

## AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET STATUT PERSONNEL

Jean-Yves Carlier

*Avocat et maître de conférences à l'Université Catholique de Louvain (Belgique)*

L'objet du droit international privé est de régler les relations juridiques privées qui se nouent dans l'espace au-delà des frontières. Parmi ces relations, les relations familiales sont importantes tant en nombre qu'en raison de leur valeur humaine. L'évolution des phénomènes migratoires dans le monde exerce à n'en pas douter une influence sur ces relations humaines transfrontières (I). Il est devenu banal de souligner que le droit international privé ne concerne pas que les relations commerciales internationales ou, en droit familial, quelques mariages d'élite mais touche actuellement la vie quotidienne de millions de migrants. Tant la notion même de statut personnel, dont le droit familial est le noyau central, que les règles de conflit de lois qui y sont appliquées ont connu des évolutions importantes (II). Ces évolutions, qui répondent aux changements des réalités internationales et aux modifications de nombreux droits internes, laissent entrevoir diverses solutions possibles pour répondre aux besoins actuels (III). Parmi ces solutions l'une consiste à replacer le centre de gravité de la situation comportant des éléments d'extranéité sur la personne humaine concernée. Ne serait plus imposé ni le maintien du rattachement du migrant au droit national de son État d'origine ni son intégration forcée au droit du domicile ou de la résidence habituelle de son pays d'accueil. Une option permettrait au migrant, à divers moments de sa vie et compte tenu de son histoire personnelle, de se rattacher aux lois de la société dont il est le plus proche. Cette introduction de l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel est la proposition principale du présent article (IV).

### I. LES MIGRATIONS CONTEMPORAINES

Trois caractéristiques marquent les migrations contemporaines : leur quantité, leur sens, leur qualité.

### **1. Quantité**

Les chiffres varient mais peuvent atteindre jusqu'à quarante-six millions de personnes déplacées volontairement ou involontairement dans le monde, sans compter les quatre cent millions de touristes par an. Dans la Communauté européenne la moyenne est de 4 % d'étrangers pour la population globale. En Belgique ce taux est de près de 9 %. Sur les huit cent septante mille étrangers vivant en Belgique (sur une population de neuf millions neuf cent mille habitants), les marocains représentent une population de cent trente-cinq mille quatre cent soixante-quatre personnes soit 15,6 % du nombre total d'étrangers ou encore 1,4 % de la population totale. Ces chiffres varient bien évidemment par région, la concentration d'étrangers étant plus forte en milieu urbain. Ainsi, dans l'agglomération bruxelloise la population étrangère représente presque 30 % de la population totale, la population marocaine représentant elle-même presque 30 % de la population étrangère. L'inscription dans des instruments de protection des droits de l'homme du droit pour toute personne de quitter n'importe quel pays y compris le sien n'est pas étranger à cet accroissement quantitatif des migrations (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 12,2). Toutefois, en l'état actuel du droit international, cette liberté de sortie ne s'accompagne pas d'un droit d'entrée sur le territoire d'un autre État. Ce sont davantage les réalités démographiques qui déterminent l'accroissement en quantité des migrations et précisent, avec les réalités historiques et sociologiques, leur sens et leur qualité.

### **2. Sens**

La caractéristique essentielle du sens des migrations est son inversion : alors que les migrations se faisaient des pays riches vers les pays pauvres, elle s'est inversée des pays pauvres vers les pays riches. Après les grandes découvertes, l'Europe a été la source d'importantes migrations de peuplement vers l'Amérique, ensuite de colonisations vers l'Afrique et l'Asie. A l'inverse, ultérieurement, les migrations se sont dirigées vers l'Europe de l'Ouest, d'abord en raison du besoin de main-d'oeuvre, ensuite par la réunification des familles, enfin par la fuite de diverses formes de persécution. La gestion de l'accès au territoire ayant toujours été considérée comme faisant partie de la souveraineté nationale, c'est récemment que cette question s'introduit dans la gestion communautaire européenne. C'est ainsi que le Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, comporte des dispositions complémentaires sur «la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures» aux termes desquelles, «aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment la libre circulation des personnes, et sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, les États membres considèrent [certaines matières] comme des questions d'intérêt commun» (article K1), dont la politique d'asile, les règles régissant le franchissement des frontières extérieures des États membres par des personnes et l'exercice du contrôle de ce franchissement, la politique d'immigration et la politique à l'égard des ressortissants des États tiers. Sans être encore intégré au pilier du droit

communautaire proprement dit, ces matières font partie de ce qu'il est convenu d'appeler le pilier de la coopération intergouvernementale. Par la création d'une «passerelle», l'article K9 du Traité prévoit expressément que ces matières pourront rentrer dans le pilier des compétences communautaires. Nationale ou communautaire la politique européenne en la matière consiste, face aux difficultés économiques internes, à se protéger contre les flux migratoires. Si de nouvelles migrations d'Est en Ouest et entre différentes régions du Sud sont envisageables, il reste que la réalité démographique des pays du Sud et le déséquilibre économique mondial en faveur de la richesse des pays nantis du Nord, s'imposeront un jour comme réalité violente si ces derniers ne prennent pas conscience de la nécessité d'établir un certain équilibre. Quelles que soient les barrières mises, l'Occident ne pourra impunément maintenir des vitrines inviolables de richesses.

### **3. Qualité**

En présence d'une réduction importante des possibilités d'entrée sur les territoires des pays occidentaux, même dans le cadre de la reconnaissance de la qualité de réfugié, l'immigration contemporaine peut être qualifiée de deux types. Le premier type est une immigration ancienne de travail ou de peuplement. Elle s'est totalement stabilisée notamment par la naissance d'enfants. Il ne s'agit plus de migrants mais d'étrangers. Pour une part importante cette population étrangère stabilisée provient de pays d'Islam et se caractérise par l'introduction d'un facteur culturel neuf, voire conflictuel, dans le monde occidental laïcisé. A l'inverse, les migrations internes au monde occidental et particulièrement à la Communauté européenne, se caractérisent par une importante mobilité et une proximité culturelle de plus en plus forte.

Ces caractéristiques relatives à la quantité, au sens et à la qualité des migrations influent sur l'évolution des notions de statut personnel et sur la règle de conflit de lois qui y est appliquée.

## **II. ÉVOLUTION DU STATUT PERSONNEL ET DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS Y APPLIQUÉE**

Le contenu de la notion de statut personnel varie d'un système juridique à l'autre, voire au sein d'un même système juridique, d'un État à l'autre, incluant ou non la matière des régimes matrimoniaux et des successions. De façon assez générale l'on peut toutefois considérer que cette notion touche tout ce qui concerne le statut de la personne de sa naissance à sa mort. Les relations familiales en sont le noeud central.

Si l'on regarde la loi applicable à cette catégorie de rattachement qu'est le statut personnel, on constate une diversité encore bien plus grande. Il s'agit non seulement d'une diversité entre les droits internationaux privés de différents systèmes ou pays mais d'une diversité de loi applicable dans un même pays au sein même des différentes matières rattachées au statut personnel. On a pu en déduire la

dislocation de la notion de statut personnel<sup>1</sup>. Deux facteurs ont conduit à cette diversité : l'évolution des migrations internationales et le principe d'égalité entre l'homme et la femme.

Traditionnellement les pays d'émigration appliquent la loi nationale dans les matières de statut personnel. De la sorte ils conservent une certaine emprise sur leurs ressortissants à l'étranger dans un domaine où les racines culturelles peuvent avoir leur importance. C'est en application de ce principe que l'article 3 alinéa 3 du Code Napoléon applique, dans les matières d'état et de capacité des personnes, aux Français résidant à l'étranger, leur loi nationale. Ce n'est qu'ultérieurement, suite au renversement des migrations, que cette règle de conflit de lois unilatérale, a été bilatéralisée dans son interprétation pour s'appliquer également aux étrangers résidant en France. Le Code civil belge connaît le même article. L'accroissement de la population étrangère a, à diverses reprises, entraîné la remise en question de l'application de la loi nationale. N'y avait-il pas un risque de non intégration et de conflit si une part importante de la population demeurait, dans les matières de droit familial, régie par une loi étrangère ? Ne valait-il pas mieux y substituer la loi du domicile ou de la résidence ?

Le principe d'égalité entre l'homme et la femme a renforcé ce questionnement. Il était aisé de maintenir l'unité familiale par l'application d'une seule loi à l'ensemble de la cellule lorsque celle-ci était sans conteste la loi nationale du mari. Dès l'instant où d'une part la prédominance est contestée, d'autre part le mariage n'a plus d'incidence automatique sur la nationalité de l'autre époux, il devenait difficile, en présence d'une multiplication des familles plurinationales, de maintenir l'application de la seule loi nationale du mari. Maintenu pour les conditions de fond du mariage, la loi nationale de chacun des époux est petit à petit écartée pour la suite des relations familiales : loi de la première résidence conjugale pour les régimes matrimoniaux, loi du domicile commun pour le divorce, loi de la résidence habituelle de l'enfant quant à ses intérêts. Il n'y a plus alors ni un seul statut personnel mais diverses matières au sein du statut personnel, ni une seule loi applicable mais diverses lois applicables au sein de ces matières. L'énumération est frappante dans les codifications récentes de droit international privé de Suisse et d'Allemagne ainsi que dans la multiplicité des conventions de La Haye sur les lois applicables à diverses matières. Cette tendance est renforcée lorsqu'on se trouve en présence de migrations caractérisées par une différenciation culturelle importante. L'incompatibilité des droits matériels dont les lois nationales en présence prônent l'application, favorise le rejet des lois nationales au profit de l'application de la loi de la résidence habituelle. Voici deux exemples tirés de la jurisprudence belge qui illustrent ce constat. Le premier concerne la migration de travail italienne, le deuxième l'immigration marocaine plus récente.

---

1. Ch. Roehat : «La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé», Thèse, Lausanne, Imprimerie vaudoise, 1986, 384 p.

Le premier exemple est l'affaire Rossi. En 1943 Madame Servais, de nationalité belge épouse Monsieur Rossi de nationalité italienne. En 1949 Madame Servais souhaite divorcer et introduit une procédure. Tant le Tribunal de première instance que la Cour d'appel déclarent la demande recevable et lui accordent le divorce. Ce faisant, les tribunaux du fond s'écartaient de l'interprétation traditionnelle selon laquelle, sur base de l'article 3 alinéa 3 du Code civil, en matière de divorce il y a lieu de faire une application cumulative des lois nationales en présence. En conséquence lorsqu'une de ces deux lois nationales, en l'espèce la loi italienne, ne permet pas le divorce, le divorce ne pourrait pas être prononcé. C'est ce principe que la Cour de cassation de Belgique a rappelé dans son arrêt cassant la décision et renvoyant la cause devant une autre Cour d'appel. Toutefois, marquant la fronde des juges du fond à l'encontre de la rigueur de la Cour de cassation, comme le permet le droit judiciaire belge, la Cour d'appel de Bruxelles déclara à nouveau l'action en divorce recevable, en précisant toutefois qu'en l'absence d'un texte légal exprès le juge devait «choisir la solution qui se rapproche le plus des conceptions juridiques, voire morales, ayant cours en Belgique au sujet du divorce». A nouveau saisie, la Cour de cassation, toutes chambres réunies, cassa ce deuxième arrêt maintenant l'application cumulative des lois nationales en présence et excluant, du fait de la loi italienne, la possibilité d'un divorce<sup>2</sup>. L'opinion publique fut choquée par l'impossibilité pour une femme belge de divorcer conformément à sa loi nationale. L'arrêt fut cause de la loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger dont l'article 2 stipule que «dans le cas de mariage entre époux de nationalités différentes mais dont l'un est belge, l'admissibilité du divorce est régie par la loi belge»<sup>3</sup>.

Voici le deuxième exemple. Plus récemment il est arrivé à plusieurs reprises que des parents belges souhaitent adopter un petit enfant marocain. Conformément à la règle de conflit de lois, l'application cumulative des lois nationales en présence entraînait soit le refus de cette adoption soit l'utilisation par les tribunaux de moyens destinés à contourner la loi marocaine : contrariété à l'ordre public, théorie de l'équivalence des institutions<sup>4</sup>. La loi du 27 avril 1987, modifiant diverses dispositions légales relatives à l'adoption va répondre aux difficultés rencontrées par la jurisprudence en accroissant la compétence de la *lex fori* : en présence d'adoptants belges, la loi belge s'appliquera lorsque l'adopté est âgé de moins de 15 ans<sup>5</sup>.

2. Cassation belge, 16 février 1955, *Rossi, Pas.*, 1955, I, 647 ; *Rev. Crit. d.i.p.*, 1955, p. 143 ; *Clunet*, 1955, p. 930 ; Fr. Rigaux et G. Zorbas : *Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, d. i. p., Bruxelles, Larcier, 1981, p. 244.

3. Loi du 27 juin 1960, M.B., 9 juillet 1960, Fr. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Tome II, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 333 et s.

4. M. Fallon : «La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales», *Rev. trim. de droit familial*, 1983, p. 133.

5. C. Debroux : «La filiation adoptive internationale depuis la loi du 27 avril 1987 - réforme souhaitée mais inattendue», *Rev. Trim. de droit familial*, 1987, p. 53 ; «La réforme du droit international privé de la filiation adoptive. Commentaire de l'article 3 de la loi du 27 avril 1987», *J.T.*, 1988, p. 293 ; M. Verwilghen, J.Y. Carlier, C. Debroux, J. de Burllet : «L'adoption internationale en droit belge», Bruxelles, Bruylant, 1991.

L'application de la loi nationale dans les matières de statut personnel est écartée d'autant plus facilement que la notion même de nationalité connaît une évolution importante. Dans la lignée de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité et de l'arrêt Nottebohm du 6 avril 1955 prononcé par la Cour internationale de justice<sup>6</sup>, la notion d'effectivité pour la prise en compte d'une nationalité s'est accentuée. Alors qu'antérieurement cette notion permettait de départager la binationalité en faveur d'une des nationalités en présence, des avis récents de la Commission européenne des droits de l'homme utilisent cette même notion pour faire prévaloir le rattachement d'un jeune immigré à son pays d'accueil plutôt qu'au pays de sa nationalité considérant que «bien que juridiquement étranger, le requérant a toutes ses attaches familiales et sociales (en Belgique, en France, ou en Angleterre) et le lien de nationalité du requérant - s'il correspond à une donnée juridique - ne correspond toutefois à aucune réalité humaine»<sup>7</sup>. Quoique ces arguments ne seront pas repris dans sa motivation, la Cour européenne des droits de l'homme interdit l'expulsion de jeunes étrangers lorsque cette expulsion pourrait porter atteinte au respect de leur vie familiale garantie par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il reste que ce faisant la Cour rattache davantage l'intéressé à son lieu de vie qu'à sa nationalité.

Lorsque ce ne sont pas des changements législatifs, ce sont des techniques jurisprudentielles qui permettront, dans de nombreux cas, d'écarter l'application de la loi nationale au profit de l'application de la loi du lieu de résidence habituel : exception d'ordre public, accent sur la compétence juridictionnelle avec application de la *lex fori*, théorie du forum conveniens ou encore interprétation erronée du droit étranger selon les critères de la *lex fori*. Tant l'éclatement du statut personnel que la diversité des lois applicables ou le contournement des règles de conflits ne favorisent pas la sécurité juridique. La souplesse de la jurisprudence, riche facteur d'évolution, se mue en tyrannie du juge aux sentiments duquel les intéressés sont soumis. Diverses solutions sont possibles.

### III. LES SOLUTIONS POSSIBLES

Il est possible de retenir deux types de solutions. Le premier type concerne le droit matériel, le deuxième le droit international privé.

6. C.I.J., Rec., 1955, p. 4.

7. - en Belgique, s'agissant d'un jeune marocain : affaire *Moustaquim*, Cour européenne des droits de l'homme, 18 février 1991, J.T., 1991, p. 63, Rev. Trim. des droits de l'homme, 1991, p. 385, note P. Martens, «Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public», Rev. du droit des étrangers, 1991, p. 3, note E. Mignon ; termes du § 62 du rapport de la Commission.  
- en France, s'agissant d'un jeune algérien, affaire *Beldjoudi*, Cour européenne des droits de l'homme, 26 mars 1992, Rev. Trim. des droits de l'homme, 1993, p. 445, note J.Y. Carlier : «Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ?» ; termes du § 64 du rapport de la Commission.  
- au Royaume-Uni, s'agissant d'un jeune marocain, affaire *Lamguidaz*, décision de la Commission, 17 février 1992, requête 16152/90, termes du § 45 du rapport de la Commission.

### **1. Les solutions de droit matériel**

Les exemples utilisés l'ont montré : lorsque le droit matériel concerné est proche, la règle de conflit s'efface puisque les lois ne sont pas en conflit mais concordent. C'est le développement du droit uniforme. Si la Communauté européenne connaît des avancées majeures en ce domaine, le droit familial reste caractérisé par le maintien de différences importantes. Ces différences s'accroissent si l'on s'intéresse non à la migration mobile de nationaux d'États membres mais à la migration stabilisée de ressortissants de pays tiers en provenance d'États dont le droit positif est, à des degrés divers, marqué de l'empreinte du droit musulman. Une autre solution a été avancée qui consisterait à adapter le droit musulman aux musulmans d'Europe par la création d'un «Code européen de droit musulman»<sup>8</sup>. Du point de vue de la communauté musulmane cette solution pose des questions qui sortent de notre compétence. Du point de vue européen cette solution comporte une remise en question majeure de la laïcisation du droit par la création, en Europe même, d'un droit spécifique rattaché à une religion. Une chose est d'appliquer à des étrangers leur droit positif national dont l'empreinte religieuse est plus forte que celui d'autres États ; autre chose est d'appliquer à l'ensemble des musulmans se trouvant en Europe un droit religieux créé à leur intention. Non sans arguments, d'autres religions revendiqueraient le même statut. La réintroduction de statuts personnels multiples, liés à la confession, ne paraît pas de nature à favoriser la cohésion nécessaire à la vie en société, aussi longtemps que l'humanité n'aura pas atteint un degré de civilisation permettant la cohabitation harmonieuse de communautés culturelles sur un même espace institutionnel.

### **2. Les solutions de droit international privé**

Quatre solutions de droit international privé peuvent être retenues. Les trois premières existent déjà : souplesse jurisprudentielle, codifications et conventions bilatérales. La quatrième, l'introduction de l'autonomie de la volonté, est plus prospective.

#### **a) La souplesse jurisprudentielle**

Longtemps le droit international privé même dans les pays de droit écrit s'est caractérisé comme œuvre doctrinale et jurisprudentielle plus que législative. Le pouvoir laissé à la jurisprudence dans les situations complexes que sont les relations privées internationales a permis bien souvent d'adapter le cadre juridique, nécessaire à la solution d'un conflit, aux réalités du cas d'espèce. Cette tendance emporte toutefois deux constantes. L'une est la faveur manifeste accordée, pour diverses raisons, par le magistrat à sa *lex fori*. L'autre est l'insécurité résultant de l'absence de règles antérieures aux litiges. Le maintien de la souplesse jurisprudentielle exige en tout cas une amélioration croissante de la connaissance des droits matériels étrangers. C'est dans cette optique que ce sont développés

8. F. Riad : «Pour un Code européen de droit musulman», in J.Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.) : «Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé.», Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 379.

des travaux conjoints sur le thème du statut personnel des musulmans entre l'Université de Louvain-la-Neuve et les Universités de Rabat, Alger, Tunis, Alexandrie et Le Caire<sup>9</sup>.

### b) Les codifications

A l'inverse de la première solution, plusieurs pays ont récemment fait choix de l'adoption de codification de droit international privé (Suisse, Allemagne). Dans le même sens toutefois que la première solution, ces codifications se caractérisent par la souplesse du rattachement proposé dans les matières de statut personnel. La plupart des codifications utilisent la technique de l'échelle de Kegel avec des rattachements subsidiaires ou en cascade : loi nationale commune, à défaut, loi de la résidence habituelle commune, à défaut *lex fori* ou loi la plus proche. Ce dernier principe de proximité est également confirmé par des clauses d'exception permettant d'écarter la loi désignée par la règle de conflit au profit d'une loi jugée plus proche de la situation comportant des éléments d'extranéité (article 15 de la Codification suisse). Cette souplesse codifiée, si elle a le mérite d'être écrite plutôt que soumise au tempérament du juge, n'esquive pas les critiques précédentes : application fréquente de la *lex fori* et insécurité juridique.

### c) Les conventions bilatérales

Le lien entre le phénomène migratoire et les situations de droit international privé conduit à penser que des conventions signées entre les pays d'origine et les pays d'accueil des migrants pourraient apporter des solutions adaptées à la réalité des migrations. Le Maroc s'est résolument engagé dans cette voie. Dans ses relations avec la Belgique, le Maroc avait déjà signé, au début des migrations de travail, une «Convention relative à l'occupation des travailleurs marocains en Belgique», datée du 17 février 1964 et, ultérieurement, un «Protocole d'accord administratif relatif à l'application des règles régissant l'état des personnes sur le territoire des Royaumes du Maroc et de Belgique» daté du 26 septembre 1979<sup>10</sup>. Plus récemment, les ministres concernés des deux pays ont signé, le 15 juillet 1991, trois projets de convention portant respectivement «sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution»; sur «la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligation alimentaire» et sur «la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite»<sup>11</sup>. Si de telles conventions ont le mérite de renforcer les liens entre les pays concernés et partant l'efficacité dans la reconnaissance et l'exécution des décisions de chaque ordre juridique, elles comportent néanmoins trois travers importants. Le premier travers est général : le délai entre la réalité de la migration

9. J.Y. Carlier et M. Verwilghen : «Le statut personnel des musulmans. Droit comparé, droit international privé.», Bruxelles, Bruylant, 1992.

10. Sur la valeur de ce protocole non ratifié : J. Verhoeven : «État des personnes et compétence consulaire. A propos d'un accord Belgo-marocain.», J.T., 1980, p. 717. Pour l'évolution des relations entre la Belgique et le Maroc : A. Moulay Rchid : «Le droit international privé du Maroc indépendant», in J.Y. Carlier et M. Verwilghen, op. cit. note 10, p. 169.

11. Sur ces projets de convention : J.Y. Carlier : «Quelques principes généraux du droit international privé belge de la famille au regard des projets de convention entre la Belgique et le Maroc», in Journées d'étude du Centre néerlandais pour les étrangers (NCB), Utrecht, Juillet 1992, p. 30.



et les dispositions conventionnelles appelées à la gérer est grand. Les dispositions sont souvent dépassées par l'effet soit d'une nouvelle migration soit d'un changement dans la migration concernée. S'agissant des relations entre la Belgique et le Maroc il ne semble pas que les projets de convention tiennent suffisamment compte de la stabilisation de la migration renforçant l'intégration au pays d'accueil particulièrement pour ce qui concerne les jeunes et les femmes. Deuxièmement, les conventions bilatérales peuvent entraîner des dérogations au droit international privé positif de chacun des pays concernés. Cette dérogation est importante lorsqu'il y va, par exemple pour le droit international privé positif belge, d'un retour à l'application de la loi nationale commune en matière de divorce à l'encontre d'une règle de conflit législative, la loi du 27 juin 1960, vue plus haut, ayant quasiment écarté cette application de la loi nationale (article 11 du premier projet de convention cité). Le troisième travers est une conséquence de ces dérogations au droit international privé général. Les conventions bilatérales comportent le risque de multiplier les statuts propres à différentes catégories d'étrangers : ressortissants des Communautés européennes, ressortissants des pays signataires de conventions multilatérales, ressortissants des pays avec lesquels des conventions bilatérales sont signées — chaque convention pouvant comporter des règles différentes — et enfin ressortissants d'autres États tiers, rattachés au droit commun.

#### **d) L'autonomie de la volonté**

Prenant acte de la relativité généralisée des situations privées internationales et du droit appelé à les régir<sup>12</sup>, l'introduction de l'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel tente à la fois de réunifier la catégorie de rattachement et la loi qui y est applicable tout en conservant une souplesse permettant d'adapter la règle de conflit à la situation qu'elle régit. Ainsi entendue la catégorie de rattachement statut personnel concerne l'ensemble des matières touchant au statut de la personne humaine de la naissance à la mort. L'autonomie de la volonté, comme règle de conflit pour cette catégorie de rattachement, s'entend comme une possibilité d'option de droit par la personne, ou les personnes intéressées au rapport de vie, soit pour la loi nationale soit pour la loi de la résidence habituelle.

### **IV. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ**

L'autonomie de la volonté comme règle de conflit de loi en droit international privé doit être distinguée radicalement de la liberté contractuelle en droit interne. En droit international privé l'autonomie de la volonté a pour objet de permettre aux intéressés de désigner la loi applicable au rapport de vie comportant un élément d'extranéité, non de régir ce rapport de vie comme bon leur semble selon

12. F. Rigaux : «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé», Recueil des cours de l'académie de droit international, tome 213, 1989-1, pp. 13 et suiv.

des dispositions matérielles inscrites dans un contrat. Ce n'est que si la loi applicable par désignation permet, en cette matière, la liberté contractuelle que les parties pourront, dans leur contrat, inscrire des dispositions de droit matériel.

En ce sens l'autonomie de la volonté se veut l'expression du principe de proximité : plutôt que de considérer *a priori* que soit la loi nationale, soit la loi du domicile, soit la loi de la résidence habituelle, soit la loi qui serait choisie par le juge, est la loi la plus proche pour régir le rapport de vie, il est constaté que les intéressés sont les mieux à même de choisir cette loi la plus proche. Telle était déjà la pensée implicite de Savigny lorsqu'il écrivait à propos de la loi applicable aux droits réels : «le droit applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'emprise d'un droit déterminé bien que cette influence ne soit pas illimitée»<sup>13</sup>. Il est constaté qu'en général les parties ne choisissent pas une loi qui ne soit pas proche de leur rapport de vie. Toutefois, s'agissant des matières de statut personnel, pour éviter le risque de la désignation d'une loi étrangère au rapport de vie et partant extérieure au principe de proximité, l'autonomie de la volonté proposée est limitée à une option de droit entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle.

Cette proposition n'est pas neuve, ayant déjà été évoquée en doctrine, en 1966, par Von Overbeck retrouvant l'idée de la *professio iuris* du moyen-âge<sup>14</sup>. En 1975, Catherine Labrusse-Riou évoquait, devant le Comité français de droit international privé, la possibilité d'utiliser l'option de droit comme règle de conflit en matière de statut personnel face au phénomène migratoire<sup>15</sup>. Aux Pays-Bas, en 1974, l'autonomie de la volonté avait également été évoquée, tout en étant rejetée par la majorité des auteurs, dans un ouvrage collectif sous la direction de Jessurun d'Oliveira qui participe également au présent ouvrage<sup>16</sup>. L'idée était également reprise à la session du Caire de 1987 de l'Institut de droit international<sup>17</sup>. Pierre Ganagé qui, en 1979, dans son cours à l'Académie de droit international, avait déjà évoqué cette notion en vue de favoriser la coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés, l'a développée plus récemment<sup>18</sup>.

Indirectement la jurisprudence a déjà donné une certaine place à la volonté des parties dans la matière du statut personnel. C'est tantôt par le biais du principe dispositif laissant aux parties le choix d'invoquer ou non la règle de conflit de lois

13. F.C. von Savigny : «System des Heutigen römischen Rechts», traduction Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1851, p. 110.
14. A.E. von Overbeck : «La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», in *Liber amicorum Baron Louis Frédéric*, II, Genk, 1966, p. 1085. Plus récemment voyez du même : «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», in *Hommage à François Rigaux, Nouveaux itinéraires en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
15. C. Labrusse-Riou : «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *Travaux du Comité français de droit international privé, C.N.R.S. ; 1975-1977*, p. 111.
16. Jessurun d'Oliveira, R. Kötting, Th. M. Bervoets, Th. M. De Boer : «Partij-invoeld in het internationaal privaatrecht», 1949-1974, De Venter, Kluwer, 1974.
17. *Annuaire IdI*, volume 62-II, 1987, pp. 135-136 et résolutions p. 291.
18. P. Ganagé : «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tome 164, 1979, III, p. 339 ; «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit. de droit international privé*, 1992, p. 425.

désignant une loi autre que la *lex fori*. C'est tantôt en tenant compte de la volonté des intéressés dans la reconnaissance des décisions rendues en matière de statut personnel à l'étranger. Ceci est particulièrement le cas en matière de répudiation où il est tenu compte de la volonté de l'épouse<sup>19</sup>. C'est tantôt par la recherche, au sein même de la nationalité comme facteur de rattachement, de la volonté comme élément d'effectivité de cette nationalité. Un exemple peut en être trouvé dès 1814 dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en l'affaire Busqueta. Alors que son épouse française demande, sur base de la loi espagnole, la nullité du mariage célébré avec Bertrand Busqueta, ayant appris que celui-ci était un ancien moine capucin défroqué, Busqueta invoquait l'application de la loi française, loi du lieu de résidence des époux, considérant que lui-même avait rompu avec sa loi espagnole. La Cour d'appel de Paris applique à cette matière de statut personnel la loi nationale espagnole du mari considérant qu'il n'y a pas en l'espèce de « preuve de l'abdication d'une patrie à laquelle on n'est pas présumé renoncer sans esprit de retour » puisque Busqueta « n'a jamais abdicqué ni voulu abdicqué sa patrie, et qu'il a toujours conservé l'esprit de retour »<sup>20</sup>. C'est cette même idée, mais à l'inverse par défaut d'effectivité de la nationalité, qui nourrit les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme à l'encontre d'expulsions de jeunes immigrés de seconde génération (supra II). Ces décisions ne sont pas totalement étrangères au concept de statut personnel puisqu'au moins elles se fondent sur la protection de la vie familiale des intéressés considérant que celle-ci se développe dans le pays d'accueil et non dans le pays d'origine. Il serait assez paradoxal, après ce constat, de prétendre y appliquer la loi nationale d'origine.

Certaines codifications récentes ont introduit l'option de droit dans les matières de statut personnel. C'est le cas dans la législation des Pays-Bas de 1981 sur les divorces internationaux, en son article 1, qui permet une option pour le droit néerlandais<sup>21</sup>. C'est le cas dans la codification allemande de 1986 qui, en son article 14, introduit, en matière d'effets du mariage, la possibilité d'opter pour l'une des lois nationales en présence à défaut d'une loi nationale ou d'une loi de résidence habituelle commune<sup>22</sup>. C'est le cas plus largement de la loi espagnole de 1990 qui introduit, dans l'article 9 nouveau du Code civil, la possibilité, pour l'ensemble des effets du mariage, d'opter pour la loi nationale ou pour la loi de résidence habituelle d'un des conjoints à défaut de nationalité commune<sup>23</sup>.

19. J.Y. Carlier : « Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenues à l'étranger », Rev. trim. de droit familial, 1991, p. 165.

20. Cour de Paris, 13 juin 1814, Sirey, 1814, 2, 393.

21. Loi du 25 mars 1981 portant règlement des conflits de lois en matière de dissolution du mariage et de séparation de corps et de la reconnaissance de celles-ci, Staatsblad, 1981, n° 166 ; texte français, Rev. crit. de droit international privé, 1981, p. 809.

22. Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé, Bundesgesetzblatt, 30 juillet 1986, n° 37, p. 1142 ; traduction française, Rev. crit. de droit international privé, 1987, p. 170.

23. Loi concernant la réforme du Code civil en application du principe de non-discrimination à raison du sexe, 15 octobre 1990, Boletín Oficial del estado, 18 octobre 1990, p. 30527 ; traduction française, Rev. crit. de droit international privé, 1991, p. 624, note A. Borras.

A l'inverse de ces avancées doctrinales, jurisprudentielles ou législatives de l'autonomie de la volonté, la solution ici proposée généralise le principe de l'option de droit à l'ensemble des matières de statut personnel. Ce faisant, face à la diversité actuelle tant de la catégorie de rattachement statut personnel que des règles de conflits y appliquées, la règle de conflit d'option de droit permet de retrouver une unité et une stabilité pour l'ensemble des matières de statut personnel<sup>24</sup>.

Il est certain que cette proposition d'appliquer le concept d'autonomie de la volonté en matière de statut personnel participe d'une évolution européenne et laïcisée du droit familial qui, de plus en plus, sort la famille de la sphère du public - entendu comme pépinière de l'État - pour l'inclure dans la sphère du privé - entendu comme lieu privilégié d'épanouissement des personnes. Il est à cet égard révélateur de lire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans le même souffle : «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...». Cette conception ne paraît toutefois pas totalement étrangère au droit musulman et particulièrement à l'optique essentiellement contractuelle du mariage. Plus que dans le droit européen, cette optique permet aux époux d'inclure dans leur contrat de mariage des clauses relatives aux relations personnelles et non uniquement aux relations patrimoniales. Le seul pas à franchir devient alors l'acceptation de la possibilité, pour un marocain par exemple, d'opter pour un droit non musulman, le droit belge par exemple. Sans remettre en question son statut de musulman, qui relève de la relation du croyant avec Allah, il s'agit d'accepter que ses relations familiales soient régies, à son choix, par la loi du lieu de sa résidence habituelle. Il n'y a là en réalité rien de neuf quant aux résultats puisque, comme on l'a vu, les règles de conflit actuellement utilisées en Europe tendent à l'application de la loi de la résidence habituelle commune. Plus encore, c'est la solution retenue à l'article 12 du projet de convention entre le Maroc et la Belgique sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution indiquant que «le divorce entre époux de nationalité belge et de nationalité marocaine, est régi par la loi de l'État contractant sur le territoire duquel ils ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun». La seule différence consiste en l'extension de cette possibilité aux époux de même nationalité d'une part et d'autre part dans le fait que la loi du domicile ou de la résidence commune qui serait ainsi appliquée n'est pas désignée extérieurement mais choisie volontairement par les intéressés. En évitant qu'une loi ne soit imposée, cette place laissée à la volonté permet précisément aux époux d'opter, s'ils le souhaitent, pour le droit marocain. Conformément à la liberté contractuelle du droit matériel marocain rien n'interdirait en outre que les époux, ayant opté pour ce droit, introduisent dans leur contrat de mariage des clauses (Shurût) relatives aux relations personnelles, comme la renonciation à la polygamie ou la délégation à l'épouse du droit de répudiation.

24. J.Y. Carlier : «Autonomie de la volonté et statut personnel», Bruxelles, Bruylant, 1992.

De façon générale, l'option de droit, tout en respectant les intérêts des États concernés, par la limitation de l'option entre la loi nationale et la loi de résidence habituelle, comporte un objectif de justice effective en raison du constat d'une adhésion plus forte des personnes au droit qu'ils ont eux-mêmes désigné pour régir leur rapport de vie et partant une acceptation de la sentence prononcée par le tribunal en application de ce droit. En faisant des personnes les auteurs de la désignation du droit dont ils seront les destinataires, l'autonomie de la volonté, loin de mettre en cause la stabilité juridique, l'affermir grandement par la prévisibilité certaine de la loi applicable au rapport de vie. Cette prévisibilité s'étend aux tiers si l'option de droit s'inscrit dans des formes précises comme les actes notariés, les actes de naissance ou les testaments. En permettant, tout en respectant ces formes, la mutabilité de ces options on permet en outre, au fil du temps, une insertion graduelle du migrant dans la société d'accueil<sup>25</sup>.

### **Conclusion**

Loin d'être pensée uniquement au regard de l'immigration musulmane en Europe, l'option de droit a pour objectif de rencontrer des multiplicités diverses. La multiplicité des types de migrations: stabilisées ou mouvantes. La multiplicité des points de rattachement possibles laissés à l'appréciation du juge en application du principe de proximité. La multiplicité, par subdivision, de la catégorie de rattachement statut personnel.

L'évolution des mentalités faisant de la famille un lieu d'expression de l'épanouissement de ses membres, c'est sur ceux-ci qu'il faut centrer l'axe permettant d'équilibrer et de régir ces diverses multiplicités. L'imposition extérieure soit d'une loi nationale qui tantôt serait jugée étrangère à la réalité de vie, soit d'une loi de résidence habituelle qui tantôt serait jugée négatrice des racines culturelles, n'est plus à même de rencontrer les aspirations des personnes. Sans permettre une liberté totale qui ne déboucherait que sur l'opposition d'intérêts divergents, l'option de droit, limitée à des droits proches et complétée, à défaut d'option, par l'application de la loi de la résidence habituelle, est de nature à rendre aux intéressés, les migrants, femmes, hommes et enfants, une certaine appropriation de leur vie qui n'a été trop souvent que le jouet de l'histoire, des besoins ou d'intérêts qui leur sont étrangers. ■

25. Pour les modalités pratiques J.Y. Carlier, op. cit. note n° 24, pp. 281 et ss.