

LA « SAUVEGARDE DE CERTAINES POLITIQUES LÉGISLATIVES », CAS D'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL?

par Patrick KINSCH

Avocat, professeur associé à l'Université du Luxembourg

L'exception d'ordre public a incontestablement des traits qui la rendent *a priori* suspecte à la plupart des spécialistes du droit international privé : limitation de l'application des lois étrangères au profit de l'application de la loi du for; disharmonie internationale des solutions et création de situations boiteuses. Mais elle possède également un trait qui devrait la rendre sympathique à tous les juristes, quelle que soit leur spécialisation (et même au-delà de ce cercle somme toute restreint); ce trait, c'est celui qu'Hélène Gaudemet-Tallon a récemment décrit en ces termes : « L'exception d'ordre public international est une manifestation éclatante d'une préoccupation de justice matérielle¹. » Car qui voudrait d'un droit qui ne se préoccuperait pas de justice matérielle, ou de tribunaux qui ne chercheraient pas à aboutir à des solutions justes pour les cas qui leur sont soumis?

On peut se demander, dès lors, si la seule fonction de l'exception d'ordre public n'est pas celle à laquelle il est fait allusion dans la formule ci-dessus citée. La doctrine qui reste peut-être dominante en France est, cependant, d'un autre avis; depuis Lerebours-Pigeonnière, dont l'opinion a été reprise et développée par H. Batiffol, il est

1. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *Rec. cours La Haye* 312 (2005) 9, 273.

enseigné que l'ordre public remplit en réalité au moins deux fonctions bien distinctes : la défense des valeurs fondamentales ou des principes fondamentaux de l'ordre juridique français certes, mais aussi la « sauvegarde de certaines politiques législatives », qui ne se rattachent pas aux valeurs sur lesquelles un consensus existe au sein de la société française².

Afin de fixer les idées, il est sans doute utile de rappeler les termes, devenus classiques, dans lesquels le doyen Batiffol a décrit la double fonction de l'exception d'ordre public : « ... Lerebours-Pigeonnière [avait] pu affirmer que l'exception d'ordre public remplit en réalité deux fonctions. D'une part, elle est un moyen de défense contre les lois étrangères qui heurtent une conviction commune, par exemple les lois organisant l'esclavage, la polygamie, une puissance paternelle despotique; d'autre part, elle interviendrait aussi sur des points où la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou incertaine, alors que la politique législative du moment tient à imposer une ligne de conduite déterminée; on cite le caractère séculier du mariage, la limitation des causes de divorce ou, récemment encore, des cas de légitimation des enfants adultérins... Il y a plus. Les tribunaux ont rejeté des lois étrangères qui à coup sûr ne mettaient en cause aucun principe fondamental, mais qui paraissaient inconciliables avec une certaine politique législative... Telle loi sera considérée comme ne pouvant tolérer la dérogation au nom d'une loi étrangère sous peine que soit compromis le résultat auquel tend la politique dont elle s'inspire, telle autre au contraire admettra que certaines relations privées lui soient soustraites sans que son objectif s'en trouve atteint. Ceci explique que l'état de l'opinion intervienne dans ces appréciations. Si la loi interdit de divorcer absolument ou pour telle cause, si elle dénie valeur civile au mariage religieux, les juges peuvent estimer que tout échec à ces règles, même pour des étrangers, contribuerait dangereusement à entretenir l'opinion que la politique contraire a ses avantages; ils écarteront donc la loi étrangère parce que l'état de l'opinion rendrait son application fâcheuse pour l'ordre public. Et ce facteur ne compte pas pour peu dans les causes d'incertitude en la matière³ ».

2. P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, cité ici d'après la 5^e éd., Dalloz, 1948, n^{os} 269 et 270; H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1981, n^{os} 358 et 359, mais v. l'opinion très différente de P. Lagarde dans la 8^e éd., 1993, n^o 363, pour qui la distinction proposée « n'a pas de valeur explicative ou prospective »; une description proche de celle de Batiffol est celle donnée par Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, 9^e éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat droit privé », 2007, n^o 200 et par B. Audit, *Droit international privé*, 4^e éd., Economica, coll. « Droit civil », 2006, n^o 312 et 313. Sur le fait que la théorie de la double fonction de l'ordre public « sert de référence » à l'heure actuelle encore, v. N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse Strasbourg, 2003, n^o 46.

3. Batiffol et Lagarde, 7^e éd., loc. cit.

Comme on l'aura remarqué, la théorie de la sauvegarde des politiques législatives telle qu'elle a été développée par Lerebours-Pigeonnière et Batiffol a trait à l'ordre public d'éviction au sens le plus traditionnel, et les exemples donnés sont tous tirés du statut personnel : mariage, divorce, filiation. La présente contribution, qui voudrait la soumettre à une analyse critique, n'aura par conséquent pas trait à la reformulation de cette théorie par Phocion Francescakis qui voyait dans la sauvegarde de certaines politiques législatives un cas d'intervention, non de l'ordre public (d'éviction) proprement dit, mais des lois d'application immédiate⁴. Il existe certes, du point de vue du fondement de leur effet obligatoire, des liens entre les lois de police, qui peuvent être présentées comme relevant d'une espèce d'ordre public positif, et l'ordre public au sens traditionnel. Mais le rapprochement entre lois de police et ordre public ne s'impose plus, en ce qui concerne la méthodologie du droit international privé, depuis qu'il existe des explications autres du phénomène des lois d'application immédiate : la méthode des lois de police (règles matérielles jointes à des règles d'applicabilité qui en définissent le champ d'application international « immédiat » ou « nécessaire ») a, sur le plan méthodologique, des liens beaucoup plus précis avec la méthode unilatéraliste⁵ qu'avec l'ordre public d'éviction, tel qu'il est envisagé par la théorie de la « sauvegarde de certaines politiques législatives » à l'intérieur de la méthode bilatéraliste et en matière de statut personnel.

Malgré l'autorité indéniable de Batiffol qui lui sert de caution, il nous paraît que sa théorie des politiques législatives s'expose à de sérieuses objections. D'abord une objection de nature générale : une théorie unitaire de la fonction de l'ordre public, qui ne voit en lui qu'un mécanisme de défense des valeurs fondamentales de l'ordre juridique, a, au regard du droit international privé comparé, des avantages certains qu'il ne faudrait pas sans nécessité remettre en cause sur le fondement d'un particularisme français dans la définition de l'ordre public, particularisme dont on n'aperçoit pas la base (I). Viendront ensuite trois

4. Ph. Francescakis, *Rép. Dr. intern.* (1^{re} éd., 1968), v^o « Ordre public », n^o 46.

5. En ce sens, l'argumentation d'A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Rec. cours La Haye* 239 (1993-II) 9, 39-43; N. Nord, *op. cit.* (note 2), *passim*, spéc. n^{os} 31 et s.; 208 et s.; comp. IGI Strasbourg, 12 juin 2001, *D.* 2002. 2932, obs. Franck. L'assimilation des lois de police à l'ordre public positif a caractérisé, de même, en Allemagne la jurisprudence (p. ex. RG 21 mars 1905, *RGZ* 60, 296) et la doctrine de droit international privé jusqu'au renouvellement des analyses en termes d'*Eingriffsnormen* (MünchKomm/Sonnenberger [vol. 10, 4^e éd., 2006], art. 6 *EGBG*, n^{os} 4, 5 et 17; mais v. Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9^e éd., Munich, 2004, § 16 I et II pour le maintien du rapprochement entre lois de police et ordre public positif).

6. P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Reu. crit. DIP* 1971, spéc. p. 212 et s.; B. Audit, *op. cit.* (note 2), n^o 118.

objections plus spécifiques qu'il semble possible de diriger contre la théorie de la « sauvegarde de certaines politiques législatives » telle qu'elle a été formulée (II).

I. – L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC, MÉCANISME DE DÉFENSE DES VALEURS FONDAMENTALES DE L'ORDRE JURIDIQUE

A. – Le droit international privé n'est, enseignait-on classiquement, international que par son objet (les relations privées internationales), mais non, ou seulement très partiellement, par ses sources. Cet enseignement doit évidemment, à l'heure actuelle, être très largement nuancé du fait du développement qu'ont pris les sources internationales du droit international privé. Surtout, il n'a jamais (pas même du temps de Bartin et de Niboyet) correspondu à la réalité pour ce qui est de la caractéristique propre de la science du droit international privé, et tout particulièrement de la théorie générale des conflits de lois : celle d'être une branche du droit qui est, depuis toujours, fortement internationalisée, et qui repose sur un *jus commune* qui sert de base aux développements nationaux.

Si tel est le cas, il serait surprenant que le droit international privé français ait réellement pris, sur un point aussi fondamental de la théorie des conflits de lois que la définition des fonctions de l'exception d'ordre public, une orientation foncièrement différente des orientations qui existent en droit international privé comparé.

Un constat empirique pour commencer : en dehors de la France, dans les pays où la jurisprudence a l'habitude de fournir « les motifs de ses motifs »⁷, elle définit de manière unitaire la fonction de l'ordre public, par référence aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique. En Allemagne, une décision de la Cour fédérale énonce ainsi qu'il faut, pour que l'ordre public puisse intervenir, « que le résultat de l'application du droit étranger soit si fortement contraire aux principes fondamentaux de la réglementation allemande et aux conceptions de la justice sous-jacentes que nous le considérons comme intolérable »⁸, et elle motive ensuite longuement la contrariété à l'ordre public allemand de l'interdiction italienne de la légitimation d'enfants adultérins. Un récent arrêt de la même juridiction, pour appuyer la constatation

7. V. B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *Rec. cours La Haye* 234 (1992-III) 331.

8. Comme l'expriment, de manière peut-être indûment critique, les juristes (en particulier les magistrats) habitués au style français actuel de motivation des arrêts. Mais v. A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, 487.

9. BGH 17 sept. 1968, *BGHZ* 50, 370, 376.

que l'interdiction du divorce telle qu'elle reste en vigueur en droit canonique (applicable au statut personnel d'époux de nationalité syrienne) doit désormais être considérée comme contraire à l'ordre public allemand¹⁰, retient que « l'ordre public n'est pas statique et immuable ; en tant qu'élément fondamental de l'ordre juridique positif, il représente comme celui-ci une expression des conceptions élémentaires en matière de valeurs de la communauté juridique nationale et, dans une mesure croissante, européenne ; il est sujet aux modifications de ces conceptions et les suit — parfois, il est vrai, avec un certain retard »¹¹. Un arrêt du Tribunal fédéral suisse (rendu en matière de reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, mais qui est trop ambitieusement motivé pour ne pas être mentionné ici) se livre à des réflexions sur la diversité des valeurs reconnues par différentes civilisations et conclut qu'« une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique »¹². En Italie, l'ordre public a été défini comme l'ensemble des « principes qui informent l'ordre juridique et concourent à caractériser la structure éthico-sociale de la communauté nationale à un moment historique déterminé »¹³ ou comme « constitué des principes qui forment la structure éthique de la vie en société »¹⁴.

La même insistance sur les valeurs fondamentales de l'ordre juridique, partagées par la communauté au nom de laquelle l'ordre public est défini, se rencontre en droit anglo-américain, traditionnellement plus réticent que les droits de l'Europe continentale à manier l'exception d'ordre public : un membre de la Chambre des lords a pu énoncer, dans un arrêt rendu en 2002, que « *blind adherence to foreign law can never be required of an English court. Exceptionally and rarely, a provision of foreign law will be disregarded when it would lead to a result wholly alien to fundamental requirements of justice as administered by an English court* »¹⁵, et selon une très célèbre définition de l'ordre public donnée en 1918 par la Cour d'appel de l'Etat de New York, qui continue d'être citée régulièrement par les juridictions des différents pays anglophones, « *[t]he courts are not free to refuse to enforce a foreign right at the pleasure of the judges, to suit the individual notion of expediency or fairness. They do not close their doors, unless help would violate some*

10. Le contraire avait été décidé par BGH 12 févr. 1964, *BGHZ* 41, 136, 147 à propos du droit espagnol ; v. également BGH 29 avr. 1964, *BGHZ* 42, 7, 11.

11. BGH 11 oct. 2006, *BGHZ* 169, 240, 251, n° 37.

12. TF 8 mars 2006, *ATF* 132 III 389, 395.

13. Cass. 9 mars 1998, n° 2622, *Foro it.* 1999, I, 983, 987 ; dans le même sens Cass. 10 mars 1995, n° 2788, *Riv. dir. int.* 1996, 1069, 1070.

14. Cass. 11 nov. 2002, n° 15822, *Foro it.* 2003, I, 484, 488.

15. *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*, [2002] UKHL 19, [2002] 2 A.C. 883, par. 16 (Lord Nicholls of Birkenhead).

fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal »¹⁶.

Nulle trace, dans toute cette jurisprudence rendue par des juridictions suprêmes qui ne se considèrent pourtant pas comme tenues de motiver leurs décisions de la manière la plus elliptique possible, d'un deuxième cas d'intervention de l'ordre public, qui serait constitué par la sauvegarde de certaines politiques législatives contestées dans la société de l'État du for¹⁷. Et à considérer la seule définition un peu précise de la fonction de l'ordre public qui figure, en France, dans la jurisprudence de la Cour de cassation — celle donnée par l'arrêt *Lautour* de la chambre civile, rendu en 1948 au rapport de Lerebours-Pigeonnière après sa nomination à la Cour de cassation —, on constate qu'elle ne fait elle-même aucune allusion à cette double fonction, mais s'intègre parfaitement au consensus qui existe en droit comparé. L'arrêt *Lautour* accepte d'appliquer la loi espagnole aux conséquences d'un accident survenu en Espagne entre nationaux français; il explique qu'il convient d'appliquer le droit espagnol malgré le fait que les dispositions de l'article 1384 du Code civil français sont d'ordre public interne, « sous la seule réserve de principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹⁸.

16. *Lowks v. Standard Oil Co.*, 120 N.E. 98, 202 (N.Y. 1918) (Cardozo J.).

17. En fait, la seule allusion à la « politique législative », au sens ici discuté, que nous ayons trouvée ne figure pas dans une décision française (v. *infra*, II A, sur la motivation des arrêts par rapport auxquels Lerebours-Pigeonnière et Batiffol avaient élaboré leur théorie de la double fonction de l'ordre public), mais dans un jugement du Tribunal de première instance de Tunis de 1977. Ce jugement a refusé d'appliquer, à une action en divorce introduite par un mari marocain contre sa femme tunisienne, le droit marocain qui prévoyait un divorce par répudiation, aboli par le Code tunisien du statut personnel en 1956 : « il faut... écarter le droit marocain pour sa contrariété aux principes fondamentaux et surtout à la politique législative, qui imposent le recours aux tribunaux pour obtenir le divorce et accordent à la victime la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts » (Trib. Tunis 19 avr. 1977, *JDI* 1979. 652, obs. Charfi). Le sens de la brève allusion à la « politique législative » par ce jugement n'est pas évident, même s'il n'est pas impensable qu'effectivement les juges tunisiens aient pu considérer qu'en égard à la situation politique et géographique de la Tunisie, une défense vigoureuse de la solution imposée par le code du statut personnel s'imposait : v. A. Mezghani, « Quelle tolérance pour les répudiations? », *RID comp.* 2006. 61, 70. Mais on notera 1° qu'en même temps l'égalité des sexes constitue un principe fondamental de l'ordre juridique tunisien, comme le rappelle le jugement lui-même; et 2° qu'un jugement plus récent de la même juridiction motive le refus de reconnaître une répudiation (égyptienne) exclusivement par la considération qu'elle « heurte l'ordre public international tunisien, ainsi qu'il ressort de l'article 6 de la Constitution, des articles 1, 2, 7 et 16 paragraphe 1 et 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des articles 1, 2 et 16.1-c de la Convention des Nations unies de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » (Trib. Tunis 27 juin 2000, *Rev. tun. dr.* 2000. 425, note Ben Jemia).

18. Civ. 25 mai 1948, *D.* 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière; *Rev. crit. DIP*

B. — La thèse de la nature unitaire de la fonction de l'ordre public, rattaché à la seule défense des valeurs fondamentales de l'ordre juridique, est par conséquent plausible; elle s'est imposée en droit comparé et a été à la base de l'arrêt *Lautour* de la Cour de cassation. En même temps, cette thèse ne résout pas automatiquement la question des critères par application desquels les tribunaux identifient les valeurs qu'ils imposeront au besoin à l'encontre des solutions, incompatibles avec elles, auxquelles aboutit l'application d'une loi étrangère. Dans certains cas, aucun doute n'est raisonnablement possible : ainsi, il existe un large consensus à la fois dans la société française et au sein de la Cour de cassation sur le fait que l'organisation d'une forme moderne d'esclavage¹⁹ ou la polygamie (et, très vraisemblablement, la répudiation de femmes résidant en France) sont incompatibles avec l'ordre public. Un phénomène similaire, mais pas nécessairement identique, est celui de l'intégration des droits fondamentaux ou droits de l'homme dans l'ordre public international²⁰. Non pas que la définition du contenu et des limites de ces droits soit facile; elle se fait, elle aussi, par référence à des valeurs qui peuvent être controversées ou contradictoires, et exactement le même problème de définition des valeurs *par* une élite (les tribunaux, spécialement les juridictions suprêmes), mais *pour* la société tout entière, se pose à leur propos²¹. Mais le recours aux droits fondamentaux tels qu'ils ont dès à présent été définis par le Conseil constitutionnel, ou (plus fréquemment) le recours aux droits de l'homme tels qu'ils ont dès à présent été définis par la Cour européenne des droits de l'homme, a un effet secondaire pour le juge civil qui tranche un cas de droit international privé : celui d'être dispensé de justifier lui-même de la légitimité des valeurs qu'il considère comme fondamentales et comme devant prévaloir sur la loi étrangère.

1949. 89, note Batiffol qui fait part de son étonnement, « M. Lerebours-Pigeonnière nous [ayant] habitués à une conception plus extensive », et qui note qu'« il serait, certes, prématuré de considérer que cet arrêt inaugure une conception plus étroite de l'ordre public » (p. 93); *GA*, n° 19.

19. V. Soc. 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121, note Bollée; *Rev. crit. DIP* 2006. 856, note Pataut et Hamimje.

20. H. Gaudemet-Fallon, *op. cit.* (note 1), p. 394. Lerebours-Pigeonnière en avait le premier fait l'observation en doctrine : v. son article, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Mélanges Georges Ripert*, LGDJ vol. I, 1950, p. 255 et s.; mais en jurisprudence française cette intégration correspond à une tradition très ancienne (v. *Rec. cours La Haye* 318 [2005], p. 173-180).

21. Discussion par A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* [1962], rééd. New Haven, 1986, p. 235 et s.; et v. l'approche très sceptique de J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge (Mass.), 1980, p. 43 et s.; v. aussi U. Di Fabio, « Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems » in *Handbuch der Grundrechte*, D. Merren, H.-J. Papier éd., vol. II, Heidelberg, 2006, p. 1031, 1034 et s., et sur « la Constitution comme ordre de valeurs » en droit français, v., sous ce titre, la contribution de S. Pierré-Caps aux *Mélanges Dmitri Georgiev Lacroff*, Dalloz, 2005, p. 283 et s.

Dans d'autres cas, il est incontestable que, comme l'écrivait le doyen Batiffol²², « la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou incertaine », et la question n'est pas susceptible d'être résolue au moyen de la primauté de droits fondamentaux intégrés dans l'ordre public — après tout, le droit privé français n'est pas (encore) constitutionnalisé au point de faire des droits fondamentaux la seule source de l'ordre public. Quelle attitude les tribunaux sont-ils censés adopter dans pareil cas ?

On notera que le problème peut également survenir dans des affaires de droit interne, lorsqu'il s'agit par exemple de statuer, en fonction de valeurs tenues pour fondamentales, sur la validité d'un contrat au regard de l'ordre public ou sur une question fondamentale de la responsabilité civile²³. Le juge civil est bien tenu de répondre à la question (un *non liquet* méconnaîtrait son office, art. 4 C. civ.), de même qu'il est tenu de répondre à la question de la compatibilité avec l'ordre public international des lois étrangères qu'il est appelé à appliquer.

MM. Mayer et Heuzé écrivent, à propos des « principes qui, sans prétendre à l'universalité, constituent les "fondements politiques, sociaux de la civilisation française" », que « le juge français doit tenter ici de s'interroger moins sur sa propre réaction que sur celle de l'opinion publique française dans son ensemble, la réaction des divers milieux sociaux pouvant présenter des nuances dans son intensité »²⁴. Effectivement cette attitude est, nous semble-t-il, seule compatible avec la mission d'un juge à l'intérieur d'une démocratie²⁵. La conséquence devrait normalement être qu'en cas de controverse sérieuse sur le bien-fondé des idées directrices de la réglementation d'une question par la loi du for (ou en présence de projets concrets de réforme de la réglementation), ces idées directrices ne peuvent que difficilement être identifiées à des valeurs fondamentales que l'ordre public international devrait protéger²⁶. Même à supposer toutefois que les tribunaux

22. Cité *supra*, texte accompagnant la note 3.

23. Exemples : les contrats de maternité substituée, Ass. plén. 31 mai 1991, *D.* 1991. 417, comm. J. Bernard, rapport Chartier, note Thouvenin ; *JCP* 1991. II. 21752, concl. Dautenville, note F. Terré ; le préjudice du fait de la naissance, Ass. plén. 17 nov. 2000, *Perruche*, *JCP* 2000. II. 10438, rapport Sargos, concl. Sainte-Rose, note Chabas.

24. Mayer et Heuzé, *loc. cit.* (note 2). A rapprocher d'un arrêt, lui aussi rendu au rapport de Lerebours-Pigeonnière, sur le principe de l'actualité de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France », Civ. 22 mars 1944, *DC* 1944. 145, rapp. et note Lerebours-Pigeonnière (la note signale que la formule en question provient des arrêts de la CPII du 12 juill. 1929 dans les affaires des emprunts serbes et brésiliens : *Série A*, n° 20/21, p. 46 et p. 124-125) ; S. 1945. 1. 77, rapp. Lerebours-Pigeonnière, note Niboyet.

25. V. les références données en note 21.

26. V. MünchKomm/Sonnenberger (note 5), n° 62.

s'estiment — ou mieux, dans une perspective historique, se soient estimés — investis d'une autre mission, celle de conserver l'ordre social établi, ils ne doivent pas pour autant protéger la politique législative du moment pour elle-même, *parce qu'* elle est controversée, mais tout au plus en raison et dans la mesure des valeurs qui lui servent de base, et que les tribunaux considéreront comme relevant d'un « principe fondamental ». Ce qui nous amène à des objections plus spécifiques à l'idée de double fonction de l'ordre public.

II. — TROIS OBJECTIONS SPÉCIFIQUES À LA THÉORIE DE LA « SAUVEGARDE DE CERTAINES POLITIQUES LÉGISLATIVES »

A. — La théorie des politiques législatives repose sur une interprétation d'un certain nombre de décisions, rendues du temps de la III^e République, qui peuvent en réalité également être interprétées comme relevant de la défense des valeurs fondamentales de l'ordre juridique français, et sur l'interprétation desquelles la doctrine — y compris le doyen Batiffol, qui ne manquait pas d'esprit critique à l'égard de sa propre théorie — a hésité.

Il en va ainsi du seul arrêt cité par Batiffol lui-même dans la première édition de son *Droit international privé*²⁷, l'arrêt de la chambre civile du 30 novembre 1938²⁸. L'arrêt décide que le *délai* d'exercice de l'action en recherche de paternité défini par l'article 340 du Code civil s'impose à l'encontre de la loi allemande. Pourquoi ? Parce qu'il « a été prescrit pour des motifs d'ordre public se rattachant à l'honneur et au repos des familles ». Or l'honneur et le repos des familles pouvaient effectivement paraître, dans les années 1930, constituer une valeur fondamentale qui méritait d'être défendue par l'ordre public ; que cette appréciation, en tant qu'elle était étendue à une simple modalité procédurale de l'action en recherche de paternité, ait pu paraître exagérée²⁹ ne la transforme pas pour autant en un simple prétexte qui cache une tout autre fonction de l'ordre public. La solution adoptée par cet arrêt a d'ailleurs paru insatisfaisante à Batiffol : dans sa note sous l'arrêt, il fait part de sa crainte « que cette solution ne soit une pierre de plus dans la construction du système qui paraît s'ébaucher et en vertu duquel dans tout litige entre un Français et un étranger, le Français aura toujours gain de cause ».

27. *Op. et loc. cit.* (note 2). La 7^e éd. présente un texte en substance identique, mais enrichi de notes très développées qui ne citent cependant pas d'autres décisions françaises directement pertinentes.

28. *DP* 1939. 1. 57, note Silz ; *Rev. crit. DIP* 1939. 283, note Batiffol.

29. Silz, note préc. ; Batiffol, note sous Paris 14 mars 1952, *Rev. crit. DIP* 1952. 325. 328, arrêt qui refuse de suivre cette solution.

Lerebours-Pigeonnière de son côté³⁰ cite d'autres décisions : un arrêt de la chambre civile de 1930 qui approuve le rejet d'une action en légitimation d'un enfant adultérin suite au mariage de ses parents, au motif que la règle de l'article 335 du Code civil « est d'ordre public »³¹; un jugement du Tribunal civil de la Seine de 1932 qui écarte (!) le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public de la loi allemande, plus libérale à l'égard des actions en recherche de paternité que la loi française³²; et un arrêt de la chambre civile de 1938 qui annule comme étant frappée « d'une nullité d'ordre public » une convention de séparation amiable entre époux italiens³³. S'il est vrai que Batifol, annotateur de ce dernier arrêt, a pu l'expliquer dans ses observations en ayant recours « à l'idée féconde de M. Lerebours-Pigeonnière » de défense des politiques législatives controversées, il n'est pourtant pas interdit d'y voir une autre application de l'idée de défense du modèle familial français dans ses éléments identifiés par la Cour de cassation, en 1938, à des principes moraux essentiels de l'ordre juridique.

En somme, la théorie de la double fonction de l'ordre public peut être considérée comme se fondant sur une interprétation excessivement pessimiste de ces décisions, certes insuffisamment ouvertes sur les solutions du droit étranger mais qui peuvent néanmoins s'inscrire dans une approche unitaire de l'ordre public servant à la défense des « conception[s] actuelle[s] fondamentale[s] au sens de l'ordre public international français »³⁴ de leur époque.

B. – La jurisprudence pouvant servir de base à la théorie de la double fonction de l'ordre public n'a pas été renouvelée depuis le temps de la III^e ou, au mieux, de la IV^e République. Comme le relève M. Bernard Audit, « les interventions de l'ordre public ainsi inspirées se sont rarifiées »³⁵.

Ceci n'invalide évidemment pas la théorie, mais l'affaiblit néanmoins en tant que théorie explicative du droit positif. Batifol — publiée en 1978, exprimer des doutes sur la viabilité d'une explication qui semblait contredite par la jurisprudence plus récente, devenue plus tolérante à l'égard de lois étrangères qui différaient des choix législatifs

30. *Op. cit.* (note 2), n° 270.

31. Civ. 31 mars 1930, *D.P.* 1930. 1. 113, 2^e esp., note R. Savatier (qui estime que le maintien de l'exception d'ordre public par la Cour de cassation s'explique simplement par la volonté d'appliquer la loi française pour « obliger les étrangers qui vivent en France à se plier, sur les points les plus essentiels, à nos mœurs. Par là se prépare leur assimilation » : p. 118).

32. I. civ. Seine, 23 févr. 1932, S. 1933. 2. 145, 2^e esp., note dubitative Niboyet.

33. Civ. 26 janv. 1938, *Reu. crit. DIP* 1938. 475, note Batifol.

34. Civ. 1^{re}, 13 nov. 1979, *Reu. crit. DIP* 1980. 753, note Simon-Depitre.

35. B. Audit, *op. cit.* (note 2), n° 313.

arrêtés en France³⁶. Hélène Gaudemet-Tallon a, il est vrai, envisagé dans son Cours général de 2005 d'expliquer par la théorie de la défense d'« une politique législative donnée sur des questions qui sont loin de faire l'unanimité » la *favor matrimonii homosexualis* qui caractérise la clause spéciale d'ordre public de l'article 46, alinéa 2 du nouveau Code belge de droit international privé³⁷, ou encore la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui a admis, en 1994, le changement de sexe d'un transsexuel argentin dans les registres de l'état civil français par référence à l'ordre public international et à la Convention européenne des droits de l'homme³⁸; mais à titre personnel elle estime préférable d'envisager une modulation de l'ordre public par les liens de proximité de la situation avec l'ordre juridique du for³⁹. Et il semble effectivement plus plausible d'expliquer au moins la solution adoptée par la cour de Paris par l'affirmation, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que le droit au respect de la vie privée est en cause⁴⁰, et les deux solutions par la constatation que visiblement, dans le droit international privé de notre époque postmoderne, l'harmonie internationale des solutions n'a plus, face à la recherche individuelle du bonheur, la place éminente qui lui revenait dans les constructions classiques.

C. – Enfin, l'idée de base de la théorie de la sauvegarde des politiques législatives telle qu'elle a été non pas promue, mais formulée à titre d'explication de la jurisprudence par Lerebours-Pigeonnière et Batifol, apparaît comme difficilement compatible avec la mission du juge dans un État démocratique. Cette objection est peut-être la plus grave.

Il faut en effet garder à l'esprit que pour les interprètes de la jurisprudence de la Cour de cassation, la Cour ne s'est pas bornée à imposer ses propres vues, qui pouvaient différer des vues d'une partie (majoritaire?) de la population, sur l'importance qui revenait à la politique

36. H. Batifol, « Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public », *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, Milan, 1978, vol. II, p. 34, 40. Il conclut cette section de l'article comme suit : « Sans reprendre ici la question de savoir si cette formule peut être illustrée par des exemples vraiment concluants..., il faut observer qu'il y a une différence entre une politique législative décidée en face d'une opinion divisée, et des hésitations légales ou jurisprudentielles sur les solutions à donner dans des problèmes qui souvent ne provoquent pas de réaction caractérisée de l'opinion générale. »

37. « L'application d'une disposition [de la loi personnelle des époux] est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage. »

38. Paris 14 juin 1994, *Reu. crit. DIP* 1995. 308, note critique Lequette. L'arrêt vient de faire école en jurisprudence allemande : BVerfG 18 juill. 2006 *BVerfGE* 116, 243.

39. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* (note 1), p. 422-424.

40. Pour les effets de pareille détermination, v. *supra*, I. B.

législative du droit interne français, en termes de valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for — manière de procéder qui aurait mérité en elle-même un regard au moins critique sous l'angle de la légitimité démocratique de cet élément de la production des normes juridiques par les tribunaux⁴¹. Bien plus, ce que la Cour de cassation aurait entendu faire, c'est empêcher l'opinion publique de juger par elle-même et de constater les résultats de l'application, devant les tribunaux français, de lois étrangères qui mettraient en œuvre une autre solution que celle du droit français, ce qui « contribuerait dangereusement à entretenir l'opinion que la politique contraire a ses avantages ». La raison de l'inapplicabilité de la loi étrangère résiderait dans le fait « que l'état de l'opinion rendrait son application fâcheuse pour l'ordre public »⁴².

Cette interprétation de la jurisprudence fait de la Cour de cassation ce qu'elle n'est en réalité certainement pas : une institution indifférente à la compréhension des véritables motifs de ses décisions et qui, de surcroît, serait hostile à la transparence tout court, dès lors que le maintien de politiques législatives contestées dans l'opinion est en cause. Prise à la lettre, la théorie de la « sauvegarde de certaines politiques législatives » est étrangère à la démocratie moderne qu'on voudrait délibérative⁴³.

Ceci explique peut-être aussi le fait qu'aucun auteur ne présente la théorie en question comme répondant à un idéal. Ne serait-il pas plus simple de l'abandonner même en tant que schéma explicatif de la jurisprudence française ?

41. *Supra*, I. B., l'élément « critique » étant au demeurant pris au sens d'« examen sérieux » et non nécessairement au sens de « jugement défavorable » : la question des relations entre la mission du juge et les valeurs est trop complexe pour admettre avec certitude une seule bonne réponse.

42. Batiffol, cité *supra*, texte accompagnant la note 3.

43. Sur cet idéal et sur ce qu'il implique, v. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung : Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4^e éd., Francfort, 1994, spéc. (en ce qui concerne les sources de la légitimité de la jurisprudence de droit privé) p. 472 et s., trad. fr. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1997, spéc. p. 419 s.; comp. V. Petey, « Vérité et justification en droit », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 663 et s.