l'étranger¹⁷⁵⁸.

622. Or, alors que cette méthodologie était auparavant limitée aux jugements et décisions étrangères, une partie de la doctrine tend aujourd'hui à vouloir l'étendre bien au-delà des limites initialement posées¹⁷⁵⁹. C'est ainsi que Paul Lagarde s'interroge : « la même idée ne pourrait-elle pas être retenue lorsque la situation n'a pas été créée par un jugement, mais par la volonté des parties ou par l'effet de la loi, constatée par une autorité publique ? »¹⁷⁶⁰. La méthode de la reconnaissance ne dépendrait ainsi plus du mode de création de la situation. Une situation créée à l'étranger, en dehors de toute décision judiciaire ou même de tout acte public décisionnel, serait accueillie sans mise en œuvre préalable de la règle de conflit du for, au motif qu'elle existe et qu'il faut la faire perdurer. Autrement dit, la situation aurait été constituée dans

¹⁷⁵⁴ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, n°569

¹⁷⁵⁵ V. la thèse de P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse Paris II, 1971, Dalloz, éd. 1973 ; Il a ensuite été mis fin au contrôle de la loi appliquée au stade de la reconnaissance dans l'arrêt *Cornelissen* (Cass. 1re civ. , 20 févr. 2007, n° 05-14.082, Rev. crit. DIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; LPA 2007, n° 102, p. 15, note C. Lecuyer ; Gaz. Pal. 3 mai 2007, n° 123, p. 2, note M.-L. Niboyet)

¹⁷⁵⁶ P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse Paris II, 1971, Dalloz, éd. 1973 ; cité par Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », *op. cit.* p. 496

¹⁷⁵⁷ « Consacrée en présence d'un jugement étranger, cette libéralisation des exigences du for est généralement justifiée par le fait que celles-ci ne peuvent légitimement bouleverser des prévisions que cristallise l'intervention d'une autorité étrangère raisonnablement liée à la situation des parties », D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. 1, *op. cit.*, n°571

¹⁷⁵⁸ En ce sens, D. Bureau, H. Muir-Watt, *Ibid*, n°571

¹⁷⁵⁹ Voir not. S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 303 ; v. aussi D. Bureau et H. Muir-Watt, *Ibid*, p. 671 et s.

¹⁷⁶⁰ P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RebelsZ* 2004. 225 et s., spéc. p. 232, cité par Yves Lequette, « De la proximité au fait accompli », *op. cit.* p. 496

l'ordre juridique étranger sans qu'une autorité ne soit intervenue pour la constituer, par le simple écoulement du temps par exemple, et il faudrait la reconnaître.

623. La protection des prévisions individuelles et des droits acquis qui fondent déjà la reconnaissance des décisions étrangères justifierait l'extension de la méthode aux situations non cristallisées par le juge. Le « droit à la continuité des relations familiales »¹⁷⁶¹, « droit à la mobilité internationale »¹⁷⁶² ou encore le « droit de la personne à l'identité de son statut »¹⁷⁶³, développé sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH¹⁷⁶⁴ milite aussi en ce sens et appelle à limiter les situations boiteuses¹⁷⁶⁵. Au sein de l'Union européenne, le principe de libre circulation des personnes¹⁷⁶⁶ implique une reconnaissance mutuelle du statut personnel des citoyens européens et de leurs relations familiales¹⁷⁶⁷. Ainsi, ces fondements « tendent à faire s'aligner la position de l'ordre juridique du for sur une situation de fait constituée en dehors de lui-même¹⁷⁶⁸, autrement dit à étendre la méthode de la reconnaissance, réservée aux décisions, aux situations constituées en dehors de toute intervention d'un organe décisionnel.

624. La méthode de la reconnaissance n'était à l'origine assignée qu'aux seuls « jugements », la notion étant entendue dans un sens large : « sont des titres éligibles à la reconnaissance toutes les interventions volontaires des autorités publiques étrangères, même non juridictionnelles, remplissant des fonctions équivalentes à celles d'un juge civil français »¹⁷⁶⁹. L'admission d'un principe général de reconnaissance, appliqué à des objets

¹⁷⁶¹ cf. *supra*

¹⁷⁶² J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'Etat nation et le droit international privé*, thèse précitée., pp. 291 ss.

¹⁷⁶³ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », Cours général », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, t. 341, 2009, p. 119

¹⁷⁶⁴ cf. *supra* ; CEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, Rev. Crit. DIP 2007, 807, note P. Kinsch ; CEDH, 3 mai 2011, *Négrepontis*, précité

¹⁷⁶⁵ V. aussi S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, réf. A. Nuyts et P. Wautelet, Bruylant, Bruxelles, 2017

¹⁷⁶⁶ consacré par l'article 21 du TFUE

¹⁷⁶⁷ CJUE, 30 mars 1993, aff. C-168/91 *Konstantidis*; v. aussi CJUE, 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, JDI 2009, 203, note L. d'Avout ; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., n°576

¹⁷⁶⁸ Y. Lequette, in *Libertés et Droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, 25^e éd., Dalloz, 2019, n°241 ; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, t. 1, op. cit., n°577

¹⁷⁶⁹ L. d'Avout, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », Travaux du Comité français de droit international privé Années 2014-2016, Editions Pédone, Paris 2016, p. 215 et s., spéc. p. 216 ; étant précisé que la reconnaissance ne s'applique en principe qu'aux jugements rendus en matière de droit privé (Ibid) ; cette notion « élargie » est admise par la jurisprudence puisque dans l'arrêt *Rivière*, le divorce administratif en cause a été assimilé à un jugement, dès lors qu'il s'agissait d'un acte public décisionnel.

autres que des jugements, notamment à des situations acquises à l'étranger non cristallisées par une autorité publique, appelle en revanche plus de discussions¹⁷⁷⁰.

625. Pour certains, la reconnaissance pourrait porter sur des situations purement factuelles, même non entérinées à l'étranger par une autorité. Les prévisions individuelles suffiraient à la légitimer : « dès lors que le fondement de la reconnaissance réside dans le droit de l'individu concerné de ne pas se voir opposer un obstacle par l'Etat d'accueil à la continuité de son état ou de sa situation familiale, il n'y a aucune raison de conférer une valeur déterminante à l'intervention d'une autorité étrangère ; tout au plus a-t-elle une valeur probatoire »¹⁷⁷¹. Dès lors, ces raisons, qui justifient la permanence à l'international des statuts personnels et familiaux, devraient aussi valoir pour les situations patrimoniales. Les individus pourraient revendiquer, de la même manière, un droit à la continuité de leur situation patrimoniale, sur le fondement de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel¹⁷⁷². A partir de quand cependant une situation patrimoniale peut-elle être considérée comme constituée ? Les débats autour du champ d'application de la méthode de la reconnaissance¹⁷⁷³ interrogent sur la définition de « situation constituée » ou « cristallisée ». Faut-il qu'une autorité publique soit intervenue pour considérer que l'on est face à une situation cristallisée ? L'établissement d'un acte de notoriété constatant une dévolution successorale « cristallise »-t-il la situation juridique ? En est-on déjà au stade de la reconnaissance et peut-on directement envisager l'intervention éventuelle de l'ordre public atténué ? Ou doit-on d'abord mettre en œuvre la règle de conflit du for en matière successorale afin de désigner la loi applicable à la succession ? On passerait alors au stade de la constitution de la situation juridique, et le régime d'intervention de l'exception d'ordre public serait différent.

626. Une autorité publique (un notaire) est intervenue dans l'élaboration de l'acte de notoriété ; en tant qu'acte authentique il devrait relever du domaine de la reconnaissance. La

¹⁷⁷⁰ V. toutefois en jurisprudence les diverses manifestations de la reconnaissance dans le domaine du conflit de lois (casuistiques et conditionnelles) mises en évidence par L. d'Avout (« La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », Travaux du Comité français de droit international privé Années 2014-2016, Editions Pédone, Paris 2016, p. 215, spéc. p. 220 et s.)

¹⁷⁷¹ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Ibid*, n°579 ; ce n'est toutefois pas l'avis de la majorité des auteurs, pour qui « la chose reconnue doit avoir fait l'objet d'un traitement juridique antérieur en pays étranger ». L'objet de la reconnaissance serait au moins constitué « d'un droit subjectif, d'une institution juridique... » (L. d'Avout, *Ibid*, p. 224-225)

¹⁷⁷² En ce sens, Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », *op. cit.*, n°16

¹⁷⁷³ V. notamment Ch. Pamboukis, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013, Pédone, 2013, p. 133 et s. ; v. aussi P. Lagarde, « La reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 749 et s.

doctrine distingue cependant *selon que l'autorité publique en question intervient activement dans la création de la situation*¹⁷⁷⁴ ou joue un rôle passif, se bornant à recevoir ou à enregistrer une situation sans contribuer autrement à sa réalisation¹⁷⁷⁵, ou se comporte comme « un simple témoin privilégié d'un accord privé »¹⁷⁷⁶. Autrement dit, l'acte dressé par l'autorité publique peut être soit un acte décisionnel, normatif, ou constitutif, soit simplement réceptif ou déclaratif. L'acte de notoriété fait partie de cette dernière catégorie, il n'est pas constitutif, mais déclare simplement qui sont les héritiers au regard de la loi successorale applicable. Il faut donc distinguer entre le *negocium* et l'*instrumentum* : « l'officier public n'est l'auteur que de l'*instrumentum* ; le rapport de droit reste l'œuvre des volontés privées, comme un testament. Contrairement à un juge, le notaire n'exerce aucun pouvoir de décision ; il ne fait que recevoir solennellement un acte privé »¹⁷⁷⁷.

627. Or, si la majorité de la doctrine s'accorde pour dire que la méthode de la reconnaissance convient pour les actes publics « décisionnels », son application aux actes simplement réceptifs ne fait pas consensus. Un retour à la méthode du conflit de lois pour ces derniers est souvent préféré. La situation n'est en effet pas « cristallisée » par l'autorité publique dans ce cas¹⁷⁷⁸, autrement dit, elle n'est pas constituée. Ainsi, dans le cadre du règlement d'une succession, même si un notaire a déjà édicté un acte de notoriété à l'étranger, il n'a fait que déclarer qui étaient les héritiers au sens de la loi applicable, il est donc nécessaire de faire jouer au préalable la règle de conflit du for, tant qu'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée n'a pas été rendue à cet égard et est devenue exécutoire en France¹⁷⁷⁹.

628. La même question se pose pour un pacte successoral reçu dans un acte notarié, ou même pour un contrat de mariage. Pour les partisans de l'extension de la méthode de la

¹⁷⁷⁴ Autrement dit, elle la transforme : l'autorité publique a un rôle constitutif. Paul Lagarde donne l'exemple du mariage, du divorce non contentieux, etc. (P. Lagarde, « Introduction au thème », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit., p.21)

¹⁷⁷⁵ P. Lagarde, *Ibid*, p.21

¹⁷⁷⁶ H. Muir Watt, « Compte rendu de la thèse de P. Callé, *L'acte public en droit international privé* », *Rev. Crit. DIP*, 2004. 905, spéc. 909, cité par P. Lagarde, op. cit., p.21

¹⁷⁷⁷ P. Callé, « L'acceptation et l'exécution des actes authentiques », *JCP N* 2013, 1085

¹⁷⁷⁸ Pour P. Mayer, la reconnaissance d'une situation non cristallisée par une autorité apparaît particulièrement floue. Elle vise « à reconnaître des droits sans déduire leur existence ni d'une décision (par hypothèse absente) ni de la loi désignée par la règle de conflit de lois. Or, les droits subjectifs n'étant pas des réalités naturelles, mais le produit du droit objectif, et celui-ci n'étant pas identifié, on peut craindre que la reconnaissance ne tende en réalité à transformer directement en situations de droit des situations de fait, pourtant malaisées à cerner et à localiser » (P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547, spéc. 548)

¹⁷⁷⁹ V. en ce sens, Civ. 1ère, 4 juillet 2018, n°17-16.515 et 17-16-522, *JCP N* 2018, 1313, E. Fongaro, *Dr. Fam.* 2018, comm. 243, A. Tani ; *RJPF* 2018, n°12, C.M Pégliion-zika

reconnaissance, la volonté des parties suffit à créer une situation acquise, et est par conséquent susceptible de reconnaissance. L'objectif de respect des prévisions individuelles est par ailleurs d'autant plus fort dans les matières de droit patrimonial de la famille : une remise en cause des prévisions successorales ou matrimoniales qui semblaient acquises aux parties constituerait une grave atteinte à la continuité de leur situation patrimoniale.

629. Ainsi, dans l'arrêt *Todorovitch* du 7 novembre 1972¹⁷⁸⁰, la Cour de cassation a considéré qu'elle en était au stade de la reconnaissance face à la convention entre époux conclue sous l'empire de la loi allemande qui excluait toute prestation compensatoire en cas de divorce. Elle a donc fait jouer l'ordre public atténué¹⁷⁸¹. Pourtant, la convention, même notariée, n'était constitutive d'aucune situation juridique. Elle avait été conclue en vue du divorce, et donc en prévision d'une décision judiciaire qui aurait été, elle, constitutive. L'accord n'aurait en effet été effectif qu'au jour du divorce. Or, l'ordre public atténué renonce à la protection des valeurs du for lorsqu'il est devant un fait accompli, qu'il ne peut transformer ; il est pragmatique : la situation étant constituée et irréversible, il consent à lui donner effet. On ne peut appliquer le même raisonnement face aux conventions de divorce ou aux pactes successoraux : ils sont établis en prévision du divorce ou du décès, la situation n'est donc ni acquise, ni irréversible.

630. L'acte de notoriété, le pacte successoral, ou la convention entre époux, bien que contenus dans un « acte public » ne peuvent selon nous faire l'objet d'une reconnaissance au même titre qu'un jugement. En effet, contrairement à ce dernier, ils ne modifient pas l'état du droit. Les actes notariés, la plupart du temps, ne font qu'enregistrer « un contenu, un *negotium*, élaboré en dehors de l'officier qui instrumente l'acte, qui se contente de lui donner une forme particulière, l'*instrumentum* »¹⁷⁸². Par conséquent, n'étant pas revêtu de l'autorité de la chose jugée, l'acte public peut toujours être remis en cause, à travers une action en nullité notamment. Cette action supposerait la mise en œuvre préalable de la règle de conflit de lois, qui désignerait la loi applicable à l'acte. Parler de reconnaissance serait donc absurde puisque cette méthode

¹⁷⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1972, n°71-44.470, *Todorovitch*, Rev. Crit. DIP 1973, p. 691, G. Wiederkehr (arrêt précité)

¹⁷⁸¹ « La convention litigieuse était valable au regard de la loi allemande qui la régissait », et la cour d'appel, s'étant fondée « sur l'effet atténué de l'ordre public à l'égard de droits acquis à l'étranger » avait pu « sans avoir à s'attacher aux besoins et ressources des parties, déduire de ces constatations que rien ne s'opposait à l'exécution en France de l'engagement » assuré par l'épouse. (arrêt *Todorovitch* précité)

¹⁷⁸² E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, op.cit., p. 147, spéc. p. 148-149

élude le contrôle de la loi appliquée¹⁷⁸³. Une reconnaissance abstraite et générale de ces actes entraînerait inévitablement un contournement implicite de ces règles de conflit qui déterminent la validité et les effets juridiques de ces actes¹⁷⁸⁴.

631. Ainsi, la reconnaissance générale des actes publics impliquerait qu'un notaire se contente de reconnaître l'acte de notoriété établi par un notaire étranger, sans qu'il ait à mettre en œuvre ses propres règles de conflit successorale. Il en irait de même pour un pacte successoral établi par acte authentique sans qu'il soit nécessaire de faire jouer la règle de conflit relative à la validité du pacte. Même chose encore pour une convention entre époux établie par acte notarié.

632. C'est la raison pour laquelle les règlements européens « successions », « régimes matrimoniaux » et « partenariats enregistrés » n'emploient pas le terme de « reconnaissance » à propos des actes authentiques mais d'« acceptation »¹⁷⁸⁵. L'acceptation de l'acte authentique c'est en effet la reconnaissance de l'*instrumentum*, de sa force probante, mais pas du *negocium*, du rapport de droit¹⁷⁸⁶. Ce qui est reconnu (ou plutôt « accepté ») par l'article 59 du règlement¹⁷⁸⁷ c'est la force probante de l'acte public¹⁷⁸⁸, autrement dit « la force probatoire particulière attachée aux déclarations consignées dans l'acte et aux constatations faites personnellement par l'officier public ». Cette « acceptation » n'élide donc pas la mise en œuvre

¹⁷⁸³ Sur « l'éclipse » du conflit de lois lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'une relation vécue subjectivement comme une réalité, v. G.P. Romano, « La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. Crit. DIP* 2006. 457 ; v. aussi H. Muir-Watt, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? », in *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, op.cit., p. 85, spéc. p. 91 et s.

¹⁷⁸⁴ En ce sens, M. Kohler et M. Buschbaum, « La « reconnaissance » des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières », *Rev. crit. DIP* 2010. 629

¹⁷⁸⁵ V. not. art. 59 du règlement « successions » : « Acceptation des actes authentiques » ; v. aussi art. 58 des *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* et *Règlement (UE) 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*

¹⁷⁸⁶ « La reconnaissance des actes authentiques n'est pas assimilable à la reconnaissance des décisions de justice car un acte notarié ne peut être assimilé à un jugement. Dans un jugement, le juge fait œuvre de volonté à propos du rapport de droit qui lui est soumis. L'instrument contient la décision du juge qui est donc l'auteur, tout à la fois de l'*instrumentum* et du *negotium*. La reconnaissance du jugement désigne alors l'acceptation dans un autre ordre juridique de la norme dont le jugement est porteur. Cette conception de la reconnaissance ne peut être transposée à la reconnaissance des actes authentiques, car, pour ces derniers, l'officier public n'est l'auteur que de l'*instrumentum* ; le rapport de droit reste l'œuvre des volontés privées » (P. Callé, « L'acceptation et l'exécution des actes authentiques », *JCP N* 2013, 1085, n°7)

¹⁷⁸⁷ « Les actes authentiques établis dans un État membre ont la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produisent les effets les plus comparables, sous réserve que ceci ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné ».

¹⁷⁸⁸ P. Callé, « L'acceptation et l'exécution des actes authentiques », *JCP N* 2013, 1085, n°8 (constatations telles que « l'identité des parties, leur présence personnelle, la date de l'acte, le versement d'un prix par-devant l'officier public »).

des règles de conflit pour régler la succession. Et si le *negocium* doit être contesté dans un Etat membre, cela sera sur le fondement de la loi successorale¹⁷⁸⁹.

633. En cela, le certificat successoral européen présente un réel avantage par rapport à l'acte de notoriété « classique ». L'article 69 paragraphe 1^{er} du règlement énonce en effet un principe de reconnaissance de plein droit du certificat dans tous les Etats participants, sans qu'il soit nécessaire pour celui qui s'en prévaut de passer par une procédure particulière. Par conséquent, en dispensant le certificat d'exéquatur, le règlement supprime nécessairement le contrôle de conformité de la loi appliquée à l'ordre public. Le contenu du certificat ne pourra par ailleurs être contesté que devant les juridictions de l'Etat ayant établi le certificat¹⁷⁹⁰.

634. Ce qui est possible entre Etats membres ne l'est toutefois pas entre Etats tiers. La méthode de la reconnaissance repose tout d'abord sur le principe de confiance mutuelle. Il faut qu'il existe des liens étroits entre ces Etats, souhaitant élaborer un espace judiciaire commun, comme c'est le cas de l'Union européenne¹⁷⁹¹. Ensuite, l'harmonisation des règles de conflit de lois est une étape préalable et essentielle au principe de reconnaissance des actes publics. En droit patrimonial de la famille, l'unification a été réalisée dans tous les domaines : successions, régimes matrimoniaux, divorce, obligations alimentaires. Les autorités des Etats membres dresseront ces actes en principe conformément à la même loi applicable, désignée par une règle de conflit commune, il y a donc peu de risque de divergence. La reconnaissance des actes publics, même non décisionnels, entre Etats membres, semble donc possible, dès lors qu'ils partagent les mêmes règles de conflit. Il en va autrement en revanche avec les Etats tiers.

635. Une décision récente de la Cour de cassation, en date du 4 juillet 2018¹⁷⁹², illustre en ce sens la nécessité de bien distinguer le stade de la constitution de celui de la reconnaissance. En l'espèce, une personne de nationalité marocaine était décédée au Maroc et laissait trois fils.

¹⁷⁸⁹ Art. 59. 3 du règlement : « Les juridictions compétentes en vertu du présent règlement sont saisies de toute contestation relative aux actes juridiques ou **relations juridiques consignés dans un acte authentique et statuent sur celle-ci en vertu de la loi applicable au titre du chapitre III.** »

¹⁷⁹⁰ Articles 69 et 71 du Règlement (UE) n ° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen: le certificat est « présumé attester fidèlement l'existence d'éléments qui ont été établis », et la présomption ne peut être renversée que devant les juridictions de l'Etat d'origine du certificat

¹⁷⁹¹ « La diversité des actes publics, la diversité même des acteurs impliqués dans leur élaboration suppose un important travail d'harmonisation matérielle, de compréhension des institutions des uns et des autres qui seul nous semble susceptible de permettre le passage progressif à une méthode de reconnaissance » (E. Pataut, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » *op. cit.*, p. 147, spéc. p. 158)

¹⁷⁹² Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-16.515 et 17-16-522, *JCP N* 2018, 1313, E. Fongaro

Son patrimoine se composait de divers biens mobiliers et des biens immobiliers situés en France. Par testament établi par des rabbins-notaires à Casablanca, elle avait institué légataires universels deux de ses fils. Ce testament avait été homologué par un jugement marocain, et avait reçu exequatur en France. Le troisième fils avait toutefois saisi les juridictions françaises pour régler la succession et voir reconnaître son droit à la réserve héréditaire sur les biens immeubles situés en France. La cour d'appel lui avait donné raison en ne donnant effet au legs universel que dans la limite de la quotité disponible. Le pourvoi reprochait alors aux juges du fond d'avoir méconnu l'autorité de la chose jugée du jugement d'exequatur : celui-ci aurait dû permettre, selon les légataires, l'exécution du legs sur les biens situés en France. La Cour de cassation donne cependant raison à la cour d'appel : elle met en œuvre l'ancienne règle de conflit française (la succession s'étant ouverte avant le 17 août 2015) et désigne comme applicable à la dévolution des biens immobiliers situés en France la loi française. Dès lors, la loi française connaissant la réserve héréditaire, le legs universel ne pouvait être exécuté que dans la limite de la quotité disponible¹⁷⁹³. La décision doit être approuvée : l'argument relatif à l'autorité de la chose jugée acquise par la décision étrangère ne pouvait en effet prospérer. L'exequatur ne concernait que le jugement étranger d'homologation du testament et pas le règlement de la succession (par conséquent, s'il y avait bien identité des parties, il n'y avait pas identité d'objet et de cause¹⁷⁹⁴). Dans le cadre de l'instance directe, les autorités françaises étaient donc bien tenues de mettre en œuvre leurs règles de conflit, puisqu'une qu'aucune décision judiciaire sur la dévolution de la succession n'avait été rendue ou du moins reconnue. En l'absence de jugement sur la dévolution de la succession, aucune situation n'était « cristallisée », le juge d'appel ne se trouvait dès lors pas au stade de la reconnaissance, mais de la constitution. La loi française étant applicable selon nos anciennes règles de droit international privé, le fils déshérité pouvait donc réclamer sa réserve sur les biens situés en France, celle-ci étant « d'ordre public interne »¹⁷⁹⁵, ainsi que le souligne la Cour de cassation. Si un jugement avait en revanche été rendu au Maroc sur la dévolution de la succession aux deux fils légataires universels, c'est la reconnaissance de ce jugement qui aurait été en cause dans le cadre de l'instance indirecte, et notamment la question de sa conformité à l'ordre public,

¹⁷⁹³ « Mais attendu que l'arrêt constate que la succession comprend des biens immobiliers situés en France et retient que ceux-ci sont soumis, par application de la règle de conflit édictée à l'article 3, alinéa 2, du code civil, à la loi française ; que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit, par motifs propres et adoptés, sans méconnaître l'autorité attachée au jugement d'exequatur, que la dévolution successorale desdits immeubles devait tenir compte des règles de la réserve héréditaire, laquelle, d'ordre public interne, ne pouvait être écartée par des dispositions testamentaires établies selon la loi du domicile du défunt et régissant son statut personnel ; que le moyen ne peut être accueilli ; »

¹⁷⁹⁴ E. Fongaro, note sous ledit arrêt, JCP N 2018, 1313, n°4

¹⁷⁹⁵ Sur cette qualification, cf. *supra*, n°194

non pas interne, mais cette fois international. A ce stade, c'est donc l'ordre public atténué qui aurait pu jouer. Encore faut-il s'interroger sur sa légitimité car elle a été très tôt remise en cause.

§2 La légitimité de l'ordre public atténué

636. Bartin avait mis en évidence une contradiction inhérente au mécanisme de l'ordre public atténué¹⁷⁹⁶ ; il permettait d'après l'auteur d'accueillir une situation en apparence différente, mais qui en réalité, participait elle aussi à la violation de l'ordre public. Ainsi, à propos de la reconnaissance en France des divorces prononcés à l'étranger, alors qu'ils étaient interdits en France, Bartin faisait remarquer : « Dans l'un et l'autre cas, rien ne peut se faire sans la collaboration du juge français au divorce : dans l'un et l'autre cas, la dissolution du mariage heurte pareillement l'ordre public international en France. (...) On donne ainsi alternativement deux solutions contradictoires à la même question. »¹⁷⁹⁷. Le même exemple peut être donné aujourd'hui avec la polygamie ; un mariage polygamique ne pourrait être célébré en France, en revanche, les juges acceptent de donner effet à un tel mariage prononcé à l'étranger, en accordant notamment des droits sociaux et successoraux à la seconde épouse¹⁷⁹⁸. Alors que l'ordre juridique français refuse de créer en France une situation contraire à l'ordre public, il accepte cependant de lui donner effet, dès lors qu'elle a été constituée à l'étranger. Ainsi, alors que le juge condamne en apparence la situation, il s'en rend en même temps complice en acceptant ses effets en France. La distinction ne serait donc pas pertinente et peut-être même, hypocrite, pour ne pas dire « schizophrène ».

637. Cette critique pourrait d'ailleurs être relayée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné les Etats qui se sont rendus complices, de manière passive, d'une violation des droits de l'homme en acceptant de donner effet sur leur territoire aux jugements étrangers contraires à la Convention¹⁷⁹⁹. L'extranéité de la norme, qu'elle soit une loi ou un jugement, n'empêche en effet pas l'Etat du for d'être personnellement

¹⁷⁹⁶ E. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930, pp. 261-262

¹⁷⁹⁷ E. Bartin, *Ibid*

¹⁷⁹⁸ V. not. Cass. Civ. 28 janvier 1958, *Chemouni*, Rev. Crit. DIP 1958. 110, note Jambu-Merlin

¹⁷⁹⁹ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, précité, Rev. trim. dr. h., 2002, pp. 463 ss., obs. de J.-P. Costa ; Rev. crit. dr. int. pr., 2004, pp. 106 ss., note L.-L. Christians ; voir aussi J.-F. Flauss, « L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *Les Petites Affiches*, 18 avril 2002, n° 78, pp. 11 ss. ; L. Sinopoli, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome », *Gazette du Palais, Spécial Contentieux judiciaire*, nos 202-204, 2002, pp. 2 ss. ; ref. cités par L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *op. cit.* p. 338

impliqué¹⁸⁰⁰. «En donnant effet sur le territoire français à la décision, le juge adopte une solution substantielle identique à celle qui avait été consacrée par le juge étranger ; il n'en est pas l'auteur initial, mais il prend la responsabilité de son introduction dans l'ordre juridique français ; ce faisant, il est susceptible de violer la Convention »¹⁸⁰¹. On a ainsi reproché à l'ordre public atténué d'instituer une collaboration passive du juge à la violation des principes fondamentaux. La critique s'est faite d'autant plus forte lors des arrêts rendus avant 2004 en matière de répudiation : en les reconnaissant, le juge participait directement à la discrimination opérée envers l'épouse¹⁸⁰².

638. Comment dès lors justifier la collaboration du juge à l'application de solutions attentatoires aux principes fondamentaux de son ordre juridique ? Comment expliquer cette « atténuation » des exigences de l'ordre public lorsque la situation a déjà été constituée ? La première réponse donnée par la doctrine est fondée sur le respect nécessaire des droits acquis à l'étranger¹⁸⁰³ et ce fondement a été confirmé par la jurisprudence¹⁸⁰⁴. Le fondement traditionnel de l'ordre public atténué est en effet le respect des légitimes prévisions des parties¹⁸⁰⁵. Cette explication est d'autant plus actuelle et légitime qu'elle justifie aussi la

¹⁸⁰⁰ En ce sens, P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991. 651

¹⁸⁰¹ P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991. 651

¹⁸⁰² L. Gannagé, *op. cit.*, p. 338 : « pour raisonner sur le cas précis de la répudiation intervenue à l'étranger, il est certain que lorsque le juge d'un Etat européen accepte de la reconnaître dans son ordre juridique il participe directement à la discrimination qui en découle. Son rôle n'est pas celui d'un observateur passif qui n'a aucune prise sur le sort de la femme répudiée. Si, en effet, celle-ci refuse de donner son consentement à la répudiation et qu'elle réclame des aliments à son mari devant le juge français, c'est bien de l'accueil ou du rejet de la répudiation, donc de la réponse même de ce juge, que dépendra le sort de la femme répudiée. Autrement dit, il n'y a pas de neutralité possible, ou d'indifférence possible de l'ordre du for dans ce cas de figure. La réponse du juge, quelle qu'elle soit, réception ou refus de reconnaissance de l'institution, se traduira soit par une collaboration active à la violation du principe de l'égalité des époux soit précisément par le refus de se rendre complice de cette violation. »

¹⁸⁰³ En ce sens, L. Gannagé, *op. cit.*, p. 339, citant A. Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1, 1923, p. 123, n° 43, et *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, pp. 517 ss., n° 286 ; Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. III, Sirey, 1944, pp. 543 ss., spéc. p. 545, n° 1037, « sur le terrain de l'efficacité des droits il ne faut pas « gonfler inutilement et sans profit pour la France des exigences de notre ordre public, tout en compromettant très injustement des droits régulièrement constitués ». Voir aussi : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1, précité, n° 459 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, *op. cit.*, t. 1, n° 367, p. 424 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 154, n° 206.

¹⁸⁰⁴ Notamment par l'arrêt *Rivière*, Cass. Civ. 17 avril 1953, *Rev. Crit. DIP* 1953, note Batiffol ; *JDI* 1953 860, note Plaisant

¹⁸⁰⁵ En ce sens, P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991. 651 ; A l'origine, la théorie classique de l'ordre public atténué s'attachait à la structure de la norme dont l'efficacité était envisagée, autrement dit la loi ou le jugement étranger (v. S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préface P. Mayer, Economica, 2004, p. 290 : « Cette approche doit être jugée sur ce qu'elle offre, et la préoccupation dans laquelle elle trouve son fondement est l'expression d'une nécessité : éviter autant que possible de remettre en cause la situation de fait engendrée fréquemment par l'existence d'une décision étrangère »)

méthode de reconnaissance des situations¹⁸⁰⁶. A ce stade, les préoccupations relatives à la prévisibilité et la sécurité juridique semblent plus fortes que celles relatives au respect des valeurs du for.

639. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs consacré un « droit à la continuité internationale des situations personnelles et familiales », sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale proclamé par l'article 8 de la Convention. Dans son arrêt « Négrepontis »¹⁸⁰⁷, la Cour observe que lorsqu'une situation personnelle ou familiale a été créée dans un ordre juridique, le refus de la reconnaître dans un autre ordre juridique, en raison de la violation de certaines règles impératives du for, est susceptible de constituer une ingérence injustifiée dans le droit à la vie privée et familiale des personnes concernées. Un contrôle de proportionnalité doit donc être exercé entre la règle impérative exprimant le besoin social impérieux et le « droit à la continuité des situations internationales »¹⁸⁰⁸. Si l'arrêt concernait une situation familiale extrapatrimoniale, rien ne paraît s'opposer à ce que ce droit à la continuité des situations internationale vaille également pour les situations patrimoniales, d'autant plus que les objectifs affirmés du droit patrimonial de la famille sont la prévisibilité et la sécurité juridique.

640. Le risque cependant, avec la proclamation de ce nouveau droit, est de ne pas trouver d'équilibre entre respect des droits acquis et respect des valeurs essentielles du for, dès lors que le premier principe est lui-même devenu un droit fondamental¹⁸⁰⁹. Le poids de l'article 8 de la Convention européenne et la « boulimie interprétative »¹⁸¹⁰ de la Cour risque de toujours faire prévaloir le respect des situations acquises sur les valeurs impératives du for¹⁸¹¹.

Une méthode permettant de nuancer, de manière équilibrée, le mécanisme de l'ordre public atténué doit donc être trouvée à travers l'aménagement de son régime.

¹⁸⁰⁶ Voir à ce sujet, Y. Lequette, « De la proximité, au fait accompli », *op. cit.*, p. 496-497 ; v. aussi, L. Gannagé, *op. cit.*, p. 340 : « les situations constituées à l'étranger ou les décisions qui y ont été rendues ont déjà entraîné des conséquences auxquelles les parties se sont légitimement fiées. Il faut donc « des raisons particulièrement graves » pour les remettre en cause. Dans le domaine du droit de la famille en particulier, le sacrifice des valeurs du for est alors justifié par la nécessité de respecter la stabilité de l'état des personnes. C'est la sécurité juridique qui s'impose ici comme valeur suprême au détriment d'autres valeurs substantielles de l'ordre du for. »

¹⁸⁰⁷ CEDH, 3 mai 2011, *Négrepontis*, précité, Rev. Crit. DIP 2011, 889, et chron. P. Kinsch, p. 817

¹⁸⁰⁸ Voir en ce sens, A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, *op. cit.*, p. 119

¹⁸⁰⁹ Sur le fondement du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la CEDH

¹⁸¹⁰ Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux » in *Libertés et droits fondamentaux*, Litec, 2017, 23ème éd., spéc. n°252 cité par S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation (...) », *op. cit.*

¹⁸¹¹ En ce sens, S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation (...) », *op. cit.*

Section 2. Le régime de l'ordre public atténué

641. Alors qu'il nous a semblé que le jeu de l'ordre public pouvait être nuancé par l'ordre public de proximité au stade de la constitution de la situation juridique, il n'en va pas de même au stade de la reconnaissance (§1). Des nuances peuvent en revanche être apportées par un contrôle de proportionnalité, introduit au sein même du mécanisme de l'ordre public atténué (§2).

§1 L'inadaptation de l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance

642. Un autre argument, aux côtés du respect des droits acquis à l'étranger, a été avancé au soutien de l'ordre public atténué. Les exigences du for s'affaibliraient au fur et à mesure que la situation s'éloigne du for. Autrement dit, dans une situation ne présentant pas de lien avec le for, l'ordre juridique du for ne serait plus légitime à vouloir imposer ses propres conceptions. Ainsi, il a été dit à propos de la répudiation, que si l'institution nous choque et ne saurait être appliquée en France, on ne pourrait pour autant « refuser de reconnaître une répudiation prononcée, en dehors de tout lien avec la France, dans un pays qui la considère comme un mode normal de dissolution du mariage ». Autrement, cela traduirait une prétention du for « à conférer une portée universelle à des valeurs reçues par une civilisation particulière »¹⁸¹².

643. L'ordre public de proximité a donc progressivement supplanté l'ordre public atténué¹⁸¹³. La recherche de liens de proximité avec le for permet par ailleurs de contrer l'argument relatif à la non adéquation de l'instrument à notre époque et à la rapidité de nos modes de transport. Les frontières ne sont en effet plus des obstacles au déplacement des individus, et « la corrélation espace-temps sur laquelle repose la théorie de l'effet atténué de l'ordre public a (...) perdu une bonne part de sa pertinence, en raison de la facilité actuelle des déplacements et de la quasi-ubiquité qu'elle confère aux individus. Le seul fait qu'une situation est née à l'étranger ne permet plus de présumer qu'elle n'avait à l'époque de sa création que

¹⁸¹² P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991. 651. On répondra toutefois que si le principe d'égalité entre les sexes n'est peut-être pas universel, car non partagé par tous les membres de la société humaine, en tous temps et en tous lieux, on peut s'autoriser à lui donner une portée universelle. C'est en effet la vocation des droits de l'homme, et surtout du principe de non-discrimination. S'ils ne sont pas effectifs dans tous les pays, on peut souhaiter cependant que chaque être humain puisse en bénéficier.

¹⁸¹³ La proximité a été utilisée comme un complément au fonctionnement de l'ordre public atténué. Au facteur temporel a été ajouté un facteur spatial, notamment pour rejeter les répudiations prononcées à l'étranger (en ce sens : L. Gannagé, *op. cit.* et A. Bücher, *La dimension sociale du droit international privé*, *op. cit.*, p.51, n°24)

peu de liens avec la société française »¹⁸¹⁴. Il faudrait donc encore vérifier, avant de refuser de donner effet à une situation juridique constituée à l'étranger contraire à l'ordre public, que celle-ci a des liens manifestes avec le for.

644. La grande majorité de la doctrine s'est rangée autour de cette idée : pour que l'ordre public du for puisse s'opposer à la reconnaissance de la décision étrangère, il faut que celle-ci ait des liens suffisants avec le for¹⁸¹⁵. En leur absence, l'ordre public ne serait pas légitime à intervenir. L'ordre public de proximité a donc progressivement remplacé l'ordre public atténué, et s'est montré utile tant au stade de la reconnaissance que de la constitution de la situation étrangère¹⁸¹⁶.

645. Le bien-fondé de l'emploi de l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance mérite cependant d'être discuté. Du point de vue de la méthode, le mécanisme ne se révèle pas forcément pertinent à régir les situations déjà constituées. Il n'est par ailleurs pas certain que la Cour de cassation se soit ralliée à l'analyse de la doctrine, le recours à l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance restant à démontrer. Il existe donc à la fois des obstacles jurisprudentiels (A) et méthodologiques (B) à la mise en œuvre de l'ordre public de proximité à ce stade.

A. Les obstacles jurisprudentiels

646. Une analyse approfondie de la jurisprudence interne (1) et internationale (2) montre que l'ordre public de proximité est très peu utilisé au stade de la reconnaissance.

1) La jurisprudence interne

647. Paul Lagarde a démontré que la Cour de cassation ne faisait pas référence aux critères de proximité lors de la mise en œuvre de l'ordre public atténué dans l'arrêt *Rivière*, qui a fondé

¹⁸¹⁴ B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts*, 5^{ème} éd. Dalloz, 2006, p. 214; v. aussi S. Othenin Girard, *op. cit.*, p. 234

¹⁸¹⁵ Il faut vérifier « l'ancrage » de la situation dans l'ordre juridique du for, N. Joubert, thèse précitée, p. 146, n° 158.

¹⁸¹⁶ L'ordre public de proximité est « compétent à la fois pour les situations nées en France et celles nées à l'étranger, il concurrence soit l'ordre public plein, soit l'ordre public atténué » (J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité, quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*) ; L. Gannagé rappelle également l'approche unitaire de l'ordre public de proximité « qui a vocation à être mise en œuvre quel que soit le lieu de constitution de la situation juridique ». (« Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », p. 346, n°143)

la distinction entre reconnaissance et constitution de la situation juridique. Or, la nationalité française de l'époux aurait pu empêcher la reconnaissance du divorce dans l'ordre juridique français qui ne l'admettait pas à cette époque¹⁸¹⁷. La Haute juridiction n'a pas non plus fait jouer l'ordre public de proximité contre des déclarations judiciaires de paternité naturelle dans deux arrêts en date du 11 avril et du 1^{er} mai 1945¹⁸¹⁸, alors qu'à cette époque, la jurisprudence interdisait les actions en recherche de paternité en vertu d'une loi étrangère, en dehors des conditions prévues par la loi française, sur le fondement de l'ordre public. Les circonstances de l'espèce lui en donnaient pourtant l'occasion : « Dans le premier cas, le défendeur était Allemand, et l'affaire était bien une affaire allemande ; dans le second arrêt, le père prétendu était Français. La querelle était mixte, et cela aurait pu motiver, sous prétexte de lien avec le territoire, une intervention de l'ordre public. Mais la Cour de cassation n'a pas voulu entrer dans ces subtilités. »¹⁸¹⁹.

Jusqu'à cette époque, la Cour de cassation ne semble donc pas faire entrer de considérations de proximité au sein du mécanisme de l'ordre public atténué¹⁸²⁰.

Il a néanmoins commencé à en aller différemment à l'occasion des décisions relatives à l'accueil en France des répudiations islamiques.

648. La répudiation pose à notre ordre juridique un problème d'ordre philosophique et moral, tenant essentiellement à l'inégalité entre les époux qu'elle traduit. Le refus d'accueillir aujourd'hui en France cette institution est en partie symbolique et politique. Ce mode de dissolution du mariage, manifestement contraire au principe d'égalité des sexes, n'a toutefois pas toujours été condamné, la jurisprudence ayant, un temps, fait preuve d'une certaine tolérance à son égard. Jusque dans les années 80, la Cour de cassation s'opposait à l'accueil en France des répudiations intervenues à l'étranger, lorsqu'elles n'avaient pas été acceptées par l'épouse répudiée et violaient ses droits fondamentaux¹⁸²¹. Un arrêt *Rohbi* de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 novembre 1983¹⁸²² est toutefois venu remettre en

¹⁸¹⁷ P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse précitée, 1959, p. 64

¹⁸¹⁸ Cass. Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945, D. 1945, p. 245, note P. L.-P. ; Sirey, 1945, I, p. 121, note H. Batiffol ; JCP, 1945, II, p. 2895, note R. Savatier ; cités par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, op. cit., p. 64

¹⁸¹⁹ P. Lagarde, *Ibid*

¹⁸²⁰ En ce sens, P. Lagarde, *Ibid*, p. 64

¹⁸²¹ Notamment, TGI Paris, 18 mars 1968, *Rev. Crit. dr. int. pr.*, 1969, p. 682, note Nisard ; *Clunet*, 1969, p. 633, note Ponsard ; v. aussi R. El Husseini-Begdache, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, 2002, pp. 142 ss., n° 290 ss.

¹⁸²² Civ 1^{ère}, 3 novembre 1983, *Rev. Crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 325, note I. Fadlallah ; *Clunet* 1984, p. 329, note Ph. Kahn ; JCP G 1984 II p. 20131, conclusions Gulphe ; *Grands arrêts dr. int. pr.*, n°63.

cause cette position. A compter de cette décision, l'ordre public français ne s'opposait plus à la réception de l'institution en France dès lors que l'épouse avait été présente à la procédure et qu'elle avait reçu des indemnités. La Cour de cassation se fondait sur le mécanisme de l'ordre public atténué¹⁸²³ et cédait ainsi aux thèses culturalistes et relativistes¹⁸²⁴. Cette jurisprudence fut toutefois fortement critiquée ; on lui reprochait notamment de conférer un « quasi blanc-seing » aux situations nées à l'étranger¹⁸²⁵. Seuls des moyens tels que la fraude, la violation des droits de la défense, ou l'invocation des règles du conflit mobile permettaient de faire échec aux répudiations¹⁸²⁶. La contrariété du jugement au principe d'égalité des époux n'était pas suffisante pour priver d'effet en France les répudiations prononcées à l'étranger. Ainsi, dans un arrêt du 3 juillet 2001¹⁸²⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu accueillir en France, sur le fondement de l'ordre public atténué, un divorce par répudiation unilatérale prononcé en Algérie, dans la mesure où celui-ci était conforme aux principes procéduraux et alimentaires de l'ordre public, bien que contraire au principe d'égalité des époux.

649. Sous la pression de la doctrine, cette jurisprudence fut finalement abandonnée. La Cour de cassation rejeta par principe les répudiations prononcées à l'étranger, sur le fondement de l'ordre public, dans plusieurs arrêts en date du 17 février 2004¹⁸²⁸. Contraires au principe d'égalité entre époux, reconnu par l'article 5 du protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme, celles-ci sont presque systématiquement aujourd'hui jugées contraires à l'ordre public international français.

650. Le rejet de ces répudiations se ferait cependant à la condition de liens entre l'épouse et

¹⁸²³ L'ordre public atténué se montre moins rigoureux et plus tolérant que l'ordre public plein: en présence de situations créées à l'étranger et appelées à produire des effets dans l'ordre du for, l'ordre public n'intervient que sous une forme atténuée. Ainsi, alors que la contrariété de la norme étrangère aux valeurs du for serait sanctionnée au stade de la constitution de la situation juridique, elle sera tolérée au stade de la reconnaissance.

¹⁸²⁴ Cf. *Supra*; voir aussi L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *op. cit.*, p. 164

¹⁸²⁵ V. P. Hammje, « L'effet atténué de l'ordre public », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 1999, p. 87 et s., spéc. p. 90. Sur les arrêts donnant effet aux répudiations prononcées à l'étranger sur le fondement de l'ordre public atténué, v. Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1981. 88, I. Fadlallah, *ibid.* 1981. 17 ; Cass. 1ère Civ. 8 déc. 1987 et 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 733, note M.-L. Niboyet-Hoegy, *JDI* 1989. 63, note F. Monéger, 2e arrêt.

¹⁸²⁶ Arrêts invoquant la fraude: CA Paris, 6 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. Fadlallah ; 15 nov. 1988, *D.* 1989. somm. 257, obs. B. Audit ; Cass. 1re civ., 1er mars 1988, *D.* 1988. 486, note J. Massip, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann ; Arrêts invoquant la violation des droits de la défense: Cass. 1re civ., 26 juin 1990, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1991. 593, note P. Courbe ; 1er juin 1994, *D.* 1995. 263, note J. Massip, *Rev. crit. DIP* 1995. 103, note J. Déprez ; Arrêts invoquant les règles du conflit mobile, Cass. 1re civ., 17 mai 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 684, note P. Courbe.

¹⁸²⁷ Civ 1ère. 3 juillet 2001, Bull. civ. I, n° 199 ; *D.* 2001, Jur. p. 3378, note M.-L. Niboyet, *Dr. fam.* N°7, 2002, chron. 17, M. Farge.

¹⁸²⁸ Civ 1ère 17 février 2004, n° 02-17.479, 01-11.549, 02-11.618 et 02-15.766, précités, *D.* 2004, p. 815, P. Courbe

le for (dont sa nationalité française ou son lieu de résidence en France ferait état), autrement dit sur le fondement de l'ordre public de proximité.

Cette position semble être approuvée par la majorité de la doctrine. Elle permet de ne pas opposer à l'épouse résidant en France, et dans une certaine mesure, intégrée à la collectivité française, une répudiation qui méconnaît ses droits¹⁸²⁹. Le recours à l'ordre public de proximité permettrait en même temps de tempérer le caractère hégémonique des droits issus de la Convention européenne des droits de l'homme mis en avant par certains auteurs¹⁸³⁰. L'application de nos principes et valeurs européens ne serait ainsi limitée qu'aux « relations privées internationales localisées dans la sphère juridique européenne »¹⁸³¹ : ce n'est que si « la situation est localisée en France ou en Europe » que le respect des valeurs intangibles du for l'emporteront sur l'harmonie internationale des solutions.

Peut-on cependant admettre que seules les femmes qui vivent en France, ou même en Europe, puissent jouir du droit à l'égalité des sexes et partant, du droit à ne pas être répudiées¹⁸³² ? Si le principe d'égalité est un principe à vocation universelle¹⁸³³, cela nous semble difficile à justifier. Il n'est d'ailleurs pas certain que la Cour de cassation recourt à l'ordre public de proximité en la matière.

651. Le principe d'égalité entre époux a d'abord été visé dans un arrêt du 1^{er} juin 1994¹⁸³⁴. Une épouse marocaine avait été répudiée par son époux marocain au Maroc. Les deux époux résidaient en France. Au visa de l'article 5 du protocole n°7 de la CEDH énonçant le principe d'égalité entre les sexes, la Cour de cassation a jugé la répudiation contraire à l'ordre public international français. En l'espèce, la répudiation violait non seulement le principe d'égalité entre époux, mais aussi l'ordre public procédural puisque la répudiation avait été faite « hors la présence de l'épouse non appelée à la procédure ». Il semblait donc déjà à l'époque de cet arrêt que « la répudiation même assortie de garanties pécuniaires sérieuses et précédée d'une procédure au cours de laquelle la femme avait été entendue ne saurait recevoir effet en

¹⁸²⁹ P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », D. 2014, p. 815, n°12

¹⁸³⁰ J. Deprez, *Droit international privé et conflit de civilisations, Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, RCADI IV/1988, t. 211, p. 9 et s., spéc. p. 171 ; v. aussi biM. Farge, obs. JCP 2001, I, 293, p. 253

¹⁸³¹ P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », D. 2014, p. 815, n°14

¹⁸³² En ce sens, J. Guillaumé, thèse précitée, n°865

¹⁸³³ Certains ne donnent toutefois pas un caractère universel à ce principe qui appartiendrait plutôt à la catégorie des principes généraux du droit (M.-N. Jobard-Bachelier, F.-X. Train, Fasc. 534-2 « Ordre public international », Jcl. Dr. International, LexisNexis, avril 2010, n°71)

¹⁸³⁴ Civ 1^{ère}, 1^{er} juin 1994, D. 1995. 263, note J. Massip, Grands arrêts n° 63-64

France »¹⁸³⁵. On pouvait toutefois penser que la contrariété à l'ordre public international était conditionnée à la résidence en France des deux époux.

652. Les arrêts de principe rendus par la Cour de cassation le 17 février 2004 ont confirmé avec solennité que les répudiations islamiques étaient contraires au principe d'égalité entre époux, étant néanmoins à chaque fois précisé dans l'attendu que la femme répudiée en l'espèce était domiciliée sur le territoire français¹⁸³⁶.

653. Dans un arrêt ultérieur de la première chambre civile du 10 mai 2006¹⁸³⁷, c'est cette fois la nationalité française des époux qui aurait déclenché l'exception d'ordre public : dès lors que les époux étaient français, bien que résidants à l'étranger, l'ordre public international pouvait s'opposer à la reconnaissance de la répudiation.

654. En conséquence, à la suite des arrêts de 2004 et de 2006, une proximité avec le for semblait devoir être établie pour faire jouer l'exception d'ordre public. Il suffisait néanmoins, soit que les époux (ou au moins l'épouse) soient domiciliés en France, soit qu'ils (ou au moins l'épouse¹⁸³⁸) soient de nationalité française.

655. En 2015, l'exigence de proximité s'est encore assouplie ; la Cour de cassation n'exige plus de lien de proximité avec le for, mais avec un Etat contractant à la Convention européenne des droits de l'homme, pour faire jouer l'exception d'ordre public. Dans un arrêt du 15 avril 2015¹⁸³⁹ et du 4 juillet 2018, la première chambre civile a en effet opposé l'ordre public à

¹⁸³⁵ A. Sinay-Cytermann, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 649 et s.

¹⁸³⁶ « Mais attendu que l'arrêt retient que le jugement du Tribunal de Biskra avait été prononcé sur demande de M. X... au motif que "la puissance maritale est entre les mains de l'époux selon la Charia et le Code" et que "le Tribunal ne peut qu'accéder à sa requête" ; qu'il en résulte que cette décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et à l'ordre public international réservé par l'article 1er d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard des textes susvisés ».

¹⁸³⁷ Civ. 1re, 10 mai 2006, JCP 2006. II. 10165, 2e esp., note T. Azzi ; Civ. 1re, 6 févr. 2008, D. 2009. Pan. 835, obs. L. Williatte-Pellitteri

¹⁸³⁸ Bien que la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 mai 2006, ait précisé que le jugement marocain qui consacrait la répudiation de l'épouse ne pouvait avoir effet en France car « les époux étaient de nationalité française », « logiquement, la même solution protectrice devrait prévaloir dans l'hypothèse où seule la femme est de nationalité française » (en ce sens, T. Azzi, JCP 2006. II, 10165)

¹⁸³⁹ Cass. 1e civ., 15 avr. 2015, n° 14-13.420, Gaz. Pal. 2015, n° 279, p. 37, note V. Darmois

l'encontre d'un jugement de répudiation algérien, « dès lors que les époux de nationalité algérienne sont domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant » et « même s'ils sont séparés »¹⁸⁴⁰. Il suffit donc qu'un époux réside sur le territoire d'un Etat contractant pour que l'exception d'ordre public puisse jouer¹⁸⁴¹.

656. A notre connaissance, aucune décision de la Cour de cassation n'a en réalité accepté de donner effet en France à un jugement de répudiation sur le fondement de l'ordre public d'éloignement. Des liens avec le for sont systématiquement décelés par le juge, si bien que l'on peut se demander si l'emploi de l'ordre public de proximité n'est finalement pas qu'apparent. Il est certes toujours fait état de liens de proximité dans les décisions de la Cour¹⁸⁴², mais une autre explication peut peut-être y être donnée.

Certains auteurs l'ont trouvée dans l'analyse de la jurisprudence *Cornelissen* qui a mis fin au contrôle du respect de la règle de conflit française.

657. *Une conséquence de l'abandon du contrôle de la loi appliquée ?* – Depuis l'arrêt *Cornelissen*¹⁸⁴³, le juge français ne contrôle plus si la règle de conflit a bien été respectée par le juge étranger au stade de la reconnaissance d'une décision étrangère. Or à la suite de cette jurisprudence, plusieurs commentateurs avaient prédit qu'une partie des objectifs jusqu'alors attachés au contrôle de la loi appliquée reviendrait en conséquence au contrôle de conformité

¹⁸⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-16.102

¹⁸⁴¹ Cette jurisprudence correspond à la proposition d'un auteur (P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », Rev. crit. DIP 1997, p. 1 et s.), qui avait préconisé, lorsqu'est en cause la violation d'un droit consacré par la CEDH, une acception européenne de la proximité qui pourrait se substituer à l'approche nationale : si l'on pouvait justifier d'un lien avec un Etat contractant à défaut d'un lien avec le for (ex. résidence de l'intéressé dans un Etat contractant), cela suffirait à justifier la mise en œuvre de l'ordre public sur le territoire européen.

¹⁸⁴² Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 26 octobre 2011 (JDI 2012 176, note J. Guillaumé), la Cour de cassation ne fait toutefois même plus référence aux liens de proximité avec le for (nationalité ou domicile). L'ordre public de proximité ne semble pas non plus avoir été utilisé dans un arrêt du 23 février 2011, pourvoi n°10-14.101, dans une affaire où l'exception de litispendance était réclamée, un acte de répudiation ayant déjà été rendu à l'étranger : « *Mais attendu que l'exception de litispendance en raison d'une instance engagée devant un tribunal étranger également compétent ne peut être accueillie si la décision à intervenir n'est pas susceptible d'être reconnue en France ; que la cour d'appel ayant relevé que la procédure intentée au Liban par le mari était une répudiation unilatérale, et que l'épouse n'avait eu qu'un délai de quinze jours entre la requête et la première audience, alors qu'elle résidait en France, en a justement déduit que la décision à intervenir qui heurtait des principes d'égalité entre époux et de respect des droits de la défense ne pourrait pas être reconnue en France de sorte que l'exception de litispendance internationale ne pouvait qu'être écartée ; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches* »

¹⁸⁴³ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, Rev. crit. DIP 2007. 420, note Ancel et Muir Watt ; JDI 2007. 1195, note Train ; D. 2007. 1115, note d'Avout et Bollée ; D. 2007. Chron. 892 ; Gaz. Pal. 29 avr.-3 mai 2007, nos 119 s., numéro spécial : Contentieux judiciaire international et européen, p. 2, note Niboyet : « pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi »

du jugement à l'ordre public¹⁸⁴⁴. L'arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 26 novembre 2008, sanctionnant au nom du respect de l'ordre public un jugement américain ayant appliqué au régime matrimonial d'époux un autre que le régime de séparation de biens qu'ils avaient pourtant choisi, en est un exemple¹⁸⁴⁵. En déclarant que le jugement était contraire aux principes français de liberté des conventions matrimoniales et portait atteinte aux principes de sécurité et de prévisibilité juridique garantis au conjoint, le juge pouvait en même temps sanctionner la décision américaine pour ne pas avoir respecté la règle de conflit de lois française. Or, sous couvert d'un ordre public de proximité, la Cour de cassation ne fait-elle pas la même chose dans les arrêts sur la répudiation¹⁸⁴⁶ ? En effet, « faute de pouvoir contrôler le respect de la compétence de la loi française lorsqu'elle est désignée par notre règle de conflit, le juge français crée un ordre public de proximité en refusant de déclarer efficace une répudiation musulmane lorsque les deux époux, voire la femme seule, sont domiciliés en France »¹⁸⁴⁷. Le recours à l'ordre public de proximité ne serait donc en réalité qu'une apparence. A travers celui-ci, le juge contrôlerait en fait le respect de la règle de conflit française, ce qu'il ne peut plus faire depuis l'arrêt *Cornelissen*. Les conditions de proximité recherchées pourraient donc, selon cette analyse, être relatives à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois et indépendantes de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public¹⁸⁴⁸.

Aussi convaincante que soit cette explication, nous en voyons une autre, tenant au contrôle de la compétence juridictionnelle française.

658. ***Un contrôle de la compétence juridictionnelle française ?*** – Dans un arrêt du 23 novembre 2013, la première chambre civile fait les observations suivantes : « examinant ainsi les résultats concrets de la décision étrangère, qu'elle consacrait un déséquilibre des droits entre

¹⁸⁴⁴ v. not. B. Ancel et H. Muir-Watt, *Rev. crit. DIP* 2007. 420 ; P. Vareilles-Sommières, *Répertoire de droit international Dalloz, Jugement étranger : matières civile et commerciale*, n°160

¹⁸⁴⁵ TGI Paris, 26 nov. 2008, *Rev. crit. DIP* 2009. 310, note Ancel

¹⁸⁴⁶ En ce sens, B. Ancel et H. Muir-Watt, note sous l'arrêt *Cornelissen*, *Rev. crit. DIP* 2007. 420, qui constatent que le report du contrôle de la loi appliquée s'est déjà opéré au profit de l'ordre public de proximité dans le contentieux des répudiations musulmanes.

¹⁸⁴⁷ P. Vareilles-Sommières, *Répertoire de droit international Dalloz, Jugement étranger : matières civile et commerciale*, n°160

¹⁸⁴⁸ A l'appui de cet avis, v. les développements d'un courant doctrinal faisant jouer à la règle de conflit de lois le rôle de « vecteur de l'efficacité des décisions étrangères » en France (B. Ancel, « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Riv. dir. int. pr. e proc.* 1992. 201 s., spéc. p. 214 s. ; Delpech, *Le rôle de la règle de conflit de lois dans l'efficacité des décisions étrangères*, thèse, Paris I, 1999, passim. ; P. Vareilles-Sommières, *op. cit.* n°161 : « Selon cette tendance, la règle de conflit de lois française n'intervient plus afin de contrôler la loi appliquée par le juge étranger, mais pour vérifier que le jugement étranger trouve son origine dans l'ordre juridique compétent selon les vues françaises. Le jugement est alors traité comme une *lex specialis* issue de l'État désigné par la règle de conflit, ce qui permet de considérer que la loi de cet État sera bien respectée si la France reconnaît le jugement dont il émane tel quel »

les époux au détriment de la femme qui ne peut engager la procédure qu'avec l'accord de son époux, quand celui-ci peut agir unilatéralement, la cour d'appel en a exactement déduit que cette décision, qui constate la répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme, était contraire au principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage, énoncé par l'article 5 du protocole n° 7 du 22 novembre 1984, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction**, et donc à la conception française de l'ordre public international, **de sorte que le jugement du tribunal de Tanger ne pouvait être reconnu en France, s'agissant de deux époux qui y étaient domiciliés** »¹⁸⁴⁹. La référence à la nationalité ou au domicile des époux ou de l'un d'eux ne serait-elle pas finalement une justification de la compétence juridictionnelle française ? Le juge français devant garantir le principe d'égalité à toute personne relevant de sa juridiction (sur le fondement de l'article 1^{er} de la CEDH qui reconnaît à « toute personne relevant de la juridiction d'un Etat contractant les droits et libertés définis au titre I de la Convention » et de l'article 14 qui précise que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) l'origine nationale ou sociale »¹⁸⁵⁰), ce dernier serait tenu de vérifier sa compétence vis-à-vis des intéressés avant de condamner le jugement de répudiation¹⁸⁵¹. Et dès lors qu'il serait compétent, le juge devrait faire respecter la Convention européenne des droits de l'homme.

A chaque fois, la Cour de cassation rappelle en effet dans ses attendus que la France s'est engagée à garantir le respect du principe d'égalité entre époux à toute personne relevant de sa juridiction¹⁸⁵². Par conséquent, le juge français pourrait-il ne pas garantir le principe d'égalité à l'épouse qui relève de sa juridiction ? Et s'il fait prévaloir le principe d'égalité dès lors qu'il

¹⁸⁴⁹ Civ 1^{ère}, 23 novembre 2013, n°12-21.244, précité

¹⁸⁵⁰ V. en ce sens, F-X Train et M-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, n°34; La Cour EDH a néanmoins salué la position française de principe sur les répudiations musulmanes et l'a estimée conforme aux droits fondamentaux. Plus encore, elle a estimé que les arrêts du 17 février 2004 étaient « manifestement d'une grande importance » (CEDH 8 nov. 2005, D. D. c/France, req. N° 3/02, pt 27, JDI 2006. 1172, obs. M. E.). C'est toutefois principalement le rejet de principe des répudiations qui a été salué, et non le recours à l'ordre public de proximité.

¹⁸⁵¹ Or, les chefs de compétence prévus en matière de divorce par le règlement Bruxelles II bis sont larges (V. *JCl. Droit international*, fasc. 547-10 ou *Civil Code*, Art. 309, fasc. 10 ou *Notarial Répertoire*, V° Divorce, fasc. 100)

¹⁸⁵² V. not. Cass. Civ 1^{ère}, 4 novembre 2009, n°08-20.574 et 08-20.574, D. 2009. AJ 2749 et 2750, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 38 et 86, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2010. 13, obs. L. Abadie, Rev. Crit.DIP 2010, p.313, note K. Zaher: dans lequel la Cour de cassation refuse de donner effet à un autre jugement de répudiation marocain et énonce une nouvelle fois « la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale par le mari (...) est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage énoncé par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984 n°VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction et donc à l'ordre public international ».

est saisi et compétent, il ne met pas en œuvre un ordre public de proximité mais un ordre public plein.

Face à un principe aussi fondamental que le principe d'égalité entre époux, l'ordre public plein paraît en effet beaucoup plus adapté que l'ordre public de proximité¹⁸⁵³. Un tel droit ne devrait pas avoir de limite territoriale¹⁸⁵⁴ ; et de notre point de vue européen, une relativisation de ce principe, selon la nationalité ou la résidence des protagonistes ne paraît pas pertinente.

659. Le choix en faveur d'un ordre public plein en ce domaine va en outre dans le sens de la réglementation européenne. En effet, le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps prévoit que l'ordre public international du for intervient lorsque la loi normalement applicable « n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, **une égalité d'accès au divorce** et à la séparation de corps ». Aucune exigence de proximité n'est posée, tout acte discriminatoire qui porterait atteinte à l'égal accès des époux au divorce serait donc évincé¹⁸⁵⁵. Le règlement Rome III se place toutefois sur le terrain de la compétence directe, et une solution différente pourrait être admise lorsqu'il s'agit de reconnaître un jugement étranger. Néanmoins, l'importance donnée dans le règlement au principe d'égalité entre époux devrait pouvoir se prolonger au stade de la reconnaissance du jugement de divorce¹⁸⁵⁶. L'article 10 impose en effet « un droit fondamental au divorce égalitaire » dès lors que le tribunal saisi appartient à un État qui a adhéré à la coopération renforcée¹⁸⁵⁷.

La jurisprudence de la Cour de Luxembourg et de la Cour de Strasbourg ne fait d'ailleurs jamais référence à l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance.

2) La jurisprudence internationale

¹⁸⁵³ cf. *supra*, n°538

¹⁸⁵⁴ V. en ce sens, D. Sindres, « Vers la disparition d'un ordre public de proximité ? », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, doct. 10

¹⁸⁵⁵ Voir en ce sens, A. Sinay-Cytermann, précitée et P. Hammje, « Le nouveau règlement n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 291 et s.

¹⁸⁵⁶ Sous réserve, peut-être, d'un contrôle de proportionnalité, Cf. *infra*, n°676 ss.

¹⁸⁵⁷ V. en ce sens H. Gaudemet-Tallon, *J-Cl. Dr. Int. Fasc. 547-20*, précité, n°73, v. aussi P. Hammje : *Rev. crit. DIP* 2011, spéc. p. 334 et 335)

660. En matière de reconnaissance, l'existence de liens de proximité entre l'Etat d'accueil et les intéressés n'apparaît décisive ni dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (a) ni dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme (b).

a) *La jurisprudence de la CJUE*

661. L'arrêt déjà cité *Bogendorff von Wolffersdorff*¹⁸⁵⁸ constitue une bonne illustration de l'appréhension par la Cour de justice des situations dans lesquelles les Etats membres peuvent invoquer l'ordre public international pour refuser la reconnaissance d'un acte édicté par un autre Etat membre. En l'espèce, la Cour a rappelé que l'Etat d'accueil devrait procéder à une « mise en balance du droit de libre circulation reconnu aux citoyens de l'Union (...) et les intérêts légitimes poursuivis (...) par le législateur allemand ». « Différents éléments » doivent être pris en considération, et « bien que ne pouvant servir de justification en tant que tels, ils doivent être pris en compte lors du contrôle de proportionnalité ». Or, parmi ces éléments, la Cour n'évoque pas du tout la proximité de l'intéressé par rapport à l'Allemagne. Pourtant, cette localisation aurait été un argument en faveur de l'intervention de l'ordre public allemand contre la reconnaissance de l'acte étranger : les liens avec l'ordre juridique allemand étaient significatifs, l'intéressé avait conservé sa nationalité allemande et avait fixé sa résidence habituelle en Allemagne au moment de la demande de reconnaissance¹⁸⁵⁹. La Cour a préféré à cet argument d'autres justifications, elles aussi en faveur de la non-reconnaissance, elle a notamment souligné que le changement de nom reposait « sur un choix de pure convenance personnelle » et que « la divergence de noms qui en résultaient n'était imputable ni aux circonstances de la naissance de celui-ci, ni à une adoption ni à l'acquisition de la nationalité britannique ». Autrement dit, la Cour de justice a accordé davantage d'importance à la légitimité des prétentions allemandes pour refuser la reconnaissance qu'à la localisation du rapport juridique. L'argument relatif à l'exercice de la volonté de l'intéressé pour changer de nom a été bien plus décisif que celui relatif à la proximité de ce dernier par rapport à l'Allemagne. Etrangement d'ailleurs, l'élément localisateur n'est pas complètement passé sous silence par la Cour. Elle semble au contraire relever des liens significatifs avec le Royaume-Uni, ce qui aurait été un argument en faveur de la reconnaissance. Elle souligne en effet que

¹⁸⁵⁸ CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut

¹⁸⁵⁹ En ce sens, L. Rass-Masson, « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre Etat membre de l'Union européenne », Rev. crit. DIP 2017. 278

M. Bogendorff von Wolfersdorff avait établi pendant un temps suffisamment long sa résidence au Royaume-Uni, et qu'il possédait la double nationalité allemande et britannique¹⁸⁶⁰. Cet élément n'a cependant de toute évidence pas fait poids puisque la Cour a finalement donné raison à l'Allemagne dans son refus de reconnaître le changement de nom.

L'ordre public de proximité n'est pas non plus évoqué dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

b) La jurisprudence de la CEDH

662. La Cour de Strasbourg ne semble pas attacher plus d'importance aux liens de proximité entre le jugement et l'Etat à qui il en est demandé reconnaissance. Ainsi, dans l'arrêt *Negrepontis*¹⁸⁶¹, c'est la confiance légitime des requérants en la situation constituée et les motifs du refus de reconnaissance par les juridictions grecques qui se sont révélés décisifs dans la décision. Si des liens sont évoqués, ce sont ceux entre le jugement d'adoption et les intéressés, à savoir entre la juridiction américaine et les père et fils adoptifs¹⁸⁶². Il n'est en revanche fait aucune référence à la proximité de ces derniers à l'ordre public du for, à savoir l'ordre public grec. Leur nationalité grecque ou même leur nouvelle résidence habituelle en Grèce ne sont pas présentées comme des arguments pouvant justifier le refus de reconnaissance du jugement d'adoption par les autorités grecques.

D'un point de vue méthodologique, les liens de proximité avec le for n'apparaissent pas non plus adéquats au stade de la reconnaissance.

B. Les obstacles méthodologiques

663. Face à une situation constituée, l'emploi de l'ordre public de proximité ne nous semble pas pertinent, en raison notamment de l'effet de rejet de l'exception d'ordre public à ce stade (1). Plutôt que les liens avec le for, ce sont les liens entre la situation et l'Etat étranger qui vont se révéler déterminants de la mise en œuvre, ou non, de l'exception d'ordre public (2).

¹⁸⁶⁰ Point 82

¹⁸⁶¹ CEDH, 3 mai 2011, *Négrepontis-Giannisis c/ Grèce* (req. n° 56759/08), Rev. Crit. DIP 2011, 889, et chron. P. Kinsch, p. 817

¹⁸⁶² L'existence d'un lien caractérisé entre la situation et l'Etat auteur du jugement légitime en effet la compétence de la juridiction à rendre la décision

1) L'effet de rejet de l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance

664. Les effets de l'exception d'ordre public ne sont pas les mêmes selon que l'on se situe au stade de la reconnaissance ou de la constitution de la situation juridique¹⁸⁶³.

En effet, au stade de la constitution de la situation juridique, l'exception d'ordre public aura un effet négatif, l'éviction de la norme étrangère, et un effet positif, l'application de la loi du for qui se substitue à la loi étrangère¹⁸⁶⁴. On comprend dès lors l'importance de vérifier au préalable les liens de proximité existant entre la situation et le for à ce stade, afin que la loi finalement applicable ait quelques légitimités à régir le rapport de droit entre les parties.

En revanche, au moment de la reconnaissance ou de l'acceptation, l'exception d'ordre public n'a qu'un effet négatif, le rejet du jugement étranger. Seule la question de l'efficacité en France de la décision étrangère se pose à ce stade. Si l'ordre public international s'oppose à l'accueil en France de l'acte étranger, le juge de l'exéquatur n'appliquera pas sa propre loi mais rejettera purement et simplement la décision et lui empêchera de produire effet en France. L'existence de liens entre le for et la situation apparaît donc moins décisive à ce stade.

Plus que la question des liens avec le for, c'est en réalité celle des liens entre la situation et l'Etat étranger ayant rendu la décision qui nous semble pertinente.

2) Le caractère déterminant des liens entre la situation et l'Etat étranger

665. *Le rattachement du litige à l'Etat étranger.* - Certes, l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et le tribunal ayant rendu le jugement figure déjà parmi les conditions de reconnaissance d'un jugement étranger¹⁸⁶⁵ ; mais ne pourrait-on pas envisager que ces liens aient aussi un impact sur le jeu de l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance ? Si un ordre public de proximité doit jouer, celui-ci ne devrait-il pas être « inversé » ? Autrement

¹⁸⁶³ Contra J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p.294 : « quel que soit le mécanisme sollicité, les effets seront les mêmes dès lors que l'exception d'ordre public se déclenche ».

¹⁸⁶⁴ Solution traditionnellement retenue par la jurisprudence française, voir not. P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°219 ; Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1963, *Rev. crit. DIP* 1964. 732 ; 30 mai 1967, *ibid.* 1967. 728, note P. Bourel, *D.* 1967. 629, note P. Malaurie, *JDI* 1967. 622, note B. G. ; v. aussi Cass. civ., 17 déc. 1958, *Rev. crit. DIP* 1959. 691, note J. Déprez, d'après lequel l'ordre public consiste dans la « substitution de la loi française à la loi normalement compétente »

¹⁸⁶⁵ Civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, *GADIP*, 4^e éd., n° 41, B. Ancel et Y. Lequette ; Cass. civ 1^{ère}, 6 février 1985 n° 83-11241, *Simitch*

dit, plutôt que de faire jouer l'intensité de l'ordre public en fonction des liens avec le for, ne pourrait-t-on pas faire jouer l'ordre public atténué en fonction des liens avec l'Etat étranger ? Plus les liens avec celui-ci seraient forts, moins l'exception d'ordre public aurait vocation à intervenir¹⁸⁶⁶.

666. Dans un arrêt en date du 8 juillet 2010¹⁸⁶⁷, l'existence de liens avec l'Etat d'origine de la décision a ainsi semblé décisive de l'accueil en France du jugement étranger. Si la décision est connue - il s'agit de celle dans laquelle la Cour de cassation a affirmé que l'ordre public international se composait des « principes essentiels du droit français » -, les faits de l'espèce le sont un peu moins : deux femmes, l'une de nationalité française, l'autre de nationalité américaine, liées par un *domestic partnership*, avaient demandé à une juridiction américaine de l'Etat de Géorgie de prononcer l'adoption par la partenaire française de l'enfant de sa compagne américaine, conçu par insémination artificielle. Le couple avait ensuite demandé la reconnaissance en France de la décision afin que la compagne française se voit reconnaître l'autorité parentale sur cet enfant. La question qui se posait à la Cour de cassation était celle de savoir si le partage de l'autorité parentale au sein d'un couple de même sexe heurtait l'ordre public international français (à une époque où l'homoparentalité n'était pas encore admise par notre droit positif). La Cour de cassation a répondu par la négative en affirmant que les « principes essentiels du droit français » n'étaient en l'espèce pas atteints. Alors qu'une telle situation n'aurait pu à l'époque être constituée au sein de notre ordre juridique¹⁸⁶⁸, la Haute juridiction l'admet au stade de la reconnaissance. S'il s'agit sans doute là d'une illustration supplémentaire de l'effet atténué de l'ordre public, un auteur explique surtout la décision par l'existence de liens significatifs entre la situation et l'ordre juridique étranger : les deux femmes, dont l'une était de nationalité américaine, résidaient dans l'Etat de Géorgie, les liens avec les Etats-Unis étaient donc significatifs¹⁸⁶⁹. Les liens avec le for, certes plus faibles, n'ont en revanche pas été pris en considération. Cette décision montre, d'après Monsieur Vignal qu'il « n'y a pas d'étanchéité absolue entre les conditions posées par la jurisprudence *Simitch* : en théorie, certes, et parfois aussi en pratique, l'ordre public est bel et bien une condition autonome

¹⁸⁶⁶ En ce sens, v. Th. Vignal, « Ordre public et reconnaissance », *op. cit.*, p. 527, not. p. 530 : « l'existence de liens significatifs avec l'ordre juridique étranger peut expliquer une absence de réaction de l'ordre public, alors que ce dernier aurait certainement joué s'il s'était agi de créer directement la situation en France... voire de faire produire effet en France à une situation créée à l'étranger dans un Etat avec lequel n'existe aucun lien significatif ».

¹⁸⁶⁷ Civ 1^{ère}, 8 juillet 2010, Rev. Crit. DIP 2011, p. 747, n. P. Hammje; JCP 2010, 10173, n. H. Fulchiron; JDI 2011, 119, n. S. Bollée

¹⁸⁶⁸ V. en ce sens, une décision du même jour, Civ 1^{ère}, 8 juillet 2010, JCP 2010, 994, A. Gouttenoire, à propos d'une situation interne dont les faits étaient identiques.

¹⁸⁶⁹ Th. Vignal, « Ordre public et reconnaissance », *précité*, p. 527, not. p. 532

par rapport à l'exigence de liens caractérisés, mais il peut arriver que lorsque ces liens existent, ce qui était incontestablement le cas en l'espèce, cela fasse pencher la balance en faveur d'une abstention, en quelque sorte, de l'ordre public, d'autant qu'en l'espèce, la proximité avec la France était faible, ne tenant qu'à la nationalité de la partenaire française »¹⁸⁷⁰.

667. Il est ainsi possible de créer un pont entre la condition d'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'Etat d'origine de la décision et la condition de respect de l'ordre public international : plus les liens avec l'Etat d'origine seront forts, plus le jugement aura de chance d'être reconnu. Il en résulte un ensemble plutôt cohérent. En appréciant la proximité par rapport au for en revanche, le juge prend le risque d'une contradiction : la proximité pourrait aussi bien être établie avec l'Etat étranger (au stade du contrôle de la compétence indirecte du juge étranger) qu'avec l'Etat du for (au stade du contrôle de conformité à l'ordre public). En effet, la proximité n'étant pas appréciée par rapport au même référent, on pourrait constater des liens, tant avec l'Etat étranger qu'avec le for.

668. Or, ce sont les liens avec l'Etat ayant rendu le jugement étranger qui importent le plus au stade de la reconnaissance. A ce stade, le juge prend une certaine distance avec le jugement étranger, il ne lui est pas demandé de constituer une situation juridique qui n'existe pas encore mais de reconnaître une situation, d'autant plus légitime qu'elle s'insère et se justifie dans le contexte étranger.

669. Cette condition de « proximité » avec l'ordre juridique étranger au sein du contrôle de conformité à l'ordre public ne doit cependant pas se confondre avec celle du contrôle de la compétence indirecte du juge étranger au sens de la jurisprudence *Simitch*. Il n'est en effet pas question d'affirmer que le jugement étranger sera toujours reconnu dès qu'un lien caractérisé entre l'ordre juridique étranger et le litige existe¹⁸⁷¹. Il s'agit simplement de mettre en évidence un élément supplémentaire à prendre en compte, en sus de la contrariété à l'ordre public, qui pourrait faire pencher la balance dans un sens ou dans un autre, à savoir l'abstention ou la mise en œuvre de l'ordre public¹⁸⁷². Autrement dit, la proximité avec l'Etat d'origine « atténuerait » la violation de l'ordre public constatée. L'appréciation des liens « caractérisés » avec l'ordre

¹⁸⁷⁰ Th. Vignal, *Ibid*, p. 527, not. p. 533

¹⁸⁷¹ V. en ce sens la jurisprudence sur la répudiation, dans laquelle il y a presque toujours un lien entre la juridiction étrangère et les époux (nationalité notamment), et pourtant l'exception d'ordre public joue de façon presque systématique (*cf. supra, spéc. n°656*) ; en ce sens v. Th. Vignal, précité, *spéc. p. 532-533*

¹⁸⁷² En ce sens, Th. Vignal, *Ibid*, p. 533

juridique étranger devrait donc peut-être se faire de manière plus fine encore que lors du contrôle de la compétence indirecte du juge étranger, de façon à ce que ceux-ci justifient le respect des prévisions légitimes et droits acquis des parties. Un simple lien ne suffirait pas, celui-ci pourrait par exemple se voir renforcer par des considérations temporelles, mettant en évidence une « cristallisation »¹⁸⁷³.

670. ***L'importance du facteur temporel.*** - Madame Léna Gannagé a en effet mis en avant l'importance du facteur temporel par rapport au facteur spatial¹⁸⁷⁴. Un intérêt particulier doit être porté à l'ancrage de la situation dans le temps¹⁸⁷⁵, et les exemples en matière de divorce et de mariage polygamique le démontrent. Lorsque le divorce ou le mariage a été prononcé à l'étranger depuis plusieurs années, qu'ils ont produit des effets et que les parties s'y sont fiés¹⁸⁷⁶, il semble moins légitime de remettre en cause une situation acquise et ancrée dans le temps.

671. C'est la raison pour laquelle l'emploi de l'ordre public de proximité, en matière de mariage polygamique, dans le but de protéger l'épouse française, au détriment de la seconde épouse, a été critiqué par une partie de la doctrine. Après avoir mis en œuvre un ordre public atténué dans l'arrêt *Dame Bendeddouche c/ Dame Boumaza*¹⁸⁷⁷, la Cour de cassation a fait entrer des considérations de proximité par rapport au for dans le but de faire jouer l'exception d'ordre public à l'encontre de la seconde épouse, dans un arrêt *Baaziz* en date du 6 juillet 1988¹⁸⁷⁸. En l'espèce, M. Baaziz, de nationalité algérienne, s'était marié en France avec une française puis avait contracté en Algérie un second mariage avec une algérienne, conformément à la loi algérienne. Il décéda brusquement en France, où il résidait avec sa

¹⁸⁷³ En ce sens, th. Vignal, *Ibid*, p. 534

¹⁸⁷⁴ "Il est (...) possible de constater que « parmi les fondements de l'ordre public atténué, seul le facteur temporel permet de garantir la cohérence de la distinction posée par l'arrêt Rivière », L. Gannagé, *op. cit.*, p. 342

¹⁸⁷⁵ V. en sens contraire N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse précitée, Lexis-Nexis, Litec, 2007, p. 146, n° 158 : qui observe que pour que la norme étrangère perturbe véritablement l'ordre juridique du for, « il faut que son application concerne une situation qui est suffisamment ancrée dans cet ordre juridique ». Elle invite donc à mesurer l'impact sur l'ordre juridique par rapport aux liens de proximité entre les intéressés et le for.

¹⁸⁷⁶ Cas d'un remariage après divorce par exemple

¹⁸⁷⁷ Civ.1^{ère}, 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche c/ Dame Boumaza*, Rev. Crit. DIP 1980, p. 331, note. Batiffol : un algérien laissait à sa succession (composée d'immeubles situés en France) ses enfants et deux épouses algériennes. Les deux mariages avaient été valablement célébrés en Algérie. Un conflit naît entre les deux épouses à propos de leurs droits successoraux : la première réclame l'intégralité des droits revenant au conjoint survivant, le second mariage ne devant pas être considéré comme valable aux yeux de l'ordre public français. Cette voie ne fut pas suivie par la Cour de cassation qui admit la vocation successorale de la seconde épouse, reconnaissant ainsi le mariage polygamique sur le fondement de l'ordre public atténué. Les deux épouses se partagèrent donc par moitié les droits successoraux du conjoint survivant.

¹⁸⁷⁸ Civ 1^{ère}, 6 juillet 1988, *Baaziz*, Rev. Crit. DIP 1989, p. 71, note Y. Lequette

seconde épouse. Un conflit s'éleva entre les deux épouses à propos du partage de la rente versée par la sécurité sociale au conjoint survivant. La convention franco-algérienne sur la sécurité sociale applicable en l'espèce prévoyait « qu'en cas d'accident du travail suivi de mort et si, conformément à son statut civil, la victime avait plusieurs épouses la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les époux ». La Cour de cassation écarta cette disposition au motif que « l'ordre public s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci »¹⁸⁷⁹. L'ordre public de proximité intervint donc ici pour protéger la femme française contre les effets d'une loi polygamique contraire à l'ordre public international¹⁸⁸⁰. Ce qui étonne néanmoins dans cette affaire est que l'exception d'ordre public ne joue pas ici contre une loi étrangère désignée par la règle de conflit conventionnelle, mais contre une règle matérielle française. En effet, ainsi que le fait remarquer Yves Lequette dans sa note¹⁸⁸¹, la règle édictée par la Convention franco-algérienne n'était pas une règle de conflit désignant comme applicable la loi algérienne mais une règle matérielle « spécialement élaborée par voie conventionnelle pour résoudre au fond le problème » dont les magistrats avaient en l'espèce à connaître. Or, l'exception d'ordre public protège le for contre les lois étrangères qui lui porteraient atteinte, mais ne peut en aucun cas s'opposer à l'application d'une loi interne, d'autant plus que celle-ci était d'origine conventionnelle et revêtait par conséquent une place particulière dans la hiérarchie des normes¹⁸⁸². La volonté de protéger une femme, française, contre les effets d'un mariage polygamique auquel elle n'avait pas consenti a ainsi fait commettre à la Cour de cassation une erreur de méthodologie. Si la règle contestée en l'espèce avait été établie par la loi algérienne, l'ordre public de proximité aurait néanmoins pu apparaître comme une solution acceptable.

Toutefois, la jurisprudence ultérieure révèle l'inadaptation de ce mécanisme aux mariages polygamiques et son extrême sévérité à l'encontre de la seconde épouse. Dans un arrêt rendu par la 2^{ème} chambre civile en date du 1^{er} décembre 2011¹⁸⁸³, l'époux, français, s'était marié en France avec une française en 1970. Puis, en 1989, après avoir acquis la nationalité algérienne, il avait épousé en Algérie une seconde épouse, de nationalité algérienne, conformément à la

¹⁸⁷⁹ L'ordre public de proximité joue ainsi le rôle d'un « ordre public de rattachement » se présentant comme une « limite nécessaire à la méthode de la reconnaissance » (en ce sens, v. P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », op. cit., spéc. p. 162)

¹⁸⁸⁰ On peut par conséquent opposer les effets d'un mariage polygamique à une épouse algérienne qui a accepté en Algérie le statut polygame de son mari au moment du mariage, mais pas à une épouse française.

¹⁸⁸¹ Y. Lequette, note sous arrêt Baaziz, Civ 1^{ère}, 6 juillet 1988, Rev. Crit. DIP 1989, p. 71, note Y. Lequette

¹⁸⁸² Y. Lequette, *Ibid*

¹⁸⁸³ Civ 2^{ème}, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864, Rev. Crit. DIP 2012, p. 339, P. Lagarde

législation algérienne. Au cours de l'année suivante, il divorça de sa première épouse, et en 2003, il décéda. La première épouse demanda la liquidation de son droit à pension de réversion et l'obtint tandis que la seconde épouse vit sa demande rejetée par les organismes de la sécurité sociale. Le rejet fut confirmé par la Cour de cassation en ces termes : « Mais attendu qu'ayant retenu qu'à la date du mariage célébré en Algérie, le premier mariage célébré en France entre Abdelamit X. de nationalité algérienne et Madame Y de nationalité française n'avait pas été dissout, la cour d'appel en déduit à bon droit, et sans discrimination, ni atteinte au principe d'égalité, que la conception française de l'ordre public international s'opposait à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui savait être encore l'époux d'une française, produisit des effets en France ». C'est encore l'ordre public de proximité qui est mis en œuvre ici : parce que la première épouse était française, on refuse de donner effet au second mariage. La solution est particulièrement sévère pour la seconde épouse car le divorce d'avec la première épouse était intervenu six mois après le second mariage¹⁸⁸⁴. Comme le fait remarquer un auteur, «à la différence de l'arrêt Baaziz, la situation de polygamie dans l'espèce de 2011 n'avait duré que très peu de temps, le divorce d'avec la première épouse étant intervenu en France six mois seulement après la célébration en Algérie du second mariage. Le premier mariage avait duré 20 ans de 1970 à 1990, le second quatorze ans de 1989 au décès du mari en 2003. La durée comparée des communautés de vie aurait pu être une circonstance à prendre en considération avant de faire jouer l'ordre public. En l'espèce, où les durées respectives de vie commune étaient proches, était-il vraiment contraire à l'ordre public international français que la seconde épouse algérienne qui a vécu avec son époux, les quatorze dernières années de la vie de celui-ci, partage avec la première femme française la pension de réversion du conjoint survivant ? »¹⁸⁸⁵. Il ressort très clairement de ces constatations que l'ordre public atténué aurait été davantage adapté ici, l'ordre public de proximité ne permettant pas de prendre en compte, le « facteur temporel », à savoir l'écoulement du temps¹⁸⁸⁶. Seul l'élément « spatial », c'est-à-

¹⁸⁸⁴ Voir en ce sens, P. Lagarde, note sous arrêt, *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 339

¹⁸⁸⁵ A. Sinay-Cytermann, *précitée*, p. 645-646 ; v. aussi dans le même sens, P. Lagarde, *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 339 : « en l'espèce, où les durées respectives de vie commune sont équilibrées, est-il vraiment contraire à l'ordre public international français qu'une deuxième épouse algérienne qui a vécu avec son époux les quatorze dernières années de la vie de celui-ci, partage avec la première épouse française, divorcée de celui-ci depuis treize ans, la pension de réversion du conjoint survivant, alors même que le droit français admet le partage de la pension de réversion entre le conjoint survivant et le ou les précédents conjoints divorcés ? »

¹⁸⁸⁶ L'écoulement de quatorze années aurait en effet pu justifier le fait que la situation était désormais stabilisée. En ce sens, P. Lagarde, *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 339 : « On peut se demander si l'écoulement du temps depuis la dissolution du premier mariage n'a pas eu, en tous cas au regard de l'ordre public, un effet de régularisation ». Dans le même sens, L. Gannagé, *op. cit.*, p. 350 : « le fait que le mariage ait été célébré régulièrement à l'étranger, qu'il ait duré quatorze ans, qu'il ait fondé des prévisions légitimes de la part de la seconde épouse aurait certainement apporté de sérieux arguments au soutien de sa reconnaissance ».

dire la proximité de l'épouse par rapport à l'ordre juridique français, est relevé, alors qu'il n'est peut-être pas un critère déterminant en l'espèce. D'autres éléments méritaient d'être pris en compte, et mis en balance avec le principe d'interdiction de la polygamie. La situation constituée à l'étranger appelait à faire une appréciation concrète des circonstances de l'espèce et permettait aussi de relativiser l'atteinte à l'ordre public¹⁸⁸⁷.

Dans cet exemple, la mise en œuvre de l'ordre public de proximité peut même être perçue comme une atteinte au principe d'égalité, une discrimination envers la seconde épouse¹⁸⁸⁸.

672. Aux côtés du facteur temporel, le respect des prévisions des parties va également jouer un rôle essentiel et venir contrebalancer le non-respect des valeurs du for. Mais, comme l'ont démontré les arrêts sur la répudiation¹⁸⁸⁹, l'importance du principe en cause est déterminante de l'intervention de l'ordre public ; plus la valeur sera ancrée et défendue dans l'ordre juridique for, moins l'argument du respect des situations acquises aura de poids. Ainsi, le principe d'égalité entre époux, et plus largement entre les sexes, l'emporte généralement sur la continuité internationale des situations.

673. Finalement, l'impact du jugement étranger dans notre ordre juridique va se mesurer à l'aide de plusieurs critères¹⁸⁹⁰, qui vont bien au-delà des liens de proximité entre le for et les intéressés, à savoir :

- le lieu de constitution de la situation juridique et ses liens avec l'Etat d'origine de l'acte ;
- l'ancienneté et l'effectivité de la situation constituée. Dans l'arrêt *Negrepontis*¹⁸⁹¹ par exemple, le facteur temporel a été déterminant: les juges ont montré que l'adoption dont la reconnaissance était demandée en Grèce avait duré vingt-quatre ans.
- la nature et l'importance du principe atteint ;
- les prévisions des parties par rapport à la situation juridique constituée.

¹⁸⁸⁷ Comme le fait remarquer P. Lagarde, une appréciation *in concreto* des circonstances de l'espèce aurait pu permettre de dire qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'ordre public international (*Ibid*)

¹⁸⁸⁸ C'était l'un des arguments du pourvoi dans l'affaire : « la différence de traitement faite entre deux épouses de nationalité française porte une atteinte illégitime au principe d'égalité »

¹⁸⁸⁹ *cf. supra*, n°648 ss.

¹⁸⁹⁰ En ce sens, L. Gannagé, *op. cit.*, p. 356-357 : « La protection des valeurs du for (...) peut de ce fait être amoindrie au terme d'une appréciation qui tient compte, on l'a vu, de différents facteurs : l'ancienneté de la situation, l'importance des valeurs violées ou l'intensité de leur violation. C'est une modulation extrêmement nuancée qui peut faire craindre une certaine insécurité, mais qui s'avère souvent plus adaptée à la situation litigieuse. »

¹⁸⁹¹ CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis*, Rev. Crit. DIP 2011, 889, et chron. P. Kinsch, p. 817

Ces critères valent aussi bien en droit extrapatrimonial que patrimonial de la famille. Reste maintenant à étudier leur mise en œuvre. Selon les circonstances, certains de ces critères vont prévaloir sur d'autres, il faut trouver un équilibre, celui-ci peut être trouvé à l'aide d'un contrôle de proportionnalité.

§2 Affinement de l'ordre public atténué par un contrôle de proportionnalité

674. Le principal reproche fait à l'ordre public atténué est le caractère systématique de la solution qu'il propose, pouvant même aller jusqu'à consacrer un droit à la continuité des situations internationales lorsque celles-ci ont déjà été constituées à l'étranger¹⁸⁹².

675. Il a cependant été démontré que l'ordre public atténué n'est pas forcément un système du tout ou rien, qui donne le choix entre réception ou rejet. Pour Madame Gannagé en effet, l'ordre public atténué n'est pas dépourvu de tout effet, il se montre simplement plus tolérant que l'ordre public plein¹⁸⁹³. L'effet atténué de l'ordre public a montré qu'il était capable de certaines nuances. L'importance du principe atteint va parfois empêcher la reconnaissance de la situation, même si elle a été constituée à l'étranger¹⁸⁹⁴. Les droits acquis à l'étranger ne déploient par ailleurs pas systématiquement tous leurs effets en France. Un « tri » est parfois effectué entre ce qui heurte plus ou moins les conceptions du for¹⁸⁹⁵. Dominique Bureau et Horatia Muir Watt donnent ainsi l'exemple des effets donnés en France à la polygamie. Si la reconnaissance du mariage polygamique va pouvoir donner des droits alimentaires et successoraux à l'épouse¹⁸⁹⁶, elle ne va pas jusqu'à permettre au mari polygame d'imposer à sa première femme non consentante l'arrivée d'une seconde épouse au domicile conjugal sur le territoire français¹⁸⁹⁷.

¹⁸⁹² Cf. *supra* et S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation (...) », *op. cit.*, p. 780 : « Ce qui en vérité dérange, c'est le caractère systématique de la solution et la consécration d'un droit à la continuité des situations internationales »

¹⁸⁹³ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *op. cit.* n°131, p.337 ; v. aussi N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse précitée, 2007, pp. 152-153, n° 164 et 165.

¹⁸⁹⁴ C'est notamment le cas pour les répudiations prononcées à l'étranger qui ne passent plus le crible de l'exception d'ordre public, cf. *supra*, n°648 ss.

¹⁸⁹⁵ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1, *op. cit.*, n°461

¹⁸⁹⁶ Civ. 28 janvier 1958, *Chemouni*, précité *supra*

¹⁸⁹⁷ TGI Versailles, 31 mars 1965, JDI, 1966, 97, note Ponsard.

676. **Assouplissement nécessaire de l'ordre public atténué.** - Ces possibles nuances au sein de l'ordre public atténué sont cependant dépendantes de l'appréciation souveraine des juges du fond. Le contrôle de proportionnalité donnerait quant à lui lieu à une analyse progressive de l'intervention de l'ordre public. Afin de pallier les inconvénients du résultat tranché auquel aboutit l'ordre public atténué, le contrôle de proportionnalité permet d'introduire un certain relativisme. A travers le contrôle de proportionnalité transparaît en effet l'idée d'équilibre et c'est ce qui semble manquer au mécanisme de l'ordre public atténué. Or, au stade de la reconnaissance, c'est l'idée d'équilibre, de balance, de comparaison, qui doit guider le contrôle¹⁸⁹⁸.

677. Si l'on a pu émettre certaines réserves face à la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité au stade de la constitution juridique¹⁸⁹⁹, celui-ci nous semble en revanche tout à fait adaptée au stade la reconnaissance.

678. Il s'accorde tout d'abord très bien avec l'appréciation *in concreto* du jugement ou de l'acte étranger exercée à l'occasion du contrôle de conformité à l'ordre public¹⁹⁰⁰. L'auteur du contrôle est par ailleurs le juge, et non le notaire, non concerné à ce stade. La question du remplacement de la norme étrangère évincée ne fait pas non plus de difficulté car au moment de la reconnaissance, l'exception d'ordre public n'a qu'un effet négatif de rejet. Nul besoin en effet de lui substituer une autre norme¹⁹⁰¹. Enfin, la mise en balance des intérêts en présence est pertinente car les revendications relatives aux droits acquis et situations constituées sont réellement susceptibles de faire poids face aux « principes essentiels du for »¹⁹⁰². Le contrôle de proportionnalité permet d'avoir cette approche casuistique du conflit d'intérêts, en se fondant sur un « faisceau d'indices ». Selon les circonstances, les principes essentiels du for l'emporteraient ou non sur l'article 8 de la Convention EDH.

679. **Mise en œuvre.**- Il a été vu que l'appréciation *in concreto* de la loi étrangère permettait de relativiser l'intervention de l'ordre public face à une norme étrangère *in abstracto* contraire aux valeurs du for¹⁹⁰³. Or, cette relativisation pourrait être apportée, de manière plus fine encore, par un contrôle de proportionnalité au sein de l'approche concrète de la norme.

¹⁸⁹⁸ En ce sens, S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation, quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 770.

¹⁸⁹⁹ Cf. *supra*, n°579 ss.

¹⁹⁰⁰ Cf. *supra*, n°65

¹⁹⁰¹ Cela présente en revanche un inconvénient au stade de la constitution, Cf. *supra* n°585

¹⁹⁰² L'existence de « droits acquis » est en revanche moins évidente au stade de la constitution, cf. *supra*, n°574 ss.

¹⁹⁰³ Cf. *supra* n°83

Un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux¹⁹⁰⁴ montre que l'appréciation *in concreto* classique n'est en effet pas toujours suffisante pour nuancer le jeu de l'ordre public. En l'espèce, un divorce pour sévices avait été prononcé au Maroc à l'encontre d'un époux marocain. Ce type de divorce n'est reconnu qu'au bénéfice de la femme, celle-ci pouvant mettre fin à l'union de manière unilatérale en cas de sévices perpétrés par son époux. La reconnaissance du jugement de divorce fut demandée en France. La cour d'appel de Bordeaux s'y opposa, le jugement ne respectant pas le principe d'égalité entre époux (cette forme de divorce n'étant ouverte qu'à l'épouse et pas à l'époux). Autrement dit, cette fois-ci, le principe d'égalité entre époux se retournait contre l'épouse. La « discrimination » s'expliquait cependant par la volonté de faire cesser les violences sur l'épouse. On a reproché à la juridiction ne pas avoir fait une appréciation *in concreto* de la norme étrangère, qui aurait permis l'accueil en France de la décision. Il y avait toutefois bel et bien une discrimination en raison du sexe dans les modalités de rupture du lien matrimonial qui était opérée par la loi marocaine. Si celle-ci se révélait surtout *in abstracto*, l'appréciation *in concreto* ne permettait pas d'effacer la discrimination, elle existait bel et bien entre l'époux et l'épouse. Elle était cependant justifiée par les sévices perpétrés à l'encontre de l'épouse. C'est donc une mise en balance qu'il aurait fallu faire, entre le choix de faire respecter le principe d'égalité entre époux et celui de mettre fin aux violences. Aux termes d'un tel contrôle de proportionnalité, s'exprimant au sein de l'appréciation concrète de la norme étrangère, l'exception d'ordre public n'aurait peut-être pas joué.

680. Prenons maintenant l'exemple d'un jugement marocain excluant en partie les filles mariées de la succession du père, au bénéfice de ses fils, en vertu de la loi successorale marocaine, dont il est demandé l'exequatur en France. La majeure partie des biens successoraux se situent au Maroc, à l'exclusion de quelques comptes bancaires en France, l'ensemble des héritiers résident au Maroc. La succession a été réglée au Maroc. Dans ce cas de figure, les juges français accepteraient peut-être de donner effet au jugement, malgré l'atteinte qu'il porte au principe d'égalité entre les sexes, en raison notamment des faibles liens entre la situation et le for. C'est donc un ordre public d'éloignement qui serait mis en œuvre pour accorder l'exequatur au jugement pourtant discriminatoire. Soumettre le respect d'un principe tel que le principe de non-discrimination à la condition de liens de proximité avec le for est cependant discutable. L'ordre public d'éloignement laisse entendre que seules les filles

¹⁹⁰⁴ CA Bordeaux, 28 octobre 1998, RTD civ. 1999, p.70, obs. J. Hauser

de nationalité française et/ou résidente en France peuvent revendiquer leur droit à l'égalité, ce qui serait surprenant dans un État de droit comme le nôtre¹⁹⁰⁵.

En revanche, la mise en oeuvre d'un ordre public atténué enrichi d'un contrôle de proportionnalité serait particulièrement adapté en l'espèce. Le principe d'égalité des sexes pourrait être mis en balance avec le droit au respect de la vie privée et familiale des fils. En effet, la répartition inégalitaire et l'exclusion des femmes mariées de la succession dans les pays musulmans est justifiée par leur organisation familiale traditionnelle : au décès du chef de famille, ce sont généralement les fils qui assurent l'entretien de la famille, et non les filles, dont l'entretien serait déjà assuré par leur mari¹⁹⁰⁶. Dès lors, les femmes reçoivent une part de succession moindre, non seulement parce qu'elles n'auraient pas à assumer de charge familiale, mais aussi parce qu'elles seraient entretenues par leur époux. Les fils pourraient donc très bien invoquer un droit à la continuité de leur situation non seulement familiale mais aussi patrimoniale¹⁹⁰⁷, sur le fondement de l'article 8 de la CEDH et de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel qui garantit le droit au respect de la propriété des biens¹⁹⁰⁸.

681. Ce même droit pourrait venir contrebalancer le principe d'égalité des filiations. Une demande d'exequatur d'un jugement étranger qui n'accorde aucun droits successoraux à l'enfant adultérin dans le but de préserver la famille légitime pourrait lui aussi mettre en concurrence le droit à la continuité des situations familiales sur le fondement de l'article 8 et le principe de non-discrimination sur le fondement de l'article 14 de la CEDH.

Comment arbitrer le conflit ?

Le principe de non-discrimination pourrait-il avoir plus de poids que le droit subjectif à la continuité internationale de sa situation juridique ? Aucun des deux n'est un droit subjectif

¹⁹⁰⁵ cf. *supra* ; Le règlement européen « successions » semble en outre s'y opposer, le considérant 58 consacré au jeu de l'exception d'ordre public dispose en effet que : « (...) Néanmoins les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou de refuser de reconnaître – ou, le cas échéant d'accepter – ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre lorsque ce refus serait contraire à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination ». En ce sens, M. Azavant, « L'ordre public successoral », *Dr. fam.* 2013, dossier 38 : « Force est de se demander si ce refus de voir jouer l'exception d'ordre public dans un cas qui pourrait être considéré comme une discrimination ne vient pas empêcher le jeu d'une exception d'ordre public qui caractériserait la proximité au regard de la nationalité. Il est vrai que si la réaction de l'ordre public devait se montrer plus rigoureuse au regard de la nationalité française d'un des héritiers, nous ne serions pas loin de la discrimination interdite par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux ».

¹⁹⁰⁶ cf. *supra* n°48

¹⁹⁰⁷ « Le principe de continuité des situations juridiques, parce qu'il accède au rang d'un véritable droit subjectif, peut désormais être clairement opposé par la Cour à l'encontre de l'ordre public international des États parties et plus généralement des différentes conditions exigées par le for pour la reconnaissance des jugements étrangers, lesquelles sont toutes susceptibles d'être qualifiées de mesures d'ingérence » L. Gannagé, Cours précité, p. 379

¹⁹⁰⁸ V. L. d'Avout, *Rev. Crit. Dip* 2007, p. 820 ; repris par : Y. Lequette, « De la proximité au fait accompli », op. cit., p. 497, n°16

absolu¹⁹⁰⁹ et tous les deux sont susceptibles d'être relativisés¹⁹¹⁰. On pourrait soutenir que le principe d'égalité devrait l'emporter dans la mesure où celui-ci recoupe les intérêts individuels et les intérêts étatiques, tandis que le droit au respect de la vie familiale de l'article 8¹⁹¹¹ va à l'encontre des intérêts étatiques. Toutefois, la Cour européenne exerce son contrôle selon un rapport de proportionnalité et non un rapport hiérarchique, et a tendance à « favoriser les droits garantis par rapport aux restrictions qui leur sont apportées »¹⁹¹². Il n'est donc pas sûr que le principe de non-discrimination sorte toujours victorieux de cette mise en balance. Comme l'exprime L. Gannagé, « il n'existe plus (...) de hiérarchie des intérêts en présence qui puisse fonder une hiérarchie quelconque des objectifs car c'est désormais le principe de proportionnalité qui sera amené à départager les intérêts concurrents, et qui conduira, par voie de conséquence, à faire prévaloir tel objectif sur tel autre en fonction des espèces »¹⁹¹³.

D'autres critères doivent donc contribuer au contrôle de proportionnalité, au côté de l'importance des principes en cause : le facteur temporel, le facteur spatial, les prévisions des parties par rapport à la situation juridique constituée.

En fonction des circonstances, un jugement marocain faisant un partage inégalitaire pourrait trouver application si la succession a été réglée au Maroc, l'ensemble de la famille y réside et réclame l'application du jugement pour partager les quelques biens successoraux en France. Plus les liens avec l'ordre juridique étranger sont forts, plus l'intervention de l'ordre public peut sembler disproportionnée. L'ordre juridique français pourrait ne pas se sentir concerné

¹⁹⁰⁹ Parmi les droits défendus par la Convention EDH, M. André Potocki, juge français à la Cour EDH distingue les droits « relatifs dont la structure est constituée par l'affirmation du droit puis par une réserve explicite (par exemple les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention ou implicite (ex. article 6 de la Convention) des droits « absolus », lesquels quant à eux, ne laissent place à aucune proportionnalité et pour lesquels le juge doit se borner à rechercher l'existence d'une atteinte (prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants de l'article 3, etc.) ». Il opère cette distinction afin de délimiter le contrôle de proportionnalité, seuls les droits relatifs pouvant faire l'objet de ce contrôle.

¹⁹¹⁰ Le droit au respect de la vie privée et familiale n'est en effet pas absolu et est limité par l'intérêt général. Dès lors, le contrôle de proportionnalité ne tourne pas toujours en sa faveur. Par exemple, dans une affaire précitée soumise à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c. Malte*, Rev. crit. dr. int. pr., 2011, pp. 664 ss., note L. d'Avout), une requérante maltaise demandait à ce que son mariage polygamique en Libye soit reconnu à Malte. Les autorités maltaises avaient refusé de faire produire effet à ce mariage, en lui opposant l'ordre public. La requérante invoquait l'article 8 et son droit au respect de sa vie familiale. La Cour européenne n'a pas sanctionné Malte en lui reconnaissant une marge d'appréciation pour la mise en œuvre de l'article 8, et en relevant que les tribunaux maltais avaient bien effectué « une juste pesée des intérêts en présence ».

¹⁹¹¹ Art. 8 al 2 de la Convention: « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »

¹⁹¹² P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 528 ss., n°791 ss. ; cité par L. Gannagé, cours précité, p. 379

¹⁹¹³ L. Gannagé, *op. cit.*, p. 380

dans la mesure où il n'a pas participé à la constitution de la situation juridique et lui a simplement laissé produire effets. « L'ordre public n'est menacé que pour autant que la société française est en jeu »¹⁹¹⁴. C'est cette idée d'impact de la décision étrangère, de trouble de l'ordre juridique, qui doit guider le contrôle de proportionnalité. Le juge doit notamment regarder dans quel environnement la décision va produire ses effets. Il s'agit de replacer les droits de l'homme dans leur contexte : culturel, familial, économique et social¹⁹¹⁵.

682. ***Un contrôle inhérent à l'ordre public atténué.*** – La mise en balance des intérêts en présence peut être envisagée au sein même du mécanisme de l'ordre public atténué – il s'agit ainsi d'un ordre public atténué enrichi du contrôle de proportionnalité – ou à la place et indépendamment de ce dernier. Etant donné les « incohérences et incertitudes » auxquelles a donné lieu le concept d'ordre public atténué, on pourrait en effet envisager son abandon et son remplacement par une « exception droits fondamentaux », différente du mécanisme de l'exception d'ordre public¹⁹¹⁶. Mais parce qu'« à l'échelle du droit international, l'idée qui se dessine (...) est non de repenser les modes de réglementation, mais simplement de les compléter et de prendre acte de l'inadéquation des outils existants »¹⁹¹⁷, nous préférons la première option, à savoir l'intégration du contrôle de proportionnalité à l'ordre public atténué. En effet, le concept d'ordre public atténué, une fois repensé¹⁹¹⁸, conserve une réelle logique et repose sur un fondement incontestable : le respect des droits acquis. Celui-ci doit toutefois être confronté aux circonstances et aux divers intérêts en présence. Cette mise en balance peut se faire sur le fondement de l'approche concrète du jugement étranger, dans le cadre du contrôle de conformité à l'ordre public ; elle est donc fondée et encadrée. En dehors du mécanisme de l'exception d'ordre public, quel serait en revanche le fondement du contrôle de

¹⁹¹⁴ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, op. cit., spéc. n° 206

¹⁹¹⁵ L'universalisme « abstrait » des droits de l'homme a en effet été critiqué pour son absolutisme: « l'universalisme abstrait est porté par une sorte de « messianisme » qui consiste à brandir les droits de l'homme comme l'expression d'une vérité révélée ayant vocation à s'exporter dans l'ensemble des sociétés sans égard pour leurs particularismes culturels. Il se nourrit ainsi d'une « représentation homogène et rationnelle de l'humanité s'intéressant à l'homme en général, l'individu abstrait détaché des contingences de temps et d'espace, coupé de son environnement culturel. » (L. Gannagé, op. cit., p. 471 ; voir aussi : E. Leroy, « Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international, Paris Aupelf-Uref, 1998)

¹⁹¹⁶ En ce sens, R. Legendre, Thèse précitée, p. 351, n°412 : « Face aux incohérences et incertitudes du concept d'ordre public atténué, la méthode de réalisation des droits fondamentaux pourrait constituer une alternative intéressante pour expliquer, en droit international privé, la relativité des valeurs défendues par le for. (...) L'ordre juridique français aurait donc tout à gagner à abandonner le concept d'ordre public atténué en appliquant directement les droits fondamentaux et, notamment, les articles 8 de la CEDH et 21 du TFUE aux contentieux civils internationaux)

¹⁹¹⁷ S. Godechot-Patris, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation : quelles conséquences en droit international privé ? », op. cit., p. 782

¹⁹¹⁸ Cf. *supra*, n°676 ss.

proportionnalité ? Celui-ci rencontre en effet depuis l'origine un problème de légitimité et de méthode¹⁹¹⁹. Bien qu'il ait été adopté par les juridictions internationales et internes, il ne repose sur aucun fondement légal¹⁹²⁰. Il est donc fragile, sa légitimité pouvant être remise en cause¹⁹²¹. Il nous semble donc préférable de rester dans le cadre connu, mais amélioré, de l'exception d'ordre public.

¹⁹¹⁹ V. en ce sens, P. Ducoulombier, « Contrôle de conventionalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », D. 2017. 1778, selon qui la proportionnalité soulève « avant toute chose » un problème de méthode ; v. aussi Ph Théry, « Méthodologie de la réforme », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP suppl. au n°1-2, 11 janvier 2016, p. 41

¹⁹²⁰ V. R. Legendre, op. cit., n°357 et n°365 et s.

¹⁹²¹ V. not. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », D. 2016. 137

L'effet atténué de l'ordre public est réservé au domaine de la reconnaissance. Il est en effet fondé sur le nécessaire respect des droits acquis à l'étranger et des prévisions légitimes des parties. Une situation légitimement créée à l'étranger doit dès lors être plus difficilement remise en cause lorsqu'elle a déjà produit des effets dans le pays d'origine de l'acte. Les parties peuvent en effet revendiquer un droit à la continuité de leur situation juridique patrimoniale créée à l'étranger.

Encore faut-il cependant qu'il existe bel et bien une situation « cristallisée » ou « constituée » pour que l'ordre public atténué se justifie. Or, la seule volonté des parties ou l'intervention passive d'une autorité publique ne devrait pas suffire à créer une situation acquise. Pour que l'on puisse parler de reconnaissance, et donc d'ordre public atténué, l'acte étranger en question doit être décisionnel, normatif, constitutif et pas seulement réceptif ou déclaratif.

Si le jeu de l'ordre public se fait plus souple au stade de la reconnaissance, il n'est pour autant pas nul. Selon les situations, ses effets seront plus ou moins nuancés. Cette relativisation de l'ordre public ne peut cependant pas être apportée selon nous par l'ordre public de proximité, qui devrait rester réservé au domaine de la constitution de la situation juridique, mais par un contrôle de proportionnalité. Une mise en balance des intérêts en présence pourrait en effet être effectuée au niveau international. Au-delà des liens de proximité entre le for et les intéressés, autrement dit au-delà du facteur personnel, d'autres éléments devraient être pris en compte pour mesurer l'impact de l'acte étranger dans notre ordre juridique, tels que le facteur temporel, les liens avec l'Etat d'origine de la norme, la nature des principes du for atteints, les prévisions faites par les parties, etc. Le contrôle de proportionnalité permettrait de relativiser, de manière peut être plus fine encore l'exception d'ordre public. Un équilibre doit être trouvé entre le respect des principes du for et les objectifs de sécurité et prévisibilité juridique propres au droit patrimonial de la famille.

Alors qu’aucune logique ne semblait ressortir de la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne l’usage de l’ordre public plein, atténué ou de proximité, il s’avère en définitive que chaque instrument a un domaine d’intervention privilégié. Le stade de la constitution juridique oscille entre ordre public plein et ordre public de proximité et le domaine de la reconnaissance voit l’ordre public atténué relativisé par un contrôle de proportionnalité. Ce dernier semble vouloir aussi infiltrer le champ de la constitution juridique et troubler ainsi la distinction entre les deux régimes. On a cependant vu que le contrôle de proportionnalité à ce stade comportait peut-être plus d’inconvénients que d’avantages ; il devrait par conséquent selon nous être circonscrit au domaine de la reconnaissance.

Le contrôle de proportionnalité va de pair avec la démarche casuistique de la Cour de cassation dans son appréciation de la norme étrangère. Le jeu de l’exception d’ordre public est en effet subordonné à une appréciation *in concreto*, au sein de laquelle s’opèrerait le contrôle de proportionnalité. Ce n’est ainsi pas le respect d’un principe en tant que tel qui déclenche l’ordre public mais le cas particulier de l’espèce, mettant en balance les différents intérêts en présence (intérêts opposés de l’Etat, du *de cuius* et des héritiers, par exemple). A l’heure où l’on fait l’apologie de la casuistique juridique¹⁹²², il ne s’agit plus de défendre un concept ou un principe supérieur, mais de s’opposer à une situation particulière jugée choquante. L’émergence du contrôle de proportionnalité confirme ainsi l’approche « nominaliste » de l’ordre public et non plus « réaliste »¹⁹²³. A force d’appréciation uniquement concrète et de contrôle de proportionnalité, on risque toutefois un dépeçage de l’ordre public, et même sa disparition progressive. Il n’y a en effet plus de principes à défendre mais des individus et des cas particuliers à protéger. Or, le rôle de l’exception d’ordre public n’est-il pas d’assurer la défense des « principes essentiels du for » ? Ces principes n’étant que rarement affirmés, et même nommés, le contrôle de proportionnalité pourrait progressivement prendre la place de l’ordre public international. Circonscrire son domaine d’intervention et l’intégrer au jeu de l’exception

¹⁹²² V. F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », D. 2017. 118 ; V. cependant en sens contraire B. Haftel, qui rattache le contrôle casuistique de proportionnalité à « l’âge de pierre » : « même si l’on est favorable à une dose de souplesse judiciaire dans l’application de la loi, il reste que, dans l’évolution historique du droit, la règle est une progression, un raffinement, par rapport à la casuistique judiciaire qui est la marque des systèmes primitifs » (B. Haftel, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », D. 2016, p. 1477)

¹⁹²³ Pour une définition de ces notions, cf. *supra*, *nbp* n°76

d'ordre public au stade de la reconnaissance semble donc être un moyen de préserver l'instrument, tout en tirant partie des bénéfices du contrôle de proportionnalité.

Une relativisation peut ainsi s'opérer au niveau des conditions du déclenchement de l'exception d'ordre public ; le même objectif peut être poursuivi au niveau de ses effets.

TITRE II

-

UN EQUILIBRE DANS LES EFFETS DU DÉCLENCHEMENT

685. Le déclenchement de l'exception d'ordre public et ses effets vont dépendre de deux facteurs. Tout d'abord, de celui qui le met en œuvre. Si l'on pense en premier lieu au juge ; en droit patrimonial de la famille, il s'agira en réalité le plus souvent du notaire. En première ligne du règlement de la succession ou de la liquidation du régime matrimonial des époux, la pratique notariale s'interroge dès lors sur le rôle et les pouvoirs du notaire dans la décision de faire jouer l'exception d'ordre public (**Chapitre 1**). Une fois que celle-ci a été prise, reste enfin à savoir par quoi remplacer la loi étrangère évincée. Les effets de l'exception vont alors dépendre d'un deuxième facteur : la règle qui va venir combler le vide juridique laissé par la loi écartée. En jurisprudence, c'est systématiquement la loi du for qui vient combler la lacune et s'appliquer en lieu et place de la loi étrangère. Celle-ci ne s'avère cependant pas toujours adaptée à régir la situation ; la question de son opportunité est donc posée (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Le rôle du notaire dans le déclenchement de l'exception

686. Le notaire peut-il lui-même mettre en œuvre l'exception d'ordre public, comme le ferait le juge ? La réponse dépend de l'étendue de ses prérogatives en la matière (section 1). La question se pose en des termes différents lorsque les parties sont d'accord pour appliquer, ou évincer, la loi étrangère. La validité et l'efficacité de leur convention est alors soumise à des conditions de forme et de fond (section 2).

Section 1. L'étendue des prérogatives du notaire

687. La pratique notariale ne semble pas à l'aise lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre l'exception d'ordre public. Sa démarche est plutôt passive (§1) alors qu'elle pourrait être beaucoup plus active (§2).

§1 De lege lata : un rôle passif

688. Ayant un rôle différent de celui du juge, le notaire ne peut pas avoir la même attitude que lui face à la loi étrangère (A). S'il doit impérativement mettre en œuvre la règle de conflit dans une situation présentant un élément extranéité, la question de savoir s'il peut ou doit faire jouer l'exception d'ordre public pose plus de difficultés. Est-ce une obligation ou une simple faculté ? (B)

A. L'office du notaire n'est pas l'office du juge

689. On connaît bien la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'office du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit. Elle invite à faire une double distinction. Tout d'abord, elle distingue selon que les parties ont ou non invoqué l'application de la loi étrangère désignée

par la règle de conflit. Si celle-ci a été soulevée, le juge doit sans nul doute mettre en œuvre la règle de conflit et appliquer la loi étrangère désignée, à moins d'une contrariété de celle-ci à l'ordre public international français. En revanche, si les parties sont restées silencieuses sur la compétence éventuelle de la loi étrangère, l'obligation du juge dépendra du caractère disponible ou non des droits en cause : en matière de droits indisponibles, le juge sera dans l'obligation de mettre en œuvre la règle de conflit, en revanche, en matière de droits disponibles, elle n'est que facultative pour le juge¹⁹²⁴ : on ne lui reprochera pas d'avoir appliqué la loi française au lieu de la loi étrangère normalement applicable. Or, les matières du droit patrimonial de la famille sont généralement considérées comme des droits dont les parties ont la libre disposition : en matière successorale, les héritiers peuvent renoncer à leurs droits successoraux¹⁹²⁵ ; le droit des régimes matrimoniaux laisse une grande place à la liberté contractuelle des époux ; enfin à propos de la prestation compensatoire, la Cour de cassation considère également que celle-ci est disponible, alors même que le droit du divorce ne l'est pas¹⁹²⁶. Toutefois, dès lors que le juge décide de mettre en œuvre la règle de conflit, on peut imaginer que l'exception d'ordre public ne soit pas facultative mais obligatoire pour le juge, même en matière de droits disponibles. Pourtant, un arrêt de la Cour de cassation est venu préciser que les obligations qui résultent de l'indisponibilité des droits en cause s'appliquent à l'intégralité du processus conflictuel, y compris la mise en œuvre de l'exception d'ordre public¹⁹²⁷. Cela signifierait-il qu'*a contrario*, en matière de droits disponibles, le jeu de l'exception d'ordre public ne soit plus que facultatif ? Selon nous, aucune distinction ne devrait être faite selon la disponibilité des droits en cause, notamment lorsqu'il est question de sauvegarder les valeurs d'ordre public du for. La mise en œuvre de l'exception n'a pas à dépendre de la nature des droits et devrait toujours être obligatoire pour le juge. L'ordre public peut en effet aussi bien être atteint en matière de droits indisponibles que disponibles¹⁹²⁸, et le juge devrait toujours avoir à le relever.

¹⁹²⁴ Civ 1ère, 26 mai 1999, *Sté mutuelle du Mans et Belaid* (2 arrêts), Rev. Crit. DIP 1999, 707, 1ère esp., note H. Muir Watt.

¹⁹²⁵ V. toutefois une décision étonnante de la Cour de cassation, qui semble considérer la matière successorale comme une matière indisponible dans la mesure où elle sanctionne le juge pour ne pas avoir mis en œuvre la règle de conflit : Civ 1ère, 20 juin 2006, JDI (Clunet) 2007, 1, H. Gaudemet-Tallon ; D. 2007, 1710, P. Courbe ; Rev. Crit. DIP, 2007, 383, B. Ancel

¹⁹²⁶ V. not. Cass. Civ 1ère, 11 mars 2009, n°08-13431, Rev. Crit. DIP 2010, 344, note P. Hammje

¹⁹²⁷ V. Cass. Civ 1ère, 6 décembre 2005, D. 2006, panor. 1947, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Droit & Patrimoine, n°154, décembre 2006, chron. M-E. Ancel ; v. aussi H. Muir-Watt et D. Bureau, *Droit international privé*, Tome 1, *op. cit.*, p. 561, n°473

¹⁹²⁸ « Le fait que le litige porte sur un droit disponible n'exclut pas nécessairement, sauf à confondre ordre public impérativité, que l'application concrète d'une loi étrangère puisse atteindre une valeur protégée. Aussi disponible que soit la matière contractuelle, l'application d'une norme étrangère admettant la corruption serait tout aussi choquante » H. Muir-Watt et D. Bureau, *Droit international privé*, Tome 1, p. 561, *op. cit.*, n°473

690. Ces règles sont-elles transposables au notaire ? La mise en œuvre de la règle de conflit est-elle facultative pour lui aussi dès lors que sont en cause des droits disponibles ? Une telle éventualité pourrait servir d'échappatoire au notaire dès lors qu'il hésite sur la contrariété d'une loi étrangère à l'ordre public international : en matière successorale ou matrimoniale, il ne se verrait pas reprocher l'application de la loi du for en lieu et place de la loi étrangère. Par ce détour, la question de la contrariété à l'ordre public n'aurait pas à se poser. Cette possibilité doit cependant être rapidement écartée. La distinction entre droits disponibles et indisponibles pour décider du caractère obligatoire de la règle de conflit est tout d'abord loin de faire l'unanimité en doctrine. Les arrêts *Mutuelles du Mans* et *Belaïd* sont issus d'une longue saga jurisprudentielle¹⁹²⁹ et la solution retenue aujourd'hui reste très critiquée. Rien ne justifie en effet que la nature des droits litigieux guide l'office du juge. Une règle de conflit est une règle de droit comme une autre et devrait à ce titre, toujours s'imposer au juge. Cette jurisprudence s'explique en réalité, principalement, par des considérations d'opportunité : elle vise à simplifier la tâche des juges et évite la multiplication des pourvois en cassation. Ces justifications ne sont en tout état de cause pas opérantes concernant la tâche du notaire¹⁹³⁰. Son rôle n'est en rien comparable à celui du juge : il n'a pas à juger de l'opportunité d'une règle de droit et son devoir de conseil l'oblige à mettre en évidence l'élément d'extranéité qui affecte la situation¹⁹³¹. La règle de conflit, en ce qu'elle fait partie du système juridique qu'il doit mettre en œuvre, s'impose à lui, et il « engagerait sa responsabilité, pour violation notamment de son devoir de conseil, s'il considérait la relation privée internationale comme une relation purement interne »¹⁹³². Le notaire doit donc, sans nul doute, mettre en œuvre la règle de conflit,

¹⁹²⁹ Cass. 1ère civ. 12 mai 1959, *Bisbal* ; Cass. 1ère civ., 2 mars 1960, *Cie algérienne de Crédit et de Banque*, Grands arrêts DIP n°32-34 ; Cass. 1ère civ. 11 octobre 1988, *Rebouh* ; Cass. 1ère civ. 18 octobre 1988, *Schule* ; Cass. 1ère civ. 4 décembre 1990, *Coveco* ; Cass. 1ère civ. 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans et Bélaïd*, Grands arrêts DIP n°74-78

¹⁹³⁰ V. en ce sens, P. Callé, "Le notaire, les actes notariés et le droit international privé" in *Mélanges P. Courbe*, *Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 77, spéc. p. 86

¹⁹³¹ V. en ce sens, Rapport du 111ème Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique*, 2015, précité, p. 734 ; H. Péroz et E. Fongaro, *Droit international privé patrimonial de la famille*, LexisNexis, Litec, 2010, n°20 : "Le notaire doit toujours signaler aux parties la dimension internationale de la situation juridique, que le droit soit disponible ou non."

¹⁹³² P. Courbe, *Droit international privé*, A. Collin, col. Compact, 2e éd., 2003, n°70

dès lors que la situation présente un caractère international. Cette obligation s'applique au titre tant de son devoir de conseil¹⁹³³ que de l'efficacité qu'il doit conférer à son acte¹⁹³⁴.

Comment réagir dès lors face à une loi étrangère normalement compétente présentant des risques de contrariété à l'ordre public international ? Peut-il ou doit-il mettre en œuvre l'exception d'ordre public ? Différentes attitudes sont en réalité possibles.

B. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public : obligation ou simple faculté pour le notaire ?

691. Le rôle du notaire dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public reste encore assez obscure et n'a pas encore été éclairci par la jurisprudence. Deux tendances se font jour néanmoins et il apparaît que la pratique (2) s'avère plus frileuse que la doctrine (1) en la matière.

1) L'avis de la doctrine

692. D'après la doctrine, il n'existe aucun obstacle théorique à ce que le notaire mette en œuvre l'exception d'ordre public international¹⁹³⁵. Aucune loi, aucune jurisprudence, ni aucun règlement européen, ne réserve en effet le mécanisme de l'ordre public au juge. Le règlement « successions » du 4 juillet 2012 semble même explicitement donner au notaire la possibilité d'écarter la loi étrangère contraire aux principes essentiels du for. Le considérant n°58 du préambule dispose en effet, à propos de l'article 35 du règlement sur l'ordre public, que « dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions **et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions** la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre

¹⁹³³ « Les parties doivent être correctement informées des différentes possibilités que les règles de droit international privé leur offrent. (...) En revanche, il ne serait pas raisonnable d'exiger (du notaire) en amont un conseil sur le contenu des différentes lois que les parties pourraient choisir, ni même une information sur le contenu de la loi choisie » (P. Callé, « Le notaire, les actes notariés et le droit international privé » in Mélanges P. Courbe, Le droit entre tradition et modernité, Dalloz, 2012, p. 77, spéc. p. 87)

¹⁹³⁴ « Lorsque le notaire liquide une succession ou un régime matrimonial ou apprécie la validité d'un testament, il a l'obligation d'appliquer la règle de conflit et éventuellement de rechercher le contenu de la loi étrangère désignée car la règle de conflit fait partie du système juridique qu'il a l'obligation de mettre en œuvre (P. Callé, *Ibid*, spéc. p. 87)

¹⁹³⁵ En ce sens, L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », JCP N 2018, 1248

public de l'État membre concerné ». Tant le juge que le notaire, en tant qu'autorités chargées du règlement des successions, peuvent donc mettre en œuvre l'article 35 du règlement au regard de ces dispositions¹⁹³⁶. Le considérant parle néanmoins bien de « possibilité » et non d'obligation ; la mise en œuvre de l'ordre public ne serait donc qu'une faculté, pour le juge et pour le notaire.

693. Ce dernier peut donc être partagé entre deux attitudes :

- Ne pas faire jouer l'exception d'ordre public et appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Il prend néanmoins le risque de faire un « acte nul » dans la mesure où la loi pourrait être jugée contraire à l'ordre public. Or, le règlement national des notaires l'invite à refuser d'instrumenter dans ces circonstances ; l'article 2 alinéa 3 dispose en effet que « tous actes contraires à la loi sont interdits » et l'article 3.2.3 que « le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser (...) pour l'élaboration de conventions contraires à la loi, frauduleuses, ou qu'il sait inefficaces ou inutiles ». En ne faisant pas jouer l'ordre public, le notaire risque donc d'engager sa responsabilité.
- Faire jouer l'exception d'ordre public contre la loi étrangère et appliquer la loi du for. Toutefois, la notion d'ordre public étant par nature floue, il s'expose là encore à une remise en cause ultérieure de son acte par le juge, celui-ci pouvant toujours juger la loi conforme à l'ordre public. La responsabilité du notaire pourrait là encore être engagée.

Prudents, les notaires préfèrent donc ne pas prendre position et renvoyer les parties vers le juge.

2) L'avis de de la pratique

694. S'interrogeant sur la compatibilité d'une loi étrangère ignorant la réserve à l'ordre public international, un auteur a pu affirmer qu'il n'appartenait pas en tout état de cause au notaire de trancher la question. Son rôle devant se limiter à celui de l'analyse et de l'information, il ne pourrait donc qu'avertir les parties d'un risque de contrariété à l'ordre public¹⁹³⁷. C'est en effet avant tout son devoir de conseil qui devrait être mis en œuvre ici.

¹⁹³⁶ En ce sens, L. Perreau-Saussine, *Ibid* ; dans le même sens, R. Crône, « De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », JCP N 2018, 1247 : « Point n'est besoin de saisir la juridiction pour opposer cette exception, le règlement est suffisamment explicite sur ce point pour que le notaire en charge de la succession puisse la mettre en œuvre directement. »

¹⁹³⁷ B. Savouré, « Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français », JCP N 2015, 1178 : « Le notaire français en charge d'une succession internationale devra-t-il apprécier lui-même une éventuelle incompatibilité de la loi applicable avec l'ordre public français et considérer d'autorité que la réserve héréditaire est

Cet avis semble partagé par la plupart des notaires puisque le 111^{ème} congrès des notaires de France s'étant tenu à Strasbourg en 2015 en est arrivé aux mêmes conclusions. D'après le rapport du Congrès, le notaire ne peut trancher d'office la question de la contrariété à l'ordre public et doit renvoyer les parties devant un tribunal¹⁹³⁸. La pratique distingue bien la mission du juge de celle du notaire et « l'effet relatif de l'exception d'ordre public international implique une appréciation qui s'accorde mal avec le rôle du notaire »¹⁹³⁹ : « Au delà même du fait que l'identification de ces principes reste variable selon les auteurs, de sorte qu'elle pourrait s'avérer délicate pour le notaire, elle reste soumise à une possibilité permanente d'évolution compte tenu de l'actualité de l'ordre public au regard de l'évolution de la société. Cette appréciation ne relève pas du rôle du notaire, mais de celui du juge »¹⁹⁴⁰. Les principes d'ordre public sont en effet, par essence, mouvants. Dans la mesure où il s'agit d'un instrument éminemment subjectif, « d'un concept à dimension variable et qui ne se laisse pas appréhender par une liste exhaustive »¹⁹⁴¹, sa mise en œuvre est très difficile à prévoir pour le praticien. Le notaire a-t-il donc réellement les moyens d'être plus audacieux ?

§2 De lege ferenda : un rôle actif

695. En tant qu'officier public, le notaire doit dire et appliquer le droit, il a donc un réel rôle à jouer dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. A la différence du juge, sa compétence n'est toutefois pas limitée par les règles de compétence juridictionnelle. Dès lors, ne devrait-il pas au préalable, avant toute mise en œuvre de l'exception d'ordre public, vérifier qu'un juge français puisse lui-même se prononcer sur l'intervention éventuelle de l'ordre public international français ? En effet, si le juge français est incompétent, il ne pourra pas contredire le notaire dans sa mise en œuvre (ou non) de l'exception d'ordre public (A). Une fois cette vérification opérée, une appréciation circonstanciée de la situation et une bonne connaissance de la jurisprudence devraient la plupart du temps permettre au notaire de prendre position (B). Le contexte législatif actuel de déjudiciarisation l'invite par ailleurs à avoir une attitude proactive en la matière (C).

d'ordre public ? (...) Nous pensons que le rôle du notaire sera plutôt dans l'analyse et l'information. Dans certains cas, qu'il intervienne pour régler une succession ou pour mettre en œuvre une stratégie de planification, il pourrait donc être amené à avertir les héritiers, ou celui qui prépare sa succession, d'un risque de contrariété avec l'ordre public international français ».

¹⁹³⁸ Rapport du 111^{ème} Congrès des Notaires de France, *La sécurité juridique: un défi authentique*, précité, p. 745

¹⁹³⁹ *Ibid*, n° 3638

¹⁹⁴⁰ *Ibid*, n° 3638

¹⁹⁴¹ S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et droit communautaire », D. 1993, chr. 177, p. 179

A. Vérification de la compétence d'une juridiction française

696. L'exception d'ordre public est avant tout l'instrument du juge, c'est à lui d'en définir les contours au regard des évolutions légales et jurisprudentielles, et d'apprécier l'opportunité de sa mise en œuvre. En l'absence de jurisprudence sur la question qui lui est posée, la tâche du notaire relève donc presque de la prédiction : il va essayer de devancer l'analyse qu'aurait le juge confronté à la loi étrangère en cause.

697. Or, pour que le juge puisse se livrer à cette analyse, encore faut-il qu'il soit compétent. Et la compétence du notaire ne présume pas la compétence du juge. En effet, la compétence territoriale interne des notaires est illimitée. Selon l'article 2 de la loi du 25 Ventôse an XI, les notaires sont tenus de prêter leur ministère dès lors qu'ils sont sollicités par les parties. La situation n'est pas différente dans l'ordre international, la doctrine et la pratique affirment que le notaire est compétent dès lors qu'il est sollicité par un client, qu'il soit français ou étranger¹⁹⁴².

698. En matière successorale, la solution n'a pas été modifiée par le règlement « successions » ; les notaires ne sont pas liés par les nouvelles règles de compétences juridictionnelles instituées par le règlement. Aux termes des considérants 20 et 21, et de l'article 2 du règlement¹⁹⁴³, il est précisé que le notaire n'est pas une « juridiction » et n'est donc pas tenu par les chefs de compétence déclinés par le règlement¹⁹⁴⁴. Par conséquent, le règlement ne déroge pas aux règles de compétence de droit commun des notaires en la matière et les

¹⁹⁴² P. Callé, «Le notaire, les actes notariés et le droit international privé» in *Mélanges P. Courbe, Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 77 : «Les notaires sont donc compétents pour recevoir tout acte, même soumis à une loi étrangère, émanant de parties françaises comme étrangères. Une simple demande d'une partie, fût-elle étrangère, suffit à rendre compétent un notaire français »; V. aussi: Rapport du 111ème Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique*, précité, p. 733: « Tout notaire est compétent pour régler une succession internationale et recevoir tout acte en la matière, même s'il est requis par une personne de nationalité étrangère ou domiciliée à l'étranger, et même si la loi successorale est étrangère ».

¹⁹⁴³ (20) (...) *Le terme «juridiction» ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles.*

(21) *Le présent règlement devrait permettre à tous les notaires qui sont compétents en matière de successions dans les États membres d'exercer cette compétence. La question de savoir si les notaires d'un État membre donné sont ou non liés par les règles de compétence prévues dans le présent règlement devrait dépendre de la question de savoir s'ils relèvent ou non de la définition du terme «juridiction» aux fins du présent règlement.*

Art. 2: Le présent règlement ne porte pas atteinte aux compétences des autorités des États membres en matière de règlement des successions.

¹⁹⁴⁴ En ce sens, Rapport du 111ème Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique*, précité, p. 732.

solutions actuelles perdurent¹⁹⁴⁵. La compétence du notaire français demeure illimitée¹⁹⁴⁶ et il suffit que l'on « pousse sa porte » pour qu'il soit saisi¹⁹⁴⁷.

699. Dès lors, le notaire français pourrait très bien être amené à établir un acte dans le cadre d'une succession, sans que celle-ci n'ait un quelconque lien avec la France. Or, l'exception d'ordre public est toujours mise en œuvre par le juge pour défendre les valeurs du for. Ne faudrait-il donc pas vérifier au préalable que le for est concerné ? Sans qu'il soit encore question ici d'ordre public de proximité, il s'agit tout simplement de vérifier que l'exception d'ordre public pourrait bel et bien être mise en œuvre par le juge français¹⁹⁴⁸.

Une fois la compétence des juridictions françaises vérifiée, le notaire pourra s'interroger sur l'éventuelle mise en œuvre par celles-ci de l'exception d'ordre public.

B. Une réponse circonstanciée et adaptée à la situation

700. La mise en œuvre de l'ordre public dépendra de l'appréciation de la situation par le notaire¹⁹⁴⁹. Dans de nombreux cas, la jurisprudence aura déjà pris position sur le sujet. C'est ainsi que face à une loi successorale étrangère qui interdit à un non-musulman d'hériter d'un musulman, le notaire pourra sans risque faire jouer l'exception d'ordre public, la Cour de cassation s'étant déjà prononcée sur la question¹⁹⁵⁰. Même chose pour la liquidation d'un régime matrimonial inégalitaire prévu par la loi étrangère auquel sont soumis les époux¹⁹⁵¹. Il devrait aussi pouvoir sans difficulté évincer une loi successorale étrangère qui donne une part double au fils par rapport à la fille. Bien que la Cour de cassation n'ait jamais statué en ce sens, la doctrine est unanime sur la contrariété de cette règle à l'ordre public. Défendu par la

¹⁹⁴⁵ “Les solutions actuelles perdurent et c'est la saisine de ce notaire par les héritiers ou le conjoint survivant qui sera déterminante” (C. Nourissat et M. Revillard, “Le notaire français et le règlement successions”, *Defrénois* 2015, n°19, p. 985)

¹⁹⁴⁶ M. Farge, “Règlement successions: les nouveaux réflexes à acquérir”, *JCP N* 2015, 1143

¹⁹⁴⁷ R. Crône, « La compétence internationale du notaire en matière de règlement des successions » in H. Bosse-Platière, N. Damas et Y. Dereu (dir.), *L'avenir européen du droit des successions internationales*, LexisNexis, 2011, p. 123

¹⁹⁴⁸ Dans le cadre du règlement d'une succession, les juridictions françaises pourront être compétentes sous plusieurs chefs : dernière résidence habituelle du défunt en France (art. 4), biens successoraux situés en France et défunt de nationalité française ou ayant résidé en France depuis moins de 5 ans (art. 10), accord d'élection de for (art. 5), risque de déni de justice et lien suffisant avec France (art. 11), etc.

¹⁹⁴⁹ En ce sens, L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », *JCP N* 2018, 1248

¹⁹⁵⁰ Cass. Civ. 17 nov. 1964 précité, *JCP G* 1965, II, 13978, concl. Lindon; *Rec. Penant* 1965, p. 251, note P. Lampué, *DS* 1965, somm. p. 58; *Rép. Commaille* 1965, p. 249, Note G. Droz

¹⁹⁵¹ V. Cass. 24 février 1998, *Vialaron (précité)*, sur l'ancien régime matrimonial légal suisse jugé contraire à l'ordre public international :

Convention européenne des droits de l'homme, le principe d'égalité entre les sexes devrait l'emporter et empêcher le règlement de la succession sur le fondement d'une loi inégalitaire¹⁹⁵². La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devrait conforter le notaire en ce sens. En effet, après l'arrêt « Mazurek » ayant condamné la France mais avant la réforme du 3 décembre 2001, le notaire pouvait se trouver dans l'embarras : devait-il appliquer l'article 760 du code civil accordant une part augmentée à l'enfant légitime de la demi-part enlevée à l'enfant adultérin, ou devait-il l'écarter sur le fondement de l'article 14 de la Convention et de l'article 55 de la Constitution donnant une autorité supérieure aux traités internationaux ? La condamnation de la France à plusieurs reprises et la réforme ultérieure du droit des successions incite le notaire à préférer la deuxième solution et à faire prévaloir le principe de non-discrimination. Dès lors, si le notaire doit écarter la loi interne discriminatoire, ne doit-il pas plus le faire pour la loi étrangère ?

701. Des considérations de proximité peuvent cependant entrer en ligne de compte : la doctrine est en effet divisée sur la question de savoir si dans un tel cas de figure, un ordre public plein ou de proximité doit être mis en œuvre¹⁹⁵³. Par prudence, le notaire peut donc rechercher l'existence de liens de proximité entre la situation et la France¹⁹⁵⁴. Pour rappel, d'après la jurisprudence récente de la Cour de cassation, des liens même très lâches devraient suffire à faire jouer l'exception d'ordre public¹⁹⁵⁵. On peut même penser que la seule compétence du juge français pour statuer sur le litige suffise à justifier la mise à l'écart de la loi étrangère¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵² En ce sens, R. Crône, « De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », JCP N 2018, 1247 : « la disparité des parts successorales entre les héritiers masculins et féminins est contraire à notre conception française, mais aussi européenne de l'ordre public successoral. Point n'est besoin de saisir la juridiction pour opposer cette exception, le règlement est suffisamment explicite sur ce point pour que le notaire en charge de la succession puisse la mettre en œuvre directement » ; v. aussi M. Revillard, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, p 442 : « Les héritiers de sexe féminin doivent pouvoir se partager le compte bancaire en France par parts égales avec leurs frères. Les tribunaux saisis d'une telle demande devraient leur accorder cette égalité. Le notaire français informera les personnes concernées de cette situation et refusera d'appliquer cette inégalité de parts »

¹⁹⁵³ Selon nous, la nature du principe de non-discrimination appelle la mise en œuvre d'un ordre public plein, cf. *supra* n°538

¹⁹⁵⁴ Sur l'appréciation des liens de proximité, cf. *supra*, p. 403 ss.

¹⁹⁵⁵ Le principe d'égalité entre époux défendu par le Protocole n° VII additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fait en effet obstacle à la réception des jugements de répudiation en France dès lors que l'un des époux est domicilié sur le territoire d'un Etat contractant (V. not. Civ. 1ère, 4 juill. 2018, n°17-16102, Dr. Famille 2018. Comm. 270, obs. M. Farge : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le jugement algérien, fondé sur le droit pour le mari de mettre fin de façon discrétionnaire au mariage, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international, dès lors que les époux de nationalité algérienne sont domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant, même s'ils sont séparés, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »). Dès lors, dans le cas d'une loi successorale discriminatoire, il devrait suffire que le défunt ou l'un des héritiers réside dans un Etat contractant pour faire jouer l'exception d'ordre public.

¹⁹⁵⁶ Cf. *supra*, n°658

702. Lorsque les droits fondamentaux ne seront pas en cause, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public devrait être davantage sujette à débat. Face à une politique législative impérative interne¹⁹⁵⁷, la mission du notaire se complexifie. Il lui faudrait non seulement déterminer la volonté du législateur (quel était le but et la portée de la loi impérative introduite dans l'ordre juridique?) mais aussi s'interroger sur la réception de cette politique par l'opinion publique (est-elle suffisamment ancrée, acceptée, dans l'ordre juridique du for ? L'entrée de la loi étrangère dans le système français serait-elle susceptible de remettre en cause cette politique ?). Autrement dit, le notaire devrait se faire l'interprète à la fois du législateur et de la société.

703. Ces questions se posent notamment face à une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire. Si la Cour de cassation a déjà pris position¹⁹⁵⁸, les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public, notamment lorsqu'un héritier se trouve dans un état de précarité et de besoin, sont encore floues¹⁹⁵⁹. Le notaire pourrait donc avoir encore quelques réticences à faire jouer ou non l'ordre public. Un désaccord entre les héritiers pourrait inciter le notaire à se montrer prudent et à les renvoyer devant un juge¹⁹⁶⁰.

Rien n'empêche cependant le notaire de trancher, et au contraire, la tendance législative de déjudiciarisation l'invite à apprécier lui-même la conformité de la loi étrangère à l'ordre public.

C. Le notaire, « acteur de la déjudiciarisation »¹⁹⁶¹

704. La Garde des Sceaux avait lancé le 5 octobre 2017 les « chantiers de la justice », parmi lesquels figurait la simplification de la procédure civile. Cet objectif avait été confié à la magistrate Frédérique Agostini, et au professeur Nicolas Molfessis qui ont eu pour mission d'émettre des propositions en vue d'atténuer la complexité actuelle de la procédure civile¹⁹⁶². Leur rapport avait dévoilé trente propositions¹⁹⁶³, parmi lesquelles certaines intéressaient l'activité notariale. Il a été proposé de poursuivre l'œuvre de déjudiciarisation en mettant le

¹⁹⁵⁷ Sur la protection des politiques du for jugées essentielles, *cf. supra*, n°535 ss.

¹⁹⁵⁸ Cf. Cass. 27 septembre 2017, *Jarre et Colombier*, arrêts précités

¹⁹⁵⁹ *Cf. supra*, p. 238 ss.

¹⁹⁶⁰ En ce sens, L. Perreau-Saussine, « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », JCP N 2018, 1248

¹⁹⁶¹ Termes empruntés à Ch. Blanchard, « Le notaire et la simplification de la procédure civile », JCP N 2018, 180

¹⁹⁶² V. Ch. Blanchard, « Le notaire et la simplification de la procédure civile », JCP N 2018, 180

¹⁹⁶³ http://www.justice.gouv.fr/publication/chantiers_justice/Chantiers_justice_Livret_03.pdf

notaire en première ligne dans certaines matières. C'est ainsi qu'un transfert de compétence du juge au notaire a été préconisé dans le domaine du droit des personnes¹⁹⁶⁴ et du droit patrimonial de la famille. En droit des régimes matrimoniaux, la déjudiciarisation totale de la procédure de changement de régime matrimonial a été proposée. Depuis la loi du 23 juin 2006, celle-ci n'était en effet que partielle : l'homologation judiciaire était toujours requise en présence d'enfants mineurs ou en cas d'opposition des enfants majeurs ou des créanciers. Cette déjudiciarisation a été entérinée avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : le passage obligatoire devant le juge est dorénavant supprimé, même en présence d'enfants mineurs, ainsi que le délai de deux ans entre la célébration du mariage et la modification du régime ou entre deux régimes successifs. Qui vérifiera dès lors que les intérêts des enfants mineurs sont préservés, notamment à travers le prisme de la notion « d'intérêt de la famille » ? Cette tâche est sans doute dorénavant dévolue au notaire : son rôle ne devrait pas se limiter à la rédaction de l'acte de changement de régime matrimonial mais il devrait aussi se livrer à une appréciation d'ensemble, en vérifiant notamment que la convention respecte l'intérêt de la famille ainsi que l'ordre public contractuel et matrimonial¹⁹⁶⁵. La même confiance est faite au notaire pour apprécier la conformité de la convention des époux à l'ordre public dans le cadre du divorce sans juge¹⁹⁶⁶.

705. Dans cette mouvance, le notaire est incité à se substituer au juge dans l'appréciation de la conformité des conventions à l'ordre public. Nul doute dès lors que cette tendance atteigne le droit international privé : le notaire devrait accepter de prendre une place en première ligne pour apprécier la conformité de la loi étrangère à l'ordre public international. A la requête d'un héritier¹⁹⁶⁷, il devrait en principe pouvoir faire jouer (ou non) l'exception d'ordre public à l'encontre de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Le notaire prend toutefois ainsi le risque de voir son acte remis en cause ultérieurement par le juge. Par prudence, le notaire

¹⁹⁶⁴ Afin que le notaire soit compétent pour recueillir et contrôler le consentement du donneur des cellules hématopoïétiques prélevées dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ; exclusivement compétent pour recueillir le consentement des conjoints recourant à une assistance médicale à la procréation avec un tiers donneur ; dresser les actes de notoriété pour faire foi de la possession d'état en matière de filiation.

¹⁹⁶⁵ En ce sens, Ch. Blanchard, « Le notaire et la simplification de la procédure civile », JCP N 2018, 180

¹⁹⁶⁶ Le notaire doit vérifier la régularité de la convention au regard des dispositions légales ou réglementaires », et « s'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public, le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté » Circulaire du garde des Sceaux, ministre de la Justice, du 26 janvier 2017, sur la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, Fiche n°6.

¹⁹⁶⁷ L'acte de notoriété est en effet dressé à la demande d'un ou plusieurs ayants-droit (art. 730-1 c. civil : « La preuve de la qualité d'héritier peut résulter d'un acte de notoriété dressé par un notaire, à la demande d'un ou plusieurs ayants droit »)

préfèrera donc sans doute s'engager dans la conclusion de conventions entre tous les héritiers, dès lors que ceux-ci sont d'accord sur la mise en œuvre de l'ordre public international.

Section 2. La validité des accords sur la mise en œuvre de l'ordre public international

706. Si les parties se mettent d'accord sur l'issue de leur litige, plusieurs solutions s'offrent à elles. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, elles peuvent conclure un accord procédural par lequel elles écartent la loi étrangère désignée par la règle de conflit (§2). Toute discussion relative à l'ordre public sera donc évincée. En amont de toute procédure, elles peuvent aussi conclure une transaction, de façon à prévenir tout litige ultérieur (§1).

§1 La transaction extra-judiciaire

707. **Effets.** - La transaction est à la fois un contrat ayant force obligatoire entre les parties et un mode de solution des litiges, auquel la loi reconnaît un effet extinctif¹⁹⁶⁸. Dès lors, les parties ne pourront plus saisir le juge au sujet de la contestation à laquelle il a été mis fin. La transaction fait en effet obstacle à toute demande en justice ultérieure ; et si, malgré tout, une telle demande était formée, elle se heurterait à « l'exception de transaction » empêchant le juge d'examiner l'affaire au fond¹⁹⁶⁹.

708. **Définition.** - La transaction est définie à l'article 2044 alinéa 1^{er} du code civil¹⁹⁷⁰ comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »¹⁹⁷¹. Ainsi, dès lors que les parties sont parfaitement informées de la teneur de la loi étrangère et de la possible intervention de l'exception d'ordre public, et dans la mesure où elles sont d'accord pour mettre fin à leur litige, le notaire peut leur proposer de conclure une transaction extra-judiciaire.

¹⁹⁶⁸ Dès lors qu'elle sera faite en la forme notariée, la transaction aura force exécutoire. Ainsi, si l'opération concerne des biens et droits immobiliers, elle permettra l'accomplissement des formalités de publicité foncière (d'après l'art. 710-1 du code civil en effet, pour pouvoir donner lieu à publication, tout acte ou droit doit "résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle, ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative").

¹⁹⁶⁹ JCl. Notarial Formulaire, V^o Transaction, fasc. 10, *Règles générales*, par J.-P. Moreau et V. Zalewski-Sicard, spéc. n^o 93

¹⁹⁷⁰ Réformé par la loi n^o 2016-1547 du 18 nov. 2016 (art. 10) pour la modernisation de la Justice du XXI^e siècle

¹⁹⁷¹ V. aussi Cass. soc., 17 mars 1982, n^o 80-40.455 : Bull. civ. 1982, V, n^o 180. ; Cass. soc., 13 mai 1992, n^o 89-40.844 ; Bull. civ. 1992, V, n^o 307 ; RTD civ. 1992, p. 783, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, n^o 97-20.887, Bull. civ. 2000, I, n^o 130 ; Cass. soc., 28 janv. 2004, n^o 01-46.538 ; CA Reims, 30 oct. 2003, n^o 02/01832 ; Cass. com., 27 nov. 2012, n^o 11-17.185, Bull. civ. 2012, IV, n^o 213 ; et JCl. Notarial Formulaire, V^o Transaction, fasc. 10, *Règles générales*, par J.-P. Moreau et V. Zalewski-Sicard, spéc. n^o 35.

709. Celle-ci doit toutefois porter sur des droits acquis (A) et contenir des concessions réciproques (B).

A. Des droits acquis

710. La transaction permettra aux parties d'éviter de porter le litige en justice. Tous les litiges ne sont donc pas susceptibles de transaction. Une première condition concerne l'existence même du droit : celui-ci doit être acquis et ne peut être un droit éventuel ou une simple expectative¹⁹⁷². C'est ainsi qu'en matière contractuelle, le droit acquis n'existe qu'à partir de la signature du contrat, puisque ce n'est qu'à partir de ce moment que les parties peuvent en demander l'exécution. Qu'en est-il en matière successorale (1) et en matière alimentaire (2) ?

1) La transaction portant sur des droits successoraux

711. En matière successorale, les droits ne seront acquis par les héritiers qu'à partir du décès de leur auteur. C'est ainsi que si un héritier réservataire ne pouvait transiger sur ses droits à réserve avant l'ouverture de la succession¹⁹⁷³, il pourrait le faire une fois que ses droits sont acquis, c'est-à-dire après décès¹⁹⁷⁴.

712. Il en irait de même dans le cadre d'une succession soumise à une loi étrangère discriminant entre les fils et les filles, et par conséquent potentiellement contraire à l'ordre public international. L'ensemble des héritiers pourrait convenir de répartir équitablement la succession, malgré les dispositions du droit étranger désigné par la règle de conflit. Un tel accord est valable sur le principe dans la mesure où il concerne des droits disponibles. Les héritiers ont acquis des droits successoraux et par conséquent peuvent valablement transiger

¹⁹⁷² JCl. Notarial Formulaire, V° Transaction, fasc. 10, *Règles générales*, par J.-P. Moreau et V. Zalewski-Sicard, spéc. n° 12

¹⁹⁷³ V. néanmoins la possibilité de conclure une renonciation à l'action en réduction (RAAR) par laquelle les héritiers réservataires s'engagent à ne pas exercer d'action en réduction contre les libéralités qui porteraient atteinte à leurs droits réservataires futurs (art. 929 c. civil). Ce pacte successoral n'est toutefois pas une transaction, il ne doit s'accompagner d'aucune contrepartie de la part du de cujus. Cette exigence va donc à l'encontre des conditions de validité de la transaction qui exigent une contrepartie (en ce sens JCl. Notarial Formulaire, *Fasc. 20 : transaction . – domaine*, par F. Julienne, n°37)

¹⁹⁷⁴ V. not. Cass. 1re civ., 4 nov. 1975, n° 73-14.300; Bull. civ. I, n° 311

sur ces droits. Une distribution équitable de la succession peut être envisagée, dès lors que tout le monde est d'accord et sous réserve que chacun fasse des concessions réciproques¹⁹⁷⁵.

713. Qu'en serait-il en revanche d'un accord par lequel les filles consentent à ne pas faire jouer l'exception d'ordre public à l'encontre de la loi étrangère discriminante ? On pourrait dans ces circonstances déconseiller au notaire d'instrumenter car l'acte pourrait être jugé contraire à la loi¹⁹⁷⁶. Cependant, il s'agit là encore ici pour les parties de transiger sur des droits acquis. Si les filles ne souhaitent pas récupérer la demi-part qui leur manque, libre à elles¹⁹⁷⁷. L'ordre public international est ici protecteur, et dès que la fille est en mesure d'exercer ses droits, elle doit pouvoir aussi en principe y renoncer. L'acte ne sera pas contraire à l'ordre public dès lors qu'il provient de la volonté des intéressés, à condition qu'elle ait été exercée de manière tout à fait libre, et en pleine connaissance de cause. L'égalité successorale n'est en effet pas obligatoire pour les héritiers.

714. Les arrêts rendus à la suite de la jurisprudence *Mazurek* vont en ce sens. Dans un arrêt en date du 20 octobre 2013¹⁹⁷⁸, des héritiers avaient convenu, dans deux actes préparatoires au partage, de procéder au règlement de la succession conformément au régime antérieur à celui issu de la loi du 3 décembre 2001, et en connaissance de l'arrêt *Mazurek* du 1er février 2000 rendu par la CEDH ayant jugé les anciennes dispositions comme incompatibles avec celles combinées des articles 1er du 1er protocole additionnel à la Convention EDH et 14. La décision de la cour d'appel de valider la transaction fut confirmée par la Cour de cassation en ces termes : « la cour d'appel en a exactement déduit que l'accord amiable ainsi intervenu, à l'occasion duquel le demandeur avait, en connaissance de cause, renoncé à une partie de ses droits dans la succession, devait recevoir application, conformément aux dispositions de l'article 25 II, 2° de ladite loi. ».

715. Une attention toute particulière devra toutefois être accordée à la volonté libre et éclairée des parties. Le notaire sera l'interlocuteur privilégié des héritières qui renonceraient à faire jouer l'exception d'ordre public, par respect des traditions, « pudeur, sauvegarde de l'intimité du foyer, ou résignation de la femme, surtout si elle est mal intégrée dans la société

¹⁹⁷⁵ Sur la condition relative aux concessions réciproques, cf. *infra*, n°722 ss.

¹⁹⁷⁶ Rappelons que le règlement national dispose en son article 2 alinéa 3 que « tous actes contraires à la loi sont interdits » et en son article 3.2.3 que « le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser (...) pour l'élaboration de conventions contraires à la loi, frauduleuses, ou qu'il sait inefficaces ou inutiles ».

¹⁹⁷⁷ La transaction ne sera néanmoins valide qu'à condition de concessions réciproques, cf. *infra* n°722 ss.

¹⁹⁷⁸ Civ. 1re, 20 nov. 2013, n°12-23.118

française »¹⁹⁷⁹. La réalité du consentement sera donc peut être parfois difficile à vérifier, au regard des pratiques familiales réellement vécues¹⁹⁸⁰. Néanmoins, dès lors que l'héritier renonce en pleine connaissance de cause à une partie de ses droits dans sa succession, l'accord devrait être considéré comme valable, même si l'ordre public aurait permis de rétablir l'inégalité instituée par la loi étrangère.

Il n'en irait pas forcément de même à propos d'une transaction portant sur des droits alimentaires successoraux.

2) La transaction portant sur des droits alimentaires

716. Il est généralement affirmé que les droits d'ordre public ne peuvent faire l'objet d'une transaction. La même distinction entre droits disponibles et indisponibles faite à propos de la validité des accords procéduraux¹⁹⁸¹ peut être faite ici : seuls les droits disponibles peuvent faire l'objet d'une transaction. Une nuance doit cependant encore être apportée selon que le droit d'ordre public est acquis ou non. Une partie ne pourra en effet renoncer par avance à une prérogative d'ordre public, en revanche si le droit est né ou a déjà pu être exercé, la transaction est possible¹⁹⁸².

717. Cette distinction a notamment été opérée à propos des droits alimentaires. Parce qu'elle concerne l'intérêt général, l'obligation alimentaire a une dimension d'ordre public et est en principe incessible, insaisissable et ne peut faire l'objet d'une renonciation par anticipation¹⁹⁸³. La transaction est donc en principe exclue en ce domaine¹⁹⁸⁴. Toutefois, une fois que la créance est née, elle devient disponible et il peut être transigé sur le montant de la créance et ses modalités d'exécution¹⁹⁸⁵. La jurisprudence distingue entre droits actuels et droits éventuels,

¹⁹⁷⁹ J. Deprez, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", op. cit., p. 71: "Les théories les plus élaborées du droit international privé apparaissent ainsi comme un luxe ou un privilège offert à une minorité de femmes sachant ou pouvant défendre leurs droits en justice. Elles ne changent rien à la réalité vécue par le plus grand nombre dans le secret des familles où persistent le plus souvent les moeurs importées du pays d'origine et le respect des traditions. Le droit dit par le juge, transformé par la doctrine en jurisprudence à vocation généralisante, peut bien donner l'illusion que les ménages musulmans établis en France sont régis par le droit français, en réalité ils ne font qu'en relever virtuellement, cette application n'étant réelle que dans les cas ponctuels tranchés par la justice ».

¹⁹⁸⁰ J. Deprez, *Ibid*, p. 60

¹⁹⁸¹ Cf. *infra*, n°729 ss.

¹⁹⁸² V. en ce sens, Cass. soc., 3 mai 1967 : Bull. civ. 1967, IV, n° 358 ; Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21.363 : JCP E 2015, 1115, obs. N. Dissaux

¹⁹⁸³ A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, op. cit., n° 659

¹⁹⁸⁴ V. par exemple, Cass. civ., 12 déc. 1921 : DP 1921, 1, p. 153, note H. Capitant ; S. 1923, 1, p. 353, note E. Audinet ; Cass. req., 26 juin 1928 : DH 1928, p. 463

¹⁹⁸⁵ Cf. *supra* et pour exemple : CA Lyon, 19 mai 1952 : D. 1953, p. 48 ; CA Colmar, 13 avr. 1951 : D. 1951, p. 384

seuls les premiers pouvant faire l'objet d'une transaction. C'est ainsi que les conventions portant sur des droits alimentaires à venir sont systématiquement annulées tandis que celles portant sur des droits existants sont pleinement efficaces. On citera à cet égard un arrêt de la première chambre civile en date du 29 mai 1985 qui a jugé valable une transaction passée entre des parents, portant sur des dépenses d'éducation déjà avancées par la mère pour l'éducation d'un enfant, et a en revanche annulé celle par laquelle la mère renonçait à l'exercice ultérieur d'une action alimentaire contre le père¹⁹⁸⁶. Autrement dit, les créances « virtuelles » qui naissent du simple lien de parenté, et peuvent potentiellement donner lieu à un versement si les conditions de la créance sont réunies (état de besoin du créancier et ressources suffisantes du débiteur), ne peuvent faire l'objet d'une transaction. En revanche, il est possible de transiger dès lors que la créance est actuelle, calculée, due, et doit faire l'objet d'un versement¹⁹⁸⁷. Les parties peuvent donc aménager la créance une fois celle-ci née, en revanche elles ne peuvent jouer sur sa création ou son extinction, ni même modifier à l'avance son montant « puisque celui-ci doit de toutes façons être proportionné aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur »¹⁹⁸⁸.

718. Par conséquent, dans le cadre d'une succession internationale soumise à une loi étrangère ignorant la réserve, dans laquelle le défunt a déshérité un enfant dans le besoin, les légataires pourront-ils conclure une transaction avec ce dernier ? Pourront-ils transiger sur le montant de l'obligation alimentaire que la jurisprudence semble lui accorder ? Imaginons par exemple une transaction par laquelle l'enfant déshérité abandonne sa créance alimentaire moyennant une compensation financière.

719. Même si cet accord intervient après décès, une fois que l'enfant déshérité est en mesure d'exercer son droit, il ne nous semble pas qu'un tel accord puisse être valable. Les conditions de validité de la transaction ne paraissent en effet pas remplies. La créance alimentaire de l'enfant n'est tout d'abord qu'éventuelle et loin d'être certaine. L'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2017 ne permet pas de dire ce qui peut être accordé à l'héritier malheureux par le jeu de l'exception d'ordre public international : sa réserve ? une créance alimentaire ? L'héritier renoncerait donc à un droit, sans véritablement connaître sa nature. Les conditions

¹⁹⁸⁶ Cass. 1re civ. , 29 mai 1985, n° 84-11.626 : Bull. civ. I, n° 167, cité par F. Julienne, *Fasc. 20 : TRANSACTION*. – *Domaine*, précité, n°34

¹⁹⁸⁷ En ce sens, F. Julienne, *Ibid*, n°34

¹⁹⁸⁸ E. Alfandari, op. cit., spéc. p. 7

même de son octroi ne sont pas claires : état de besoin, situation de précarité économique...¹⁹⁸⁹

Dès lors, au jour du décès, même si l'héritier est dans le besoin, sa créance n'est pas encore née tant qu'un juge ne l'a pas évaluée et n'a pas statué sur son versement. Elle n'est encore que virtuelle, et le créancier ne devrait donc pas pouvoir selon nous y renoncer. Cette créance alimentaire a par ailleurs une origine tout à fait inédite : elle est judiciaire. Dès lors, de même que la convention ne peut avoir aucun effet sur l'obligation créée par la loi, tant au niveau de sa création que de son extinction, la convention ne devrait pas avoir plus d'effet sur l'obligation créée par le juge. S'il n'est pas permis de renoncer par avance aux droits directement attribués par la loi, il devrait en être de même pour les droits alimentaires attribués par le juge.

720. En définitive, une renonciation par l'héritier réservataire à sa créance alimentaire ne semble pas possible. Même après le décès, la créance n'est qu'éventuelle, celle-ci devant être fixée et évaluée par le juge. Les conditions de validité de la transaction ne paraissent donc pas remplies.

On aboutit finalement à un résultat assez surprenant : en l'état actuel de la jurisprudence, on pourrait renoncer à sa réserve après le décès, mais pas à sa créance alimentaire, même née après le décès. Pourtant, la créance alimentaire vise à remplacer l'absence de réserve. Et si c'était la réserve qui était octroyée à l'enfant dans le besoin, il pourrait en revanche y renoncer. Ce paradoxe remet encore une fois en cause le fondement alimentaire de la réserve.

721. Dans ce type de transaction, il conviendrait en outre de se demander quel serait le compromis fait par les légataires, à quoi renonceraient-ils ?¹⁹⁹⁰ Les concessions réciproques exigées sont en effet loin d'être évidentes...

B. Des concessions réciproques

722. Pour qu'il y ait transaction, il faut qu'il existe une contrepartie à la concession faite. Il n'est toutefois pas nécessaire que celle-ci soit équivalente. Il n'est en effet pas exigé par la jurisprudence que les sacrifices réciproques soient d'égale valeur, la rescision pour lésion étant

¹⁹⁸⁹ Cf. *supra*, p. 238 ss.

¹⁹⁹⁰ Pourrait-on aussi imaginer une convention par laquelle les héritiers reconnaissent à l'héritier déshérité sa qualité de débiteur d'une obligation alimentaire envers la succession ? Mis à part le fait que cette hypothèse semble être une hypothèse d'école (Hypothèse évoquée par Mme Siney, « Les conventions sur les pensions alimentaires », *Rev. Trim. Civ.* 1954, 228), une telle convention serait tout à fait inutile : l'obligation alimentaire existera indépendamment d'elle (Mme Siney, *Ibid*), dès lors que le juge décide de l'octroyer.

exclue à l'article 2052 al 2 du code civil. La Cour de cassation a ainsi jugé que constituait une transaction l'accord qui, ayant pour objet de mettre fin à un différend, comporte des concessions réciproques « quelle que soit leur importance relative »¹⁹⁹¹. Le simple souhait d'éviter un procès long et coûteux peut même légitimer, à titre de transaction, l'abandon de droits importants¹⁹⁹².

723. Le risque est toutefois que, dans ces conditions, tous les types de transaction soient validés, y compris les plus déséquilibrés, puisque la condition de « concessions réciproques » semble apparaître toujours remplie¹⁹⁹³. La Cour de cassation a cependant rappelé récemment qu'un acte unilatéral et abdicatif n'impliquait pas de concessions réciproques et n'était dès lors pas une transaction¹⁹⁹⁴. Une contrepartie inexistante ou dérisoire pourrait donc justifier la nullité de la transaction¹⁹⁹⁵.

724. Le notaire devra donc veiller à bien mettre en évidence dans son acte les concessions faites par chaque partie pour parvenir à l'accord, à peine de nullité.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, les parties pourront aussi envisager de conclure un accord procédural sur la loi applicable.

§2 L'accord procédural

725. L'accord procédural n'a été envisagé par la jurisprudence qu'en présence d'un juge. Toutefois, il semble qu'il puisse aussi être conclu devant un notaire¹⁹⁹⁶.

726. Par cet accord, les parties peuvent convenir d'écarter la règle de conflit de lois. Dès lors, bien qu'ayant connaissance du caractère international du litige, le juge devra en faire

¹⁹⁹¹ Cass. soc., 17 mars 1982, n° 80-40.455; Bull. civ. 1982, V, n° 180; Cass. soc., 13 mai 1992, n° 89-40.844 ; Bull. civ. 1992, V, n° 307 ; RTD civ. 1992, p. 783, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. soc., 5 janv. 1994 : JCP G 1994, II, 22259, note F. Taquet ; D. 1994, jurispr. p. 586, obs. C. Puigelier

¹⁹⁹² Cass. req., 24 oct. 1900 : DP 1901, 1, p. 135; Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694; Bull. civ. 2001, IV, n° 154 ; RTD com. 2002, p. 164, obs. A. Martin-Serf. ; CA Paris, 15 févr. 1985 : JurisData n° 1985-021942. ; CA Paris, 28 févr. 1985

¹⁹⁹³ En ce sens, J.-P. Moreau et V. Zalewski-Sicard, *JCl. Notarial Formulaire, V° Transaction, fasc. 10, Règles générales*, spéc. n° 13

¹⁹⁹⁴ Cass. 2e civ., 2 févr. 2017, n° 16-13.521; JCP G 2017, n° 9, 199.

¹⁹⁹⁵ Cass. 1re civ., 4 mai 1976 ; Cass. soc., 18 mai 1999, n° 97-14.176 Bull. civ. 1999, V, n° 233 ; Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.635 ; Bull. civ. 2000, V, n° 399 ; JCP G 2001, IV, 1178. V. aussi : Cass. 3e civ., 4 févr. 1976, n° 74-13.064 (manque à son devoir d'information et de conseil le notaire qui établit un acte de transaction sans attirer l'attention de l'une des parties sur le fait que l'autre ne consent aucune concession) ; jurisprudence citée par J.-P. Moreau et V. Zalewski-Sicard, op. cit., spéc. n° 13

¹⁹⁹⁶ M. Grimaldi (dir), *Droit patrimonial de la famille* 2018-2019, Dalloz, Dalloz Action, 6ème éd., 2017, n°722-41

abstraction et c'est en pleine connaissance de cause qu'il appliquera la loi du for en lieu et place de la loi normalement désignée par la règle de conflit. L'accord procédural est ainsi défini comme une « liberté spécifique aux relations internationales de droit privé pour échapper aux aléas de la mise en œuvre du processus conflictuel »¹⁹⁹⁷. Ainsi, grâce à cet accord, la question de la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public international sera contournée puisque c'est la loi du for qui s'appliquera directement malgré l'internationalité du litige. L'accord procédural apparaît alors comme un « substitut de l'ordre public »¹⁹⁹⁸.

727. ***Licéité de l'accord procédural.*** – La validité de l'accord procédural a été admise pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt *Roho* du 19 avril 1988¹⁹⁹⁹. En l'espèce, les parties avaient écarté la loi étrangère désignée par la règle de conflit en matière d'accidents de la circulation routière, en faveur de leur loi nationale commune. Cet accord exprès fut suivi par la cour d'appel puis validé par la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 12 alinéa 3 du code de procédure civile qui interdit au juge de changer le fondement juridique de la demande lorsque les parties l'ont lié par un accord exprès. La solution fut confirmée par la suite, notamment dans un arrêt *Hannover international* en date du 6 mai 1997²⁰⁰⁰, en ces termes : « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ».

728. La licéité de l'accord procédural dépend néanmoins de la disponibilité des droits en cause (A) et de la loi désignée par les parties aux termes de cet accord (B).

A. La disponibilité des droits en cause

729. La liberté des parties de contourner la règle de conflit ne peut s'exercer que dans les litiges d'intérêts privés, c'est-à-dire pour les droits disponibles. Comme pour la transaction, lorsque sont en cause des droits indisponibles, l'accord procédural n'est pas possible. Si le critère de la libre disponibilité des droits retenu par la jurisprudence se comprend aisément, il n'en est pas moins difficile à mettre en œuvre. Une approche classique invite à distinguer entre les droits extrapatrimoniaux, généralement indisponibles, et les droits patrimoniaux,

¹⁹⁹⁷ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé, précité.*, n° 577, p. 412

¹⁹⁹⁸ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., n°666

¹⁹⁹⁹ Civ. 1re, 19 avr. 1988, Rev. crit. DIP 1989. 68, note H. Batiffol ; D. 1988. Somm. 345, obs. B. Audit

²⁰⁰⁰ Civ. 1re, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *Hannover International*, Rev. crit. DIP 1997. 514, note B. Fauvarque-Cosson.

généralement disponibles. Toutefois une présentation aussi tranchée est remise en cause par le contexte juridique actuel de conventionnalisation des rapports familiaux, laissant une grande place à l'autonomie de la volonté²⁰⁰¹.

730. En réalité, le critère de libre disponibilité des droits implique une démarche analytique, droit par droit²⁰⁰². Nous nous interrogerons donc sur la possibilité de conclure un accord procédural sur des questions relatives à la prestation compensatoire (1), aux régimes matrimoniaux (2), aux successions (3), et aux droits alimentaires (4).

1) La disponibilité de la prestation compensatoire

731. Malgré la contractualisation grandissante atteignant la matière, la Cour de cassation continue de qualifier le droit du divorce de droit indisponible²⁰⁰³. Cette qualification n'atteint cependant pas les questions relatives à la prestation compensatoire puisque la Cour de cassation les détache de celles propres au divorce en tant que tel. Dans un arrêt du 11 mars 2009, la Haute juridiction inclut en effet la demande de réévaluation de la prestation compensatoire dans la catégorie des droits disponibles²⁰⁰⁴. Cette qualification pourrait sembler évidente dans la mesure où il s'agit d'une prestation de type patrimonial consistant en un versement d'une somme d'argent. Toutefois, il a déjà été relevé que la prestation compensatoire participait au développement d'un certain ordre public alimentaire. Elle repose par ailleurs sur une idée d'équité, si bien que la Cour de cassation a jugé qu'une loi étrangère qui ne prévoyait aucune prestation compensatoire après divorce était contraire à l'ordre public international français²⁰⁰⁵. Elle n'est enfin pas complètement disponible puisque les époux ne peuvent transiger sur leurs droits futurs à prestation compensatoire, tant qu'aucune instance en divorce n'est engagée²⁰⁰⁶. Une fois la procédure engagée néanmoins, elle devient et reste soumise à la volonté des époux et c'est ce qui explique certainement que la Cour de cassation l'ait qualifié de droit disponible. Dans l'espèce du 11 mars 2009, l'accord procédural en faveur de la loi française permettait par ailleurs d'évincer la loi marocaine normalement désignée par la règle de conflit, et par conséquent la question de sa conformité à l'ordre public international français, dans la mesure

²⁰⁰¹ En ce sens, F. Julienne, *op. cit.*

²⁰⁰² En ce sens, B. Fauvarque-Cosson, « Un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente », *Rev. crit. DIP* 1997. 514

²⁰⁰³ Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-16903

²⁰⁰⁴ Cass. Civ 1^{ère}, 11 mars 2009, n°08-13431, *Rev. Crit. DIP* 2010, 344, note P. Hammje

²⁰⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, précité

²⁰⁰⁶ *Cf. supra*, n°416

où le code de la famille marocain ne connaissait pas d'équivalent à la prestation compensatoire²⁰⁰⁷. L'accord procédural a ainsi joué son rôle de « substitut de l'ordre public »²⁰⁰⁸.

732. Le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, auquel renvoie le règlement européen « aliments » du 18 décembre 2008, a confirmé la validité des accords procéduraux en la matière, dès lors qu'ils concernent une procédure particulière et désignent comme applicable la loi du for²⁰⁰⁹.

Ils sont aussi valables en matière de régimes matrimoniaux.

2) La disponibilité des régimes matrimoniaux

733. Les rapports patrimoniaux au sein de la famille, tels que les régimes matrimoniaux et les successions, constituent sans doute un terrain d'application privilégié de l'accord procédural.

734. La matière des régimes matrimoniaux recouvre des droits disponibles et la jurisprudence a admis l'accord procédural en ce domaine. On relèvera à cet égard un arrêt de la Cour de cassation en date du 27 octobre 1992²⁰¹⁰ qui concernait deux ex-époux de nationalité marocaine dont le divorce avait été prononcé en 1981. Par la suite, l'épouse avait introduit une action en liquidation de leurs droits, en 1988. Les juges du fond avaient considéré que le partage de la communauté devait avoir lieu selon la loi française car les époux avaient établi leur premier domicile commun en France. Dans son pourvoi, l'ex-époux demandait en revanche l'application de la loi marocaine, loi de leur nationalité commune, en invoquant l'existence d'un accord procédural. La Cour de cassation n'admit pas la validité de l'accord procédural, mais pour des raisons de forme et non de fond : « une simple concordance des conclusions échangées de part et d'autre devant les premiers juges ne constitue pas l'accord exprès qui pourrait, selon le troisième alinéa de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le

²⁰⁰⁷ En ce sens, P. Hammje, Rev. Crit. DIP 2010, 344

²⁰⁰⁸ Cf. *supra*, n°726

²⁰⁰⁹ Art. 7 du Protocole : « Nonobstant les articles 3 à 6, le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins d'une procédure particulière se déroulant dans un État donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir une obligation alimentaire. » ; cf. *infra* sur la disponibilité des droits alimentaires.

²⁰¹⁰ Civ 1^{ère}, 27 octobre 1992, Bull. civ., I, n°261, p. 171, cité par B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, op. cit., p. 354, n°607

juge par les qualifications auxquelles les parties auraient entendu limiter le débat ». Implicitement, la Cour de cassation admet donc l'accord procédural.

735. **Limites. – Le règlement « régimes matrimoniaux ».** – Cette validité est-elle remise en cause par le nouveau règlement européen²⁰¹¹ ? Les accords procéduraux n'y sont ni expressément prévus ni expressément interdits²⁰¹². Or, un auteur s'est interrogé sur la possibilité de conclure un accord procédural alors qu'une règle de conflit communautaire désignait la loi applicable²⁰¹³. Celle-ci ne devrait-elle pas s'appliquer d'office dès lors que le règlement s'impose uniformément et directement aux Etats membres ? Certains textes, tels que le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envisagent expressément l'accord procédural. Dès lors, faut-il en déduire que lorsqu'un règlement ne le prévoit pas, celui-ci n'est pas admis ?

Un auteur a fait remarquer que l'article 22 du règlement régimes matrimoniaux semblait admettre l'accord procédural dans la mesure où il n'empêchait pas un choix de loi applicable au régime matrimonial après la saisine de la juridiction²⁰¹⁴. Si tel est le cas, l'accord procédural serait donc nécessairement soumis aux conditions de l'article 22, à savoir un choix de loi en faveur de la résidence habituelle ou de la nationalité des époux ou de l'un d'eux. Le choix de loi en faveur de la loi du for ne serait dès lors pas possible²⁰¹⁵, à moins que celle-ci corresponde à la nationalité ou la résidence habituelle des époux²⁰¹⁶.

A l'encontre de cette analyse, il semble toutefois qu'il faille distinguer entre l'accord de volontés par lequel les parties choisissent la loi applicable, accord constitutif de la règle de conflit, et l'accord de volontés par lequel les parties écartent la règle de conflit. En effet, d'après

²⁰¹¹ 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

²⁰¹² Il en va de même pour le règlement sur les partenariats enregistrés

²⁰¹³ B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2004, p. 263 et s., n°12.

²⁰¹⁴ En ce sens, S. Corneloup, « Commentaire de l'article 8 des règlements 2016/1103 et 1104 », in *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples : commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Société de législation comparée, 2018, p. 113 et s., spéc. p. 117

²⁰¹⁵ Sur le choix de loi possible exclusivement en faveur de la loi du for, cf. *infra*, n°744 ss.

²⁰¹⁶ En ce sens, S. Corneloup, « Commentaire de l'article 8 des règlements 2016/1103 et 1104 », in *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples : commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Société de législation comparée, 2018, p. 113 et s., spéc. p. 117 ; Et si les époux souhaitent donner un effet rétroactif au choix de loi, il ne pourra pas porter atteinte aux droits des tiers (S. Corneloup, *Ibid*, spéc. p. 117)

Monsieur Paul Lagarde, l'accord procédural doit être distingué du principe d'autonomie de la volonté consacré en matière contractuelle, et autorisant les parties à choisir la loi applicable au contrat (comme c'est le cas en matière de régimes matrimoniaux) : « l'accord de fond repose sur le mécanisme conflictuel et vaut pour l'ensemble du contrat ; il engage l'avenir sauf modification ultérieure du choix. En revanche l'accord procédural est élusif de la règle de conflit, et le choix qu'il exprime ne vaut que pour le litige en cours »²⁰¹⁷. L'accord procédural permet donc d'annuler le choix fait les parties conformément à la règle de conflit, mais seulement dans le cadre du litige en cours. S'il surgit « entre les parties un nouveau litige à propos du même contrat, l'accord procédural intervenu au cours du précédent procès n'aura plus aucune valeur et la désignation faite antérieurement par les parties de la loi applicable recouvrera sa force »²⁰¹⁸.

En vertu de cette distinction, l'article 22 du règlement ne semble donc pas concerner l'accord procédural, mais « l'accord de volontés, constitutif de la règle de conflit, par lequel les parties choisissent la loi applicable ». La question de la validité de l'accord procédural sous l'empire du règlement « régimes matrimoniaux » reste donc entière. Etant en matière de droits disponibles, il devrait néanmoins selon nous être admis²⁰¹⁹.

736. **Limites. - Les lois de police.** – On peut enfin se demander si la validité de l'accord procédural pourrait s'étendre aux règles issues du régime primaire. En effet, l'arrêt Cressot du 20 octobre 1987 a affirmé que « les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale »²⁰²⁰. C'est ainsi que l'on donne aux articles 215 al 3, 220, 221 et 222, 220-1, 217 et 219 du code civil le caractère de loi de police ou de lois d'application territoriale²⁰²¹. Le caractère impératif des

²⁰¹⁷ P. Lagarde, note sous Civ. 1re, 4 oct. 1989, *de Baat*, Rev. crit. DIP 1990. 316

²⁰¹⁸ P. Lagarde, note sous Civ. 1re, 4 oct. 1989, *de Baat*, Rev. crit. DIP 1990. 316

²⁰¹⁹ Si l'accord procédural n'était finalement pas possible sous l'empire du règlement, les époux ne pourraient s'en remettre qu'à l'article 26 3. qui prévoit qu'« À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point a), régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que: a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point a); et b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de la célébration du mariage, à moins que l'un des époux ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État. (...) Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État. »

²⁰²⁰ Civ 1^{ère}, 20 octobre 1987, *Cressot*, précité, R. 1988, p. 540, note Y. Lequette ; J. 1988, p. 44 obs. A. Huet

²⁰²¹ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, op. cit., p. 356, n°613

articles 212, 213 et 214 est cependant contesté, notamment pour l'article 214, qui laisse une place aux conventions entre époux à propos de la contribution aux charges du mariage en droit interne : « si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ». Dès lors la jurisprudence a admis les conventions contraires dans les contrats de mariage et autres accords entre époux²⁰²².

Il semble en réalité qu'il faille distinguer « impérativité » et « disponibilité » de la règle : « l'indisponibilité du droit subjectif ne résulte pas de l'impérativité de la règle qui le régit. Elle entretient certes des liens étroits avec l'ordre public, mais tandis que celui-ci affecte les règles de droit, l'indisponibilité porte sur des droits subjectifs issus d'une situation juridique. En matière contractuelle, il peut y avoir des règles d'ordre public ou même des lois de police. Ce n'est pas cela qui importe ; ce qui compte, c'est la nature des droits qui naissent de la situation juridique : il faut que leur titulaire soit en mesure de les exercer librement (...) Il en résulte que même si la règle est impérative dans l'ordre interne, l'accord procédural peut être admis s'il porte sur des droits librement disponibles. »²⁰²³. Dès lors, la qualification de loi de police de la règle ne devrait pas empêcher l'accord procédural en la matière, tout dépend de la disponibilité des droits en cause. L'accord entre époux à propos de la contribution aux charges du mariage étant possible en droit interne, il devrait l'être aussi en droit international, dans le cadre d'un accord procédural sur la loi applicable²⁰²⁴.

La même distinction, entre « impérativité » et « disponibilité » de la règle peut s'opérer en droit successoral.

3) La disponibilité des droits successoraux

²⁰²² Le Professeur B. Fauvarque-Cosson explique ainsi le caractère hybride de la contribution aux charges du mariage : « cette place laissée à la volonté des parties au sein du régime primaire en principe constitué par des règles impératives s'explique par le caractère hybride de la contribution aux charges du mariage : distincte par son fondement et par son but de l'obligation alimentaire, elle peut inclure des dépenses d'agrément, telle l'acquisition d'une résidence secondaire. Mais d'un autre côté, destinée à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants, elle traduit la même idée alimentaire que le devoir de secours » (B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, op. cit., p. 357, n°613)

²⁰²³ B. Fauvarque-Cosson, « Un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente », *Rev. crit. DIP* 1997. 514

²⁰²⁴ La qualification de loi de police ne devrait en tout état de cause ne plus être retenue pour l'article 214 du code civil. La question de la loi applicable aux contributions entre époux aux charges du mariage est désormais régie par le règlement du 19 décembre 2008 sur les obligations alimentaires, et par conséquent le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007. Or, le Protocole ne prévoit pas de clause générale d'exception relative aux lois de police, mises à part des règles internationales matérielles impératives (*Cf. supra*)

737. **Principe de licéité de l'accord procédural en droit successoral.** - Le caractère disponible des droits successoraux n'est pas contesté, dès lors qu'ils concernent des droits patrimoniaux acquis²⁰²⁵. On exclut toujours cependant, parmi les droits disponibles, les droits relatifs à la réserve héréditaire, d'ordre public successoral. Il est cependant à noter que les héritiers réservataires peuvent y renoncer librement une fois la succession ouverte. Elle n'est en effet impérative que pour le *de cuius*. Il semble donc qu'il faille là encore distinguer entre « impérativité » et « disponibilité » de la règle²⁰²⁶. L'héritier réservataire pouvant librement renoncer à ses droits une fois la succession ouverte, la validité de l'accord procédural une fois la succession ouverte ne fait aucun doute.

738. La réflexion peut se prolonger à propos des lois de police. On sait que la Cour de cassation a jugé que les règles relatives à l'attribution préférentielle (art. 831 et s. du code civil) étaient, en raison de leur destination économique et sociale, des lois d'application immédiate²⁰²⁷. Par conséquent, l'accord procédural des héritiers ne devrait pas empêcher l'application des règles d'attribution préférentielle relatives à certains biens successoraux. Il ne faut pas cependant, encore une fois, confondre impérativité et disponibilité de la règle. L'attribution préférentielle n'opère pas de plein droit, elle est seulement de droit pour les héritiers. Si les bénéficiaires sont d'accord, celle-ci peut donc être écartée. Enfin, de manière générale, le règlement successions remet-il en cause la licéité de l'accord procédural ?

739. **Le règlement successions.** – Là encore, le règlement « successions », à l'instar du règlement « régimes matrimoniaux », ne prévoit pas expressément la validité des accords procéduraux. Le choix de la loi applicable à la succession est possible (dans les conditions de l'article 22, à savoir une *professio juris* effectuée par le défunt, dans une disposition à cause de mort, en faveur de la loi de l'État dont il possède la nationalité au moment où il fait ce choix

²⁰²⁵ V. toutefois un arrêt étonnant de la Cour de cassation, Civ 1^{ère}, 20 juin 2006, précité (JDI (Clunet) 2007, 1, H. Gaudemet-Tallon, D. 2007, 1710, P. Courbe ; Rev. Crit. DIP, 2007, 383, B. Ancel, qui sanctionne la cour d'appel pour ne pas avoir appliqué *au besoin d'office, la règle de conflit de lois donnant compétence en matière de succession immobilière à la loi étrangère du lieu de situation des immeubles et rechercher si cette loi ne renvoyait pas à la loi française du dernier domicile du défunt*. A moins que la Cour de cassation ait souhaité un retour à la jurisprudence *Schule*, elle semble voir dans la matière successorale des droits indisponibles.

²⁰²⁶ Cf. *supra*, n°736

²⁰²⁷ Civ 1^{ère}, 10 octobre 2012, précité ; Cette jurisprudence n'est pas contredite par le règlement puisque celui-ci prévoit en son article 30 que la loi normalement applicable à la succession sera tenue en échec dès lors que la loi du lieu de situation du bien soumet la transmission de certains biens à des règles dérogatoires en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

ou au moment de son décès) mais ce choix doit là aussi être distingué de l'accord procédural²⁰²⁸. Etant toutefois en matière de droits disponibles, les héritiers continuant la personne du défunt et pouvant disposer de leurs droits acquis, on pourrait imaginer que ceux-ci puissent se mettre d'accord pour régler la succession sur le fondement d'une autre loi, notamment la loi du for²⁰²⁹.

La licéité de l'accord procédural en matière alimentaire pose aussi question.

4) La disponibilité des droits alimentaires

740. Ainsi qu'il a déjà été dit, les obligations alimentaires, bien qu'elles ne puissent pas être subsumées²⁰³⁰, relèvent généralement des droits indisponibles, notamment celles qui concernent les obligations des parents envers leurs enfants²⁰³¹. Les individus ne sont toutefois pas obligés de conserver les faveurs et protections que leur accorde la loi, ils peuvent y renoncer dès lors qu'ils ont été en mesure de les exercer et que leurs droits patrimoniaux sont acquis.

741. **Obligations alimentaires entre vifs.** - L'accord procédural est expressément envisagé par le Protocole de la Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux aliments. Les parties peuvent conclure un accord procédural, à l'occasion d'une procédure particulière dans un Etat, en désignant comme applicable à leurs obligations alimentaires la loi de cet Etat²⁰³². Elles peuvent même conclure cet accord avant l'introduction de l'instance, à condition que celui-ci prenne la forme d'un écrit signé des deux parties ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement²⁰³³. Pour rappel, une désignation de loi applicable est également possible à tout moment, dans les mêmes formes que celles prévues pour l'accord procédural, à moins que les obligations alimentaires concernent un mineur ou une personne dont les facultés personnelles sont altérées. Les parties peuvent choisir *la loi d'un Etat dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ; la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ; la loi désignée par les*

²⁰²⁸ Cf. supra n°735

²⁰²⁹ Cf. infra n°743 et s.

²⁰³⁰ M. Farge, « Détermination du droit applicable (chap. 512) », in P. Murat (dir), Œuvre collective, *Dalloz Action droit de la famille*, Dalloz, 2016, n°512.262

²⁰³¹ Pour rappel, la Cour de cassation a ainsi affirmé dans un arrêt du 14 octobre 2009 à l'occasion d'un litige franco-marocain, que le « droit aux aliments est un droit qui s'impose aux père et mère qui ne peuvent y renoncer » (Civ. 1re, 14 oct. 2009, n° 08-15.583 , précité)

²⁰³² Art. 7 du Protocole

²⁰³³ *Ibid*

parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations ; ou encore la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou à cette séparation (art. 8). Le créancier ne pourra renoncer à son droit à aliments que si la loi de sa résidence habituelle le lui permet et la loi désignée ne s'appliquera pas si elle engendre des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une des parties, à moins que celles-ci n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation.

742. **Obligations alimentaires successorales.** - Le Protocole de la Haye ne concerne toutefois que les obligations alimentaires entre vifs et non celles qui résultent du décès, qui sont, elles, soumises au règlement « successions »²⁰³⁴. Lorsqu'un héritier se trouve être dans le besoin au jour de l'ouverture de la succession, le régime de l'accord procédural devrait donc suivre celui prévu en matière successorale... Il devrait donc être possible²⁰³⁵. Comme en matière de transaction, on pourrait néanmoins douter de la licéité de l'accord procédural conclu par l'enfant dans le besoin dans le cadre d'une succession soumise à une loi étrangère ignorant la réserve²⁰³⁶. Etant donné les incertitudes autour de la jurisprudence du 27 septembre 2017, il n'est en effet pas évident que la créance alimentaire soit disponible avant que le juge ait statué²⁰³⁷.

Néanmoins, si l'accord est conclu en faveur de la loi française, qui prévoit une réserve, la difficulté ne devrait pas se poser.

B. La loi objet de l'accord

743. Deux cas de figure sont à distinguer. Dans une première hypothèse, les parties sont d'accord pour appliquer la loi du for, autrement dit pour évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit qui serait contraire à l'ordre public international. L'accord procédural dans ce cas ne devrait pas faire de difficulté (1). Dans la deuxième hypothèse, les parties ne souhaitent pas appliquer la *lex fori*, mais la loi étrangère désignée par la règle de conflit

²⁰³⁴ Article 1^{er} du règlement « successions » : « Sont exclus du champ d'application du présent règlement: (...) e) les obligations alimentaires autres que celles résultant du décès »

²⁰³⁵ Cf. *supra*, n°717 ss.

²⁰³⁶ Cf. *supra*, n°719 et n°720

²⁰³⁷ *Ibid*

potentiellement contraire à l'ordre public, ou une autre loi. Le recours à l'accord procédural s'avère dans ce cas plus discutable (2).

1) L'accord procédural en faveur de la loi du for

744. L'accord procédural en faveur de la loi du for ne soulève pas de discussion puisque cette hypothèse a été expressément validée par la jurisprudence. Par deux arrêts du 6 mai 1997 et du 1^{er} juillet 1997, la Cour de cassation a en effet affirmé que « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder **sur l'application de la loi française du for** malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente »²⁰³⁸, venant ainsi confirmer l'arrêt Roho du 19 avril 1988 considéré comme l'arrêt fondateur en ce domaine²⁰³⁹.

Il ne fait donc pas de doute que les parties peuvent désigner aux termes de leur accord procédural la loi française, et ainsi tenir en échec l'application de la loi étrangère contraire à l'ordre public international.

2) L'accord procédural en faveur de la loi étrangère

- **En faveur de la loi étrangère contraire à l'ordre public international**

745. L'intérêt même du recours à l'accord procédural dans ce cas de figure est discutable. Par un tel accord, les parties renoncent en principe à faire jouer la règle de conflit. Or, il s'agit justement dans l'hypothèse soulevée de forcer l'application de la règle de conflit, bien qu'elle désigne une loi potentiellement contraire à l'ordre public international. Les objectifs semblent donc antagonistes et l'accord procédural inadapté. Le juge ne se considérera par ailleurs sans doute pas lié par l'accord et fera jouer l'exception s'il considère que la loi désignée par les parties est contraire à l'ordre public international.

- **En faveur d'une autre loi étrangère conforme à l'ordre public**

²⁰³⁸ Civ. 1^{re}, 6 mai 1997, Rev. Crit. DIP 1997. 514, note Fauvarque-Cosson, JDI 1997. 804, note Bureau, Grands arrêts DIP n° 84 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, Rev. Crit. DIP 1998. 60, note Mayer, D. 1999. 274, note Massip.

²⁰³⁹ Civ. 1^{re}, 19 avr. 1988, Rev. Crit. DIP 1989. 68, note Batiffol, D. 1988. Somm. 345, obs. Audit.

746. La question est ici plus ouverte et la réponse n'est pas assurée en jurisprudence. Certains voient l'accord procédural comme un accord par lequel les parties font abstraction du caractère international de la situation et font comme si le litige était purement interne. La loi du for s'imposerait donc²⁰⁴⁰. D'autres le voient comme un accord par lequel les parties font obstacle à la mise en œuvre de la règle de conflit, elles pourraient donc soumettre leur litige à n'importe quelle loi, la loi du for ou toute autre loi étrangère²⁰⁴¹. Permettant aussi de rectifier la localisation du rapport juridique, le choix devrait pouvoir aller au-delà de la loi du for.

747. La jurisprudence ne semble pas pour l'heure lui donner une telle portée. Si la Cour de cassation a utilisé une formule générale dans l'arrêt *Roho*²⁰⁴², « les parties peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée (par la règle de conflit) », c'était une espèce où les parties avaient choisi d'évincer la loi étrangère au profit de la loi du for. Dans l'arrêt *Hannover* en revanche, la Cour de cassation a employé une formule beaucoup plus restrictive, toujours dans une espèce où les parties avaient désigné la *lex fori* : les parties « peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for »²⁰⁴³. La formule générale a néanmoins été reprise dans un arrêt ultérieur du 26 mai 1999 : les parties peuvent « s'accorder sur l'application d'une loi autre » que celle normalement applicable en vertu de la règle de conflit²⁰⁴⁴ ; avant d'être restreinte plus récemment, la Cour de cassation ayant affirmé que les époux pouvaient « convenir que soit appliqué le droit français »²⁰⁴⁵.

748. La Cour de cassation n'ayant encore validé aucun accord procédural en faveur de la loi étrangère, la prudence inviterait donc à ne conclure que des accords en faveur de la loi du for. Cette restriction n'en a pas moins été critiquée : si elle est plus confortable pour le juge « qui connaît mieux sa propre loi »²⁰⁴⁶, elle contredit le postulat d'égalité entre le droit français et le

²⁰⁴⁰ En ce sens, Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (...) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277, spécialement p. 301 s ; P. Mayer, « Le juge et la loi étrangère », *Rev. Suisse de droit international et européen*, 1991, p. 488 (cités par E. Fohrer-Dedeurwaerder, *Fasc. 60 : Conflit de lois . – Loi étrangère devant les juridictions françaises . – Application d'office de la règle de conflit de lois . – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère*, *Jcl. Droit international*, n°50)

²⁰⁴¹ En ce sens, D. Alexandre, *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé français*, Ann. Fac. de droit, de sciences politiques et de gestion de Strasbourg, t. XXXIV, LGDJ, 1988, p. 11, spécialement n° 28, p. 21 ; P. Lagarde, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 321 ; A. Ponsard, « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 607, spécialement p. 615 (cités par E. Fohrer-Dedeurwaerder, op. cit., n°50)

²⁰⁴² Civ. 1^{re}, 19 avr. 1988, *Rev. Crit. DIP* 1989, 68, note Batiffol, *D.* 1988, Somm. 345, obs. Audit.

²⁰⁴³ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997, *Hannover International*, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau ; *GAJDIP*, n° 84

²⁰⁴⁴ Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, n°96-21.333 ; *Gaz. Pal.* 2000, nos 61-62, p. 39, 1^{re} esp., obs. Niboyet.

²⁰⁴⁵ Civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n° 08-13.431

²⁰⁴⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, op. cit., n° 45, n° 147, p. 117

droit étranger²⁰⁴⁷, indifféremment désignés par la règle de conflit. Aucun obstacle théorique n'empêche à notre sens de désigner la loi étrangère. On peut même lui trouver un véritable intérêt : elle pourrait permettre une localisation plus satisfaisante du rapport de droit que la loi du for, quitte à exiger que la loi désignée présente des liens étroits avec le litige. Pour le moment néanmoins, il semble que l'accord procédural ne permette aux parties que de se mettre d'accord sur l'application de la loi du for.

²⁰⁴⁷ M. Farge, « Détermination du droit applicable (chap. 512) », in P. Murat (dir), Œuvre collective, *Dalloz Action droit de la famille*, Dalloz, 2016, n°512.264

749. **Conclusion du chapitre.** –

Le notaire est de plus en plus souvent confronté à l'application du droit étranger. Or, la mise en œuvre d'une loi étrangère peut être l'occasion pour lui de voir sa responsabilité mise en cause. En effet, alors que face à la loi française, il porte en général un regard neutre, son appréciation doit être plus critique lorsqu'il doit appliquer une loi étrangère. Au-delà des difficultés relatives à l'accès au droit étranger et à sa compréhension, le notaire doit en outre se livrer à un examen concret de la loi, afin de vérifier si celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public international français.

Il engagerait sa responsabilité s'il appliquait dans un acte une loi contraire aux principes essentiels du droit français, bien que cette loi soit désignée par la règle de conflit. Le règlement national des notaires l'invite en effet à refuser d'instrumenter dans ces circonstances²⁰⁴⁸.

Le notaire n'est cependant pas juge du contenu de l'ordre public, il doit connaître les contours de la notion mais ne les dessine pas. Dès lors, sa mission n'est pas aisée, et même ambiguë : s'il ne peut appliquer une loi contraire à l'ordre public, il peut hésiter avant de faire jouer l'exception d'ordre public, notamment lorsque les conditions du déclenchement ne sont pas clairement définies en jurisprudence.

Rien ne l'empêche toutefois de le faire. Tant le droit international, à travers le règlement successions, que le droit interne, à travers le mouvement de déjudiciarisation, l'y invitent. Si le praticien reste malgré tout encore frileux, il pourra trouver un échappatoire dans la recherche d'un accord entre les parties, mais seulement en matière de droits disponibles.

Au-delà du rôle du notaire dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, une autre question se pose avec une particulière acuité : par quoi remplacer la loi étrangère évincée ? Est-ce nécessairement par la loi du for ?

²⁰⁴⁸ Pour rappel, l'article 2 alinéa 3 dispose que « tous actes contraires à la loi sont interdits » et l'article 3.2.3 que « le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser (...) pour l'élaboration de conventions contraires à la loi, frauduleuses, ou qu'il sait inefficaces ou inutiles ».

Chapitre 2

L'éviction de la norme étrangère

750. La substitution de la loi étrangère contraire à l'ordre public par la loi du for est unanimement admise en doctrine et bien ancrée en jurisprudence. Cette solution est en effet la plus simple à mettre en œuvre pour le juge, et aussi certainement la plus prévisible, même si la pratique révèle que son application n'est pas toujours effective (section 1). La jurisprudence récente a aussi montré les limites de la loi du for, pas toujours apte à combler le vide laissé par le droit étranger. Nous souhaitons donc explorer les autres alternatives possibles à la *lex fori*, d'autant plus que le droit comparé offre plusieurs pistes de réflexion (section 2).

Section 1. L'effectivité de l'application de la loi du for

751. L'étude de l'exception d'ordre public implique une prise en compte nécessaire des effets concrets de son déclenchement ; en pratique, l'efficacité du mécanisme est parfois très limitée (1). Certaines solutions peuvent être envisagées pour renforcer son effectivité (2) sous la forme d'un prélèvement sur les biens sis en France, elles n'emportent toutefois pas l'adhésion.

§1 Une effectivité limitée

752. Une fois la loi étrangère jugée contraire à l'ordre public international, celle-ci doit être évincée et remplacée, en principe par la loi du for. C'est en effet la solution préconisée en doctrine²⁰⁴⁹ et appliquée par la jurisprudence. L'application de la *lex fori* doit cependant être aussi restreinte que possible et se contenter de régir la seule question de droit ayant donné lieu à l'intervention de l'ordre public. C'est ainsi qu'en droit des successions, la Cour de cassation a pu écarter la loi étrangère excluant le non-musulman de la succession, et lui substituer la loi

²⁰⁴⁹ D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, précité, n° 468

française, seulement en ce qui concernait la vocation successorale de l'héritier non musulman²⁰⁵⁰. Pour les autres questions intéressant le règlement de la succession, la loi coranique a continué de s'appliquer de manière résiduelle. La part successorale du non-musulman a ainsi été calculée sur le fondement de la loi étrangère, amputée de la disposition relative à l'empêchement successoral. Le but est en effet de perturber au minimum la règle de conflit, en appliquant la *lex fori* au strict nécessaire. Cette solution est bien établie en jurisprudence²⁰⁵¹.

Dans quelle mesure néanmoins l'application de la loi du for, aussi limitée soit-elle, sera-t-elle effective à l'étranger ?

753. Prenons l'exemple d'un Marocain qui décède en étant domicilié au Maroc. Il laisse trois enfants, un fils et deux filles. Il était propriétaire de biens meubles et immeubles en France et au Maroc. D'après notre règle de conflit, c'est la loi de la dernière résidence habituelle du défunt qui s'appliquera, à savoir la loi marocaine. Celle-ci faisant une discrimination entre les fils et les filles du défunt, le notaire l'écartera et la remplacera par la loi française en ce qui concerne les parts revenant à chaque enfant. Dès lors, en présence d'un fils et de deux filles, l'acte de notoriété n'établira pas une dévolution à hauteur de la moitié pour le fils et un quart pour chacune des filles, comme il est prévu par le droit marocain, mais à hauteur de 1/3 pour chacun des enfants.

Cette dévolution sera prise en compte pour le calcul des droits de succession dus en France. En effet, en l'absence de convention fiscale franco-marocaine, les biens mobiliers et immobiliers situés en France sont soumis à l'impôt français. Chacun des enfants payera donc un impôt à hauteur de ce qu'il a reçu, à savoir un tiers de la succession.

La solution apparaît harmonieuse et égalitaire ; elle n'est cependant en rien effective.

Le règlement de la succession ne doit en effet pas seulement être regardé du point de vue du seul notaire français. Au Maroc, la solution française n'a aucune chance d'être reconnue. Bien qu'une Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc en date du 5 octobre 1957 prévoie que les décisions

²⁰⁵⁰ Cass. Civ 1ère, 17 nov. 1964: Bull. Civ. I, n°505; JCP 1965. II. 13978, concl. Lindon; Rec. Penant 1965, 251, note Lampué; Rec. Gén. Lois 30 avr. 1965, n°311, note G. Droz.

²⁰⁵¹ Et depuis longtemps, v. par exemple Tribunal de la Seine, 5 juillet 1939, *Fayeulle*, Revue, 1946. 273, note Batiffol : « s'agissant d'un litige sur un contrat passé à l'étranger entre ressortissants allemands, le tribunal français saisi régulièrement en raison du domicile des parties, ne peut faire application de la loi française que dans la limite où l'ordre public exige cette application ».

rendues par les tribunaux marocains ou français « ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre pays » et pourront être reconnus et exécutés dans les deux territoires, c'est à condition que la décision ne soit pas « contraire à l'ordre public du pays dans lequel elle est invoquée ou aux principes de droit public applicable dans ce pays »²⁰⁵². Or, nos principes d'ordre public d'égalité ou encore de liberté religieuse heurtent les principes essentiels marocains relatifs au privilège de masculinité et à l'interdiction pour un non-musulman d'hériter d'un musulman²⁰⁵³. L'acte français n'aura donc aucun effet au Maroc qui appliquera ses propres règles. Par conséquent, pour tous les biens meubles et immeubles situés au Maroc, le partage égalitaire français ne pourra pas s'opérer, et les biens seront distribués aux héritiers conformément à la loi marocaine. Même pour les comptes bancaires situés en France, ils pourraient, en pratique, faire l'objet d'un rapatriement au Maroc et être partagés là-bas sur une base inégalitaire. Seuls les biens immobiliers situés en France devraient pouvoir finalement échapper à la loi discriminatoire. Et encore, à condition que les autorités marocaines ne partagent pas les biens situés au Maroc au regard de ce qui a été accordé aux filles conformément à la loi française sur les biens français !²⁰⁵⁴

Le jeu de l'ordre public pourrait donc dans ces circonstances se révéler complètement inefficace et même néfaste pour les héritières : elles payeraient en France un impôt sur des biens qu'elles ne recevront peut-être jamais²⁰⁵⁵. L'exception d'ordre public doit donc nécessairement être mise en œuvre au regard des effets concrets du déclenchement, notamment à l'étranger.

754. Prenons encore l'exemple d'un anglais qui décède, alors qu'il résidait en France, en laissant un enfant lui aussi domicilié en France. Il possédait des biens meubles en France et en Angleterre, et des immeubles en Angleterre, en France et en Suisse. Il avait fait un testament aux termes duquel il désignait comme applicable à sa succession la loi de sa nationalité anglaise et faisait un legs universel à un tiers, déshéritant ainsi son fils unique, et le laissant dans une situation de précarité économique et de besoin.

Du point de vue du notaire français, le renvoi ne jouera pas en présence d'un choix de loi et la *professio juris* en faveur de la loi anglaise devrait être suivie²⁰⁵⁶. Celle-ci ne prévoit pas de

²⁰⁵² Art. 16 de la Convention

²⁰⁵³ Voir en ce sens, Y. Akkas, « La succession international impliquant un Etat tiers à l'Union européenne », JCP N 2015, 1146

²⁰⁵⁴ V. en ce sens, G. Khairallah, « Un an d'application du règlement européen sur les successions », *op. cit.*

²⁰⁵⁵ En ce sens G. Khairallah, *Ibid* : « les filles se retrouvent dans la même situation d'inégalité, mais après avoir payé en France le double des droits qu'elles auraient dû payer »

²⁰⁵⁶ Art. 34 du règlement « successions »

réserve héréditaire et le fils ne reçoit donc rien. Etant dans le besoin, il peut cependant réclamer une *family provision* au juge anglais. Nous supposons que le droit anglais la lui refuse²⁰⁵⁷. L'exception d'ordre public international français devrait donc en principe jouer puisque les conditions posées par la jurisprudence du 27 septembre 2017 paraissent remplies : l'enfant se trouve dans une situation de précarité économique et de besoin et des liens de proximité réels peuvent être trouvés avec la France (défunt et héritier domiciliés en France). La loi française devrait donc évincer la loi anglaise et octroyer au fils dans le besoin, soit une créance alimentaire, soit sa réserve (autrement dit, en valeur, la moitié de l'ensemble de la succession, en ce compris les biens situés à l'étranger).

Cette solution sera-t-elle cependant effective dans les autres Etats concernés par le règlement de la succession, à savoir l'Angleterre et la Suisse ? Il n'est pas certain que le juge anglais donne effet à la solution française sur les biens situés en Angleterre. La *professio juris* n'est par ailleurs pas admise au Royaume-Uni. Saisi du règlement de la succession, le juge anglais scinderait la succession en plusieurs masses :

- Le bien immeuble en Angleterre soumis à la loi du lieu de sa situation, à savoir la loi anglaise
- Le bien immeuble en France soumis à la loi française
- Le bien immeuble en Suisse soumis à la loi Suisse
- Les biens meubles soumis à la loi du « domicile » du défunt, à savoir la loi anglaise si l'on considère que le « domicile of origin » du défunt est toujours l'Angleterre au sens du droit anglais, sinon la loi française.

En Suisse, la décision française pourrait être reconnue, à condition toutefois que la succession n'ait pas déjà été réglée. Si c'est le cas, le règlement de la succession aura nécessairement été fait de manière différente. La *professio juris* est certes admise en Suisse, la loi anglaise s'appliquerait au bien immeuble situé en Suisse, mais elle ne serait pas jugée contraire à l'ordre public international suisse, même en présence d'héritiers dans le besoin²⁰⁵⁸. L'immeuble suisse serait donc attribué au légataire, conformément au testament. Dès lors, dans notre exemple, le fils déshérité ne serait donc assuré de récupérer sa réserve que sur les seuls biens immeubles situés en France, à savoir l'immeuble, et éventuellement sur les biens meubles.

En définitive, pour que l'exception d'ordre public international soit effective, mieux vaut

²⁰⁵⁷ Parce que les conditions de son octroi n'étaient au regard du droit anglais pas remplies (par exemple, le défunt n'était pas « domicilié » en Angleterre ou au Pays de Galle au sens du droit anglais)

²⁰⁵⁸ Cf. *supra* n°307, Tribunal Fédéral, 17 août 1976, *Hirsch c. Cohen*, ATF 102 II 136, *Journal des Tribunaux* 1976 I 595

que les biens situés en France soient d'une valeur suffisante pour que les héritiers puissent exercer leurs droits successoraux sur ceux-ci.

755. Ces inconvénients sont inévitables lorsque la succession est rattachée à plusieurs Etats n'ayant pas les mêmes règles de conflit. Si l'inégalité ou l'iniquité causée par la loi étrangère ne peut être rétablie sur l'ensemble du patrimoine mondial, peut-être peut-on en revanche en tenir compte sur le partage des seuls biens situés en France par le biais d'un prélèvement.

§2 Les renforcements

756. L'efficacité de l'exception d'ordre public peut être renforcée par un prélèvement sur les biens situés en France. Il peut s'agir, soit d'un prélèvement compensatoire (A), soit d'un droit de prélèvement égalitaire (B).

A. Le prélèvement compensatoire

757. Le prélèvement compensatoire n'est généralement pas proposé pour faire respecter l'ordre public international français mais pour assurer le fonctionnement régulier de la règle de conflit française²⁰⁵⁹.

758. Le règlement « successions » a pris le parti de l'unité successorale : une masse successorale unique est soumise à une seule loi, en principe celle de la dernière résidence habituelle du défunt. La dévolution de tous les biens successoraux sera donc régie par cette loi. Lorsque sont en cause des Etats tiers au règlement successions cependant, une seule loi successorale est rarement en cause. La loi désignée par notre règle de conflit ne pourra en effet, en pratique, pas toujours régir l'ensemble des biens, et ceci même en dehors des hypothèses de renvoi. Le règlement « successions » l'envisage d'ailleurs expressément puisqu'il prévoit en son article 12 que « lorsque la masse successorale comprend des biens situés dans un Etat tiers, la juridiction saisie pour statuer sur la succession peut, à la demande d'une des parties, *décider de ne pas statuer sur l'un ou plusieurs de ces biens si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, ne soit pas*

²⁰⁵⁹ G. Droz, M. Revillard, *Fasc. 40 : Successions - Conflits de loi, JCl. Liquidations - Partages V° Successions internationales*

déclarée exécutoire dans ledit État tiers »²⁰⁶⁰.

759. Cela pourrait être le cas lorsque la succession a des liens avec un Etat tiers dont les règles de conflit désignent comme applicable à la succession la loi nationale du défunt. On pense par exemple à l'Algérie ou au Maroc. Imaginons que le défunt, de nationalité marocaine, ait eu sa dernière résidence habituelle en France. Il décède en laissant des biens meubles et immeubles en France et au Maroc. De notre point de vue, la loi applicable à l'ensemble de la succession est la loi française. En revanche, pour le notaire marocain saisi du règlement de la succession, c'est la loi marocaine qui doit s'appliquer. Dès lors, en pratique, pour les biens situés au Maroc, ce ne sera pas la loi française qui s'appliquera mais la loi Marocaine.

760. Ce sera encore le cas lorsque la règle de conflit de l'Etat tiers connaît un morcellement successoral, comme l'Angleterre ou l'Etat de New-York. Prenons l'exemple d'un Français résidant en France laissant des biens meubles et immeubles à Paris et à New York. D'après nos règles de conflit, l'ensemble de sa succession est régie par la loi française, loi de sa résidence habituelle. Cette solution ne sera toutefois pas retenue à New York où est situé l'immeuble. Pour le juge newyorkais en effet, c'est la *lex rei sitae* qui doit s'appliquer à la dévolution de l'immeuble, à savoir la loi new-yorkaise. Dès lors, bien que notre règle de conflit désigne la loi française comme applicable à la succession immobilière, en réalité elle risque d'être régie par la loi américaine.

761. Dans les faits, la règle de conflit du for n'est donc pas toujours respectée, et c'est finalement la règle de conflit du lieu de situation de l'immeuble qui risque de s'imposer. Les conséquences ne sont pas neutres pour les héritiers. Dans le cas du marocain qui décède domicilié en France, la succession devrait en principe être soumise à la loi française. S'il laisse deux enfants, un garçon, une fille, la succession devrait donc être répartie entre eux, équitablement, conformément à la loi française. Mais le règlement de la succession se fera de manière différente au Maroc : les autorités marocaines mettront en œuvre leurs propres règles de conflit, qui désignent comme applicable la loi successorale marocaine. Pour les biens situés au Maroc, la fille recevra donc moitié moins que son frère alors même que la règle de conflit française avait désigné la loi française comme applicable à la succession.

²⁰⁶⁰ Voir notamment sur ce point : A. Devers, « Le contentieux des successions internationales », JCP N 2015, 1145 ; on retrouve la même disposition dans le règlement sur les partenariats enregistrés à l'article 13 « Limitation de la procédure ».

Les mêmes conséquences se produiront dans le cas de la succession du français domicilié en France laissant un bien immobilier à New-York. Imaginons qu'il ait fait un legs universel à un tiers, déshéritant ainsi ses enfants. La loi applicable à la succession est cependant la loi française, et les enfants, en tant qu'héritiers réservataires, devraient pouvoir exercer leur action en réduction sur l'ensemble des biens de la succession, y compris ceux situés à l'étranger. Toutefois, si la succession est réglée à New-York, aucun obstacle ne se dressera contre l'exécution du testament sur le bien immobilier, sa dévolution étant soumise, selon les autorités américaines, à la loi new-yorkaise²⁰⁶¹. Les héritiers réservataires ne pourront donc exercer leurs droits sur ce bien, alors même que c'est la loi française qui est applicable à la succession d'après nos règles de conflit.

762. En dehors du droit des successions, la même problématique peut se poser en matière de régimes matrimoniaux : il arrive souvent que des époux soient considérés communs en biens selon nos règles de conflit françaises et séparés de biens à l'étranger. L'époux ne pourra donc pas toujours faire valoir ses droits tirés de la communauté sur les biens situés à l'étranger, à moins d'une reconnaissance par l'Etat étranger d'une décision rendue en France.

763. Cette reconnaissance est loin d'être toujours acquise. Prenons notamment l'exemple des Etats qui ne connaissent pas l'institution du partenariat enregistré, ou même refusent de lui reconnaître sur leur territoire des effets patrimoniaux au nom de leur ordre public, comme le Maroc ou l'Arabie Saoudite. Si les partenaires ont des biens dans ces pays, leur partenariat risque de ne pas y être reconnu et le partage de leurs biens fait en France demeurera inefficace²⁰⁶².

764. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public international français pose ce genre de difficultés. Elle ne sera pas suivie dans l'Etat étranger qui appliquera sa propre règle de conflit sur les biens qui sont situés dans son ressort, alors même que la solution préconisée par l'Etat étranger aura pu être jugée contraire à notre ordre public international. Que peut-on y faire ? Le notaire ou le juge français ne peut pas priver un héritier des droits qu'il a valablement reçus à l'étranger. Un prélèvement compensatoire est toutefois envisagé par la doctrine sur les biens

²⁰⁶¹ « As far as the construction of a will that disposes of an interest in land, the rules of construction designated in the will would generally apply but, in the absence of such designation, the will would be construed in accordance with the rules of construction that would be applied by the courts of the situs » M. W. Galligan, "Forced Heirship in the United States of America, with particular reference to New York State, *Trusts and Trustees*, Vol. 22, n°1, February 2016, p. 112

²⁰⁶² En ce sens, v. A. Devers, « La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », JCP N 2018, 1168

situés en France, pour assurer l'effectivité de la règle de conflit française. Le même type de prélèvement pourrait être fait pour assurer l'effectivité de l'exception d'ordre public international. Que l'on veuille faire respecter la règle de conflit française ou l'ordre public international français, on pourrait admettre l'idée que l'héritier évincé à l'étranger d'une portion des biens que lui attribue la loi française puisse prélever sur les biens situés en France le complément qui lui revient. Les héritiers plus favorisés à l'étranger recevraient donc une part moindre sur les biens situés en France. Ce prélèvement compensatoire n'a toutefois jamais été validé par la jurisprudence française²⁰⁶³. Il fait par ailleurs l'objet d'un accueil très réservé en doctrine. Il suppose tout d'abord qu'il y ait suffisamment de biens en France pour permettre à l'héritier de compenser la perte subie à l'étranger, il n'est donc pas toujours réalisable. Ensuite, il risque bien souvent d'aboutir à un cercle vicieux : « tout prélèvement compensatoire opéré dans un pays risque d'entraîner à l'étranger un nouveau prélèvement à titre de rétorsion, ce qui entraîne des lenteurs et des frais tels dans la liquidation successorale que les héritiers préfèrent s'entendre à l'amiable »²⁰⁶⁴. Le procédé peut s'avérer en définitive inutile, ainsi que le démontre G. Droz : « Si l'un des héritiers exige une compensation dans le pays A, l'autre menacera aussitôt un prélèvement dans le pays B, le premier répliquera par un second prélèvement dans le pays A et finalement on en arrivera tout naturellement à soumettre les biens successoraux aux normes du territoire sur lequel ils sont situés »²⁰⁶⁵. Le prélèvement compensatoire peut même parfois s'avérer contre-productif pour l'héritier. C'est ainsi qu'au Maroc par exemple, les autorités prendraient en compte le prélèvement compensatoire que feraient les filles sur les biens en France, pour attribuer davantage à leurs frères sur les biens situés au Maroc²⁰⁶⁶. Dès lors, les filles payeraient des droits de succession en France sur une quotité de biens dont elle n'aurait en réalité obtenu que la moitié.

765. En définitive, même si l'intention du prélèvement compensatoire est louable, il rend impossible un règlement stable de la succession²⁰⁶⁷. Dès lors, de même que la règle de conflit n'est pas toujours respectée sur l'ensemble des biens successoraux, il faut admettre que l'exception d'ordre public ne puisse toujours être pleinement effective. Le mieux est parfois l'ennemi du bien : mieux vaudra parfois se contenter d'une mise en œuvre de l'exception sur

²⁰⁶³ V. cependant CA Paris, 2e ch., 28 nov. 1995; JCP G 1996, II, 22745, note L. Ruet, qui refuse au conjoint survivant le droit de prélèvement de la loi de 1819 et le prélèvement compensatoire

²⁰⁶⁴ G. Droz, M. Revillard, *JCl. Liquidations – Partages*, op. cit., n°57

²⁰⁶⁵ G. Droz, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 320 s, note sous arrêt Rougeron, Civ 1^{ère}, 1^{er} février 1972

²⁰⁶⁶ D'après, G. Khairallah, « Un an d'application du règlement européen sur les successions », *op. cit.*

²⁰⁶⁷ En ce sens, P. Lagarde, « Successions », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2015, actualisation oct. 2017, n°122

les seuls biens situés en France, à défaut de pouvoir imposer l'ordre public français au-delà de nos frontières. C'est peut-être là la voie la plus raisonnable. Elle revient à « remorceler » la succession en deux nouvelles masses indépendantes, la masse des biens situés en France, et la masse des biens situés à l'étranger, qui seront dévolus différemment. Un questionnaire sur le droit international privé des successions élaboré par la Conférence de la Haye de droit international privé en 1972 fait d'ailleurs apparaître que peu d'Etats recouraient à cette époque au prélèvement compensatoire pour assurer l'efficacité de leur règle de conflit²⁰⁶⁸ : en Allemagne, il ne serait pas pratiqué, ni en Finlande, au Danemark, en Egypte, ni en droit suisse, qui admet « qu'en pareil cas le droit suisse cède le pas et l'on admet que l'Etat étranger où les biens sont situés impose en fait à ces biens sa propre loi successorale »²⁰⁶⁹. Israël admettrait aussi, bien qu'il suive le principe de l'unité successorale en faveur de la loi du domicile du défunt, que « lorsque des biens situés à l'étranger sont dévolus conformément à la loi de la situation, à l'exclusion de toute autre loi, c'est la loi de la situation qui gouverne la dévolution de ces biens »²⁰⁷⁰.

766. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu dans une affaire « Kazan » semble prendre cette même voie²⁰⁷¹. En l'espèce, le défunt, Monsieur William Kazan, de nationalité libanaise, était décédé en 2005 à Monaco, laissant sa fille adoptive issue de son mariage avec son ex-épouse, Madame Lucienne Fatal, avec qui il s'était marié en 1962 et divorcé en 1998, et son fils, de nationalité libanaise et française, résident en France, issu de sa relation avec une autre femme, né le 11 octobre 1999. Par testament authentique en date du 12 juin 1991, le défunt avait institué légataire universel son épouse ; les juridictions libanaises avaient toutefois jugé que ledit testament se trouvait révoqué par le divorce intervenu entre les époux, ce dont la cour d'appel de Paris avait pris acte. Les autorités françaises saisies du règlement de la succession, se posa en premier lieu la question de la loi applicable à la succession. Celle-ci s'étant ouverte en 2005, soit avant l'entrée en vigueur du règlement « successions », ce sont les anciennes règles de conflit françaises qui s'appliquaient, en conséquence, la succession mobilière était régie par la loi du dernier domicile du défunt et la succession immobilière par la loi du lieu de situation de l'immeuble. La loi française trouvait donc à s'appliquer pour les immeubles sis en France. En revanche, pour les biens meubles, il s'agissait de la loi libanaise, par renvoi de la loi

²⁰⁶⁸ Document préliminaire n°1 de septembre 1969, in *Actes et documents de la douzième session de la Conférence* (1972), t. II, *Administration des successions*, cité par G. Droz, Rev. crit. DIP 1973, p. 320

²⁰⁶⁹ cité par G. Droz, Rev. crit. DIP 1973, p. 320 et s., spéc. p. 322

²⁰⁷⁰ *Ibid*

²⁰⁷¹ Cour d'appel de Paris, Chambre 1, Pôle 3, 16 décembre 2015 (précité)

monégasque. En l'absence de testament (le testament authentique ayant été révoqué par le divorce du défunt), c'est la dévolution légale prévue par la législation libanaise qui s'appliquait, et plus précisément la loi du 23 juin 1959 relative aux successions des non mahométans. Le droit successoral libanais varie en effet selon l'appartenance communautaire du défunt. En l'espèce il s'agissait de la communauté grecque orthodoxe. L'article 22 de cette loi dispose que « l'enfant naturel reconnu volontairement (...) succède à son auteur. Sa part successorale est : du quart de la part qu'il eût recueilli s'il avait été légitime, au cas où le père ou la mère laisse des descendants légitimes ». Par conséquent, les autorités libanaises qui avaient été saisies du règlement de la succession avaient partagé les biens de la manière suivante : 87,5% pour la fille adoptive et 12,5% pour le fils naturel. Le droit français étant régi par un principe d'égalité des enfants quelle que soit leur filiation, se posait, devant les juridictions françaises, la question de savoir si devait intervenir l'exception d'ordre public international, face à la loi libanaise, discriminatoire envers l'enfant naturel. La réponse apportée par la cour d'appel de Paris fut positive, elle écarta la loi libanaise: « considérant (...) qu'aucune raison impérieuse ne justifie qu'une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage soit jugée compatible avec l'ordre public international français, en ce qui concerne Nicolas, mineur de nationalité française vivant en France, et alors qu'une partie de l'actif successoral est situé en France»²⁰⁷². Une fois évincée, la loi étrangère devait être remplacée par la loi du for, à savoir la loi française. Se posait toutefois la question de savoir dans quelle étendue : la répartition égalitaire française devait-elle s'étendre à l'ensemble des biens successoraux ou sur les seuls biens situés en France ? La cour d'appel adopte une solution très pragmatique et limite l'application de la loi française aux seuls biens situés en France: « Considérant que la substitution de la loi française, applicable par exception, à la loi libanaise normalement applicable **doit être limitée au partage des actifs mobiliers de la succession situés en France où les effets discriminatoires de la loi et de la décision étrangères ne peuvent être tolérés** ; que la compétence des juridictions françaises n'emporte pas vocation de la loi française à régir l'ensemble de la succession ». La loi du for devrait en principe s'appliquer à l'ensemble de la succession ; et d'autant plus sous l'empire du règlement successions qui a pris parti en faveur de l'unité successorale ; le morcellement ne devrait pas être réintroduit par le biais de l'exception d'ordre public. Celui-ci est cependant inévitable en présence d'un Etat tiers et la cour d'appel s'y résigne : les autorités françaises n'ont pas le pouvoir d'imposer une répartition égalitaire au

²⁰⁷² Sur l'appréciation du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour d'appel et la mise en balance des principes européens de non-discrimination avec la loi libanaise, *cf. supra* (ndp n°1787, p. 446)

Liban.

Les juges parisiens semblent ainsi lier ordre public de proximité et effets de l'ordre public : l'ordre public ayant joué en raison de la proximité de la situation avec la France (présence de biens en France notamment), il n'aura d'effet que sur les seuls biens situés en France. Les effets du déclenchement apparaissent ainsi liés aux conditions du déclenchement. Ce raisonnement est toutefois selon nous trompeur : que l'ordre public soit plein ou de proximité, il devrait avoir les mêmes effets : l'éviction de la loi étrangère. Reste cependant à savoir dans quelle mesure celle-ci pourra être réellement évincée. Même si le juge met en œuvre un ordre public plein face à la loi étrangère discriminante²⁰⁷³, il peut tout à fait limiter les effets concrets de sa décision²⁰⁷⁴ : la loi française n'ayant en pratique aucune chance de s'appliquer dans l'Etat étranger, elle ne s'appliquera que sur les seuls biens situés en France. Cette attitude est non seulement pragmatique et réaliste, mais aussi respectueuse du droit étranger. Elle n'a en tout cas rien à voir avec l'ordre public de proximité.

767. Malgré les réticences de la doctrine à propos du prélèvement compensatoire, certains auteurs ont aussi envisagé la possibilité de rétablir un droit de prélèvement « égalitaire » : il remplacerait la nécessité même de recourir à l'exception d'ordre public, notamment en présence d'une loi étrangère discriminante.

B. Le droit de prélèvement « égalitaire »

768. Le droit de prélèvement a pu être présenté comme une bonne alternative à l'ordre public international²⁰⁷⁵. Il s'agit en effet d'un mécanisme plus prévisible et certains ont pu regretter sa suppression pure et simple, d'autant que ce n'était pas forcément le mécanisme en lui-même qui était critiqué mais ses conditions d'application dans la mesure où il était réservé aux héritiers français. Un mécanisme similaire ouvert à tous les héritiers, peu importe leur nationalité, aurait donc pu être envisagé.

²⁰⁷³ En ce sens, v. *supra* n°538

²⁰⁷⁴ Le règlement « successions » l'autorise expressément en son article 12 (« lorsque la masse successorale comprend des biens situés dans un Etat tiers, la juridiction saisie pour statuer sur la succession peut, à la demande d'une des parties, décider de ne pas statuer sur l'un ou plusieurs de ces biens si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, ne soit pas déclarée exécutoire dans ledit Etat tiers » (Voir notamment sur ce point : A. Devers, « Le contentieux des successions internationales », JCP N 2015, 1145 ; on retrouve la même disposition dans le règlement sur les partenariats enregistrés à l'article 13 « Limitation de la procédure »). Cette possibilité n'est toutefois ouverte qu'au juge et pas au notaire.

²⁰⁷⁵ D. Boulanger, *Droit de la famille*, 2011, comm. 173

769. Au-delà de la protection des héritiers réservataires, il pourrait aussi être envisagé pour rétablir une inégalité successorale créée par une loi étrangère discriminante. Les héritiers discriminés effectueraient ainsi un prélèvement compensatoire sur les biens situés en France dans une proportion tenant compte de la part dont ils auraient été exclus à l'étranger²⁰⁷⁶. Les recours à l'exception d'ordre public seraient ainsi moins fréquents, cet instrument devant en effet rester un mécanisme d'exception ne jouant que de manière exceptionnelle²⁰⁷⁷. Un auteur avait ainsi souhaité que la décision du Conseil Constitutionnel permette d'ouvrir un large débat sur les conséquences du principe d'égalité en matière successorale²⁰⁷⁸.

770. Une proposition de loi a été faite en ce sens, dans le but de consacrer un nouveau droit de prélèvement au profit des héritiers français et étrangers²⁰⁷⁹. Elle n'a toutefois pas abouti et le gouvernement de l'époque s'est montré peu favorable à sa réintroduction, même dans une forme égalitaire²⁰⁸⁰. La garde des Sceaux a ainsi déclaré qu'il serait « délicat de considérer que la dérogation qui pourrait être ouverte par le droit français par le rétablissement d'un droit de prélèvement entrerait nécessairement dans le champ de l'exception d'ordre public visé à l'article 35 du règlement qui prévoit qu'une disposition de la loi normalement applicable à la succession peut être écartée "si son application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for" »²⁰⁸¹. Par quel biais pourrait-on en effet réintroduire le droit de prélèvement sous l'empire du règlement européen qui a unifié nos règles de conflit en matière successorale ?

771. Il a été affirmé que le droit de prélèvement aurait été automatiquement abrogé par l'entrée en application du règlement²⁰⁸². Il constituait en effet une entrave à la libre circulation des personnes et des biens et opérait une discriminatoire fondée sur la nationalité, et n'aurait pour ces motifs pas survécu au règlement et au contrôle de la Cour de justice. On peut néanmoins s'interroger sur la compatibilité du mécanisme en lui-même, une fois débarrassé de

²⁰⁷⁶ En ce sens, M. Attal, « Les conséquences en droit international privé de l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement », JCP N 2011, 1139

²⁰⁷⁷ Le point 58 du préambule du règlement « successions » souligne en effet le caractère exceptionnel de l'intervention de l'exception d'ordre public. « Il ne s'agit que d'une soupape de sécurité et non d'une possibilité de remettre en cause de manière systématique les solutions conflictuelles de principe » (N. Nord, *Dr. et Patrimoine* 2013, 226, précité). Or, face aux systèmes de droit musulman, l'exception d'ordre public risque de jouer assez souvent (*cf. supra, spéc. n°484*)

²⁰⁷⁸ M. Attal, « Les conséquences en droit international privé de l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement », JCP N 2011, 1139

²⁰⁷⁹ Prop. de loi, AN, n° 645, 23 janv. 2013.

²⁰⁸⁰ Rép. min. Justice, n° 72364, JOAN, Questions et réponses, 23 juin 2015, p. 4765 ; v. aussi JCP N 2015, act. 757, « Réintroduire en droit interne un droit de prélèvement ouvert à tous les héritiers ? »

²⁰⁸¹ *Ibid*

²⁰⁸² H. Péroz, « Vers une simplification du règlement des successions internationales pour la pratique notariale », JCP N 2009, act. 679

sa nature inégalitaire, avec le règlement. Une telle règle pourrait-elle exister à côté des règles de conflit règlementaires ?

772. Bien que la réponse ministérielle du garde des sceaux envisage une réintroduction via l'exception d'ordre public, cette possibilité doit selon nous être écartée. Le droit de prélèvement doit en effet être distingué de l'exception d'ordre public qui est un instrument de nature différente²⁰⁸³. Un auteur a justement remarqué qu'ils étaient deux mécanismes opposés aux effets divergents. Alors que l'exception d'ordre public évince la disposition de la loi étrangère jugée choquante et lui substitue la *lex fori*²⁰⁸⁴, le droit de prélèvement n'évince pas la loi étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale, il vient se combiner avec la loi substantielle étrangère et en modifie les effets²⁰⁸⁵. Le droit de prélèvement ne peut pas non plus être rangé dans la catégorie des règles d'application immédiate et ne pourrait être réintroduit via le mécanisme des lois de police²⁰⁸⁶. En effet, à la différence du droit de prélèvement qui ne s'applique que dans un contexte international, les lois de police s'appliquent tant dans un contexte interne qu'international. Le droit de prélèvement n'est par ailleurs mis en œuvre qu'après analyse et application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit (il implique la désignation de la loi successorale par la règle de conflit, puis une comparaison entre les portions allouées par la loi étrangère et celles allouées par la loi française), alors que la loi de police est en principe indifférente à la teneur de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, puisqu'elle s'appliquera indépendamment de son contenu²⁰⁸⁷.

²⁰⁸³ « Aussi faut-il distinguer l'institution du droit de prélèvement de l'exception d'ordre public car, pour l'essentiel, leurs effets divergent. La classification proposée ne peut donc satisfaire, et le prélèvement de la loi de 1819 ne peut être compris dans la catégorie ordre public » (S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, thèse, Paris I, Dalloz, 2004, n° 186-191)

²⁰⁸⁴ Cf. *infra*, n°780 ss.

²⁰⁸⁵ « Le prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ne s'apparente pas à l'exception d'ordre public au sens du droit international privé. En effet, dans l'hypothèse où la loi étrangère désignée contrarie les principes de l'ordre juridique du for, elle est écartée au profit de la *lex fori*, appliquée à titre de substitution. La loi étrangère, bien que désignée par la règle de conflit n'est donc pas appliquée dans l'ordre juridique du juge saisi. Or le mécanisme du droit de prélèvement se révèle différent. La loi successorale étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale n'est pas évincée. Seulement, un droit alloué par la loi française aux seuls ressortissants français vient se combiner avec la loi substantielle étrangère et en modifier les effets. (...) » S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, thèse, Paris I, Dalloz, 2004, n° 186-191

²⁰⁸⁶ Article 30 du règlement : « Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession. »

²⁰⁸⁷ S. Billarant, *op. cit.*, p. 205 : « Les règles d'application immédiate ne sont rien d'autre que des règles de droit interne dont le champ d'application dans l'espace est déterminé unilatéralement, alors que les règles substantielles de droit international privé d'origine nationale n'ont pas leur équivalent en droit interne. (...) Les deux types de procédés diffèrent : la règle d'application immédiate résulte d'un refus d'internationalisation, alors qu'à l'inverse, la règle matérielle de droit international privé est élaborée en contemplation de la spécificité des rapports privés internationaux ».

773. Ni une loi de police, ni un mécanisme similaire à l'exception d'ordre public, la question de la nature du droit de prélèvement fait débat en doctrine²⁰⁸⁸. Il ne semble pas non plus qu'il puisse s'agir d'une simple règle de dévolution successorale soumise à la loi successorale. Si tel était le cas, le droit de prélèvement ne s'appliquerait que si la loi française était désignée par la règle de conflit. Or, celui-ci n'a un intérêt que si c'est une loi étrangère qui est applicable à la succession. Il ne se substitue en effet pas à la loi applicable, mais s'ajoute, se combine avec celle-ci, afin d'en modifier les effets²⁰⁸⁹. Dans son arrêt du 27 septembre 2017, la Cour de cassation semble d'ailleurs voir dans la règle une exception à la règle de conflit de lois, donnant un droit particulier aux héritiers²⁰⁹⁰.

774. Si le droit de prélèvement n'est pas soumis à la règle de conflit, il devrait donc pouvoir s'appliquer indépendamment des règles édictées par le règlement européen. Monsieur Billarant y voit une « règle matérielle de droit international privé »²⁰⁹¹ permettant à l'héritier spolié en vertu du droit étranger de prélever sur les biens successoraux situés en France la part dont la loi étrangère l'a privé. Cette règle substantielle n'a vocation à jouer que dans un contexte international, l'extranéité de la situation étant une condition d'application de la règle. Par conséquent, si cette règle n'est ni une règle de conflit ni une règle interne de dévolution successorale, il n'est pas certain qu'elle soit remplacée par le règlement successions, ni dépendante de celui-ci. Toutefois, dans la mesure où elle viendrait bouleverser les effets de la règle de conflit, en s'immisçant au sein du rapport juridique, alors que la règle de conflit a désigné la loi étrangère, elle pourrait être condamnée par la Cour de justice, le règlement n'ayant pas réservé une telle possibilité. Elle pourrait aussi être jugée incompatible avec le règlement et son objectif d'harmonisation européenne, et par conséquent, devrait s'effacer par le jeu de la hiérarchie des normes.

²⁰⁸⁸ La question s'est notamment posée à la suite de son abrogation par le Conseil constitutionnel. La qualification du droit de prélèvement devait déterminer l'application dans le temps de la décision. Pour E. Fongaro, il s'agissait d'une règle de partage, et dès lors, le partage intervenant après la décision de supprimer le droit de prélèvement, les héritiers ne devraient plus pouvoir l'invoquer à compter de la décision de la Cour de cassation, y compris dans les successions non encore liquidées (E. Fongaro, *op. cit.*, JCP N 2011. 1236). D'après S. Godechot-Patris en revanche, il s'agissait d'une règle de dévolution successorale, soumise à la loi applicable à la succession. Le partage ayant un effet rétroactif concrétisant la dévolution successorale, déterminée au jour du décès par la loi applicable à la décision, la décision du Conseil constitutionnel ne pouvait être rétroactive et s'appliquer aux successions en cours non encore liquidées (S. Godechot-Patris, *op. cit.*, JDI 2012. 145).

²⁰⁸⁹ S. Billarant, *op. cit.*

²⁰⁹⁰ J. Guillaumé, « La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international », D. 2017. 2185 : Ce droit n'ayant pas été acquis avant la décision d'abrogation du Conseil constitutionnel, les héritiers ne pouvaient en bénéficier.

²⁰⁹¹ S. Billarant, *précité*

775. Dans la mesure où le règlement ne l'interdit pas expressément²⁰⁹², l'hypothèse ne peut cependant être totalement écartée. La règle pourrait être justifiée par une politique interne de protection des héritiers réservataires ou même de tout héritier lésé par l'application d'une loi étrangère discriminante. Vu sous ce dernier angle, un tel droit de prélèvement serait conforme aux principes fondamentaux de l'Union européenne, et même, contribuerait à la mise en oeuvre effective de ses principes, dans la mesure où il pourrait servir à compenser des inégalités tenant au sexe, à la religion, à la filiation, etc. Il apparaît même beaucoup plus prévisible que le mécanisme de l'exception d'ordre public. L'instrument ne séduit toutefois pas la pratique notariale qui demandait depuis longtemps son abrogation, en raison de son caractère discriminatoire mais aussi de sa complexité. Il expose par ailleurs aux mêmes risques de rétorsion et contre-prélèvement que le prélèvement compensatoire, et ne serait donc en définitive pas favorable à la planification successorale.

776. ***Propos conclusifs.*** - En définitive, il nous faut acter que l'application de la loi du for en lieu et place de la disposition étrangère contraire à l'ordre public n'est pas toujours effective en pratique. L'efficacité de l'exception d'ordre public dépendra des circonstances de l'espèce. On se limitera parfois, selon l'Etat tiers en cause, à faire jouer l'exception d'ordre public sur les seuls biens situés en France, afin d'éviter de complexifier le règlement de la succession.

Si l'application de la loi du for se révèle parfois inefficace, elle est parfois aussi inopportune.

Section 2. L'opportunité de l'application de la loi du for

777. La question de savoir par quoi remplacer la loi étrangère évincée ne se pose que dans le cadre de l'instance directe (1). Dans l'instance indirecte, si le jugement dont il est demandé reconnaissance est contraire à l'ordre public international, il est tout simplement écarté. Nul besoin de lui substituer une quelconque loi, l'exequatur lui sera purement et simplement refusée. Le refus d'exequatur peut cependant parfois paraître trop radical, si bien que l'on peut

²⁰⁹² En ce sens, M. Attal, *précité* ; et décision du TGI de Paris du 10 juillet 2013, dans laquelle les juges du fond estiment que la réserve héréditaire n'accède pas au rang des principes devant être protégés par l'ordre public international, et constatent que "le législateur n'a pas jugé utile, jusqu'à présent, de prendre une disposition permettant à tout héritier, français ou non, lésé par l'application d'une loi successorale étrangère, d'opérer un prélèvement sur les biens successoraux situés en France, étant observé que le règlement UE n°650/2012 ne l'interdit pas".

s'interroger sur la possibilité d'une certaine « modulation » du jugement étranger afin de le rendre « présentable » aux yeux de l'ordre public (2).

§1 L'instance directe

778. Aucun texte en droit positif français ne prescrit l'application de la loi du for en lieu et place de la loi étrangère contraire à l'ordre public. Les règlements européens sont eux aussi silencieux à cet égard et retiennent tous la même formule « L'application d'une disposition de la loi d'un Etat désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for »²⁰⁹³, sans préciser par quoi remplacer la loi étrangère écartée. Seules quelques conventions donnent l'exemple de clauses spéciales d'ordre public préconisant l'application de la loi du for. Il s'agit de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et du Protocole du 23 novembre 2007 qui disposent que la loi du for s'appliquera lorsque la loi normalement désignée par la règle de conflit ne permettra pas d'obtenir d'aliments²⁰⁹⁴. En dehors de ces deux cas où l'objectif des rédacteurs est clairement affiché – favoriser l'octroi d'aliments au créancier – il semble que législateur français et européen souhaite laisser une certaine marge de manœuvre à la jurisprudence.

779. Rien n'impose donc l'application de la loi du for. C'est elle qui s'est imposée, de manière presque évidente aujourd'hui, à la doctrine et à la jurisprudence. Elle se révèle cependant parfois inapte à répondre au problème de droit posé (A). D'autres pistes doivent donc être envisagées (B).

A. Les limites de la loi du for

780. L'application de la loi du for paraît naturelle lorsque l'éviction de la loi étrangère laisse place à un vide juridique. Chaque Etat souverain permet en effet aux lois étrangères de s'appliquer sur son territoire, mais ce n'est que par exception, et si la loi étrangère est écartée, il faut donc en revenir à la règle générale, à savoir l'application de la *lex fori*. La loi du for aurait une compétence illimitée pour régir toutes questions de droit, autrement dit une

²⁰⁹³ Art. 35 du règlement « successions », article 31 du règlement « partenariat »

²⁰⁹⁴ Article 6 de la Convention de 1973 et article 4.3 du Protocole

« vocation subsidiaire à régir tout rapport de droit privé présentant une attache avec le territoire »²⁰⁹⁵. Pour Martin, l'application de la loi du for ne se discute pas car elle résulte de la fonction même qui est assignée à l'ordre public : « assurer sur la base des règles du for un règlement cohérent de la question posée, en écartant pour cela les dispositions étrangères qui porteraient atteinte à cette cohésion »²⁰⁹⁶. Néanmoins, l'application systématique de la loi du for donne l'impression que celle-ci est impérative, alors que rien ne justifie vraiment qu'elle s'applique plutôt qu'une autre, ce n'est en effet pas une loi de police. Il a aussi été avancé que la condition de proximité avec le for pour faire jouer l'ordre public justifiait l'application de la loi du for comme droit de substitution²⁰⁹⁷. Force est cependant de constater que lorsque c'est l'ordre public plein qui est mis en œuvre, on appliquera tout autant la loi du for à la place de la loi étrangère évincée. La *lex fori* pourra donc être amenée à résoudre un litige ne présentant que des liens très tenus avec le for.

781. En Allemagne, l'application de la loi du for ne s'impose pas avec autant d'évidence qu'en France. Elle est retenue dans une bien moins large mesure. Pour la doctrine allemande, la *lex fori* a en effet bien souvent un effet perturbateur trop important : « la *lex fori* ne serait pas faite pour régir une situation que la règle de conflit entendait soumettre à une loi étrangère, dès lors que le centre de gravité de la situation juridique se situait à l'étranger. En appliquant sans distinction la loi du for en cas d'intervention de la réserve (*exception d'ordre public*), on risquerait d'appliquer un droit qui n'a pas de liens avec la cause et qui n'est dès lors pas adapté à régir la relation internationale concernée »²⁰⁹⁸.

782. Sortie de son contexte par ailleurs, la loi du for peut offrir une réponse complètement inadaptée à la cause. Les arrêts *Jarre* et *Colombier* du 27 septembre 2017 rendus à propos de la réserve héréditaire l'illustrent fort bien²⁰⁹⁹. Cet exemple d'inadéquation de la loi du for invite donc à s'interroger, de manière plus générale, sur les autres alternatives possibles.

²⁰⁹⁵ B. Audit, *Droit international privé*, op. cit., n°308, p. 273

²⁰⁹⁶ E. Martin, *Principes de droit international privé*, I, op. cit., §94, p. 252 (cité par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse précitée, p. 202)

²⁰⁹⁷ P. Lagarde, *Ibid*

²⁰⁹⁸ Cité par S. Othenin-Girard, op. cit. n°395, p. 259

²⁰⁹⁹ La Haute juridiction admet en effet qu'une loi successorale étrangère ignorant la réserve et laissant des enfants en situation de précarité économique et de besoin puisse être écartée sur le fondement de l'exception d'ordre public international. Dans une telle situation, c'est donc la loi française qui devrait suppléer la loi étrangère. Or, la loi successorale française n'octroie aucune créance alimentaire à l'enfant dans le besoin, mais une réserve. Toutefois, il est bien précisé par la Cour de cassation que si la loi étrangère est évincée ce n'est pas parce qu'elle ne connaît pas la réserve, mais parce qu'elle n'octroie pas les subsides nécessaires à l'enfant dans le besoin. La réponse apportée par le droit français apparaît donc inadaptée. La proximité de la situation avec la France ne lui donnera pas plus de cohérence : que la succession ait des

B. Les alternatives

783. Il a été vu qu'à la suite des arrêts du 27 septembre 2017, certains auteurs ont proposé d'octroyer, non pas la réserve à l'enfant dans le besoin, mais une créance alimentaire, qui n'existe pourtant pas en droit successoral français²¹⁰⁰. Nous souhaiterions donc étudier dans quelle mesure le juge ayant écarté la loi étrangère pourrait être créateur de normes, autrement dit d'une règle matérielle « ad hoc » (1). Ce pouvoir donné au juge, contraire à la tradition juridique française, risque toutefois de ne pas séduire. D'autres pistes de réflexion peuvent aussi être envisagées à travers la recherche d'un rattachement subsidiaire (2) et l'équité (3).

1) La création d'une règle matérielle ad hoc

784. Cette règle matérielle n'existe ni en droit interne, ni dans le droit étranger. Il s'agirait donc soit d'adapter la loi étrangère de façon à la rendre acceptable au regard de l'ordre public du for (a), soit d'adapter la loi française à la cause (b).

a) *L'adaptation de la loi étrangère à l'ordre public international français*

785. Cette idée vient de la doctrine allemande qui a proposé de modifier, ou encore de « gommer » la partie du droit étranger qui serait contraire à l'ordre public du for. Il s'agirait en quelque sorte de « lisser » le droit étranger de façon à faire disparaître ses exagérations, autrement dit de « refaçonner » la loi étrangère. Cette solution apparaît particulièrement adaptée en matière de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ; lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit octroierait des dommages-intérêts particulièrement excessifs, elle ne serait pas purement et simplement évincée mais modulée, atténuée, afin de réduire le montant de l'indemnité. La doctrine française y semble favorable²¹⁰¹.

liens ou non avec la France, la réserve héréditaire française n'a pas vocation à répondre aux stricts besoins alimentaires des héritiers. (*sur cette question, cf. supra, p. 244 ss.*).

²¹⁰⁰ Cf. *supra*, n°382

²¹⁰¹ En ce sens, P. Rémy-Corlay, « Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité », *RTD Civ.* 2011 p.317 : « son effet sera uniquement d'évincer ou de réduire le montant de ces dommages-intérêts, non d'évincer la loi étrangère applicable ». Le Considérant n°32 du Règlement Rome II prévoit en effet que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'Etat membre de la juridiction saisie »

786. La jurisprudence allemande s'est engagée dans cette voie depuis longtemps. Dans une affaire portée devant la Cour fédérale de justice allemande, un litige était né sur le montant de la rémunération d'un mandataire. La loi applicable au mandat était la loi new-yorkaise qui fixait le montant des honoraires du mandataire à 35% du montant gagné par la partie qu'il avait défendue. La Cour suprême allemande estima que cette règle était contraire à l'ordre public international allemand et fixa le montant des honoraires à 20%, alors que ce montant n'était prévu ni par la loi américaine ni par la loi allemande²¹⁰². La loi étrangère est ainsi adaptée aux exigences allemandes, sans que le fondement de la solution ne puisse être trouvé dans une quelconque loi.

787. **Mise en œuvre.** - Cet exemple pourrait permettre de régler la problématique posée par les droits successoraux qui accordent une part plus importante à l'époux plutôt qu'à l'épouse²¹⁰³. Prenons le cas de l'épouse d'un défunt marocain qui ne se voit octroyer qu'un huitième de la succession sur le fondement de la loi marocaine, alors que son mari en aurait obtenu le quart si elle était décédée avant lui. Si l'on fait jouer l'exception d'ordre public, la loi du for s'applique en principe en lieu et place de la loi marocaine, à savoir l'article 757 du code civil qui permet à l'épouse de choisir entre le quart de la succession ou l'usufruit de la totalité²¹⁰⁴. Elle aurait donc finalement un choix que n'aurait pas son mari dans la même situation, puisque l'exception d'ordre public ne jouerait jamais à son égard, et on aboutirait à une autre discrimination, cette fois inversée, instituée par notre propre droit. La réponse de la loi française ne s'avère donc pas non plus adaptée, d'autant plus que ce qui pose problème en l'espèce n'est pas tant le montant des droits successoraux en tant que tel mais l'inégalité entre les droits de l'époux et de l'épouse. Pour mettre la loi marocaine en conformité avec l'ordre public, il faudrait, par conséquent, tout simplement appliquer la même règle à l'époux et à l'épouse, c'est-à-dire octroyer un quart de la succession à la femme. Cette solution ne correspond ni à la loi marocaine, ni à la loi française, mais répond aux exigences minimales de l'ordre public international.

788. Dans d'autres situations, la réponse pourrait aussi être trouvée au sein même du droit étranger, mais qui en l'espèce, ne s'appliquerait pas à la cause. La proposition vient là encore de la doctrine allemande. Elle repose sur l'argument que « l'ordre public tend à éliminer une

²¹⁰² *Bundesgerichtshof*, 18 octobre 1965, Cité par S. Othenin-Girard, op. cit., n°398

²¹⁰³ Sur ce point, cf. *supra*, n°54 ss.

²¹⁰⁴ Si l'on est en présence d'enfants communs (Art. 757 du code civil)

disposition du droit étranger, et non le droit étranger considéré dans son ensemble. Substituer la *lex fori* à la disposition étrangère serait adopter ce second point de vue, faire violence à la règle de conflit du for qui avait désigné la loi étrangère, et dépasser les exigences de l'ordre public qui se limitent à écarter une disposition étrangère »²¹⁰⁵.

789. Cette idée a été mise en œuvre dans un arrêt ancien du Tribunal suprême allemand (*Reichsgericht*)²¹⁰⁶. Il s'agissait en l'espèce de la contrariété à l'ordre public international allemand d'une disposition du droit suisse, qui appliquait une règle d'imprescriptibilité à certaines créances, ce que n'admettait pas l'ordre public allemand. La Cour suprême allemande n'a pas substitué à la règle suisse la prescription trentenaire de droit allemand mais a invité les juges d'appel à examiner les autres dispositions du droit suisse pour voir s'il ne prévoyait pas une règle de prescription générale. Le droit suisse prévoyant une prescription générale de 10 ans, durée acceptable au regard de l'ordre public allemand, cette règle fut appliquée à la cause, autrement dit, la règle spéciale contraire à l'ordre public fut écartée au profit de la règle générale prévue par le même droit étranger²¹⁰⁷. L'ensemble du litige fut ainsi soumis au même droit, celui de la *lex causae*.

790. Une solution du même type existe en droit international privé portugais, qui prévoit notamment, à l'article 22 alinéa 2 du code civil, que seront applicables « les règles les plus appropriées de la législation étrangère compétente, ou subsidiairement, les règles de droit interne portugais »²¹⁰⁸. La loi portugaise du for ne s'appliquerait donc que de manière subsidiaire, si aucune disposition supplétive ne peut être trouvée dans le droit étranger.

791. Les auteurs n'ont pas manqué de relever qu'une telle solution dénaturait le droit étranger : elle n'est en effet prévue par aucun droit, ni le droit étranger, ni le droit du for. Il en résulte certes une incohérence, encore plus forte peut être que si on appliquait la loi du for. Ainsi que l'a remarqué le Doyen Batiffol, « il est plus simple et à la limite plus honnête, de combler la lacune résultant de l'éviction de la disposition étrangère par la disposition

²¹⁰⁵ Argument de la doctrine allemande rapporté par P. Lagarde, thèse précitée, p. 207

²¹⁰⁶ RG, 19 décembre 1922, RCDIP 1926, p. 278 (cité par S. Othenin Girard, op. cit., p. 259)

²¹⁰⁷ « Après que le juge d'appel eut déclaré applicable en vertu de l'article 30, le texte de la loi suisse applicable en soi, il devait se poser la question de savoir si du même coup, la compétence du droit suisse en général était exclue ou si au contraire la lacune résultant de la non-application de l'article 149 de la loi fédérale ne devait pas être comblée par le droit suisse lui-même. Ce n'est qu'après avoir constaté l'impossibilité d'appliquer le droit suisse que le juge d'appel pouvait recourir au droit allemand. Même dans ce cas, il avait l'obligation de rechercher dans le droit allemand la disposition qui correspondait le mieux à la pensée du législateur étranger » (cité par P. Lagarde, thèse précitée, p. 204)

²¹⁰⁸ Art. 22 al 2 codigo civil portugues : « *sao aplicaveis, neste caso, as normas mais apropriadas da legislacao estrangeira competente ou, subsidiariamente, as regras do direito interno portugues* »

correspondante de la loi du for plutôt que par une disposition de la loi évincée, qui par hypothèse ne sera pas celle que le droit étranger voulait appliquer à l'espèce »²¹⁰⁹. Dans certaines hypothèses néanmoins, l'application de la loi du for paraît tout aussi incohérente, comme c'est le cas dans la jurisprudence du 27 septembre 2017²¹¹⁰.

792. En droit successoral, cette solution pourrait dès lors trouver sa place. Si appliquer les dispositions françaises sur la réserve héréditaire en lieu et place de la loi étrangère qui permet de déshériter ses enfants²¹¹¹ pourrait paraître excessif, on pourrait en revanche rechercher une solution subsidiaire dans ce même droit étranger. Par exemple, si les *family provisions* accordées aux enfants par le droit anglais peuvent paraître insuffisantes²¹¹², ce n'est pas le cas de celles accordées au conjoint survivant. En effet, celles-ci sont toujours calculées de manière objective, indépendamment des besoins réels²¹¹³. On pourrait donc imaginer que le juge français octroie à l'enfant une *family provision* plus importante, équivalente à celle du conjoint, sur le fondement du droit anglais.

793. L'idée de trouver une solution dans la *lex causae* en appliquant une autre règle que celle qui a été écartée, et à défaut la loi du for, a été défendue par la doctrine étrangère²¹¹⁴. Il a ainsi été dit que si la *lex causae* n'offre pas de droit supplétif convenable, il faudrait appliquer la *lex fori* en dernier recours « ou bien parce qu'elle correspond (mieux que la loi étrangère écartée) à l'esprit de la règle de rattachement, ou bien tout simplement à titre subsidiaire faute de mieux »²¹¹⁵. Cette conception serait selon certains en harmonie avec l'idée de relativité de l'ordre public ; l'exception d'ordre public pourrait intervenir comme une adaptation de la loi étrangère²¹¹⁶.

²¹⁰⁹ H. Batiffol, P. Lagarde, Droit international privé, t. I, n°367, op. cit. n°367

²¹¹⁰ Cf. *supra*, note de bas de page n° 2099

²¹¹¹ Dans cette hypothèse, il faudrait néanmoins considérer qu'une loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire est *in abstracto* contraire à l'ordre public international et le vérifier *in concreto* (cf. *supra*, spéc. n°92) – ce que ne dit pas la Cour de cassation.

²¹¹² Cf. *supra*, n°408

²¹¹³ *Ibid*

²¹¹⁴ V. aussi une décision ancienne du Tribunal mixte de Tanger du 8 novembre 1926, Rec. Penant, 1928, II, 21 (cité par P. Lagarde, Thèse précitée, 1957, p.203) dans laquelle les juges avaient trouvé une disposition subsidiaire dans l'ancienne législation du droit étranger applicable qui n'était alors plus en vigueur. Était en cause en l'espèce la liquidation de la succession d'un ressortissant russe. La loi applicable à sa succession était alors la législation soviétique qui ignorait le principe même de la succession privée et empêchait la dévolution des biens aux héritiers. Jugée contraire à l'ordre public, elle fut remplacée par l'ancienne législation tsariste, favorable au droit à la propriété privée.

²¹¹⁵ P. Lalive, « Tendances et méthodes en Droit international privé », *Cours général, RCADI*, 1977, II, 155 p. 247

²¹¹⁶ En ce sens, S. Othenin-Girard, *op. cit.*, n°419 p. 269

S'il est possible de transformer le droit étranger, l'inverse peut aussi être envisagé : transformer le droit du for afin de l'adapter à la cause.

b) *L'adaptation de la loi du for à la cause*

794. Cette solution correspond à la proposition de certains auteurs d'accorder à l'enfant privé de réserve une créance alimentaire. Cette créance alimentaire existe en droit français, mais seulement du vivant des parents, et non plus à leur décès²¹¹⁷. Après la mort, c'est une réserve héréditaire qui est accordée. On adapterait donc la loi française à la problématique posée : comment remédier à la situation de besoin de l'enfant, situation contraire à l'ordre public international français ? Il s'agirait ainsi d'une règle matérielle nouvelle qui se situerait dans les « limites du tolérable » au regard des principes de l'ordre public du for.

795. Toutefois, si cette norme est inspirée du droit français, pourquoi devrait-on forcément limiter le montant de la créance aux stricts besoins de l'enfant ? Cela ne correspond en rien à l'esprit du droit successoral français. Pourquoi ne pas envisager plutôt une créance égale à la moitié de la réserve par exemple ? S'il s'agit de créer de toutes pièces une nouvelle règle matérielle, pourquoi tel montant plutôt qu'un autre ? Attribuer le montant correspondant à la moitié de la réserve pourrait se justifier comme étant un juste compromis entre la loi du for et la loi étrangère, un « juste milieu », mais encore faudrait-il qu'il soit accordé à tous, afin de respecter le principe d'égalité entre les enfants.

796. La création par le juge d'une norme « de substitution » reste en tous cas très délicate. Certaines situations nécessitent tout d'abord une réponse très précise et ainsi que le fait remarquer le Professeur Bucher, « lorsque la solution à substituer à la *lex causae* évincée suppose un cadre normatif relativement élaboré (...) seule la loi interne du for peut fournir des réponses appropriées et suffisamment précises »²¹¹⁸. Autrement, la décision serait arbitraire. Ensuite et surtout, elle accorde un pouvoir au juge que notre tradition juridique ne permet pas habituellement²¹¹⁹. Enfin, elle est facteur d'insécurité juridique. Pour toutes ces raisons, la doctrine française lui a préféré la loi du for, à l'image de Paul Lagarde : « L'intervention de

²¹¹⁷ On pourrait aussi envisager d'étendre la créance alimentaire du conjoint survivant (prévue à l'article 767 du code civil) aux enfants

²¹¹⁸ A. Bucher, *Droit international privé*, Tome I, Basel 1995, n°437,

²¹¹⁹ Art. 5 du code civil : *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*

l'ordre public est une chose très grave par son imprévisibilité qui est souvent la règle ; si à cela s'ajoute l'imprécision de la loi substituée, les inconvénients apparaissent plus grands que ceux qui résulteraient d'une application systématique de la *lex fori* »²¹²⁰.

797. Il est vrai que, dans cette première alternative, il s'agirait en quelque sorte pour le juge de faire acte de législateur, soit en façonnant une règle matérielle autonome, soit en adaptant la loi étrangère aux contraintes de l'ordre public du *for*²¹²¹. D'autres solutions sont donc proposées.

2) La recherche d'un rattachement subsidiaire

798. Le pouvoir créateur du juge ne porterait plus ici sur la règle matérielle mais sur la règle de conflit elle-même. Si la loi désignée par la règle de conflit ne convient pas, il faudrait mettre en œuvre une autre règle de conflit. Par exemple, si la loi nationale du *de cuius* désignée aux termes de son testament, conformément à l'article 22 du règlement, s'avère contraire à l'ordre public international, le juge pourrait en revenir à la règle de conflit générale de l'article 21, à savoir celle qui désigne la loi de la résidence habituelle du *de cuius*. Le principe de proximité resterait alors respecté puisque ce serait toujours une loi présentant un lien étroit avec la succession qui régirait le litige.

799. En revanche, si c'est la loi de la dernière résidence habituelle du *de cuius* qui s'avérerait contraire à l'ordre public, on accepterait plus difficilement une substitution par sa loi nationale. Elle n'a tout d'abord pas été choisie par le défunt et ensuite, ne présente pas forcément de liens avec sa succession. Enfin, on se demanderait que faire en cas de double-nationalité, devrait-on appliquer la loi de la nationalité la plus effective ou la loi de la nationalité du *for* ?

800. On pourrait aussi envisager de mettre en œuvre la clause d'exception de l'article 21.2, autrement dit rechercher la loi présentant les liens les plus étroits avec les circonstances de la cause. Cette démarche ne répondrait cependant à aucune logique juridique : si la clause d'exception n'est pas intervenue au stade de la désignation de la loi applicable, il n'y a pas de raison d'y revenir pour de simples motifs d'opportunité²¹²². Le rôle de la clause d'exception n'est en effet pas d'évincer la loi normalement compétente en raison de son contenu.

²¹²⁰ P. Lagarde, thèse précitée, p. 205-206

²¹²¹ En ce sens, S. Othenin Girard, op. cit., n°398

²¹²² S. Othenin-Girard, op. cit., n°425

801. En définitive, cette deuxième alternative ne nous convainc guère. Elle revient tout d'abord à dénaturer le règlement. Ensuite, l'exception d'ordre public ne se déclenche pas en raison d'un mauvais fonctionnement de la règle de conflit, mais d'une contrariété matérielle aux principes essentiels du for²¹²³. C'est la règle matérielle étrangère qui pose problème et non la règle de conflit, l'exception d'ordre public doit donc agir contre la première et non la deuxième. Cette solution est aussi facteur d'insécurité juridique puisqu'on ne pourrait jamais savoir à l'avance quelle loi serait finalement appliquée.

3) L'équité

802. Il s'agirait ici de l'équité supplétive, pour pallier les insuffisances de la règle de droit. Sur le fondement de l'article 4 du code civil²¹²⁴, certains considèrent en effet que le juge peut, exceptionnellement, statuer selon l'équité, en raison du caractère lacunaire d'un texte²¹²⁵. Ces auteurs s'appuient sur Portalis, qui était favorable au recours à l'équité « source d'enrichissement de la loi en raison de ses imperfections »²¹²⁶. Dans son discours préliminaire sur le projet de code civil, le rédacteur du code civil déclarait en effet : « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »²¹²⁷. Rien n'est toutefois retranscrit aussi clairement dans le code civil. Les termes de l'article 4 se limitent à l'obligation pour le juge de trancher les litiges, sous peine d'opérer un déni de justice.

803. Face au vide juridique causé par l'éviction de la loi étrangère, le recours à l'équité présente néanmoins un intérêt certain. Il serait justifié par la lacune créée par l'exception d'ordre public : dans ces circonstances, le juge pourrait exceptionnellement statuer en équité, la loi étrangère initialement désignée ayant été jugée inapte à trancher le litige. Ce fut à une époque la solution des tribunaux marocains dans leur recherche d'une norme de remplacement à la loi étrangère évincée. Paul Lagarde nous apprend en effet dans sa thèse qu'il n'y avait pas, à l'époque au Maroc, en matière d'état des personnes, de loi du for susceptible de remplacer la

²¹²³ En ce sens, S. Othenin-girard, *Ibid*, n°425

²¹²⁴ Art. 4 : *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

²¹²⁵ En ce sens, F. Nivet, « Équité et légalité », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p. 157, spéc. p. 181 ; E. Loquin, *Dictionnaire de la justice* (dir. Cadet L.), PUF, 2004, v. « Équité », spéc. p. 428.

²¹²⁶ Ch. Albiges, *Répertoire Dalloz*, « Équité », n°11

²¹²⁷ Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, 1988, PUAM, p. 29

loi nationale étrangère écartée au nom de l'ordre public. Or, « l'idée de rechercher dans la loi étrangère écartée une disposition de remplacement n'est pas apparue ; les juges ont préféré inventer eux-mêmes, quand cela leur était possible, une disposition qui leur parut équitable, en faisant au besoin appel à la notion insaisissable du droit naturel »²¹²⁸.

804. Les liens entre ordre public international et équité ont déjà été mis en évidence²¹²⁹. Il a été démontré que tous deux poursuivaient des objectifs souvent similaires, à savoir la recherche d'une solution équilibrée. Il semble en aller ainsi dans l'arrêt du 8 juillet 2015 relatif à la renonciation anticipée par des époux à toute prestation compensatoire en cas de divorce²¹³⁰ : le juge est tenu de vérifier si cette renonciation n'est pas contraire à l'ordre public dans la mesure où elle est susceptible de créer une situation inéquitable entre les conjoints. A l'image de l'équité, l'ordre public international a lui aussi une fonction correctrice. Dès lors, des fonctions similaires n'appellent-elles pas des effets similaires ? Si à travers la mise en œuvre de l'exception d'ordre public le juge recherche une certaine équité, ne doit-il pas *in fine* statuer en équité lorsqu'il choisit d'évincer la loi étrangère ?

805. N'est-ce pas d'ailleurs déjà statuer en équité que d'attribuer une part égale à tous les enfants alors que la loi étrangère accorde une part inférieure aux filles ou aux enfants adultérins ? N'est-ce pas aussi rendre une solution équitable que d'accorder à l'enfant non-musulman la part dont la loi étrangère l'a privé en raison de sa religion ?

806. Il apparaît en revanche contraire à l'équité d'attribuer la réserve héréditaire aux seuls enfants dans le besoin. La réserve répond en effet à un souci d'équité entre les enfants, qui ne serait pas respecté dans ces circonstances. C'est la raison pour laquelle une telle solution doit selon nous être rejetée²¹³¹.

807. Le recours à l'équité supplétive serait en concordance avec la tendance jurisprudentielle récente, qui accorde une importance grandissante à la casuistique, au cas d'espèce, que ce soit en droit interne, avec le contrôle de proportionnalité²¹³², qu'en droit international, avec

²¹²⁸ P. Lagarde, Thèse précitée, 1957, p. 203

²¹²⁹ Cf. *supra* n°462 ss.

²¹³⁰ Cass. Civ 1^{ère}, 8 juillet 2015, ref. précitées.

²¹³¹ En revanche, attribuer à tous les enfants la moitié de la valeur de la réserve que leur reconnaît la loi du for serait déjà peut-être plus conforme à l'équité.

²¹³² « La révolte des faits que porte le contrôle de proportionnalité conduit à faire du procès familial, normalement inféodé à l'ordre public, un pur exercice de casuistique » (Ch. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », RTD civ. 2018, p.

l'appréciation strictement concrète de la loi étrangère²¹³³. Peut-être est-ce l'évolution de l'ordre public, mais observons néanmoins que, de la casuistique et du jugement en équité, il n'émergera que rarement de règle générale, représentative du contenu de l'ordre public. La philosophie « nominaliste » prend là encore le pas sur la conception « réaliste » de l'ordre public²¹³⁴.

Dans le cadre de l'instance indirecte en revanche, ces questions ne devraient pas se poser.

§2 L'instance indirecte

808. Dans le cadre de l'instance indirecte, dès lors que l'acte dont il est demandé reconnaissance est contraire à l'ordre public, il est tout simplement inopposable et ne pourra être reconnu ou exécuté. L'exception d'ordre public n'a donc ici qu'un effet négatif, l'éviction, et aucun effet positif ; nul besoin en effet de lui substituer une quelconque autre norme ou décision. Les parties pourraient dès lors engager une nouvelle procédure devant le juge du for ayant exactement le même objet, sans que l'exception de chose jugée ne puisse y être opposée. Le juge ne serait alors pas lié par les constatations de fait du jugement étranger. Parfois cependant, la contrariété à l'ordre public ne concerne qu'une partie du jugement et non celui-ci en son entier. On pourrait donc se demander si, à l'image de la loi du for qui ne se substitue à la loi étrangère que dans la mesure du strict nécessaire dans le cadre de l'instance directe, seule la disposition du jugement contraire à l'ordre public ne devrait pas être écartée. Ne pourrait-on pas en effet simplement « gommer » l'excès auquel aboutit le jugement étranger afin qu'il soit accepté par l'ordre public du for ?

809. Le principe d'interdiction de la révision au fond du jugement étranger semble s'y opposer. On sait en effet que depuis l'arrêt Munzer²¹³⁵, le juge n'a pas à refaire le raisonnement du juge étranger (ni à contrôler la loi appliquée²¹³⁶, ni le bon respect de la procédure suivie à

809); « en exerçant un tel contrôle, la Cour de cassation se reconnaît le droit de statuer, non seulement en droit, en application de la loi, mais également en équité, au nom des droits » (F. Chénédé, « Contre révolution tranquille de la Cour de cassation ? », D. 2016, 796, n°9)

²¹³³ Cf. *supra*, n°40 ss.

²¹³⁴ « Si les seules circonstances finissent par compter demain, ce sera la fin de toute généralité, de tout ordre, fût-il subjectiviste ; ce sera le règne de la famille privée, de la famille « nominaliste », de la famille d'espèce, réductible à aucune autre » (Ch. Masson, précité, RTD civ 2018, p. 809)

²¹³⁵ Civ. 1re, 7 janv. 1964, GADIP, 4e éd., n° 41, B. Ancel et Y. Lequette ; V. pour un rappel « pédagogique » Civ. 1re, 14 janv. 2009, Bull. civ. I, n° 3, D. 2009. 303, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2009. 331, note L. d'Avout

²¹³⁶ Cass. civ. 1re, 20 févr. 2007, *Cornelissen*, D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée

l'étranger²¹³⁷), à réexaminer les faits retenus, à les réinterpréter et à reprocher au juge étranger d'avoir mal appliqué la loi, si bien que soit il est donné exequatur au jugement, soit il est écarté en son entier²¹³⁸. La sanction est donc radicale, ainsi que l'illustre l'arrêt précité du 1^{er} décembre 2010 rendu par la première chambre civile à propos du jugement américain ayant condamné un fabricant de bateau à des dommages-intérêts punitifs²¹³⁹. En l'espèce, l'indemnité apparaissait largement disproportionnée au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles, si bien que, selon la Cour, « **le jugement étranger ne pouvait être reconnu en France** ». Parce qu'il met à la charge du fabricant des dommages-intérêts excessifs, le jugement dans son ensemble ne peut être reconnu en France, ce qui donne une large portée au refus d'exequatur. « Aucune exécution n'y est donc possible, même pour ce qui n'est pas *en excès* »²¹⁴⁰. La raison est simple : le jugement étranger ne peut être révisé au fond²¹⁴¹.

810. Il a toutefois été remarqué en l'espèce que les victimes auraient pu demander un exequatur partiel « sélectif »²¹⁴², sans que la prohibition de la révision au fond ne soit heurtée. Le jugement permet en effet parfois d'isoler l'une des branches du dispositif, et il est admis que l'exequatur puisse être prononcé pour la partie qui n'est pas contraire à l'ordre public. Il aurait ainsi été possible en l'espèce de distinguer la catégorie des dommages-intérêts punitifs des autres, compensatoires, et de n'accorder l'exequatur qu'à ceux-là. Un commentateur de l'arrêt cite à cet égard un jugement allemand ayant accordé l'exequatur à une décision

²¹³⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1967, *Bachir*, Grands arrêts, n°45

²¹³⁸ Pour un exemple, v. not. Cass. Civ 1^{ère}, 14 janvier 2009, *Société Agrogabon c. Epoux Tek*, D. 2009, p. 303, obs. I. Gallmeister : « Attendu que pour refuser l'exequatur aux dispositions de ce jugement, l'ordonnance attaquée retient que cette décision se borne à affirmer que les voies d'exécution ont été entreprises sur le fondement d'une créance certaine, liquide et exigible, correspondant à des factures impayées, sans préciser les circonstances et justifications contractuelles de cette créance et que la société Agrogabon s'abstient de produire les justifications de la créance dont elle entend poursuivre l'exécution en France ; Attendu qu'en procédant ainsi à la révision au fond de la décision étrangère, le président du tribunal a méconnu ses pouvoirs et violé le texte susvisé »

²¹³⁹ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303, D. 2011. 423, obs. I. Gallmeister, note F.-X. Licari ; ibid. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2011. 93, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD. civ. 2011. 122, obs. B. Fages : La Cour de cassation relève en l'espèce que « si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur », cité *supra*, n°461

²¹⁴⁰ En ce sens, P. Rémy-Corlay, « Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité », RTD Civ. 2011 p.317 ; et cf. *supra*

²¹⁴¹ En revanche, dans le cadre de l'instance directe, la loi étrangère octroyant des dommages-intérêts excessifs n'aurait peut-être pas été complètement évincée, elle aurait pu être modulée, atténuée afin de réduire le montant de l'indemnité (En ce sens, P. Rémy-Corlay, « Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité », RTD Civ. 2011 p.317 : « son effet sera uniquement d'évincer ou de réduire le montant de ces dommages-intérêts, non d'évincer la loi étrangère applicable »). Il faudrait toutefois pour cela que la loi étrangère fixe *ab initio* le montant des dommages-intérêts, ou encore une méthode de calcul fixe, ce qui est finalement peu probable.

²¹⁴² H. Gaudemet-Tallon, « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », Rev. crit. DIP 2011. 93

américaine en retranchant de la somme totale accordée par le juge californien le montant des *punitive damages*²¹⁴³. Une telle décision court toutefois le risque d'être qualifiée par la Cour de cassation française d'exequatur partiel « réductif », qui est assimilé à une révision au fond du jugement étranger²¹⁴⁴. Il doit en effet être possible de distinguer au sein des considérants les montants alloués au titre de la réparation et ceux destinés à punir l'auteur du dommage, sous peine d'y voir une diminution pure et simple du montant des *punitive damages*, et donc une révision du jugement. Dans le cadre d'un divorce, le juge de l'exequatur ne pourrait ainsi pas diminuer le montant de la prestation compensatoire déterminée par le jugement étranger, ou encore modérer le montant de l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants, sans se voir reprocher de substituer une décision française au jugement étranger.

811. L'arrêt précité du tribunal de grande instance de Paris en date du 26 novembre 2008²¹⁴⁵ offre un exemple d'exequatur partiel. Il était en l'espèce demandé par une épouse l'exequatur d'un jugement de divorce américain en France, pays dans lequel l'époux avait des biens. Elle ne demandait devant le juge français que l'exécution de certains chefs de décision, à savoir la condamnation à pension au bénéfice des enfants dont la garde lui avait été confiée, et le versement de la créance alimentaire de 25 000 dollars mensuels sur sept ans qui lui avait été octroyée. En revanche elle laissait de côté notamment le chef de décision qui lui octroyait, en vertu de la loi new-yorkaise, le droit au $\frac{3}{4}$ de la valeur de l'appartement de son mari à New York. Cette attribution fondée sur *l'équitable distribution* américaine était en effet en contradiction totale avec les dispositions de leur régime matrimonial de séparation de biens²¹⁴⁶. Le mari demanda alors l'irrecevabilité de la demande d'exequatur partiel et forma une demande reconventionnelle en déclaration d'inopposabilité de l'équitable distribution. On connaît la réponse des juges du fond sur ce dernier point²¹⁴⁷. Nous ne nous intéresserons ici qu'à l'accueil de l'exequatur partiel. La demande d'exequatur partiel sur les seules condamnations pécuniaires susceptibles d'être exécutées en France fut jugée recevable. Ces questions sont en effet dissociables de celles relatives au prononcé du divorce. Le jugement de divorce est efficace en France de plein droit, sans nécessité d'être revêtu de l'exequatur, dans la mesure où en l'espèce le prononcé du divorce n'était pas contesté.

²¹⁴³ Bundesgerichtshof du 4 juin 1992, cité par H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 2011. 93

²¹⁴⁴ V. Th. Vignal, J. Foyer, D. Holleaux, G. de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Broché, 2017, n° 1033 ; Y. Lequette, *JDI* 1976. 937

²¹⁴⁵ TGI Paris, 26 novembre 2008, précité, *Rev. Crit. DIP* 2009. 310, note B. Ancel

²¹⁴⁶ *Cf. supra*, n°472 ss.

²¹⁴⁷ *Cf. supra*, n°472 ss.

Ainsi, si un jugement de divorce étranger statue par exemple sur la liquidation du régime matrimonial d'époux et sur la garde des enfants, et que le dispositif sur la liquidation du régime matrimonial est jugé contraire à l'ordre public, le juge français pourra tout de même accorder un exequatur partiel au dispositif relatif à la garde des enfants. L'exequatur peut en effet être prononcé pour la partie du dispositif qui ne pose pas problème au regard de l'ordre public.

812. Pourrait-on dès lors imaginer d'accorder l'exequatur partiel à un jugement dans le cas suivant : il est demandé l'exequatur d'un jugement étranger ayant condamné un époux à payer une certaine somme au titre de la liquidation de son régime matrimonial ; or, il ressort des considérants du jugement que cette somme est toujours doublée lorsqu'elle est mise à la charge du mari. En revanche, cela ne serait jamais le cas pour l'épouse. Ce jugement serait contraire à l'ordre public international sur le fondement du principe d'égalité entre époux : il institue en effet une discrimination injustifiée entre les époux sur le seul fondement du sexe du mari. Au lieu de refuser purement et simplement l'exequatur, le juge français pourrait-il réduire de moitié le montant de la créance, dans la mesure où les considérants permettent d'isoler la « partie discriminatoire » mettant à la charge du mari une somme deux fois plus importante ?

813. Un auteur le propose et donne l'exemple d'un jugement étranger condamnant l'époux à payer 200.000 euros au titre de la liquidation de son régime matrimonial, montant doublé en raison de l'origine ethnique de l'époux. Le juge de l'exequatur pourrait selon lui réduire la condamnation à 100 000 euros. Il devrait en revanche refuser l'exequatur lorsque les considérants du jugement démontreraient que la condamnation a été augmentée de façon discriminatoire, mais ne permettrait pas d'établir dans quelle mesure²¹⁴⁸. L'exequatur partiel du jugement étranger se présenterait ainsi comme un moyen intéressant de ne pas rejeter « en bloc » le jugement étranger contraire à l'ordre public, dès lors que l'on peut identifier précisément la disposition gênante. Il est cependant difficile de ne pas y voir une révision du jugement. Par ailleurs, même si l'interdiction de révision au fond du jugement étranger se trouvait ainsi contournée et le jugement étranger en partie exécuté en France, l'objectif d'harmonie internationale des solutions n'en serait pas pour autant favorisé : ce ne serait finalement qu'une version édulcorée, pour ne pas dire transformée, du jugement étranger auquel il serait donné effet. Pourrait-t-on dès lors encore parler de reconnaissance ?

²¹⁴⁸ S. Othenin-Girard, *op. cit.* p. 282

Il faut relativiser les effets de l'exception d'ordre public. Son efficacité est en réalité bien souvent limitée dans la mesure où le jeu de l'exception risque de ne pas être reconnu à l'étranger. Dès lors, l'ordre public international ne sera respecté que dans l'ordre juridique du for ; par conséquent, en pratique, les biens situés en France seront soumis à la loi française tandis que les biens sis à l'étranger resteront soumis à la loi étrangère.

L'application de la loi du for à la place de la loi étrangère peut toutefois être discutée. Aucun texte ne l'exige en effet. Si son application est parfois cohérente, elle peut aussi, dans certaines circonstances, se révéler inadaptée à régir la situation internationale en cause, comme le montrent les arrêts du 27 septembre 2017.

Finalement, de la même manière que la conformité de la loi étrangère à l'ordre public international est appréciée de façon concrète, les effets de l'exception d'ordre public pourraient eux aussi être appréciés en fonction des circonstances de la cause. Il semble que chaque situation appelle une réponse circonstanciée. La plupart du temps, la loi du for sera apte à remplacer la disposition de la loi étrangère évincée. Facteur par ailleurs de sécurité et de prévisibilité juridique, l'application de la loi du for doit donc rester le principe. Mais parfois, elle se révélera inapte et le juge devra faire preuve de suffisamment de souplesse pour trouver une solution alternative. Différentes méthodes peuvent lui être proposées afin de répondre convenablement à chaque situation posée. Selon les circonstances, il devrait pouvoir se tourner, soit vers l'équité, soit vers l'adaptation de la loi du for à la cause ou de la loi étrangère à l'ordre public du for, à travers la création d'une règle matérielle ad hoc. Ce principe de solutions, circonstanciées, implique néanmoins que l'on recule quelque peu sur les exigences de sécurité et de prévisibilité juridique.

Cette question du « remplacement » de la loi étrangère évincée ne se pose en revanche que dans le cadre de l'instance directe. Au stade de l'instance indirecte, l'acte ou le jugement contraire à l'ordre public international est purement et simplement évincé, sans nécessité de le remplacer par une quelconque autre norme. Cette solution, équivalente à celle du « tout ou rien », apparaît cependant parfois trop drastique. L'exequatur partiel peut dès lors être un moyen d'assouplir cette rigidité, mais encore faut-il que le dispositif de la décision le permette.

815. Conclusion du titre. –

Lorsque la décision de faire jouer l'exception d'ordre public a été prise, deux questions se posent avec une particulière acuité.

La première concerne le praticien, et plus précisément le notaire : peut-il lui-même déclencher l'exception ou doit-il renvoyer les parties devant un juge ? Bien avant le juge, ce sont en effet les praticiens qui sont confrontés à l'exception d'ordre public. Or, l'instrument n'est pas adapté à ces derniers. Même si le notaire participe à son respect, le juge est le gardien naturel de l'ordre public français, et surtout, le principal acteur de sa définition. Le notaire peut donc hésiter à trancher un conflit entre des parties relatif au contenu de l'ordre public international.

Si la pratique hésite encore, nous avons cependant vu que rien n'empêchait le notaire de faire jouer lui-même l'exception. Au contraire, il y est incité, notamment en matière successorale, dans la mesure où le règlement européen le prévoit expressément. Cette tâche est toutefois, il est vrai, délicate pour le notaire. La contrariété de la loi étrangère à l'ordre public n'est en effet pas toujours évidente et même souvent sujette à débat en doctrine ou en jurisprudence. Le notaire peut donc ne pas vouloir engager sa responsabilité en prenant position. Une solution alternative réside dans la conclusion d'un accord entre les parties, par le biais de l'accord procédural, ou avant toute demande en justice, via la transaction. Ces accords ne sont toutefois possibles qu'en matière de droits disponibles ; un exercice préalable de qualification des droits en cause est donc nécessaire.

La deuxième question concerne tant le praticien que le juge : le remplacement de la loi étrangère évincée par la loi du for s'impose-t-elle ? Bien que la réponse paraisse évidente en doctrine et en jurisprudence, elle peut être remise en cause. Rien ne l'impose en réalité dans la loi. Le juge pourrait ici être créateur de droit. Le recours à l'équité supplétive a été envisagé, en raison notamment des liens étroits entre elle et l'ordre public international, qui semble poursuivre des objectifs similaires. Une autre voie pourrait être trouvée dans la création prétorienne d'une règle matérielle ad hoc, visant à appliquer une version « édulcorée » de la loi étrangère, ou bien une loi du for transformée et adaptée à la situation internationale. Le choix entre ces méthodes pourrait être laissé à l'appréciation souveraine des juges, en fonction des circonstances. Il semble donc qu'un choix soit à faire entre adaptation de la solution à l'espèce et sécurité et prévisibilité juridique.

Une relativisation du jeu de l'exception d'ordre public semble nécessaire tant au niveau des conditions du déclenchement que de ses effets.

Au stade de la constitution de la situation juridique, aucun compromis ne semble cependant devoir être fait lorsque la loi étrangère viole les droits fondamentaux des membres de la famille. Un « refus de complicité » doit lui être opposé, et donc un ordre public plein. En revanche, lorsqu'il s'agit d'opposer un « refus d'importation » à la loi étrangère, qui se révèle incompatible avec nos politiques impératives internes, l'ordre public de proximité apparaît plus adapté. Ce mécanisme a néanmoins fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine, au point qu'un « requiem pour l'*Inlandsbeziehung* »²¹⁴⁹ ait été envisagé.

Tendant certes à jouer le rôle d'un « ordre public de rattachement », à la manière d'une loi d'application immédiate²¹⁵⁰, on pourrait se demander si la fonction que nous envisageons pour l'ordre public de proximité ne pourrait pas être remplie par le système des lois de police. Il ne nous semble pas, pour essentiellement deux raisons, qui nous invitent à garder une place pour l'ordre public de proximité au sein des mécanismes de mise en œuvre de l'ordre public international.

Tout d'abord, malgré les rapprochements des deux mécanismes, ceux-ci conservent deux fonctions différentes : l'un est positif, l'autre est négatif. L'ordre public de proximité doit en effet conserver sa fonction d'éviction, consistant à s'opposer à une loi étrangère qui viendrait troubler la cohésion juridique du for. Il n'impose pas l'application d'une règle particulière contrairement aux lois de police, mais veut s'opposer à l'importation d'une loi étrangère qui se révèle incompatible avec nos règles internes.

Leurs fonctions sont donc différentes, leurs effets en revanche tendent, il est vrai, à se rapprocher : dans les deux cas, que l'on applique une loi de police ou que l'on fasse jouer

²¹⁴⁹ D. Boden, op. cit. Rev. crit. DIP 2018. 882

²¹⁵⁰ En ce sens P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », op. cit. spéc. p. 161 : « l'ordre public demeure un correctif, mais son intervention s'émancipe du seul jeu de la règle de conflit de lois en cause pour s'appuyer avant tout sur une revendication de compétence du droit français, laquelle se justifie tant par les valeurs en cause (...) que par le rattachement étroit avec le for, fonction de l'intérêt en cause. Unilatéraliste dans sa méthode, l'intervention de l'ordre public se mue en véritable règle de rattachement, dont le jeu dépend de ses critères propres et non du seul contenu de la loi étrangère désignée »

l'exception d'ordre public, la loi du for prendra la place de la norme étrangère, ce qui revient, il faut bien l'admettre, à troubler la distinction. C'est donc sur les effets de l'exception d'ordre public qu'il faut s'interroger : la substitution de la loi du for en lieu et place de la loi étrangère est-elle adaptée aux objectifs même du mécanisme ? L'exception d'ordre public, et notamment l'ordre public de proximité, est un mécanisme plus souple, plus tolérant que les lois de police. Elle n'impose pas en principe un résultat particulier. Ce constat est toutefois démenti par l'application *in fine* de la loi du for lorsque joue l'exception d'ordre public. Il apparaît donc nécessaire de repenser cet effet de l'ordre public. Le but n'étant pas d'appliquer les règles spécifiques du for mais de mettre en œuvre une solution conforme à notre ordre public international, une adaptation, *a minima*, de la loi du for à la cause, ou encore de la cause à l'ordre public, doit, nous semble-t-il, être envisagée.

Si l'ordre public de proximité apparaît comme un mécanisme intermédiaire intéressant entre ordre public plein et loi de police au stade de la constitution de la situation juridique, nous l'excluons cependant au stade de la reconnaissance, les liens avec l'Etat étranger se révélant à ce stade bien plus décisifs de l'intervention de l'ordre public que les liens avec le for. Ces liens se manifestent sous différentes formes (spatial, temporel) et peuvent être contrebalancés par l'éminence des principes du for mis en cause. Cette mise en balance pourrait dès lors être opérée par un contrôle de proportionnalité, intégré au mécanisme même de l'ordre public atténué.

CONCLUSION GENERALE

817. L'ordre public international n'est pas forcément condamné à être réduit à sa portion congrue en droit patrimonial de la famille. Il est cependant souvent avancé par la doctrine que qualifier un principe du droit français d'ordre public international, c'est lui reconnaître une prétention à l'universalité²¹⁵¹. Cette affirmation astreint donc l'ordre public à ne revêtir que très peu de principes. Partant de ce postulat, on ne peut en effet qu'hésiter et se montrer très prudent avant de déclarer un principe d'ordre public international. Une certaine timidité s'installe nécessairement dans la définition du périmètre de l'ordre public dès lors que l'on retient que seuls les principes universels peuvent y prendre place.

Or, si la qualification de « principe d'ordre public international » donne certainement au principe en cause une portée plus large qu'un simple principe de droit interne, elle ne le rend pas pour autant universel. Aucun principe, aucune valeur, ne l'est en effet.

La fonction originaire de l'ordre public international est de défendre les principes essentiels du for. Les nier, sous prétexte qu'ils ne sont pas partagés par tous, serait donc nier ce qui fait la spécificité de notre ordre juridique, son essence, son originalité. Ce serait aussi vider de sa substance l'ordre public en droit international privé et le condamner à rester, la plupart du temps, lettre morte, à n'en faire qu'une simple pétition de principe.

Par ailleurs, ne pas défendre un principe essentiel du droit interne dans un contexte international, c'est la plupart du temps le condamner pour l'avenir en droit interne. Au contraire, affirmer un principe d'ordre public international c'est bien souvent lui donner une certaine stabilité, une certaine assise en droit interne. Dès lors qu'il ne l'est plus, celui-ci vacille. L'ordre public international a en effet une réelle valeur symbolique.

Nous ne vivons cependant pas en vase clos et on ne peut ignorer les systèmes juridiques qui nous entourent. On ne peut ignorer non plus l'influence croissante de l'Union européenne et de ses principes fondateurs, la garantie d'un marché commun et la libre circulation des biens et des personnes. Il faut donc admettre que nos principes essentiels ne puissent être respectés

²¹⁵¹ L. Usunier, « La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international », RTD civ. 2017. 833 : « déclarer un principe du droit français d'ordre public international, c'est lui reconnaître une prétention à l'universalité (...) »

par tous et partout, en toutes circonstances. L'ordre public international doit trouver un équilibre entre affirmation de ces principes, et tolérance ; il est en effet à la fois, comme a pu l'affirmer un auteur, « limite et condition de la tolérance » à l'égard des droits étrangers²¹⁵².

Ainsi, si une relativisation ne doit selon nous pas intervenir au niveau du contenu de l'ordre public, elle doit en revanche l'être au niveau de sa mise en œuvre. Le principe une fois affirmé, son application peut être modulée, selon les situations, par l'ordre public de proximité, par l'ordre public atténué, par un contrôle de proportionnalité. Le choix dépend à la fois de la nature et de la fonction du principe, mais aussi de l'origine de la norme étrangère qui nous heurte (loi, jugement, acte, simple accord de volonté des parties, etc.).

En tout état de cause, on ne peut admettre l'effacement progressif de l'ordre public international parmi les conditions d'accueil d'une norme étrangère. Les soucis d'unité et d'harmonie internationale des solutions ne peuvent systématiquement l'emporter sur la préservation et l'affirmation de nos principes et valeurs, « sauf à verser – mais il est possible que ce soit déjà le cas – dans un droit international privé entièrement « relativiste » et remodelé suivant les désirs des individus »²¹⁵³. « Doit-on vraiment souhaiter cela pour notre discipline ? »²¹⁵⁴.

Nous l'avons démontré, nous ne proposons néanmoins pas le *statu quo* et souhaitons même, pour terminer, ouvrir une réflexion plus profonde sur la notion même d'ordre public international en droit patrimonial de la famille. Est-il finalement bien nommé ? La notion est ambiguë car elle laisse croire que l'ordre public international est composé de principes d'ordre public interne partagés à l'international. Or, il n'en est rien. On sait que l'ordre public international n'est pas l'ordre public interne, et qu'il n'est pas non plus international : il est propre au for, pas forcément partagé par les autres Etats, et encore moins universel. On a appris aussi que l'ordre public interne en droit patrimonial de la famille n'était en réalité pas de « l'ordre public »²¹⁵⁵. Si on entend la notion strictement²¹⁵⁶, cette dernière est nécessairement attachée « à la sauvegarde de l'intérêt général »²¹⁵⁷, ce qui n'est pas le cas de l' « ordre public

²¹⁵² D. Boden, L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique, thèse Paris I, 2002

²¹⁵³ Th. Vignal, ordre public et reconnaissance, in le droit entre tradition et modernité, mélanges Courbe, p. 527, not. p. 548

²¹⁵⁴ Th. Vignal, *Ibid*

²¹⁵⁵ Cf. la thèse de Monsieur A. Tani, op. cit.

²¹⁵⁶ Telle que l'entend Monsieur A. Tani dans sa thèse, citée *supra*, n°22 ss.

²¹⁵⁷ A. Tani, précité, cf. *supra* n°22 ss.

patrimonial »²¹⁵⁸, qui est en réalité principalement constitué de lois, certes, impératives, mais pas d' « ordre public »²¹⁵⁹. Or, l'ordre public international n'est pas non plus attaché à la sauvegarde de l'intérêt général. Nous avons vu que cette fonction était plutôt dévolue aux lois de police. La notion d'ordre public international n'est donc en effet en rien équivalente à celle d'ordre public interne. S'attachant à la défense des intérêts privés, à la protection de l'individu, l'ordre public international se retrouve finalement dans les droits fondamentaux et certaines lois impératives, qui limitent la liberté contractuelle et qui, eux, constituent sans conteste « l'ordre public patrimonial ». En définitive, à l'exception d'ordre public international correspondrait certaines « lois impératives d'ordre privé » et aux lois de police, certaines « lois impératives d'ordre public »²¹⁶⁰. Plutôt que de parler d' « ordre public international », ne devrait-on donc pas finalement s'entendre sur un « ordre international impératif et fondamental » en droit patrimonial de la famille ?

²¹⁵⁸ A savoir « l'ordre public successoral » et « l'ordre public matrimonial »

²¹⁵⁹ A. Tani, précité, *cf. supra* n°22 ss.

²¹⁶⁰ Distinction entre « lois impératives d'ordre public » et « lois impératives d'ordre privé » faite par F. Hage-Chahine (« L'ordre public dans l'économie, rapport général » in *L'ordre public, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Libanaises* (Beyrouth, 1998), t. XLIX, LGDJ, 2001, spéc. p. 17 et s.)

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

Ouvrages juridiques

- Audit B. et d'Avout L., *Droit international privé*, LGDJ, 1^{ère} éd., 2018
- Bartin E., *Études de droit international privé*, Paris, Ed. A. Chevalier-Marescq, 1899
- Bartin E., *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930
- Batiffol H., Lagarde P., *Droit international privé*, t. 1 et 2, Paris, LGDJ, 8e éd., 1993
- Beignier B. et Torricelli-Chrifi S., *Libéralités et successions*, 4^{ème} éd., LGDJ, coll. Cours & TD, 2017
- Bénabent A., *Droit civil, La famille*, LGDJ, Précis Domat, 4^{ème} éd., 2018
- Bucher A., *Droit international privé*, Tome I et 2, Helbing & Lichtenhahn, 1992
- Cabrillac R. (dir.), *Libertés et Droits fondamentaux*, 25^e éd., Dalloz, 2019
- Capitant H., Terré F. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13e éd., 2015
- Carbonnier J., *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Paris, 2004, vol. 1
- Carbonnier J., *Droit civil, Les personnes*, 21^{ème} éd., PUF, 1996
- Carbonnier J., *Essais sur les lois*, LGDJ, Paris, 2013
- Carval S., Jourdain P., Viney G., *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 2017
- Claux P.J. et David S., *Droit et pratique du divorce 2018-2019*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2017
- Colin A. et Capitant H., *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome III. Dalloz, 8e éd., 1936
- Cornu G., *La famille*, 9^{ème} éd. Montchrétien, 2006
- Courbe P., *Droit international privé*, A. Collin, col. Compact, 2e éd., 2003
- Fages B., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuel, 9^{ème} éd., 2019
- Flour J. et Souleau H., *Droit civil, Les successions*, A. Colin, 3^{éd.}, Paris, 1991
- Gotman A., *L'héritage*, PUF, coll. Que sais-je?, Paris, 2006
- Grimadi M., *Droit des successions*, Paris, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2017

- Grimaldi M. (dir), *Droit patrimonial de la famille 2018-2019*, Dalloz, Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2017
- Jestaz P., *Le droit*, Dalloz, 9e éd., 2016
- Jolowicz J-A., *Droit anglais*, Dalloz, 2ème éd., 2000
- Lardeux G., *Droit international privé des obligations contractuelles*, Larcier, 1^{ère} éd., 2016
- Lerebours-Pigeonnière P., *Précis de Droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954
- Leroyer A.M, *Droit des successions*, Dalloz, coll. Cours, 3e éd., 2014
- Loussouarn Y., Bourel P., de Vareilles-Sommières P., *Droit international privé*, Dalloz, coll. Précis de droit privé, 10^{ème} éd., 2013
- Malaurie Ph., Aynes L., Gauthier P-Y, *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, 2018, n° 418
- Mayer P., Heuzé V., B. Rémy, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 12 éd., 2019
- Mazeaud L., Mazeaud H., Mazeaud J., Chabas F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, VI. 2, LGDJ, 2013
- Monégier F., *Droit international privé*, Paris, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2018
- Muir-Watt H., Bureau D., *Droit international privé*, tome I, Paris, PUF, 4^{ème} éd., 2017
- Murat P. (dir.), *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz Action, 8^{ème} éd., 2019
- Niboyet J-P, *Traité de droit international privé français*, t. III, Sirey, 1944
- Niboyet M-L, de Geouffre de la Pradelle G. , *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017
- Pillet A., *Traité pratique de droit international privé*, t. 1, 1923, p. 123, n° 43
- Pillet A., *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903
- Planiol M. et Ripert G. , *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1946
- Portalis J-E-M., *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988
- Supiot A, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, Points Essais, 2009
- Terré F. et Lequette Y, Gaudemet,S., *Les successions, Les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. « Précis de droit privé », 4^{ème} éd., 2014
- Vignal Th., Foyer J., Holleaux D., de la Pradelle G., *Droit international privé*, Sirey, 4^{ème} éd., 2017

Villey M., *Le droit et les droits de l'homme*, 1983, éd. PUF, 2009

Viney G., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, *Traité de droit civil*, 3^e éd., 2008, n°181

Vocabulaires Juridiques, Dictionnaires

Le Littré, Dictionnaire de la langue française

Cornu G. (dir.), Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 13^{ème} éd., 2020

Cadiet L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Presses Universitaires de France, 2004

Ouvrages de philosophie, sociologie

de Tocqueville A., *De la démocratie en Amérique*, 1835, Flammarion (éd.), GF, 2010

Lamrabet A., *Islam et femmes, les questions qui fachent*, Paris, GF, 2017

Leibniz G. W., *Nouveaux Essais sur l'Entendement humain*, 1765

Lévi-Strauss C., *Race et Histoire*, 1952, Gallimard, Folio Essais, 1987

Manent P. , in *La loi naturelle et les droits de l'homme* », Paris, PUF, 2018

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748

Nietzsche F., *Le crépuscule des Idoles*, , trad. H. Albert, Paris, GF Flammarion, 1985

Pascal B., *Pensées*, Fragment Misère n° 9 / 24, B. Pascal, Fragment 397, Brunschvicg 294, 1657-1662

Ricoeur P., *Lectures 1. Autour du politique*, Paris, Seuil, 1999

Rousseau J-J., *Emile*, 1762

Rousseau J. J., *Du contrat social*, 1762, in *Œuvres complètes*, tome III *La Pléiade*, 1964

COURS

Bucher A., « La dimension sociale du droit international privé », *Cours général, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye (RCADI)*, t. 341, 2009

Demolombe Ch., *Cours de Code Napoléon*, tome 23, 1877

Deprez J., *Droit international privé et conflit de civilisations, Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, RCADI IV/1988, t. 211, p. 9 et s.

Gannagé L., « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI* 2013, t. 357

Gaudemet-Tallon H., « La désunion du couple en droit international privé », *Recueil de cours de l'Académie de La Haye (RCADI)*, 1991, t. 216

Gaudemet-Tallon H., « Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses », *Recueil de cours de l'Académie de La Haye (RCADI)*, 2005, t. 312

Groz G., « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, 1991, p. 242

Haftel B, *Cours de droit international privé*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2018

Jayme E., « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *RCADI* 1982, vol. 177, p. 9

Josserand L., *Cours de droit civil positif*, t. 3, Sirey, 3e éd. 1940

Kegel G., « The Crisis of Conflict of Laws », *Recueil des cours*, tome 112, 1964, p. 188

Kinsch P., « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t.318, p.155

Kruger T., « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », *RCADI*, 2015, t. 380, pp. 281-444

Lagarde P., « Le principe de proximité dans le DIP contemporain », *Cours général, Rec. Cours la Haye (RCADI)*, 1986.1 p. 110

Lalive P., « Tendances et méthodes en Droit international privé », *Cours général, RCADI*, 1977, II, 155 p. 247

Lequette Y., *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*, Cours général de droit international privé, *RCADI*, vol. 387, Bill, 2018

Lewald H., « L'ordre public » in *Questions de droit international des successions, Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, 1925

Mayer P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit privé », *Cours général à l'Académie de droit international de La Haye*, *RCADI*, 2003

Vareilles-Sommières P., « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2015, t. 371

OUVRAGES SPECIAUX, THESES

Abou S., *Cultures et droits de l'homme*, Perrin, Presses de l'Université Saint-Joseph, 2002

Abu-Sahlieh A, Awad S., et Bonomi A. (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, Schulthess, 1999

Albiges Ch. , *De l'équité en droit privé*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000

Alexandre D., *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères en droit international privé français*, Ann. Fac. de droit, de sciences politiques et de gestion de Strasbourg, t. XXXIV, LGDJ, 1988

Ancel-Lioger Z. et Calo E. (dir.), *Les successions en droit comparé*, Actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille), Edizioni Scientifiche Italiane, 2016

Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, réédition 2002, préface Y. Lequette

Beaubrun M., *L'ordre public successoral*, Thèse, Paris II, PUF, 1979

Bertossi C., *Les frontières de la citoyenneté en Europe – Nationalité, résidence, appartenance*, L'Harmattan, 2001

Bihannic K., « Repenser l'ordre public de proximité », sous la dir. de S.Clavel de Lonlay, Thèse de doctorat, Droit, Paris 1, 2017

Billarant S., *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle*, Thèse, Paris 1, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004

Boden D., *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002

Bollée S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Thèse, Economica, 2004 ; préface P. Mayer

Bonomi A., *Rapport explicatif du Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, (http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/CiLaw/RapportBonomi_FR.pdf)

Bonomi A., Wautelet P. (dir.), *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013

Bras Miranda G., *La prohibition des pactes sur succession future*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais collection Minerve, 1999

Borrillo D., *La famille par contrat, La construction politique de l'alliance et de la parenté*, PUF Génération libre, 2018

Cadet F., *L'ordre public en droit international de la famille : étude comparée France – Espagne*, Poillot-Peruzzetto Sylvaine (dir.), Paris, L'Harmattan, 2006

Callé P., *L'acte public en droit international privé*, Économica, 2004

- Chappelle A., *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse dacty., Paris II, 1979
- Chénéde F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, Coll. Dalloz références, 2^{ème} éd., 2018
- David S., *La prestation compensatoire*, Thèse, Paris 12, 2001
- de Richemont V.H., *Réforme des successions et des libéralités, première lecture. Rapport au nom de la commission des lois du Sénat*, t. 1, Doc. Sénat 2005-2006
- Debet A., *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse Paris II, Dalloz, 2002, préf. L. Leveneur
- Delaporte V., *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse, Paris, 1974
- Delpech F., *Le rôle de la règle de conflit de lois dans l'efficacité des décisions étrangères*, Thèse, Paris I, 1999
- Dionisi-Peyrusse A., *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Thèse, Defrénois, 2008
- Ducoulombier P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011
- el-Husseini Begdache R., *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002
- Fauvarque-Cosson B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996
- Fenouillet D., Vareilles-Sommières P. (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2002
- Fischer J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse, PU Aix-Marseille, 2004
- Fongaro E., Péroz H., *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2^{ème} édition, Lexis Nexis, Pratique professionnelle, 2017
- Fohrer-Dedeurwaerder E., *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Cohen-Jonathan Gérard (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1999
- Franceskakis Ph., *Droit naturel et le droit international privé*, Paris Dalloz & Sirey 1960
- Fulli-Lemaire S., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Lequette Yves (dir.), thèse de doctorat, droit international, Université Paris 2, 2017, 498 p.
- Goré M., *L'administration des successions en droit international privé français*, Thèse, Economica, 1994, n° 203, p. 142

- Guillaumé J., *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, Thèse, LGDJ, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011
- Gutmann D., *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, Thèse, LGDJ, 2000
- Héron J., *Le morcellement des successions internationales*, Thèse, Economica, 1986
- Huet J., *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Paris, Litec, 1987
- Jahel S., *La place de la charia dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, LGDJ, 2012
- Joubert N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Thèse, Lexis-Nexis, Coll. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, 2008
- Khairallah G et Revillard M (dir.), *Etude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Defrénois-Lextenso éditions, Paris, 2010
- Khairallah G. et Revillard M. (dir.), *Droit européen des successions internationales, Règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013
- Kondyli I., *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997
- Kson-Bouvet A-G, *Recherche sur les instruments de contournement de la réserve héréditaire des descendants*, Thèse, Paris II Assas, 2018
- Lagarde P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, LGDJ, 1959, p. 210
- Le Play F., *L'organisation de la famille*, Alfred Mame & fils (éd.), Tours, 1884
- Le Play F., *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, Alfred Mame & fils (éd.), Tours, 1874
- Lécuyer H., Letellier H. (dir.), *Les contrats nuptiaux*, Paris, LexisNexis, 2011
- Legendre R, *Droit fondamentaux et droit international privé*, Thèse Paris II, sous la direction de L. Gannagé, 2018
- Locré J.G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire des codes français*, Paris, 1827, t. 5
- Marchadier, F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Université de Limoges, Bruylant, 2007
- Mayer P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse Paris II, 1971, Dalloz, éd. 1973
- Mekki M., *L'intérêt général et le contrat*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, préface J. Ghestin.

- Moutel B., *L'effet horizontal de la Convention EDH en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Thèse, Limoges, 2006
- Najm M.-C., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2005
- Nast M., *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future*, Histoire, Droit civil moderne, Législation, Paris, L. Larose et L. Tenin (éd.), 1905
- Niboyet F., *L'ordre public matrimonial*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2008, n°395 et s.
- Nord N., *Ordre public et loi de police en droit international privé*, Thèse, Strasbourg, 2003, dir. J-M. Bischoff
- Othenin-Girard S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse : Personnes, famille, successions*, Schulthess, 1999,
- Ourliac P., et de Malafosse J., *Histoire du droit privé*, t. 3, Le droit familial, Presses universitaires de France, 1968
- Panet A., *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse Lyon 3, 2014
- Peguera Poch M., *Aux origines de la réserve du code civil : la légitime en pays de coutume*, Thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010
- Pelissier J., *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lyon, 196
- Perney D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, Thèse, Nice, 1976
- Petroni-Maudiere N., *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Thèse, Presses Universitaires de Limoges – Pulim, 2004, préf. B. Vareille
- Pfeiff S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, préf. A. Nuyts et P. Wautelet, Bruylant, Bruxelles, 2017
- Rass-Masson L., *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Y. Lequette (dir.), thèse de doctorat, droit international, Université Panthéon-Assas, 2015,
- Raynaud J., *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003
- Rémy B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2008
- Renchon J-L., Tainmont F. (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Larcier, 2015

Revillard M., *Droit international privé et européen, Pratique notariale*, Paris, Defrénois, 9^{ème} éd., 2018

Rouhette G., de Lamberterie I, Tallon D., Witz C., *Principes du droit européen du contrat*, Volume 2, Commission pour le droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003

Simon-Depitre M. et Foyer J., *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Librairies techniques, 1973

Stoffel-Munck P., *L'abus dans le contrat*, Thèse, LGJD, bibl. droit privé, 2000

Tani A., *L'ordre public et la droit patrimonial de la famille : contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Thèse, B. Beignier (dir.), Toulouse, 2018

Vergara O., *L'organisation patrimoniale en couple*, Thèse, Defrénois, 2017, préf. B. Varelle

Vouin J. F., *La prohibition des pactes sur succession future en droit français*, Thèse, Paris, 1967

Waline M., *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, 1949, rééd. 2007

Commentaire du règlement européen sur les successions, Ouvrage collectif, Paris, Dalloz, 2015

ARTICLES

Abadie L., « La loi applicable au sein du règlement », *Droit de la famille*, 2013, dossier 37

Aboudaram P., « Le coût social du divorce », *Gaz. Pal.* 2014, p. 44

Akkas Y., « La succession international impliquant un Etat tiers à l'Union européenne », *JCP N* 2015, 1146

Albiges C., « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Cabrillac*, Litec-Dalloz, 1999

Alfandari E., « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Toulouse, Dalloz, 1965, p. 1

Ancel B., « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Rev. dir. int. pr. e proc.* 1992. 201 s.

Ancel B., « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », *Rev. Crit. DIP*, 2018, p. 87

Ancel M-E., «Du caractère feuilletonesque du droit international privé», *Dr. et patrimoine* 2015, n°253

Ancel M.-E., « Le règlement Rome I, nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé », *RLDC* 2008, p. 7, n° 3133

- Arseguel-Meunier I. et Galliez L., « Dossier *Successions internationales* : La prévisibilité des pactes successoraux en droit international privé », *AJ fam.* 2015. 378
- Attal M., « Les conséquences en droit international privé de l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement », *JCP N* 2011, 1139
- Audit B., « La loi marocaine, qui prive la femme de tout secours pécuniaire bien que le divorce ne soit pas prononcé à ses torts, est manifestement incompatible avec l'ordre public international français », *D.* 1996, p. 170
- Audren F., « Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire sous le Second Empire », *Revue d'histoire du XIX^{ème} siècle*, n°48, 2014/1, pp. 47-61
- Azavant M., « L'ordre public successoral », *Dr. Fam.* 2013 n°10, dossier 38
- Baillon-Wirtz N., « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille* 2006, étude 44
- Balensi I., « L'homologation des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 43
- Batiffol H., « La douzième session de la Conférence de la Haye de droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 1973, 243, p. 267
- Beale H., « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit anglais » in J. Ghestin (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires et responsabilité en Europe*, LGDJ, 1998, p. 155
- Beaubrun M., « Le nouvel ordre public successoral, Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges en l'honneur de G. Goubeaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1 s.
- Bénabent A., « L'ordre public de la famille », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Thèmes et commentaires, coord. Th. Revet, Paris, Dalloz, 1996, p. 30
- Bénabent A., « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné », *D.* 2016. 137
- Binet J.R., « Divorce sans juge : nouvelle tentative, nouveau débat », *Dr. Fam.* 2014. Repère 2
- Blanchard Ch., « Le notaire et la simplification de la procédure civile », *JCP N* 2018, 180
- Boden D., « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP* 2018. 882
- Boiché A., « Présentation du Règlement *régimes matrimoniaux* », *AJ fam.* 2018. 644
- Bollée S., « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 303
- Bollée S., « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 114

Bonomi A., « Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2008-2010, p. 264 et s.

Bonomi A., « La vocation successorale volontaire dans certains droits européens », in *Le droit des successions en Europe, Actes du colloque du 21 février 2003*, Librairie Droz, Genève, 2002

Bonomi A., « Article 35. L'ordre public », in Bonomi A., Wautelet P. (dir.), *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 537

Bonomi A., « Les pactes successoraux en droit comparé et droit international privé », *Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007*, Librairie Droz, Genève, 2008

Bonomi A., « Pactes successoraux », *Droit et Patrimoine*, 2015, n° 246

Bonomi A., « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225

Boulanger D., « Droit de prélèvement de l'héritier français - Le glas du prélèvement nationaliste », *Droit de la famille*, 2011, comm. 173

Brenner C., « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G* 2017, 195

Bureau D., « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de loi », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 287

Callé P., « Le notaire, les actes notariés et le droit international privé » in *Mélanges P. Courbe, Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012, p. 77

Callé P., « L'acceptation et l'exécution des actes authentiques », *JCP N* 2013, 1085

Callé P., « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne », in A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 201

Canivet G., « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RID comp.* 2003, p. 21

Caram-Pietrini N., « Successions internationales : quelle harmonisation communautaire des règles de conflit de lois? », *Deffrénois* 2007, n° 21, p. 1498

Carbonnier J., « Exorde », *Actes du colloque L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Thèmes et commentaires, coord. Th. Revet, Paris, Dalloz-Sirey, 1996, p. 1.

Catala P., « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. famille* 2006, étude 43

Catala P., « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007 I, 1206

Catala P., « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit, écrits rédigés en l'honneur de Jean Foyer*, Paris, Économica, 2008, p. 229 et s.

- Catala P., rapport de synthèse, *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1998
- Cénac P. et Peyroux C., « La mort de la réserve héréditaire ? », JCP N 2011, 1092
- Chabault C., « Le financement des études par les parents », Dr. fam. 1999. Étude 19
- Chalas C., Butruille Cardew C., « Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires de divorce, A propos de l'arrêt CA Paris, 21 mars 2007 », JCP N 2007, 1257
- Chalas Ch., « Contrats de mariage et nuptial agreements : vers une acculturation réciproque ? », JDI(Clunet), 2016, doct. 7
- Champeil-Desplats V., « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », D. 1995. Chron. 323
- Champenois G., Rapport de synthèse du colloque de l'IRDA, Université Paris 13 - Chambre des notaires de Paris, Seine-Saint-Denis et Val-de-Marne, 27 nov. 2008, JCP N 2009, n° 22, 1193, p. 47 et s.
- Chénéde F., « Contre révolution tranquille de la Cour de cassation ? », D. 2016, 796, n°9
- Chénéde F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) » (note sous Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013), D. 2014, p. 179
- Clermont M., Murat P., Weiss-Gout B., « La prestation compensatoire », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* n°3, 2011, dossier 25
- Conil P-A, « La mise en parallèle des systèmes successoraux européen et américain », Dr. Fam. n°2, 2013, étude 1.
- Corneloup S., « Commentaire de l'article 8 des règlements 2016/1103 et 1104 », in *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples : commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Société de législation comparée, 2018, p. 113
- Corneloup S., « Les liens entre forum et ius : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel, Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières*, 1^{ère} éd., Iprolex, 2018, p. 461 et s.
- Cossic V., « Libres propos sur la loi... », Rev. Lamy dr. civ., 2006, p. 49
- Courbe P., « Le rejet des répudiations musulmanes », D. 2014, p. 815, n°12
- Courbe P., « L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, 2005, Dalloz
- Crône R., « De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », JCP N 2018, 1247
- Crône R., « La compétence internationale du notaire en matière de règlement des successions » in H. Bosse-Platière, N. Damas et Y. Dereu (dir.), *L'avenir européen du droit des successions internationales*, LexisNexis, 2011, p. 123

Crône R. et Perreau-Saussine L., « Les donations-partages : aspects de droit international privé », JCP N 2019, 1311

D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. Crit.* 1989, p. 464

D. Martel, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », RLDC 2010, 77

D'Avout L., « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », D. 2008, p. 2165

D'Avout L., « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Travaux du Comité français de droit international privé Années 2014-2016*, Editions Pédone, Paris 2016, p. 215 et s.

D'Avout L., « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, T. Azzi, O. Boscovic (dir.), Bruylant, 2015

David R. , « L'imprévision dans les droits européens », in *Mélanges Jauffret*, 1974, Fac. Aix-en-Provence, p. 218

David S., « Effets pécuniaires du divorce : l'éviction de la loi étrangère incompatible avec l'ordre public français », *AJ Famille*, 2003, p. 307

David S., « La fixation de la prestation compensatoire », *AJ Fam.* 2007, p. 109

David S., « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2017, p. 31

David S., « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Famille*, 2017, p.31

Deneuville C. et Godechot-Patris S. « Le choix d'une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire », *JCP N* 2018, p. 39-45

Deprez J, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », in M-C. Foblets (dir), *Famille, Islam, Europe, le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 60-61 et s.

Devers A. , « La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », JCP N 2018, 1168

Devers A., « Le contentieux des successions internationales », JCP N 2015, 1145

Devers A., « Validité du testament conjonctif comportant une clause de conversion religieuse », JCP N 2013, 1134

Devisme M., « La place de la volonté dans l'établissement des conventions matrimoniales », JCP N 2012, p. 45

Dionisi-Peyrusse A., « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Le droit entre tradition et modernité : Mélanges dédiés à Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 157-177

Dreyer E., « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », D. 2006. Chron. 748.

Droz G., « Application du statut civil de droit local de Mayotte en matière de succession », *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 602 (note sous arrêt Civ 1ère, 25 février 1997, *Consorts Abdallah c. M. Y. Abdallah et autres*)

Droz G., « Le droit occidental face au droit islamique », in *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Congrès du 23 au 24 octobre 1998 à Osnabrück, Ch. von Bar (éd.), 1999

Droz G., « Le juge doit faire respecter l'égalité des droits entre époux lors du divorce en écartant l'application d'une loi qui institue une discrimination à l'encontre de l'épouse », *Rev. crit. DIP* 1998. p. 637 (note sous arrêt Civ 1ère, 24 février 1998, *Consorts Vialaron c. M. Guillermin*)

Droz G., « Les réserves et les facultés dans les conventions de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1969, p. 407, n° 44 s

Ducoulombier P., « Contrôle de conventionalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », D. 2017. 1778

Egea V., « Les droits fondamentaux ont-ils simplifié les solutions en droit international privé ? », in J-M Pontier (dir), *La simplification du droit*, PU Aix-Marseille, 2006, p. 49

Esmein P., « Le double visage et les singularités de la pension après divorce », D. 1953, chron. P. 67

Farge M., « Règlement successions: les nouveaux réflexes à acquérir », JCP N 2015, 1143

Farge M., « Détermination du droit applicable », in P. Murat (dir), *Œuvre collective, Dalloz Action droit de la famille*, Dalloz, 2016, n°512.262

Farge M., « L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », *RDLF* 2017, chron. 29

Farge M., « Règlement successions : les nouveaux réflexes à acquérir », JCP N 2015, 1143

Fauvarque-Cosson B., « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *Rev. Contrats*, 2013, p. 671

Fauvarque-Cosson B., « L'accord procédural à l'épreuve du temps », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2004, p. 263 et s.

Fauvarque-Cosson B., « Un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente », *Rev. crit. DIP* 1997. 514

Favier Y., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français », in A. Bonomi et M. Steiner (éd.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Genève, Librairie Droz, 2008, p. 30

Flauss J.-F., « L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *Les Petites Affiches*, 18 avril 2002, n° 78, pp. 11 ss.

Flour Y., « Libéralités et libertés », *LPA* 8 mai 1995, n° 55, p. 12

Fongaro E., « La préparation d'une succession internationale. - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », *JCP N* 2008, 1221

Fongaro E., « Mariage homosexuel et régime matrimonial en droit international privé », *Droit de la famille* 2013, dossier 31

Fongaro E., « Feu le droit de prélèvement », *JCP N* 2011, 1236

Fongaro E. et Sagot-Duvaurox J., « Le détournement et le droit international privé », *Droit et Patrimoine*, n° 209, décembre 2011, p. 78-87

Fongaro E., « Vers un droit patrimonial européen de la famille ? », *JCP N* 2013, p. 1079

Fongaro E., « L'anticipation successorale à l'épreuve du "règlement successions" », *Journal du droit international (Clunet)*, 2014, p. 477-540

Fongaro E., « Le règlement successions et l'ordre public international », *Droit et Patrimoine* 2014, 236

Fongaro E., « Effets en France d'une loi étrangère autorisant la renonciation à prestation compensatoire et ordre public international français », *JCP G* 2015, 1024

Fongaro E., « Le pacte successoral à l'épreuve de la mobilité internationale », *JCP N* 2016, 1148

Fongaro E. et von Boxtael J.-L., « Successions internationales, droit de prélèvement et exception d'ordre public. À propos des arrêts Kazan et Colombier de la Cour d'appel de Paris », *Rev. Plan. Patr. Belge* 2016, p. 199 et s.

Fongaro E., et Naudin E., « Comment calculer le montant de la réserve héréditaire en cas d'atteinte à l'ordre public international ? », *JCP N* 2019, p. 1193

Foyer J., « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 620

Foyer J., « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges dédiés à Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 285-302

Foyer J., « L'ordre public international est-il toujours français ? », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges dédiés à Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 267-280

Foyer J., « Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires », in G. Khairallah et M. Revillard (dir.), *Droit européen des successions internationales, Règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, p. 148

Francescakis Ph., « Quelques précisions sur les *lois d'application immédiate* et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 s.

Fulchiron F., « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexion sur la notion de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310

Fulchiron H., « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, 1472

Fulchiron H., « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois* 2005, p. 1461

Fulchiron H., « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D.* 2016, p. 1376

Fulchiron H., « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », in H. Muir Watt, L. d'Avout et D. Bureau (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, spéc. p. 359-381

Fulchiron H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656

Fulchiron H., « Ne répudiez point... : pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RIDC* 2006, 7

Fulchiron H., « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p. 2310

Fulchiron H., « Réserve et ordre public: protection nécessaire ou protection du nécessaire », *Dr. Patr.* 2015, n°246, p. 59

Fulchiron H., Panet A., « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.* 2018, 1674

Gallant E. et Jault-Seseke F., « Autonomie de la volonté et obligations alimentaires », in A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, n°21, p. 231

Galligan M. W., "Forced Heirship in the United States of America, with particular reference to New York State, Trusts and Trustees, Vol. 22, n°1, February 2016, p. 103-118

Gannagé L. "L'ordre public militant: le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane", *JCP G* 2015, 318

Gannagé L., « À propos de l'absolutisme des droits fondamentaux », in *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265.

Gannagé L., « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du Comité Français de Droit international privé 2006-2008*, Paris, Pédone, 2010

Gannagé L., « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G* 2015, 318

Gannagé P., « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille (Solutions françaises et proche-orientales) », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 209-219

Gasté J., « Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française ! », *JCP N* 2017, act. 821

Gasté J., « La réserve mise à mal par le droit international privé ? », *Defrénois* 2018, p. 49

Gaudemet S., « Solidarités familiales et transmission successorale », *Dr. Fam.* 2016, dossier 16

Gaudemet-Tallon H., « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 2011. 93

Gaudemet-Tallon H., « De la définition de l'ordre public faisant obstacle à l'exequatur », *Revue critique de droit international privé* 2000 p.497

Gaudemet-Tallon H., « De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ? » in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 46

Gaudemet-Tallon H., « L'autonomie de la volonté jusqu'où ? », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015

Gaudemet-Tallon H., « Nationalité, statut personne et droits de l'homme », in *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier 2004, p. 217

Gautier P-Y., « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son exequatur », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges dédiés à Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 437-445

Ghestin J., « Conformité et garanties dans la vente », *Revue internationale de droit comparé*, 1983, pp. 868-871, n° 272 et s.

Giacopelli-Mori M., « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD civ.* 2001, p. 505

Giacopelli-Mori M., « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD civ.* 2001, p. 505

Godechot-Patris S., « Successions internationales en France », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. LX/2010, p. 673 et s.

Godechot-Patris S., « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes.. », *D.* 2012. 2462

Godechot-Patris S., « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit comparé : alliance ou mésalliance ? » in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013

- Godechot-Patris S. et Guillaume J., « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, Perspectives de droit international privé », *D.* 2013. 1756
- Godechot-Patris S., « La progression de l'autonomie de la volonté en droit de la famille : regard sur quelques souhaits du notariat », *RDC* 2014, n°4, p.724
- Godechot-Patris S., « Quelles limites pour le mariage entre personnes de même sexe dans la sphère internationale ? », *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2014, p. 36
- Godechot-Patris S., « Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *D.* 2016. 2292
- Godechot-Patris S., Potentier S., « Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire ! », *RJPF* 2017, p 47
- Godechot-Patris S., « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation – Quelles conséquences en droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel, Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières*, 1^{ère} éd., Iprolex, 2018
- Godechot-Patris S., « Les difficultés de réception des institutions familiales du Maghreb », *JCP N* 2018, p. 27-31
- Grimaldi M., « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 2012, p. 755
- Grimaldi M., « Divorce et patrimoines », *Defrénois*, 1988, art. 34311
- Grimaldi M., « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD Civ.* 2018 p.189
- Grimaldi M., « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006. 2551, n°9
- Gruber P., « Le mariage homosexuel en droit international privé allemand », *Rev. crit. DIP* 2013. 65
- Gruber U. P., « Renonciation anticipée à la prestation compensatoire et liberté des conventions matrimoniales », *Rev. crit. DIP* 2016. 126
- Guédé X., Letellier F., « Légalisation des prenuptial agreements en droit anglais, au nom de la sécurité juridique des couples », *Droit et patrimoine*, 2015, n°246, p. 26
- Guignet-Schielé Q., Baby W., « Les conventions organisant par avance les conséquences d'une rupture », *Dr. Famille*, 2015, dossier 3
- Guillaume J., « L'ordre plein, l'ordre public atténué, l'ordre public de proximité: Quelle rationalité dans le choix des juges? », in *Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295
- Guillaume J., « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de Cassation », *D.* 2014, 2121
- Guillaume J., « La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international », *D.* 2017. 2185

Gutmann D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 329 ss.

Haftel B., « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », D. 2016, p. 1477

Hage-Chahine F., « L'ordre public dans l'économie, rapport général » in *L'ordre public, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Libanaises (Beyrouth, 1998)*, t. XLIX, LGDJ, 2001

Hammje P., « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 1

Hammje P., « L'effet atténué de l'ordre public », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pédone, 1999, p. 87 et s.

Hammje P., « L'ordre public de rattachement », in *Travaux du Comité français de droit international privé Années 2006 – 2008*, Editions Pédone, Paris 2009, p. 153 et s.

Hammje P., « Le nouveau règlement n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. Crit. DIP* 2011, p. 291 et s.

Hammje P., « Ordre public et lois de police – Limites à l'autonomie de la volonté ? » in A. Panet, H. Fulchiron, P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 112

Hauser J. et Delmas Saint-Hilaire P., « Volonté et ordre public dans le nouveau droit du divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, art. 38115

Hauser J., « Le juge homologateur en droit de la famille » in P. Ancel et M-C Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlements des différends*, Economica, 2001

Hauser J., « Rapport français », in *L'ordre public, Journées libanaises de Beyrouth, Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome XLIX, année 1998, Paris, L.G.D.J., 2001

Hébraud P., « Des contrats passés entre un futur de cujus et son héritier présomptif », *Mélanges offerts à René Savatier*, Toulouse, Dalloz, 1965, p. 341

Hébraud P., « La pension de l'article 301 du code civil et les conventions en vue du divorce », *JCP G* 1952, I, 978

Hovasse S., « Assurance-vie : attribution bénéficiaire ou donation ? Le point sur la jurisprudence récente du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *JCP N* 2010, n° 28, 1244

Jamin C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mélanges Ghestin*, Litec, 2001

Joubert N., « Une loi étrangère qui ne prévoit pas d'allocation financière suffisante après divorce est contraire à l'ordre public international », *Revue critique de droit international privé* 2007 p.584

Khairalla G., « La détermination de la loi applicable à la succession », in *Droit européen des successions internationales*, précité, Defrénois, 2013, p. 56 et s., spéc. n° 130

Khairallah G., « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », *JCP N* 2008, 1244

Khairallah G., « Un an d'application du règlement européen succession », *Bulletin du Cridon*, 15 février 2017, n°4

Kinsch P., « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013, p. 43

Kinsch P., « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2011. 817

Kinsch P., « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? » in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 447 et s.

Kohler M. et Buschbaum M., « La « reconnaissance » des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières », *Rev. crit. DIP* 2010 p. 629

Kymlicka W., « Les droits des minorité et le multiculturalisme », in W. Kymlicka et S. Mesure (dir. Publ.), *Les identités culturelles*, Revue Comprendre, n°1, PUF, 2000, p. 150

Lagarde P., « Introduction au thème », in *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, 2013, p.21

Lagarde P., « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 691

Lagarde P., « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004. 225 et s.

Lagarde P., « La reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008

Lagarde P., « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *Mélanges Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 293 ss

Lagarde P., *Rev. crit. DIP* 1990. 316

Lamarche M., « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Dr. Fam.* 2014, alerte 29

Lardeux G., « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », *D.* 2010, p. 543

Larribau-Terneyre V., « Les conventions de rupture – Etat des lieux », *Dr. Fam.* 2015, Dossier 4.

Le Chuiton S., « Les droits successoraux des enfants adultérins : la France à nouveau condamnée (CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France*) », *Dr. fam.* 2005. Étude 17

Legrand V., « Les rapports patrimoniaux des couples internationaux enregistrés : nouveau mode d'emploi à compter du 29 janvier 2019 », *LPA* 2018, n°255, p. 14

Leprovaux J., « Que reste-t-il de la réserve héréditaire? », Dossier Personnes famille, *LPA* 2017, n°179-180

Lequette Y., « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (...) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277

Lequette Y., « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 547

Lequette Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges Didier*, Economica, 2008

Lequette Y., « De la proximité au fait accompli », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 519-531

Lequette Y., « Le droit international privé et les droits fondamentaux » in *Libertés et droits fondamentaux*, Litec, 2017, 23^{ème} éd., n°252

Lequette Y., « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, 2012, p. 523

Lerebourg-Pigeonnière P., « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950

Leroy E., « Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international, Paris Aupelf-Uref, 1998

Leroyer A-M., « Nullité des conventions liquidatives conclues avant l'instance en divorce », *RTD Civ.* 2018 p.84

Libchaber R., « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016, p. 729

Libchaber R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Thèmes et commentaires, coord. Th. Revet, Paris, Dalloz, 1996, p. 67 et s.

Loquin E., « Équité », *Dictionnaire de la justice* (dir. Cadiet L.), PUF, 2004, p. 425 et s.

Loquin É., « Les règles matérielles internationales », *RCADI* 2007, vol. 322, p. 13

Marguénaud J-P., « La mise en oeuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », note sous Cass. Civ 1^{ère}, 10 juin 2015, *RTD civ.* 2015, 825

Martel D., « Présent et futur proche des pactes sur succession future : comment être sans avoir été ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, p. 47

Marzal Yetano T., « The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law », *Journal*

of Private International Law, Volume 6, 2010, Issue 1, p. 155-193

Masson Ch., « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, p. 809

Matocq O., « Les accords et conventions dans le nouveau droit du divorce », *AJ famille* 2006, p. 17

Mauger-Vielpeau L., « Fixation de la prestation compensatoire et anticipation du divorce », *LPA*, 2014, n°110, p.33

Mayer P., « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991. 651

Mayer P., « Le juge et la loi étrangère », *Rev. Suisse de droit international et européen*, 1991, p. 488

Mayer P., « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277

Mayer P., « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547

Mazeaud D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges Terré*, PUF-J.-Cl, 1999

Mekki M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816

Meulders-Klein M.T., « Le démariage consensuel », *RTD civ.* 1995, p. 155

Meyer X., « Réserve héréditaire et ordre public international français », *Defrénois*, 2018, n°3, p. 13

Mezghani A., « Quelle tolérance pour les répudiations ? », *RIDC* 2006, p. 61, spéc. p. 67

Monéger F., « Le code de la famille marocain devant la cour de cassation », *Rev. Crit. DIP* 2014, p. 247

Monéger F., « Consentement au mariage, intention matrimoniale et « mariages gris » in *Liber Amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017

Monéger F., « L'obligation alimentaire », *Droit et Patrimoine* 2005, n° 138, p. 64

Moracchini-Zeidenberg S., « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773

Muir Watt H., « Compte rendu de la thèse de P. Callé, *L'acte public en droit international privé* », *Rev. Crit. DIP*, 2004. 905

Muir-Watt H., « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? », in *La reconnaissance des situations en droit international privé, Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, 2013, p. 85

Murat P., « La prestation compensatoire », *Actes pratiques et stratégie patrimoniale* n°3, 2011, dossier 25

- Murat-Sempietro M.-P. et Trambouze V. , « Les conventions de divorce », *JCP N.* 2006, n° 28, 1238
- Najm Kobeh M-C, « La Cour de cassation française et la répudiation musulmane - . - Une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie », *JDI* 2015, doct. 7
- Neirinck C., « Créance d'entretien et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, LexisNexis/Dalloz, 2012, p. 449
- Nicod M., « Actualité du droit patrimonial de la famille », *D.* 2014. 1905
- Nicod M., « L'anticipation de la succession » *JCP N* 2006, 1136
- Nivet F., « Équité et légalité », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p. 157
- Nord N., “Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge” in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 581
- Nord N., « Quelles limites dans l’optimisation d’une succession internationale ? », *Dr. Et Patr.* n°226, 1^{er} juin 2003
- Nourissat C. et Revillard M., “Le notaire français et le règlement successions”, *Deffrénois* 2015, n°19, p. 985
- Pamboukis Ch., « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, 2013, p. 133 et s.
- Panet A., Fulchiron H., Wautelet P. (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017
- Pataut E., “La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, 2013, p. 147
- Pataut E., « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne - Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTD eur.* 2011. 571
- Pataut E., « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », in H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014
- Pataut E., « Intégration, ordres publics et mariage », *RTD eur.* 2018. 673
- Pavia M.-L., « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA* 1994, n° 54, p. 6 ;
- Pégliion-Zika C-M., « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? » *RTD civ.* 2018. p. 1
- Peres C., « La liberté testamentaire en droit anglais après la décision *Ilott v. The Blue Cross and others* (2017) de la Cour suprême du Royaume-Uni », in *Le juriste dans la cité, Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, Lextenso, 2018, p. 773

- Péroz H. , « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N* 2016. 1241
- Péroz H., “Vers une simplification du règlement des successions internationales pour la pratique notariale”, *JCP N* 2009, act. 679
- Péroz H., « Les lois applicables au régime primaire. Incidences du règlement (UE) 2016/1103 sur le droit applicable au régime primaire en droit international privé français », *Journal du droit international (Clunet)* n° 3, 2017, doct. 9
- Perreau-Saussine L., « L'ordre public international : notion et conditions de mise en œuvre », *JCP N* 2018, 1248
- Perreau-Saussine L., « L'ordre public international et la réserve héréditaire : Réflexions sur la lettre et l'esprit du Règlement européen n° 650/2012 "successions internationales" », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, Iprolex, 2018, p. 1279-1296
- Perreau-Saussine L., « Les prenuptial agreements et les contrats de mariage : perspectives franco-anglaises. Propos introductifs », *Dr. Famille* 2015, dossier 29
- Perrin S., « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. Fam.* n°6, juin 2010, étude 16
- Pichard M., « La réserve et l'enfant », *D.* 2019, p. 2002
- Pineau J., *L'ordre public dans les relations de famille*, Les cahiers du droit, vol 40, 2, 1999, p. 344
- Poillot-Peruzzetto S., « Arbitrabilité des litiges en matière de concurrence », *RTD com.* 2000. 232
- Poillot-Peruzzetto S., « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la CJCE Eco Eco Swiss », *JDI* 2000, 299
- Poillot-Peruzzetto S., « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union Européenne », in *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014
- Poillot-Peruzzetto S., « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union Européenne », in *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014
- Poillot-Peruzzetto S., « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chr. 177, p. 179
- Ponsard A., « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 607
- Porcheron D., « Loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix et mise en œuvre », *JCP N* 2018 1167
- Pousson J-P, « L'étonnante survie de l'aristocratie britannique », *La nouvelle revue d'histoire (NRH)*, nov/dec 2010

Puttler A., « Le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'Union européenne », in A. Berramdane, W. Cremer et J. Rossetto (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, PU François-Rabelais, coll. « Droit », 2013, spéc. p. 179-186

Randoux N., « Réserve héréditaire: rappel opportune de la Cour de cassation », JCP N 2018 1046

Rass-Masson L., « L'ordre public, limite confirmée à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre de l'Union européenne », Rev. crit. DIP 2017 p. 278

Rémy-Corlay P., « Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité », *RTD Civ.* 2011 p. 317

Renchon J. L., « Les causes des mutations de l'ordre public », *Droit de la famille* n° 9, 2015, dossier 46

Revillard M., « Successions internationales : le règlement du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 en matière de successions », Defrénois, 2012, p. 743

Romano G.P., « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », Rev. Crit. DIP 2006. 457

Rothel A., « La liberté de tester en droit allemand », Rev. Int. Dr. Comparé, 2011, 1, p. 39-52

Roubier P., « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », Arch. Phil. Du droit, 1957, p. 1

Rouvière F., « Apologie de la casuistique juridique », D. 2017. 118

Sagaut J-F., « Le logement après le décès », *AJ Famille* 2008 p.368

Sauvage F., « Le déclin de la réserve héréditaire précité par la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2008 I, 1248;

Savouré B., « Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve de droit français », JCP N 2015, 1178

Sériaux A., « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.*, 1997, p.53

Serverin E., « Lectures socio-juridiques sur l'Etat et le contrat », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007

Simon-Depitre M., « Les aliments en droit international privé », *TCFDIP*, 1977

Sinay-Cytermann A., « Les tendances actuelles de l'ordre public international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 649 et s.

Sindres D., « Vers la disparition d'un ordre public de proximité ? », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012, doct. 10

Siney, « Les conventions sur les pensions alimentaires », *Rev. Trim. Civ.* 1954, 228

Sinopoli L., « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome », *Gazette du Palais*, Spécial Contentieux judiciaire, n° 202-204, 2002, pp. 2 ss

Steiner Ph., « L'héritage au XIXème siècle en France. Loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique* 2008/1, Vol. 59, p. 75 à 97

Tallon D., « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mélanges Sayag*, Litec, 1998

Théry Ph., « Méthodologie de la réforme », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP suppl. au n°1-2, 11 janvier 2016, p. 41

Usunier L., « La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international », *RTD civ.* 2017. 833

Vareille B., «Nouveau rapport, nouvelle réduction», *D.* 2006, Chron. 2565

Vareilles-Sommières P., « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme - Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », », in *Le juriste dans la cité, Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, Lextenso, 2018, p. 1031

Vareilles-Sommières P., « L'ordre public » in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, T. Azzi et O. Boscovic (dir.), Bruylant, 2015, p. 169

Vassilakakis E., «La professio juris dans les successions internationales» in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 812

Vialleton H., «Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code civil», in *Mélanges Maury*, t. II, Dalloz & Sirey, Paris, 1960, p. 577

Viganotti E., « Filiation et ordre public international : vers la consécration d'un droit à la filiation ? », *AJ fam.* 2012. 50

Vignal T., « Ordre public et reconnaissance », in *Le droit entre tradition et modernité : Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012

Vincent D., « Réserve héréditaire et ordre public international », *Droit de la famille* 2018, étude 13

Watte N., « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'Homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p.104

Wautelet P., « L'Union européenne et le testament conjonctif : la fin des incertitudes », *Dr. et patrimoine* 2015, p. 40, n°246

Wengler W., « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. Crit. DIP* 1990. 657 S.

Wicker G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », Dr. et patr. 2007. 157 et s.

Willems G., « La séparation des couples en droit anglais et belge : contribution de droit comparé à la réflexion sur l'équilibre entre équité et sécurité juridique en droit de la famille », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2016, n°4

Zaher K., « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. A propos de l'arrêt du 4 novembre 2009 », *Rev. Crit. DIP*, 2010, p.314

Zenati F., « Le juge et l'équité », *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, L'Hermès, 1985

JURISCLASSEUR ET REPERTOIRES

J.-Cl. *Civil Code*, Fasc. 42, « Intervention de l'ordre public international », par J. Guillaumé

J.-Cl. *Civil Code*, Fasc.10 « Libéralités – réserve héréditaire. Quotité disponible. – Nature, Caractère, Fondement et dévolution de la réserve », par C. Brenner

J.-Cl. *Civil Code*, Fasc. 50. « Successions. – réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. Renonciation anticipée à l'action en réduction », par C. Brenner

J.-Cl. *Civil Code*, «Synthèse – Réserve et quotité disponible», par C. Brenner et G. Raoul-Cormeil

J.-Cl. *Civil Code*, « Aliments – obligation alimentaire – conditions d'existence », par L. Leveneur

J.-Cl. *Civil Code*, Fasc. 40 : « ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL . – Notion d'ordre public international », par J. Guillaumé, 2018

J.-Cl. *Dr. int.*, « Fasc. 557-10, Successions », par G. Droz et M. Revillard

J.-Cl. *Dr. int.*, « Fasc. 557-20 : Libéralités . – Problèmes communs . – Testaments », par G. Droz, M. Revillard

J.-Cl. *Dr. int.*, fasc « Fasc. 534-10 : Ordre public international. – Notion d'ordre public international », et « Fasc. 534-20, Intervention de l'ordre public international » par J. Guillaumé

J.-Cl. *Dr. Int.*, « Fasc. 60 : Conflit de lois . – Loi étrangère devant les juridictions françaises . – Application d'office de la règle de conflit de lois . – Établissement d'office du contenu de la loi étrangère », par E. Fohrer-Dedeurwaerder

J.-Cl. *Dr. Int.*, « Fasc. 546-40, Mariage. Effets »

J.-Cl. *Dr. Int.*, « Fasc. 547-20 : DIVORCE . – Divorce prononcé en France . – Loi applicable . – Effets . – Conversion de la séparation de corps en divorce » par H. Gaudemet-Tallon, mars 2017

Jcl. *Dr. Int.*, « Fasc. 534-2 “Ordre public international », par M.-N. Jobard-Bachelier, F.-X. Train, avril 2010

JCl. Droit comparé, « V° Luxembourg », fasc. 3, par A. Weitzel

JCl. Droit comparé, « V° Allemagne - Fasc. 25 : Allemagne. – Droit civil. – Successions et donations », par H.-W. Kornicker

JCl. Droit comparé, « V° Législation comparée : Maroc - Fasc. 25 : Droit de la famille : droit commun. – Successions. Testament. Donation », par F. Sarehane

JCl. Droit comparé, « V° Slovénie », par Dr Karel Zupančič, Dr Barbara Novak

JCl. Droit comparé, « V° Lituanie », par M. Michalauskas,

JCl. Notarial répertoire, « V° Liban, , Fasc. 3 : Successions . – Droit des Communautés non musulmanes . – Successions "ab intestat" . – Successions testamentaires », par P. Gannagé

JCl. Notarial Formulaire, « Synthèse - Législation comparée : Europe » par M. Revillard,

JCl. Notarial Formulaire, « V° Transaction, fasc. 10, *Règles générales* », par J.-P. Moreau et V. Zalewski-Sicard

JCl. Notarial Formulaire, « Fasc. 20 : transaction . – domaine », par F. Julienne

JCl Resp. Civile, Fasc. II, C, n°18, par F. Chabas

JCl. Liquidations – Partages, « V° Successions internationales ; Fasc. 40 : Successions - Conflits de loi », par G. Droz et M. Revillard,

J.-Cl. Roulois, Fasc. 7040, « Droit International Privé . – Libéralités et pactes successoraux »

Rép. Dalloz dr. int.,, « Fraude à la loi », par P. de Vareilles-Sommières, 1998, actual. 2009

Rép. Dalloz dr. int., « Ordre public », par P. Lagarde

Rép. Dalloz dr. int., « v° Successions », par P. Lagarde, actual. oct. 2017

Rép. Dalloz dr. int., « Jugement étranger » (matières civile et commerciale), par P. Vareilles-Sommières

Rép. Dalloz dr. Int., « V° Testament » par M. Fallon et J.-L. Van Boxstael

Rép. Dalloz dr. int.,,, « V° Dispositions à titre gratuit », par A. Ponsard

Rép. Dalloz dr. int.,,, « Propriété littéraire et artistique », par P-Y. Gautier, 1998, actual. janv. 2017

Rép. Dalloz dr. int., « Cautionnement », par A. Sinay-Cytermann

Rép. Dalloz dr. int., « Mariage », par B. Bourdelois,

Rép. Dalloz dr. int., « v° Aliments », janvier 2005 par M. Kornprobst

Rép. Dalloz dr. int., « Contrats » par J.M. Jacquet

Rép. Dalloz droit civil, “Réserve héréditaire – Quotité disponible”, par E. Fongaro, M. Nicod

Rép. Dalloz droit civil, « Enfance », par C. Neirinck

Rép. Dalloz droit civil, « Renonciation », par D.Houtcieff

Rép. Dalloz droit civil, « Equité », par Ch. Albiges

Rép. Dalloz droit civil, “Réserve héréditaire – Quotité disponible”, par Fongaro E. et Nicod M, 2011

Rép. Dalloz droit civil, « Equité », par C. Albiges, 2017

Rép. Dalloz . pr. civ., « v° Aliments », janvier 2009, par A. Gouttenoire

Rép. Dalloz pr. civ., v° *Aliments*, par A. Gouttenoire, actu. par V. Bonnet, mars 2014

RAPPORTS, COLLOQUES ET CONGRES

C. cass., Rapport annuel 2013, *L'ordre public*

C. cass., Rapport annuel 2017, *Le juge et la mondialisation*

Rapport du 101ème Congrès des Notaires de France, *Les familles sans frontières en Europe, Mythe ou réalité?*, 2005.

Rapport du 108ème Congrès des Notaires, *La transmission*, 2012

Rapport du 110^{ème} Congrès des notaires de France, *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 2014

Rapport du 111ème Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique*, 2015

Rapport du groupe travail sur la réserve héréditaire, C. Pérès, Ph. Potentier (dir.), DACS, Ministère de la justice, 2019

http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/2019.12.20%20Rapport%20reserve%20hereditaire.pdf

Colloque de Roubaix du 28 novembre 2017, «De quelques difficultés en droit international privé français de la réception des droits musulmans », JCP N, 2018, 1247

Colloque sur le dogme musulman et les droits de l’homme en Islam, Publication du Ministère saoudien de l’information Ryadh, 1973, p. 201 et s.

DOCTRINE ETRANGERE

Espagne

Goldschmidt W., *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, vol. 1, 2^{ème} éd., Ed. jurid. Europa-América, 1954

Castellanos Ruiz E., « Sucesión hereditaria », in A.-L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González (dir.), *Derecho internacional privado*, Comares, Grenade, 11^e éd., 2010

Pérez Giménez M.T, *La reserva lineal del artículo 811 del código civil*, Universidad de Jaén, D.I., 2005

Etats-Unis

Madoff R.D, « Unmasking undue influence », *Minnesota Law Review*, Vol. 81, n°3, February 1997

Allemagne

Dorner H, « Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners », *IPRax*, 1994, p. 35

Schwab D., Gottwald P., Lettmaier S., *Family and succession law in Germany*, Wolters Kluwer law & business, 3^{ème} éd., 2017

Institut Notarial Allemand, *Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union européenne, pour la Commission des Communautés Européennes*, sur http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf

Suisse

Steinauer P-H, *Le droit des successions*, Berne, Stampfli, Précis de droit, 2^{ème} éd., 2015

Italie

Migliazza A., *Successioni (diritto internazionale privato) in Novissimo Digesto italiano*, 2^{ème} éd., vol. XVIII, Turin, 1971

Davì A., « Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni », *Rivista di Diritto Internazionale* 2005, p. 330

JURISPRUDENCE

I. JURIDICTIONS INTERNES

A. COUR DE CASSATION

Ch. réun. 27 nov. 1863, *DP* 1864. 1. 5, note Brésillion; *S.* 1863. 1. 513; *GAJC*, n° 138

Cass. Req. 23 novembre 1898, *D.P.* 1899, 1, p.38

Cass. Civ. 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, DP 1876. 1. 193, note A. Giboulot, v. aussi F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, GAJC, t. 2, 13e éd., 2015, Dalloz, n° 165, p. 172

Cass. Civ., 12 juin 1894, S. 95. 1. 161, DP. 95. 41

Req., 24 oct. 1900 : DP 1901, 1, p. 135

Req., 27 nov. 1911

Cass. Civ., 21 mai 1912, DP 1915, 1, p. 8

Cass. 10 février 1913, Recueil Dareste, 1918, p. 14

Cass. Civ. 19 mars 1913, DP 1916. 1. 238

Cass. Civ. 6 juin 1921, DP 1921. 1. 73, rapp. A. Colin ; S. 1921. 1. 193, note L. Hugueney; Com. 2 déc. 1947, RTD civ. 1948. 332, obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud

Cass. Civ., 12 déc. 1921, DP 1921, 1, p. 153, note H. Capitant ; S. 1923, 1, p. 353, note E. Audinet

Cass. Civ. 27 juillet 1925

Req. 24 janvier 1928, D. P. 1928 1, 157 note Nast ; D. P. 1930, 2. 81

Req., 26 juin 1928, DH 1928, p. 463

Cass. civ., 2 janv. 1929, DP 1929, 1, p. 137, note R. Savatier ; S. 1929, 1, p. 185, note Audinet

Cass. Civ. 3 janvier 1933

Cass. civ., 11 janv. 1933, *Crémieux*, DP 1933, I, p. 10, note H. Capitant

Req. 3 avril 1935, Rev. Crit. DIP, 1936.114, D.H. 1935, 284

Cass. 28 juillet 1936, *Clunet*, 1937.288, DH. 1936.474

Cass. Civ. 26 janvier 1938, D.H. 1938. 330 et 1942.120, Nast

Cass. civ., 28 févr. 1938, DH 1938, p. 241

Cass. Civ. 11 avril et 1er mai 1945, D. 1945, p. 245, note P. L.-P. ; Sirey, 1945, I, p. 121, note H. Batiffol ; JCP, 1945, II, p. 2895, note R. Savatier

Cass. Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, D. 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; Rev. crit. DIP 1949. 89, note Batiffol ; JDI 1949. 38 ; S. 1949. 1. 21, note Niboyet ; JCP 1948. II. 4542, note Vasseur ; *Grands arrêts*, n° 19

Cass. Civ. 28 févr. 1949, D. 1949. 301

Cass. Com. 21 février 1950, D. 1950.557, note Ripert

Cass. civ., 2 août 1950 : JCP G 1950, II, 6059 ; RTD. civ. 1951, p. 271, obs. R. Savatier

Cass. Civ. 2^{ème}, 11 décembre 1952

Cass. Ch. Civ. 1^{re} sect. 17 avr. 1953, *Rivière*, Rev. Crit. DIP 1953. 412, note Batiffol, JDI 1953. 860, note Plaisant, JCP 1953 II 7863, note Bluchet, *Grands arrêts DIP* n° 26

Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1957, *Silvia*, Rev. crit., 1957, p. 690, note Batiffol

Cass. Civ. 28 janvier 1958, *Chemouni*, Rev. Crit. DIP 1958. 110, note Jambu-Merlin

Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1958, *Valentinis*, Rev. Crit. Dip, 1959, 691, J. Deprez

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 1959, *Bisbal* ; Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 1960, *Cie algérienne de Crédit et de Banque*, Grands arrêts DIP n°32-34

Cass. Civ. 28 février 1960, S. 1860, 1. 210 ; DP 1860. 1. 57 ; GA n°4

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1963, *Patino*, JCP 1963. II. 13365, note H. Motulsky, JDI 1963. 1016, note P. Malaurie, Rev. crit. DIP 1964. 532, note P. Lagarde, *Grands arrêts*, n° 38

Cass. Civ. 1^{ère} 26 juin 1963, Bull. 1963, I, n°347

Cass. civ. 1^{ère}, 15 juill. 1963, Rev. crit. DIP 1964. 732

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1964, *Munzer*, GADIP, 4e éd., n° 41, B. Ancel et Y. Lequette

Cass. Civ 1^{ère}, 17 nov. 1964: Bull. Civ. I, n°505; JCP G 1965. II. 13978, concl. Lindon; Rec. Penant 1965, 251, note Lampué; Rec. Gén. Lois 30 avr. 1965, n°311, note G. Droz.

Cass. Soc. 12 mai 1965, D. 1965. 652

Cass. Civ 1^{ère}, 29 novembre 1965, Bull. 1965, I, n°659

Cass. soc., 3 mai 1967 : Bull. civ. 1967, IV, n° 358

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1967, *Kieger*, Rev. crit. DIP 1967. 728, note P. Bourel, D. 1967. 629, note P. Malaurie, JDI 1967. 622, note B. G.

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 oct. 1967, *Bachir*, *Grands arrêts*, n°45

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1970, n°68-13.205

Cass. Civ. 3e, 29 oct. 1970, Bull. civ. III, n° 553

Cass. Civ. 1^{ère}, 19 oct. 1971, *Darmouni*, Rev. Crit. DIP., 1973, 70, Simon-Depitre; D. 1972, 633, note Ph. Malaurie

Cass. Civ 1^{ère}, 1er fév. 1972, *Rougeron*, *D.* 1973, p. 59, note P. Lagarde, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 320 s, n. G. Droz

Cass. Civ 1^{ère}, 18 mai 1972, n°70-14.534, *D.* 1972. 672

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1972, *Todorovitch*, n°71-44.470, *Rev. Crit. DIP* 1973, p. 691, G. Wiederkehr; *JDI* 1973, p. 700, G. de la Pradelle

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, n° 73-11.265 : *Bull. civ. I*, n° 193

Cass. Civ. 3e, 27 oct. 1975, *Bull. civ. III*, n° 310

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1975, n° 73-14.300; *Bull. civ. I*, n° 311

Cass. 3e civ., 4 févr. 1976, n° 74-13.064

Cass. Civ. 1^{ère}., 4 mai 1976

Cass. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1977, *Assous*, *Rev. Crit. DIP*, 1979, 395, note Y. Loussouarn, *Clunet*, 1978, 587, note D. Alexandre

Cass. Civ. 1^{re}, 30 janv. 1979, *Rev. crit. DIP* 1979. 629, note Y. Lequette ; *JDI* 1979. 393, note Mayer ; *D.* 1979. IR 460, obs. Audit

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 juillet 1979, *Van der Plassche*, *Rev. Crit. DIP* 1980, 91, note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet*, 1980, 310, note B. Audit

Cass. Com. 18 déc. 1979, n° 78-10.763, *Bull. civ. IV*, n°339 ; *RTD civ.* 1980. 780, obs. G. Cornu

Cass. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1979, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1981. 88, I. Fadlallah, *ibid.* 1981. 17

Cass. Civ. 3 janvier 1980, *Bendjedouche*, *Rev. Crit. DIP* 1980, p. 331, note. Batiffol

Cass. Civ. 4 mars 1980, *Bull. civ. I*, n°71

Cass. Civ 1^{ère}., 29 avr. 1980 : *Bull. civ.* 1980, I, n° 122

Cass. Civ 1^{ère}, 1er avril 1981, *De Pedro*, *JDI* 1981, p. 812, n. D. Alexandre

Cass. soc., 17 mars 1982, n° 80-40.455 : *Bull. civ.* 1982, V, n° 180

Cass. Civ. 2^{ème}, 29 septembre 1982, n° 81-15.692, *Bull.* 1982, II, n° 116

Cass. Civ 1^{ère}, 20 avr. 1983, Defrénois 1985, art. 33609, note M. Grimaldi

Cass. Civ. 3e, 10 mai 1983, *Bull. civ. III*, n° 111

Cass. Civ 1^{ère}, 3 novembre 1983, *Rohbi*, *Rev. Crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 325, note I. Fadlallah; *Clunet* 1984, p. 329, note Ph. Kahn; *JCP G* 1984 II p. 20131, concl. Gulphe; *Grands arrêts dr. int. pr.*, n° 63.

Cass. Civ 1ère, 7 déc. 1983 : JCP N 1985, II, 57, note M. Dagot

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janvier 1985

Cass. civ 1^{ère}, 6 février 1985 n° 83-11241, *Simitch*

Civ. 1ère, 20 mars 1985, *Caron*, Rev. Crit. DIP 1986.66, note Lequette

Cass. Civ. 1ère, 29 mai 1985, n° 84-11.626 : Bull. civ. I, n° 167

Cass. Civ 2^{ème}, 27 juin 1985, GAJC, 12^{ème} éd., n°39, D. 1986, 230, note C. Philippe ; RTD Civ, 1987, 298, obs. J. Rubellin-Devichi

Cass. Civ. 2^{ème}, 17 octobre 1985, n° 84-15.135, Bull. 1985, II, n° 157

Cass. Civ. 1re, 22 oct. 1985, n° 84-11.468 , Bull. civ. I, n° 267; JDI 1986. 1005, note G. Wiederkehr; D. 1986. 241, note A. Breton

Cass. Soc. 23 oct. 1985, Bull. civ. IV, n° 490

Cass. Civ. 1re, 19 nov. 1985, n° 84-16.001, *Sté Cognacs and brandies*, GADIP, 5e éd. Dalloz, 2006. n° 71

Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1987, *Rev. Crit. DIP*, 1988. 337

Cass. Civ 2ème, 4 mars 1987, n° 86-10.453, Bull. 1987, II, n° 60

Cass. Civ. 1re, 20 oct. 1987, n° 85-18.877 , *Cressot*, Bull. civ. I, n° 275; Rev. crit. DIP 1988. 540, note Y. Lequette; J. 1988, p. 44 obs. A. Huet

Cass. civ. 1ère. 8 déc. 1987 et 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 733, note M.-L. Niboyet-Hoegy, *JDI* 1989. 63, note F. Monéger, 2e arrêt.

Cass. civ. 1ère., 1er mars 1988, *D.*1988. 486, note J. Massip, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann

Cass. Civ 2^{ème}, 21 mars 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, I, jur. p. 38, J. Massip

Cass. Com. 22 mars 1988, Bull. civ. IV, n° 119

Cass. Civ. 1re, 19 avr. 1988, Rev. crit. DIP 1989. 68, note H. Batiffol ; D. 1988. Somm. 345, obs. B. Audit

Cass. Soc. 26 mai 1988, n° 84-43.782, inédit

Cass. Com. 31 mai 1988, RTD civ. 1989. 71, obs. J. Mestre

Cass. Civ 1^{ère}, 6 juillet 1988, *Baaziz*, Rev. Crit. DIP 1989, p. 71, note Y. Lequette

Cass. 1ère civ. 11 octobre 1988, *Rebouh* ; Grands arrêts DIP n°74-78

Cass. 1^{ère} civ. 18 octobre 1988, *Schule* ; Grands arrêts DIP n°74-78

Cass. Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1988, n° 87-11.568 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495, note J. Foyer ; *JDI* 1989, p. 703, note F. Monéger ; *Defrénois* 1989, art. 34464, n° 5, obs. J. Massip

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, *Soc. De Baat en Zegwaard c. Soc. Les Fils Charvet et Porteix*, *Rev. crit. DIP* 1990. 316, P. Lagarde

Cass. Civ 1^{ère}, 24 janvier 1990

Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, *Rev. Crit. DIP* 1990. 519, note E. Poisson-Drocourt ; *JCP* 1991. II. 21635, note H. Muir Watt ; Grands arrêts DIP n°69

Cass. Civ. 2^{ème}, 31 janvier 1990, n°88-10.268

Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1990, *Akla*, *Rev. Crit. DIP*, 1991. 593, 1^{re} espèce, note P. Courbe, *D.* 1990. Somm. 263, obs. B. Audit, Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, *Rev. Crit. DIP*, 2001. 704, note L. Gannagé, *D.* 2001. 3378, note M.- L. Niboyet ; *JCP G* 2002. II. 10039, note Th. Vignal, *JDI* 2002.181, note Ph. Kahn

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, *Coveco* ; Grands arrêts DIP n°74-78

Cass. Civ. 2^{ème}, 25 mars 1991, n° 89-21.181, *Bull.* 1991, II, n° 102

Cass. Com., 16 avril 1991, *Bull. civ.* IV, n° 147, n°89-19.258

Cass. soc., 13 mai 1992, n° 89-40.844 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 307 ; *RTD civ.* 1992, p. 783, obs. P.-Y. Gautier

Cass. Soc. 8 avr. 1992, n° 89-13.956 , *Bull. civ.* IV, n° 266

Cass. Civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, n°91-11.262, *Rev. Crit. DIP*, 1993. 269, note P. Courbe, *D.* 1993. 476, note K. Saïdi, *JCP G* 1993. II. 22138, note J. Déprez, *Defrénois*, 1993. 292, note J. Massip

Cass. Civ 1^{ère}, 27 octobre 1992, *Bull. civ.*, I, n°261, p. 171

Cass. Civ. 1^{ère} 10 février 1993, *Rev. Crit. DIP* 1993. 620, note J. Foyer

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 684, note P. Courbe

Cass. soc., 5 janv. 1994 : *JCP G* 1994, II, 22259, note F. Taquet ; *D.* 1994, jurispr. p. 586, obs. C. Puigelier

Cass. civ. 1^{ère}, 1er juin 1994, *D.*1995. 263, note J. Massip, *Rev. crit. DIP* 1995. 103, note J. Déprez, *Grands arrêts* n° 63-64

Cass. Civ 2^{ème}, 15 juin 1994

Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, *Rev. Crit. DIP*, 1995. 569, note J. Déprez, *JDI* 1995. 343, 2^e espèce,

note P. Kahn

Cass. Civ 1^{ère}, 31 janv. 1995, n° 93-12.099 : Bull. civ. I, n° 67, RTD Civ. 1995 p.418, n. J. Patarin; D. 1996, p.24, n. Ph. Delmas Saint-Hilaire

Cass. Civ 1^{ère}, 7 novembre 1995, n°94-10.447, D. 1996, p. 170, B. Audit

Cass. Civ. 1re, 25 juin 1996, n° 94-14.858, D. 1998. 453, note L. Brunet ; ibid. 1997. 275, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; RTD civ. 1996. 873, obs. J. Hauser ; ibid. 1997. 542, obs. J.-P. Marguénaud

Cass. Civ. 1re, 5 nov. 1996, n° 94-21.603, Bull. civ. I, n° 371 ; LPA 1997, n° 70, p. 35, note Massip

Cass. civ. 1re, 11 mars 1997, D. 1997. 400, note M.-L. Niboyet-Hoegy, JCP G 1998. I. 101, note H. Fulchiron, JDI 1998. 110, note Ph. Kahn

Cass. Civ. 1re, 6 mai 1997, n° 95-15.309, *Hannover International*, Rev. crit. DIP 1997. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; JDI 1997. 804, note D. Bureau, Grands arrêts DIP n° 84

Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, Rev. Crit. DIP 1998. 60, note Mayer, D. 1999. 274, note Massip

Cass., Civ 1^{ère}, 24 février 1998, *Consorts Vialaron c. M. Guillermin*, Rev. crit. dr. internat. pr., 1998, p. 638, note G. Droz, D. 1999, p. 290, obs. B. Audit et 309, note J. Thierry, RTD. civ. 1998, p. 347, obs. J. Hauser, RTD. civ. 1998, p. 458, obs. B. Vareille, RTD. civ. 1998, p. 520, obs. J. Marguénaud, RTD civ. 1998. II. 10175, Th. Vignal

Cass. Civ. 1re, 17 mars 1998, n° 96-13.972 , Bull. civ. I, n° 120 ; RTD civ. 1999. 670, obs. Mestre; JCP 1998. II. 10148, note Piedelièvre ; Defrénois 1998. 749, obs. Aubert ; CCC 1998, n° 86, note Leveneur

Cass. Com. 2 mars 1999, n° 97-12.577, Bull. civ. IV, n° 52 ; JCP 1999. IV. 1807 ; Rev. crit. DIP 1999. 305, rapp. Rémy.

Cass. Civ 1^{ère}, 16 mars 1999, *Pordéa*, RTD. civ. 1999, p. 469, obs. R. Perrot ; *RTD. civ.* 2000, p. 944, obs. J. Raynard ; *Dalloz affaires* 1999.799 obs. V.A.-R. ; *Droit judiciaire international Rev. Génote des procédures* 1999.747, H. Mui-Watt ; *Clunet* 1999.774 A. Huet; *Rev. Crit. DIP* 2000, p. 181, G. Droz

Cass. Soc. 16 mars 1999, n° 96-44.551, *Bull. civ. IV*, n° 125

Cass. soc., 18 mai 1999, n° 97-14.176 Bull. civ. 1999, V, n° 233

Cass. Civ. 1re, 26 mai 1999, n°96-21.333; Gaz. Pal. 2000, nos 61-62, p. 39, 1re esp., obs. Niboyet.

Cass. Civ 1^{ère}, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans IARD et M. Belaid* (2 arrêts), GAJF DIP, 4e éd., Dalloz, 2001, arrêts n° 77-78, p. 690 ; Rev. crit. DIP 1999, p. 707, note H. Muir-Watt

Cass. Civ 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 737, note F. Monnéger

Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 97-20.887, Bull. civ. 2000, I, n° 130

Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.635 ; Bull. civ. 2000, V, n° 399 ; JCP G 2001, IV, 1178

Cass. Civ. 2e, 2 mai 2001, n° 99-15.714, RTD civ. 2001. 860, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2001. comm. 78, note H. Lécuyer ; Gaz. Pal. 13-15 janvier 2002, somm., obs. J. Massip

Cass. Civ 1^{ère} 3 juillet 2001, *Douibi*, n° 00-11.968, D. 2001. 3978, note M.L Niboyet ; JCP G 2001, II, 10039, note T. Vignal ; RID comp. 2001, p. 704, note L. Gannagé ; Dr. fam. N°7, 2002, chron. 17, M. Farge

Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, n° 99-14.979, Bull. 1, n°217, p. 138

Cass. com., 2 oct. 2001, n° 98-19.694; Bull. civ. 2001, IV, n° 154 ; RTD com. 2002, p. 164, obs. A. Martin-Serf

Cass. Soc. 5 févr. 2002, n° 99-45.861, Bull. civ. IV, n° 54 ; JCP E 2002. 727, note Duquesne

Cass. Com. 8 octobre 2003, *Dr. fam.*, 2003, comm. n°132, H. Lécuyer

Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.538

Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, Bull. civ. I, n° 30, p. 26 ; RTD civ. 2004, 272, obs. J. Hauser ; JCP G 2004, I, 167, n° 2, obs. H. Bosse-Platière ; Dr. Famille 2004, comm. 78, obs. V. Larribau-Terneyre

Cass. Civ 1^{ère}, 17 février 2004 (cinq arrêts), D. 2004. 824, concl. Cavarroc ; D. 2004. 815, chron. P. Courbe ; Rev. crit. DIP 2004. 423, note P. Hammje ; JDI 2004. 1200, note L. Gannagé ; JCP 2004. II. 10128, note H. Fulchiron ; Defrénois 2004. 812, obs. J. Massip ; Gaz. Pal. 3-4 sept. 2004, p. 27, chron. M.-L. Niboyet ; D. 2005. Pan. 1266, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; LPA 5 août 2004, p. 13, note H. Péroz ; RTD civ. 2004. 367, obs. J.-P. Marguenaud ; Grands arrêts n°64

Cass. Civ. 3e, 19 mai 2004, n° 03-11.303 , AJDI 2005. 30, obs. Dumont, D. 2005. 1090, obs. Rozès ; RTD com. 2005. 53, obs. Monéger ; Dr. et patr. 2004. 88, obs. Chauvel ; JCP E 2004. II. 1193, note Keita; Civ. 3e, 3 mars 1993, n° 91-12.537 , Bull. civ. III, n° 25

Cass. Ch. Mixte, 23 nov. 2004, *JCP G* 2005 I, p. 253, obs. J. Ghestin; *RTD civ.* 2005, p. 434, obs. M. Grimaldi; *Resp. civ. et assur.* 2005, chr. 3, obs. F. Leduc et Ph. Pierre; *D.* 2005, p. 1905, note. B. Beignier

Cass. Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, n°02-20.334

Civ. 2^{ème}, 20 mars 2005, *Defrénois* 2005, 1844, note Massip ; *AJ Famille*, 2005, 143, obs. S. David

Cass. Civ 1^{ère}, 18 mai 2005, *Bentchikou c. Bentchikou*, RTD. civ. 2005, p. 813, obs. M. Grimaldi, Rev. Crit. DIP 2005, p. 639, obs. B. Ancel

Cass. Civ. 1^{re}., 4 oct. 2005 , *Annie B. c/ Sylvie C. et a.*; Dr. famille 2005, comm. 252, note B. Beignier ; RJPF déc. 2005, p. 43, note J. Casey

Cass. Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-20.845 , Bull. civ. I, no 379 ; Gaz. Pal. 2006, n° 56, p. 16, note M.-L. Niboyet ; D. 2006. Pan. 1053, obs. F. Jault-Seseke ; JCP 2006. I. 157, no 6, obs. A. Marmisse d'Abadie d'Arrast

Cass. Civ 1ère, 6 décembre 2005, D. 2006, panor. 1947, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Droit & Patrimoine, n°154, décembre 2006, chron. M-E. Ancel

Cass. Civ. 1re, 3 janv. 2006, n° 04-15.231, Rev. crit. DIP 2006. 627, note M.-C. Najm ; D. 2007. Pan. 1759, obs. F. Jault-Seseke

Cass. Civ 1ère, 28 février 2006, RTD Civ. 2006, p. 285, obs. J. Hauser

Cass. Civ. 1ère, 25 avril 2006, n°04-15.347

Cass. Civ. 1re, 10 mai 2006, n° 05-10.299, D. 2006. 2890, obs. I. Gallmeister, note G. Kessler et G. Salamé ; ibid. 2007. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; AJ famille 2006. 290, obs. A. Boiché

Cass. Civ 1ère, 20 juin 2006, JDI (Clunet) 2007, 1, H. Gaudemet-Tallon ; D. 2007, 1710, P. Courbe ; Rev. Crit. DIP, 2007, 383, B. Ancel

Cass. Civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 04-14.185, RLDC 2007, n° 26, obs. C. Bas ; D. 2006. 2122 ibid. 2007. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ famille 2006. 425, obs. F. C. ; RTD civ. 2006. 736, obs. J. Hauser, Dr fam. 2006, n° 203, note P. Murat

Cass. Civ. 1ère, 28 novembre 2006, *M. Larbi S. c. Mme Fatima H.*, D. 2007, p. 280, note A. Devers, AJ famille 2007, p. 86, obs. A. Boiche, Rev. crit. DIP 2007. 584, N. Joubert

Cass. Civ 1ère, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, Rev. crit. DIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; D. 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; LPA 2007, n° 102, p. 15, note C. Lecuyer ; Gaz. Pal. 3 mai 2007, n° 123, p. 2 ; JDI 2007. 1195, note Train

Cass. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *Agintis* : D. 2008, p. 5, obs. X. Delpech, p. 753, note W. Boyault et S. Lemaire, p. 1507, obs. P. Courbe, et p. 2560, obs. S. Bollée ; RDI 2007, p. 511, avis O. Guérin ; RDI 2008, p. 38, obs. C. Charbonneau ; Rev. crit. DIP 2009, p. 728, note M.-E. Ancel ; RTD com. 2008, p. 456, obs. P. Delebecque

Cass. ch. mixte, 21 déc. 2007, JCP N 2008, n° 24, 1222, Ph. Pierre et R. Gentilhomme

Cass. Civ. 1re, 6 févr. 2008, D. 2009. Pan. 835, obs. L. Williatte-Pellitteri

Cass. Civ. 1re, 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Sté Monster Cable Products Inc c/ Sté Audio marketing services*, D. 2008. AJ. 2790, obs. I. Gallmeister ; D. 2009. Jur. 200, note F. Jault-Seseke, A. Huet, « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté », Chron. 684, et Pan. 1557, spéc. 1565, obs. F. Jault-Seseke ; JCP 2008. II. 10187, note L. d'Avout

Cass. Civ. 1re, 14 janv. 2009, *Société Agrogabon c. Epoux Tek*, Bull. civ. I, n° 3, D. 2009. 303, obs. I. Gallmeister ; ibid. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2009. 331, note L. d'Avout

Cass. Civ 1ère, 11 mars 2009, n°08-13431, Rev. Crit. DIP 2010, 344, note P. Hammje

Cass. Civ. 1ère, 20 mai 2009, n°08-16.916

Cass. Civ. 1ère 16 juin 2009, n°07-21.292, *AJ Famille* 2009 p. 299, I. Gallmeister

Cass. Civ. 1re, 30 sept. 2009, n° 08-18.769, *Rev. crit. DIP* 2010.133, note H. Gaudemet-Tallon

Cass. Civ 1ère, 14 octobre 2009, n°08-15.583, *Rev. Crit. DIP* 2010, p. 361, N. Joubert

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2009, n°08-20.574 et 08-20.574, D. 2009. AJ 2749 et 2750, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 38 et 86, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2010. 13, obs. L. Abadie, *Rev. Crit.DIP* 2010, p.313, note K. Zaher

Cass. Civ 1^{ère}, 4 novembre 2009, n° 08-20.355

Cass. Civ. 1re, 12 mai 2010, n° 09-10.556, D. 2010. 1348 ; AJ famille 2010. 287, obs. C. Vernières, supra 527, obs. J. Hauser ; RTD Civ. 2010 p.602, obs. M. Grimaldi

Cass. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, D. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010. 387, obs. A. Mirkovic; obs. B. Haftel; interview C. Mécar; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck; *Rev. crit. DIP* 2010. 747, note P. Hammje; RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; Clunet 2011. 119, note S. Bollée ; JCP 2010. II. 1173, note H. Fulchiron

Cass. Civ. 1ère, 1er décembre 2010, n° 09-13.303, D. 2011, p.423, obs. I. Gallmeister ; D. 2011, p.423, note F.-X. Licari ; D. 2011, p. 1374, obs. F. Jault-seseke ; RTD civ. 2011, p.317, note P. Rémy-Corlay; RTD civ. 2011, p.122, obs. B. Fages ; *Rev.crit.DIP* 2011, p.93, note H. Gaudemet-Tallon; JCP 2011, p.140, note J. Juvenal ; JCP 2011, p.415, obs. P. Stoffel-munck.

Cass. Civ. 1^{re}, 12 janvier 2011, *Rev. crit. DIP* 2011. 438, note E. Gallant

Cass. Civ. 1re, 9 févr. 2011, n°09-71.102 , RTD civ. 2011. 342, obs. J. Hauser

Cass. Civ 1^{ère}, 23 février 2011, n°10-14.101, Bull. civ. n° 33, D. 2011. 762, obs. I. Gallmeister ; AJ Famille 2011, p.210, obs. A. Boiche

Cass. Civ. 1re, 9 mars 2011, n° 10-13.758

Cass. Civ. 1re, 18 mai 2011, n° 10-19.750, inédit, RLDC 2011/84, n°4315, p.44, obs. E. Pouliquen

Cass. Civ. 1ère, 1er juin 2011, n° 09-67.805 : Bull. civ. 2011, I, n° 102 ; AJF juill.-août 2011

Cass. Civ 1ère, 26 oct. 2011, n°09-71.369, D. 2011. 2728 ; AJ fam. 2012. 50, obs. E. Viganotti ; JDI 2012. 176, note J. Guillaumé, *Rev. crit. DIP* 2013. 173, note J. Heymann; D. 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; D. 2012. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée

Cass. Civ 2^{ème}, 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.864, *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 339, P. Lagarde

Cass. Civ. 1^{re}, 15 févr. 2012, n° 11-13.883, *Juris-Data* n° 2012-002193

Cass. Civ 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-30.261, JCP G 2012, act. 728, obs. A. Devers, JCP G 2012, 857, F. Chénéde, *Rev. Crit. DIP* 2013, p. 587, L. Gannagé

Cass. Civ 1^{ère}, 10 octobre 2012, *JCP N* 2013, 1069 S. Godechot Patris, *JCP G* 2012, 1368, L. Perreau-Saussine

Cass. Civ. 1re, 21 nov. 2012, n° 10-17.365, D. 2012. 2802 ; AJ fam. 2013. 59, obs. A. Boiché ; RTD civ 2013, p. 162, M. Grimaldi ; D. 2013 p.880, M-C Meyzeaud-Garaud ; *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, janv. 2013. 11, N. Petroni-Maudière ; Dr. Et Patrimoine 2013, p. 81, M-E. Ancel ; JCP N 2013, p. 31, A. Devers

Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-17.185, Bull. civ. 2012, IV, n° 213

Cass. Com. 12 févr. 2013, n° 11-27.754

Cass. Civ 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-10.027, D. 2013, p. 2088, note J. Souhami ; AJ fam. 2013. p. 453, obs. P. Hilt ; RTD Civ. 2013 p.590, note J. Hauser

Cass. Civ 1^{ère}, 13 juillet 2013, n° 12-22.983, RJPF 2015-9/39, obs. S. Godechot-Patris

Cass. Civ 1^{ère}, 25 septembre 2013, n°12-21.892, D. 2013. 2682, note A. Molière ; AJ fam. 2013. 647, obs. P. Hilt ; RTD Civ. 2013 p.821, note J. Hauser

Cass. Civ. 1^{ère}, 23 octobre 2013, n°12-25.802, AJ Famille 2013, p. 709, obs. A. Boiche ; Dr. Fam., février 2014, comm.31, M. Farge

Cass. Civ. 1re , 20 nov. 2013, n°12-23.118, D. 2013. 2772 ; AJ fam. 2014. 65, obs. A. de Guillenchmidt-Guignot

Cass. Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066; D. 2014. 179, note F. Chénéde ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénéde

Cass. Civ. 1re, 14 mai 2014, n° 13-17.124 , Bull. civ. I, n° 89

Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.367, non publié

Cass. Civ 1^{ère}, 24 septembre 2014, n°13.12-532, JCP G 2014, 1265, obs. G. Wierderkher

Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21.363 : JCP E 2015, 1115, obs. N. Dissaux

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, JCP G 2015, 318, note L. Gannagé.

Cass. Civ 1^{ère}, 11 février 2015, n°13-25.572

Cass. Civ. 1^{ère}, 15 avril 2015, n°14-11.796, RTD civ. 2015, . 595, obs. J. Hauser

Cass. Civ 1^{ère}, 15 avril 2015, n°14-13.420

Cass. Civ 1^{ère}, 28 mai 2015, n° 14-15.607

Cass. Civ. 1re, 8 juill. 2015, n° 14-17.880, D. 2015. 1539; AJ fam. 2015. 492, obs. A. Boiché; JCP 2015. 1024, note E. Fongaro; JDI 2015. 1147, note P. de Vareilles-Sommières ; RJPF, 19 oct. 2005, n°10, S. Godechot-Patris

Cass. Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, D. 2015. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville ; *ibid.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; JCP 2015. 1188, note P. Berlioz ; Rev. crit. DIP 2016. 132, note H. Muir-Watt et D. Bureau

Cass. Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, n° 14-22.095

Cass. Civ 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-13.103, *Inédit*

Cass. Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.20; D. 2016. 2568, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier

Cass. 2^e civ., 2 févr. 2017, n° 16-13.521; D. 2017. 350 ; AJDI 2017. 423, obs. F. de La Vaissière

Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-16903

Cass. Civ 1^{ère}, 5 juillet 2017, *Contrats Concurrence Consommation*, 2017, comm. 217, L. Leveneur

Cass. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, 2 arrêts, n° 16 -17.198, *Jarre* et n° 16-13.151, *Colombier*, JCP N 2017, act. 850 et JCP N 2017, p. 1305, E. Fongaro ; JDI 2018, comm. 3, p. 113 , E. Bendelac ; JCP G 2017, 1236, C. Nourissat et M. Revillard ; D. 2017 p. 2185, J. Guillaumé, ; AJ famille 2017, 595, A. Boiché ; D. 2017, p. 2310, H. Fulchiron ; RJPF 2017, p. 44 S. Godechot-Patris et S. Potentier ; Rev. crit. DIP 2018, p. 87 , note B. Ancel ; Dr. famille 2018, étude 13, n° 5 , note D. Vincent ; JCP N 2018, n° 27, 1239, note C. Deneuveille et S. Godechot-Patris.

Cass. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-19.654, Dalloz Actualités 16 oct. 2017, note F. Mélin ; D. 2017. 2518, note J. Guillaumé ; *ibid.* 2018. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2018. 41, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; L'Essentiel, Droit de la famille et des personnes, 1^{er} nov. 2017, n° 10, p. 7, note A. Gosselin-Gorand ; RJPF 2017, n° 11, p. 33, note St. Maclair ; Dr. fam. 2017, n° 11, p. 33, note M. Farge ; JCP 2017. 2260, n° 1311, note E. Gallant ; Gaz. Pal. 9 janv. 2018, p. 75, obs. S. Halou ; JDI 2018. 875, note S. Godechot-Patris ; LPA 8 févr. 2018, n° 29, p. 7, note Ch. Guillard ; RDLF 2018. Chron. 6, K. Bihannic

Cass. Civ 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 16-23.531, D. 2017. 1911 ; AJ fam. 2017. 592, obs. J. Houssier ; LPA 2017, n° 256, p. 19, obs. P.-L. Niel ; JCP 2017, n° 49, obs. A. Tisserand- Martin ; Gaz. Pal. 2017, n° 40, p. 20, obs. T. Donville ; Procédures 2017. Comm. 271, obs. M. Douchy-Oudot ; RJPF 2017, n° 11, p. 26, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2017. Comm. 245, obs. S. Torricelli-Chrifi ; *ibid.* Comm. 220, obs. J.-R. Binet:

Cass. Civ 1^{ère}, 25 oct. 2017, n°16-20.156, JCP N 2018 1046, N. Randoux

Cass. Civ. 1^{re}, 4 juillet 2018, n° 17-16.102, *AJ fam.* 2018. 469, obs. C. Roth, Dr. Famille 2018. Comm. 270, obs. M. Farge

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-16.515 et 17-16-522, *JCP N* 2018, 1313, E. Fongaro, Dr. Fam. 2018, comm. 243, A. Tani ; RJPF 2018, n°12, C.M Péglion-zika

Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2018, n° 17-22.934 P, D. 2018. 2384, obs. Godechot-Patris et Grare-Didier; *ibid.* 1491; AJ fam. 2018. 474, obs. Levillain; Dr. fam. 2018, n°244, obs. Nicod

Cass. Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2019, n° 18-13.526, Dr. Fam. 2019, comm. 83, M. Nicod,

B. CONSEIL D'ETAT

CE, 31 mai 2016, D. 2016. 1204, obs. M.-C. de Montecler ; AJDA 2016. 1092, D. 2016, p. 1477, B. Haftel

C. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const. QPC, 25 mars 2011, n° 2010-108 et n° 2010-110

Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC; *AJ fam.* 2011. 440, obs. B. Haftel et A. Boiché ; *JCP G* 2011, n° 1139, obs. M. Attal ; *JCP N* 2011. 1236, obs. E. Fongaro, *JCP N* 2011, chron. 1256, n° 7, obs. H. Péroz ; *Dr. fam.* 2011. comm. 173, obs. D. Boulanger ; *Dr. et patr.* 2011. 93, obs. M.-E. Ancel ; *Defrénois* 2011. 1351, note M. Revillard ; Petites affiches 2011, n°214, p. 18, note L. d'Avout ; *JDI* 2012. 135, obs. S. Godechot-Patris

D. COURS D'APPEL

CA Bordeaux, 10 janv. 1843

CA Bordeaux, 18 janv. 1881; *JDI* 1881, p. 431

CA Paris, 26 janv. 1888 : *JDI* 1888, p. 390

CA Bordeaux, 13 juin 1899, DP 1900, 2, p. 111

CA Alger, 31 mai 1910; *Rev. Crit, DIP* 1911, p. 674

CA Paris, 13 mars 1934, *JDI* 1934. 1207

CA Montpellier, 26 janv. 1937, DH 1937, p. 212 ; A. Précigout, *Pratique notariale, Rép. gén. not.* 1961, art. 28143, p. 419

CA Paris, 9 janvier 1939, *Gaz. Pal.* 1939. I. 556

CA Paris, 15 décembre 1948, *Weiller, Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, pp. 113 ss., note Ph. Francescakis

CA Colmar, 13 avr. 1951 : D. 1951, p. 384

CA Lyon, 19 mai 1952 : D. 1953, p. 48

CA Paris, 21 juill. 1953, *JCP G* 1953, II, 7847, note J.-C.Leygues ; *JDI* 1953, p. 694 ; *Rev. crit. DIP* 1954, p. 539, note Y. Loussouarn

CA Paris, 7 juillet 1954, *Patino, Rev. Crit. DIP* 1954, 522, Note Francescakis

CA Colmar, 14 nov. 1961, *Hagstotz, Rev. crit. DIP* 1963, p. 534, note Caleb

CA Paris, 18 juin 1971, D. 1971, p. 461, concl. Granion

CA Paris, 28 juin 1973, *Clunet*, 1974, 124, note Ph. Kahn ; Rev. Crit. DIP, 1974, 505, note J. Foyer

CA Paris, 18 déc. 1973

CA Paris, 1er juill. 1974, JDI 1975, p. 525, spéc. p. 534, note Y. Lequette

CA Aix-en-Provence, 16 nov. 1977, Sapuppo c/Dame Raciti, Rev. crit. DIP 1979. 747, note I. Fadlallah

CA Aix, 27 févr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980. 2. 783, note R. Rodière

CA Paris, 24 avr. 1980, Rev. crit. DIP 1982, p. 684, note H. Batiffol

CA Paris, 6 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. Fadlallah

CA Paris, 15 févr. 1985, JurisData n° 1985-021942.

CA Paris, 28 févr. 1985

CA Paris, 8e ch. B, 29 mars 1985

CA Metz, ch. civ., 26 avr. 1985 : JurisData n° 1985-040757

CA Paris, 15 nov. 1988, *D.* 1989. somm. 257, obs. B. Audit

CA Paris, 3 nov. 1987, JDI 1990, 109, note J. Héron

CA Paris, 23 septembre 1988, *D.* 1988, IR 252

CA Lyon, 16 mars 1989, *RIDA*, avr. 1990, p. 227

CA Versailles, 9 oct. 1989, *D.* 1990, p. 99 obs. J. Groslière

CA Paris, 23 janvier 1990, Rev. Crit. DIP 1991, p.92, note Y. Lequette

CA Paris, 15 mars 1990, *D.* 1990, Somm., p. 263, obs. B. Audit

CA Paris, 10 octobre 1990, *D.* 1990 IR p. 275

CA de Paris, 14 juin 1994, « Osmar B », Rev. Crit. DIP 1995. 308, note Y. Lequette

CA Paris, 26 avr. 1994, Juris-Data n°1994-020980, RTD civ. 1994. 582, obs. J. Hauser

CA Paris, 14 juin 1994, Rev. Crit. DIP 1995, p. 318, note Y. Lequette

CA Paris, 9 juin 1995, *D.* 1996, somm. com., p. 171, obs. B. Audit

CA Paris, 2e ch. A, 28 novembre 1995, *Mme de Bourbon de Parme*, *JCP G* 1996, II 22745, note L. Ruet

CA Aix-en-Provence, 10 mai 1998, JDI 1999, p. 316, note A. Bencheneb

CA Bordeaux, 28 octobre 1998, RTD civ. 1999, p.70, obs. J. Hauser

CA Paris, 13 déc. 2001, Rev. crit. DIP 2002, p. 730, L. Gannagé

CA Aix-en-Provence, 14 mars 2002, n°98/12029, JurisData n°2002-190457

CA Paris, 24ème ch. C, 7 mai 2003, 07-05-2003, *AF Famille* 2003, p. 307

CA Reims, 30 oct. 2003, n° 02/01832

CA Aix en Provence, 16 octobre 2003, Rev. Crit. DIP 16 oct.2004. 589, P. Lagarde

CA Paris, Ch. 1 Sect. C, 19 mai 2005

CA Toulouse, 1re ch., 2e sect., 5 janv. 2006, n° 04/05763

CA Aix-en-Provence, 2 mars 2006, Dr. famille 2007, comm. 9, note V. Larribau-Terneyre.

CA Paris, 18 mai 2006, RG n°05/06543, RTD civ. 2006. 751, obs. J. Hauser

CA Paris, 24e ch., 21 mars 2007, JCP N 2007, 1257, note C. Chalas et Ch. Butruille-Cardew

CA Orléans, 20 oct. 2009, RG n° 08/03532

CA Metz, 25 mai 2010, RG n° 07/00974

CA Versailles, 2e ch., 1re sect., 27 oct. 2010, n° 09-08765

CA Lyon, 2^{ème} chambre, 9 janvier 2012, n°11/01220

CA Versailles, 20 juin 2013, n° 11/00414

CA Paris, 22 janv. 2014, RG n° 13/02308

CA Paris, Chambre 1, Pôle 3, 16 décembre 2015, , n°13/17078, *Kazan*

CA Paris, 11 mai 2016, n° 14/26247, *Rev. Plan. Patr. Belge* 2016, p. 199 et s., E. Fongaro et J-L., von Boxtael

CA Caen, 8 juin 2017, D. 2017. 2017, note A. Batteur

CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 3 avril 2018, n°16/24795 , non publié au bulletin

E. JURIDICTIONS DE PREMIERE INSTANCE

Trib. Civ. Pontoise, 6 août 1844, JDI, 1885. 296

T. civ. Seine, 10 juill. 1885 : JDI 1886, p. 208

T. civ. Avesnes, 13 juill. 1894, DP 1895, 2, p. 201, note M. Planiol

Tribunal mixte de Tanger, 8 novembre 1926, Rec. Penant, 1928, II, 21

T. civ. Rouen, 19 déc. 1927 : Rev. crit. DIP 1928, p. 511 ; JDI 1928, p. 1027

T. civ. Seine, 5 juill. 1939, *Fayeulle*, Rev. crit. DIP 1939, p. 450

T. civ. Seine, 22 janv. 1947, D. 1947. 126 ; RTD civ. 1947. 213, obs. R. Savatier

Trib. civ. Mulhouse, 19 janv. 1950, Rev. crit. DIP 1950, somm. 668 ; JCP N 1952, II, 6845, note G.-R. Delaune et G. Flattet

TGI Versailles, 31 mars 1965, JDI, 1966, 97, note Ponsard.

TGI Paris, 18 mars 1968, *Rev. Crit. dr. int. pr.*, 1969, p. 682, note Nisard; *Clunet*, 1969, p. 633, note Ponsard

TGI Lyon, 7 oct. 1971, *Clunet* 1972, 597, note M. Ponsard

TGI Paris, 3 décembre 1973, RCDIP 1974, p. 653

TGI Paris, 25 juin 1976, *Dame Iem Eng Tay c/Hou Hangsin*; JDI 1978. 325, note Y. Lequette

TGI La Rochelle, 19 oct. 1977, Gaz. Pal., 1978, 1. 154, note Brazier

TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. Crit. DIP*, 1980, 83, note P. Lagarde

TGI Paris, 19 juin 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 370, note B. Ancel

TGI Paris, 5 déc. 1979, 3^e et 4^e esp., *Rev. crit. DIP* 1981. 88, 1^{re} esp., *JDI* 1982. 138, note P. Kahn

TGI Paris, 24 avr. 1980, *Vallée*, Rev. crit. DIP 1982, p. 684, note H. Batiffol

TGI Paris, 18 mai 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. Somm. 411

Tribunal de première instance de Monaco 23 février 1995, *aff. Lehman*, Rev. Crit. DIP 1996.439, note B. Ancel

TGI Paris, 5 février 1992, *Rev. Crit. DIP*, 1993, p. 251, E. Poisson-Drocourt

TGI Paris, 26 novembre 2008, *Mme O. R. c. M. O. G.-H*, *Revue critique de droit international privé* 2009 p.310, B. Ancel

TGI Paris, 18 mars 2013, *AJ Famille*, 2013, p. 376, Eskenazi

TGI Paris, 10 juillet 2013, n°06/13502

TGI Paris, 2 décembre 2014, *Jarre*

II. JURIDICTIONS INTERNATIONALES

A. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

CEDH, 10 juillet 1975, n°6082/74, *X. c/ Belgique et Pays Bas*

CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A n° 24, p. 23.

CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74 , série A, no 31, § 63

CEDH 29 nov. 1991, *Vermeire c/ Belgique*, n° 12849/87, RFDA 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre

CEDH 1er févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97, D. 2000. 332, note J. Thierry ; ibid. 626, chron. B. Vareille ; RDSS 2000. 607, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2000. 311, obs. J. Hauser ; ibid. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 601, obs. J. Patarin.

CEDH 3 oct. 2000, *Camp et Bourimi c/ Pays-Bas*, n° 28369/95

CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, Rev. crit. dr. int. pr., 2004, pp. 106 ss., note L. L. Christians; Rev. trim. dr. h., 2002, pp. 463 ss., observations J.-P. Costa.

CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, affaire n° 2346/02, RSC 2002. 645, F. Massias

CEDH 13 juill. 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, n° 69498/01, D. 2005. 1832, note E. Poisson-Drocourt ; ibid. 2114, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; RTD civ. 2004. 804, obs. J.-P. Marguénaud , AJDA 2004, 1812, obs. J-F. Flauss

CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. n° 68864/01, JCP G 2005.I.103, n° 16, obs. F. Sudre, RTD civ. 2005. 335, n. J-P. Marguénaud, *Dr. fam.* 2005. Étude 17, S. Le Chuiton

CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, D. 2005, pp. 2973 ss., « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », M. Fabre Magnan

CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande* [GC], n° 45036/98, AJDA 2005. 1886, chron. J.-F. Flauss ; RFDA 2006. 566, note J. Andriantsimbazovina ; RTD eur. 2005. 749, note J.-P. Jacqué

CEDH 8 nov. 2005, *D. D. c/France*, req. N° 3/02, pt 27, JDI 2006. 1172, obs. M. E.

CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg*, AJDA 2007. 1918, chron. J.-F. Flauss ; D. 2007. 2700, note F. Marchadier ; ibid. 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2007. 807, note P. Kinsch ; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; JDI, 2008. 183, note d'Avout.

CEDH, 21 oct. 2008, *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c/ France*, n° 44421/04, RTD civ. 2009. 288, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH 28 mai 2009, *Brauer c/ Allemagne*, n° 3545/04, RTD civ. 2009. 677, obs. J.-P. Marguénaud

CEDH, 1er déc. 2009, req. n° 64301/01 , *Velcea et Mazare c/ Roumanie*, AJDA 2010. 997, obs. Flauss

CEDH, 6 juillet 2010, n° 38797/07, *Green et Farhat c. Malte* , Rev. crit. DIP 2011, p. 665, note d'Avout

CEDH, 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c/ Grèce* (req. n° 56759/08), Rev. Crit. DIP 2011, 889, et chron. P. Kinsch, p. 817

CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c/ France, D. 2011, p. 1229, obs. H. Gaudemet-Tallon

CEDH 21 juill. 2011, n° 16574/08, *Fabris c/ France*, D. 2011. 2036, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2011. 556, obs. C. Vernières ; RTD civ. 2011. 732, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 753, obs. J. Hauser

CEDH 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, n° 16574/08, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2013. 434, obs. I. Gallmeister ; ibid. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 189, obs. N. Levillain ; RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 358, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 22 mars 2017, n° 16-13.946, D. 2017. 704 ; AJ fam. 2017. 366, obs. J. Casey ; RTD civ. 2017. 364, obs. J. Hauser ; ibid. 458, obs. M. Grimaldi.

CEDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. c. Grèce CEDH*, n° 29381/09, D. 2013. 2888, note F. Laffaille

CEDH, 26 juin 2014, n°65192/11, *Mennesson et Labassée*, n°65941, D. 2014, 1797, F. Chénédé, D. 2014, 1773, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Clunet* 2014, comm. 16, J. Guillaumé

CEDH, 14 déc. 2017, *Orlandi*, n° 26431/12, D. 2018. 446, note H. Fulchiron, 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke, et 1104, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2018. 128, obs. F. Berdeaux ; RTD civ. 2018. 81, obs. A.-M. Leroyer.

CEDH, 19 déc. 2018, n° 20452/14, *Molla Sali contre Grèce*, JurisData n° 2018-023330 ; JCP G 2019, act. 49, obs. H. Surrel ; D. 2019, p. 316, note H. Fulchiron

B. COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE (CJUE)

CJCE, 24 octobre 1978, *Koestler*, aff. 15/78

CJCE 6 mars 1980, *De Cavel II*, Rec. p. 731, Rev. Crit. DIP, 1980. 614, note G.A.L. Droz

CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Hante et Cie. GmbH c. Soc. Mécano-chimiques de surfaces*. C-26/91, RCDIP 1992.726, note H. Gaudemet-Tallon ; RTD eur. 1992.709, note P. de Vareilles-Sommières ; JDI 1993.469, note J-M Bischoff.

CJUE, 30 mars 1993, aff. C-168/91 *Konstantidinis*, RTDH, 1994. 445, note J.-F. Flauss.

CJCE, 4 février 1998, *Hoffmann c/ Krieg*, aff. 145/86, R 645 ; Rev. Crit. DIP 1988, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p. 449, note A. Huet

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd*, C-126/97, D. 1999. IR. 181; RTD com. 2000. 232, obs. S. Poillot-Peruzzetto et 340, obs. E. Loquin

CJCE, 23 nov. 1999, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Arblade*; AJDA 2000, p. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; Rev. sc. crim. 2000, p. 268, obs. L. Idot ; Rev. crit. DIP 2000, p. 710, note M. Fallon ; RTD eur. 2000, p. 727, chron. J.-G. Huglo. – V. aussi CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, *Mazzoleni* : Rev. crit. DIP 2001, p. 495, note É. Pataut ; JDI 2002, p. 578, obs. Luby ; RTD com. 2003, p. 595, obs. G. Jazottes ; RTD eur. 2001, p. 743, chron. J.-G. Huglo ; RTD eur. 2003, p. 529, chron. P. Rodière

CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach*, Rev. crit. DIP 2000, p. 481, H. Muir-Watt, JDI 2000. 690, n. A. Huet; Gaz. Pal. 2000, n°277, p. 21, M-L Niboyet.

CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, Revue critique de droit international privé 2000 p.497, H. Gaudemet-Tallon

CJUE 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, C-353/06, AJDA 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; D. 2009. 845, note F. Boulanger; AJ famille 2008. 481, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2009. 80, note P. Lagarde ; Europe, 2008. comm. 431, note L. Idot ; JDI 2009. 203, note L. d'Avout.

CJUE 22 déc. 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* (AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD. civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; Europe, 2011. comm. 40, obs. D. Simon ; JDI 2011. 639, note J. Heymann

CJUE 12 mai 2011, C-391/09, *Runevic-Vardyn*, AJ famille 2011. 332, obs. V. Avena-Robardet ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD. civ. 2011. 507, obs. J. HauserEurope, 2011. 238, obs. D. Simon

CJUE, 1re ch., 16 juill. 2015, aff. C 681/13, *Diageo Brands BV c/ Simiramida*, JDI (Clunet), 2016, 5, J. Heymann

CJUE 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, AJ fam. 2016. 392, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2016. 820, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2016. 648, obs. E. Pataut

CJUE 18 oct. 2016, aff. C-135/15, *Nikiforidis*, D. 2016. 2122 ; ibid. 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; ibid. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Dr. soc. 2017. 196, étude L. Paillet

CJUE 1er mars 2018, aff. C-558/16, *Doris Mahnkopf*, D. 2018. 511, et 2384, obs. S. Godechot-Patris ; AJ fam. 2018. 247, obs. A. Boiché ; RTD eur. 2018. 841 et 845, obs. V. Égéa ; JDI 2018. Comm. 20, obs. I. Barrière-Brousse

CJUE 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman c/ Inspectoratul General pentru Imigrari*, AJDA 2018. 1127 ; ibid. 1603, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 1674, note H. Fulchiron et A. Panet ; AJ fam. 2018. 404, obs. G. Kessler ; RTD civ. 2018. 858, obs. L. Usunier ; RTD eur. 2018. 673, obs. E. Pataut ; M. Fallon, Cahiers de l'EDEM, juin 2018 ; G. Willems, JCP 2018. 874 ; Rev. Crit. DIP 2018, p. 816, P. Hammje

III. JURIDICTIONS ETRANGERES

A. ALLEMAGNE

Oberlandesgericht (OLG) Hamm (*Cour d'appel*), 29 avril 1992, in FamRZ 1993, p. 111

Reichsgericht (*Tribunal suprême*), 1er mars 1881 : JDI 1882, p. 360

Reichsgericht, 24 avr. 1894 : S. 1895, 4, p. 12

Reichsgericht, 23 octobre 1911, JW 1912, p. 22

Reichsgericht, 19 décembre 1922, RCDIP 1926, p. 278

Bundesgerichtshof (BGH) (*Cour fédérale*), 21 avril 1993, IPRax 1994, p. 375

Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle), 6 févr. 2001, NJW 2001, p. 957, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 103, 89

Bundesgerichtshof (BGH), 18 octobre 1965

Bundesgerichtshof (BGH), 4 juin 1992

Bundesgerichtshof (BGH), 11 févr. 2004, *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 158, p. 81

Bundesgerichtshof (BGH), 18 mars 2009, XII ZR 200/06, NJW-RR 2009, 947

B. AUTRICHE

Oberstes Gerichtshof (*Tribunal suprême*), 20 sept. 1968, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1970, 143, *note K. Marshall*

C. ESPAGNE

Tribunal Supremo español, *caso “Lowenthal”*, 15 de noviembre 1996

D. ETATS-UNIS

Appellate Division for the First Department, 2009, *Re Meyer*, 876 NYS 2d 7

Arkansas Court of Appeals, Division II, *Carpenter v. Horace Mann Life Ins. Co.*, May 20, 1987, 730 S.W.2d 502 (1987)

New York Court of Appeals, *Babcock v. Jackson*, May 9, 1963, 12 N.Y.2d 473 N.Y. (1963)

E. ITALIE

Tribunal de Bolzano, 8 mars 1968, *Repertorio Foro it.* 1969, 2489, n°41

Cass. Florence, 12 nov. 1897 : S. 1899, 4, p. 5.

Corte Suprema di Cassazione, *Setenza* 5832 del 1996

F. LUXEMBOURG

T. ardt. Luxembourg, 13 janv. 1960

G. PORTUGAL

Tribunal Supremo de Justiça, 14 mars 1979

H. ROYAUME-UNI

House of Lords, *Hyman vs Hyman*, [1929] AC 601, 30 April 1929

House of Lords, *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd. v. Malvern Fishing Co. Ltd.* (1983), 1 WLR 964

House of Lords, *White v White* [2001] 1 A.C. 596, 26 October 2000

EWHC (England and Wales High Court), *re Myers* (2004); 2005 WTLR 85, EWHC 1944 (Fam), 3 aug 2004

UK Suprem Court, *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, 20 October 2010

UK Suprem Court, *Ilott c/ Mitson (Ilott c/ Blue Cross and others)* [2017] UKSC 17 ; [2017] 2 WLR 979; 15 Mar 2017

I. SUISSE

Tribunal Fédéral, 31 oct. 1967, JDI 1970. 430, obs. P. A. Lalive

Tribunal Fédéral, 17 août 1976, *Hirsch c. Cohen*, ATF 102 II 136, *Journal des Tribunaux* 1976 I 595

INDEX

A

accord procédural, 471, 477, 478, 479, 480,
481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 522,
542
adoption, 172, 177, 178 ss., 189, 192, 304,
375, 404, 411, 440, 441, 443, 448
attribution préférentielle, 342, 343, 344, 345,
349, 350, 351, 353, 359, 376, 417, 484

C

certificat successoral européen, 139, 161, 168,
425
Coran, 39, 41, 42, 61, 111, 225, 226, 229

D

déjudiciarisation, 281, 284, 288, 297, 298,
324, 465, 469, 490
divorce sans juge, 157, 280, 470
droit de jouissance gratuit, 351
droit de prélèvement, 134 ss., 147, 149, 414,
495, 498, 501 ss., 538, 543
droit musulman, 38 ss., 64, 112, 220 ss., 278,
533
droit viager au logement, 354

E

enfant adultérin, 113, 227, 230, 232, 368, 452,
468
état civil, 11, 139, 167, 168, 169, 170, 173,
177, 181, 374, 375, 378, 391
exhérédation, 28, 106, 123, 124, 200, 203,
205, 225, 246, 273, 358, 397

F

family provision, 196, 275, 276, 277, 494

I

indignité, 21, 22

L

légitime romaine, 131
liberté religieuse, 148, 226, 240, 327, 392, 493
logement de la famille, 270, 345, 346, 347,
349, 352, 354, 359, 417

loi de police, 319, 337, 338, 339, 340 ss., 405,
417, 482, 483, 503, 504, 507, 523, 524, 536

M

mandat à effet posthume, 132
mariage homosexuel, 152, 175, 181, 233, 235,
236, 404, 405, 546

N

notaire, 450, 459, 460, 462, 463, 464, 465,
466, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 477, 490,
492, 493, 496, 497, 501, 522, 538, 539, 540,
541, 551

P

pacte sur succession future, 75, 76, 79, 86, 98,
99, 102, 303
pension alimentaire, 40, 57, 58, 59, 198, 207,
247, 249, 251, 255, 259, 270, 272, 290, 291,
292, 309, 407, 413
prélèvement compensatoire, 495, 497, 498,
501, 502, 505
prenuptial agreement, 215, 316
prestation compensatoire, 20, 27, 36, 56 ss.,
206, 209 ss., 245, 255, 281 ss., 385, 386,
423, 461, 479, 515, 518, 534, 540, 541, 543,
546, 550, 553
professio juris, 63, 72, 116, 143, 144, 147,
150, 201, 203, 204, 205, 237, 316, 484, 493,
494, 554

R

RAAR, 77, 78, 79, 83, 84, 88, 93, 133, 247,
257, 261, 310, 318, 472
répudiation, 42, 44, 52, 53, 55, 64, 157, 188,
190, 231, 302, 309, 333, 334, 335, 430, 432,
433, 434, 435, 437, 438, 449, 540, 550
réserve héréditaire, 26, 27, 28, 37, 55, 56, 68,
69, 71, 78, 82 ss., 108, 109, 112, 115 ss.,
182, 189, 195 ss., 221, 237, ss., 293, 324,
325, 357, 360, 387, 394, 408, 409, 414, 415,
426, 464, 469, 484, 494, 504 ss., 515, 525,
535, 536, 540 ss., 553, 554, 555
reserved share, 267, 269

T

testament conjonctif, 93, 98, 99, 100, 101,
102, 103, 104, 105, 107, 240, 541, 554
testament oral, 95, 96

transaction, 143, 186, 283, 290, 452, 471, 472,
473, 474, 475, 476, 477, 478, 486, 522, 556

U

undue influence, 273, 274

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	14
PREMIERE PARTIE	29
L'ORIENTATION INDIVIDUALISTE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE	29
TITRE PRELIMINAIRE	33
LA LOGIQUE INDIVIDUALISTE AUTOUR DE L'APPRECIATION DE LA NORME ETRANGERE	33
Chapitre 1	35
L'appréciation <i>in concreto</i> et ses limites	35
<i>Section 1. Le changement de paradigme : d'une approche réaliste à une approche nominaliste</i>	35
<i>Section 2. L'intégration de l'approche « holistique » au sein de l'appréciation in abstracto</i>	37
§1 <i>L'origine de la discrimination opérée par les lois successorales de droit musulman</i>	37
§2 <i>L'environnement juridique de la norme : révélateur de la contrariété à l'ordre public</i>	42
A. La loi successorale qui discrimine entre l'époux et l'épouse.....	42
B. La loi successorale qui discrimine entre les filles et les fils du défunt.....	45
Chapitre 2	49
L'articulation des approches <i>in abstracto</i> et <i>in concreto</i>	49
<i>Section 1. Une loi étrangère in abstracto contraire mais une situation in concreto conforme ?</i>	49
§1. <i>Présomption irréfragable de contrariété à l'ordre public lorsque la volonté est absente du dispositif</i>	50
A. Appréciation <i>in abstracto</i> des lois étrangères contraires au principe d'égalité entre les sexes.....	51
B. Appréciation <i>in abstracto</i> des lois étrangères contraires aux principes de justice alimentaire	54
1) Les obligations alimentaires entre époux pendant le mariage.....	55
2) Les obligations alimentaires entre époux après divorce.....	56
§2 <i>Présomption simple de contrariété à l'ordre public lorsque la volonté est introduite dans le dispositif</i>	61

<i>Section 2. Une loi étrangère in abstracto conforme mais une situation in concreto contraire ?</i>	64
<i>§1 L'illusion de la loi étrangère in abstracto conforme et in concreto contraire</i>	64
<i>§2 La loi étrangère laissant une large place à l'autonomie de la volonté : une loi in abstracto suspecte</i>	67
<i>Conclusion du chapitre. –</i>	69
<i>CONCLUSION DU TITRE PRELIMINAIRE.</i>	70
TITRE 1. LA PROMOTION DE LA VOLONTE INDIVIDUELLE	71
Chapitre 1. L'avancée du pacte successoral au bénéfice de la liberté testamentaire	73
<i>Section 1. La valeur du principe de prohibition des pactes sur succession future en droit interne</i>	73
<i>§1 La pérennité du principe général de prohibition</i>	73
<i>§2 Les fondements traditionnels du principe de prohibition</i>	77
A. Les fondements remis en cause	80
B. Les fondements pertinents	81
1) L'intégrité du consentement	81
2) La liberté de tester	83
<i>Section 2. La portée du principe en droit international</i>	84
<i>§1 La vraisemblable conformité de la loi étrangère connaissant des pactes successoraux à l'ordre public international</i>	84
A. La convergence des avis doctrinaux et jurisprudentiels et du règlement.....	84
1) La position de la jurisprudence française.....	85
2) Le contexte européen	88
B. L'articulation entre la loi applicable au pacte et la loi du for applicable à la succession	90
<i>§2 La protection de la liberté de tester : principe sous-jacent au principe de prohibition</i> ...	92
A. La protection du consentement des contractants.....	93
B. La liberté de tester du de cujus	96
1) Analogie avec le régime du testament conjonctif	97

2) Appréciation <i>in concreto</i> de l'atteinte à la liberté de tester	102
a) <i>La place de l'ordre public international</i>	<i>103</i>
b) <i>Une place limitée</i>	<i>104</i>
Conclusion du chapitre. –	107
Chapitre 2. Le rapport déséquilibré entre l'ordre public réservataire et la liberté du de cujus	108
Section 1. Le droit et la liberté de transmettre : la protection forte de la quotité disponible	108
§1 <i>La protection internationale de la succession privée.....</i>	<i>108</i>
§2 <i>La protection internationale de la succession testamentaire</i>	<i>109</i>
A. L'existence d'un droit de disposer.....	109
B. L'absence de droit à l'héritage	111
Section 2. Le droit de recevoir : la protection faible de la réserve	114
§1 <i>En droit interne</i>	<i>115</i>
A. Le contexte général de « flexibilisation » du droit des successions.....	115
1) Le contexte individualiste et libéral.....	115
2) Les stratégies de contournement de la réserve.....	116
B. L'apparent déclin de la réserve	119
1) Les fondements et origines historiques de la réserve.....	119
2) La physionomie de la réserve à l'issue de la réforme du 23 juin 2006.....	125
a) <i>La remise en cause de ses fondements traditionnels</i>	<i>125</i>
b) <i>La remise en cause de son caractère d'ordre public</i>	<i>128</i>
§2 <i>En droit international</i>	<i>133</i>
A. La fin du droit de prélèvement	133
B. Le principe posé par la Cour de cassation : <i>La réserve n'est pas en soi d'ordre public international.....</i>	<i>137</i>
1) Le contexte européen	137
a) <i>La proposition de règlement du 14 octobre 2009</i>	<i>138</i>

b) Le règlement du 4 juillet 2012.....	141
2) La décision du 27 septembre 2017	145
a) Le contexte doctrinal et jurisprudentiel	145
b) Une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas « en soi » contraire à l'ordre public international.....	149
Conclusion du chapitre. –	153
CONCLUSION DU TITRE. -	154
TITRE 2	156
LES LIMITES A L'EXERCICE DE LA VOLONTE : LA PROTECTION DE L'INDIVIDU	156
Chapitre 1	159
Les fondements d'un ordre public international européen.....	159
<i>Section 1. La marge de manœuvre du for dans la définition de son ordre public international.....</i>	<i>159</i>
§1 Le jeu de l'ordre public à l'encontre d'un Etat membre	160
A. Les notes de la partition	161
B. La mise en musique.....	166
§2 Le jeu de l'ordre public à l'encontre d'un Etat tiers	175
A. Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme	175
B. La nécessité d'un « dénominateur commun »	179
<i>Section 2. L'émergence de principes essentiels communs</i>	<i>181</i>
§1 La construction « par le haut »	182
A. L'influence de l'Union européenne sur le contenu de l'ordre public.....	182
B. L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme.....	189
§2 La construction « par le bas »	193
A. La protection de l'héritier dans les Etats membres	193
1) Une réserve aux fondements partagés.....	194
a) La solidarité familiale	194
b) La liberté et l'égalité des enfants	198
2) La protection de la réserve dans les Etats membres par l'ordre public international	200

B. La protection du conjoint divorcé dans les Etats membres	205
1) Les limites à la contractualisation en droit allemand	205
2) Les limites à la contractualisation en droit espagnol.....	209
3) Les limites à la contractualisation en droit anglais.....	211
Conclusion du chapitre. –	216
Chapitre 2	218
Un ordre public international de protection de l'individu au sein de la famille	218
<i>Section 1. La protection de l'héritier.....</i>	<i>219</i>
§1 <i>La protection des droits et libertés fondamentaux de l'héritier</i>	<i>219</i>
A. Les principes fondamentaux heurtés par la norme étrangère	220
1) La violation par la règle de conflit étrangère	220
2) La violation par la règle matérielle étrangère	224
a) <i>Les discriminations selon la religion de l'héritier</i>	<i>224</i>
b) <i>Les discriminations selon le sexe de l'héritier ou son mode de filiation.....</i>	<i>226</i>
c) <i>Les discriminations envers les époux de même sexe.....</i>	<i>232</i>
B. Les principes fondamentaux heurtés par les actes privés	235
1) Inefficacité de l'ordre public réservataire	236
2) Efficacité relative des droits fondamentaux face au pouvoir de disposer du défunt.	241
§2. <i>La protection de l'héritier « en situation de précarité économique ou de besoin »</i>	<i>243</i>
A. Le régime d'intervention de l'ordre public face à des enfants « en situation de précarité économique ou de besoin »	245
1) Les conditions de précarité économique ou de besoin	245
a) <i>La notion de « besoin »</i>	<i>246</i>
b) <i>La notion de « précarité économique »</i>	<i>247</i>
2) Les effets du déclenchement de l'ordre public, une fois l'état de besoin ou de précarité économique démontré	251
a) <i>1^{ère} hypothèse : octroi de la réserve</i>	<i>252</i>
b) <i>2^{ème} hypothèse : octroi d'une créance alimentaire.....</i>	<i>253</i>

1. <i>Les aliments attribués à l'enfant dans le besoin</i>	255
2. <i>La créance attribuée à l'enfant en situation de « précarité économique »</i>	257
B. Les conséquences de la décision de la Cour de cassation	259
1) La transformation de la nature de la réserve	259
a) <i>La réserve transformée en droit international</i>	259
b) <i>La réserve transformée en droit interne</i>	264
2) La portée limitée de la décision sur le plan international	265
a) <i>Portée de l'ordre public interne français aux Etats-Unis</i>	265
b) <i>L'exception envisagée par la Cour de cassation : une simple pétition de principe ?</i>	267
1. <i>La protection du conjoint et des enfants aux Etats-Unis</i>	267
2. <i>Les family provisions en droit anglais</i>	273
Section 2. La protection du conjoint divorcé	278
§1 En droit interne	280
A. Les conséquences de la déjudiciarisation du divorce sur le caractère disponible de la prestation compensatoire	283
B. Les limites à l'autonomie de la volonté	286
1) Les raisons qui justifient le principe de prohibition de la fixation anticipée de la prestation compensatoire	286
a) <i>La protection du consentement de l'époux</i>	286
b) <i>La nécessité d'apprécier la disparité au jour du divorce</i>	288
c) <i>La nature de la prestation compensatoire</i>	288
1. <i>La nature « hybride » de la prestation compensatoire</i>	289
2. <i>Une disponibilité limitée du fait de ce caractère « hybride »</i>	292
2) L'existence d'un « ordre public contractuel » en droit du divorce	296
§2 En droit international	299
A. L'état de la jurisprudence sur l'efficacité des conventions anticipées sur la prestation compensatoire	299
B. L'existence d'un « ordre public contractuel » international	307
1) L'exigence d'équilibre dans la convention	307
a) <i>Les exigences alimentaires minimales</i>	307

b) <i>Le renforcement du pouvoir modérateur accordé au juge</i>	309
c) <i>La recherche d'équité</i>	311
2) L'exigence de sécurité juridique	316
a) <i>La protection du consentement des époux</i>	316
b) <i>La prévisibilité juridique</i>	318
Conclusion du chapitre. –	324
CONCLUSION DU TITRE. -	326
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE. –	327
DEUXIEME PARTIE	329
LE REGIME DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE : A LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE	329
TITRE 1. UN EQUILIBRE DANS LES CONDITIONS DU DECLENCHEMENT	331
Chapitre 1	336
Les conditions du déclenchement au stade de la constitution de la situation juridique	336
<i>Section préliminaire. Le choix du mécanisme</i>	337
<i>Section 1. L'ordre public positif</i>	341
§1 <i>La défense des enjeux économiques</i>	341
§2 <i>La défense des enjeux sociaux</i>	344
A. La protection du logement de la famille	344
1) Pendant l'union	344
2) Au décès	348
a) <i>L'attribution préférentielle du logement et du mobilier le garnissant</i>	348
b) <i>Les droits de jouissance sur le logement</i>	350
B. La protection alimentaire	353
<i>Section 2. L'ordre public négatif</i>	358
§1 <i>L'ordre public plein pour opposer un « refus de complicité » à l'égard de la loi étrangère</i>	363
A. La protection des principes fondamentaux par l'ordre public plein	363
B. L'application directe des principes fondamentaux protégés par la Convention EDH	374

1)	Les illustrations jurisprudentielles	374
2)	La réalisation des droits fondamentaux à travers la technique du contrôle de proportionnalité	378
a)	La transposition du contrôle de proportionnalité en droit international privé	379
b)	L'opportunité du contrôle de proportionnalité au stade de la constitution de la situation juridique	388
1.	L'intérêt du contrôle	388
2.	Les dérives du contrôle	393
§2 L'ordre public de proximité au service de la cohésion de l'ordre juridique du for...		398
A. L'ordre public de proximité pour préserver les droits subjectifs de l'individu au sein de la famille		403
1)	En droit extrapatrimonial de la famille	403
a)	Le droit de se marier pour les personnes de même sexe	403
b)	Le droit au divorce	404
2)	En droit patrimonial de la famille	405
B. L'appréciation de la proximité		409
Conclusion du chapitre. –		415
Chapitre 2		416
Les conditions du déclenchement au stade de la reconnaissance de la situation juridique créée à l'étranger		416
Section 1. La légitimité de la distinction des régimes au stade de la constitution et de la reconnaissance		416
§1 Les contours de la notion de « situation constituée » ou « cristallisée »		416
§2 La légitimité de l'ordre public atténué		425
Section 2. Le régime de l'ordre public atténué		428
§1 L'inadaptation de l'ordre public de proximité au stade de la reconnaissance		428
A. Les obstacles jurisprudentiels		429
1)	La jurisprudence interne	429
2)	La jurisprudence internationale	437
a)	La jurisprudence de la CJUE	438
b)	La jurisprudence de la CEDH	439

B. Les obstacles méthodologiques	439
1) L'effet de rejet de l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance... ..	440
2) Le caractère déterminant des liens entre la situation et l'Etat étranger	440
§2 Affinement de l'ordre public atténué par un contrôle de proportionnalité	447
Conclusion du chapitre. –	454
CONCLUSION DU TITRE. –	455
TITRE 2	457
UN EQUILIBRE DANS LES EFFETS DU DÉCLENCHEMENT.....	457
Chapitre 1	458
Le rôle du notaire dans le déclenchement de l'exception	458
Section 1. L'étendue des prérogatives du notaire	458
§1 De lege lata : un rôle passif	458
A. L'office du notaire n'est pas l'office du juge	458
B. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public : obligation ou simple faculté pour le notaire ?	461
1) L'avis de la doctrine.....	461
2) L'avis de de la pratique	462
§2 De lege ferenda : un rôle actif.....	463
A. Vérification de la compétence d'une juridiction française	464
B. Une réponse circonstanciée et adaptée à la situation.....	465
C. Le notaire, « acteur de la déjudiciarisation »	467
Section 2. La validité des accords sur la mise en œuvre de l'ordre public international... ..	469
§1 La transaction extra-judiciaire	469
A. Des droits acquis	470
1) La transaction portant sur des droits successoraux	470
2) La transaction portant sur des droits alimentaires	472
B. Des concessions réciproques.....	474
§2 L'accord procédural.....	475
A. La disponibilité des droits en cause.....	476

1)	La disponibilité de la prestation compensatoire	477
2)	Le disponibilité des régimes matrimoniaux.....	478
3)	La disponibilité des droits successoraux	481
4)	La disponibilité des droits alimentaires	483
B.	La loi objet de l'accord	484
1)	L'accord procédural en faveur de la loi du for	485
2)	L'accord procédural en faveur de la loi étrangère	485
Chapitre 2		489
L'éviction de la norme étrangère.....		489
<i>Section 1. L'effectivité de l'application de la loi du for.....</i>		<i>489</i>
<i>§1 Une effectivité limitée.....</i>		<i>489</i>
<i>§2 Les renforcements</i>		<i>493</i>
A.	Le prélèvement compensatoire	493
B.	Le droit de prélèvement « égalitaire ».....	499
<i>Section 2. L'opportunité de l'application de la loi du for.....</i>		<i>503</i>
<i>§1 L'instance directe.....</i>		<i>504</i>
A.	Les limites de la loi du for	504
B.	Les alternatives.....	506
1)	La création d'une règle matérielle ad hoc	506
a)	L'adaptation de la loi étrangère à l'ordre public international français	506
b)	L'adaptation de la loi du for à la cause	510
2)	La recherche d'un rattachement subsidiaire	511
3)	L'équité	512
<i>§2 L'instance indirecte.....</i>		<i>514</i>
Conclusion du chapitre. –		520
CONCLUSION DU TITRE. –		521
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE. –		522
CONCLUSION GENERALE		524

BIBLIOGRAPHIE.....	528
INDEX.....	578
TABLE DES MATIERES.....	580

