

DEBATS DU 23 MAI 2008

M. Fernandez ROZAS

M. DELAPORTE – Au nom de l'assistance qui vous a déjà remercié par ses applaudissements, je vous redis l'intérêt que, tous, nous avons eu à vous écouter et à entreprendre ce survol du droit international privé espagnol si plaisant à suivre. Vous avez exposé – et on sent une parenté parce qu'on se sent familier – la méthode de raisonnement, les problèmes du droit international privé espagnol qui est un droit voisin du nôtre, au point que nous nous interrogeons sur les mêmes problèmes : la qualification, le renvoi, avec – si j'ai bien compris – les nuances propres de la position espagnole. Et puis cette formation du droit un peu particulière, qui m'incite à vous demander une précision sur ce que vous appelez une jurisprudence prétorienne mais qui émane d'une administration ; il y a là quelque chose comme une doctrine administrative qui s'impose mais, en même temps, vous dites qu'elle est contestée ; par conséquent, si c'est une doctrine administrative contestée, est-ce que c'est vraiment une jurisprudence ? Une jurisprudence n'est une jurisprudence que quand elle est stable, admise, reconnue. Voilà une première question.

D'autre part, c'est une institution tout à fait à part que ce registre notarial qui m'intrigue ; mi-universitaire, mi-professionnelle dans sa composition ou du moins la composition de sa direction, c'est une administration très curieuse. Du point de vue des sources du droit, c'est une source que nous ne connaissons pas ; il peut y avoir des opinions ; imaginons que le conseil supérieur du notariat élabore des opinions, ce seraient des opinions intéressantes mais, tant qu'elles ne seraient pas sanctionnées par les tribunaux, nous ne les considérerions pas comme des jurisprudences. Nous accorderions un peu plus de crédit aux opinions des CRIDON qui ont davantage d'autorité ; elles sont reconnues et suivies dans la profession. En effet, lorsque ces organismes donnent une opinion sur une question qui ne fait pas l'objet de contestation, c'est une opinion envers laquelle nous avons le plus grand respect.

Donc, vous avez parcouru tout le droit international privé espagnol et si j'ai bien compris, en tant que système proprement national, il est de création assez récente car il y a trente ou quarante ans, il ne s'inquiétait pas de son identité, et vous espérez qu'il n'a pas encore atteint sa maturité et vous vous apprêtez à passer le flambeau pour l'amélioration de ce droit. C'est très intéressant et nous serons heureux d'avoir vos réponses.

M. FERNANDEZ ROZAS – Le fait est que jusque dans les années quatre-vingt, le système espagnol est absolument tributaire du système français et de la doctrine française ; car nous avons traduit en Espagne Niboyet et d'autres après

DEBATS

lui ; Batiffol a exercé aussi une influence très remarquable dans la doctrine espagnole. Nous avons un système très rigide, de facture statutaire et qui était très français d'inspiration; ainsi au Maroc, au temps des protectorats, le Dahir de 1913 de droit international privé établi par les Français a été adopté purement et simplement pour la région espagnole du protectorat et notre premier système de droit international privé en vigueur dans les territoires coloniaux espagnols a été emprunté à la France. Jusqu'au changement de régime, il n'y avait pas de règles de compétence judiciaire internationale en Espagne ; y sévissait l'impérialisme juridictionnel avec un article 51 de la loi de procédure énonçant que toutes les affaires qui ont lien avec l'Espagne étaient de la compétence des tribunaux espagnols. Il n'y avait aucune limite à la juridiction espagnole. Dès lors, toute la réflexion dans le domaine du droit international privé se concentrait sur les conflits de lois. Mais en 1985, nous avons introduit une nouvelle loi organique du pouvoir judiciaire (LOPJ) qui, en ses articles 21 à 25, démarque le système de la Convention de Bruxelles (l'article 22 LOPJ, c'est le système de Bruxelles pratiquement, sauf qu'il ne parle pas des problèmes de litispendance) : le système des chefs de compétence est le même système.

A partir de la loi organique du pouvoir judiciaire, toute l'activité, toute l'action des tribunaux espagnols se développe dans le secteur de la compétence judiciaire internationale et il n'y a pas d'arrêts tranchant de véritables problèmes de loi applicable en rupture complète avec la situation antérieure. Au vu de la jurisprudence espagnole recueillie dans l'*Anuario español* de droit international privé, tous les problèmes sont des problèmes de compétence judiciaire internationale ; les questions de loi applicable ont pratiquement disparu. Mais un autre facteur est à considérer. Il y a une jurisprudence en matière patrimoniale, les problèmes y sont ceux que connaît le droit international privé en France, car dans ce domaine sont en vigueur les règles des conventions qui lient aussi la France ; en revanche, sur le chapitre de l'état civil, c'est autre chose ; c'est le refuge du conflit de lois et pour une raison particulière. Il faut revenir à cette Direction Générale des Registres et du Notariat, qui est une institution originale, qui n'a pas de correspondant ailleurs. Il y a bien en Suisse la Direction Générale de Justice et Police, mais c'est un groupement de tous les registres civils, commerciaux et des registres de la propriété, normalement contrôlés par les notaires. Or nous avons en Espagne des règles très succinctes en matière de nationalité faute d'avoir jamais procédé à une vraie codification ; depuis toujours ces règles sommaires sont insérées dans le code civil et, distribuées en dix articles, elles sont notoirement insuffisantes – s'agissant surtout de l'acquisition. Aussi toutes les difficultés passent entre les mains de la Direction générale des Registres qui, docile au gouvernement du moment, dit ce qui est bien et dit ce qui n'est pas bien ; c'est un système absolument prétorien (toutes acceptions des termes confondues) et, aujourd'hui, le directeur général obéit à des instructions très sévères dans quelques matières et très généreuses dans d'autres matières, par exemple au sujet des mariages homosexuels, etc... Parce qu'il est impossible de construire un système de nationalité avec seulement dix articles, c'est par le relais de la Direction générale qu'est dictée dans chaque affaire la ligne à suivre.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

Ainsi à propos des mariages de complaisance, car c'est un problème aussi en Espagne, la Direction générale trace la voie selon les instructions du gouvernement. C'est donc un ordre de l'administration. Autrefois, les recours étaient portés devant la juridiction administrative et à l'échelon supérieur arrivaient devant la *Audiencia nacional*, dans une formation spécialisée et bien entraînée. Ainsi aujourd'hui, il y a des résolutions, c'est-à-dire des réponses-décisions de la Direction générale qui, par exemple, en matière d'adoption internationale atteignent 40 pages ou plus et sont de véritables traités de droit international privé destinés à instruire, guider, piloter le personnel des registres. Or ce personnel est le personnel judiciaire ; le juge a deux fonctions ; il traite le contentieux et il gère les registres. Quand il remplit cette dernière fonction, le recours est porté devant la juridiction administrative. Cet agencement est contesté ; certains souhaiteraient une séparation plus nette entre l'administratif et le judiciaire. Cette séparation devrait entraîner l'extinction de cette jurisprudence prétorienne ; mais ce n'est pas encore fait.

M. LAGARDE – Ce n'est pas vraiment une question que je soumetts à l'orateur parce qu'à vrai dire, l'exposé est tellement riche que je ne sais pas trop par quel côté l'aborder. J'ai, bien sûr, été très intéressé par la parenté qu'il y a – et le président M. Delaporte l'a relevé – avec le droit français et notamment sur la conception très large du droit international privé et les justifications que vous avez données reliant condition des étrangers et nationalité, droit civil et conflits de lois tout en montrant leur interaction. Mais, vous entendant à l'instant parler de la Direction des Registres, avec ma petite expérience de la Commission internationale de l'état civil, il me semble que la section espagnole ne reproduit pas une image fidèle de la doctrine espagnole beaucoup plus libérale. Je prendrai l'exemple des mariages : il y a une recommandation sur les mariages de la Commission de l'état civil qui tend à encourager la liberté du mariage et qui est à peu près contemporaine de la Convention de La Haye sur la reconnaissance du mariage de 1978, mais actuellement cette recommandation fait l'objet d'une demande de révision pour la rendre au contraire extrêmement stricte et en changer complètement l'esprit ; il y a une hantise de la fraude, du mariage frauduleux, et, pour ma part, je trouve que cela va trop loin, cette hantise de la fraude. Néanmoins, la seule question que je vous poserai se rapporte au mariage homosexuel. C'est une nouveauté qui pose beaucoup de problèmes de droit international privé. Mais la prenant sous l'angle de la fraude, du risque de fraude, la Direction des Registres qui chaque année – d'après ce que j'ai entendu – rend des centaines de décisions ou de résolutions sur ces questions de fraude au mariage, a-t-elle déjà prononcé sur des mariages homosexuels suspectés d'avoir été conclus pour obtenir le droit au séjour ou même la nationalité ?

M. FERNANDEZ ROZAS – Merci. D'abord sur la question du champ de notre discipline il y a eu jusqu'aux années soixante/soixante-dix une tendance dominante à le réduire aux conflits de lois, à la façon allemande de l'époque. Pourtant, c'est la position française qui l'a emporté ; la concentration sur le problème de loi applicable répondait surtout à une préoccupation académique – l'organisation des enseignements et surtout des carrières universitaires – et nullement à une exigence scientifique. La conception élargie à la française s'est

DEBATS

imposée aussi sans doute parce que le droit international privé a été érigé en discipline autonome, détachée complètement du droit international public et il a fallu en consolider le périmètre – alors que le décret de 1980 assignait au droit international privé la compétence judiciaire internationale, le droit applicable et la reconnaissance des jugements étrangers, le regretté Professeur Gonzalez Campos dans la première version de son cours adoptait une conception extensive et moi-même en 1982 dans mon premier manuel, je suivais la conception « batiffolienne », encore que le conflit de lois constituât le cœur même de notre matière. Mais sur le plan de l'enseignement, nationalité et condition des étrangers sont devenues matières à option (restant toutefois de la compétence des « international-privatistes ») alors que les conflits de lois et conflits de juridictions sont matière obligatoire. Naturellement c'est la question des relations structurelles entre les composantes qui importe et dans un système où la loi nationale est le point de rattachement principal, celles-ci apparaissent clairement dans des affaires telles que par exemple l'affaire *Bosch / Campomar* que j'ai évoquée, où il s'agissait du divorce d'époux Chiliens. Ces Chiliens étaient des Espagnols d'origine qui s'étaient établis au Chili et au bout de trois ans étaient revenus en Espagne avec la nationalité chilienne. Le mari demande le divorce, la femme objecte : « nous sommes étrangers, on doit appliquer la norme impérative du droit étranger, c'est-à-dire du droit chilien » ; certes, mais au Chili, il n'y a pas de divorce. Le problème est donc un problème de nationalité, puisqu'ils ont changé de nationalité. Aussi dans le domaine du droit des étrangers, vous avez parlé de mariage de complaisance. C'est notre problème et en Espagne la doctrine est partagée. Il y a des partisans de la liberté absolue pour qui l'acquisition de la nationalité peut être cause légitime du mariage malgré la tradition canonique mais naturellement il y a des opinions divergentes. Dans les affaires de mariage homosexuel, j'avais pratiqué le renvoi, un renvoi caché et au premier degré, M. Ancel ayant parlé la semaine passée en Espagne des problèmes des conjugalités exorbitantes ; pour le moment nous n'avons pas de jurisprudence sur les unions unisexes...

M. DELAPORTE – La position générale en Espagne à l'égard des mariages homosexuels est si favorable qu'il est à penser qu'il y aura une pratique extrêmement libérale, tellement souple, et qu'on se contentera d'un lien tenu avec l'ordre juridique espagnol pour admettre la validité des mariages célébrés en Espagne et aussi, par symétrie, pour reconnaître ceux célébrés à l'étranger. Le problème, ce serait plutôt une réaction à des décisions prises à l'étranger qui impliqueraient le droit espagnol, c'est là où ça deviendrait compliqué, mais pour l'instant on ne sait pas ce qui va se passer. Même la Direction générale des Registres et du Notariat, comme vous l'avez expliqué, n'a pas de ligne arrêtée, elle cherche une multitude d'arguments, elle motive d'abondance ses décisions ; mais c'est une accumulation d'arguments le plus souvent et ce n'est pas forcément extrêmement cohérent ; il n'y a pas toujours des motivations harmonieuses, il y a des mêmes des motifs qui se marchent sur les pieds, donc ce n'est pas toujours très convaincant. Quel sera l'issue de l'affaire ? On ne peut pas prédire, mais probablement quelque chose de très libéral.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

M. FERNANDEZ ROZAS – La situation rappelle le précédent né de la loi républicaine sur le divorce. En 1933, la *Revue critique* rapportait quelques décisions très intéressantes qui oublièrent toutes les règles du droit international privé qui auraient pu faire obstacle au divorce. Et aujourd'hui la Direction des Registres et du Notariat est dans le même esprit, très favorable à l'institution espagnole parce que politiquement correcte. Aux travaux de la Commission internationale de l'état civil participent des fonctionnaires espagnols obéissant au pouvoir exécutif et qui ont des positions autres que celles de la doctrine espagnole ; il y a en Espagne une polémique partisane assez vive dans le domaine des relations internationales. En Espagne, il y a une lutte très forte et courageuse.

M. MAYER – Est-ce que vous pourriez nous en dire un peu plus sur le droit interrégional ? Par exemple, est-ce que c'est dans tous les domaines du droit privé ou seulement dans certains que les Communautés autonomes ont le pouvoir législatif ? et je n'ai pas bien compris si ce pouvoir législatif des Communautés couvrirait à la fois le droit matériel et les règles de conflit de lois. Et aussi, est-ce qu'il y a des critères pour distinguer un conflit interrégional, un conflit international ou une situation purement interne à une région ? On est très curieux de ce type de conflit que nous n'avons pas.

M. FERNANDEZ ROZAS – En Espagne, le droit interrégional soulève différentes questions. Il y a une question historique et il y a une question de compétence constitutionnelle. L'Espagne n'est pas un Etat au sens moderne mais un Royaume jusqu'à l'arrivée en 1713 de Philippe d'Anjou ; celui-ci devient Philippe V en recevant une couronne qui réunit différents royaumes ; il n'y a pas d'Etat unitaire comme en France et ces questions historiques font que dans les différents royaumes il y a différentes lois en matière de régimes matrimoniaux et en matière successorale principalement. Ainsi la Navarre qui se réunit en 1510 au Royaume espagnol a un droit différent. A l'issue de la guerre de succession d'Espagne, lorsqu'un arbitrage papal eut donné la couronne à la dynastie des Bourbons, les Valenciens ou les Catalans, qui étaient partisans des Autrichiens, entendirent conserver leurs particularismes et pour cette raison, l'unité ne se fit pas à l'intérieur du Royaume. Et, plus tard, le code civil espagnol de 1889 n'est pas un code unitaire, il comporte d'ailleurs un article 13 (aujourd'hui abrogé) qui parle du droit des communautés historiques. Il y a donc différentes situations. Il y a des régions et certains territoires où existe un droit spécial par exemple en Aragon ou en Catalogne, en matière de régimes matrimoniaux et successoraux. Il y a des communautés autonomes qui couvrent une parcelle du territoire et ont un droit spécial comme le Pays basque où nous avons le droit commun et des droits propres. Quand arrive la République espagnole, la constitution donne compétence en matière de droit civil, sauf quelques spécialités, aux communautés autonomes, compétence en droit matériel. Mais aujourd'hui notre constitution ne s'exprime que par un article très compliqué qui dirait que les Communautés historiques conservent leur droit. Selon une première interprétation, subsiste la situation antérieure à la constitution où compétence n'est donnée aux communautés autonomes que pour développer le droit matériel, le conflit de lois restant du domaine de l'Etat. Mais il y a un arrêt de la Cour

DEBATS

constitutionnelle qui semble avoir été surtout l'ouvrage d'un juge très lié à la Catalogne et qui dit que les communautés autonomes aujourd'hui ont de véritables compétences en matière de droit privé et pour ces raisons il y a une autre interprétation plus entreprenante. La solution de principe du conflit interne est fixée par l'article 16 du code civil qui prescrit l'application de règles de droit international privé pour la mise en œuvre desquelles il substitue à la nationalité le critère du voisinage ou de l'habitanage, ou en espagnol : *vecindad civil* ; cette *vecindad* est une qualité qui s'acquiert par des années de résidence et la volonté liée à la résidence ou bien dix années de résidence dans le territoire foral sans faire aucune déclaration. C'est l'équivalent d'une nationalité interne et le système de solution de conflit est ainsi transféré du niveau international au niveau interrégional. Sauf les problèmes de théorie générale, car l'article 16 ne mentionne pas la question de la qualification ni celle du renvoi. Quoique certains auteurs, dont notamment Mme Alegria Borrás soutiennent le contraire en dépit d'une pratique qui pour l'instant excluent ces questions, l'article 12 ne s'applique pas en matière de conflit interne. Il est possible que les Communautés autonomes exploitent les compétences que leur donne la constitution pour modifier la situation ; mais la perspective est inquiétante ; par exemple, un développement des compétences autonomiques dans le domaine du droit de la consommation ou dans celui du droit de la concurrence compromettrait évidemment l'unité du marché en Espagne et au-delà. Cela soulève des difficultés importantes. Au Pays basque – et Mlle Magallon, ici présente, a étudié cela dans sa thèse –, il y a plusieurs systèmes de dévolution successorale et les Basques affirment avoir un système propre de règlement des conflits que d'ailleurs ils prétendent codifier, à l'encontre évidemment du Code civil.

M. TITO BALLARINO – Je voulais te poser la même question que Pierre. Mais il me reste quelque chose à te demander : qu'est-ce que c'est, les régions forales.

M. FERNANDEZ ROZAS – Les régions forales ce sont les anciens royaumes, Castille, Navarre, Aragon, etc..., et dans l'expression « territoires foraux », se retrouve le terme *forum*, *for*, *fuero* lequel, dans la langue médiévale, ne désigne pas spécialement la juridiction, mais la coutume, le privilège octroyé par une charte ; c'est cette deuxième acception qui est ici utilisée. L'expression correcte aujourd'hui est « les régions qui ont un droit propre différent du droit de l'Etat ». Le Pays Basque est divisé en deux : une moitié est de tradition forale, l'autre non : c'est la Navarre. Mais le Général Franco, par une loi du 2 mai 1975 (l'année de sa mort), a voulu remercier cette moitié non forale de son soutien pendant la guerre civile ; il a fait voter une loi portant code civil de la Navarre. C'est que si une communauté autonome n'a pas de droit foral, elle éprouve un déficit d'identité. C'est ce que montre aussi le cas de l'Asturie qui n'avait pas de code foral mais connaissait juste quelques coutumes foncières ; alors les autorités locales, pour renforcer l'identité asturienne, ont entrepris de faire un code civil. Cette réaction est bénéfique au moins pour le droit international privé, puisqu'elle favorise la multiplication des conflits de lois.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

MME REVILLARD – Simplement pour illustrer la question fort intéressante du Professeur Mayer sur la superposition du droit régional et du droit international privé je proposerai un cas concret et je souhaiterai, si c'est possible, que vous me donniez une réponse. Supposons un Espagnol qui est soumis à un droit de Catalogne et qui a épousé une Française. Ils divorcent. Le problème est celui de la loi applicable au divorce, est-ce que vous allez consulter les règles de droit international privé, en Espagne à Barcelone ou est-ce que le droit interrégional va primer au titre de la loi applicable au divorce ?

M. FERNANDEZ ROZAS – Pour le moment, les communautés autonomes n'ont pas de compétence en matière de divorce. Néanmoins le problème, encore très polémique, a été soulevé à propos de la succession d'un Ecossais habitant Barcelone et ne laissant que des meubles. La règle de conflit espagnole désigne la loi nationale, la loi écossaise, mais celle-ci renvoie en la matière à la loi du domicile, loi espagnole ; s'agit-il du Code civil espagnol ou bien s'agit-il du droit catalan ? Il faudrait pour l'application du droit catalan que le défunt ait eu la *vecindad civil* en Catalogne ; or il est contesté que les étrangers au royaume aient droit à la *vecindad civil*. La doctrine majoritaire – à laquelle je me rallie – préfère ici enjamber l'obstacle et utiliser le critère de la résidence habituelle, dont j'aurais dû vous dire qu'il est depuis la réforme de nos règles de conflit en 1974 le rattachement subsidiaire en cas de défaillance de la nationalité ; il peut donc l'être aussi bien en cas de défaillance de la *vecindad civil* qui est une espèce de nationalité intérieure, de sous-nationalité comme le soutient Mme P. Dominguez Lozano. Mais il faut reconnaître que cette solution de secours n'épuiserait pas toute la difficulté car il y a débat sur cette notion de résidence habituelle ; l'exposé des motifs de 1974 dit que la résidence habituelle est celle que retiennent les Conventions de la Haye, mais le code civil définit en son article 40 le domicile comme le lieu de la résidence habituelle... ce qui soulève des difficultés d'interprétation. Pour en revenir à votre question, si elle devait se poser, si donc le divorce devait relever du droit foral, je répondrais naturellement en faveur de l'application de la loi de la résidence habituelle commune des époux ou, à défaut, de la loi du dernier lieu de vie commune avant de se rabattre vers la loi du for en dernier recours ; c'est d'ailleurs vers ces solutions qu'oriente l'article 107 du code civil espagnol.