

Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme

Patrick Kinsch

Avocat, professeur invité à l'Université du Luxembourg

Le thème de l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme à un « ordre public européen » en matière familiale peut se comprendre de deux manières. Pris au sens fort, ce thème serait celui de la création par la jurisprudence d'un ordre public unifié, de défense de l'ordre juridique européen, qui s'imposerait aux États membres du Conseil de l'Europe. L'ordre public européen serait appelé progressivement à se substituer à l'ordre public national, et il serait créé par la Cour européenne des droits de l'homme qui assumerait dans ce domaine un rôle inhabituel, centralisateur du droit privé. C'est là la vision qui est soit souhaitée, soit au moins envisagée par ceux qui mettent étroitement en parallèle l'« ordre public européen » au sens de la Convention avec l'ordre public au sens du droit de l'Union européenne¹ – car le droit de l'Union européenne est effectivement, depuis ses débuts, un droit qui a été voulu par les auteurs des traités constitutifs, et est activement promu par la jurisprudence de la Cour de justice, comme le droit d'un ordre juridique autonome², droit directement applicable dans les États

1. C. Picheral, *L'ordre public européen*, Paris, Doc. fr., 2001, spéc. p. 316-320 ; H. van Houtte, « From a National to a European Public Policy », in *Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley, Transnational Publishers, 2002, p. 841, 847-848 ; J. Basedow, « Die Verselbstständigung des europäischen ordre public », in *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, Munich, C. H. Beck, 2004, p. 291 s. ; du même auteur, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mél. Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55 s. ; D. Martiny, « Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht », in *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, *op. cit.*, p. 523 s.

2. CJCE 5 févr. 1963, *van Gend & Loos*, aff. 26/62, Rec. 3 (ou désormais, selon le mode de citation nouveau, typiquement européen (UE) dans sa précision mais aussi son caractère technocratique, ECLI : EU : C : 1963 : 1) : « La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants » et CJCE 15 juill. 1964, *Costa c/ENEL*, aff. 6/64, Rec. 1141 (ECLI : EU : C : 1964 : 66).

membres et dont la primauté et l'application uniforme sont des éléments considérés comme consubstantiels. L'ordre public européen au sens fort est une réalité en droit de l'Union européenne³.

Mais – comme nous le verrons par la suite – les finalités politiques spécifiques à la construction de l'Union européenne qui seules peuvent justifier que l'on postule l'existence d'un ordre juridique européen spécifique ne se retrouvent pas en ce qui concerne la Convention : parler de « l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme » n'a pas de sens. En conséquence, l'« ordre public européen » au sens de la Convention n'a pas la signification forte qui peut lui revenir lorsqu'il est pris au sens du droit de l'Union.

La référence à l'ordre public européen a aussi un sens faible, qui quant à lui peut convenir parfaitement : c'est un ordre public de défense des droits de l'homme qui *s'inspire en l'occurrence* de la Convention européenne des droits de l'homme. Du point de vue normatif, il fait partie de l'ordre public national ; du point de vue matériel en revanche, il met en œuvre des conceptions sur les droits de l'homme qui découlent de la Convention, qui est la principale convention régionale de protection de ces droits, mais qui n'en est pas la seule source ni même, historiquement, la première. Dans une perspective normative, il n'y a pas de différence fondamentale entre l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme à l'appui de la définition du contenu de cet ordre public, et l'invocation de la Constitution nationale et de son catalogue des droits fondamentaux, ou d'autres instruments internationaux⁴. Néanmoins, l'existence de la Convention et du contrôle européen de son respect par la Cour européenne des droits de l'homme a inévitablement, *de facto*, des effets sur les ordres juridiques des États membres, sur leur droit matériel de la famille comme sur la défense des valeurs fondamentales (ou des « principes essentiels ») de celui-ci à l'égard des ordres juridiques étrangers. Nous le verrons sous un double angle, d'abord en examinant la fonction et le contenu de cet ordre public (I), puis en cherchant à approfondir le sens, juridique et politique, de la référence à l'« ordre public européen » (II).

I. FONCTION ET CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC CONSTRUIT PAR RÉFÉRENCE À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

A. La *fonction* de l'ordre public n'est pas affectée par la source des valeurs ou principes dont il s'inspire. Il s'agit d'une fonction d'exception à l'application de

3. V. la contribution de S. Poillot-Peruzzetto dans le présent ouvrage ; v. aussi T. Struycken, « L'ordre public de la Communauté européenne », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 617 s. (mais l'auteur se garde de toute *europhorie* et souligne que « l'ordre public des États membres est d'origine précommunautaire », p. 626 et 631).

4. Sur les différentes possibilités qui existent à cet égard, v. *Rec. cours La Haye* 2005, vol. 318, p. 209-226 et les références à la jurisprudence comparée de divers pays.

la loi normalement applicable, ou à la reconnaissance d'une situation qui serait, autrement, reconnue dans l'État du for. Peu importe, dans le second cas, la raison de l'adoption de la méthode de la reconnaissance ; il peut s'agir de la reconnaissance d'une situation créée par un jugement étranger⁵ ou d'une situation créée extrajudiciairement, que cette reconnaissance soit prévue par une règle de droit international privé nationale, par une convention internationale ou par une règle jurisprudentielle découlant du droit européen (UE ou CEDH⁶).

La loi étrangère peut être soit la loi d'un autre État contractant, soit la loi d'un État tiers par rapport au système de la Convention. La déclaration de son incompatibilité avec la Convention prendra un sens différent dans les deux cas.

Le premier cas peut être illustré par deux décisions françaises qui ont refusé de donner effet à des dispositions de la loi suisse contraires à la Convention. Le tribunal de grande instance de Paris, pour refuser partiellement l'exequatur à un jugement suisse de divorce, a jugé qu'était contraire à la liberté matrimoniale, et donc à l'ordre public français, la disposition de l'article 150 du Code civil suisse conformément auquel le juge suisse avait fixé un délai de deux ans pendant lequel le mari ne pouvait se remarier⁷ ; ce faisant, il n'a fait que tirer les conséquences de la condamnation de la Suisse par l'arrêt *F.* de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'époque très récemment intervenu⁸. Et c'est une autre disposition du droit suisse, abrogée mais restant en vigueur pour certains mariages conclus antérieurement à son abrogation, qui a donné l'occasion à la Cour de cassation de constater l'incompatibilité d'une loi d'un État contractant avec la Convention. Il s'agissait de la liquidation d'un régime matrimonial soumis à l'ancien régime légal suisse de l'« union des biens », en vertu duquel, comme le relève l'arrêt, « le mari est propriétaire de tous les biens matrimoniaux, à l'exception des apports de la femme, des biens réservés de celle-ci et des biens acquis en remploi d'apports ou de biens réservés », étant entendu que « le bénéfice de l'union conjugale devait être réparti à concurrence de deux tiers pour le mari et d'un tiers pour l'épouse ». La cour d'appel de Chambéry ayant décidé que la loi suisse n'était « pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors que la loi française autorise les époux à déroger au partage égal », la Cour de cassation censure cet arrêt au motif que le droit suisse « [imposait] une discrimination à l'encontre

5. La seule particularité, elle aussi classique, de cette hypothèse est que l'ordre public qui est susceptible de s'opposer à la reconnaissance d'une situation judiciairement créée à l'étranger pourra être soit l'ordre public substantiel, soit l'ordre public procédural (Conv., art. 6, v. CEDH 20 juill. 2001, *Pellegrini c/Italie*, req. n° 30882/96). Le cas de l'ordre public procédural n'a pas à être traité ici ; il n'a que peu de particularités significatives en droit familial (v. néanmoins l'« obligation procédurale particulière » que crée l'art. 8 de la Convention en matière de coopération internationale contre les enlèvements internationaux d'enfants, CEDH 26 nov. 2013, *X. c/Lettonie* [GC], req. n° 27853/09, § 107 : « Dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de "risque grave" pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce »).

6. V. la contribution de S. Francq dans le présent ouvrage.

7. TGI Paris, 4 mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1988. 588, note Gautier.

8. CEDH 18 déc. 1987, *F. c/Suisse*, Série A, req. n° 128.

de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale », si bien que l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention (égalité dans le mariage comme lors de sa dissolution) avait été violé⁹. Ces décisions françaises refusent par conséquent d'appliquer des lois par le maintien en vigueur desquelles la Suisse avait elle-même violé ses obligations internationales au regard de la Convention européenne. De surcroît, même devant une juridiction suisse, les lois en question auraient pu être évincées par l'effet de primauté de la Convention européenne, primauté reconnue en jurisprudence suisse. Le juge français a donc appliqué le droit suisse tel qu'il était en réalité, hiérarchie des normes comprise.

Le deuxième cas est différent. Il ne concerne plus le conflit entre la Convention et la loi d'un État contractant autre que l'État du for, mais l'incompatibilité avec la Convention de la loi d'un État non contractant. L'exemple type, amplement traité par la jurisprudence française, est celui de la répudiation de l'épouse, domiciliée en France, d'un ressortissant algérien ou marocain dans l'État d'origine des époux :

« Même si elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire, 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, était 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 donc à l'ordre public international réservé par l'article 1^{er} de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l'espèce, les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français¹⁰. »

Lorsqu'il s'agit de contrôler la loi algérienne, ou la loi marocaine, par rapport aux droits de l'homme reconnus par la Convention européenne, il n'y a en substance pas de différence, en ce qui concerne le sens ou le poids de la décision, par rapport à un contrôle au regard des droits fondamentaux définis par la Constitution française. La répudiation ne devient pas plus, ou moins, condamnable aux yeux du juge français lorsqu'elle est mesurée à l'aune de l'ordre public incorporant les droits de l'homme définis au niveau européen, ou à l'aune de l'ordre public de source constitutionnelle. La preuve en est la jurisprudence allemande, qui a joué un rôle de pionnière dans le domaine de la confrontation des lois étrangères aux droits fondamentaux de la

9. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, *Rev. crit. DIP* 1998. 637, note Droz. L'arrêt de la Cour de cassation a la particularité de ne pas faire référence à l'ordre public, mais à ce que la Convention « s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'égalité des droits entre les époux ». Mais les deux méthodes d'intervention des droits de l'homme (application directe ou application médiatisée à travers l'ordre public) sont en réalité équivalentes ; v. *Rec. cours La Haye* 2005, vol. 318, p. 199-209.

10. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, *D.* 2004. 824, concl. Cavarroc ; *JCP* 2004. II. 10128, note Fulchiron ; *Rev. crit. DIP* 2004. 423, note Hammje ; *JDI* 2004. 1200, note L. Gannagé. Depuis lors, cette solution a été répétée dans de très nombreuses décisions. Auparavant, la jurisprudence de la Cour de cassation était beaucoup plus hésitante ; P. Lagarde a montré que ces hésitations, qui n'avaient rien de très juridique, s'expliquaient par des facteurs historiques, en l'occurrence la mémoire du passé colonial avec son attitude (réellement ou faussement) tolérante à l'égard des lois et coutumes des peuples colonisés : « Les répudiations devant le juge français et les traces du passé colonial », in *Festschrift für Hans-Jürgen Sonnenberger, op. cit.*, p. 481 s.

Constitution allemande¹¹, et qui continue de résoudre par référence au droit constitutionnel national les questions que la jurisprudence française résout par référence à la Convention européenne¹². Pour ce qui est de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne s'est pas montrée plus exigeante que ne le sont les constitutions nationales en ce qui concerne le contrôle de la compatibilité des lois étrangères avec ses dispositions¹³. On ajoutera que très vraisemblablement, la condamnation par le juge français de leurs lois n'impressionnera pas plus les pays en question si elle est prononcée par application de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne les lie pas, que si elle est prononcée par application de la Constitution française, qui ne les lie pas (ou plus). En tout cas, il serait prétentieux de vouloir construire un effet « pédagogique » de ces condamnations : les États étrangers, même aux lois incompatibles avec les conceptions occidentales des droits de l'homme ou de la femme, n'y sont évidemment pas sensibles et n'ont pas à y être sensibles.

B. Le contenu de l'ordre public ainsi informé des valeurs véhiculées, entre autres, par la Convention européenne des droits de l'homme est celui d'un ordre public d'inspiration libérale et égalitaire, qui est conforme à l'orientation contemporaine des sociétés de l'Europe occidentale et qui n'a en tant que tel aucune originalité par rapport à l'ordre public français de défense des libertés individuelles¹⁴

11. BVerfG 4 mai 1971, BVerfGE 31, 59 ; *Rev. crit. DIP* 1974. 57, étude Labrusse, p. 1, décision dans l'« affaire de l'Espagnol » (*Spanierbeschluss*), motivée avec une rare profondeur.

12. La différence entre les deux approches semble s'expliquer essentiellement par le rôle différent qu'ont joué jusqu'à présent le contrôle de la constitutionnalité et le contrôle de la conventionnalité des lois nationales françaises ou allemandes dans les deux ordres juridiques, rôle qui se reflète dans l'approche des juridictions à l'égard du problème, beaucoup plus rare, de la compatibilité des lois étrangères avec les droits de l'homme ou droits fondamentaux liant l'État du for. Il n'est pas totalement exclu qu'avec le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois en France à travers le mécanisme de la question « prioritaire » de constitutionnalité (à condition qu'il soit pleinement accepté par la jurisprudence et la doctrine de droit privé), l'approche française vienne à changer.

13. Il y a peu de précédents dans la jurisprudence de la Cour, beaucoup moins significatifs que ceux qui existent dans la jurisprudence nationale : décision du 8 nov. 2005, *D.D. c/France*, req. n° 3/02, qui décide de rayer du rôle, suite au désistement de la requérante, une affaire née de l'exequatur accordé en France à une répudiation enregistrée par un tribunal algérien avant la série d'arrêts du 17 févr. 2004 (v. le § 27 où la Cour note, apparemment avec satisfaction, l'évolution postérieure de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui n'admet plus la reconnaissance de répudiations intervenues dans ces circonstances, et qui est « manifestement d'une grande importance ») ; *Ammjadi c/Allemagne*, décision du 9 mars 2010, req. n° 51625/08 (qui ne condamne pas l'Allemagne pour avoir refusé de qualifier la péréquation des droits à pension après divorce comme faisant partie de l'ordre public allemand, et qui note que le droit iranien applicable prévoit lui aussi pour une « certaine protection sociale du conjoint », prenant la forme d'aliments après divorce) ; comp. l'arrêt du 4 oct. 2012, *Harroudj c/France*, req. n° 43631/09, *Rev. crit. DIP* 2013. 146, note Corneloup, qui estime, comme le fait l'ordre juridique français, qu'est acceptable pendant une période de transition – c'est-à-dire jusqu'au moment où l'enfant algérien recueilli par une Française par *kafala* peut acquérir la nationalité française – l'inadoptabilité qui résulte de son statut personnel.

14. V. ainsi Civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, *Bull. civ. I*, n° 218, refusant de reconnaître un jugement texan par une motivation qui se situe entre l'invocation formelle de la Convention européenne des droits de l'homme et l'utilisation d'un ordre public français autonome : « Attendu que l'arrêt relève quant aux conséquences du divorce sur les enfants [...] qu'il est fait à M. Y... des injonctions lui interdisant que sa « maîtresse » se trouve en présence des enfants sauf s'il se marie avec elle, et interdisant à toute personne du sexe opposé de passer la nuit à son domicile lorsqu'il reçoit les enfants ; que la cour d'appel en a déduit exactement que le jugement étranger portait atteinte à des principes essentiels du

(par opposition, le cas échéant, à l'ordre public de défense du modèle familial français, qui subsiste en jurisprudence française et qui est plus nettement l'expression de l'identité culturelle française). Dès lors, le choix d'une référence européenne à l'appui d'une intervention donnée de l'ordre public ne signifie en général pas – puisque d'autres références textuelles seraient possibles, et aboutiraient au même résultat – un choix en raison du contenu spécifique de la Convention, mais un choix pour des raisons contingentes¹⁵ ou, au mieux, un choix purement symbolique qui entend marquer l'adhésion des juridictions nationales à l'« idée européenne », prise dans le sens de l'Europe des droits de l'homme¹⁶. Tout ceci peut expliquer que « le contenu de l'ordre public est de moins en moins marqué par les conceptions particulières, propres à un ordre juridique, pour comprendre essentiellement des valeurs communes aux différents États européens »¹⁷.

C'est un ordre public d'inspiration libérale et égalitaire, avons-nous dit. Son mode opératoire étant essentiellement négatif (ce qui est conforme à la fonction classique, d'éviction, de l'ordre public), il se manifestera par l'éviction de règles et d'institutions familiales qui s'inspirent d'un autre modèle de société que les sociétés occidentales. Comme on le sait, le plus important contre-modèle de ce modèle social est le modèle social et familial du droit islamique, de la charia traditionnelle telle qu'elle est en vigueur dans les États musulmans conservateurs, et dont les règles sont celles qui heurteront le plus fréquemment (en termes statistiques) l'ordre public des États européens ou plus généralement l'ordre public occidental. L'incompatibilité de ces règles de la charia traditionnelle avec les droits de l'homme tels qu'ils lient les États occidentaux ne tient pas au fait que la charia est une loi d'origine religieuse, mais à leur tension avec l'égalité entre homme et femme, la liberté du mariage et la liberté de conscience¹⁸. Le seul fait qu'une loi étrangère soit d'origine religieuse n'est pas une raison de refuser de l'appliquer ; c'est ainsi que personne n'a encore soutenu que les règles de la charia relatives au droit des obligations, comme celles qui impliquent la prohibition du prêt à intérêt, seraient contraires à l'ordre public. Mais en matière de droit de la famille, où

droit français fondés sur [...] le respect de la vie privée et familiale. » La Convention européenne ne se voit pas invoquée formellement (contrairement aux arrêts cités ci-dessus ss A), cependant la référence au « respect de la vie privée et familiale » peut être lue comme une référence indirecte, mais transparente, au droit garanti par l'art. 8 de la Convention.

15. En particulier pour les raisons indiquées ci-avant, note 12.

16. Un exemple en est peut-être l'arrêt de la Cour fédérale allemande qui a accepté en 2006 d'ajouter aux références aux droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique allemand une référence « européenne » : pour juger que l'interdiction du divorce telle qu'elle existe en droit canonique (applicable au statut personnel d'époux de nationalité syrienne) est contraire à l'ordre public allemand, l'arrêt retient qu'« en tant que substrat de l'ordre juridique positif, [l'ordre public] représente comme celui-ci une expression des conceptions élémentaires en matière de valeurs de la communauté juridique nationale et, dans une mesure croissante, européenne ; il est sujet aux modifications de ces conceptions et les suit – parfois, il est vrai, avec un certain retard » : BGH 11 oct. 2006, BGHZ 169, 240, spéc. p. 251.

17. S. Corneloup, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH* 2013. 381, 401.

18. J. Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisations : aspects méthodologiques », *Rec. cours La Haye* 1989, vol. 211, p. 270.

les règles religieuses de la charia se conjuguent avec un modèle de société sous-jacent de nature patriarcale¹⁹, avec « une conception holistique de la famille où les intérêts du groupe dominant très nettement sur ceux des membres²⁰ », le potentiel de conflit avec l'ordre public de défense des libertés individuelles et des droits de l'homme est réel. La jurisprudence des pays européens, et aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme le démontrent.

La Cour européenne n'a pas été appelée à statuer directement sur l'application, par les tribunaux d'un État contractant, de l'une des règles du droit islamique de la famille. Elle a néanmoins eu l'occasion de juger de la compatibilité des règles de la charia avec la Convention : un parti islamique turc, le Parti de la Prospérité, avait été dissous en 1998 pour activités incompatibles avec la Constitution, très laïque, de l'État turc. Parmi les positions reprochées au Parti de la Prospérité figurait sa proposition d'introduire la charia en Turquie et de la déclarer applicable aux musulmans turcs (aux lieu et place du Code civil turc d'inspiration suisse). La Turquie deviendrait ainsi un ordre juridique plurilégislatif, selon le modèle des États du Moyen-Orient, qui réserverait une place importante à l'application de la charia. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce fait justifiait effectivement, avec d'autres griefs qui pouvaient être retenus contre le Parti de la Prospérité, la dissolution du Parti, parce que la charia est incompatible avec les valeurs inhérentes à la Convention européenne des droits de l'homme :

« ... La liberté de religion, y inclus la liberté de la manifester par le culte et l'accomplissement des rites, relève d'abord du for intérieur. La Cour souligne sur ce point que le domaine du for intérieur est tout à fait différent de celui du droit privé, ce dernier concernant l'organisation et le fonctionnement de la société tout entière.

Personne ne conteste devant la Cour qu'en Turquie chacun peut suivre dans sa sphère privée les exigences de sa religion. En revanche, la Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que des règles de droit d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction²¹. »

C'est ainsi que se définit dans la jurisprudence de la Cour européenne, par rapport à l'exemple des règles de la charia, le contenu de l'ordre public européen de protection des droits de l'homme. Comme on le voit, cette définition ne diffère pas, en substance, de la jurisprudence nationale, qu'elle fasse ou non référence à la Convention.

19. P. Gannagé, « Les sociétés multicommunautaires et l'évolution du droit international privé de la famille », *Trav. Com. fr. DIP* 1997-1998. 297, 299.

20. L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *Rec. cours La Haye* 2013, vol. 367, p. 457.

21. Arrêt de la Cour du 13 févr. 2003, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) c/Turquie* [GC], req. n^{os} 41340/98 et al., § 128. À noter l'opinion concordante du juge Kovler qui critique la motivation de ce passage de l'arrêt comme ayant « manqué de porter une appréciation plus approfondie sur la notion de système multijuridique ».

II. SENS DE LA RÉFÉRENCE À L'« ORDRE PUBLIC EUROPÉEN »

L'emploi de l'expression « ordre public européen », au sens fort, s'expose à des objections d'ordre théorique, qu'il s'agira d'abord d'exposer (A). Il ne peut être réellement question ici d'un ordre public européen que dans le sens faible, mais parfaitement respectable, d'ordre public s'inspirant des droits de l'homme que l'on retrouve dans la Convention européenne des droits de l'homme, mais dont celle-ci n'a absolument pas le monopole ; et des conséquences pratiques se déduisent de cette opposition entre sens fort et sens faible de l'ordre public « européen » (B).

A. ASPECTS THÉORIQUES

La différence entre l'invocation des droits de l'homme garantis par la Convention européenne, ou alors des droits fondamentaux garantis par la Constitution nationale, est négligeable, nous l'avons montré, en ce qui concerne son résultat. Il reste que, si la confrontation des lois étrangères à la Constitution nationale met l'accent sur le particularisme des droits fondamentaux, sa confrontation à la Convention européenne donne un air plus ouvert, multinational, à ce contrôle, même s'il continue de se faire dans le cadre de l'exception d'ordre public : l'ordre public prend ainsi l'allure de ne plus défendre les seules valeurs particulières à l'ordre juridique national, mais des valeurs partagées – au moins – par les États membres du Conseil de l'Europe.

Mais en quel sens l'incorporation dans l'exception d'ordre public des droits de l'homme garantis par la Cour européenne des droits de l'homme vaut-elle reconnaissance d'un ordre public européen ? Une première observation est que la notion d'« ordre public européen » apparaît certes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais dans un ou plusieurs sens qui n'ont rien à voir avec le droit international privé²². L'invocation de l'ordre public européen en droit

22. La Cour a ainsi jugé, dans l'important arrêt *Bosphorus c/Irlande* [GC] du 30 juin 2005, req. n° 45036/98, § 156, qu'en cas d'insuffisance manifeste de la protection assurée, au sein d'une organisation internationale auquel un État contractant a adhéré, des droits garantis par la Convention, « le rôle de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale ». Pour d'autres utilisations de la notion, v. l'arrêt *Loizidou c/Turquie* (Exceptions préliminaires) du 23 mars 1995, Série A, req. n° 310, § 75 (formule similaire à celle de l'arrêt *Bosphorus*, employée pour démontrer l'invalidité d'une réserve turque au champ d'application territoriale de la convention) ; *Parti communiste unifié de Turquie c/Turquie*, arrêt du 30 janv. 1998, Rec. I-21, § 45 (« la démocratie représentative sans nul doute un élément fondamental de l'ordre public européen »). La notion d'« ordre public européen » a été utilisée dans le sens de la limitation territoriale du champ d'application des obligations imposées aux États contractants par la Convention dans la décision *Bankovi c/Belgique et autres* [GC] du 12 déc. 2001, req. n° 52297/09 ; emploi identique dans l'arrêt, plus récent, du 7 juill. 2011, *Al-Skeini c/Royaume-Uni* [GC], req. n° 55721/07, § 141. Un emploi de l'expression dans un arrêt consacré à un problème de droit privé est celui-ci (arrêt du 7 févr. 2013, *Fabris c/France* [GC], req. n° 16574/08, § 57) : « Dans l'arrêt *Marckx*, la Cour affirmait l'incompatibilité avec la Convention des limitations aux droits successoraux des enfants fondées sur la naissance. Elle n'a eu de cesse

international privé ne peut par conséquent pas se justifier par référence à la jurisprudence de la Cour. Elle n'est pas non plus contredite par cette jurisprudence, mais celle-ci est indifférente à l'égard de cette terminologie savante.

La terminologie savante ne peut pas raisonnablement vouloir signifier, en droit international privé, qu'il s'agirait de la défense d'un véritable *ordre juridique* européen qui existerait entre les États membres du Conseil de l'Europe. Cela ne serait exact ni sur le plan juridique – contrairement à l'Union européenne, le Conseil de l'Europe est une organisation internationale comme les autres, et la Convention européenne des droits de l'homme fait simplement partie de l'ordre juridique international –, ni sur le plan politique : le Conseil de l'Europe (qui réunit 47 États membres, de l'Islande à l'Azerbaïdjan) est une entité dépourvue de tout projet fédéraliste, quasi fédéraliste ou confédéraliste. Bien que son but soit, aux termes de l'article 1^{er} de son Statut, la réalisation d'une « union plus étroite » entre les États européens et ressemble ainsi superficiellement à celui de l'Union européenne (l'article 1^{er} du TUE définit le programme de l'Union comme une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »), les deux projets, qui ont résulté d'un même élan fédéraliste d'après-guerre, ne sont aujourd'hui plus comparables.

Et comme la référence à l'ordre public européen en droit international privé ne peut pas signifier non plus que la défense des droits de l'homme serait une *valeur* propre à la seule Europe, l'emploi en droit international privé de l'expression « ordre public européen » a un caractère ambigu, un peu grandiloquent, qui nous fait préférer une référence, plus modeste, à l'ordre public incorporant les valeurs véhiculées, entre autres, par la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, rien n'interdit de continuer à se servir de l'expression « ordre public européen », mais à condition que cette expression soit comprise dans le sens faible que nous venons d'énoncer. Sens faible et, à la vérité, sens peu opérant, puisque, comme nous le verrons à présent, les conséquences pratiques que serait susceptible d'avoir l'existence d'un véritable ordre public européen au sens fort ne font pas partie du droit positif.

B. CONSÉQUENCES PRATIQUES

Deux conséquences pratiques potentielles du sens fort de la notion d'ordre public européen, qu'il s'agira d'écarter toutes les deux, viennent à l'esprit.

de réaffirmer ce principe fondamental, érigeant l'interdiction de discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté en norme de protection de l'ordre public européen » ; comme on le constate, l'expression y reste utilisée dans un sens de droit public. – D'ailleurs, dans la version *anglaise* des arrêts de la Cour, le concept correspondant à l'« ordre public européen » n'est pas rendu par « *European public policy* », ce qui serait la traduction exacte du concept d'ordre public en droit international privé, mais par « *European public order* », expression qui marque bien sa distance par rapport au droit des conflits de lois et de juridictions.

1. Le champ d'application personnel de l'« ordre public européen »

Dans le cadre de l'atténuation des effets de l'ordre public, même de défense des droits de l'homme, par référence au concept d'ordre public de proximité²³, une approche doctrinale met l'accent sur la vocation régionale de la Convention européenne des droits de l'homme et soutient que le lien de proximité peut être défini comme un lien de proximité « européen », c'est-à-dire un lien (notamment de nationalité ou de domicile) qui se réalise avec n'importe quel État contractant à la Convention européenne des droits de l'homme, et non exclusivement avec l'État du for²⁴.

Cette approche réalise une ouverture bienvenue. Elle n'en met pas moins un accent indu sur la source formelle du droit de l'homme considéré, et elle oublie du même coup que le même droit de l'homme peut se trouver consacré, en substance, par de nombreux traités internationaux ou textes constitutionnels. Prenons l'exemple de la répudiation : elle peut être jugée contraire non seulement à la Convention européenne des droits de l'homme, mais encore au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, traité à vocation mondiale²⁵, ou encore à de nombreuses Constitutions en vigueur dans des États non européens. La particularité européenne que voudrait construire cet « ordre public européen de proximité » n'existe en réalité pas. Car qu'est-ce qui distingue les effets en France d'une répudiation prononcée en Arabie Saoudite à l'égard d'une femme domiciliée en Russie (État membre du Conseil de l'Europe) ou alors au Canada ou au Maryland aux États-Unis (États non membres, mais dont la jurisprudence refuse tout effet aux répudiations en faisant application du principe constitutionnel d'égalité entre hommes et femmes²⁶) ? Rien, ni juridiquement ni politiquement. Si on souhaite – légitimement – ouvrir l'ordre public de proximité de défense des droits de l'homme à des personnes qui n'entretiennent pas de liens particuliers avec l'État du for, il est préférable d'avoir égard aux liens que la situation peut entretenir avec n'importe quel État qui partage, que ce soit sur le fondement d'un traité international ou sur le fondement de sa Constitution, sur le point considéré les mêmes conceptions en matière des droits de l'homme que l'État du for²⁷. La référence à un prétendu ordre public du Conseil de l'Europe n'est, quant à elle, pas utile.

23. Ce concept continue d'intriguer (P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*. 153 ; v. aussi les critiques un peu contingentes, à l'égard de l'utilisation de la notion d'ordre public de proximité dans les affaires mettant en cause le droit musulman, de L. Ganagé, « Ordre public et relativisme des valeurs », *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*. 205).

24. Proposition originairement avancée par K. Kreuzer (compte rendu bibliographique, *RabelsZ* 1979, p. 571), puis reprise par P. Hammje (« Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997. 1. 17).

25. L'art. 23, § 4, du Pacte formule exactement la même règle que l'art. 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne ; les deux prennent leur origine dans l'art. 16, § 1^{er}, 2^e phrase, de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

26. En jurisprudence canadienne : *Droit de la famille – 072464*, 2007 QCCS 4822 (Cour supérieure du Québec, 22 oct. 2007) ; dans celle du Maryland : *Aleem v. Aleem*, 947 A.2d 489 (Md. 2008).

27. Cette définition du lien de proximité nécessaire à l'intervention de l'ordre public est celle de l'art. 57, § 2 du Code belge de droit international privé, qui admet exceptionnellement la reconnaissance des répudiations si (entre autres) les deux conditions suivantes sont cumulativement remplies : « 2^e lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne

2. La question de l'effet de substitution à l'ordre public national

Subsiste-t-il en matière familiale un ordre public strictement national, qui ne s'inspire pas de la Convention européenne ? Si la réponse à cette question était négative, on serait en présence d'un « ordre public européen » dans un sens particulièrement fort, celui d'un ordre public exclusivement européen. Il n'est pas impensable que dans le cadre du mouvement vers la constitutionnalisation qui est en cours en droit de l'Union européenne, où la référence à la Charte des droits fondamentaux devient aussi fréquente que celle aux droits fondamentaux de la Constitution en droit allemand, l'ordre public évolue vers un ordre public exclusivement européen²⁸. Mais une évolution dans le même sens semble exclue en ce qui concerne l'ordre public inspiré de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'est quant à elle pas l'armature juridique d'un projet politique d'unification européenne.

Il existe encore, et il subsistera dans le futur, des droits fondamentaux définis par le droit national (des droits certes eurocompatibles, mais allant au-delà des droits de l'homme consacrés par la Convention européenne) ; un exemple récent en France est le droit au « mariage pour tous », non consacré en l'état par la jurisprudence de la Cour européenne²⁹, mais consacré depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes du même sexe comme un droit fondamental pouvant, ainsi que l'admettent la doctrine et la jurisprudence, même être invoqué pour évincer les lois étrangères désignées par des traités internationaux³⁰. Et au-delà, un ordre public qui ne dépend pas des droits fondamentaux, un ordre public de défense du modèle familial national, peut se maintenir même face au droit à la reconnaissance de situations personnelles ou familiales qui découle de l'article 8 de la Convention³¹ : l'invocation d'un ordre public raisonnable³² de défense du modèle familial relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, à condition de respecter l'exigence de proportionnalité par rapport aux droits garantis par la Convention. Cette insistance sur le raisonnable et la proportionnalité n'est pas l'équivalent de la suppression de l'ordre public national.

connaît pas cette forme de dissolution du mariage ; 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage. »

28. On n'en est pas encore tout à fait là : v. CJUE 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec. I-13693* (ECLI : EU : C : 2010 : 806), *JDI* 2011. 639, note Heymans, qui admet l'invocation, contre un titre de noblesse acquis en Allemagne, d'une disposition constitutionnelle autrichienne, mais uniquement après vérification de ce qu'elle constitue une application particulière à l'Autriche du principe d'égalité, lequel fait aussi partie de l'ordre juridique de l'Union européenne (pts 88 et 89).

29. Arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/Autriche*, req. n° 30141/04.

30. Chambéry, 22 oct. 2013, *D.* 2013. 2464 ; H. Fulchiron, « Le “mariage pour tous” est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2013. 2576 et du même auteur « Le mariage entre personnes du même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », *JDI* 2013. 1055, spéc. 1081-1085.

31. Sur le contrôle européen, assuré par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'invocation de l'ordre public, v. S. Corneloup, art. préc. (ci-avant, note 17).

32. *A contrario*, CEDH 3 mai 2011, *Négrépontis-Giannisis c/Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. crit. DIP* 2011. 889 ; *JDI* 2012. 213, note Dionisi-Peyrusse.