

Droit international privé
Année 2006-2008
Editions Pedone, Paris 2009

L'ORDRE PUBLIC DE RATTACHEMENT

Communication de Petra HAMMJE

Séance du 23 novembre 2007
Présidence de M. DELAPORTE

« Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? ». La question que Francescakis posait, il y a quarante ans, dans cette même enceinte¹, n'a rien perdu de son actualité. Et, malgré les évolutions qu'a connues le droit international privé depuis cette époque, une partie de ses interrogations reste toujours vivace. Au-delà des questions tenant aux mécanismes par lesquels il s'immisce en droit international privé, l'ordre public invite en effet, encore aujourd'hui, à réfléchir sur sa conciliation avec les objectifs du droit international privé², et plus avant, sur la fonction de la règle de conflit à servir de vecteur aux intérêts étatiques³. Parmi les zones d'ombres demeure la question d'une éventuelle fonction positive de rattachement qui pourrait être dévolue à l'ordre public. Ce « mécanisme controversé »⁴ que l'on désigne sous le vocable d'ordre public de rattachement reste en effet une notion fuyante, envers laquelle l'internationaliste éprouve une réticence instinctive, tant elle semble opposée à la recherche d'une coordination harmonieuse des systèmes. Or curieusement, certaines évolutions récentes remettent à l'ordre du jour l'existence un tel ordre public de rattachement.

Il est vrai que, de façon plus générale, l'ordre public est perçu avec « irritation »⁵ par l'internationaliste, car il apparaît à tout le moins comme une perturbation des mécanismes du droit international privé⁶. Comme le suggérait déjà SAVIGNY, deux raisons peuvent conduire le juge à appliquer sa propre loi plutôt que la loi normalement désignée : soit il ne peut accepter une institution étrangère inconciliable avec ses conceptions, soit sa propre loi « d'une nature positive rigoureusement obligatoire » le commande⁷. On reconnaît les deux manifestations aujourd'hui habituelles de l'ordre public : sa conception classique depuis BARTIN, selon laquelle l'ordre public est une exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit bilatérale du for⁸ ; la notion de lois de police, conceptualisée par les travaux de Francescakis, qui vient directement concurrencer la méthode conflictuelle en imposant l'application préférentielle d'une disposition impérative issue notamment de l'ordre juridique du for.

Dans les deux cas, l'appel à l'ordre public constitue une exception au « jeu normal » des règles de droit international. Mais alors que l'exception d'ordre

PETRA HAMMJE

public remplit avant tout une fonction négative d'éviction de la loi étrangère, la substitution de la loi du for n'en étant que la conséquence nécessaire et restant limitée dans son étendue, les lois de police traduisent davantage une fonction positive qui serait assignée à l'ordre public. La première vient corriger sur le fond la désignation opérée par la règle de conflit ; tandis que les secondes n'évincent pas seulement la loi désignée, mais s'opposent plus globalement à la règle de conflit elle-même⁹. En ce sens, on a pu relier l'émergence des lois de police à la notion « d'ordre public de rattachement » telle qu'évoquée par Mancini. Celui-ci voyait en effet dans l'ordre public un facteur autonome de rattachement, au même titre par exemple que la nationalité ou l'autonomie de volonté, conduisant à appliquer sur un territoire les lois d'ordre public nécessaires au respect d'un certain ordre social. Dans le même ordre d'idée, Pillet considérait que le but de garantie sociale ou d'ordre public de certaines lois imposait leur application sur l'ensemble du territoire du for. Or une loi de police répond tout à fait à cette inspiration de la fonction positive de l'ordre public¹⁰.

Ce n'est cependant pas cette acception de l'ordre public de rattachement qui nous retiendra ici. L'objectif est en effet de rechercher si une troisième voie d'intervention de l'ordre public ne se développe pas actuellement, voie médiane entre l'exception d'ordre public et les lois de police. En d'autres termes, peut-on concevoir l'ordre public en tant que catégorie autonome de rattachement, justifiant la compétence générale et préférentielle de l'ordre juridique du for¹¹ ? A la différence de l'exception d'ordre public, il ne s'agit pas d'un ordre public d'éviction, mais d'un ordre public positif de désignation ; à la différence d'une loi de police, ce n'est pas une disposition impérative spécifique du for qui revendique son application, mais la compétence générale du for qui s'impose pour assurer le respect de ses impératifs d'ordre public. S'il fallait lui trouver une paternité, plus que Mancini ou Pillet, ce serait probablement Kahn et sa vision de l'*Inlandsbeziehung* comme rattachement subsidiaire¹², qui viendrait à l'esprit.

L'émergence – peut-être devrait-on d'ailleurs parler de résurgence – d'un tel ordre public de rattachement s'inscrit dans la tendance actuelle de prise en compte accrue des intérêts étatiques (entendus au sens large) par les règles de droit international privé, tendance qui affecte entre autres les manifestations habituelles de l'ordre public, davantage et autrement sollicitées qu'à l'accoutumé¹³. D'un côté, spécialement dans le domaine du statut personnel, le recours à l'exception d'ordre public a ainsi connu un net renforcement sous l'impulsion des droits fondamentaux, renforcement qui n'est pas dépourvu d'ambiguïtés méthodologiques, comme l'illustre par exemple le contentieux des répudiations, ou encore la décision rendue par la Chambre sociale dans une affaire d'esclavage domestique¹⁴. D'un autre côté, l'appel aux lois de police se fait de plus en plus fréquent, sous l'influence notamment du droit communautaire, ce qui, là encore, conduit à altérer la notion originaires¹⁵, lorsqu'on y intègre la sauvegarde d'impératifs catégoriels ou particuliers¹⁶ ou lorsqu'on entend assurer la préservation de l'acquis communautaire à l'encontre des lois d'Etats tiers¹⁷.

S'il ne s'agit là, à première vue, que d'une simple augmentation du recours aux manifestations traditionnelles de l'ordre public, l'on peut cependant se demander

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

si cette apparence ne masque pas, en réalité, une modification de sa fonction. La seule persistance du phénomène mérite que l'on s'y attarde. Mais surtout, si l'ordre public se montre à chaque fois sous un visage inhabituel, la déformation qu'il subit répond malgré tout à une même inspiration sous-jacente, laquelle implique le recours à une même méthode, ce qui incite à croire qu'il ne s'agit pas là de simples accidents isolés.

Ce renforcement de l'ordre public révèle en effet un même fondement, à la fois matériel et localisateur. D'un côté, il puise à une même « force créatrice » : c'est en effet sous l'impulsion de principes supérieurs – droits fondamentaux ; principes communautaires fondateurs ou acquis communautaire – que le droit du for se voit doté d'un champ d'application spatial étendu, pouvant être différent de ce que postulerait une localisation de la situation selon les méthodes conflictuelles classiques¹⁸. De l'autre côté, on peut déceler un fondement localisateur commun, car la revendication de compétence du for ne se justifie qu'en raison de l'existence d'un lien étroit avec la situation. Or ce rattachement au for est moins l'expression d'une proximité d'ordre géographique¹⁹ que celle d'un lien de sujétion, traduction d'un fondement reposant sur des considérations de souveraineté²⁰.

Ce double fondement commande alors la méthode employée. Sous couvert d'un appel à l'ordre public, c'est la compétence générale de l'ordre juridique du for qui est imposée *a priori*, à une situation qui aurait dû relever d'un ordre juridique étranger. On délaisse l'approche savignienne au profit d'une méthode de type statutiste. A l'instar de la théorie des intérêts gouvernementaux, les intérêts d'ordre public du for – d'origine interne ou internationale – sont ici intégrés à une règle de rattachement de type unilatéraliste. D'un seuil de tolérance envers le droit étranger, l'ordre public devient le vecteur de l'impératif du for « pour aboutir à une meilleure définition de sa sphère d'efficacité »²¹.

Ces constatations incitent alors à pousser plus avant l'exploration, pour vérifier s'il y a bien là émergence d'une troisième voie d'intervention de l'ordre public, susceptible de systématisation. L'objectif n'est pas de faire un plaidoyer pour un tel ordre public de rattachement. Bien au contraire. La réflexion découle plutôt du sentiment d'insatisfaction, voire d'inquiétude face au potentiel « effet dévastateur pour les relations internationales »²² de cette transformation du recours à l'ordre public. On semble en effet complètement à rebours de la « véritable poussée de la démarche internationaliste »²³ qui marque le droit international privé contemporain, où l'actuel renouveau d'une approche unilatéraliste tend avant tout au respect d'un plus fort pluralisme juridique²⁴. Que l'on songe à la circulation de plus en plus facilitée des jugements dans et hors contexte communautaire, ou encore au développement du recours à la méthode de reconnaissance des situations, on est diamétralement à l'opposé du protectionnisme que véhicule l'ordre public de rattachement.

Comment comprendre alors cette volonté d'application préférentielle des impératifs du for ? Faut-il y voir le signe d'une impossibilité congénitale du droit international privé à fonctionner hors de cette fameuse communauté de droit évoquée par Savigny²⁵ ? Ou peut-on y voir, de façon plus optimiste, une simple

PETRA HAMMJE

phase de transition, à un moment où les nouvelles méthodes de réglementation, en particulier le recours à la reconnaissance dans le domaine du statut personnel, se construisent encore²⁶ ? Passée cette phase « de ré-assemblage »²⁷, l'ordre public de rattachement serait alors amené sinon à disparaître, du moins à s'estomper.

Pour appréhender au mieux ce phénomène, nous distinguerons en fonction des rapports que l'ordre public de rattachement entretient avec les règles existantes de droit international privé. Dans certains cas, l'ordre public de rattachement paraît venir corriger le recours à une règle existante de droit international privé. Il conserve alors un caractère exceptionnel, en tant que règle subsidiaire de rattachement venant évincer une règle principale inadéquate. Dans d'autres cas en revanche, l'ordre public de rattachement vient plus directement concurrencer les règles existantes, en ajoutant à elles un nouveau chef de compétence. Il devient alors un rattachement principal, une règle autonome de droit international privé.

A l'étude de l'ordre public de rattachement, règle subsidiaire de droit international privé (I) succédera celle de l'ordre public de rattachement, règle autonome de droit international privé (II).

I. L'ORDRE PUBLIC DE RATTACHEMENT, REGLE SUBSIDIAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE.

Dans une première série d'hypothèses, le recours à l'ordre public de rattachement semble constituer un correctif à une règle existante : face à l'inadéquation de la règle de rattachement principale, l'ordre public justifierait la désignation à titre subsidiaire de l'ordre juridique du for pour régir une situation lui étant étroitement intégrée.

Ce basculement de la classique exception d'ordre public vers un ordre public positif de rattachement trouve son illustration principale dans la « mutation méthodologique »²⁸ qui affecte le recours à l'ordre public de proximité en jurisprudence française, spécialement lorsqu'il vient au service des droits fondamentaux.

C'est en partant en premier lieu du constat de cette évolution (A), que nous tenterons en second lieu d'en apprécier les conséquences, à savoir la consécration d'une fonction positive de l'ordre public, dont il conviendra de mesurer le sens et les implications futures (B).