

DEBATS DU 23 NOVEMBRE 2007

Mme Petra HAMMJE

M. DELAPORTE – Je tiens à vous remercier pour la précision et la clarté de votre exposé, avec le souci d'assortir chaque proposition d'illustration et de démonstration. Grâce à vous un certain nombre d'arrêts qui donnaient des solutions un peu diffuses trouvent leur place et vous distinguez là les différentes fonctions de cet ordre public de rattachement. Déjà, l'ordre public, tout court, était une partie obscure du droit international privé mais l'ordre public de rattachement l'était plus encore jusqu'à ce que vous exposiez la façon dont toutes ces solutions peuvent finalement s'expliquer. Comme assez souvent, dans les décisions du juge il y a beaucoup d'empirisme et il y a une rationalité d'abord cachée, puis finalement systématisée par la doctrine. C'est pour cela que j'ai beaucoup apprécié votre exposé. J'ai été surpris comme beaucoup à la lecture de l'arrêt de la Chambre sociale de mai 2006 sur l'esclavage domestique. Je pense que la solution en elle-même n'est contestée par personne, mais on est un peu surpris de voir la Chambre sociale bousculer les règles de conflit de juridictions, les règles de conflit de lois, en les évinçant avant même qu'on les ait interrogées pour savoir à quel résultat elles conduisaient. Mais, je crois qu'il faut voir là une réaction instinctive, comme un coup de colère de la Chambre sociale devant la situation à laquelle elle a été confrontée et elle a voulu marquer son refus en disant « vous pouvez me raconter n'importe quoi, de toute façon je n'empêcherai pas le juge français de régler la question ». De plus, dans cette affaire les employeurs, comme l'employé, n'étaient que pour quelques semaines en France et la Chambre sociale a dû se dire qu'il y avait un risque de déni de justice et que si les juridictions françaises ne se déclaraient pas compétentes, il ne fallait pas compter sur d'autres juridictions. C'est peut être une défiance vis-à-vis des juridictions étrangères mais dans un domaine où la Chambre sociale se veut combative.

M. LAGARDE – Je m'associe bien volontiers à tous ces compliments. J'ai l'impression que vous vous en prenez principalement à l'ordre public de proximité qui transforme, au fond, l'exception d'ordre public en un ordre public de rattachement et qui va fonctionner selon une logique différente de celle de la règle de conflit et qui aura également l'inconvénient de bloquer un peu la méthode de la reconnaissance. En réalité, vous avez quand même montré que cet ordre public de proximité intervient surtout dans le domaine des droits fondamentaux. Au fond, la différence de logique, c'est moins entre l'ordre public de proximité et la règle de conflit qu'entre les droits fondamentaux et la règle de conflit. Les droits fondamentaux sont imposés par la Convention européenne des droits de l'homme, on doit les garantir à tous ceux qui sont sous notre juridiction

DEBATS

et ces droits fondamentaux peuvent vraiment perturber le jeu des règles de conflit parce qu'il faut de toute façon les assurer. Et que fait ici l'ordre public de proximité ? Il vient limiter, à mon avis, l'impact des droits fondamentaux et redonner dans cette mesure sa place à la règle de conflit elle-même. Ainsi, à propos des répudiations, si on n'écarte la reconnaissance des répudiations que lorsqu'il y a un lien de proximité avec le for français (la nationalité, la résidence,...) cela veut dire qu'on ne l'écarte pas dans les autres cas ; donc, au fond, le système normal ici, c'est la reconnaissance et il va jouer d'autant plus que la notion de proximité viendra limiter le domaine des droits fondamentaux. Et c'est vrai aussi pour la création des droits. L'arrêt *De Pedro* vient imposer la faculté de divorcer et un arrêt de la même époque impose la faculté de faire établir une paternité naturelle lorsqu'il y a un lien de proximité. S'il n'y a pas ce lien de proximité, finalement, on laisse jouer la règle de conflit telle qu'elle était. Donc, à mon avis, ce n'est pas tellement l'ordre public de proximité qui est le perturbateur ; au contraire il est plutôt ce qui rétablit la règle de conflit.

Mme HAMMJE – A mon avis, je dirais plutôt que s'il doit y avoir incompatibilité, c'est peut-être plus entre l'ordre public de proximité et les droits fondamentaux. Et c'est peut-être pour cette raison que l'émergence de cette condition de proximité montre que l'on n'est plus dans un raisonnement en terme d'ordre public s'agissant des droits fondamentaux ; à mon sens, il n'y aurait pas d'incompatibilité – j'ai déjà dit ça maintes fois – à défendre les droits fondamentaux par le biais de l'exception d'ordre public classique ou alors de l'adapter aux droits fondamentaux. Mais ce qui me gêne, c'est de réintroduire après coup, une condition de proximité – c'est d'ailleurs ce qui me gêne dans l'ordre public de proximité en général – pour venir limiter la protection des droits fondamentaux qui seraient fortement liée à l'ordre juridique du for.

Ce qui me pose problème, c'est que si on considère ces droits comme étant fondamentaux, comme les abordent la Cour de cassation – si on prend l'exemples des répudiations – ou la Cour d'appel de Paris, en donnant à ces droits fondamentaux un contenu très général, très abstrait, il faut l'égalité absolue, le respect absolu de la vie privée, etc., et je ne vois pas comment on peut justifier ensuite qu'on ne les applique plus dès lors que de la situation n'est plus entièrement intégrée à l'ordre juridique du for, si le raisonnement est celui de l'ordre public. Donc, c'est pour ça, à mon sens, que s'il y a une incompatibilité, elle est peut-être là, dans la mesure où à ce moment-là la condition de proximité ne peut pas exprimer juste une variation, parce qu'une telle variation n'apparaîtrait pas légitime : si on considère que ces droits sont absolument fondamentaux, ils sont toujours fondamentaux et ce n'est pas parce que la situation est moins intégrée qu'elle ne devrait plus être protégée. C'est que le lien de proximité doit avoir un autre sens que de servir à la variation de l'ordre public pour défendre les droits fondamentaux. Je ne sais pas si ça protège la règle de conflit, oui, en un sens... je ne vais pas dire le contraire non plus. Effectivement quand on estime que le critère qui sert de rattachement à la règle de conflit est tout à fait satisfaisant parce qu'il correspond à la « bonne localisation » de la situation, on ne va pas le remettre en cause sur le terrain de l'ordre public dans le fonctionnement de cette même règle de conflit. Mais si on

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

considère que le critère finalement n'était pas le bon parce qu'il ne correspond pas à la réelle localisation de la situation, on le rectifie en quelque sorte après coup. Et le seul moment où on peut encore réagir quand on a fait jouer la règle de conflit, c'est sur le terrain de l'ordre public. Mais à ce moment-là le lien de proximité est peut-être moins un élément de la variation de l'ordre public qu'une réaction au fait que le critère principal n'est pas satisfaisant. C'est pour cela que je pense qu'on peut faire le lien avec la façon dont Franz Kahn utilisait la notion d'*Inlandsbeziehung*, le lien local avec le for, et ce que c'était dans son idée. Sauf déformation de ma part, cela paraissait comme un rattachement subsidiaire intervenant lorsque le rattachement principal n'apparaissait pas satisfaisant. D'où cette idée que c'était aussi une phase un peu transitoire en attendant d'élaborer des critères de rattachement plus satisfaisants où l'on n'aurait plus besoin, à ce moment-là, de l'ordre public. C'est peut-être un peu cette même approche que l'on retrouve aujourd'hui.

M. LAGARDE – C'est certainement vrai chez Kahn avec les exemples qu'il prenait, mais dans le cas des droits fondamentaux, je n'ai pas l'impression que l'ordre public de proximité en réalité remette en cause le rattachement initial, le rattachement retenu par la règle de conflit. C'est le résultat. On reste bien, à mon avis, sur le terrain de l'ordre public.

Mme HAMMJE – Oui, mais il y a quand même cette idée que cela traduit une inadéquation du critère principal : la situation ne devrait pas normalement relever de cette loi étrangère parce qu'elle est plus intégrée à l'ordre juridique du for. Quand on aura trouvé les bonnes règles qui correspondent à la « bonne localisation » de la situation, on n'aura plus besoin de l'ordre public ; donc finalement on le fait intervenir souvent mais peut-être parce que les règles ne sont pas tout à fait adéquates. Effectivement on n'est plus à l'époque de Kahn mais, il y a peut être un parallèle quand même.

M. MAYER – Moi, j'ai aussi beaucoup apprécié cette communication très claire sur un sujet particulièrement difficile et en plus diffus, dans lequel vous avez introduit de l'ordre. Je me pose une question. Ces arrêts sur la répudiation ne me paraissent pas tellement originaux du moins sur le terrain de l'opposition entre éviction et rattachement. Il me semble bien que là, il s'agit d'évincer à la fois la décision étrangère ou la loi étrangère en application de laquelle elle a été rendue alors que dans l'arrêt *De Pedro* – dont je rapprocherais, bien que vous les ayez mis dans deux sous-catégories différentes, la décision sur la reconnaissance de paternité naturelle – la juridiction nous dit : « *la règle* (la possibilité de faire établir la filiation ou la possibilité de divorcer) *n'est pas d'ordre public* ». Cela m'a toujours paru extraordinaire que l'on parle d'exception d'ordre public, que tout le monde trouve ça normal, alors que l'on nous dit que la règle n'est pas d'ordre public. En réalité, il y a là deux situations totalement différentes : la répudiation est contraire à l'ordre public, le contenu de la règle étrangère nous choque. Alors que dans les autres affaires le contenu de la règle étrangère n'est pas contraire à l'ordre public et néanmoins on va appliquer la loi française. Là, je vois effectivement un ordre public de rattachement.

DEBATS

Mme HAMMJE – Mais dans l'arrêt *De Pedro*, la Cour de cassation a dit quand même que la loi étrangère est contraire à l'ordre public

M. MAYER – Ou plutôt, « n'est pas d'ordre public sauf lorsque ... » ; mais comment une règle qui n'est pas d'ordre public en elle-même peut-elle devenir d'ordre public parce qu'il y a un Français ou une personne domiciliée en France ? C'est totalement illogique.

Mme HAMMJE – C'est vrai dans l'arrêt de 1993 sur la filiation. C'est effectivement ça, la loi étrangère n'est pas contraire à l'ordre public sauf s'il est Français

M. MAYER – La façon de s'exprimer est effectivement choquante mais ça révèle que c'est un mécanisme complètement différent que moi j'appelle « ordre public du statut personnel ».

Mme HAMMJE – Je suis d'accord.

M. Jacques FOYER – Pour revenir sur ce que vous venez de dire, il est vrai que dans l'arrêt de 1993, la Cour de cassation dit que la loi étrangère est contraire à l'ordre public s'il s'agit d'un enfant français, ou résidant en France, mais qu'en même temps elle n'a pas voulu se déjuger par rapport à l'arrêt de 1988, ce qui rend la contradiction entre les deux plus claire. Mais, je réfléchissais en vous écoutant et en écoutant aussi Paul Lagarde : si je m'en souviens bien, dans sa thèse il avait bien montré que l'ordre public avait à la fois une fonction positive et négative ; c'est un filtre qui laisse passer des lois étrangères et qui en arrête d'autres. Au fond, est-ce qu'avec l'ordre public de proximité, on n'arrive pas au même résultat ? Or l'ordre public de proximité est inséparable de l'ordre public d'éloignement, ou alors il faudrait carrément supprimer la notion d'ordre public d'éloignement. Alors, et je vous pose la question en terminant, au fond y a-t-il toujours place pour une notion intermédiaire entre l'ordre public et les lois de police ? L'ordre public de proximité, c'est encore de l'ordre public, me semble-t-il ?

Mme HAMMJE – Non, je ne dis pas que tout ordre public de proximité exprime nécessairement un ordre public de rattachement et ne correspond plus à l'exception d'ordre public. Le fait d'introduire des conditions de proximité comme dans d'autres arrêts ou comme le montre la jurisprudence allemande, est quand même un facteur de variation de l'ordre public. Il y a certaines situations où ça ne correspond pas tout à fait à cela. Mais mon propos était plus une interrogation. Ce qui est quand même curieux c'est qu'on voit apparaître la même manifestation sous des jours un peu différents, ce qui révèle peut-être – certainement même – autre chose que simplement une utilisation peut-être pas très satisfaisante de l'ordre public de proximité. Mais je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'avoir cette troisième voie, je dois dire que l'on s'en passerait tout à fait ; plutôt que de passer par l'ordre public de rattachement il semblerait peut-être plus intéressant d'utiliser autrement les règles de conflit de lois, ce qui pourrait suffire, au lieu de cet ordre public de rattachement qui s'apparente à des règles de conflit.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

M. Jacques FOYER – Vous avez dit avec raison que l'on s'en tient jusqu'ici aux deux critères de nationalité et de résidence. Pourrait-on avoir une notion de proximité, si j'ose dire, plus large que ces deux seuls critères ?

Mme HAMMJE – Oui, une proximité plus juste autrement appréciée qu'avec le seul for. Peut-être une proximité, notamment pour les droits fondamentaux, européenne ou autre.

Pour revenir sur ce que vous disiez sur le cas de la répudiation : là, on a une position claire et la répudiation est contraire à l'ordre public français, cela étant qu'est-ce qu'on dirait aujourd'hui avec les arrêts de 2004, si cette condition de proximité n'était pas remplie ? La Cour de cassation nous dit bien que la répudiation est contraire aux exigences d'égalité si les époux sont Français ou domiciliés en France. Qu'est-ce qui se passe si ce n'est pas le cas ? Est-ce que là, on dirait qu'elle n'est plus tellement contraire à nos exigences ? Je ne sais pas...

Mme MONEGER – En matière de filiation, on a dit que loi algérienne n'était pas contraire à l'ordre public parce que l'enfant n'était pas Français et ne résidait pas en France.

M. MAYER – On reviendrait à l'effet atténué, atténué de lui-même et non par la proximité.

Mme HAMMJE – Mais, en même temps, où est la conciliation avec le fait que c'est quand même contraire à certaines exigences fondamentales d'égalité. C'est là que l'utilisation de la proximité avec les droits fondamentaux me pose un vrai problème.

Mme MONEGER – Moi, je trouve qu'il y a un lien entre l'effet atténué et la proximité, on dirait la même chose. Je pense que si on avait à juger d'une répudiation qui n'a de lien avec nous, ni par la nationalité, ni par la résidence, ni par le domicile, on la reconnaîtrait comme on l'a fait pour la filiation.

M. PLUYETTE – Oui, effectivement, je rejoins tout à fait ce que vient de dire Mme Monéger. Pensant à tous les arrêts de 2004 sur la répudiation, je partage tout à fait l'opinion du Professeur Lagarde. En réalité, nous avons pris en compte les droits fondamentaux comme quelque chose qui fait partie de notre ordre juridique européen déterminé dans la sphère qui est la nôtre, mais nous n'avons pas voulu imposer notre conception des droits fondamentaux à d'autres systèmes de droit qui ne les acceptent pas. Si nous n'avions pas ce critère de l'ordre public de proximité suggéré par le Professeur Lagarde, nous serions revenus à la jurisprudence antérieure qui aurait fait une analyse cas par cas. Et je pense que, dans nos esprits, si nous avons un cas, notamment au niveau de la reconnaissance, où il n'y a aucun facteur de rattachement avec la France, nous admettrons parfaitement tous les effets de la répudiation pour ces étrangers.

M. MAYER – Je partage le sentiment exprimé par les membres de la Cour de cassation, c'est-à-dire pour les situations totalement étrangères. Ce que je voulais ajouter, car c'est une idée qui me vient, c'est qu'il est difficile de percevoir que cette notion de proximité a tantôt un effet extensif et tantôt un effet restrictif. Et il y a même trois situations finalement : la proximité a un effet extensif de

DEBATS

l'ordre public dans un cas comme l'arrêt *De Pedro* par exemple, où le droit étranger n'est même pas en soi contraire à l'ordre public ; un effet restrictif lorsqu'on exige la proximité pour faire jouer l'ordre public – mais ça c'est restrictif lorsque sont en cause les droits fondamentaux que les « fondamentalistes » voudraient voir toujours respecter – et, en revanche, c'est à nouveau extensif lorsqu'on donne la possibilité d'opposer l'exception d'ordre public alors que la situation – en dehors de tout droit fondamental – est née à l'étranger et que normalement devrait jouer ou qu'aurait joué autrefois l'effet atténué. Donc, il y a une sorte de mouvement dans des sens divers qui complique finalement les choses. Quand on entend parler d'ordre public de proximité, cela n'évoque pas quelque chose de très précis parce que finalement les effets sont très divers.

Mme HAMMJE – Mais c'est vrai aussi sur l'ordre public de rattachement. Il y a aussi deux faces : soit il y a un vrai protectionnisme car on va se protéger en refusant d'appliquer des lois d'Etats tiers, soit il y a une espèce d'expansionnisme au contraire puisqu'on va être compétent pour tout, comme dans l'arrêt de la chambre sociale. Dans les deux cas, il y a la même exigence de liens des valeurs fondamentales en cause et le for a cette compétence particulièrement élargie. Soit il se referme, et on reste en vase clos, soit il va vers une vision plus impérialiste des choses.

Mme MONEGER – Avec l'arrêt de la chambre sociale, en vous écoutant, j'ai pensé à la jurisprudence en matière d'assistance éducative. Finalement, le juge des enfants, on va le trouver compétent pour prendre une mesure pour un enfant qui se trouve sur le territoire français de façon tout à fait passagère, il est à Roissy et on prend une mesure ; je n'y avais pas pensé avant mais il y a bien un lien très ténu parce que cet enfant qui passe là ...

Mme HAMMJE – Oui, mais il y a d'autres facteurs, telle l'urgence peut-être...

Mme MONEGER – Oui un facteur d'urgence mais on n'a jamais mis en doute la compétence du juge des enfants pour prendre une mesure pour cet enfant qui se trouve sur le territoire.

M. GAILLARD – Après m'être associé aux compliments de l'auditoire, je me demande sans me placer sur le plan technique de la nature des choses mais plutôt sur le plan de politique juridique ou juridictionnelle, est-ce que ce souci de respecter les civilisations étrangères qui fait qu'on revient à des critères quand même archaïques qui sont souvent le critère de nationalité, parfois le critère de domicile, n'a pas contribué au déclin de la règle de conflit puisque le mécanisme normal de correction de la règle de conflit qu'est l'ordre public d'éviction traditionnel est lui-même limité dans son application, parfois pour corriger des règles de conflit inadéquates ou pas tout à fait justes ? Est-ce que cette restriction, qui consiste à réintroduire des critères qui sont honnis par le droit communautaire comme la nationalité, n'a pas discrédité l'entière fonction de la règle de conflit pour finalement pousser à privilégier des mécanismes qui sortent complètement de ce cadre et qui sont difficiles à expliquer dans nos catégories traditionnelles ?

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

Mme HAMMJE – Oui, peut-être.

M. GAILLARD – Personnellement, dire d'une loi qu'elle nous choque parce que l'intéressé est Français, mais que s'il n'est pas Français après tout ce n'est pas grave, me paraît difficile à accepter, surtout avec le critère de la nationalité.

Mme HAMMJE – Justement en jurisprudence française, c'est l'un ou l'autre, le domicile a presque plus d'importance que la nationalité en tant que telle.

M. MAYER – Je trouve moi aussi choquant de dire que la répudiation prononcée à l'étranger est contraire à l'ordre public, et qu'on ne la reconnaîtra pas si la personne est Française mais qu'on la reconnaîtra si la personne est Belge. Je pense qu'il peut y avoir un ordre public du statut personnel belge.

M. LAGARDE – Oui, mais il n'y a pas d'arrêt qui ait accepté une répudiation d'une femme belge en France, donc la question ne s'est pas posée comme ça. La formulation actuelle n'est pas très heureuse, il est vrai, mais je pense qu'on arriverait au même résultat dans le cas de la femme belge.

M. MAYER – C'est bien ce que je disais. Le résultat en lui-même, je n'ai rien contre.

Mme MUIR WATT – Je pense que je vais redire la même chose mais sous une autre forme. En fait, la vraie question qui a été soulignée par Petra, c'est de savoir comment articuler ce mouvement qui existe d'utilisation positive de principes ou de valeurs qui s'imposent en dépit de la règle de conflit, avec la méthode la reconnaissance. Je pense que méthodologiquement les deux choses ne sont pas du tout incompatibles puisqu'il s'agit de deux expressions d'unilatéralisme et on arrive finalement à inclure ou à faire reculer le seuil du conflit de lois en réalité en acceptant de reconnaître des situations qui ne sont pas forcément consacrées dans une décision judiciaire ; mais le problème est de savoir où l'on s'arrête. Y a-t-il des critères qui permettent de dire : là on accepte de reconnaître en s'abstenant d'imposer quelque chose au nom des valeurs du for, mais ici, on va au contraire repousser la reconnaissance pour imposer les valeurs du for. Il peut y avoir des cas pratiques où la situation existe et le for n'a rien à imposer mais il est difficile de délimiter la méthode comme on pouvait le faire dans le temps avec la décision judiciaire et l'ordre public atténué parce qu'il n'y avait pas ...

Mme HAMMJE – Parce que c'est une situation de fait !

Mme MUIR WATT – Exactement. Donc, il faut essayer d'interpréter les principes opératoires qui imposent la libre circulation des situations en creusant, sans doute, les fondements de la méthode de reconnaissance. Dans quel cas est-ce que la reconnaissance d'une situation s'impose ? Au nom de quoi on arrivera forcément à des conflits de principes fondamentaux...

Mme HAMMJE – Oui, c'est un peu le problème, les principes fondamentaux servent d'un côté à justifier le recours à la méthode de reconnaissance qui est aussi fondée sur le respect de la vie familiale, etc. Et ces mêmes principes peuvent aussi justifier parfois la réaction ou le déclenchement de l'ordre public.

DEBATS

C'est vrai que c'est un peu paradoxal qu'on ait un peu les mêmes justifications qui viennent au service de tout et de son contraire.

Mme MUIR WATT – Mais au fond, la recherche qu'il faut développer maintenant, c'est sur la hiérarchie à établir entre des principes en conflit qui interviennent dans des sens différents. C'est une autre forme de conflit de lois finalement...

Mme HAMMJE – Oui, peut-être la question se pose-t-elle aussi en termes de qualification ; le fait de savoir ce qui est vraiment essentiel et fondamental à une catégorie, à une situation, et savoir si on a cette équivalence avec une institution étrangère.

Mme MUIR WATT – Peut-être qu'il faut hiérarchiser les droits fondamentaux.

Mme HAMMJE – Oui, voilà, retrouvez l'essence de ce qui est le fondement, le noyau dur de la situation, pour savoir si la situation étrangère lui est contraire. Et la difficulté, s'agissant par exemple de reconnaître le mariage homosexuel, est que ça corresponde à la notion de mariage dans l'ordre juridique du for et dans l'Etat étranger où la situation est née. Il est vrai qu'il y a plusieurs terrains sur lesquels il faut agir...

Mme MUIR WATT – Oui, mais on est peut-être prisonnier, en fait, d'une méthodologie qui était fondée justement sur ces compartiments.