



**HAL**  
open science

## La raréfaction de l'ordre public international

Tony Luye

► **To cite this version:**

Tony Luye. La raréfaction de l'ordre public international. Droit. Université Paris Cité, 2021. Français.  
NNT : 2021UNIP5095 . tel-04224801

**HAL Id: tel-04224801**

**<https://theses.hal.science/tel-04224801>**

Submitted on 2 Oct 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Paris

École doctorale 262-Sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion

*Laboratoire Centre de droit des affaires et de gestion – EA 1516*

# **LA RARÉFACTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

Par Tony LUYE

Thèse de doctorat de Sciences juridiques – Droit privé

Dirigée par Anne SINAY-CYTERMANN  
Professeur émérite, Université de Paris

Présentée et soutenue publiquement le 22 juin 2021

Devant un jury composé de :

*Rapporteurs :*

**Madame Johanna GUILLAUMÉ**, Professeur, Université de Rouen.

**Monsieur Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES**, Professeur, Université Paris I  
Panthéon-Sorbonne.

*Suffragants :*

**Madame Olivera BOSKOVIC**, Professeur, Université de Paris.

**Monsieur Nicolas NORD**, Maître de conférences, HDR, Université de Strasbourg.



Except where otherwise noted, this is work licensed under <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>

## **AVERTISSEMENT**

*L'Université de Paris n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



## REMERCIEMENTS

Se soumettre à l'exercice des remerciements en pleine pandémie de COVID-19 ne fait que souligner l'importance du rôle joué par leurs destinataires.

Je voulais tout d'abord remercier Madame Le Professeur SINAY-CYTERMANN pour avoir accepté de diriger mes recherches. Votre bienveillance constante, votre disponibilité sans faille et votre aide précieuse, surtout dans les moments d'isolement, ont joué un rôle décisif dans l'accomplissement de ce travail.

Je remercie Monsieur Le Professeur NOGUÉRO pour m'avoir donné l'opportunité d'enseigner à l'Université de Paris.

Je remercie également les magistrats de la Cour d'appel de Paris pour leurs écoutes attentives et leurs conseils avisés sur mes travaux de recherche. Mes remerciements vont tout particulièrement à Monsieur FUSARO et Monsieur BACONNIER.

Je remercie Monsieur HOMMEL qui, année après année, au fil de son travail de documentation, n'a pas hésité à me transmettre toute lecture qui était en lien avec mes travaux de recherche. Je remercie également Monsieur FOLLENFANT, ancien collègue devenu ami, pour son soutien.

Je voulais remercier chaleureusement Farid et Soraya qui m'ont accueilli comme un fils pendant plusieurs années et que j'ai l'honneur de compter parmi les membres de ma famille.

À mes amis, au risque d'en oublier certains, je préfère vous dire ceci : MERCI MILLE FOIS.

Je voulais également remercier ma famille et en particulier mes parents, Martine et Jean-François, ainsi que mon frère, Nathan et ma sœur Ludmilla, en espérant faire leur fierté au quotidien.

Enfin, je ne peux que remercier celle qui partage ma vie depuis bientôt une décennie, Névine. Ce travail n'aurait jamais pu être accompli sans toi. Même dans les moments les plus sombres, et alors que tu devais toi-même finir ton doctorat, tu as tout fait pour que je ne me perde pas. Le soutien dont tu as su me témoigner n'a d'égal que le bonheur de t'avoir dans mon équipe.



## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

*AFDI* : Annuaire français de droit international.

*AJDA* : Actualité juridique de droit administratif.

*AJF* : Actualité juridique Famille.

*AN* : Assemblée nationale.

*BOMJ* : Bulletin officiel du ministère de la Justice.

*CA* : Cour d'appel.

*Cah. dr. eur.* : Cahiers de droit européen.

*Cass* : Cour de cassation.

*Cass. ass. plén.* : Assemblée plénière de la Cour de cassation.

*CE*. Conseil d'État.

*CEDH* : Cour européenne des droits de l'homme.

*Cf.* : Confer.

*Chron.* : Chronique.

*Circ.* : Circulaire.

*CJCE* : Cour de justice des communautés européennes.

*CJUE* : Cour de justice de l'Union européenne.

*Cons. eur.* : Conseil européen.

*Cons. UE* : Conseil de l'Union européenne.

*contra* : Position contraire.

*Coord.* : Coordination.

*CPJI* : Cour permanente de justice internationale.

*D.* : Décret.

*D.* : Recueil Dalloz.

*dactyl.* : Dactylographiée (thèse).

*DC* : Dalloz critique (1941-1944).

*Dir.* : Direction.

*Dr. et société* : Revue droit et société.

*Dr. famille* : Revue droit de la famille

*Dr. pén.* : Revue droit pénal.

*éd.*, : édition.

*ex* : exemple

*GAJFDIP* : Grands arrêts de jurisprudence française de droit international privé.

*Gaz. Pal.* : Gazette du Palais.

*Ibid./ Ibidem* : même endroit.

*IGEC* : Instruction générale relative à l'État civil.

*JCl* : JurisClasseur – Encyclopédie.

*JCP* : JurisClasseur Périodique.

*JCP G* : JurisClasseur Périodique (Semaine juridique, édition générale).

*JCP N* : JurisClasseur Périodique (Semaine juridique, édition notariale et immobilière).

*JDI* : Journal du droit international (*Clunet*).



*JEDH* : Journal européen des droits de l’homme

*LPA* : Les Petites Affiches.

n. b. p. : Note de bas de page.

*Op. cit.* : Opere citato.

p. / pp. : Page / Pages.

PE : Parlement européen.

*Préc.* : Précité.

Prot. : Protocole.

Rapp. : Rapport.

*RCADI* : Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye.

*RDILC* : Revue de droit international et de législation comparée.

*RDLF* : Revue des droits et libertés fondamentaux.

*RDIP* : Revue de droit international privé.

*Rev. arb.* : Revue de l’arbitrage.

*Rev. crit. DIP* : Revue critique de droit international privé.

Règl. : Règlement.

*Rev. jur. Ouest* : Revue juridique de l’Ouest.

*Rev. Lamy dr. civ* : Revue Lamy Droit civil.

*Rev. UE* : Revue de l’Union européenne.

*Rev. sc. crim.* : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.

*RFDA* : Revue française de droit administratif.

*RGDM* : Revue générale de droit médical.

*RGDP* : Revue générale des procédures.

*RID comp.* : Revue internationale de droit comparé

*RJ com.* : Revue de jurisprudence commerciale.

*RJPF* : Revue juridique personnes et famille.

*RRJ* : Revue de recherche juridique – Droit prospectif.

*RTD civ.* : Revue trimestrielle de droit civil.

*RTDE* : Revue trimestrielle de droit européen.

*RTDH* : Revue trimestrielle des droits de l’homme.

*RUDH* : Revue universelle des droits de l’homme.

*S.* : Sirey (recueil).

t. : Tome.

TGI : Tribunal de grande instance.

trad. : traduction.

*Travaux comité fr. DIP* : Travaux du Comité français de droit international privé.

vol. : Volume.

## **SOMMAIRE**

### **INTRODUCTION GÉNÉRALE**

### **PARTIE 1 : LA RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

#### **TITRE 1 : L'ÉLABORATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

*CHAPITRE 1 : L'ÉLABORATION SUBSTANTIELLE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL*

*CHAPITRE 2 : L'ÉLABORATION STRUCTURELLE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL*

#### **TITRE 2 : LE PROCESSUS DE RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION**

*CHAPITRE 1 : APPROCHES CAUSALES DE LA RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION*

*CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION*

### **PARTIE 2 : LA RARÉFACTION DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

#### **TITRE 1 : LA RARÉFACTION DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

*CHAPITRE 1 : LE BOULEVERSEMENT DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE PAR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT FRANÇAIS*

*CHAPITRE 2 : LA RARÉFACTION DE L'ORDRE PUBLIC DE PROXIMITÉ*

#### **TITRE 2 : LA RARÉFACTION DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

*CHAPITRE 1 : LA PERTURBATION DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL*

*CHAPITRE 2 : LA RARÉFACTION-MUTATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL*

### **CONCLUSION GÉNÉRALE**

### **BIBLIOGRAPHIE**

### **TABLE DES MATIÈRES**



*À la mémoire de Tony BLONCOURT,  
Mort pour la France,  
Fusillé au Mont-Valérien le 9 mars 1942 à l'âge de 21 ans.*



## INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Les valeurs, on peut les voir, les regarder ; on ne peut pas les prouver. On ne peut pas être convaincu si on ne les voit pas. Cela ne veut pas dire qu’on se situe dans un domaine non logique ou hors logique. Au contraire, on se trouve au niveau le plus subtil de la partie logique de l’âme, là où, ainsi qu’Aristote l’avait constaté, l’intellect regarde la vérité. Il la regarde et ainsi il la connaît ; sans qu’on la lui prouve et sans qu’il ait besoin d’aucune preuve »<sup>1</sup>.

1. L’ordre public international est certainement le mécanisme de droit international privé doté du plus grand nombre de métaphores : « Caméléon »<sup>2</sup> ou « enfant terrible »<sup>3</sup> du droit international privé, « cheval rétif »<sup>4</sup>, « *shi-Tennō* »<sup>5</sup>, « *lokapāla* »<sup>6</sup>, membre « de la catégorie des Intouchables »<sup>7</sup>, « remède »<sup>8</sup> permettant de défendre « l’organisme français »<sup>9</sup>. « L’épée et le bouclier »<sup>10</sup> est celle qui a notre préférence, même si elle n’est totalement pertinente que dans

---

<sup>1</sup> S. VRELLIS, « Conflit ou coordination des valeurs en droit international privé. À la recherche de la justice », *RCADI* 2007, t. 328, pp. 193-194.

<sup>2</sup> B. DUTOIT, « L’ordre public : caméléon du droit international privé ? » : *Mélanges G. FLATTET*, Payot Lausanne, 1985, pp. 455-472.

<sup>3</sup> N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1967, t. 104, p. 173.

<sup>4</sup> D. TALLON, « Considérations sur la notion d’ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais » : *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, pp. 883-891, spé., p. 883. Cette métaphore est traduite de l’anglais « *unruly horse* » et fait référence à la célèbre formule utilisée par Lord J. BURROUGH dans la décision *Richardson v. Mellish* du 2 juillet 1824 (2 Bing 229 / 130 E.R. 294). La citation exacte est la suivante : « [Public policy] is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you ».

<sup>5</sup> G. LÉGIER, « Les rapports familiaux et l’ordre public au sens du droit international privé », *RRJ* 1999-1, pp. 293-311, spé., p. 293. Au Japon, les « *Shi Tennō* » (四天王) (ou « *Shi daitennō* », littéralement “les 4 grands Rois du ciel”), sont les quatre « dieux qui protègent le monde contre les attaques des démons et gardent chacun un des points cardinaux : “*Jikoku*”, l’Est ; “*Zōchō*”, le Sud ; “*Kōmoku*”, l’Ouest ; “*Tamon*”, le Nord » (E. PAPINOT, *Dictionnaire d’histoire et de géographie du Japon*, Tōkiō, Sansaisha Meiji, 1906, pp. 660-661).

<sup>6</sup> G. LÉGIER, *préc.*, p. 293. Dans l’hindouisme et le bouddhisme, les « *Lokapāla* » renvoient directement aux « 4 grands Rois du ciel » évoqués précédemment (Cf. *supra*).

<sup>7</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, p. 1, n° 1.

<sup>8</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. 3, 1944, p. 504, n° 1022 bis. Pour une autre illustration de l’usage d’une métaphore médicale désignant l’ordre public international comme une sorte de remède contre le mal ou la maladie et liant cette notion avec « une sorte de pathologie du droit » (Cf. M.-C. MOLDOVAN, *L’ordre public en droit international privé*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, É. DUCHEMIN, L. CHAUNY et L. QUINSAC, 1932, p. 9, n° 1).

<sup>9</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, *op. cit.*, p. 488, n° 1020.

<sup>10</sup> Cette métaphore est largement utilisée par la doctrine française et anglo-saxonne. Pour une utilisation de la métaphore de « l’épée » : Cf. Y. XIAO et Z. HUO, « *Ordre Public in China’s Private International Law* », *The American Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 53, n° 3, pp. 653-677, spé., p. 675. Pour une utilisation de

l'hypothèse du conflit de lois<sup>11</sup>. Tandis que le « *bouclier* » permet de s'opposer à l'application de la loi étrangère, « *l'épée* » permet d'y substituer la loi du for.

2. Considérer l'ordre public international comme un « *bouclier* » ou un « *rempart* »<sup>12</sup> est utile pour notre étude. Cette métaphore permet d'insister sur la capacité défensive de ce mécanisme exceptionnel qui doit empêcher l'infiltration de normes étrangères qui seraient contraires aux valeurs essentielles du for. Elle permet également de mettre en exergue les « *tendances actuelles* »<sup>13</sup> de ce mécanisme, qui n'ont pas échappé à la doctrine spécialisée, et qui laissent présager de nombreux bouleversements. Après avoir mis en perspective le contexte, l'objet et l'hypothèse de l'étude, nous en préciserons le champ et le plan.

3. **Contexte de l'étude.** Les arrêts *Menesson*<sup>14</sup> et *Labassée*<sup>15</sup> rendus en 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme ont ouvert à la voie à une multitude d'interrogations sur la pérennité de l'ordre public international et la portée de la prohibition de la gestation pour autrui.

4. Des solutions récentes, proposées par la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme en matière de gestation pour autrui pratiquées à l'étranger, ont montré les limites de ce mécanisme exceptionnel pour s'opposer aux effets de ces conventions en France. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est devenu le terrain privilégié

---

la métaphore du « *bouclier* » : Cf. N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse dactyl., Strasbourg III, 2003, p. 64 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016, doctr. 4, pp. 409-453, spéc., n° 58. Pour une utilisation de la métaphore de « *l'épée* » et du « *bouclier* » : Cf. H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 647-677, spéc., p. 677 ; A. BRIGGS, « Public Policy in the Conflict of Laws: a Sword and a Shield? », *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2002, 6, pp. 953-979.

<sup>11</sup> Cette métaphore illustre parfaitement le double effet de l'ordre public international à savoir l'effet d'éviction de la loi étrangère applicable et l'effet de rattachement consistant à appliquer la loi du for. Cependant, dans l'hypothèse des décisions étrangères et comme nous le verrons ultérieurement il n'y a pas d'effet de rattachement consistant à remplacer une norme par une autre.

<sup>12</sup> P. KINSCH, « Le rôle du politique en droit international privé », *RCADI* 2019, t. 402, p. 183, n° 147 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public » (in) *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* (Dir. T. AZZI et O. BOSKOVIC), Bruylant, 2015, pp. 169-188, spéc., p. 170, n° 1.

<sup>13</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 635-655.

<sup>14</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, [Menesson c. France] : *D.* 2014, 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 1797, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.*, 1806, note L. D'AVOUT ; *AJF* 2014, 499, obs. B. HAFTEL ; *ibid.*, 396, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *RD sanit. soc.* 2014, note C. BERGOIGNAN ESPER ; *RTD civ.* 2014, 616, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 835, chron. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2015, 144, note S. BOLLÉE ; *JCP G* 2014, note A. GOUTTENOIRE ; *JDI* 2014, comm. 16, J. GUILLAUMÉ.

<sup>15</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, [Labassée c. France].

de l'opposition entre les valeurs essentielles du for et la défense des intérêts privés, notamment quant à la reconnaissance des situations familiales constituées à l'étranger.

5. Ces solutions se combinent avec d'autres facteurs concomitants qui laissent présager une évolution significative de l'ordre public international. Nous observons un mouvement général de délimitation de l'ordre public international dans le contexte de l'Union européenne et de libéralisation de la circulation des situations familiales. L'émergence et l'expansion de nouvelles méthodes concurrentes, comme la méthode de la reconnaissance, s'ajoutent à ces différents facteurs. Enfin, et c'est certainement l'un des points essentiels, l'avènement du contrôle de proportionnalité par le juge national laisse entrevoir des bouleversements profonds jusque dans la matière du droit privé, et plus spécifiquement, du droit international privé.

6. **Objet de l'étude.** À la lumière de ces solutions, l'ordre public international a été présenté comme étant en « recul »<sup>16</sup>, en « repli »<sup>17</sup> et même totalement « défait »<sup>18</sup>, suscitant alors de nombreuses inquiétudes. Ce contexte renouvelle l'intérêt d'une étude fondamentale sur l'ordre public international en tant que mécanisme exceptionnel de droit international privé qui permet de défendre l'ordre juridique du for. Ainsi, l'objet de notre étude est de mettre en perspective les évolutions fulgurantes de l'ordre public international, de vérifier la vitalité de ce mécanisme exceptionnel face aux solutions étrangères et d'évaluer sa capacité de défense de l'ordre juridique du for.

7. **Hypothèse de l'étude.** Nous prendrons comme hypothèse de travail une « raréfaction de l'ordre public international ». Après avoir vérifié cette hypothèse, nous tenterons de dégager des éléments de solutions permettant de redynamiser ce mécanisme à l'aune des résultats qui auront été constatés et du droit positif. Pour préciser l'hypothèse de l'étude, nous devons détailler son champ et justifier le choix de chacun des termes utilisés.

---

<sup>16</sup> L. BRUNET, « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop...ou pas assez ? », *AJF* 2018, pp. 572-574.

<sup>17</sup> J. SAGOT-DUVAUROUX, « Au nom de la continuité de la situation, une adoption sans le consentement du père peut priver l'enfant de la succession en France », *Rev. Lamy dr. civ.* juin. 2020, pp. 47-51, spé., p. 49 et s.

<sup>18</sup> Sur ce point et l'usage de ce terme : Cf. L. BRUNET, « Le recul de l'ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop...ou pas assez ? », *préc.*, p. 573.



8. **Ordre public international.** Généralement associé<sup>19</sup> au nom de BARTOLE et à la théorie des « *statuts odieux* »<sup>20</sup>, l’ordre public international a fait l’objet de différentes conceptions qu’il convient de rappeler. Aux alentours du XIX<sup>e</sup> siècle, sous la plume de MANCINI et de PILLET, l’ordre public international était considéré comme une catégorie de rattachement<sup>21</sup> ce qui engendrait l’application territoriale de certaines lois.

9. Nous savons que MANCINI avait posé le principe de l’application de la loi nationale<sup>22</sup> en y associant trois exceptions : la règle *locus regit actum* pour la forme des actes juridiques, l’autonomie de la volonté et l’ordre public international<sup>23</sup>. L’ordre public international se concevait alors comme un ensemble de lois d’ordre public qui étaient d’application territoriale, comme les lois de droit public<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Cette association est très fréquente, même s’il est possible de noter quelques différences. Par exemple, certains auteurs considèrent que la notion d’ordre public international « *se trouve probablement en germe dès le Moyen Age* », dans les travaux de BARTOLE (H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, p. 374, n° 356). D’autres considèrent que « [l]’ordre public international apparaît comme la version moderne de ces statuts odieux » (F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2005 p. 28, n° 4).

<sup>20</sup> Cette théorie bien connue, qui émergea au XIV<sup>e</sup> siècle, est issue des travaux de BARTOLE (Cf. B. ANCEL, « Le commentaire de Bartole *Ad Legem Cunctos Populos* sur la glose *Quod Si Bononiensis* mis en français » : *Mélanges A. LEFEBVRE-TEILLARD*, Panthéon-Assas, 2009, pp. 53-74 ; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. 1, Detlev Auvermann, 1970, p. 131 et s). Cet auteur posa une première distinction entre les statuts réels et les statuts personnels, les premiers étant d’application territoriale, et les seconds, pouvant être appliqués de manière extraterritoriale (E.-M. MEIJERS, « L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l’Europe occidentale », *RCADI* 1934, t. 49, p. 602). Les statuts personnels étaient répartis entre les « *statuts permissifs* » et les « *statuts prohibitifs* » (J. FOYER, « Bertrand Ancel et la théorie des Statuts » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 593-624, spé., p. 607). Le « *statut prohibitif* » était celui qui « [enlevait] un droit ou une faculté normalement reconnus à la personne » en dérogation avec le *Jus commune*, qui est un « *alliage du droit romain et du droit canonique* » (B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du statut prohibitif (Droit savant et tendances régressives) » : *Mélanges B. OPPETIT*, Lexis Nexis, 2010, pp. 7-31, spé., p. 9). Les « *statuts prohibitifs* » étaient eux même divisés entre les statuts « *favorables* » et les statuts « *odieux* ». Ces derniers sont ceux qui établissaient une prohibition allant « *à l’encontre des intérêts de la personne à qui elle s’adresse* » (B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du statut prohibitif (Droit savant et tendances régressives) » : *Mélanges B. OPPETIT*, Lexis Nexis, 2010, pp. 7-31, spé., p. 12). Ces statuts « *odieux* », comme par exemple celui qui empêchait la fille de devenir héritière, « *ne pouvait avoir aucun effet hors de la cité qui les édictait* » (H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé, op. cit.*, p. 374, n° 356).

<sup>21</sup> Sur ce point : Cf. J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public international et la fraude à la loi*, Casa Martin, Valladolid, 1952, p. 22 et s.

<sup>22</sup> Sur ce principe, Cf. A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, J.-B. Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1909, p. 366 et s.

<sup>23</sup> A. WEISS synthétisait la doctrine de la personnalité des lois de MANCINI de la façon suivante : « *La loi, lorsqu’elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l’utilité de la personne ; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit, en principe, les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l’ordre public international, de la règle locus regit actum, de l’autonomie de la volonté* » (*Ibidem*, p. 366).

<sup>24</sup> Comme le précise l’auteur lui-même : « *C’est à bon droit que l’État refuse de reconnaître à l’étranger toute qualité ou toute faculté qui serait une lésion du droit public du pays où il reçoit l’hospitalité, et le contraint à observer les règlements et toutes les dispositions des lois d’ordre public et de police, moyens de maintenir l’ordre et la paix publique* » (M. P.-S. MANCINI, « De l’utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, pp. 221-239 et 285-304, spé., p. 296).

10. Cette conception de l’ordre public international fut complétée par PILLET qui proposa « *une classification des lois suivant leur but social* »<sup>25</sup>. Selon cet auteur, « *les lois ayant pour objet la protection de la personne sont essentiellement extraterritoriales* »<sup>26</sup> et « *permanentes* »<sup>27</sup>. À l’inverse, les lois « *qui tendent directement à l’avantage de la communauté [sont] essentiellement territoriales* »<sup>28</sup> et « *générales* »<sup>29</sup>. Ces dernières étaient « *des lois de garantie sociale ou d’ordre public* »<sup>30</sup>. L’auteur prit soin de préciser que, contrairement à la doctrine de MANCINI, il s’agissait de « *deux règles parallèles, fondées sur le même principe* »<sup>31</sup> et non d’une règle avec une exception<sup>32</sup>.

11. Cette conception a été délaissée, au profit de celle consistant à présenter l’ordre public international comme un mécanisme ayant une fonction négative, à savoir l’éviction de la loi étrangère applicable, et une fonction positive, permettant l’application de la loi du for. La source de cette conception trouverait ses origines dans les travaux de SAVIGNY<sup>33</sup>. Elle a par la suite été enrichie avec des contributions doctrinales majeures, qu’elles soient françaises ou étrangères<sup>34</sup>.

---

<sup>25</sup> A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, p. 285 et s.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 294, n° 137.

<sup>27</sup> Ces lois sont dites « *permanentes* » parce qu’elles protègent la personne « *en tout temps et en tout lieu* ». Pour illustrer son propos, l’auteur utilise une métaphore qu’il qualifie de « *vulgaire mais bien frappante* » : « *Quand il pleut, on ouvre son parapluie et l’on prend bien soin de ne pas le refermer avant que l’averse ait cessé. Si on l’ouvre et si on le ferme tour à tour, on se mouille et c’est exactement comme si l’on n’avait pas de parapluie du tout. Il en est des lois de protection individuelle comme de ce modeste et utile compagnon. Il faut qu’elles agissent sans cesse, du moment où la protection est devenue nécessaire jusqu’à celui où elle cesse d’être utile* » (*Ibid.*, p. 292, n° 135).

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 294, n° 137.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 291, n° 135.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 292, n° 136.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 294, n° 136.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> La double fonction positive et négative de l’ordre public international trouve sa source dans les travaux de SAVIGNY. Ce dernier avait présenté le principe devenu classique selon lequel « *le juge devait appliquer le droit local auquel appartient le rapport de droit litigieux, sans distinguer si ce droit est celui de son pays, ou celui d’un État étranger* » (F.-K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. C. GUÉNOUX, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et C<sup>ie</sup>, t. 8, 2<sup>e</sup> éd., 1860, pp. 34-35, n° 349). Cependant, cet auteur présentait aussitôt une exception à ce principe qui était rédigée en ces termes : « *il y’a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n’admet pas cette indépendance de la communauté du droit entre différents États. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l’application du droit étranger. De là résulte une série d’exceptions très-importantes, dont la détermination rigoureuse est peut-être la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre* ». L’auteur tenta de ramener ces exceptions à deux classes principales les « *lois d’une nature positive rigoureusement obligatoires, par là même n’admettant pas cette liberté d’appréciation qui n’a pas égard aux limites de divers États* » et les « *institutions d’un État étranger dont l’existence n’est pas reconnue dans le nôtre, et qui part conséquent n’y peuvent prétendre à la protection des tribunaux* » (F.-K. VON SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 35-36, n° 349).

<sup>34</sup> En Allemagne par exemple, il est admis que ce sont les travaux de VON BAR qui ont permis de rendre cette conception dominante (Cf. C.-L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. 1, Hannover, 1889, p. 127 et s.

12. En France, ces contributions doctrinales sont souvent<sup>35</sup> présentées comme étant l’œuvre d’É. BARTIN<sup>36</sup>, J. MAURY<sup>37</sup> et P. LAGARDE<sup>38</sup>. Ce dernier forgea l’opinion, devenue dominante<sup>39</sup> selon laquelle l’ordre public international est une « *notion fonctionnelle* »<sup>40</sup>, dans le sens ou « *le contenu [de cette notion] ne fait pas partie de la définition juridique de celle-ci* »<sup>41</sup>. De toute évidence, l’ordre public international, au même titre que la notion plus générale

---

<sup>35</sup> Par ex : N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 6, n° 11 ; B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 5, n° 7.

<sup>36</sup> En France, la paternité de la systématisation de la fonction d’éviction de l’ordre public international est généralement attribuée à É. BARTIN (par ex : P. LAGARDE, « Public Policy » (in) *International Encyclopedia of Comparative Law*, Ch. 11, vol. III, Private International Law, J. C. B. MOHR, Martinus Nijhoff publishers, 1994, p. 5). Nous savons qu’É. BARTIN avait opéré une distinction entre trois sortes de dispositions légales : « *les dispositions pénales, les dispositions de police et les dispositions d’ordre public proprement dites* », et que seules ces dernières étaient concernées par la théorie de l’ordre public. L’auteur précisait ensuite que cette théorie, « *se résout en une série d’exceptions apportées par chaque législation aux règles ordinaires de conflit que cette législation admet* ». La portée de cette affirmation est explicitée par l’auteur en ces termes : « *Le juge qui rend la justice au nom de cette législation substitue exceptionnellement ses dispositions, considérées comme disposition d’ordre public, aux dispositions de la loi étrangère qui serait normalement applicable au rapport de droit litigieux, si l’on s’en tenait aux règles ordinaires de conflit que la législation du pays du juge consacre elle-même* ». La synthèse de la pensée de l’auteur est alors encore plus explicite : « *En un mot, la loi du juge saisi intervient ici à titre exceptionnel, et par dérogation aux principes généraux du droit international privé tels qu’elle les comprend* » (É. BARTIN, *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, 1899, p. 190). Si la proposition d’É. BARTIN est devenue dominante au sein de la doctrine spécialisée dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, elle a mobilisé les critiques de certains auteurs (Cf. par ex : P. SOLODOVNIKOFF, *La notion de l’ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Domat-Montchrestien, F. Loviton, 1936, p. 7 et s.).

<sup>37</sup> J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public international et la fraude à la loi*, op. cit., p. 21 et s.

<sup>38</sup> Cet auteur présenta l’ordre public « *comme un simple mécanisme technique, greffé sur cet autre mécanisme technique qu’est la règle de conflit, et inséparable d’elle* ». Dans les derniers développements de sa thèse de doctorat, l’auteur s’exprima en ces termes : « *Très vite, nous constatons qu’“il n’y avait d’ordre public que si la règle de conflit du for avait désigné une loi étrangère pour régler la contestation”. L’ordre public ne pouvait donc apparaître qu’après l’intervention d’une règle de conflit classique* » (P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, pp. 236-237).

<sup>39</sup> Par exemple sur l’affirmation de la « *notion fonctionnelle* » de l’ordre public international : K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dactyl., Paris I, 2017, p. 13, n° 3 ; Y.-É. LE BOS, *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010, p. 226 ; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., op. cit., p. 559, n° 489 ; contra, s’agissant plus précisément de « *l’ordre public* » : A.-C. VAN GYSEL et J.-F. ROMAIN, « *Conclusions générales : L’ordre public entre hétérogénéité et homogénéité* » (in) *L’ordre public, concept et applications*, vol III, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 307-327, spé., pp. 319-321.

<sup>40</sup> Comme l’exprime lui-même P. LAGARDE : « *L’ordre public est le type même de la notion fonctionnelle ; aucun lien véritable n’existe entre les différentes hypothèses où il fait son apparition, sinon qu’il n’est jamais possible de laisser la loi étrangère normalement compétente régir ces situations* » (P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, op. cit., p. 177, n° 151).

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 8, n° 6.

« *d'ordre public* » présente des liens consubstantiels avec celle « *d'impérativité* »<sup>42</sup> qui ne doit pas être confondue avec celle de « *primauté* »<sup>43</sup>.

13. Ainsi, l'ordre public international est classiquement présenté comme un mécanisme exceptionnel qui opère dans le champ des conflits de lois, conflits de juridictions et conflit d'autorités, soit en s'opposant aux effets des décisions étrangères, soit en substituant la loi du for à la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois.

14. L'usage de cette définition permet de spécifier que cette étude se limitera au droit international privé et exclura la méthode dite des « *lois de police* »<sup>44</sup>.

15. ***Finalité de l'ordre public international.*** Il convient d'apporter des précisions sur la « *fonction* » de l'ordre public international dans le sens de sa « *finalité* ». Comme nous l'avons déjà évoqué, ce mécanisme a pour « *finalité* » de protéger les valeurs essentielles du for<sup>45</sup>. Cette finalité a suscité de nombreux développements doctrinaux et le point déterminant concerne son

---

<sup>42</sup> Pour illustrer la notion « *d'impérativité* », nous pouvons rappeler les travaux de D. BODEN. Dans une thèse de doctorat particulièrement remarquable, l'auteur avait présenté plusieurs définitions de « *l'ordre public* » et de « *l'impérativité* ». Ainsi, le terme « *impérativité* » désigne « *trois notions* » : « *La prédominance hiérarchique d'une norme supérieure sur une norme inférieure* » ; « *[I]e caractère obligatoire d'une norme* » et « *[I]e caractère contraignant d'une norme* » (D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse dactyl., Paris I, 2002, p. 96 et s.).

<sup>43</sup> Cette précision est importante et mérite quelques précisions. Dans le cadre d'une étude globale portant sur « *l'ordre public* », la Cour de cassation a présenté les sources de l'ordre public international (Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97-489, spé., p. 111 et s.). Dans cette étude, la Cour insiste sur l'internationalisation de ces sources mais, comme le révèle J. GUILLAUMÉ, « *[i] semble que l'applicabilité directe de la norme hiérarchiquement supérieure et l'impérativité internationale soit tenues pour synonymes* ». Pour parvenir à cette conclusion, l'auteur rappelle le raisonnement de la Cour de cassation. Avant toute chose, la Cour de cassation précise qu'« *en droit international privé, l'ordre public international se manifeste pas la primauté des conventions internationales* » et ces dernières sont « *présentées comme une source de l'ordre public international* ». Le raisonnement se procède ensuite en deux temps : la Cour rappelle l'article 55 de la Constitution « *suivant lequel le droit interne est écarté en cas de non-conformité avec le droit de source internationale* » avant de préciser que « *le principe de primauté soulève nécessairement la question de l'applicabilité directe des textes internationaux* » (J. GUILLAUMÉ, « *L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation* », *D.* 2014, pp. 2121-2128, spé., p. 2126). Comme nous pouvons le constater, la Cour ne dissipe pas totalement l'ambiguïté qui existe entre « *applicabilité directe* » et « *impérativité internationale* ». Nous pouvons citer les propos de J. GUILLAUMÉ qui permettent de distinguer ces deux notions : « *le principe de primauté joue pour écarter la norme interne non conforme, mais il ne peut pas jouer à l'encontre d'une norme étrangère, sauf si la règle de source internationale est d'ordre public international* » (J. GUILLAUMÉ, « *L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation* », *préc.*, p. 2127).

<sup>44</sup> Cette précision est importante car sous l'angle de l'impérativité internationale, l'ordre public international peut à la fois désigner les lois de police et l'exception d'ordre public. Les lois de police serait « *un ordre public positif* » de l'ordre public international, tandis que l'exception d'ordre public constituerait « *un ordre public négatif* » (*JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 40, [par J. GUILLAUMÉ]). Ainsi, notre étude portera uniquement sur l'ordre public international en tant que mécanisme exceptionnel et délaissera la méthode dite des lois de police.

<sup>45</sup> L. GANNAGÉ, « *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs* », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, A. Pedone, pp. 205-232, spé., p. 210, n° 9.

« *objet* ». Il convient d’apporter des précisions terminologiques sur « *l’objet* » de la finalité de l’ordre public international. Trois termes sont traditionnellement adoptés par la doctrine pour se référer à « *l’objet* » de la protection accordée par l’ordre public international. En effet, les auteurs affirment que l’ordre public international permet de protéger ou de préserver « *la cohérence* »<sup>46</sup>, « *la cohésion* »<sup>47</sup> ou « *l’harmonie* »<sup>48</sup> de l’ordre juridique du for.

16. Si ces termes sont parfois utilisés de manière indifférenciée en raison de leur forte proximité, ils révèlent certaines nuances. Les termes « *cohérence* » et « *cohésion* », qui sont dotés d’une même racine étymologique<sup>49</sup>, renvoient respectivement à une « *union étroite d’éléments* »<sup>50</sup> et le « *caractère d’unité dans les parties (d’un ensemble)* »<sup>51</sup>. Le terme « *harmonie* » quant à lui fait référence aux « *rappports, relations entre les parties d’un tout, qui font que ces parties concourent à un même effet d’ensemble* »<sup>52</sup>. Ainsi, le terme « *harmonie* » révèle une dimension supplémentaire par rapport aux termes « *cohésion* » et « *cohérence* », à savoir « *l’effet d’ensemble* » qui est produit par les parties qui composent cet ensemble. En dépit de cette légère différenciation entre les termes étudiés, la préférence d’un terme par rapport à un autre se révèle sans incidence majeure sur notre étude.

17. Une précision peut être encore apportée sur « *l’objet de la cohérence* »<sup>53</sup> dont la préservation est assurée par l’ordre public international. Selon la première conception, l’harmonie recherchée est une harmonie entre les normes étrangères et les normes internes et selon la seconde conception, cette harmonie concerne davantage l’action des organes du for et les valeurs essentielles de ce dernier<sup>54</sup>. La première conception, relative à la « *dimension*

---

<sup>46</sup> Par ex : J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011, p. 473, n° 1125 ; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2018, p. 163, n° 275.

<sup>47</sup> Par ex : L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse dactyl., Paris II, 2015, p. 719, n° 911 ; K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 128, n° 314 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005, p. 443, n° 469.

<sup>48</sup> B. AUDIT et L. D’AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., refondue., 2013, p. 330, n° 369 ; J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public international et la fraude à la loi*, op. cit., p. 90. Sur ce point, Cf. également : D. BODEN, *L’ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, op. cit., p. 628.

<sup>49</sup> Ces deux termes ont pour origine latine le mot *cohaerere* qui signifie « *adhérer ensemble* » (*Le Grand Robert de la langue française*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., 1992 pp. 689-690).

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 689.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 690.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.108.

<sup>53</sup> A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, thèse dactyl., Paris I, 2015, p. 139, n° 174.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 139, n° 174.

*normative* »<sup>55</sup> de l'ordre juridique, peut trouver une illustration dans les travaux de P. LAGARDE. Ce dernier affirme que la disposition étrangère est écartée « *parce qu'intégrée dans le droit du for, elle ne peut se combiner de façon cohérente avec les diverses dispositions de celui-ci avec lesquelles elle se trouve en relation* »<sup>56</sup>. La seconde conception, qui concerne cette fois la « *dimension organique de l'ordre juridique* »<sup>57</sup> est défendue notamment par A. JEAUNEAU<sup>58</sup>. Ce dernier auteur affirme que « *l'harmonie que l'exception d'ordre public cherche à préserver n'est pas une harmonie entre les normes ; ce dont elle a pour fonction de s'assurer est qu'un organe du for ne fasse rien, en principe, qui heurte les valeurs consacrées dans l'ordre juridique* »<sup>59</sup>. La mise en perspective de ces deux conceptions est utile pour le reste de notre étude, car elle permet de révéler avec plus de précisions le rôle du juge étatique qui doit sauvegarder les valeurs essentielles du for.

18. Après avoir défini l'ordre public international, nous devons prêter une attention particulière au terme « *raréfaction* ».

19. « **Raréfaction** ». Le terme « *raréfaction* » se définit comme le « *fait de se raréfier* »<sup>60</sup>, c'est-à-dire « *rendre rare* »<sup>61</sup>. Le terme « *rare* » se définit comme suit : « *Qui ne se rencontre pas souvent* »<sup>62</sup>. Le terme « *raréfaction* » renvoie directement à l'idée d'un « *processus* » ; c'est-à-dire « *un ensemble de phénomènes consécutifs conçus comme formant une chaîne causale progressive* »<sup>63</sup>. Par conséquent, la raréfaction de l'ordre public international renvoie à l'ensemble des phénomènes consécutifs qui forme une chaîne causale progressive ayant pour résultat le fait que l'ordre public international se rencontre de moins en moins souvent. L'utilisation du terme « *raréfaction* » pour qualifier une évolution potentielle de l'ordre public international peut surprendre et il convient d'en justifier le choix.

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 139, n° 173.

<sup>56</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, pp. 238-239.

<sup>57</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 139, n° 174.

<sup>58</sup> L'auteur se fonde notamment sur les travaux de D. BODEN : Cf. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*

<sup>59</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 139, n° 174.

<sup>60</sup> *Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 602.

<sup>61</sup> *Ibidem.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Dictionnaire de la langue française*, Lexis, Larousse, 1999, p. 1502.

20. **Choix du terme « raréfaction ».** Le choix de ce terme est tout d'abord contextuel. En effet, notre étude a pour point de départ les arrêts *Labassée*<sup>64</sup> et *Menesson*<sup>65</sup> rendus en 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme. Ces arrêts laissaient augurer une évolution significative de l'ordre public international, mais dans un sens précis, celui d'une possible « disparition » de ce mécanisme face aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. Cette « disparition » ne constituait initialement qu'une hypothèse de travail qui devait être confrontée aux données pouvant être recueillies au fur et à mesure de la jurisprudence et de l'évolution du droit positif.

21. Face à ce contexte particulier, il était nécessaire de choisir un terme permettant d'englober l'hypothèse et conserver une certaine souplesse dans l'étude des évolutions de l'ordre public international. Plusieurs termes ont alors été envisagés, mais chacun se révélait inadapté.

22. Nous pouvons alors les évoquer successivement. Tout d'abord, le terme « disparition » peut être considéré comme excessif. Les termes « repli », « déclin », « recul », « affaiblissement », ont le mérite de révéler la trajectoire qui pouvait être empruntée par l'ordre public international. Néanmoins, ils se révélaient soit excessifs, soit trop marqués par le subjectivisme.

23. Le terme « raréfaction » s'est avéré le plus adéquat, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, il n'est ni excessif ni mesuré et permet, comme nous l'avons déjà évoqué, d'englober l'hypothèse et les évolutions potentielles de l'ordre public international. Deuxièmement, il ne révèle pas une opinion subjective et peut se placer dans le sillage de la méthode scientifique et de l'empirisme. En effet, la « raréfaction » est un processus et la démonstration de son existence n'implique pas de jugement de valeur ni de parti pris. Enfin, ce terme permet de tracer une évolution de l'ordre public international qui peut se révéler temporaire et réversible. Ainsi, ce terme peut servir notre étude, sans laisser augurer un certain fatalisme sur le sort de ce mécanisme exceptionnel.

24. **Difficultés liées au terme « raréfaction ».** Le terme « raréfaction » fait émerger des difficultés évidentes qui ne doivent pas être niées.

---

<sup>64</sup> Arrêt, *Labassée*, préc.

<sup>65</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

25. La première difficulté concerne « *l'objet* » de cette « *raréfaction* ». Dans le cadre de notre étude, cet objet doit être considéré comme l'ordre public international en tant que mécanisme exceptionnel de droit international privé tel qu'il est utilisé par le juge du for pour faire obstacle aux normes étrangères.

26. La deuxième difficulté concerne la « *diminution* » ou la « *rareté* » qui sont traduites par cette « *raréfaction* ». Cette « *diminution* » impliquerait une analyse quantitative, dans une période donnée qui serait reflétée par la formule : valeur de départ (V1) – valeur d'arrivée (V2) sur une période (P). Cette analyse quantitative se confronte elle-même à une difficulté majeure à savoir celle de déterminer cette valeur d'arrivée, cette valeur de départ, et la période donnée. En effet, les données relatives à l'usage de l'ordre public international par le juge étatique pour faire obstacle aux normes étrangères ne peuvent pas être compilées de manière exhaustive. De surcroît, cet usage, ou non, s'explique de manière contextuelle c'est-à-dire par la diversité des faits qui peuvent être soumis aux juges. Quand bien même cette analyse quantitative serait possible, elle ne présente pas d'intérêt en elle-même, si ce n'est que de traduire une évolution qui serait conjoncturelle.

27. Nous pouvons dépasser cette difficulté en rappelant le choix contextuel du terme « *raréfaction* » et en soulignant que l'analyse quantitative ne doit pas être idéalisée. Par conséquent, le terme « *raréfaction* » doit être entendu comme un *processus global d'effacement de l'ordre public international face aux normes étrangères*. Cette « *raréfaction* » s'entend comme un processus actuel sans pour autant qu'il soit nécessaire de fixer avec précision la période donnée. Après avoir précisé le champ de l'étude, nous pouvons enfin évoquer la méthode permettant de vérifier l'hypothèse de l'étude.

28. ***Vérification de l'hypothèse.*** Pour mener à bien notre étude, et comme nous l'avons déjà évoqué, nous considérons que la « *raréfaction* » est un « *processus* » c'est-à-dire « *un ensemble de phénomènes consécutifs conçus comme formant une chaîne causale progressive* »<sup>66</sup>. Par conséquent, notre étude a pour objectif plus précis de mettre en exergue ces phénomènes consécutifs qui forment cette chaîne causale progressive et qui aboutissent à l'effacement de l'ordre public international face aux normes étrangères.

---

<sup>66</sup> *Dictionnaire de la langue française*, Lexis, Larousse, 1999, p. 1502.



29. La révélation de cette chaîne globale progressive permettra de mettre en perspective cet effacement et donc cette « *raréfaction* » de l'ordre public international. Après avoir confronté notre hypothèse de départ aux solutions du droit positif, nous pourrons tenter de mettre en perspective des solutions visant à redynamiser l'ordre public international.

30. La révélation de cette chaîne causale progressive, et donc de l'effacement de l'ordre public international, sera effectuée sous deux angles distincts. Dans un premier temps, nous mettrons en perspective le phénomène de raréfaction de *l'élaboration* de l'ordre public international. Comme nous l'observerons par la suite, *l'élaboration* correspond au processus par lequel le juge étatique façonne l'élément de référence de l'ordre public international (PARTIE 1).

31. La mise en perspective de la raréfaction de *l'élaboration* pourra servir de base à l'étude de la raréfaction de *l'intervention* de l'ordre public international, c'est-à-dire à sa mise en œuvre par le juge du for. La démonstration de la raréfaction de *l'élaboration* et de *l'intervention* de l'ordre public international permettra de révéler l'effacement de l'ordre public international et donc sa *raréfaction*. Cette démonstration nous permettra de prendre en compte les solutions tendant à redynamiser *l'élaboration* et *l'intervention* de l'ordre public international (PARTIE 2).

## **PARTIE 1 : LA RARÉFACTION DE L’ÉLABORATION DE L’ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

32. Le premier objectif de cette étude est de mettre en perspective la raréfaction de l’*élaboration* de l’ordre public international. Si le terme de « *raréfaction* » a déjà fait l’objet d’une définition tendant à souligner qu’il s’agit d’un processus, il convient de prêter une attention particulière au terme « *élaboration* ». Ce terme désigne « *l’action d’élaborer* »<sup>67</sup>, c’est-à-dire de « *préparer mûrement, par un lent travail de l’esprit* »<sup>68</sup>.

33. Ce terme, ainsi que le verbe « *élaborer* », ont déjà été utilisés par une partie de la doctrine dans des travaux ayant pour objet l’ordre public et plus précisément l’ordre public international. Par exemple, H. BATIFFOL affirmait que « *la jurisprudence n’a jamais élaboré une définition des matières relevant de l’ordre public* »<sup>69</sup>. J. GUILLAUMÉ évoque « *l’élaboration du contenu de l’ordre public international* »<sup>70</sup>. Les illustrations sont encore nombreuses<sup>71</sup> et tendent toutes à renvoyer au processus par lequel le juge façonne les éléments qui composent l’ordre public international.

34. Dans le cadre de notre étude, le terme « *élaboration* » renvoie donc au *processus par lequel le juge étatique façonne les différents composants de l’ordre public international du for*.

35. La mise en perspective de la raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international sera effectuée en deux phases distinctes. Nous évaluerons l’élaboration de l’ordre public international en elle-même (TITRE 1) pour souligner les différents facteurs qui contribuent à sa raréfaction et nous en mesurerons les conséquences (TITRE 2).

---

<sup>67</sup> Dictionnaire Le Robert de poche, 2008, p. 234.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> H. BATIFFOL, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1967, p. 402, n° 354.

<sup>70</sup> J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 196, n° 416.

<sup>71</sup> Cf. par ex : C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l’Homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, 2012, p. 751 ; Cf. également s’agissant d’un « *ordre public européen* » : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Splendeurs et misères de l’ordre public européen. Les trois dernières années de l’ancienne Cour européenne des droits de l’homme (1996-1997-1998) », *Cah. dr. eur.* 2000, pp. 657-718, spé., p. 692, n° 51.



## TITRE 1 : L'ÉLABORATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

36. Comme nous l'avons déjà évoqué, « *l'élaboration* » de l'ordre public international est un processus. Néanmoins, ce processus s'analyse comme un processus complexe, dans le sens où il comprend deux dimensions différentes.

37. La première dimension de l'élaboration de l'ordre public international renvoie à l'élaboration *substantielle*. La substance de l'ordre public international désigne l'ensemble des valeurs et des principes qui irriguent ce mécanisme. Ainsi, l'élaboration *substantielle* de l'ordre public international est le processus par lequel le juge étatique *établit les différents composants de l'élément de référence en les essentialisant*.

38. La deuxième dimension de l'élaboration de l'ordre public international désigne le processus d'élaboration *structurelle*. Cette dimension du processus d'élaboration est devenue d'actualité depuis l'émergence de la notion de « *principes essentiels du droit français* » qui seraient dotés d'une impérativité supérieure. Cette particularité les placerait directement au cœur de l'ordre public international, avec la formation d'un nouveau cercle concentrique, ce qui conduit à une modification structurelle. Par conséquent, l'élaboration « *structurelle* » de l'ordre public international désigne le processus par lequel le juge étatique *agence les différents composants de l'élément de référence en fonction de leur impérativité*.

39. Cette double dimension du processus d'élaboration sera mise en perspective avec dans un premier temps l'étude de l'élaboration *substantielle* de l'ordre public international (CHAPITRE 1) et, dans un second temps, l'étude du processus d'élaboration *structurelle* de l'ordre public international (CHAPITRE 2).



## CHAPITRE 1 : L’ÉLABORATION SUBSTANTIELLE DE L’ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

40. L’élaboration substantielle de l’ordre public international, qui renvoie à la première dimension du processus d’élaboration, concerne les différents composants de l’ordre public international. Ces composants sont traditionnellement désignés comme des « *valeurs* » qui seraient matérialisés par des « *principes* » ou des « *règles* ».

41. À cet égard, le rôle du juge étatique dans l’essentialisation de ces différents composants est absolument essentiel. Cependant, le juge étatique n’agit plus en vase clos, et sa démarche s’inscrit inévitablement dans un enchevêtrement des systèmes nationaux et supranationaux.

42. Ces systèmes, et plus particulièrement les systèmes européens, sont également traversés par des valeurs fondamentales et ont chacun des objectifs déterminés. Ainsi, le processus d’élaboration substantielle de l’ordre public international s’inscrit dans un contexte particulier, mais il peut être alimenté par des valeurs partagées à l’échelle européenne.

43. Après avoir étudié le processus d’élaboration substantielle en lui-même (Section 1), nous observerons comment ce processus évolue au contact des deux systèmes européens (Section 2).

## **Section 1 : Le processus d’élaboration substantielle**

44. Le processus d’élaboration substantielle s’analyse comme une succession d’opérations ayant pour objectif la constitution des éléments composants l’ordre public international du for. L’étude de ce processus d’élaboration implique la désignation de son objet. La mise en perspective de l’objet de l’élaboration substantielle est une étape nécessaire (Sous-section 1) à l’analyse des différentes opérations de ce processus d’élaboration (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : L’objet de l’élaboration substantielle**

45. L’objet de l’élaboration substantielle est le résultat de l’agrégation des composants de l’ordre public international qui sont destinés à faire obstacle à l’application des normes étrangères. Selon cette définition, l’objet de l’élaboration substantielle peut se réduire à « *l’élément de référence* »<sup>72</sup>, c’est-à-dire, « *l’élément à l’aune duquel la norme étrangère normalement applicable sera appréciée* »<sup>73</sup>. La délimitation exacte de l’élément de référence, et donc de l’objet de l’élaboration substantielle ne peut être totalement résolue (§1). Cependant, les tentatives de classifications des fondements de l’ordre public international peuvent faciliter la perception de l’objet de l’élaboration substantielle (§2).

#### **§1. L’élément de référence comme « *objet* » de l’élaboration substantielle**

46. Le contenu de l’ordre public international, pris comme objet de l’élaboration substantielle, s’analyse comme un « *élément de référence* » (A), ce qui nous renvoie directement à la notion de « *standard* » (B).

##### **A) Le contenu de l’ordre public international comme « *élément de référence* »**

47. ***Composition de l’élément de référence.*** La détermination de l’élément de référence, et plus précisément de la nature des éléments qui le compose, a fait l’objet de travaux conséquents. Il revient à B. RÉMY d’avoir mis en perspective la nature de ces éléments, en opposition avec

---

<sup>72</sup> B. RÉMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 175.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

ceux à l'œuvre dans le cadre des lois de police<sup>74</sup>. Si l'élément de référence de l'exception d'ordre public « *se situe sur le plan des valeurs* »<sup>75</sup>, l'élément de référence des lois de police « *se situe sur le plan des objectifs sociétaux* »<sup>76</sup>. L'identification de la nature de l'élément de référence fait ressurgir la difficulté de définir ce que recouvre exactement la notion de « *valeur* »<sup>77</sup>. Apparue à la fin du XI<sup>e</sup> siècle, la « *valeur* » désignait la vertu de l'homme qui faisait preuve de vaillance et de courage au combat<sup>78</sup>. Comme le rappelle B. REMY, cette notion se serait ensuite autonomisée au contact des sciences sociales au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>79</sup>. Cependant, son apparition dans les dictionnaires juridiques est beaucoup plus tardive<sup>80</sup>. Les « *valeurs* » désignent « *des idéaux ou principes régulateurs des meilleures fins humaines, susceptibles d'avoir la priorité sur toute autre considération* »<sup>81</sup>. Notons alors la différence avec une définition plus générale selon laquelle une « *valeur* » correspondrait à « *ce qui est vrai, beau, bien selon un jugement personnel plus ou moins en accord avec celui de la société de l'époque* »<sup>82</sup>. La relativité des valeurs dans le temps et dans l'espace explique les évolutions de l'ordre public international en fonction des évolutions législatives et jurisprudentielles<sup>83</sup>.

---

<sup>74</sup> Pour une démonstration de la « *détermination des éléments de référence* » intervenant dans le cadre de ces deux mécanismes : Cf. *Ibid.*, p. 173 et s.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 423, n° 830.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 423, n° 831.

<sup>77</sup> Pour une présentation des différentes acceptions du terme « *valeur* » : Cf. L. LAVELLE, *Traité des valeurs*, t. 1, PUF, 1991, p. 3 et s.

<sup>78</sup> Du bas latin *valor, valoris*, « *de valere* » dont la première apparition dans la langue française est située aux alentours de l'année 1080 dans la « *Chanson de Roland* » (J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAT, *Dictionnaire d'étymologie*, Larousse, 2001, p. 799). La Chanson de Roland est la plus ancienne chanson de geste française qui conte l'histoire de la trahison de Ganelon envers Roland, le neveu de Charlemagne. La chanson est divisée en quatre parties distinctes : la trahison de Ganelon, la mort de Roland dans la bataille de Roncevaux qui l'opposait aux sarrasins, la vengeance de Charlemagne envers les sarrasins, le jugement et la condamnation à mort de Ganelon. On retrouve alors l'expression « *valeur* » dans les paroles de Ganelon (couplet XL) à propos de Charlemagne : « *Sa grant valur ki l'purreit acunter ? De tel barnage l'ad Deus enluminet ! Melz voeill murir que guerpier sun barnet* » (L. GAUTIER, *La chanson de Roland*, Alfred Mame et Fils, 1872, p. 42). Cette phrase pourrait se traduire ainsi : « *Sa grande valeur, qui pourrait la décrire ? Dieu fait rayonner de lui tant de noblesse ! Il aimerait mieux la mort que de faillir à ses barons* » (L. BÉDIER, *La chanson de Roland*, L'Édition d'Art, 1922, p. 43).

<sup>79</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 180, n° 326. B. REMY cite alors la préface rédigée par M. VILLEY à l'ouvrage de C. GRZEGORCZYK (Cf. C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, p. 5 et s.). Pour illustrer l'apparition et l'autonomisation de la notion de « *valeur* », vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, nous pouvons également citer les travaux de L. LAVELLE (Cf. L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 33 et s.).

<sup>80</sup> Les dictionnaires juridiques ont pendant longtemps délaissé la notion de « *valeur* » ainsi que sa définition. La définition du terme « *valeur* » n'a été intégrée dans l'ouvrage de Vocabulaire juridique de l'Association Capitant, dirigé par le G. CORNU, qu'à partir de la sixième édition (C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.*, p. 5).

<sup>81</sup> *Encyclopedia Universalis, Dictionnaire de sociologie*, Albin Michel, p. 835.

<sup>82</sup> *Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert*, 2003, p. 2735.

<sup>83</sup> O. CACHARD, *Droit international privé*, Larcier, 4<sup>e</sup> éd., 2015, p. 303



48. *Spécificité de l'élément de référence.* L'élément de référence de l'ordre public international doit être distingué de celui de l'ordre public interne. La distinction entre l'ordre public international et l'ordre public interne a été adoptée par la doctrine française dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>84</sup>. Au-delà de la différence entre leurs finalités<sup>85</sup>, leurs objets<sup>86</sup> ou leurs conséquences<sup>87</sup>, ces deux notions se distinguent de par leurs contenus. En effet, tous les principes irriguant le contenu de l'ordre public interne n'ont pas vocation à intégrer le cercle très fermé des valeurs intangibles du for<sup>88</sup>. Cette distinction a été entérinée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Kieger c. Amigues*<sup>89</sup> qui concernait un accident de la circulation survenu en Allemagne fédérale entre des conducteurs de nationalité française<sup>90</sup>. Les juges du fond

<sup>84</sup> On retrouve la distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international dans de nombreux ouvrages du début du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsqu'il s'agissait de distinguer l'influence de ces deux notions. Ainsi, si l'ordre public interne exerce son influence dans un seul et même État, dans le ressort d'une seule et même loi dans les rapports d'un souverain avec ses sujets qui ont cette nationalité, l'ordre public international apparaît dans les rapports entre un État et un individu auquel il n'appartient par son origine (A. WEISS, *op. cit.*, p. 374). Cette distinction fondamentale entre ordre public interne et ordre public international est connue dans la grande majorité des systèmes à « l'exception peut-être de certains pays de Common Law » (P. LALIVE « Réflexions sur un ordre public culturel » (in) *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (Dir. E. WYLER et A. PAPAUX), Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997, A. Pedone Paris, 1997, pp. 154-195, spé., p. 159). Par exemple, cette distinction est également présente dans le système soviétique (S. KROKHALEV, *L'ordre public en droit international privé comparé français et russe*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 65).

<sup>85</sup> « Leurs finalités respectives ne sont cependant jamais identiques, étant donné que l'ordre public interne est destiné aux situations purement internes, alors qu'en droit international privé l'ordre public à vocation de s'appliquer à des situations internationales » (A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p. 24).

<sup>86</sup> P. de VAREILLES-SOMMIÈRES distingue clairement l'objet de l'ordre public interne de l'objet de l'ordre public international. Pour atteindre et entretenir l'état d'harmonie sociale (c'est-à-dire l'ordre public au sens littéral), qui s'oppose au chaos, l'État prend des mesures qui sont des lois qui intéressent l'ordre public (que l'on peut également appeler « lois d'ordre public »). Ces règles « peuvent avoir pour objet l'activité des personnes privées dans leurs rapports entre elles ». Ces règles « ont pour objet cette "activité des personnes privées", qui les met en contact avec d'autres personnes privées et fait ainsi naître des rapports de droit privé (et, par extension, ces rapports de droit privé eux-mêmes sont perçus comme leur objet). Ainsi, en droit privé, « l'objet de l'ordre public interne n'est autre que l'objet même de la réglementation de droit privé intéressant l'ordre public, c'est-à-dire "le rapport de droit privé lui-même" » (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2015, t. 371, p. 218, n° 63). L'objet de l'ordre public international est tout autre, car il ne s'agit pas du rapport de droit privé lui-même, mais bien la « loi étrangère compétente pour le rapport de droit privé en cause » (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*, pp. 218-219, n° 64).

<sup>87</sup> Les conséquences de l'ordre public interne et de l'ordre public international sont également différentes. L'ordre public international, qui concerne des dispositions étrangères, a « au premier chef » un effet négatif. L'ordre public interne concerne des dispositions françaises et se manifeste principalement par son « effet "positif" résultant du caractère impératif attribué à ces dispositions » (*JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], n° 41).

<sup>88</sup> Comme le précise P. FRANCESEKAKIS : « Il nous suffira de rappeler – ce que personne ne conteste – que l'ordre public ne saurait logiquement coïncider en tous points avec le système juridique de droit interne car ce serait alors, et de nouveau, exclure, contrairement à l'hypothèse même du conflit de lois, l'application de toute loi étrangère » (P. FRANCESEKAKIS, « Droit naturel et droit international privé » : *Mélanges J. MAURY*, Dalloz Sirey, 1960, pp.113-152, spé., p. 122).

<sup>89</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 1967, [*Kieger c/ Amigues*] : *D.* 1967, 629, note P. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1967, 728, note P. BOUREL ; *JDI* 1967, 622, note B. GOLDMAN.

<sup>90</sup> Dans cette affaire, un accident de circulation avait eu lieu sur le territoire de l'Allemagne fédérale entre deux véhicules conduits par deux personnes de nationalité française. Le frère du conducteur du second véhicule était

avaient « *estimé que la réparation du préjudice moral étant d'ordre public, la loi allemande du lieu de l'accident, qui ignore une telle réparation devait être écartée* »<sup>91</sup>. Reprochant la confusion opérée par les juges du fond entre ordre public interne et international, la Cour de cassation considéra que la simple ignorance de la réparation du préjudice moral par la loi allemande, en contradiction avec l'ordre public interne, était insuffisante pour justifier le jeu de l'ordre public international<sup>92</sup>. De plus, à l'époque des faits, il existait en France un débat sur la question de savoir si la réparation du dommage moral était un principe doué d'une valeur universelle absolue<sup>93</sup>.

49. L'ordre public international forme donc une subdivision de l'ordre public interne<sup>94</sup>. Ils sont alors présentés sous la forme de deux cercles concentriques<sup>95</sup>, l'ordre public interne englobant totalement l'ordre public international<sup>96</sup>. Après avoir précisé la spécificité de l'élément de référence, il est nécessaire de préciser qu'il s'identifie comme un « *standard* ».

---

décédé lors de l'accident. Le père et le frère du défunt ont alors demandé la réparation de leurs préjudices tant moral que matériel.

<sup>91</sup> P. BOUREL, *Rev. crit. DIP* 1967, pp. 728-733, spé., p. 732.

<sup>92</sup> Arrêt *Kieger c. Amigues*, préc.

<sup>93</sup> « *Ce qui pourrait être considéré comme choquant n'est pas le droit allemand en lui-même, le dommage moral fait l'objet d'une controverse assez nourrie en France pour qu'on puisse penser qu'il ne s'agit pas d'un principe doué d'une valeur universelle absolue* » (L. FORGET, *Les conflits de lois en matière d'accident de la circulation routière*, Dalloz, 1973, pp. 28-29, n° 35).

<sup>94</sup> A. WEISS, *op. cit.*, p. 375.

<sup>95</sup> On retrouve cette représentation dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle : « *On ne saurait soutenir qu'en face d'un ordre public, ne jouant qu'en droit interne, on trouve un ordre public ne jouant qu'en droit international. La réalité est autre. Elle nous révèle plutôt, comme on l'a dit, deux cercles concentriques : le plus large englobant tout ce qui est d'ordre public interne ; le plus étroit contenant ce qui est d'ordre public international en même temps que d'ordre public interne. D'où il résulte que tout ce qui est d'ordre public international est a fortiori d'ordre public interne, mais que la réciprocité n'est pas vraie. Les deux formes de l'ordre public n'expriment pas une opposition, mais plutôt un chevauchement* » (P. LOUIS-LUCAS, « Remarques sur l'ordre public », *RDIP* 1933, pp. 393-442, spé., p. 409). Cette représentation est toujours pertinente aujourd'hui : « *Dès lors, si l'on veut exprimer en une figure géométrique l'ordre public en droit interne et en droit international privé, il faut les schématiser non en deux cercles sécants, mais en deux cercles concentriques, le premier d'entre eux étant représenté par le plus grand cercle et le second par le plus petit* » (P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, p. 357, n° 357). Notons cependant que certains auteurs ajoutaient aux deux cercles concentriques classiques le troisième cercle des lois de police. Comme le souligne un commentateur : « *Ainsi, l'aire du droit impératif interne est plus étendue que celle des lois de police, laquelle à son tour dépasse celle de l'ordre public international : ce n'est pas deux cercles concentriques (dont le second comprendrait les deux dernières catégories), mais de trois qu'il convient de parler* » (B. GOLDMAN, *JDI* 1967, pp. 622-624, spé., p. 624).

<sup>96</sup> Selon B. REMY, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 février 1998 offre « *un cinglant démenti* » à la proposition doctrinale consistant à représenter l'ordre public interne et l'ordre public international sous la forme de deux cercles concentriques (Cf. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op.cit.*, p. 245, n° 434). Nous aborderons cet arrêt ultérieurement dans notre étude, notamment lors de la mise en perspective de la méthode dite de l'application immédiate des droits fondamentaux (Cf. *infra*).

## B) L’élément de référence et la notion de *standard* »

50. **Ordre public et « standard ».** L’élément de référence de l’ordre public international se comprend classiquement comme un « *standard* »<sup>97</sup>. Il permet de mesurer la contrariété de la norme étrangère aux valeurs essentielles du for<sup>98</sup>. L’assimilation de l’élément de référence, c’est-à-dire l’objet de l’élaboration substantielle, à un standard permet d’illustrer le caractère évolutif des conceptions fondamentales du for. Elle permet également d’insister sur le rôle du juge et les difficultés inhérentes de l’exercice consistant à déterminer si un résultat produit par une norme étrangère est ou non contraire à un ensemble de valeurs<sup>99</sup>. Cependant, l’utilisation de la notion de « *standard* » soulève des difficultés, notamment lorsqu’il s’agit d’appréhender « *la notion de régularité* »<sup>100</sup>.

51. « **Standard** » et « **Régularité** ». Pour saisir ces difficultés, il peut être utile de rappeler les propos d’A. JEAUNEAU portant sur les travaux de P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES. Ce dernier s’est livré à une étude de l’exception d’ordre public « *sous l’angle de la régularité substantielle internationale* »<sup>101</sup>. Cette « *régularité substantielle internationale* » serait « *“la clef de compréhension du mécanisme de l’exception d’ordre public”* »<sup>102</sup>. L’auteur avait alors affirmé que « *l’ordre public en général est doté d’une affinité évidente avec la notion de régularité* »<sup>103</sup> en prenant pour exemple l’article 6 du Code civil français<sup>104</sup>. Selon une logique de hiérarchie des normes, le contrat serait placé dans une relation hiérarchique avec la loi d’ordre public, cette dernière ayant un rang supérieur<sup>105</sup>. L’auteur conclut que « *[d]e cette hiérarchie résulte le fait que la non-conformité du contrat à la loi d’ordre public consomme*

---

<sup>97</sup> Sur ce point : Cf. B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 5, n° 8 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Taux d’intérêts et contrôle concret de l’ordre public international », *Rev. crit. DIP* 2019, pp. 982-990 ; A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 337 et s. ; K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op.cit.*, p. 389, n° 920.

<sup>98</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 5, n° 8.

<sup>99</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 389, n° 920.

<sup>100</sup> A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 337, n° 425.

<sup>101</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 174, n° 12.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 173, n° 11.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 176, n° 15.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

*l'irrégularité* »<sup>106</sup>. A. JEAUNEAU relativise cette approche, en précisant que l'expression « *ordre public* » peut renvoyer, ou non, à la technique du standard<sup>107</sup>. L'existence de règles impératives ou d'ordre public conduit « à *apprécier la conformité du contrat à la règle étatique* »<sup>108</sup>, et par conséquent « *le caractère acceptable ou non de la situation est déterminé a priori et coulé dans une règle qu'il s'agit d'appliquer* »<sup>109</sup>. À l'inverse, lorsque l'ordre public « *assume la fonction d'un standard* »<sup>110</sup>, les valeurs composant l'élément de référence « *sont susceptibles de concrétisations différentes en fonction des circonstances et de l'évolution des conceptions dominantes* »<sup>111</sup>. La notion de « *standard* » conduit à considérer que « *l'auteur de la règle n'a pas tracé lui-même la frontière entre les situations acceptables et celles qui ne le sont pas* »<sup>112</sup>.

52. Le recours à la notion de standard nous permet d'aborder les difficultés inhérentes à la classification des éléments composant l'élément de référence.

## **§2. L'objet de l'élaboration substantielle face aux tentatives de classifications**

53. Il est difficile d'aborder l'exception d'ordre public international sans évoquer les différentes classifications doctrinales proposées par la doctrine (A), d'autant que la Cour de cassation a récemment fait état d'une nouvelle tentative de classification (B).

### **A) Le foisonnement des classifications doctrinales**

54. *Classifications originaires*. La doctrine a tenté de systématiser et de catégoriser les raisons, ou les justifications, pour lesquelles une norme étrangère est écartée au nom de l'ordre

---

<sup>106</sup> *Ibid.* Il est utile de rappeler les propos exacts de l'auteur : « *En analysant le contrat comme une norme que les cocontractants se forgent pour eux-mêmes, on peut lire l'article 6 comme affirmant que la norme contractuelle est irrégulière quand elle déroge aux règles qui intéressent l'ordre public. En termes de hiérarchie des normes, cette présentation revient à placer le contrat et la loi d'ordre public dans une situation hiérarchique, dans laquelle le contrat occupe le rang inférieur et la loi d'ordre public le rang supérieur. De cette hiérarchie résulte le fait que la non-conformité du contrat à la loi d'ordre public consomme l'irrégularité* ».

<sup>107</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 337, n° 425.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 337, n° 425.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 338, n° 425.

<sup>112</sup> *Ibid.*

public international<sup>113</sup>. Ces efforts ont pour point de départ « *l'idée féconde* »<sup>114</sup> de P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. Selon cet auteur, l'exception d'ordre public international remplit deux fonctions<sup>115</sup> : la défense du droit naturel *lato sensu*<sup>116</sup> d'une part et « *des fondements politiques et sociaux de la civilisation française* »<sup>117</sup> d'autre part. Le diptyque proposé par P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE a été complété par une troisième catégorie de classification des valeurs essentielles du for sous la plume de H. BATIFFOL. Aux côtés de la défense du droit naturel et des intérêts vitaux de l'État français figurerait la « *défense d'une certaine politique législative* »<sup>118</sup>. Pour justifier la défense d'une certaine politique législative comme cas d'intervention de l'ordre public international, H. BATIFFOL part du postulat que toutes les lois visent au bien commun, mais que le lien qu'une loi peut avoir avec le bien commun peut être plus ou moins étroit et nécessaire<sup>119</sup>. L'auteur poursuit en soulignant que si la conduite individuelle est réglée par la loi, c'est en raison du bien ou du mal qui résultera pour la collectivité d'une conduite de l'ensemble des individus, dans tel ou tel sens<sup>120</sup>. Par conséquent, « *le lien entre les conduites privées et un bien ou un mal commun est plus ou moins direct* »<sup>121</sup>. La norme juridique du for ne pourra alors tolérer la dérogation produite par la loi

---

<sup>113</sup> Sur ce point, Cf. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 108 et s. Cet auteur a proposé de resituer la distinction entre « *domaines* » et « *fondements* » de l'ordre public international. L'auteur se prononce en ces termes : « *Il ne faut pas pour autant confondre, d'une part, le "domaine", c'est-à-dire l'ensemble des manifestations de l'exception d'ordre public international qui constituent les prémisses de la méthode inductive, avec, d'autre part, les "fondements" de l'exception d'ordre public, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles on écarte dans ces hypothèses, une norme étrangère et qui correspondent aux conclusions de la méthode inductive* » (B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 109, n.b.p. n° 319).

<sup>114</sup> H. BATIFFOL, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1967, p. 405, n° 358.

<sup>115</sup> « *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 intervient aussi sur des points où la réaction n'est aucunement unanime mais au contraire partagée ou interne, 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, des cas de légitimation d'enfants adultérins* » (*Ibidem*).

<sup>116</sup> Cette expression est celle retenue par H. BATIFFOL comme le révèle P. FRANCESKAKIS : « *Les éditions publiées par Lerebours-Pigeonnière seul, en tout cas la 6e qui date de 1954, contenaient en outre cette phrase : "En somme, nous visons les lois étrangères contraires à la morale et au droit naturel". M. Batiffol, d'accord avec Lerebours-Pigeonnière, résume la pensée de celui-ci en ce seul mot "droit naturel" en ajoutant toutefois qu'il doit être entendu lato sensu* (P. FRANCESKAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux comité fr. DIP 1966-1969*, Dalloz, pp. 149-159, spé., pp. 154-155).

<sup>117</sup> Ces fondements sont également appelés « *intérêts vitaux de l'État français* » par le même auteur dans la deuxième édition de son ouvrage « *Précis de droit international privé* » (sur ce détail Cf. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 113).

<sup>118</sup> H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, p. 379, n° 360.

<sup>119</sup> Pour l'auteur, la meilleure preuve est que certaines lois sont facultatives tandis que les lois impératives, en l'absence de dérogations, sont considérées comme indispensables. On pourrait alors concevoir des dérogations à l'interdiction du mariage entre un oncle et sa nièce, mais pas à celle qui interdit le mariage en ligne directe (*Ibidem*).

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Ibid.*

étrangère si le résultat poursuivi par la politique dont elle s’inspire est compromis<sup>122</sup>. Cet ensemble des trois fondements de l’ordre public international sera dénommé « *ensemble Lerebourg Pigeonnière-Batiffol* »<sup>123</sup> ou encore « *modèle Lerebours-Pigeonnière-Loussouarn-Batiffol* »<sup>124</sup>.

55. **Particularité de la « défense de certaines politiques législatives ».** La théorie de « *la défense de certaines politiques législatives* » a été critiquée. P. KINSCH évoque à cet égard quatre « *objections* »<sup>125</sup>. La première objection, « *de nature générale* »<sup>126</sup> porte sur les mérites d’une fonction unitaire de l’ordre public international qui ne serait chargé que de la défense des valeurs essentielles du for<sup>127</sup>. Deux objections tendent à relativiser l’interprétation de la jurisprudence fondant la théorie de la sauvegarde de certaines politiques législatives<sup>128</sup>. La dernière, plus importante, tend à montrer que cette théorie « *est étrangère à la démocratie moderne qu’on voudrait délibérative* »<sup>129</sup>. On notera que la frontière entre les deux catégories que sont les « *fondements politiques et sociaux de la civilisation française* » et « *la sauvegarde d’une certaine politique législative* » est particulièrement « *poreuse* »<sup>130</sup>. La différence entre ces deux catégories pourrait reposer sur l’idée que les fondements de la civilisation française seraient « *acquis* », tandis que les règles visant à la sauvegarde des politiques législatives seraient « *données* » par le législateur dans une optique volontariste<sup>131</sup>. Ainsi, pour reprendre l’élégante formule de P. MAYER et V. HEUZÉ : c’est « *parce que le législateur a voulu imposer une solution qui n’est pas acceptée sans résistance que le juge doit œuvrer pour que son respect soit général* »<sup>132</sup>.

---

<sup>122</sup> « *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* » (*Ibid.*). H. BATIFFOL prend alors pour exemple la solution selon laquelle une loi étrangère admet la recherche de paternité dans un délai supérieur à celui de la loi française. La fixation de ce délai n’est pas en elle-même contraire au droit naturel ou aux fondements de la civilisation. Elle est en revanche contraire à la politique législative qui permet de placer le prétendu père en position de sécurité face à une action en recherche de paternité qui interviendrait après un délai de deux ans.

<sup>123</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>124</sup> P. FRANCESKAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d’ordre public ? », *préc.*, pp. 149-159, *spé.*, p. 156.

<sup>125</sup> Cf. P. KINSCH, « La “sauvegarde de certaines politiques législatives”, cas d’intervention de l’ordre public international ? » : *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, pp. 447-458.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 449.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 449 et s.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 455 et s.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 458.

<sup>130</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 156, n° 261.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010, p. 150, n° 200.

56. **Classifications concurrentes.** Pour P. MAYER et V. HEUZE l'ordre public international aurait également un triple fondement ou plutôt une « *triple fonction* »<sup>133</sup> : la défense du « *droit naturel* », « *la défense des principes qui, sans prétendre à l'universalité constituent les fondements politiques et sociaux de la civilisation française* » et enfin la « *sauvegarde de certaines politiques législatives* ». Ces auteurs ne semblent plus les seuls à défendre un triple fondement de l'ordre public international. Pour D. GUTTMANN, il faudrait distinguer les « *trois figures de l'ordre public* »<sup>134</sup>. L'ordre public serait composé des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »<sup>135</sup>, il assurerait la protection « *des fondements politiques et sociaux de la civilisation française* »<sup>136</sup>, et il garantirait « *l'effectivité de certaines politiques législatives de direction et de protection, mises en œuvre sur le territoire français* »<sup>137</sup>. De la même façon, D. ALEXANDRE soutient que l'intervention de l'exception d'ordre public en droit international privé français poursuit un « *triple objectif* »<sup>138</sup>. B. AUDIT et L. D'AVOUT considèrent cependant que les cas d'intervention de l'ordre public sont au nombre de deux : « *le défaut de communauté juridique* »<sup>139</sup> et « *la sauvegarde d'une politique législative* »<sup>140</sup>. Ces classifications contrastent avec celle qui a été proposée par la Cour de cassation.

## B) Une nouvelle classification prétorienne

57. **Exposé d'une nouvelle classification.** Dans un rapport publié au cours de l'année 2013, la Cour de cassation a proposé une nouvelle définition de la conception française de l'ordre public international<sup>141</sup>. Cette définition, qui se fonde sur les décisions rendues par les chambres civiles, permet de mettre en perspective une nouvelle classification. Pour asseoir cette classification, la Cour de cassation va se fonder sur la célèbre définition donnée par l'arrêt

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> D. GUTTMANN, *Droit international privé*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2009, p. 115, n° 117.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> La sauvegarde de principes de droit communs aux nations civilisées ; la défense de principes qui constituent les fondements politiques et sociaux de la civilisation française ; et permettre d'écarter des solutions qui risquent de compromettre le résultat auquel tend la politique législative française (D. ALEXANDRE « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français » (in) *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours* », Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 105-118, spé., p. 105).

<sup>139</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., refondue, 2013, p. 332.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>141</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489.

*Lautour*<sup>142</sup> : « *Les principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »<sup>143</sup>. La Cour de cassation intègre dans « *ces principes de justice universelle* »<sup>144</sup>, « *l’ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français [...] les droits fondamentaux* »<sup>145</sup>. Ce n’est que dans un second temps que la Cour évoque les « *principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française* »<sup>146</sup>. Ces derniers principes seraient donc distincts des « *principes de justice universelle* »<sup>147</sup>. Cette liste de classification semble limitative en l’absence de terme tel que « *notamment* » ou « *entre autres* ». Dans l’hypothèse où cette liste se présente comme une classification des fondements de l’ordre public international, on remarquera que la Cour ne fait pas mention des principes assurant « *la sauvegarde d’une certaine politique législative* »<sup>148</sup>. La mise à l’écart de cette catégorie est surprenante dans la mesure où seule cette dernière permettrait de catégoriser le mariage de personnes de même sexe.

58. **Classification du mariage de personnes de même sexe.** Dans un arrêt remarqué du 28 janvier 2015<sup>149</sup>, la Cour de cassation a fait accéder le mariage entre personnes de même sexe au sein des valeurs essentielles qui composent l’ordre public international. Nous observerons ultérieurement que cette élévation du mariage de personnes de même sexe au rang des rares principes qui composent l’ordre public international pourrait s’expliquer par la structure même de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil<sup>150</sup>. Néanmoins, cette modification du contenu de l’ordre public international, et donc de l’objet de l’élaboration substantielle, était loin d’être acquise<sup>151</sup>.

---

<sup>142</sup> Cette décision sera abordée en détail ultérieurement, *Cf. infra*.

<sup>143</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 128.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Dans ce rapport, la Cour de cassation évoque une seule fois « *la sauvegarde d’une politique législative française* » et seulement en faisant référence aux propos de P. HAMMJE et de M. FARGE (*Ibid.*, p. 199).

<sup>149</sup> Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059 : *D.* 2015, 264, obs. I. GALLMEISTER, 464, note H. FULCHIRON ; *AJF* 2015, 172, obs. A. BOICHÉ ; *Dr. famille* 2015, comm. 63, A. DEVERS et M. FARGE ; *RPJF* fév. 2015, 20, note J. DUBARRY ; *JCP G* 2015, note 318, L. GANNAGÉ ; *RTD civ* 2015, 343, note L. USUNIER ; *Rev. crit. DIP* 2015, 400, note D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *LPA* fév. 2015, 6, V. LEGRAND ; *Rev. Lamy dr. civ.* juin. 2015, 38, note A.-A. HYDE ; *JDI* 2015, comm. 6, J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS ; *RTD civ.* 2015, 359, note J. HAUSER.

<sup>150</sup> *Cf. infra*.

<sup>151</sup> Le débat doctrinal sur la question de savoir si le mariage de personnes de même sexe est d’ordre public international a été houleux comme le révèlent les propos de L. GANNAGÉ : « *En affirmant que le droit au mariage entre personnes de même sexe, d’apparition toute récente en France, accède au cercle très restreint des principes essentiels qui nourrissent l’ordre public international, la décision de la Haute juridiction suscitera à n’en pas douter des appréciations contrastées. Beaucoup se réjouiront de l’ascension fulgurante et inespérée du mariage homosexuel au rang des valeurs intangibles de la société française. D’autres dénonceront le militantisme de la*



Il est donc possible de s’interroger sur la classification pertinente du principe permettant à deux personnes de même sexe de se marier et qui servirait d’obstacle aux lois étrangères prohibitives<sup>152</sup>. Premièrement, il serait possible de classer ce principe parmi « *l’ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité* ». Cependant, on pourrait douter de la pertinence de cette catégorie qui semble particulièrement restrictive. Deuxièmement, la nouvelle catégorie « *principes essentiels du droit français* »<sup>153</sup> est également inadaptée, la Cour de cassation n’ayant jamais présenté le mariage de personnes de même sexe comme un « *principe essentiel du droit français* ». Troisièmement, la catégorie de « *droit fondamental* » apparaît comme peu probable. Il est vrai que la Cour de cassation évoque la « *liberté fondamentale de se marier* », mais seulement dans le communiqué associé à l’arrêt du 28 janvier 2015<sup>154</sup>. L’arrêt en question ne fait aucunement mention d’un droit fondamental pour deux personnes de même sexe de se marier, et l’on peut douter que la Cour ait voulu se diriger dans cette voie<sup>155</sup>. Quatrièmement, considérer le mariage de personne de même sexe en un principe qui se rattache « *aux fondements politiques et sociaux de la société française* » est une entreprise particulièrement délicate étant donné que la procréation est historiquement désignée comme un des buts du mariage en droit civil français<sup>156</sup>.

---

*Cour de cassation ouvrant grand les mairies de la France aux couples homosexuels, au mépris de la loi d’origine des intéressés* (L. GANNAGÉ, « L’ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G* 2015, note 318, pp. 525-529, spé., p. 526).

<sup>152</sup> Pour une étude de la qualification pouvant être retenue, mais seulement au regard de la définition proposée par l’arrêt *Lautour*, les principes essentiels du droit français et la sauvegarde d’une certaine politique législative (Cf. J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, « Autour de l’arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015 », *JDI* 2015, comm. 6, pp. 597-613, spé., p. 607 et s.).

<sup>153</sup> Nous observerons ultérieurement que cette catégorie est particulièrement limitée. Seuls quelques principes absolument essentiels peuvent prétendre être érigés au rang des principes essentiels du droit français.

<sup>154</sup> « *Le mariage entre personnes de même sexe est une liberté fondamentale à laquelle une convention passée entre la France et le Maroc ne peut faire obstacle si le futur époux marocain a un lien de rattachement avec la France, tel que son domicile* » (Cass. Communiqué, « Arrêt dit du mariage franco-marocain entre personnes de même sexe », 25 janvier 2015).

<sup>155</sup> Comme le rappellent deux auteurs, ni la Cour européenne des droits de l’homme ni le Conseil constitutionnel « *ne sont venus considérer que l’interdiction du mariage de personnes de même sexe constituait une atteinte à ce droit fondamental [la liberté matrimoniale]* » (J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 6, pp. 607-608).

<sup>156</sup> Pour s’en convaincre, et dans une approche purement historique, il suffit de lire les commentaires du Code Napoléon sur le but du mariage : « *L’orateur du gouvernement a défini le mariage : “La société de l’homme et de la femme qui s’unissent pour perpétuer leur espèce, pour s’aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée.”* (Portalis.) *On ne saurait exprimer en termes plus nobles et plus vrais le double but du mariage : la procréation des enfants, la conservation de la race humaine et cette communauté indivisible d’existence qui fait l’honneur et la moralité de l’union conjugale* » (C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Auguste Durand, L. Hachette et C<sup>ie</sup>, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1860, pp. 1-2).

59. **Choix de classification.** Seule la classification de « *défense d’une certaine politique législative* » se révèle pertinente<sup>157</sup>. C’est justement parce que le législateur avait l’intention de promouvoir au maximum le mariage des couples de même sexe<sup>158</sup> et que cette solution se heurtait à une résistance importante de l’opinion publique<sup>159</sup> que la Cour de cassation a œuvré pour la protéger en modifiant le contenu de l’ordre public international<sup>160</sup>. D’aucuns pourraient affirmer que la solution retenue par la Cour régulatrice est postérieure à la rédaction du rapport de sorte que les classifications proposées par la Cour étaient déjà obsolètes. Cependant, la loi autorisant le mariage des couples de même sexe a été adoptée le 17 mai 2013<sup>161</sup>. De plus, l’affaire concernée était déjà pendante devant la Cour de cassation bien avant la présentation du rapport<sup>162</sup>. Ces faits supposent que les magistrats de la Cour de cassation ne pouvaient ignorer l’enjeu de la question de l’intégration du mariage de personnes de même sexe dans l’ordre public international français et de la classification pertinente.

<sup>157</sup>Au soutien d’une telle pertinence : Cf. tout particulièrement Y. HEYRAUD, « Ordre public international et mariage : entre tradition et instrumentalisation », *Rev. jur. Ouest* 2016, pp. 83-108, spé., p. 101 et s. ; Cf. également S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 156, n° 261. Certains auteurs ont douté de la pertinence de cette qualification, car dans l’arrêt commenté, « *l’ordre juridique de référence n’est pas forcément l’ordre juridique du for !* » (J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 6, p. 608). Cette objection est importante et prend sa source dans la structure de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil (sur ce point, Cf. *infra*). Cependant, la validité du mariage de personnes de même sexe opérée par le truchement d’un ordre juridique étranger a bien pour origine la solution posée par le législateur français qui est particulièrement favorable à ce type d’union.

<sup>158</sup> La volonté du législateur était très clairement de faire bénéficier le mariage de personnes de même sexe au plus grand nombre dans un contexte international en favorisant la célébration et la reconnaissance de ce type d’union. (Sur ce point, Cf. A. GOSSELIN-GORAND, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA* 4 juil. 2013, pp. 24-28 ; H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », *JDI* 2013, doct. 9, pp. 1055-1113, spé., p. 1056 et s.). Cependant, L. GANNAGÉ rappelle que la Cour de cassation a largement dépassé l’intention du législateur en adoptant la solution inverse que celle qui avait été préconisée (L. GANNAGÉ, *préc.*, *JCP G*, 2015, note 318, p. 528). L’auteur cite alors le rapport présenté au Sénat concernant l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe : « *Dès lors, si la loi nationale du Maroc [...] n’autorise par le mariage de personnes de même sexe, les ressortissants de ces États ne pourront se marier en France y compris avec un Français* » (J.-P. MICHEL, *Rapp. Sénat* n° 437, 2012-2013, [sur le projet de loi, adopté par l’Assemblée nationale, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, p. 54].

<sup>159</sup> Cette résistance s’est cristallisée autour du mouvement « *la Manif pour tous* » mais a largement conquis le débat doctrinal comme le révèle une lettre ouverte signée par 170 juristes aux sénateurs afin de souligner le bouleversement profond du Droit, du mariage et de la parenté qui serait créé par le projet de loi. Certains auteurs ont alors souligné le caractère purement politique et non juridique de cet « *appel* » (Cf. P. BRUN, « Le lobbying doctrinal ou l’art de se cacher derrière son (petit ?) droit », *JCP G* 2013, act. 404, pp. 702-704 ; P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS *et autres*, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit” ? » *D.* 2013, n° 12, point de vue, pp. 784-785).

<sup>160</sup> Comme le précise Y. HEYRAUD, nous retrouvons ici la pertinence des propos de P. MAYER et V. HEUZÉ au regard de la notion de « *défense d’une certaine politique législative* » : c’est « *parce que le législateur a voulu imposer une solution qui n’est pas acceptée sans résistance que le juge doit œuvrer pour que son respect soit général* » (Y. HEYRAUD, *préc.*, *Rev. jur. Ouest* 2016, pp. 83-108, spé., p. 102, n° 40 ; Cf. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010, p. 150, n° 200).

<sup>161</sup> L. n° 2013-404, 17 mai 2013, [ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe], *JORF* n° 01114 du 18 mai 2013.

<sup>162</sup> Le pourvoi a été formé juste après la date de la décision attaquée, tandis que le rapport a été publié au début de l’année 2014.

60. L'objet de l'élaboration substantielle de l'ordre public international se présente donc comme un élément de référence qui se singularise par la nature de ses éléments. Les classifications proposées de ces différents éléments, qu'elles soient doctrinales ou prétoriennes, ont permis de saisir la délimitation et la teneur de cet objet. Cependant, il demeure nécessaire de détailler les opérations successives à l'œuvre dans le processus d'élaboration substantielle.

## **Sous-section 2 : Les opérations successives du processus d'élaboration substantielle**

61. Ce processus d'élaboration se structure autour de l'accomplissement d'une succession d'opérations qui œuvrent toutes au façonnement de la substance de l'ordre public international. Ces opérations successives sont classiquement réalisées par le juge du for au nom de l'ordre juridique qu'il a la charge de protéger de l'application ou de la reconnaissance de normes étrangères. Le séquençage et la chronologie de ces opérations ne doivent pas être idéalisés, certaines d'entre elles pouvant être effectuées dans un ordre différent ou de manière combinée. Néanmoins, ce processus s'articule autour de deux « *versants* » distincts qui suivent une chronologie. Le premier versant se singularise par l'immixtion et la prise en compte de facteurs émotionnels (§1), tandis que le second s'oriente vers la détermination de fondements juridiques justifiant la décision du juge (§2).

### **§1. Le versant « *émotionnel* » de l'élaboration substantielle**

62. L'implication de facteurs émotionnels dans la manipulation de l'ordre public international révèle une des singularités de ce mécanisme exceptionnel. En effet, l'élaboration substantielle a pour origine le jugement de valeur émis par le juge du for (A) qui se voit conférer un rôle d'une importance considérable (B).

#### **A) L'élaboration substantielle initiée par un « *jugement de valeur* »**

63. ***Appréciation du résultat.*** L'appréciation<sup>163</sup> du résultat produit par la norme étrangère constitue la première opération de l'élaboration substantielle. Les modalités d'appréciation

---

<sup>163</sup> « *L'appréciation* » est définie comme « *l'action d'apprécier, de déterminer approximativement le prix, la valeur de quelque chose* ». On notera que ce terme est également défini comme « *le fait de juger* » (*Le Grand Robert de la langue française*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1992, p. 474).

divergent selon qu'il s'agit d'une loi ou un jugement. S'agissant des lois étrangères, il est admis que l'appréciation doit être effectuée *in concreto*<sup>164</sup>, de sorte qu'une institution étrangère<sup>165</sup> ou une simple divergence<sup>166</sup> entre le droit français et le droit étranger ne saurait suffire à déclencher l'exception d'ordre public. La Cour de cassation se montre attentive et rappelle régulièrement l'exigence faite aux juges du fond « *de rechercher de manière concrète* »<sup>167</sup> si les effets de la loi étrangère sont contraires à l'ordre public international<sup>168</sup>. Néanmoins, ce principe d'appréciation *in concreto* « *ne doit [...] pas être poussé jusqu'à l'absurde* »<sup>169</sup> comme le montre le cas des répudiations musulmanes<sup>170</sup>. De la même façon, une loi peut parfaitement être contraire à l'ordre public international sans recours à l'appréciation *in concreto*, comme le suggère une loi étrangère prohibant l'union d'une musulmane et d'un non musulman<sup>171</sup>. La pratique révèle que le plus souvent « *c'est sur la seule constatation du caractère contraire à l'ordre public, in abstracto, que la loi étrangère est écartée* »<sup>172</sup>. L'appréciation de la

<sup>164</sup> Ce principe d'appréciation *in concreto* n'est pas une spécificité française. Il existe également par exemple dans le système de Common Law (Cf. par ex : A.-V. DICEY et J.-H.-C. MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Sweet & Maxwell, London, vol. 1, 12<sup>th</sup> ed., 1993, p. 90).

<sup>165</sup> Comme le précise un auteur : « *Il ne suffit pas [...] qu'une institution juridique étrangère soit tout simplement inconnue de la lex fori pour qu'elle tombe sous le coup de l'exception d'ordre public international* » (M. PHILONENKO, « La notion de l'ordre public international », *JDI* 1952, pp. 780-818, spé., p. 780)

<sup>166</sup> « *Sur le plan technique, il paraît erroné et périlleux de soutenir que toute institution inconnue, parce que telle, ne peut être prise en considération dans le droit du for* » (J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, op. cit., p. 108).

<sup>167</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juil. 2015, n° 14-17.880: *JCP G* 2015, 1728, note É FONGARO; *RJPF* oct. 2015, 20, note S. GODECHOT-PATRIS; *JDI* 2015, 1147, note P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *Rev. crit. DIP* 2016, 126, note U.-P. GRUBER. Cette décision est particulièrement éclairante. Deux époux s'étaient mariés en Allemagne et avaient conclu un contrat de mariage devant un notaire allemand. Ces époux avaient choisi le régime légal allemand pour ce contrat tout en y insérant une clause qui excluait « *toute prestation compensatoire selon le droit allemand ou tout autre droit* ». Le jugement de divorce est rendu en France et l'épouse, n'ayant pas obtenu de prestation compensatoire en première instance interjette appel. La Cour d'appel de Metz repousse les prétentions de l'épouse au motif qu'elle avait renoncé à la prestation compensatoire dans le contrat de mariage soumis au droit allemand. La Cour régulatrice casse la décision rendue au visa de l'article 15 du règlement n°4/2009 et des articles 8, 13 et 22 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. La Cour de cassation précise « *qu'il incombait de rechercher de manière concrète si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français* ».

<sup>168</sup> Cette exigence est même rappelée explicitement par la Cour de cassation dans son rapport annuel (Cf. Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 128).

<sup>169</sup> M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, p. 280.

<sup>170</sup> Certains auteurs insistent sur le caractère spécieux du raisonnement *in concreto* dans l'hypothèse des répudiations musulmanes. En droit musulman, la répudiation (sauf cas exceptionnel) n'est conférée qu'au mari, il s'agit donc d'un mode de dissolution discriminatoire qui est contraire au principe d'égalité du protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le résultat de l'application de loi étrangère autorisant la répudiation, c'est-à-dire la dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux, ne provoque aucune atteinte au principe d'égalité des époux. Le principe de la rupture du mariage par volonté unilatérale n'est pas en soi contraire à l'ordre public international (*Ibidem*).

<sup>171</sup> CA [Paris], 1<sup>re</sup> ch. C, 9 juin 1995 : *D.* 1996, somm., 171, obs. B. AUDIT. Dans cette espèce, la Cour d'appel a considéré que la loi marocaine prohibant le mariage entre une musulmane et un non-musulman était contraire à l'ordre public international français.

<sup>172</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010, p. 154, n° 205. Ces auteurs soulignent l'idée que l'application du principe d'appréciation *in concreto* de la loi étrangère peut s'avérer complexe. Par exemple, une loi qui attribue automatiquement la garde de l'enfant au père ne sera contraire à l'ordre

contrariété d'un jugement étranger à l'ordre public international a pour objet le jugement lui-même et sa procédure d'élaboration<sup>173</sup>. Si la procédure d'élaboration du jugement étranger n'échappe pas au contrôle, contrairement à la procédure d'élaboration de la loi étrangère, c'est parce que « *les conséquences attachées à la reconnaissance d'efficacité* »<sup>174</sup> de ces normes sont différentes<sup>175</sup>. Alors que la solution donnée par la loi étrangère est dotée « *de force obligatoire* » au for »<sup>176</sup>, la solution donnée par le jugement étranger est non seulement admise, mais elle se voit dotée de « *l'autorité de la chose jugée* »<sup>177</sup>. Ainsi, l'impossibilité de remettre en cause cette solution dans le cadre d'un nouveau procès justifie le contrôle de la procédure d'élaboration du jugement étranger<sup>178</sup>. L'appréciation du résultat produit par la norme étrangère conduit le juge du for à porter un jugement de valeur sur ce résultat.

64. **Jugement de valeur.** Les auteurs s'accordent sur l'existence d'un jugement de valeur dans le cadre de l'exception d'ordre public<sup>179</sup>. Cependant, la place accordée à ce jugement de valeur diffère, certains auteurs le considérant comme le « *fondement* »<sup>180</sup> de l'exception d'ordre public alors que d'autres en relèvent seulement « *l'implication* »<sup>181</sup>. Par définition, le jugement de valeur conduit à une interprétation subjective<sup>182</sup> qui se distingue du « *jugement moral* »<sup>183</sup>.

---

public international que si elle va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. La détermination de cet intérêt nécessite un examen des preuves voire des mesures d'instruction. L'appréciation *in abstracto* de la loi étrangère semble donc plus pertinente pour l'évincer directement et appliquer la loi française.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>174</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 212, n° 56.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> Les illustrations sont très nombreuses. Par ex : Cf. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 275, n° 348 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 105 ; N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 167, n° 308.

<sup>180</sup> *JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], n° 59.

<sup>181</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 211, n° 373 ; K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 88, n° 177.

<sup>182</sup> Dans la pensée durkheimienne, le « *jugement de réalité* » s'oppose au « *jugement de valeur* ». Alors que le premier « *se born[e] à exprimer des faits donnés ou des rapports donnés entre des faits également donnés* », le second « *a pour objet de dire non ce que sont les choses, mais ce qu'elles valent par rapport à un sujet conscient, le prix que ce dernier y attache* » (É. DURKHEIM, « Jugements et valeur et jugement de réalité », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, n° 4, pp. 437-453, spé., p. 437).

<sup>183</sup> Le jugement moral « *consiste à évaluer le caractère moral [...] d'une situation ou d'une action en appliquant des règles morales, c'est-à-dire des modes de conduites que l'on est en droit d'atteinte des membres de son groupe et que l'on est prié de mettre en œuvre* » (A. PIOLAT et I. LATCHIMY, « Cognitions et émotions morales : de l'intérêt de l'étude exploitant le dilemme du trolley » (in) *Psychologie du jugement moral* (Dir. L. BÈGUE et autres) Dunod, 2013, pp. 59-84, spé., p. 61). D'autre part, « [l]e jugement moral suscite, après délibération de la conscience, une prise de décision. Il est coextensif au droit, c'est à dire aux règles sociales du vivre ensemble, dans leur genèse comme dans leur application » (R. GIL, I. INGRAND, C. PLUCHON et autres, « Entre éthique et

Le caractère « *choquant* »<sup>184</sup> de la solution consacrée par la norme étrangère est souvent présenté comme la cause de la contrariété à l'ordre public international<sup>185</sup>. Cette particularité révèle qu'« [u]n certain “*élément sentimental*” est toujours mêlé à la théorie de l'ordre public »<sup>186</sup>. Néanmoins, étant donné que le jugement de valeur est porté par le juge, il peut être privilégié l'utilisation du terme « *émotion* »<sup>187</sup> au regard de l'importance des « *facteurs*

---

droit : le jugement moral, facteurs cognitifs et émotionnels. Une enquête chez 938 sujets », *RGDM* 2014, n° 53, pp. 165-192, spé., p. 166).

<sup>184</sup> D. BODEN souligne l'importance de la distinction entre une « *loi choquante* » et une « *concrétisation choquante* » en prenant l'exemple d'une « *loi étrangère qui fixe l'âge de la nubilité des femmes à trois ans* ». En effet, cette loi est choquante, ce qui explique qu'un officier de l'état civil français refuse de célébrer le mariage d'une enfant de quatre ans en application de cette loi. Néanmoins, comme le souligne l'auteur : « *l'application de cette loi n'aurait plus rien de choquant si la future mariée, au lieu de n'avoir que quatre ans, en avait vingt-quatre. C'est pourtant la même loi. Dans le premier cas, son application heurte l'ordre public français, dans le second, non* » (D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, p. 711, n° 634).

<sup>185</sup> Les exemples de cette affirmation sont nombreux : Cf. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., refondue, 2013, p. 329, n° 367 ; J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2014, pp. 2121-2128 ; J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international » : *Mélanges R. GOY*, Presses universitaires de Rouen, 1998, pp. 333-348, spé., p. 335 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Le droit international privé*, PUF, 2009, p. 20 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 152 n° 204 ; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réédition, 2002, p. 160, n° 73 ; É. BARTIN, « Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi, et l'idée de communauté internationale », *RDILC* 1897, p. 383 et s., et pp. 614-658, spé., p. 616.

<sup>186</sup> T.-H. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI* 1925, t. 9, p. 474. « *Ce sont des principes généraux, voire des sentiments, plus souvent que des règles, qui appellent l'éviction de la loi étrangère* » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 153, n° 206). « *Par ailleurs, l'exception d'ordre public est fondée sur le sentiment pour le for que les principes défendus par son ordre juridique sont essentiels et justifient l'éviction d'une loi étrangère qui irait à son encontre* » (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Lexis Nexis, 2007, p. 145, n° 158). H. BATIFFOL avait notamment insisté sur « *la rareté des règles proprement indissociables du sentiment même de la justice* » (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 329, n° 147).

<sup>187</sup> Nous préférons l'utilisation du terme « *émotion* » plutôt que « *sentiment* ». Ces termes sont régulièrement utilisés de manière indifférenciée jusque dans les revues les recherches scientifiques, y compris, et de manière assez surprenante, dans les études relatives aux phénomènes émotionnels. Comme le révèle un auteur : « *En effet, les recherches françaises, et surtout celles traduites de l'anglais, parlent de “sentiment” et d’“affect” à la place d’“émotions”. Les auteurs utilisent donc les mêmes termes mais pas tout à fait dans le même sens, ce qui donne lieu parfois à des glissements d'un terme à l'autre* » (A. PASQUIER, *Psychopathologie des émotions* (Dir. J.-L. PEDINIELLI, Armand Colin, 2012, p. 9). En réalité, « *L'émotion* » serait un ensemble de plusieurs sous-systèmes appelés « *composantes* ». Chaque composante représente « *une facette de l'expérience émotionnelle au sein de l'organisme qui la vit* » (E. DAN GLAUSER, « Chapitre 7. Le sentiment subjectif. Intégration et représentation consciente des composantes émotionnelles » (in) *Traité de psychologie des émotions* (Dir. D. SANDER et K.-R. SCHERER), Dunod, 2014, p. 226). Selon cette théorie, ce qui est communément appelé « *sentiment* » est alors désigné sous l'expression « *sentiment subjectif* » et il est considéré comme la composante indispensable car il est « *l'aspect conscient du processus émotionnel* » (A. PASQUIER, *op. cit.*, p. 10). Notons également que dans le domaine d'étude psychanalytique le terme « *émotion* » est peu utilisé. On lui préfère celui d'« *affect* » issu du mot allemand « *Affekt* ». Ce terme sera d'ailleurs utilisé pour traduire l'expression « *état émotif* » qui fut utilisée par Freud dans un texte écrit en langue française en 1895 (*Dictionnaire international de la psychanalyse* (Dir. A. DE MIJOLLA), Hachette Littératures, Nouvelle édition revue et augmentée, 2005, p. 536). Certains auteurs soulignent l'inutilité de la distinction entre les termes « *sentiment* », « *émotions* » et « *affect* » en psychanalyse (P.-H. CASTEL, « Émotions, sentiments et affects : un point de vue philosophique puis psychanalytique », *Les Nouvelles d'Archimède*, 2003, n° 35, p. 7).

*émotionnels* »<sup>188</sup> dans la production du jugement<sup>189</sup>. En effet, un jugement ne serait pas « *l'expression exclusive d'un raisonnement explicite, rationnel et analytique* »<sup>190</sup>. Il « *serait produit par un ensemble de mécanismes implicites (à forte dominance émotionnelle), et ce n'est qu'a posteriori que le jugement serait l'objet d'un raisonnement explicite* »<sup>191</sup>.

65. **Valeurs individuelles du juge.** « *Considérer que l'exception d'ordre public implique un jugement de valeur conduit nécessairement à se demander quelles sont les valeurs individuelles – puisque seules celles-ci interviennent en tant que mètre étalon dans le cadre d'un jugement de valeur- qui servent d'élément de référence au cours de cette appréciation* »<sup>192</sup>. Les auteurs s'accordent sur l'idée que « *l'appréciation de l'acceptabilité de la situation, telle que configurée par la norme étrangère, s'opère à l'aune des valeurs individuelles du juge* »<sup>193</sup>. Selon B. REMY les valeurs individuelles des parties ne peuvent être ignorées, mais les valeurs individuelles du juge ont « *une influence prépondérante* »<sup>194</sup>. Notons que ce même auteur fait de l'intervention des valeurs individuelles du juge « *l'implication première* »<sup>195</sup> de

---

<sup>188</sup> S'agissant du jugement moral, il a été montré l'importance des facteurs émotionnels dans une étude menée sur 938 sujets notamment par le biais de questionnaires et de techniques d'imagerie fonctionnelle du cerveau (Cf. R. GIL, I. INGRAND, C. PLUCHON *et autres*, *préc.*, *RGDM* 2014, n° 53, pp. 165-192, *spéc.*, p. 171.

<sup>189</sup> Une des questions les plus débattues dans l'étude de la psychologie est de savoir si le jugement est un processus émotionnel et spontané ou raisonné et volontaire (Cf. A. AUBERT, « *Psychologie et neuro-anatomie de la délibération* », *Procédures* 2011, dossier 4, pp. 19-22). Si les travaux d'A. AUBERT porte sur la délibération et la psychologie morale, ils demeurent tout à fait pertinents pour comprendre l'importance du processus émotionnel dans le jugement, qu'il soit collégial ou purement subjectif.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>191</sup> « *Le jugement n'étant plus le produit mais la source du raisonnement explicite, ce dernier consisterait pour l'essentiel en une rationalisation du jugement, c'est-à-dire une construction a posteriori assurant la justification du produit des processus implicites* » (*Ibid.*).

<sup>192</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 211, n° 373.

<sup>193</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 275, n° 348.

<sup>194</sup> B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 212.

Comme le souligne également l'auteur : « *le recours aux valeurs individuelles de l'agent chargé de mettre en œuvre l'exception d'ordre public doit être compris comme une donnée, une réalité inéluctable. La seule limite à cette affirmation tient au fait que le juge se contente, parfois, de reproduire une jurisprudence antérieure* (*Ibidem*, p. 214, n° 378).

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 215.

« *l’insaisissabilité* »<sup>196</sup> de l’ordre public<sup>197</sup>. Le jugement de valeur du juge du for à l’égard de la norme étrangère permet d’initier le processus d’élaboration substantielle. En effet, l’inadéquation entre le résultat produit par la norme étrangère et les valeurs individuelles du juge laisse augurer un façonnement du contenu de l’ordre public international de manière à faire obstacle à cette norme étrangère. Néanmoins, le rejet de la norme étrangère ne saurait être justifié uniquement par la contradiction entre la norme étrangère et les valeurs individuelles du juge.

66. Il convient donc de mesurer l’amplification de l’élaboration substantielle par l’intervention du juge du for.

### **B) L’élaboration substantielle amplifiée par l’intervention du juge**

67. **Quête de la « conception française » de l’ordre public.** L’ordre public international « *est censé refléter et exprimer, par le truchement du juge, les réactions supposées du corps social* »<sup>198</sup>. Le corps social pertinent n’est autre que la « *société française* »<sup>199</sup> et il convient donc de prendre en compte, « *la conception française de l’ordre public international* »<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> On relèvera à cet égard l’analyse de l’auteur sur l’utilisation de ce terme. En effet, B. REMY évoque la difficulté de déterminer *a priori* l’élément de référence de l’exception d’ordre public. Les auteurs utilisent des termes différents, comme « *indéterminabilité* » ou encore « *insaisissabilité* ». Si B. REMY apporte plusieurs exemples de l’utilisation de ces termes, il est possible d’en apporter d’autres, tant les divergences sont importantes. Par exemple, pour l’utilisation du terme « *indéterminabilité* » : Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 230, n° 533. Par exemple, pour l’utilisation du terme « *insaisissabilité* » : Cf. D. ARCHER *Impérativité et ordre public en droit communautaire et en droit international privé des contrats, Étude de conflits de lois*, thèse dactyl., Cergy-Pontoise, 2006, p. 24 ; M. AZAVANT, « L’ordre public successoral », *Dr. famille*, 2013, dossier 38, pp. 17-23, spé., p. 17. Certains auteurs utilisent même le terme « *indéfinibilité* » (Cf. par ex : R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, t. 58, p. 452). B. REMY démontre que le terme « *insaisissabilité* » est le plus pertinent. L’auteur s’exprime en ces termes : « *Précisons, cependant, au préalable, que « l’indéterminabilité » [...] serait sans doute plus justement qualifiée “d’insaisissabilité”. Ce n’est pas tant l’impossibilité de déterminer l’élément de référence dont il est question ici- ce qui n’aurait guère de sens puisque chacun conviendra aisément que le juge qui a tranché le litige en mettant en œuvre l’exception d’ordre public a bien dû, au préalable, déterminer l’ordre public- que l’impossibilité pour l’observateur de saisir cet élément de référence de manière certaine et a priori et dont il résulte “une imprévisibilité et une part de subjectivisme que soulignent les auteurs et la jurisprudence”* » (B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 215, n° 381).

<sup>197</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>198</sup> J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations », *RCADI* 1988, t. 211, p. 254, n° 124.

<sup>199</sup> Même si la Cour régulatrice n’utilise que les termes « *opinion française* » dans la jurisprudence *Lautour*, les commentateurs de cette décision ont révélé que c’était bien la « *société française* » qui était le corps social pertinent (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 175). Avant même la jurisprudence *Lautour*, la Cour de cassation avait affirmé que « *la définition de l’ordre public national [dépend] dans une large mesure de l’opinion qui prévaut à chaque moment en France* » (Cass. civ., 22 mars 1944 : *DC*. 1944, jurispr. 145, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE).

<sup>200</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 130.



Notons cependant que les développements sur ce que constitue réellement cette « *société française* » sont très restreints<sup>201</sup>. La Cour régulatrice n'a jamais défini ce que recouvre exactement l'expression de « *société française* », mais l'on pourrait considérer que cette démarche est raisonnable dans la mesure où elle permet de laisser une marge de manœuvre suffisante pour manipuler l'exception d'ordre public international<sup>202</sup>. En réalité, le juge est le « *porte-parole* »<sup>203</sup> du for et offre sa « *propre vision nationale* »<sup>204</sup> des conceptions sociales du for.

68. **Fonction du juge.** La fonction du juge dans le cadre de la manipulation de l'exception d'ordre public a fait l'objet d'un débat doctrinal important opposant les tenants de la théorie « *réaliste* » de l'interprétation et la théorie « *dworkinienne* »<sup>205</sup>. Alors que la première théorie reconnaît au juge « *une totale liberté juridique* »<sup>206</sup>, la seconde postule que « *sa position [est] dictée par des principes juridiques préexistants* »<sup>207</sup> et qu'il n'a donc « *aucun pouvoir arbitraire dans l'accomplissement de son office* »<sup>208</sup>. En tentant de départager ces deux théories<sup>209</sup>, K. BIHANNIC évoque les travaux de l'Institut des Hautes Études sur la Justice qui ont pour objet la classification des offices du juge<sup>210</sup>. Ces travaux mettent en perspective que

---

<sup>201</sup> « *Ce qui manque le plus au discours du juriste, c'est de s'interroger plus avant sur ce qu'est réellement cette société dont le juge, souverain appréciateur de l'ordre public, prétend formuler les besoins et les valeurs fondamentales* » (J. DÉPREZ, « *Droit international privé et conflits de civilisations* », *RCADI* 1988, t. 211, p. 255, n° 124).

<sup>202</sup> On notera que la Cour de cassation n'a pas profité de la rédaction du rapport consacré à l'ordre public pour apporter des pistes de réflexion sur ce que recouvre la notion de « *société française* » (Cf. Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97-489).

<sup>203</sup> T. STRUYCKEN, « *L'ordre public de la communauté européenne* » : *Mélanges GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, pp. 617-632, spéc., p. 619.

<sup>204</sup> Y.-E. LE BOS, *op. cit.*, p. 233, n° 622.

<sup>205</sup> Sur cette opposition : Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 240 et s. ; H. MUIR WATT, « *Compte rendu de la thèse de B. REMY, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008, préface Pierre Mayer, p. 466 », *Rev. crit. DIP* 2008, pp. 717-719, spéc., p. 718.

<sup>206</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 241, n° 565.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 244, n° 567.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> K. BIHANNIC place B. REMY parmi les tenants de la théorie « *réaliste* » (Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 243, n° 566). L'auteur rappelle alors l'opposition entre B. REMY et H. MUIR WATT. Ce dernier auteur s'était prononcé en ces termes : « *L'exception d'ordre public nous semble illustrer parfaitement la description dworkinienne de la fonction du juge, puisant dans l'ensemble des valeurs partagées par la communauté dont il est le porte-parole (ou le scribe) un récit certes d'actualité mais toujours étroitement encadré* » (H. MUIR WATT, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 718).

<sup>210</sup> On peut regretter que K. BIHANNIC n'évoque pas directement dans son analyse les différents offices présentés dans le rapport de l'IHEJ. Selon une classification « *relative à la source* », l'IHEJ distingue « *l'office légal* », « *l'office principal* » et « *l'office consciencieux* ». Il est utile de rappeler *in extenso* les résultats de l'IHEJ : « *Cet office légal se subdivise en "office obligatoire" ("le juge doit..."), tiré des moyens d'ordre public, et en "office facultatif" ("le juge peut...") ; ainsi qu'entre "office procédural" (ayant pour objet l'équité procédurale : le*

« l’analyse du contenu de l’ordre public renvoie à l’exercice d’un office principal »<sup>211</sup> qui « réaffirme le pouvoir limitant et cadrant des principes contenus dans la loi »<sup>212</sup>. L’auteur en conclut que « la pratique démontre bien la prévalence des principes sous-jacents à la norme juridique sur le système de valeurs du magistrats »<sup>213</sup>. La démarche de K. BIHANNIC est à la fois salutaire et riche d’enseignements, car elle permet d’insister sur l’importance de la pratique judiciaire qui se révèle décisive dans le processus d’élaboration de l’ordre public international. Nous pouvons associer à cette démarche celle de J. DÉPREZ qui prend en considération les facteurs sociologiques de l’ordre public<sup>214</sup>.

69. « *Vérité sociologique* »<sup>215</sup> et « *vérité judiciaire* »<sup>216</sup>. J. DÉPREZ défend l’utilité d’une « *théorie sociologique de l’ordre public* »<sup>217</sup>, destinée à prendre en compte les « *rappports entre l’ordre public et les phénomènes d’opinion, les mentalités, les réactions affectives du corps social, etc.* »<sup>218</sup>. L’auteur s’intéresse tout particulièrement à « [I]’*intermédiation judiciaire dans la mise en œuvre de l’ordre public* »<sup>219</sup> conduisant à percevoir la position prise par le juge comme un simple acte de juridiction alors qu’elle serait « *l’expression officielle et ultime de courants préexistants parcourant le tissu social* »<sup>220</sup>. Étant donné que « [I]’*ordre public est essentiellement un phénomène judiciaire* »<sup>221</sup>, le point essentiel est de déterminer la correspondance entre la « *vérité judiciaire* » et la « *vérité sociologique* »<sup>222</sup>. Le juge demeure « *l’intermédiaire obligé de ce passage du social au juridique* »<sup>223</sup> et il n’est pas exclu qu’il existe des « *discordances entre la vérité judiciaire officielle [...] et la réalité*

---

*respect des principes directeurs...)* et “office substantiel” (ayant pour objet l’équité substantielle). L’office principal est mobilisé lorsque le juge est moins tenu par des règles que par des valeurs contenues dans la loi et il est de plus en plus pris en compte par la doctrine. L’office consciencieux, quant à lui, dépasse le critère de la norme écrite (loi ou règlement) ou du principe pour faire primer la singularité de la situation. Il est plus difficile à apprécier, et fait intervenir des critères plus personnels » (IHEJ, Rapport, « La prudence et l’autorité. L’office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle », 2013, p. 18).

<sup>211</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 246, n° 572.

<sup>212</sup> *Ibidem*, pp. 246-247, n° 572.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 247, n° 572.

<sup>214</sup> J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations », *RCADI* 1988, t. 211, p. 252 et s.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 255, n° 124.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 255, n° 124.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 252, n° 123.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 254, n° 124.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 254, n° 124.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 254, n° 124.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 255, n° 124.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 255, n° 124.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 256, n° 125.

*sociologique* »<sup>224</sup>. Les décisions du juge peuvent alors être « *en retard* »<sup>225</sup> ou au contraire être en avance sur l’état de l’opinion parcourant le corps social<sup>226</sup>. Si le juge doit sonder l’opinion dominante au sein du corps social, l’auteur souligne les risques d’« *[u]n alignement pur et simple de l’ordre public sur l’état des mœurs, donc sur la réalité sociologique* »<sup>227</sup>. En effet, cette voie « *conduirait à suivre systématiquement l’opinion publique ou l’état supposé des mœurs jusque dans ses préjugés et ses éventuels excès tant dans le sens du laxisme que de la rigueur* »<sup>228</sup>.

70. Après avoir sondé la teneur de l’opinion française, le juge du for doit trancher sur le caractère acceptable de la solution consacrée par la norme étrangère. À l’évidence, sa solution ne saurait être fondée uniquement à l’aune de ses valeurs individuelles, ce dernier devant rechercher le fondement juridique de sa décision.

## **§2. Le versant « juridique » de l’élaboration substantielle**

71. Le versant « *juridique* » de l’élaboration substantielle correspond à l’ensemble des opérations par lesquelles le juge du for va justifier la contrariété ou l’absence de contrariété du résultat consacré par la norme étrangère à l’ordre public international. Parmi ces opérations, nous pouvons trouver celle de « *l’extériorisation du jugement de valeur* »<sup>229</sup> qui peut notamment conduire à « *l’extériorisation de l’élément de référence* »<sup>230</sup> par le juge du for. Nous utiliserons les travaux de B. REMY pour faire état de la mobilisation des valeurs collectives et des normes juridiques du for pour l’extériorisation de ce jugement de valeur (A). L’élaboration substantielle est un processus qui demeure conditionné par la forme des décisions de justice. Or, la modification récente de la motivation des décisions judiciaires pourrait servir l’extériorisation de ce jugement de valeur, et donc, faciliter l’activation du processus d’élaboration (B).

---

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 256, n° 125.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 256, n° 125.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 258, n° 125. L’auteur prend alors pour exemple la jurisprudence française relative à certaines institutions musulmanes comme la polygamie ou la répudiation.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 259, n° 126.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 259, n° 126.

<sup>229</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 238, n° 424.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 255.

### A) La « *concrétisation* »<sup>231</sup> de l’objet de l’élaboration substantielle

72. « *Extériorisation de l’élément de référence* »<sup>232</sup>. Après avoir déterminé l’acceptabilité de la solution consacrée par la norme étrangère au regard de ses valeurs individuelles et de l’opinion dominante au sein de la société française, le juge du for peut être tenté de mettre en œuvre l’ordre public international. Le juge va donc être amené à « *extérioriser* »<sup>233</sup> son jugement de valeur en lui conférant un fondement juridique susceptible de justifier sa solution. Cette étape peut être l’occasion pour le juge de révéler la teneur de l’élément de référence. Cependant, il apparaît que le juge du for « *ne ressent pas toujours le besoin d’extérioriser l’élément de référence* »<sup>234</sup>. Il peut se contenter de souligner la contrariété ou la non-contrariété à l’ordre public international<sup>235</sup>, d’autant que la Cour de cassation ne semble pas obliger les juges du fond à « *motiver leurs décisions sur le point de savoir quel est l’élément de référence* »<sup>236</sup>. Néanmoins, si le juge conclut à l’existence d’une contrariété à l’ordre public international, il va pouvoir élaborer substantiellement l’ordre public international, c’est-à-dire façonner l’élément de référence en essentialisant sa teneur. L’extériorisation de l’élément de référence prend donc tout son intérêt, que ce soit pour justifier le bien-fondé de sa décision ou pour révéler la substance de l’élément de référence. Dans le cadre de l’élaboration substantielle, le juge va puiser dans les normes juridiques du for pour justifier la contrariété de la solution consacrée par la norme étrangère à l’ordre public international.

---

<sup>231</sup> Nous utilisons ici le terme « *concrétisation* » qui est employé par A. JEAUNEAU en référence à l’action par laquelle le juge du for détermine l’acceptabilité de la situation qui lui est soumise par le biais d’un jugement de valeur (A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, op. cit., p. 322, n° 413). Ce terme de « *concrétisation* » permet d’aborder « *les implications argumentatives du recours à la technique du standard* » (A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, op. cit., p. 324).

<sup>232</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 255.

<sup>233</sup> Concernant « *l’extériorisation du jugement de valeur dans le cadre de l’exception d’ordre public* », Cf. *Ibidem*, p. 238 et s.

<sup>234</sup> *Ibid.*, n° 424.

<sup>235</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 239, n° 424. Comme le souligne également J. DÉPREZ : « *Lorsqu’il déclare une loi ou un jugement étrangers contraires à l’ordre public, le juge procède par affirmation plus que par justification, présentant comme un postulat, une vérité, le caractère d’ordre public de telle règle du for ou l’incompatibilité de telle règle étrangère avec l’ordre public du for non autrement défini* » (J. DÉPREZ, « *Droit international privé et conflits de civilisations* », *RCADI* 1988, t. 211, p. 254, n° 124).

<sup>236</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 257, n.b.p. n° 735.

73. **Recours aux normes juridiques du for.** La justification de la mise en œuvre de l’ordre public international est réalisée par la mobilisation de « principes »<sup>237</sup> ou de « règles » issus de l’ordre juridique du for<sup>238</sup>. Pour B. REMY, le juge du for « ren[d] compte de l’élément de référence » avec des normes de son ordre juridique, car elles « sont des lieux de cristallisation de valeurs collectives »<sup>239</sup>. La norme juridique permet de « traduire »<sup>240</sup> la conception française de l’ordre public international, comme l’illustre la jurisprudence *Weyrich-Laroche*<sup>241</sup>. Au lieu d’utiliser le terme « traduire », la Cour privilégie le terme « consécration », dans le sens où la conception actuelle de l’ordre public international est « consacrée au travers d’un certain nombre de principes »<sup>242</sup>. La conception de l’ordre public peut être exprimée par une règle française « précise et explicite »<sup>243</sup> mais elle peut également consister en un « principe général ou implicite »<sup>244</sup>. B. REMY souligne que la norme juridique ne doit pas être confondue avec l’élément de référence, car « elle n’intervient [...] pas en tant que telle, mais uniquement comme la manifestation de la reconnaissance de certaines valeurs collectives »<sup>245</sup>. Ainsi, la

<sup>237</sup> Dans une étude consacrée à l’ordre public, la Cour de cassation souligne que la conception française de l’ordre public international est « consacrée au travers d’un certain nombre de principes ». La Cour prend pour exemple : « le principe d’égalité des époux », « le principe d’égalité des parents » ou « le principe du droit à une filiation », « principe d’ordre public alimentaire », « principe d’indisponibilité de l’état des personnes » (Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 130 et s.).

<sup>238</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 240, n° 426. Sur la question de la distinction entre « principes » et « règles » (Cf. A. BUCHER, « L’ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p. 26).

<sup>239</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 241, n° 431.

<sup>240</sup> Sur l’utilisation de ce terme, Cf. *infra* concernant l’affaire WEYRICH-LAROCHE.

<sup>241</sup> Cass. 1re civ., 13 nov. 1979, n° 78-12.634 ; *Rev. crit. DIP*, 1980, 753, note M. SIMON-DEPITRE. L’arrêt WEYRICH-LAROCHE est cité en exemple par B. REMY (B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 242, n° 431). Dans cette affaire, A. WEYRICH-LAROCHE, de nationalité belge, avait contracté successivement trois mariages. De ce premier mariage naquit son premier fils, Louis et de son troisième mariage, avec une femme de nationalité française, naquit son deuxième enfant, Jacques, né le 27 janvier 1962 à Paris. Cet enfant avait été reconnu par son père et sa mère et les reconnaissances avaient été réitérées au moment du mariage par fins de légitimation. C’est au cours de la liquidation de la succession de son père que Louis a contesté la légitimation de Jacques en l’assignant devant le tribunal de grande instance de Paris. La Cour d’appel de Paris a jugé que l’action en contestation d’état, régie par la loi belge qui en édicte l’imprescriptibilité, était soumise à la prescription trentenaire par l’effet de la conception française de l’ordre public international. La Cour de cassation se rangea du côté des juges du fond en affirmant que les dispositions de la loi du 3 janvier 1972 « caractérisaient “un intérêt de bien commun” traduisant “une conception actuelle fondamentale” au sens de l’ordre public international français ».

<sup>242</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 130.

<sup>243</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 159, n° 218

<sup>244</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 159, n° 218. Sur la question de la distinction entre « principes » et « règles » (Cf. également A. BUSCHER, « L’ordre public et le but social des lois en droit international privé » *RCADI* 1993, t. 239, p. 26).

<sup>245</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 243, n° 430. L’auteur révèle les difficultés d’analyse de certains arrêts dans lesquels l’élément de référence serait directement la norme juridique issue de l’ordre juridique du for. L’exemple donné n’est autre que l’arrêt *Domino* dans lequel l’article 355 du Code civil aurait été appliqué immédiatement (Cass. 1re civ., 3 juin 1966, [*Domino c/ Veuve Ginesty*], *JDI* 1967, 614, note P. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1968, 64, note J. DERRUPPÉ). Nous

norme juridique permet de « *rendre compte, dans la motivation d’une décision, de l’élément de référence* »<sup>246</sup>. Ce même auteur souligne que si le juge a recours « *aux seules normes juridiques du for* »<sup>247</sup> pour justifier la contrariété à l’ordre public international c’est à la fois « *pour convaincre les parties de la justesse de [sa] solution* »<sup>248</sup> et pour « *que son arrêt ne [soit] pas infirmé ou cassé par la juridiction supérieure* »<sup>249</sup>. La crainte de l’infirmité ou de la cassation, particulièrement présente dans l’esprit du juge, peut avoir un impact sur la décision, surtout au stade de la procédure d’appel<sup>250</sup>.

## B) La « *révélation* » de l’objet de l’élaboration substantielle

74. **Caractéristiques de la décision judiciaire.** La révélation de la contrariété à l’ordre public international est conditionnée par les caractéristiques de la décision judiciaire. La forme de la motivation des décisions de la Cour de cassation laisse peu de marge de manœuvre aux juges pour expliciter la contrariété de la norme étrangère à l’ordre public international français et révéler l’objet de l’élaboration substantielle. La révélation est tout d’abord conditionnée par le style « *lapidaire* »<sup>251</sup> des arrêts puisque « *la rédaction épurée des décisions de justice française laisse penser que l’acte de juger a été purgé de tout jugement de valeur, de toute appréciation subjective* »<sup>252</sup>. Le langage juridictionnel de la Cour régulatrice a connu peu de changement depuis la Révolution française<sup>253</sup>, la structure du jugement étant à phrase unique avec un style

---

évoquerons plus en détail cette difficulté d’application immédiate de la norme juridique lorsque nous aborderons la question de l’application immédiate des droits fondamentaux (*Cf. infra*).

<sup>246</sup> B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 245, n° 436.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 250, n° 452.

<sup>248</sup> *Ibid.*

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> Durant notre travail de recherche, il nous a été possible d’assister les magistrats de la Cour d’appel de Paris pendant plusieurs années. Au cours de cette tâche, il est apparu que la crainte de la cassation était si prégnante que les magistrats cherchaient avant tout à justifier leurs décisions au regard des exigences posées par la Cour régulatrice. Cette crainte était exacerbée au contact de mécanismes tels que celui de l’exception d’ordre public ne serait-ce que par l’existence du jugement de valeur opéré par le juge. Si le juge était en accord avec la solution posée par la juridiction du premier degré, la justification de la solution était plus aisée. Cependant, en cas de désaccord, la démarche adoptée par le juge faisait surgir un certain nombre de risques, le plus grand étant celui de ne pas convaincre les magistrats de la Cour régulatrice. Dans ce contexte, la volonté de convaincre les parties du bien-fondé de la décision apparaissait comme secondaire pour ne pas dire totalement accessoire au regard de l’importance de convaincre la Cour de cassation du bien-fondé de la décision.

<sup>251</sup> F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, 2013, p. 174, n° 241.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

<sup>253</sup> Pour une présentation de ce langage juridictionnel et un appel à modifier la motivation des décisions de justice afin de les rendre plus explicites : *Cf.* A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, pp. 487-508.

indirect<sup>254</sup>. Ce style contraste totalement avec celui emprunté par les juridictions étrangères<sup>255</sup> et dans une moindre mesure avec celui de la Cour de justice de l’Union européenne<sup>256</sup> ou de la Cour européenne des droits de l’homme<sup>257</sup>. Néanmoins, sous l’effet de la jurisprudence de ces deux juridictions supranationales<sup>258</sup>, la Cour de cassation a fait évoluer la structure et la rédaction de ses décisions.

75. **Évolution de la décision judiciaire.** Sous l’impulsion de B. LOUVEL, la Cour de cassation s’est engagée dans un vaste projet de réforme<sup>259</sup>, avec pour priorité de faire évoluer la motivation et la rédaction de ses décisions<sup>260</sup>. À la suite de nombreux travaux préparatoires<sup>261</sup>, la Cour de cassation a adopté en octobre 2019<sup>262</sup> de nouvelles règles relatives à la structure et au style de ses décisions<sup>263</sup>. La structure de l’arrêt s’oriente désormais vers un

---

<sup>254</sup> F. MALHIÈRE, *op. cit.*, p. 177, n° 244. Comme le synthétise parfaitement F. MALHIÈRE dans sa thèse de doctorat : « *Les décisions des juridictions françaises se distinguent par leur construction en une phrase unique, rythmée par des “attendus” ou des “considéranants” qui ponctuent une succession de propositions, subordonnées, rédigées dans un style serré* » (F. MALHIÈRE, *op. cit.*, p. 7).

<sup>255</sup> Les juges de Common Law privilégient le style discursif et peuvent émettre une opinion dissidente (Cf. A. ANTOINE et D. FAIGRIEVE, « *Écrire les décisions de justice...une comparaison franco-britannique* », *RDP* 2014, pp. 759-783). De plus, les décisions « *sont rédigées dans un style conversationnel et décorées d’un luxe de détail* » (F. MALHIÈRE, *op. cit.*, p. 7). Pour une présentation plus complète des caractéristiques et des avantages des jugements de Common Law : Cf. A. TOUFFAIT et A. TUNC, *préc.*, *RTD civ.* 1974, p. 490 et s.

<sup>256</sup> Le style des décisions de la Cour de justice de l’Union européenne ressemble davantage à un compromis entre un attendu et une dissertation (Cf. C. SCHÖNBERGER, « *Mi attendu, mi dissertation. Le style des décisions de la Cour de justice de l’Union européenne* », *Dr. et société* 2015, n° 91, pp. 505-519).

<sup>257</sup> Les décisions de la Cour européenne des droits de l’homme se situent entre les deux modèles types que sont le modèle français et le modèle anglo-saxon (F. MALHIÈRE, *op. cit.*, p. 7).

<sup>258</sup> Cour de cassation, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017, p.145 et s.

<sup>259</sup> Cette réforme de la Cour de cassation comprend plusieurs axes comme par exemple : « *Instaurer un mode rationalisé de traitement différencié des pourvois intégrant un rôle renouvelé pour le parquet général* », « *rendre plus compréhensibles et mieux diffuser les arrêts de la Cour de cassation* » (Cf. Cour de cassation, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017, p. 51 et s.). Pour une présentation approfondie des transformations de la Cour de cassation qui concernent aussi bien ses activités que ses modes d’expression : Cf. J. BONNET, « *La politique de rupture de la Cour de cassation* », *JCP G* 2019, doct. 903, pp. 1594-1601. Pour une présentation globale de la « *clarification des décisions de justice par le juge judiciaire* », Cf. N. LAHLOU, *L’accès au droit dans la société de l’information*, thèse dactyl., Paris I, 2020, p. 334 et s.

<sup>260</sup> Sur ce point, Cf. Cour de cassation, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017, pp. 129-156).

<sup>261</sup> Cf. tout particulièrement : Cour de cassation, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017 ; P. DEUMIER, « *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?* », *D.* 2015, pp. 2022-2030 ; A. LACABARATS, « *La motivation des arrêts de la Cour de cassation* » (in) *Comment rédiger une décision de justice au XXI<sup>e</sup> siècle ?* (Dir. F. MALHIÈRE), Dalloz, 2018, pp. 67-72.

<sup>262</sup> C. ARENS a précisé que ces nouvelles règles s’appliqueraient pour les « *arrêts dont le rapport aura été déposé postérieurement au 1<sup>er</sup> octobre 2019* » (C. SOULARD, « *Arrêts mieux motivés, jurisprudence plus cohérente* », *Dr. pén.* 2019, entretien 5, pp. 7-9, spé., p. 7).

<sup>263</sup> La Cour de cassation a présenté de nombreux travaux ayant pour objectifs de préciser les nouvelles règles applicables. Parmi ces documents, nous pouvons citer une « *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée* », un « *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts* », et un « *dossier de presse* ».

plan en trois parties<sup>264</sup>, avec une numérotation des paragraphes<sup>265</sup>. Le style, quant à lui, a subi une modification profonde notamment avec l’abandon de la « *phrase unique* »<sup>266</sup> et du style indirect<sup>267</sup>. On notera également la mise en place d’une « *motivation enrichie* »<sup>268</sup>, également désignée par l’expression « *motivation en forme développée* »<sup>269</sup>, pour certains arrêts<sup>270</sup> et certains avis<sup>271</sup>. Avec cette « *motivation enrichie* », ces arrêts « *dévoilent les arcanes du raisonnement, exposent les arguments échangés [et] mettent au jour les précédents pertinents* »<sup>272</sup>. De manière plus précise, la Cour de cassation souligne que cette « *motivation enrichie* » permet :

« *de mettre en évidence la méthode d’interprétation des textes pertinents retenue par la Cour, d’évoquer les solutions alternatives écartées -lorsque celles-ci ont été sérieusement discutées-, de citer les “précédents” pour donner plus de lisibilité aux évolutions de la jurisprudence, de faire état, le cas échéant, des études d’incidences effectuées lorsqu’elles ont joué un rôle conséquent dans le choix de la solution adoptée...* »<sup>273</sup>.

---

<sup>264</sup> Cour de cassation, *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 2019, p. 3.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>266</sup> Cour de cassation, *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 2019, p. 8. Sur ce point : Cf. P. DEUMIER, « “Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée” », *RTD civ.* 2019, pp. 67-72.

<sup>267</sup> Cour de cassation, *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 2019, p. 8.

<sup>268</sup> Pour une présentation particulièrement détaillée des expérimentations menées par la Cour de cassation en matière de « *motivation enrichie* » : Cf. P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, pp. 1783-1788. Pour une présentation des enjeux de la « *motivation enrichie* » : Cf. J.-P. GRIDEL « La motivation aux défis de la modernité. Entre le Charybde de l’hermétisme et le Scylla du bavardage », *JCP G* 2020, doct. 141, pp. 242-249.

<sup>269</sup> Cour de cassation, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, 2018.

<sup>270</sup> Le domaine d’application de la « *motivation enrichie* » a été précisé par la Cour de cassation. Cette motivation s’impose dans sept cas précis : (1) « *Lorsque l’arrêt effectue un revirement de jurisprudence* », (2) « *Lorsque l’arrêt tranche une question de principe ou lorsque la solution qu’il retient présente un intérêt pour le développement du droit* », (3) « *Lorsque la solution qu’il retient présente un intérêt pour l’unité de la jurisprudence* », (4) « *Lorsque l’arrêt répond à un moyen tiré de la violation d’un droit ou d’un principe fondamental* », (5) « *Lorsque l’arrêt prononce un renvoi à titre préjudiciel à la CJUE ou dit n’y avoir lieu à ce faire* », (6) « *Lorsqu’il est formulé une demande d’avis consultatif à la Cour européenne des droits de l’homme* », (7) « *Lorsque la Cour statue sur une demande d’avis prévue à l’article L. 441-1 du Code de l’organisation judiciaire* » (*Ibidem*, n° 99).

<sup>271</sup> Le premier avis ayant bénéficié d’une motivation explicite est celui rendu le 29 février 2016 (Cass., avis, 29 févr. 2016, n° 16002 : *JCP G* 2016, 554, P. DEUMIER ; *RTD civ.* 2016, 317, obs. J. HAUSER). Comme le souligne le commentateur de l’avis : « *Pour la première fois, un avis est accompagné de motifs, annoncé par un intitulé dédié, enrichis de la révélation “des motifs des motifs” et énoncés dans un style pédagogique, le tout concourant à la transparence et l’intelligibilité de la décision* » (P. DEUMIER, « Une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, note 324, pp. 554-556, spée., p. 554).

<sup>272</sup> D. HOUTCIEFF, « Motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation : sans commentaire ? », *D.* 2020, p. 662.

<sup>273</sup> Cour de cassation, *Travaux de réforme 2014 – 2019* [[https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/travaux\\_reforme\\_2014\\_2019\\_9706/](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/)].



76. La « *motivation enrichie* » a fait l’objet de nombreux développements doctrinaux<sup>274</sup> et a déjà été utilisée dans plusieurs arrêts<sup>275</sup>, dont certains sont relatifs à l’exception d’ordre public international<sup>276</sup>. L’étude d’un de ces arrêts peut illustrer le potentiel de cette motivation enrichie pour faciliter l’élaboration de l’ordre public international.

77. ***Motivation enrichie et ordre public international.*** Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 mars 2020<sup>277</sup> a attiré l’attention de la doctrine en ce qu’il permet à la haute juridiction d’apporter de nombreuses explications sur sa décision<sup>278</sup>. Cette affaire concernait la validité d’un mariage célébré au Maroc entre un français et une marocaine qui n’était pas présente le jour du mariage, mais qui avait donné « *son autorisation, son consentement et la procuration [...] à son père* »<sup>279</sup>. Alors que l’épouse avait déposé une requête en divorce pour faute en France, l’époux avait saisi les juridictions françaises d’une demande d’annulation du mariage. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et refusa de prononcer la nullité du mariage. L’utilisation de la « *motivation enrichie* » permet à la Cour de cassation d’explicitier sa décision, mais surtout de développer avec plus de précision l’élément de référence et donc l’objet de l’élaboration substantielle.

---

<sup>274</sup> La « *motivation enrichie* » a fait l’objet d’un débat doctrinal particulièrement important, les auteurs n’ayant pas hésité à se répondre directement, avec des tons bien différents. Parmi de nombreux travaux, et pour révéler cette diversité, nous pouvons citer notamment les propos de N. MOLFESSIS, qui fait état de ses craintes, ainsi que la réponse formulée par B. PIREYRE (Cf. N. MOLFESSIS, « Le chameau vu pour la première fois », *JCP G* 2019, act. 528, pp. 946-947 ; B. PIREYRE « L’arbre qui cachait la forêt », *JCP G* 2019, act. 656, pp. 1178-1179). Nous pouvons également citer les travaux de R. LIBCHABER, marqués par un certain scepticisme (R. LIBCHABER, « Une motivation en trompe-l’œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, doct. 632, pp. 1088-1094), les propos de B. DONDERO, qui abordent, non sans légèreté, les enjeux de la « *motivation enrichie* » sur les exercices proposés aux étudiants en droit (B. DONDERO, « Nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : panique à l’Université ! », *D.* 2020, p. 145), ainsi que la réponse apportée par D. HOUTCIEFF à ce dernier (D. HOUTCIEFF, *préc.*, *D.* 2020, p. 662).

<sup>275</sup> Pour une présentation de nombreux exemples d’arrêts et d’avis qui contiennent une motivation développée : Cf. Cour de cassation, *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, 2018, p. 28 et s.

<sup>276</sup> Nous savons que cette « *motivation enrichie* » a été utilisée dans certains arrêts relatifs aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l’étranger. Ces arrêts seront abordés ultérieurement afin de mettre également en perspective le contrôle de proportionnalité et son impact sur l’exception d’ordre public (Cf. *infra*).

<sup>277</sup> Cass. 1re civ., 18 mars 2020, n° 19-11.573 : *Dr. famille* 2020, 34, note M. FARGE ; *JCP G* 2020, 790, note H. PÉROZ.

<sup>278</sup> Nous reprenons ici les termes de F. MÉLIN qui perçoit dans cette décision l’illustration des propos de B. DONDERO (sur ces propos, Cf., B. DONDERO, *préc.*, *D.* 2020, p. 145). F. MÉLIN s’exprime en ces termes : « *Dans un récent article [...] [B. DONDERO] se demandait s’il en était désormais fini des “décisions cryptiques, sur lesquelles les universitaires pouvaient discuter sans fin devant leurs amphithéâtres médusés et dans les colloques”, puisque les juges expliquent maintenant “eux-mêmes directement au lecteur ce qu’ils ont voulu dire”* ». F. MÉLIN affirme juste après : « *Tel est précisément le cas dans l’affaire jugée par la première chambre civile le 18 mars 2020* » (F. MÉLIN, « Mariage célébré au Maroc sans la présence de l’épouse », *Dalloz Actualité*, 5 mai 2020).

<sup>279</sup> Cass. 1re civ., 18 mars 2020, n° 19-11.573, *préc.*

78. Dans cette décision, la Cour rappelle les textes applicables, à savoir les articles 4<sup>280</sup> et 5<sup>281</sup> de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981<sup>282</sup>, les articles 202-1<sup>283</sup>, 146<sup>284</sup>, 180<sup>285</sup> et 146-1 du Code civil. Ce dernier article prévoit que « [l]e mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence » et la Cour y décèle une condition de fond du mariage qui est régie par la loi personnelle des époux<sup>286</sup>. Par conséquent, il s'agit de déterminer si la loi marocaine applicable, qui permet le mariage par procuration, est contraire à l'ordre public international français. Comme le soutient M. FARGE, la Cour ne va pas se fonder sur l'effet atténué de l'exception d'ordre public<sup>287</sup>, « *ce qui confirme son progressif abandon* »<sup>288</sup>, mais sur deux éléments. Le premier n'est autre que l'article 146-1 du Code civil qui n'impose la présence de l'époux au mariage qu'à l'égard des Français. Le second est « *l'absence de contestation touchant à l'intégrité du consentement* »<sup>289</sup>, mais surtout l'existence de ce consentement qui est illustré notamment par la procuration fournie par l'épouse et le fait que l'union ait duré treize ans. Comme le souligne M. FARGE, « *le mariage par procuration [...] n'est pas en soi contraire à l'ordre public, mais [...] il en serait autrement s'il était démontré que la représentation a été utilisée pour contraindre l'intéressé à un mariage non voulu* »<sup>290</sup>. La « *motivation enrichie* » permet à la Cour de cassation d'explicitier le contenu de l'ordre

<sup>280</sup> « La loi de l'un des deux États désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

<sup>281</sup> « Les conditions du fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité ».

<sup>282</sup> Conv., 10 août 1981, [entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire], JORF 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643.

<sup>283</sup> « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180 ».

<sup>284</sup> « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

<sup>285</sup> « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ».

<sup>286</sup> Dans le corps même de l'arrêt, la Cour de cassation rappelle un précédent, à savoir un arrêt du 15 juillet 1999 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juil. 1999, n° 99-10.269). Pour une critique de cette solution, et notamment sur la qualification de « *condition de fond* », il est possible de se référer à trois commentaires de cette décision : Cf. L. GANNAGÉ, « Nullité du mariage d'un français célébré à l'étranger par procuration », *Rev. crit. DIP* 2000, pp. 207-218 ; É. KERCHOVE, « La règle selon laquelle le mariage d'un français à l'étranger requiert sa présence est une condition de fond du mariage », *RJPF* déc. 1999, pp. 15-16 ; J.-J. LEMOULAND, « La présence des époux lors de la célébration est une condition de fond du mariage », *D.* 2000, p. 414.

<sup>287</sup> M. FARGE, « Validité d'un mariage sans comparution du conjoint célébré à l'étranger », *Dr. famille* 2020, comm. 114, pp. 34-36, spé., p. 35 ; *contra* : H. PÉROZ, « Absence de contrariété à l'ordre public international français d'un mariage par procuration célébré à l'étranger », *JCP G* 2020, act. 484, p. 790 ; F. MÉLIN, *préc.*, Dalloz Actualité, 5 mai 2020.

<sup>288</sup> M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2020, comm. p. 35. Nous observerons ultérieurement comment la disparition de l'ordre public atténué se confirme au contact des principes essentiels du droit français (Cf. *infra*).

<sup>289</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 2020, n° 19-11.573, *préc.*

<sup>290</sup> M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2020, comm. 114, p. 35.

public international et dans quelles hypothèses la loi étrangère aurait été contraire à l’ordre public international<sup>291</sup>. L’apport de ces précisions peut être salué même si elles n’écartent pas l’ensemble des interrogations<sup>292</sup>. Cette motivation enrichie dévoile avec plus de précision les exigences de l’ordre public international et pourrait donc favoriser l’élaboration substantielle de l’ordre public international.

79. L’étude du processus d’élaboration substantielle nous permet de mettre en perspective les étapes permettant au juge du for d’essentialiser les valeurs et les principes composants l’élément de référence. Cependant, ce processus d’élaboration substantielle est au carrefour des deux systèmes supranationaux<sup>293</sup> que sont le « *système européen de protection des droits de l’homme* »<sup>294</sup> et le système de l’Union européenne. Il convient donc de mesurer l’impact de ces deux systèmes européens sur le processus d’élaboration substantielle.

## **Section 2 : Le processus d’élaboration substantielle au contact des « systèmes européens »**

80. L’élaboration substantielle de l’ordre public international intéresse à la fois l’essentialisation de valeurs et leur impérativité dans les relations privées internationales. Il est donc nécessaire d’appréhender les « *systèmes européens* »<sup>295</sup> à la fois dans leur dimension axiologique et sous l’angle de l’impérativité (Sous-section 1) avant de souligner l’impact de ces systèmes sur le processus d’élaboration substantielle (Sous-section 2).

---

<sup>291</sup> En effet, la formulation choisie par la Cour étonne par sa clarté et sa précision. Il est possible de penser que sans la « *motivation enrichie* », une telle formulation aurait été impossible. Pour s’en convaincre, il est utile de reproduire *in extenso* la solution posée par la Cour : « *En l’absence de contestation touchant à l’intégrité du consentement, la disposition du droit marocain qui autorise le recueil du consentement d’une épouse par une procuration n’est pas manifestement incompatible avec l’ordre public, au sens de l’article 4 [de la Convention franco-marocaine] dès lors que le droit français n’impose la présence de l’époux à son mariage qu’à l’égard de ses seuls ressortissants* ».

<sup>292</sup> Sur les points restant sans réponse, Cf. M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2020, comm. 114, p. 36.

<sup>293</sup> Sur l’interaction entre ces systèmes : Cf. H. FULCHIRON, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes” », *RTD civ.* 2017, pp. 271-303.

<sup>294</sup> Nous utilisons l’expression « *système européen de protection des droits de l’homme* » pour faire référence au système posé par le Conseil de l’Europe au travers de la Convention européenne des droits de l’homme et de la Cour européenne des droits de l’homme. Cette expression est largement utilisée par les auteurs spécialisés (Cf. par ex : F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2005, p. 25, n° 3 ; C. BLANC-FILY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Essai critique sur l’interprétation axiologique du juge européen*, thèse dactyl., Université Montpellier I, 2014, p. 59, n° 106 ; *Quel avenir pour le système européen de protection des droits de l’homme ?* (Dir. L. ROBERT et H. SURREL), Anthemis, 2020.

<sup>295</sup> Cette expression désigne à la fois le système européen de protection des droits de l’homme et le système de l’Union européenne.

## **Sous-section 1 : Approches axiologique et normative des « systèmes européens »**

81. L'approche axiologique consiste notamment à déterminer les valeurs incarnées par les systèmes européens (§1), tandis que l'approche normative a pour vocation de mettre en perspective l'émergence de nouvelles formes d'impérativités constituées autour de la formation de nouveaux « *ordres publics* » (§2).

### **§1. L'incarnation de valeurs par les « systèmes européens »**

82. L'étude des valeurs de l'Union européenne a été tardive, mais elle a connu un développement important ces dernières années<sup>296</sup>, notamment en raison de la « *crise des valeurs* »<sup>297</sup> qui traverse actuellement l'Union européenne (A). Le système axiologique du système européen de protection des droits de l'homme a fait l'objet de travaux doctrinaux qui rendent compte de la difficulté d'identifier les valeurs pertinentes (B).

#### **A) Les valeurs de l'Union européenne**

83. *Affirmation des valeurs.* L'affirmation et la consécration des valeurs de l'Union européenne sont le résultat d'une longue évolution<sup>298</sup>. Cette affirmation a d'abord été réalisée par la mobilisation de certains « *principes* » fondateurs et la consécration des « *valeurs* » est particulièrement tardive<sup>299</sup>. Nous dissociérons donc l'étude des « *principes* » et l'étude des

---

<sup>296</sup> Parmi de nombreux travaux : Cf. par ex : *Quelles valeurs pour l'Union européenne ? Les entretiens européens d'Épernay*, 4<sup>e</sup> éd., La documentation française, 2005 ; *Les valeurs communes dans l'Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014 ; *Les valeurs de l'Union européenne* (Dir F. PERALDI LENEUF), Pedone, 2020. Pour une étude des valeurs de manière croisée, entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe afin de mettre en perspective l'émergence d'un « *système européen de protection des droits fondamentaux* » : Cf. T. RACHO, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, thèse dactyl., Paris II, 2018, p. 565 et s.

<sup>297</sup> Sur le sens de cette expression, Cf. *infra*.

<sup>298</sup> Pour une approche historique des valeurs européennes et de « *l'élaboration des valeurs communautaires* » : Cf. G. BOSSUAT, « Valeurs communautaires européennes. L'héritage et l'invention » (in) *Les valeurs communes dans l'Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014, pp. 29-45 ; Cf. également l'étude de S. SCHIRMANN concernant le débat opposant les « *européistes* » et les « *nationalistes* » au cours des années 20 (S. SCHIRMANN, « Sur quelles valeurs construire l'Europe ? Le débat des années Vingt » (in) *Les valeurs communes dans l'Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014, pp. 21-27).

<sup>299</sup> Sur le passage d'une affirmation de « *principes* » à une affirmation de « *valeurs* », Cf. S. LABAYLE, « Les valeurs européennes (1992/2012) – Deux décennies d'une Union de valeurs », *Revue Québécoise de droit international* déc. 2012, hors-série, pp. 39-63.

« valeurs ». J. MOLINIER<sup>300</sup> est considéré comme « le pionnier de l'analyse autonome des principes fondateurs de l'Union européenne »<sup>301</sup>. Cet auteur distingue deux « vagues »<sup>302</sup> d'affirmation des principes de l'Union européenne, allant de la « Déclaration de la conférence au sommet de Paris » en 1972 jusqu'au « Traité de Maastricht »<sup>303</sup>. Ce dernier est présenté comme le « tournant décisif »<sup>304</sup>, car il « pose les premiers jalons d'une affirmation concrète et explicite des valeurs dans le droit primaire de l'Union européenne »<sup>305</sup>. Le « Traité d'Amsterdam » accroît cette dynamique en explicitant pour la première fois les « principes fondateurs de l'Union européenne »<sup>306</sup> qui « [s'imposent] tant aux institutions qu'aux États membres »<sup>307</sup>. L'article (F) prévoit que : « [L]'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'État de droit »<sup>308</sup>.

84. Le terme « valeur » sera utilisé pour la première fois dans la Charte des droits fondamentaux<sup>309</sup>, mais il faudra attendre le « Traité de Lisbonne » pour que ce terme soit inséré dans le droit primaire de l'Union<sup>310</sup>. Le « Traité de Lisbonne » marque donc « [l]a consécration d'une union de valeurs »<sup>311</sup>. L'article 2 du TUE prévoit que « [l]'Union européenne est fondée

---

<sup>300</sup> Cf. J. MOLINIER, « D'un traité à l'autre : les principes fondateurs de l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam » : *Mélanges J. MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 439-455 ; Cf. également : *Les principes fondateurs de l'Union européenne* (Dir. J. MOLINIER), PUF, 2005.

<sup>301</sup> *JCl. Europe Traité*, Fasc. 110, [par J. RIDEAU], n° 27.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

<sup>303</sup> *Ibid.* De manière plus précise, l'auteur y distingue deux « vagues » importantes avant l'entrée en vigueur du « Traité de Maastricht ». La liste de la « première vague » est la suivante : « déclaration de la conférence du sommet de Paris du 21 octobre 1972 [...] ; déclaration de la conférence du sommet de Copenhague du 14 décembre 1973 [...] ; rapport de la Commission du 25 juin 1975 sur l'Union européenne [...] ; résolution du Parlement du 10 juillet 1975 sur l'Union européenne ». La liste de la « deuxième vague » est la suivante : « la déclaration solennelle sur l'Union européenne des chefs d'État et de gouvernement de Stuttgart du 19 juin 1983 [...] ; la résolution du Parlement du 14 septembre 1983 relative au projet de traité sur l'Union européenne [...] ; le projet de traité du Parlement du 14 février 1984 ».

<sup>304</sup> I. PINGEL, « Les valeurs dans les traités européens. Consécration, contestations », *JDI* 2020, doctr. 6, pp. 845-854, spé., p. 847.

<sup>305</sup> S. LABAYLE, *préc.*, *Revue Québécoise de droit international*, déc. 2012, hors-série, pp. 39-63, spé., p. 45.

<sup>306</sup> *JCl. Europe Traité*, Fasc. 110, [par J. RIDEAU], n° 30.

<sup>307</sup> *Ibidem*.

<sup>308</sup> Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes.

<sup>309</sup> I. PINGEL, *préc.*, *JDI* 2020, doctr. 6, p. 847.

<sup>310</sup> I. PINGEL, *préc.*, *JDI* 2020, doctr. 6, p. 847. Pour une étude des valeurs dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe : Cf. V. CONSTANTINESCO, « Les valeurs dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe » (in) *Les valeurs communes dans l'Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014, pp. 47-69.

<sup>311</sup> S. LABAYLE, *préc.*, *Revue Québécoise de droit international*, déc. 2012, hors-série, p. 48. On notera que selon ce même auteur, la « Déclaration sur l'identité européenne » de 1973 « portait expressément les germes de l'affirmation axiologique à laquelle procédera le "Traité de Lisbonne" trente ans plus tard » (S. LABAYLE, *préc.*, *Revue Québécoise de droit international*, déc. 2012, hors-série, p. 42).

sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités »<sup>312</sup>. Cet article « représente les racines profondes de l'empreinte identitaire de l'Union »<sup>313</sup>. Les valeurs, présentées comme celles de l'Union et non plus seulement comme celles des États membres ont un rôle capital.

85. **Rôle des valeurs.** En effet, ce « partage de valeurs permet le développement de la confiance mutuelle »<sup>314</sup> et assoit la détermination de « l'identité » de l'Union européenne. Les travaux de S. LABAYLE permettent de saisir toute l'importance du référentiel axiologique de l'Union européenne, notamment sur la détermination de son « identité ». Selon cet auteur, les valeurs structurent le « volet interne »<sup>315</sup> et le « volet externe »<sup>316</sup> de « l'identité » de l'Union. Elles « jouent le rôle d'un catalyseur à même d'assurer l'harmonie et la collaboration étatiques qui sous-tendent [le] projet d'intégration »<sup>317</sup> et permettent de confectionner l'image de l'Union européenne à l'échelle internationale<sup>318</sup>. Ce même auteur souligne que « les valeurs ont vocation à assurer, mais aussi à rassurer quant à la cohérence du projet communautaire »<sup>319</sup>. Dans sa thèse de doctorat<sup>320</sup>, l'auteur tend « à démontrer la consubstantialité et l'irréversibilité du lien que partagent l'Union européenne et ses valeurs »<sup>321</sup>. À l'issue d'une étude distinguant « [l]a structuration ontologique de l'Union autour de ses valeurs »<sup>322</sup> et « [l]a préservation existentielle de l'Union par ses valeurs »<sup>323</sup>, l'auteur conclut que la protection des valeurs est un « impératif »<sup>324</sup>, c'est-à-dire une « condition de la préservation de l'Union »<sup>325</sup>. La conclusion de l'auteur est riche d'enseignements, car elle permet de mettre l'accent sur les difficultés actuelles rencontrées par l'Union européenne, notamment sur la délicate question de

---

<sup>312</sup> La suite de l'article 2 est rédigée ainsi : « [c]es valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

<sup>313</sup> L.-S. ROSSI, « La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TFUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels », *RTDE* 2020, pp. 639-658, spé., p. 639.

<sup>314</sup> J.-P. JACQUÉ, « Crise des valeurs dans l'Union européenne ? », *RTDE* 2016, pp. 213-218, spé., p. 213.

<sup>315</sup> S. LABAYLE, *préc.*, *Revue Québécoise de droit international*, déc. 2012, hors-série, p. 39.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>319</sup> *Ibid.*

<sup>320</sup> S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, thèse dactyl., Université de Laval et Université Aix-Marseille, 2017.

<sup>321</sup> S. LABAYLE, « Les valeurs de l'Union européenne », *RDLF* 2017.

<sup>322</sup> S. LABAYLE, *Les valeurs de l'Union européenne*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 41 et s.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 318 et s.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 539.

<sup>325</sup> *Ibid.*

la « *crise des valeurs de l’Union* »<sup>326</sup>. Cette crise peut avoir un impact sur la coexistence des valeurs nationales et européennes et la préservation de certains principes, comme celui de la confiance mutuelle, qui joue un rôle important dans le cadre de l’ordre public international.

## B) Les valeurs relatives à la protection des droits de l’homme par le Conseil de l’Europe

86. « *Invisibilité des valeurs* ». L’étude des valeurs au sein du Conseil de l’Europe et de la Convention européenne des droits de l’homme se heurte également à certaines difficultés, liées à leur invisibilité<sup>327</sup>. Dans une étude consacrée aux valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, C. BLANC-FILY a en effet mis en perspective « *la visibilité déficiente des valeurs dans le droit européen des droits de l’homme* »<sup>328</sup>. Pour asseoir son argumentation, l’auteur souligne « *l’absence originelle du terme “valeur” au sein du texte conventionnel* »<sup>329</sup>. Cette absence, qui peut paraître paradoxale au regard de la « *charge axiologique incontestable qui pèse sur l’objet de la Convention* »<sup>330</sup> s’expliquerait par deux raisons majeures. D’une part, le terme « *valeur* » serait chargé « *d’une connotation d’immuabilité et d’intangibilité* »<sup>331</sup> et son utilisation serait « *inapproprié[e] au regard de la nécessaire adaptation du droit aux mœurs de la société* »<sup>332</sup>. D’autre part, la « *plasticité* »<sup>333</sup> de ce terme rendrait son utilisation difficile dans un « *cadre juridique* »<sup>334</sup>. Si les conclusions de l’auteur méritent l’approbation, elles mettent également en exergue le difficile exercice d’identification et d’étude des valeurs qui sous-tendent la Convention européenne des droits de

---

<sup>326</sup> Cette « *crise des valeurs* » serait le résultat d’une « *polycrise insuffisamment maîtrisée* », dont les composants sont « *d’une crise économique [...], d’un terrorisme importé mais dont les acteurs sont souvent des nationaux [...], et d’un mouvement d’immigration d’une ampleur inédite depuis la Seconde Guerre mondiale* » (J.-P JACQUÉ, *préc.*, RTDE 2016, p. 214). S’ajoute à ces causes, la question de la conciliation entre le « *telos* » et le « *demos* » (*Ibid.*, p. 214 ; Cf. également sur ce point : S. PIERRÉ-CAPS, « *Crise des valeurs de l’Union européenne ou crise des valeurs nationales ?* », *Rev. UE* 2017, pp. 402-407.

<sup>327</sup> Pour une étude axiologique dans le contexte du Conseil de l’Europe : Cf. C. BLANC-FILY, *op. cit.* ; C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.*

<sup>328</sup> C. BLANC-FILY, *op. cit.*, p. 46.

<sup>329</sup> C. BLANC-FILY, *op. cit.*, p. 47. L’auteur souligne néanmoins que le terme « *valeur* » est présent dans le Préambule du Statut du Conseil de l’Europe. Nous pouvons insister sur un point particulièrement important qui n’est autre que le désaccord profond entre les États sur l’existence des « *valeurs européennes communautaires* ». G. BOSSUAT rappelle que lors des débats de l’Assemblée consultative du Conseil de l’Europe en 1949 « *certain participants réfutent l’existence de valeurs européennes communautaires et donc que le processus d’unité n’est pas justifié par l’Histoire* » alors que « *d’autres estiment que la civilisation européenne conduit à l’unité des peuples et des États* » (G. BOSSUAT, *op. cit.*, p. 37.

<sup>330</sup> C. BLANC-FILY, *op. cit.*, p. 51, n° 88.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 51, n° 90.

<sup>332</sup> *Ibid.*, pp. 51-52, n° 90.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 54, n° 94.

<sup>334</sup> *Ibid.*

l'homme. Il convient, malgré cette difficulté, de souligner les efforts de la doctrine dans cette entreprise d'identification des valeurs.

87. **Identification des valeurs.** Après recherches, le terme « valeur » n'apparaît qu'une seule fois dans les textes de la Convention. En effet, le protocole n° 13<sup>335</sup> à la Convention prévoit dans son préambule que « le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique »<sup>336</sup>. L'utilisation du terme « valeur » dans ce contexte permet de souligner l'importance du droit à la vie pour les États contractants, tout en révélant le caractère sensible de l'affirmation des valeurs, uniquement mentionné dans un préambule. Nous pouvons noter que l'affirmation de cette « valeur fondamentale » est en adéquation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que la Cour ne définisse pas le terme « valeur », il apparaît que ce terme « est systématiquement accol[é] au standard de société démocratique »<sup>337</sup>. Ainsi, « seules les valeurs qualifiées de “suprêmes” semblent entrer dans le champ axiologique de la Cour »<sup>338</sup>. Par conséquent, « [l]a valeur au sens du droit européen des droits de l'homme se caractérise [...] par un aspect démocratique d'une part, et la fondamentalité de son contenu d'autre part »<sup>339</sup>.

88. Ces différentes observations ont permis de mettre en exergue l'importance des valeurs et leur rôle dans les deux systèmes supranationaux. Il convient, dès lors, de les aborder sous l'angle de l'impérativité, et ce afin de mettre en perspective leurs effets sur l'élaboration substantielle de l'ordre public international.

## §2. L'émission d'une « impérativité » par les « systèmes européens »

89. L'étude de l'élaboration substantielle de l'ordre public international au contact des systèmes européens nécessite de prendre en compte la multiplication des acceptions d'« ordre public ». Ces acceptions traduiraient l'émergence de nouvelles formes d'« impérativité », présentées sous la dénomination d'« ordre public européen » (A) et d'« ordre public de l'Union européenne » (B).

---

<sup>335</sup> Prot. n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.

<sup>336</sup> *Ibidem*.

<sup>337</sup> C. BLANC-FILLY, *op. cit.*, p. 6, n° 11.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 7, n° 12.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 7, n° 13.



## A) La construction d’un « *ordre public européen* »

90. **Acceptions de « l’ordre public européen ».** L’étude de la notion « *d’ordre public* » au sein du système européen de protection des droits de l’homme est rendue difficile par la multiplicité du recours à l’expression « *ordre public européen* ». C. PICHERAL souligne que « *l’expression d’ordre public européen peut [...] s’entendre de trois manières différentes, comme le dénominateur commun des ordres publics nationaux, comme la conception européenne de l’ordre public national, comme l’ordre public de l’Europe institutionnelle* »<sup>340</sup>. Ces différentes acceptions présentent chacune un degré de pertinence différent dans le cadre de l’étude de l’élaboration de l’ordre public international. Les deux premières acceptions intéressent directement l’objet de l’élaboration substantielle de l’ordre public international, à savoir l’élément de référence. La dernière acception concerne l’« *ordre public européen* » qui serait le « *produit [du droit européen]* »<sup>341</sup>. Tandis que les deux premières acceptions seront étudiées tout au long de notre étude, la troisième présente un intérêt moins prononcé pour nos développements.

91. **Affirmation d’un « *ordre public européen* ».** La Cour européenne des droits de l’homme aurait fait émerger un « *ordre public européen* » dans la décision *Loizidou c. Turquie*<sup>342</sup> du 23 mars 1995. En effet, la Cour a affirmé qu’elle « [devait] *tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l’ordre public européen pour la protection des êtres humains* »<sup>343</sup>. Si l’utilisation de l’expression « *ordre public européen* » a été largement critiquée notamment en raison de son « *ambiguïté* »<sup>344</sup>, elle a ouvert la voie à de nombreux développements doctrinaux dans le but de préciser les fondements, le contenu et les effets de

---

<sup>340</sup> C. PICHERAL, *L’ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l’homme*, La documentation française, 2001, p. 14 (cité également sous cette forme par C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.*, p. 730). Pour une étude des interactions entre « *l’ordre public européen* », « *l’ordre public national* » et les différents « *ordres publics européens* », Cf. C. PICHERAL, *L’ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 365 et s.

<sup>341</sup> Nous utilisons ici l’expression utilisée par C. PICHERAL dans le titre de la deuxième partie de sa thèse de doctorat, Cf. C. PICHERAL, *L’ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l’homme*, *op. cit.*

<sup>342</sup> CEDH, 23 mars 1995, n° 15318/89, [*Loizidou c/ Turquie*] : D. 1996, 201, note S. PEREZ.

<sup>343</sup> CEDH, 23 mars 1995, n° 15318/89, [*Loizidou c/ Turquie*], *préc.*, §93.

<sup>344</sup> Comme le souligne par exemple J.-P. COT : « [...] *on ne voit pas le fondement juridique d’un “instrument constitutionnel de l’ordre public européen”* ». *La formule est ambiguë* » (J.-P. COT, « La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH* 1998, pp. 77-116, spé., p. 107.

cet « *ordre public* »<sup>345</sup>. Pour F. SUDRE, « *l'ordre public européen* » serait fondé sur le « *caractère objectif* »<sup>346</sup> de la Convention, cette dernière n'étant pas un « *simple échange d'engagements interétatiques* »<sup>347</sup> étant donné qu'elle « *assure au nom de valeurs communes et supérieures aux États, la protection des intérêts des individus vivant sous l'autorité nationale* »<sup>348</sup>. Ainsi, « *l'ordre public européen* » « *s'ordonne [...] autour de l'affirmation de valeurs communes* »<sup>349</sup> avec en « *son cœur* »<sup>350</sup>, une « *valeur centrale* »<sup>351</sup> : « *la société démocratique* »<sup>352</sup>. Dans cette perspective, F. SUDRE identifie certains principes qui constitueraient « *l'ossature* »<sup>353</sup> de « *l'ordre public européen* » : « *le principe de respect de la dignité humaine* »<sup>354</sup>, « *le principe de la prééminence du droit* »<sup>355</sup>, « *le principe du pluralisme* »<sup>356</sup> et « *le principe de non-discrimination* »<sup>357</sup>. La détermination des fondements et du contenu de l'ordre public européen a également permis l'étude de ses « *effets* »<sup>358</sup> et plus précisément sa « *fonction de neutralisation des normes externes* »<sup>359</sup>, comme les jugements étrangers ou les lois étrangères<sup>360</sup>. Avant d'aborder ce point, qui entretient des liens profonds

---

<sup>345</sup> Parmi de très nombreux travaux : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « "Chronique Droits de l'Homme" L'élaboration progressive d'un ordre public européen des Droits de l'Homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *Cah. dr. eur.* 1997, pp. 655-739 ; du même auteur, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *Cah. dr. eur.* 2000, pp. 657-718 ; P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 147-157 ; C. PICHERAL, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* ; F. SUDRE, « L'ordre public européen » (in) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* (Dir. M.-J. REDOR), Bruylant, 2001, pp. 109-131 ; du même auteur, « Existe-t-il un ordre public européen ? » (in) *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* (Dir. P. TAVERNIER), Bruylant, 1996, pp. 39-80.

<sup>346</sup> F. SUDRE, « L'ordre public européen » (in) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* (Dir. M.-J. REDOR), Bruylant, 2001, pp. 109-131, *spé.*, p. 113, n° 7 ; du même auteur, « Existe-t-il un ordre public européen ? » (in) *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* (Dir. P. TAVERNIER), Bruylant, 1996, pp. 39-80, *spé.*, p. 44.

<sup>347</sup> F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 44.

<sup>348</sup> F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 44. Cette idée apparaît également sous la plume de B. DOCQUIR : « *la Convention n'est pas un traité international classique, basé sur la réciprocité des engagements souscrits par les États parties, mais plutôt un traité d'organisation* » (B. DOCQUIR, *Le droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Annales de droit de Louvain*, 1999, vol. 59, n° 4, pp. 473-522, *spé.*, p.486).

<sup>349</sup> F. SUDRE, « L'ordre public européen », *op. cit.*, p. 113, n° 7.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 114, n° 9.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 114, n° 9.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 114, n° 9.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 120, n° 20.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 117, n° 16.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 118, n° 17.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 119, n° 18.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 119, n° 19.

<sup>358</sup> F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 58 et s.

<sup>359</sup> F. SUDRE, « L'ordre public européen », *op. cit.*, p. 125 et s.

<sup>360</sup> Sur cette question : F. SUDRE, « L'ordre public européen », *op. cit.*, p. 125 et s. ; du même auteur, F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », *op. cit.*, p. 70 et s.

avec la question de l'application immédiate des droits fondamentaux<sup>361</sup>, il convient de s'intéresser au « sens »<sup>362</sup> de « l'ordre public européen ».

92. « Sens » de « l'ordre public européen ». Selon P. KINSCH, la référence à l'« ordre public européen » peut avoir « un sens fort »<sup>363</sup> et un « sens faible »<sup>364</sup>. Dans le premier sens, « l'ordre public européen » ferait référence à « la création par la jurisprudence d'un ordre public unifié, de défense de l'ordre juridique européen, qui s'imposerait aux États membres du Conseil de l'Europe »<sup>365</sup>. Le second sens renvoie à « un ordre public de défense des droits de l'homme qui “s'inspire en l'occurrence” de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>366</sup>. Cette dernière présentation intéresse spécifiquement le cadre de notre étude, car « d'un point de vue normatif » [cet ordre public] fait partie de l'ordre public national » et « du point de vue matériel [...] il met en œuvre des conceptions sur les droits de l'homme qui découlent de la Convention »<sup>367</sup>.

93. L'auteur doute de la pertinence d'un « ordre public européen » pris au « sens fort » pour deux raisons principales, à savoir la particularité de l'ordre juridique européen et l'absence de spécificité des valeurs défendues<sup>368</sup>.

94. S'agissant de la première raison, P. KINSCH s'exprime en ces termes : « [la notion d'ordre public européen], ne peut raisonnablement vouloir signifier, en droit international privé, qu'il s'agirait de la défense d'un véritable “ordre juridique” européen qui existerait entre les États membres du Conseil de l'Europe, entité dépourvue, en réalité, de tout projet fédéraliste, quasi fédéraliste ou confédéraliste »<sup>369</sup>.

---

<sup>361</sup> Sur ce point, Cf. *infra*.

<sup>362</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 147.

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>367</sup> *Ibid.*

<sup>368</sup> Sur ce point : Cf. P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 154 et s. ; du même auteur, P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318, p. 216 et s.

<sup>369</sup> P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318, p. 217, n° 166.

95. S’agissant de la seconde, l’auteur poursuit ainsi : « *Comme elle ne peut signifier non plus que la défense des droits de l’homme serait une “valeur” propre à la seule Europe, l’emploi en droit international privé de l’expression “ordre public européen” a un aspect de grandiloquence* »<sup>370</sup>. Dans le cadre de notre étude portant sur l’élaboration substantielle de l’ordre public international au contact des systèmes européens, il convient de se focaliser sur « *l’ordre public européen* » pris sans son « *sens faible* », c’est-à-dire comme un des éléments composant l’ordre public international français. Il convient d’adopter la même approche concernant l’ordre juridique de l’Union européenne en abordant les différentes formes d’impérativité du droit de l’Union.

## B) Les « *ordres publics* » de l’Union européenne

96. **Acceptions de « *l’ordre public* ».** Le système juridique de l’Union « *illustre parfaitement l’hétérogénéité de l’ordre public. Celui-ci y est en effet omniprésent et protéiforme* »<sup>371</sup>. Dans ce contexte, l’étude de l’impérativité est une entreprise complexe, d’autant que le droit de l’Union bénéficie du principe de primauté et de l’effet direct. Selon J. GUILLAUMÉ, l’expression « *l’ordre public* » peut renvoyer à l’émission d’une forme d’impérativité du droit de l’Union (« *l’ordre public communautaire ou de l’Union* »<sup>372</sup>), la réserve nationale permettant de justifier une entrave, une exception d’ordre public communautaire (*ordre public international communautaire*)<sup>373</sup> et l’exception d’ordre public international étatique<sup>374</sup>. Cette dernière acception est l’objet de notre étude, et avant de vérifier l’impact de l’Union européenne sur son élaboration substantielle, il convient d’évacuer l’étude des trois premières acceptions. À ce stade de nos développements, « *l’ordre public* » pris dans le sens d’une réserve nationale permettant de justifier une entrave aux échanges ne nécessite pas de développements particuliers. On se contentera de souligner que s’il s’agit d’une réserve nationale mise à la disposition des États membres<sup>375</sup>, son contenu est délimité par le droit de l’Union et par la

<sup>370</sup> *Ibidem*, pp. 217-218, n° 166.

<sup>371</sup> D. ARCHER, *op. cit.*, p. 77, n° 76.

<sup>372</sup> Comme le précise A. JEAUNEAU, « *l’ordre public communautaire* » est « *désormais* » désigné sous l’expression « *ordre public de l’Union* » (A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 158, n° 210). Pour une présentation des occurrences de cet « *ordre public* », Cf. A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 158, et s.

<sup>373</sup> J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 190, n° 403.

<sup>374</sup> Pour une présentation de ces différentes acceptions de « *l’ordre public* » : Cf. *Ibidem.*, p. 186 et s.

<sup>375</sup> Les articles 34 et 35 du TFUE posent le principe de l’interdiction des restrictions quantitatives entre les États membres et consacrent donc la libre circulation des marchandises. Néanmoins, l’article 36 du TFUE prévoit que « *l’ordre public* » peut justifier une dérogation à ce principe. L’ordre public peut également être invoqué afin de

jurisprudence restrictive de la Cour de justice<sup>376</sup>. En revanche, il convient de se focaliser sur l'« *ordre public communautaire* » avant d'aborder « *l'ordre public international communautaire* ».

97. ***Ordre public communautaire ou de l'Union européenne.*** L'expression « *ordre public communautaire* » a été utilisée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire dite *Acciaerie San Michele* du 22 juin 1965<sup>377</sup>. Dans cette affaire<sup>378</sup>, la Cour de justice avait refusé de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision de la Cour constitutionnelle italienne qui devait se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions du Traité C.E.C.A<sup>379</sup>. La Cour de justice souligne la « [contrariété] à *l'ordre juridique communautaire toute prétention d'un ressortissant d'un État membre de mettre en cause [l'adhésion au Traité]*<sup>380</sup> et qu'une « *décision de sursis à statuer équivaudrait à vider la communauté de toute*

---

justifier une dérogation à la libre circulation. L'ordre public peut également être invoqué afin de justifier une dérogation à la libre circulation des travailleurs (Article 45 TFUE), la liberté d'établissement (Article 46 TFUE), la libre prestation de service (Article 62 TFUE), la libre circulation des capitaux (Article 65 TFUE).

<sup>376</sup> Comme le souligne une partie de la doctrine, le contrôle de l'interprétation faite par les États membres de ce que recouvre « *l'ordre public* » est particulièrement « *sévère* » (M. BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire » (in) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, pp. 83-88, spé., p. 85). Si la doctrine offre généralement comme exemple l'arrêt *Van Duyn* (CJCE, 4 déc 1974, aff. 47/74, Yvonne van Duyn c/ Home Office), nous privilégions prendre pour exemple l'arrêt *Rutili* (CJCE, 28 oct. 1975, aff. 36/75, Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur). Dans cet arrêt, « *la définition donnée par la Cour [...] est à la fois restrictive et abstraite, proche de l'ordre public au sens du droit international privé et recouvre uniquement les intérêts fondamentaux sur lesquels reposent l'existence même de l'État, le régime démocratique et l'ordre social* » (G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE* 2002, pp. 1-26, spé., p. 4).

<sup>377</sup> CJCE, ord., 2 juin 1965, aff. 9/65, Faillite des Accierie San Michele Spa c/ Haute autorité de la CECA, Rec. 1967, p. 35 (ci-après : *Ordonnance San Michele*).

<sup>378</sup> Dans cette affaire, une entreprise italienne avait formé un recours devant la Cour de justice des communautés européennes contre une décision de la Haute autorité « *pour non-représentation de factures d'électricité nécessaires au calcul de la péréquation* ». L'entreprise avait également formé un recours devant les juridictions italiennes tendant à ce que la Cour constitutionnelle italienne se prononce sur la constitutionnalité de certaines dispositions du Traité C.E.C.A.

<sup>379</sup> On notera à cet égard que l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle italienne confirme la jurisprudence *Costa c/ Enel*. Dans cet arrêt, la Cour a « *affirmé que le fondement de la légitimité constitutionnelle du Traité CECA se base sur l'article 11 de la Constitution, qui ayant une valeur permissive, ne confère pas à la loi portant exécution du traité une valeur supérieure à celle de la loi ordinaire* » (S. CARMELI, « La réception du droit communautaire dans l'ordre juridique italien », *RID comp.* 2001, pp. 339-382, spé., p. 344). Par cette décision, la Cour « *élimine définitivement toute hésitation qui pouvait encore exister en droit italien au sujet de la constitutionnalité des dispositions contenues dans le traité C.E.C.A* » (Communauté européenne du charbon et de l'acier, Haute autorité, « *14<sup>e</sup> rapport général sur l'activité de la Communauté, (1<sup>er</sup> février 1965 – 31 janvier 1966)* », Mars 1966, p. 47, n° 29). On notera également que la Cour constitutionnelle, en « *[s]'inspirant de la théorie dualiste [...] [a mis] l'accent sur la séparation des deux ordres juridiques, national et communautaire* » (S. CARMELI, *préc.*, *RID comp.* 2001, p. 344 ; Cf. également sur ce point et du même auteur : *La constitution italienne et le droit communautaire. Étude de droit comparé*, L'Harmattan, 2002, p. 126 et s).

<sup>380</sup> La Cour se prononce en ces termes : « *Qu'il résulte des actes de ratification, par lesquels les États membres se sont engagés de façon identique, que tous les États ont adhéré au Traité dans les mêmes conditions, définitivement et sans autre réserve que celles exprimées dans les protocoles additionnels et qu'ainsi serait contraire à l'ordre juridique communautaire toute prétention d'un ressortissant d'un État membre de mettre en cause cette adhésion* » (*Ordonnance San Michele, préc.*).

*substance* »<sup>381</sup>, et empêcherait une « *application intégrale et uniforme dudit Traité* »<sup>382</sup>. La Cour affirme que « *doit être rejetée comme contraire à l'ordre public communautaire toute demande tendant à faire consacrer de telles discriminations [entre les ressortissants des différents États membres]*<sup>383</sup> *qu'aucune loi de ratification ne pouvait introduire dans un Traité qui les prohibe* »<sup>384</sup>. La Cour fonde sa décision sur le principe de primauté, le principe d'effet direct et le principe de non-discrimination<sup>385</sup>.

98. Au-delà de la question du contenu<sup>386</sup> de cet « *ordre public* », il convient de s'interroger sur sa fonction. Selon J. GUILLAUMÉ, cet ordre public « *s'entend comme un ordre public interne et non comme un ordre public international* »<sup>387</sup>, qui serait composé de « *règles auxquelles on ne peut déroger et qui doivent s'appliquer pour le bon fonctionnement de l'ordre juridique communautaire* »<sup>388</sup>. Cependant, la fonction de cet ordre public et sa similarité avec celle l'exception d'ordre international a été débattue<sup>389</sup>. À cet égard, A. JEAUNEAU souligne que la question posée à la Cour de justice concernait davantage « *l'effet à donner au droit*

---

<sup>381</sup> Les termes exacts de la Cour sont les suivants : « *Qu'une telle prétention est d'autant plus irrecevable que, en l'espèce, toute décision de sursis à statuer équivaudrait à vider la communauté de toute substance en permettant de voir dans l'acte de ratification soit l'acceptation seulement partielle du Traité, soit le moyen de lui faire porter des effets juridiques différents selon les États membres, soit l'occasion de permettre à certains ressortissants de se soustraire à ses règles* » (Ordonnance San Michele, *préc.*).

<sup>382</sup> « *Que la participation de la République italienne aux institutions communes et la part qu'elle prend dans les droits et obligations résultant du Traité excluent en effet l'éventualité que ses ressortissants puissent échapper à l'application intégrale et uniforme dudit Traité et recevoir ainsi un traitement différent de celui des autres ressortissants de la communauté* » (Ordonnance San Michele, *préc.*).

<sup>383</sup> Comp. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 159, n° 211.

<sup>384</sup> Ordonnance San Michele, *préc.*

<sup>385</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 187, n° 399.

<sup>386</sup> La question du contenu de cet ordre public communautaire a été étudiée par plusieurs auteurs (Cf. G. KARYDIS, *préc.*, RTDE 2002, p. 12 et s. ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « *Ordre public et droit communautaire* », D. 1993, pp. 177-182, spé., p. 180 et s. ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 186, n° 398). Nous nous contenterons donc d'une présentation synthétique offerte par G. KARYDIS : l'ordre public communautaire serait « *composé de règles impératives telles que les règles de concurrence et les règles monétaires* » (G. KARYDIS, *préc.*, RTDE 2002, p. 12). Cependant, l'auteur note que l'on assisterait à « *l'édification progressive d'un ordre public européen "méta-économique" [...] qui recouvre les principes fondamentaux non économiques [comme ceux prévus à l'article 6§1 du TUE]* » (G. KARYDIS, *préc.*, RTDE 2002, p. 19).

<sup>387</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 187, n° 399.

<sup>388</sup> *Ibidem.*

<sup>389</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO conférerait à l'ordre public communautaire la fonction d'éviction de la norme nationale par le principe de primauté. L'auteur s'exprimait alors en ces termes : « *Le rapprochement entre le principe de primauté et l'ordre public du droit international privé peut ainsi venir à l'esprit. Cependant, si la fonctionnalité reste la même, à savoir l'éviction d'une loi en principe applicable, la comparaison s'arrête là. En effet, d'une part, c'est la loi nationale qui est évincée et non la loi étrangère, d'autre part, si l'ordre public constitue en droit international privé une exception, il n'est pas sûr que l'importance du volume des textes communautaires qui s'imbriquent aujourd'hui dans les normes nationales permette de dire qu'elles constituent une exception* » (S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*, D. 1993, p. 181).

italien »<sup>390</sup> que « l'effet donné [...] au droit communautaire dans l'ordre juridique italien »<sup>391</sup>. L'auteur souligne qu'« [à] l'instar de ce qui se passe en droit international privé, l'“ordre public”, joue ici comme limite à l'efficacité du droit étatique au sein de l'ordre juridique communautaire »<sup>392</sup>. Ces développements nous permettent d'aborder la question de l'émergence d'un « ordre public international communautaire ».

99. **Ordre public international communautaire.** Dans le célèbre arrêt *Eco Swiss*<sup>393</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a obligé le juge néerlandais à faire usage de son ordre public pour prononcer l'annulation d'une sentence arbitrale qui était contraire à l'article 85 du Traité (devenu article 81 CE) indépendamment des solutions retenues par le droit néerlandais<sup>394</sup>. Cette jurisprudence a été interprétée par S. POILLOT-PERUZZETTO comme une affirmation d'un « ordre public international au sens du droit communautaire »<sup>395</sup>. Selon cet auteur, cet « ordre public » a « la fonctionnalité de l'ordre public international et il est de source communautaire »<sup>396</sup>. L'une des particularités de cette décision est que l'impérativité des règles communautaires de concurrence reste tributaire des règles de procédures nationales<sup>397</sup>.

---

<sup>390</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, op. cit., p. 160, n° 211.

<sup>391</sup> *Ibidem*.

<sup>392</sup> *Ibid.*

<sup>393</sup> CJCE, 1 juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*: *Rev. arb.* 1999, 631, note L. IDOT; *RTD com.* 1999, 232, obs S. POILLOT-PERUZZETTO.

Dans cette affaire, la société *Benetton* avait résilié avant terme un accord de licence par lequel elle autorisait la société *Eco Swiss* et la société *Bulova* à fabriquer et commercialiser des montres et des horloges portant la mention « *Benetton by Bulova* ». À la suite d'une procédure arbitrale, deux sentences ont été rendues : la première a enjoint *Benetton* à indemniser les licenciés et la seconde, a permis de quantifier le montant de l'indemnisation entre les parties. Ces sentences ont reçu l'*exequatur*. La société *Benetton* a demandé l'annulation de ces deux sentences en affirmant « que ces sentences arbitrales étaient contraires à l'ordre public en raison de la nullité du contrat de licence au regard de l'article 85 du traité ». La juridiction d'appel (le *Gerechtshof*) a fait droit à cette demande en considérant que l'article 85 du Traité (devenu article 81 CE) était bien une disposition d'ordre public au sens de l'article 1065 §1, sous e du Code de procédure civile néerlandais. Cet article prévoit que la sentence peut être annulée si « la sentence ou la manière dont elle a été rendue est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». La société *Eco Swiss* a alors formé un pourvoi en cassation ce qui permit à la juridiction suprême néerlandaise de poser cinq questions préjudicielles à la Cour de justice. Les deux dernières questions portaient essentiellement sur la spécificité du droit néerlandais et ne sont pas pertinentes pour notre étude. La première et la troisième question pouvaient être résolues par la réponse à la deuxième question. Cette deuxième question consistait à déterminer si le juge néerlandais était obligé d'annuler la sentence, en cas de contrariété à l'article 85 du Traité, alors que le Code de procédure civile néerlandais ne prévoit pas ce cas d'annulation. La réponse de la Cour de justice mérite d'être reproduite *in extenso* : « une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 85 du traité, dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public » (Arrêt *Eco Swiss*, préc., §37).

<sup>394</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*, *JDI* 2000, var., p. 301.

<sup>395</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>397</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, « Arbitrabilité des litiges en matière de concurrence », *RTD com.* 2000, pp. 232-235, spé., p. 234.

En effet, la Cour « [prend] *le risque que les États ne disposent pas de la notion d'ordre public* »<sup>398</sup>, d'autant qu'elle ne donne pas de précision sur l'obligation de relever d'office la contrariété de la sentence au droit communautaire de la concurrence<sup>399</sup>.

100. Il convient de prendre en compte l'influence exercée par ces systèmes européens sur le processus d'élaboration substantielle de l'ordre public international.

## **Sous-section 2 : L'influence des « systèmes européens » sur le processus d'élaboration substantielle**

101. L'évolution des systèmes européens s'accompagne du maintien du mécanisme national de l'exception d'ordre public dans le but de réaliser l'équilibre entre la réalisation des objectifs supranationaux et la défense des valeurs nationales (§1). Dans ce contexte, le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme alimentent l'ordre public international du for qui devient le « vecteur »<sup>400</sup> des « systèmes européens » (§2).

### **§1. Le maintien d'un mécanisme national de protection des valeurs**

102. Considéré comme le « *véhicule historique des droits de l'homme et des droits fondamentaux* »<sup>401</sup>, l'ordre public international demeure le mécanisme le plus adéquat pour assurer la protection des droits prévus par la Convention européenne des droits de l'homme (A). Ce mécanisme permet également d'assurer un équilibre entre la protection des intérêts du for et la réalisation des objectifs propres de l'Union européenne (B).

---

<sup>398</sup> *Ibidem*.

<sup>399</sup> Sur ce point, Cf. L. IDOT, *Rev. arb.* 1999, pp. 631-653.

<sup>400</sup> Nous utilisons ici le terme employé par P. HAMMJE : Cf. P. HAMMJE, « L'ordre public et la distinction entre États membres et États tiers » (in) *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers* (Dir. S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ), Lexis Nexis, 2009, pp. 65-80, spé. p. 67.

<sup>401</sup> P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318, p. 171.



## A) La conservation de l'ordre public international pour la défense des droits de l'homme et des droits fondamentaux

103. *Méthode d'application immédiate des droits fondamentaux.* La méthode de l'application « *immédiate* » ou « *directe* » des droits fondamentaux aurait été construite par les doctrines allemandes et italiennes<sup>402</sup>. Elle consiste à écarter tout raisonnement conflictuel dans l'application de ces droits, de sorte que le juge compétent doit les mettre en œuvre, s'ils sont reconnus dans son ordre juridique<sup>403</sup>. Cette méthode, proche de celle des lois de police<sup>404</sup>, conduirait donc à la formation d'un « *ordre public positif* »<sup>405</sup> ou plutôt à l'utilisation de l'ordre public dans sa « *fonction de rattachement* »<sup>406</sup>. L'application de cette méthode en jurisprudence est classiquement illustrée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, et deux arrêts rendus par la

---

<sup>402</sup> E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, 1999, p. 42. Comme le rappelle cet auteur, le point de départ de la méthode choisie par les doctrines allemandes et italiennes est « *la constatation de la primauté des droits [issus de la Convention], primauté tant matérielle que formelle* » et donc que « *les droits fondamentaux ne sauraient se satisfaire quant à leur application de la médiation d'un quelconque mécanisme législatif (en particulier d'une règle de conflit de lois)* ». Cependant, ces deux doctrines se divisent par la suite, la doctrine allemande privilégiant la méthode unilatéraliste, par laquelle les droits fondamentaux « *détermineraient leur champ d'application dans l'espace de manière unilatérale en fonction de leurs propres exigences* » tandis que la doctrine italienne justifierait l'utilisation d'une méthode proche des lois de police, « *les droits fondamentaux s'appliquant de manière préférentielle sans aucune consultation d'un quelconque droit étranger* » (E. FOHRER, *op. cit.*, p. 43, n° 57). Les deux exemples traditionnellement fournis par la doctrine sont la célèbre décision rendue par le Tribunal constitutionnel allemand (BVerfG, 4 mai 1971 : *Rev. crit. DIP* 1974, 1, note C. LABRUSSE) et celle rendue par la Cour constitutionnelle italienne le 26 février 1987 (*Cf. Rev. crit. DIP* 1987, 563, note B. ANCEL). La première affaire a particulièrement attiré l'attention, la juridiction allemande ayant déjoué l'application de la loi espagnole interdisant à un espagnol d'épouser une allemande divorcée sur le fondement de la liberté du mariage, garantie par la Constitution allemande (sur ce point : *Cf. F. RIGAUX, « Droit constitutionnel et droit international privé » : Mélanges M. WAELBROECK*, Bruylant, 1999, pp. 111-137 p. 118 et s. ; *Cf. également* : P. KINSCH, « Le droit étranger face à la hiérarchie des normes en droit international privé allemand et suisse » (in) *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger* (Dir. G. CERQUIERA et N. NORD) Société de Législation Comparée, 2017, pp. 223-240, spé., p. 233, n° 12).

<sup>403</sup> H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? » (in) *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme* (Dir. F. SUDRE), Némésis, Bruylant, 2002, pp. 353-386, spé., p. 355.

<sup>404</sup> La question de la similarité entre la méthode d'application immédiate et celle des lois de police a été particulièrement discutée : *Cf. par ex* : F. MARCHADIER *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2005, p. 547 et s. ; C. BRIÈRE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001, p. 315, n° 429 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, *op. cit.*, p. 515 et s. On retiendra les propos de B. DOCQUIR : *la CEDH n'est pas une loi de police, dotée d'une règle directe d'applicabilité. Elle a, certes, un domaine d'application fort étendu et ses règles sont d'effet direct [...] mais cela ne signifie pas qu'elle évince systématiquement la norme d'un État tiers, rendue applicable par le jeu du rattachement* » (B. DOCQUIR, *préc.*, *Annales de droit de Louvain*, 1999, vol. 59, n° 4, p. 515).

<sup>405</sup> C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 315, n° 429.

<sup>406</sup> E. FOHRER, *op. cit.*, p. 42.

Cour de cassation<sup>407</sup>. Le premier<sup>408</sup> concernait l'affaire dite du « *transsexuel argentin* »<sup>409</sup> et la Cour d'appel avait considéré que les « *stipulations* [de la Convention européenne des droits de l'homme] *sont d'application directe en droit français* »<sup>410</sup>. Dans l'arrêt *Pistre*<sup>411</sup>, la Haute juridiction avait confronté directement le contenu de la loi brésilienne, qui prohibait l'adoption plénière d'un enfant brésilien par deux français non-résidents au Brésil, à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>412</sup>. Enfin, dans l'arrêt *Vialaron*<sup>413</sup> rendu quatre ans plus tard, la Cour de cassation aurait<sup>414</sup> appliqué directement l'article 5 du protocole n° 7 du 22 novembre

<sup>407</sup> Cf. par ex : N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », *Mélanges J. KIRKPATRICK*, Bruylant, 2004, pp. 147-1071, spé., p. 1053 et s. ; C. BRIÈRE, *op. cit.*, p. 316, n° 430.

<sup>408</sup> CA [Paris] ; 14 juin 1994, [Osmar B. c/ Procureur général près de la Cour d'appel de Paris] : *Rev. crit. DIP* 1995, 308, note Y. LEQUETTE.

<sup>409</sup> Dans cette affaire, une personne de nationalité argentine était déclarée à l'état civil argentin comme étant de sexe masculin. Cette personne se considérait comme transsexuelle. Elle avait présenté un compte rendu d'examen psychopathologique aux termes duquel elle s'est perçue comme appartenant au sexe opposé depuis son enfance et qu'elle s'était soumise à un traitement hormonal et à l'ablation des organes génitaux externes en 1985 au Maroc. Le médecin aurait alors conclu que le diagnostic de transsexualisme pouvait être posé. Elle demanda aux juridictions françaises d'ordonner la rectification de son acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger et la transcription du jugement sur le répertoire tenu par le service central de l'état civil. Les juges de première instance ont rejeté la demande en constatant que la loi argentine applicable en l'espèce, et qui ignorait le changement de sexe, n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international.

<sup>410</sup> « *que la Convention régulièrement ratifiée, a force de loi en France depuis sa publication et que ses stipulations sont d'application directe en droit français ; considérant, en outre, que la matière des droits de l'homme est d'ordre public et que la protection de ces droits doit être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des États non-partie à la Convention s'ils sont domiciliés sur le territoire national* » (Y. LEQUETTE, « Recevabilité de la demande en rectification d'état civil d'un transsexuel argentin résidant en France », *Rev. crit. DIP* 1995, pp. 308-319, spé., p. 311).

<sup>411</sup> Cass. 1re civ., 31 janv. 1990, n° 87-18.955 : *Rev. crit. DIP* 1990, 519, note E. POISSON-DROCOURT.

En l'espèce deux époux de nationalité française avaient vu leur demande d'adoption plénière d'un enfant brésilien rejetée au motif que la loi brésilienne applicable ne permettait pas l'adoption plénière d'un enfant brésilien par des étrangers non résidents au Brésil.

<sup>412</sup> La Cour opère une distinction entre l'ordre public international et les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme : « *que les dispositions de la loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant, en forme plénière, par un étranger lorsque cet étranger ne réside pas au Brésil et qui repose sur le souci de ne pas couper complètement l'enfant de ses racines, ne sont contraires ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Arrêt, *Pistre*, préc.). On rappellera que la Cour de cassation avait refusé d'adopter ce raisonnement d'application directe pour les jugements étrangers, comme l'illustre l'affaire dite du « *jugement gabonais* » (Cf. Cass. 1re civ., 10 juil. 1990, n° 89-11.724). Cette décision a été considérée comme « *regrettable* » car elle instaurait un ordre public à deux vitesses (J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international » : *Mélanges R. GOY*, Presses universitaires de Rouen, pp. 333-348, spé., p. 338).

<sup>413</sup> Cass. 1re civ., 24 fév. 1998, n° 95-18.646, 95-18.647, [Consorts Vialaron c/ M. Guillermin] : *Rev. crit. DIP* 1998, 637, note G. DROZ ; *JCP G* 1998, II, 10175, note T. VIGNAL ; *D.* 1999, 290, note. B. AUDIT.

En l'espèce, deux époux s'étaient mariés en Suisse et étaient domiciliés en Suisse. Le mari était de nationalité suisse tandis que l'épouse était de nationalité française. Les époux se sont par la suite installés en France et y ont acquis une maison, mais ils ont divorcé dans ce même pays.

<sup>414</sup> Selon une doctrine autorisée, il apparaîtrait que la technique utilisée est bien celle de l'ordre public, car il y'a eu éviction de la loi étrangère qui a été préalablement désignée (Cf. B. AUDIT, *D.* 1999, pp. 290-291, spé., p. 290). L'arrêt procéderait donc davantage d'une maladresse terminologique que d'un souci d'application immédiate de la Convention (Cf. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, *op. cit.*, pp. 514-515, n° 544). Cependant, comme le révèle un autre auteur « *la Haute juridiction aurait pu arriver au même résultat sans s'abriter derrière la Convention européenne, l'égalité entre époux étant depuis longtemps considérée comme un principe d'ordre*

1984 de la Convention européenne des droits de l'homme pour déjouer l'application de la loi suisse<sup>415</sup> qui établissait une discrimination entre les époux lors du divorce.

104. **Rejet de la méthode.** La méthode de l'application immédiate des droits fondamentaux présente un certain nombre de risques et d'inconvénients. Considérée comme une « *sorte d'hybride méthodologique* »<sup>416</sup>, cette méthode donnerait un domaine exorbitant à la norme internationale<sup>417</sup>. Elle favoriserait « *le cloisonnement des ordres juridiques qui ruine la continuité de la vie juridique des personnes* »<sup>418</sup>. De plus, la formulation des droits fondamentaux est « *extrêmement vague* »<sup>419</sup> et ces derniers « *ne sont pas susceptibles en général de fournir une solution au problème de droit substantiel posé* »<sup>420</sup>. Ainsi, l'imprécision des dispositions substantielles de la Convention ne permet pas de leur conférer « *la fonction décisive concrète revenant en principe au droit matériel* »<sup>421</sup>. Enfin, l'inconvénient principal de cette méthode est surtout son inadéquation par rapport au but poursuivi<sup>422</sup>. Comme le rappelle P. HAMMJE l'objectif poursuivi est « *d'éviter que le juge du for, par application d'une loi étrangère ou par reconnaissance d'un jugement étranger, ne rende une décision qui porte atteinte à un droit fondamental du for* »<sup>423</sup>. La méthode d'application immédiate est une intervention excessive des droits fondamentaux, car elle vise à imposer un résultat déterminé, en excluant toute consultation du droit étranger et rend donc impossible une « *quelconque mesure dans la défense des droits fondamentaux* »<sup>424</sup>. Reposant sur un « *vice congénital* »<sup>425</sup> et

---

*public* » (J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international », *op. cit.*, p. 342). Ce détail laisserait donc penser qu'il ne s'agit pas d'une maladresse, mais d'une volonté délibérée.

<sup>415</sup> La Cour d'appel de Chambéry a estimé que les époux étaient mariés sous l'ancien régime légal du droit suisse (l'union des biens). Ce régime « *était franchement discriminatoire* » car il « *répartissait le bénéfice de l'union conjugale à concurrence de deux tiers pour le mari et du tiers pour la femme* » (J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international », *op. cit.*, pp. 333-348, *spé.*, p. 342). En effet, ce régime aboutissait au résultat, particulièrement choquant, que la maison acquise en France appartenait au mari et que la femme ne pouvait bénéficier que d'une simple créance (sur ce point Cf. G. DROZ, *Rev. crit. DIP* 1998, pp. 637-644, *spé.*, p. 641).

<sup>416</sup> Y. LEQUETTE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1995, pp. 308-319, *spé.*, p. 316.

<sup>417</sup> *Ibidem*.

<sup>418</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, *op. cit.*, p. 518, n° 552.

<sup>419</sup> P. MAYER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 651-665, *spé.*, p. 663.

<sup>420</sup> *Ibidem*.

<sup>421</sup> F. MARCHADIER *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2005, p. 548, n° 478.

<sup>422</sup> Sur ce point, Cf. E. FOHRER, *op. cit.*, p. 49 et s.

<sup>423</sup> P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997, pp. 1-31, *spé.*, p. 9.

<sup>424</sup> *Ibidem*.

<sup>425</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, *op. cit.*, p. 512, n° 542.

demeurant un « *instrument d'impérialisme juridique* »<sup>426</sup>, on comprend alors le rejet de la méthode d'application immédiate au profit du mécanisme classique de l'exception d'ordre public international.

105. **Recours à l'ordre public international.** Dans un article<sup>427</sup> « mémorable »<sup>428</sup>, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE a été « le premier [à suggérer] l'intégration des standards internationaux de protection des droits de l'homme au sein de la réserve française de l'ordre public au sens du droit international privé »<sup>429</sup>. Avec cette méthode, les droits fondamentaux viennent « enrichir »<sup>430</sup> l'élément de référence de l'ordre public international qui demeure l'objet de l'élaboration substantielle. Cette méthode a reçu le soutien d'une partie importante de la doctrine même si certains risques ont été évoqués<sup>431</sup>. Pour P. MAYER<sup>432</sup> l'exception d'ordre public « à vocation à assurer le respect de toute norme en vigueur en France, quel que soit le niveau dans la hiérarchie »<sup>433</sup> et il n'y a donc pas de « motif déterminant de raisonner autrement pour des normes qui ont une source internationale »<sup>434</sup>. L'auteur souligne que la place de la norme dans la hiérarchie est indifférente pour la Cour régulatrice<sup>435</sup>. Cette méthode permet d'apporter plus de flexibilité<sup>436</sup>, et « les vertus de l'ordre public apparaissent supérieures à celles de l'application immédiate »<sup>437</sup>. Il a été souligné que l'application de la Convention européenne des droits de l'homme devient « tributaire des conditions de

---

Dans sa thèse de doctorat, M.-C. NAJM critique ouvertement cette méthode qui aboutit à un « sacrifice injustifié des principes à finalité internationale », favorise « le cloisonnement des ordres juridiques » et ne s'appuie sur « aucun principe directeur du droit international privé » (M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op.cit., p. 518 et s.)

<sup>426</sup> *Ibidem*, p. 512, n° 542.

<sup>427</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » (in) *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, pp. 254-270.

<sup>428</sup> J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international », op. cit., p. 333.

<sup>429</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé » (in) *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques* (Dir. E. DUBOUT et S. TOUZÉ), A. Pedone, 2010, pp. 165-198, spé., p. 166.

<sup>430</sup> S. LECUYER, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel, Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, LGDJ, 2007, p. 232, n° 233.

<sup>431</sup> Sur ce point, Cf. E. FOHRER, op. cit., p. 51 et s.

<sup>432</sup> P. MAYER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 651.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 663.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 664.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 660.

<sup>436</sup> « L'intérêt de cette approche est d'insister sur la nécessité de conserver la souplesse et la flexibilité indispensable à une juste application des droits fondamentaux : en effet, seule leur prise en compte dans le cadre de l'ordre public international le permet, dans la mesure où sont maintenues consultation du droit étranger et appréciation in concreto » (P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1997, pp. 12-13.)

<sup>437</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 524, n° 554.

*déclenchement* »<sup>438</sup> de l'ordre public international, et qu'il existe un risque de relativisation des droits fondamentaux. Néanmoins, comme le souligne à juste titre M.-C. NAJM, cette relativisation nous apparaît comme le « *mérite principal* »<sup>439</sup> du recours à l'exception d'ordre public international. On notera que des propositions doctrinales ont été faites pour adapter l'exception d'ordre public à la protection des droits fondamentaux<sup>440</sup>.

106. L'ordre public international est également le mécanisme le plus pertinent dans le système de l'Union européenne pour garantir la protection de l'ordre juridique du for et le rayonnement du droit de l'Union.

---

<sup>438</sup> L. GANNAGÉ, *La hiérarchie ses normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, p. 229, n° 324.

<sup>439</sup> La réponse de M.-C. NAJM à cette affirmation mérite d'être approuvée et reproduite in extenso : « *Cette relativisation des droits fondamentaux, stigmatisée comme l'inconvénient majeur de leur intégration à l'ordre public, en constitue au contraire, nous semble-t-il, le mérite principal. Elle nous paraît nécessaire à la prise en compte des exigences portées par les divers principes directeurs du droit international privé, et, partant, à la coordination des systèmes juridiques. On ne voit pas au nom de quel principe les droits fondamentaux devraient être soustraits à la flexibilité du mécanisme de l'ordre public* (M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux, op. cit.*, pp. 525-526, n° 555).

<sup>440</sup> Nous pouvons tout d'abord évoquer la proposition doctrinale de P. HAMMJE dans le but de procéder à un « *affinement* » de l'ordre public international (Cf. P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 1994 ; du même auteur : « *Droits fondamentaux et ordre public* », *Rev. crit. DIP* 1997, pp. 1-31). La philosophie générale de cette proposition est la suivante : « *La défense des valeurs fondamentales, de source nationale ou internationale, pourrait être le terrain d'élection d'une nouvelle approche de la variabilité de l'ordre public, en fonction non de considérations de proximité, mais de la nature des conceptions en cause. En résulterait un affinement des conditions de déclenchement qui pourrait être le moyen adéquat d'une sauvegarde satisfaisante- ni excessive, ni trop timide- des droits fondamentaux face au droit étranger* (P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1997, pp. 1-31, spé., p. 14). Ainsi, d'un point de vue technique, il convient de « *partir du droit de l'homme dont la violation est alléguée puis de rechercher quel champ d'application dans l'espace il s'assigne afin d'évincer ou non le droit étranger en principe applicable en vertu de la règle de conflit de lois du for* » (E. FOHRER, *op. cit.*, p. 60, n° 82). Cette proposition a été critiquée, notamment par M.-C. NAJM qui la considère comme « *dangereuse* » car « *en partant du droit protégé, on se situe d'emblée dans une fausse perspective, à moins de vouloir envisager les droits fondamentaux en termes de loi de police* » (M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux, op. cit.*, p. 524, n.b.p n° 321). On notera également la proposition doctrinale de F. CADET. Selon cet auteur, il existerait un « *processus d'objectivation de l'ordre public* ». Cette objectivation de l'ordre public consiste « *à appliquer les principes impératifs sans appréciation ni interprétation au cas par cas et sans rechercher dans les éléments concrets du litige si l'ordre public doit ou non intervenir pour assurer le respect des principes du for* » (F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, 2001, pp. 73-74). Selon S. LECUYER, F. CADET propose une méthode originale : « *En pratique, le juge ne partira pas du droit fondamental pour l'appliquer immédiatement, mais de la norme étrangère et, une fois l'atteinte constatée au droit fondamental et la vérification d'un lien objectif, actionnera nécessairement et directement ce droit fondamental* » (S. LECUYER, *op.cit.*, p. 234, n° 234).

## B) La conservation de l’ordre public international pour la protection des valeurs nationales

107. *Maintien de l’exception d’ordre public.* Le maintien de l’exception d’ordre public dans le système de l’Union européenne possède une « *fonction symbolique* »<sup>441</sup>, car « *elle permet d’affirmer le maintien de la souveraineté des États, mais en même temps impose aux États une approche raisonnable* »<sup>442</sup>. Ainsi, « *le droit pour un État membre d’invoquer son ordre public étatique pour protéger ses valeurs nationales, que ce soit face à une norme émanant d’un État membre ou d’un État tiers, reste en principe intouchable, même dans le cadre communautaire* »<sup>443</sup>. Ce maintien de l’ordre public international dans le système de l’Union européenne nous permet de nous interroger sur la pertinence des modèles moniste et pluraliste.

108. *Modèles moniste et pluraliste.* Dans une étude consacrée à l’ordre public<sup>444</sup>, A. JEAUNEAU a montré la « *positivité concomitante des modèles moniste et pluraliste de réalisation des valeurs dans l’Union européenne* »<sup>445</sup>. À l’inverse du modèle moniste, le modèle pluraliste pose un « *principe de “clôture” entre les ordres juridiques* »<sup>446</sup>, empêchant les immixtions réciproques, bien que ces ordres « *puissent nouer des relations les uns avec les autres* »<sup>447</sup>. Le principe « *d’applicabilité immédiate* » et le « *principe de primauté* » tendent à confirmer le caractère moniste du droit de l’Union<sup>448</sup>. Cependant, le modèle pluraliste s’exprime également par le maintien du mécanisme national de l’ordre public international et la recherche d’une « *conciliation entre les valeurs nationales et les objectifs européens* »<sup>449</sup>.

---

<sup>441</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, « Les contours d’un ordre public européen : l’apport du droit de l’Union européenne » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 159-169, spéc., p. 161.

<sup>442</sup> *Ibidem*.

<sup>443</sup> P. HAMMJE, « L’ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 68.

<sup>444</sup> A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op.cit.* ; Cf. également du même auteur : A. JEAUNEAU, « Existe-t-il un “ordre public de l’Union européenne ?” », *Revue de droit international d’Assas*, 2018, n° 1, pp. 203-219. On notera que A. JEAUNEAU prend pour base les travaux réalisés par D. BODEN dans sa thèse de doctorat (D. BODEN, *L’ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op.cit.*).

<sup>445</sup> A. JEAUNEAU, *préc.*, *Revue de droit international d’Assas*, 2018, n° 1, pp. 203-219, spéc., p. 210 ; Cf. également du même auteur : *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 40, n° 35. Sur ce point, Cf. également les développements de M. MINOIS en référence aux travaux de A. JEAUNEAU (M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Paris Descartes, 2016, p. 138 et s.).

<sup>446</sup> A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’Union européenne : essai de systématisation*, *op. cit.*, p. 37, n° 33.

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 39, n° 34.

<sup>448</sup> *Ibid.*, p. 37, n° 33

<sup>449</sup> A. JEAUNEAU, *préc.*, *Revue de droit international d’Assas*, 2018, n° 1, pp. 203-219, spéc., p. 210

Nous observerons ultérieurement le contrôle supranational exercé sur l’ordre public international du for<sup>450</sup> et la question de la disparition du mécanisme national au profit d’un mécanisme européen<sup>451</sup>. À ce stade nos développements, nous pouvons souligner l’utilisation faite par les États membres de leur ordre public international dans le contexte de l’Union européenne.

109. **Recours au mécanisme national.** Un rapport de la direction générale des politiques internes de l’Union offre un panorama éclairant de l’interprétation de l’exception d’ordre public prévue au sein de six instruments<sup>452</sup> de droit international privé et du droit procédural de l’Union européenne<sup>453</sup>. Ce rapport « *repose sur une approche empirique globale axée sur les données statistiques et sur l’expérience des parties prenantes* »<sup>454</sup> et couvre la jurisprudence de la Cour de justice et de 23 États membres. Même si nous devons constater, avec regret, que la France a refusé de fournir des données relatives à l’*exequatur* sans autorisation expresse du ministère de la Justice<sup>455</sup>, les enseignements de cette étude n’en demeurent pas moins importants. D’une part, il apparaît que dans la pratique « *les dispositions d’ordre public sont souvent invoquées, mais rarement appliquées* »<sup>456</sup>. L’explication principale avancée est « *le caractère exceptionnel de ces dispositions qui s’appliquent uniquement dans des cas extrêmes et qui nécessitent une contradiction “manifeste” des valeurs fondamentales de l’État membre d’exécution* »<sup>457</sup>. D’autre part, les États membres reconnaissent dans l’ensemble la différence entre ordre public matériel et ordre public formel, ce dernier étant « *nettement plus souvent invoqué et appliqué* » que le second<sup>458</sup>.

---

<sup>450</sup> Sur ce point, *Cf. infra*.

<sup>451</sup> Sur ce point, *Cf. infra*.

<sup>452</sup> Cons. UE, règl. (CE) n° 44/2001, 22 déc. 2000, [concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale] ; Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003 [relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matières matrimoniales et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000] ; Cons. UE, règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000, [relatif aux procédures d’insolvabilité] ; Cons. UE, règl. (CE) n° 1206/2001, 28 mai 2001, [relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l’obtention des preuves en matière civile ou commerciale] ; PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, [sur la loi applicable aux obligations contractuelles] ; PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 864/2007, 11 juil. 2007, [sur la loi applicable aux obligations non contractuelles].

<sup>453</sup> PE, Direction générale des politiques internes, Département thématique Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, Étude : *Interprétation de l’exception d’ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l’Union européenne*, 2011.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 46. Le rapport précise que les données ont été recueillies « *au moyen des bases de données nationales* ».

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>458</sup> *Ibid.*, p. 167.

110. Les systèmes européens ont un impact sur l'élaboration substantielle de l'ordre public international, car ils peuvent servir de base à la réalisation de ce processus.

## §2. Les systèmes européens comme « source » de l'élaboration substantielle

111. La Convention européenne des droits de l'homme (A) et le droit de l'Union européenne (B) peuvent être la source de l'élaboration substantielle de l'ordre public international du for.

### A) La Convention européenne des droits de l'homme comme source de l'élaboration substantielle

112. *Réception des répudiations.* La jurisprudence sinieuse<sup>459</sup> concernant la réception des répudiations étrangères permet d'illustrer la manière dont la Convention européenne des droits de l'homme est venue enrichir l'ordre public international français. Avant l'entrée en vigueur en 1975 de la loi sur le divorce, la répudiation étrangère était considérée comme conforme à l'ordre public international si la femme l'avait acceptée, selon un raisonnement par analogie avec le divorce par consentement mutuel<sup>460</sup>. Par la suite, la Cour de cassation usa du mécanisme de l'ordre public international avec précaution. Dans un arrêt du 20 juin 1978<sup>461</sup>, elle considéra que la répudiation était contraire à l'ordre public international si elle était révocable<sup>462</sup>.

---

<sup>459</sup> Sur ce point, Cf. M.-C. NAJM, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s) », *Droit et cultures*, 2010, n° 59, pp. 209-229 ; R. EL HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, 2002, p. 141 et s. ; du même auteur, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit. DIP* 1999, pp. 427-468 ; P. LAGARDE, « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial » : *Festschrift für H.-J. SONNENBERGER*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, pp. 481-496, spéc., p. 488 et s.

<sup>460</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Lexis Nexis, 2007, pp. 258-259. La loi de 1975 est venue conforter cette solution comme le montrent deux jugements rendus par le Tribunal de grande instance de Paris le 5 décembre 1979 (TGI [Paris], 5 déc. 1979, Dame Bonnereau c/ M. El Amrani et Dame Vanquathem c/ M. Belarbi : *Rev. crit. DIP*, 1981, 81, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> espèce). Dans un de ces jugements, les juges parisiens avaient considéré que « la répudiation, [...] qui produit des effets équivalents à ceux d'un divorce par consentement mutuel n'est pas incompatible avec l'ordre public français et qu'elle peut être reçue dans un ordre juridique exigeant une pleine et exacte égalité de traitement de chacun des époux ». Néanmoins, dans le jugement dit « Bonnereau », les juges parisiens avaient posé une limite qui n'est autre que « la nécessaire protection des enfants ou du conjoint en matière d'attribution ou d'exercice du droit de garde » (G. PLUYETTE, « La jurisprudence du Tribunal de Paris en matière d'exequatur des jugements étrangers (1964-1988) », *Travaux comité fr. DIP* 1988-1990, pp. 27-57, spéc., p. 46). Ainsi, la répudiation « doit être déclarée exécutoire dans la mesure, seulement, où il conduit à la dissolution du lien conjugal mais non quant à sa disposition concernant abandon de tout droit de garde sur les enfants nés du mariage » (*Ibid*).

<sup>461</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 1978, [Ferroudji c/ Dame Medjani] : *Rev. crit. DIP* 1981, 88, 1<sup>re</sup> espèce.

<sup>462</sup> La répudiation est révocable si elle permet au mari « de reprendre son épouse s'il le désire, avant l'expiration de sa retraite légale » (Arrêt, *Ferroudji, préc.*). Sur le contresens opéré par la Cour concernant le caractère révocable de la répudiation : Cf. P. LAGARDE, « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », *op. cit.*, spéc., p. 489.



S’engageant ensuite dans la voie d’un « *ordre public procédural* »<sup>463</sup>, elle refusa d’opposer l’ordre public international à une répudiation prononcée selon une procédure où « *chaque partie a fait valoir ses prétentions et ses défenses* »<sup>464</sup>.

113. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981<sup>465</sup> facilita la reconnaissance des répudiations étrangères<sup>466</sup> et l’on retiendra que dans l’arrêt *Rohbi*<sup>467</sup> du 3 novembre 1983, la Cour de cassation se contenta d’opposer l’ordre public atténué à la répudiation prononcée à l’étranger<sup>468</sup>. Loin du libéralisme de l’arrêt *Rohbi*, la Cour de cassation tenta tout d’abord de freiner la réception des répudiations étrangères en usant du mécanisme de fraude<sup>469</sup>, mais il se révéla inadapté<sup>470</sup>. Dans un arrêt du 16 juillet 1992<sup>471</sup>, la Cour usa d’un « *ordre public*

<sup>463</sup> R. EL HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, op. cit., p. 157.

<sup>464</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 1979 [Dahar c/ Dame Benmaghni] : *Rev. crit. DIP* 1981, 88, 2<sup>e</sup> espèce ; *D.* 1980, 546, note E. POISSON-DROCOURT, *JDI* 1981, 597, note P. KAHN.

<sup>465</sup> Conv., 10 août 1981, [entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire], *JORF* 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643.

<sup>466</sup> Sur ce point, Cf. M.-C. NAJM, *préc.*, *Droit et cultures* 2010, n° 59, pp. 209-229, spé., n° 11 et s.

<sup>467</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 1983 [Rohbi c. Dame Kharkhouch] : *Rev. crit. DIP* 1981, 325, note I. FADLALLAH; *JDI* 1984, 329, note P. KAHN.

<sup>468</sup> Selon P. LAGARDE, ce contrôle « *très allégé [...] s’explique sans doute par la conclusion de la convention franco-marocaine du 10 août 1981* » (P. LAGARDE, « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », op. cit., p. 490).

<sup>469</sup> Par exemple, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 1988, la Cour de cassation avait reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si « *le choix de la juridiction étrangère n’avait pas été frauduleux et n’avait pas été fait dans le seul but d’échapper aux conséquences du jugement français de contribution aux charges du mariage* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1 mars 1988 [Senoussi c/ Senoussi] : *Rev. crit. DIP* 1989, 721, note A. SINAY-CYTERMANN). Au fil de sa jurisprudence, nous savons que la Cour de cassation avait notamment eu recours à ce qui a été appelé « *la fraude au jugement* ». Cette fraude « *consiste à invoquer en France un jugement étranger dont le contenu diffère de la décision qu’aurait rendue la juridiction française si elle avait été saisie du litige, le but étant d’échapper ainsi aux conséquences d’un jugement français d’ores et déjà rendu, ou susceptible d’intervenir* » (P. COURBE, « Des conditions de reconnaissance en France d’un jugement de répudiation », *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 593-605, spé., p. 599).

<sup>470</sup> Ce caractère inadapté prend toute sa dimension dans le cadre de l’application de la Convention franco-marocaine de 1981 qui prévoit en son article 11 que la dissolution du mariage peut être prononcée par les juridictions de celui des deux États sur le territoire duquel les deux époux ont leur domicile commun ou de l’État dont ils ont tous deux la nationalité. Comme le précise G. SALAMÉ, une des conditions essentielles de la fraude, à savoir la violation internationale de la loi, semblait faire défaut (G. SALAMÉ, *Le devenir de la famille en droit international privé*, PUAM, 2006, p. 85 et s.) Cet auteur rappelle les travaux de B. AUDIT pour qui il est nécessaire de distinguer le « *vrai conflit* » du « *faux conflit* ». Selon B. AUDIT, en présence d’un vrai conflit, la violation d’une des lois est inévitable car elles ont toutes les deux un titre raisonnable à régir la situation considérée. À l’inverse, « *l’agent qui désire frauder la loi par un moyen international va créer un faux conflit et tenter de provoquer l’application de la loi sans compétence* » (B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, respectivement p. 32 et p. 34). Ainsi, selon ce même auteur, « *le recours aux autorités et à la loi marocaines n’est nullement artificiel : l’on n’est pas en présence d’un “faux conflit” crée ou exploité pour évincer une loi manifestement plus compétente, mais d’un “vrai conflit” dans lequel les deux lois en présence ont un titre raisonnable à s’appliquer* » (B. AUDIT, « Compétence des juridictions française et marocaine en matière de contribution aux charges du mariage en cas de répudiation », *D.* 1990, pp. 263-265, spé., p. 265).

<sup>471</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juil. 1992 [Nori] : *Rev. crit. DIP* 1993, 269, note P. COURBE ; *JCP G* 1993, II 22138, note J. DÉPREZ.

*alimentaire* »<sup>472</sup> afin de « *rejeter la décision constatant la répudiation en application d'une loi qui privait la femme de tout secours pécuniaire après divorce* »<sup>473</sup>.

114. **Droits de l'homme et rejet des répudiations.** « *Après s'être nourrie de divers fondements plus ou moins efficaces et convaincants, la volonté de lutter contre le pouvoir marital de mettre fin à l'union conjugale se place désormais sur le terrain des droits de l'homme* »<sup>474</sup>. En effet, dans un arrêt *El Madani*<sup>475</sup>, la Cour de cassation rappela la contrariété de la répudiation étrangère à « *l'ordre public procédural* »<sup>476</sup>, mais l'élément déterminant est que la Cour a cassé la décision rendue au visa de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>477</sup> qui prévoit l'égalité de droits entre les époux<sup>478</sup>. Loin d'être un cas isolé, cette jurisprudence a été reproduite dans un arrêt du 31 janvier 1995<sup>479</sup> et dans un autre, du 19 décembre 1995<sup>480</sup>. Un arrêt du 11 mars 1997<sup>481</sup> confirma cette jurisprudence mais est allé encore plus loin dans la mesure où la Cour de cassation a refusé de reconnaître les effets d'une répudiation « *sur le seul fondement de la violation du principe d'égalité des époux sans avoir égard aux circonstances particulières qui auraient pu atténuer la force de la réaction de l'ordre public dans l'espèce considérée* »<sup>482</sup>. L'arrêt *Douibi*<sup>483</sup> a

<sup>472</sup> Sur cet « *ordre public alimentaire* » : Cf. M.-L. NIBOYET, « Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes », *RID comp.* 2006, pp. 27-46, spé., p. 33 et s.

<sup>473</sup> M.-C. NAJM, *préc.*, *Droit et cultures* 2010, n° 59, pp. 209-229, spé., n° 19.

<sup>474</sup> F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2005, p. 493.

<sup>475</sup> Cass. 1re civ., 1 juin 1994, [Chaoui c/ El Madani] : *D.* 1995, 263, note J. MASSIP. Lors d'une procédure de divorce, l'époux marocain avait opposé à sa femme, de nationalité marocaine, une fin de non-recevoir à l'action invoquant la dissolution du mariage résultant d'une répudiation constatée au Maroc. Le tribunal et la Cour d'appel, en application de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, avaient accueilli la fin de non-recevoir, tout en précisant que la répudiation de la femme n'était pas contraire à l'ordre public international.

<sup>476</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>477</sup> Sur ce point, Cf. J. MASSIP, « Est contraire à l'ordre public international la répudiation intervenue au Maroc hors la présence de l'épouse non appelée à la procédure », *D.* 1994, pp. 263-264.

<sup>478</sup> Cet article est rédigé ainsi : « *Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

<sup>479</sup> Cass. 1re civ., 31 janv. 1995 [Kari] : *Rev. crit. DIP* 1995, 569, note J. DÉPREZ.

<sup>480</sup> Cass. 1re civ., 19 déc. 1995 [Fazouane].

<sup>481</sup> Cass. 1re civ., 11 mars 1997 [Bahri] : *D.* 1997, 400, note M.-L. NIBOYET ; *JCP G* 1998, I 101, obs. H. FULCHIRON.

<sup>482</sup> M.-L. NIBOYET, « La contrariété des répudiations marocaines au principe d'égalité des époux (une bonne illustration du règlement d'un conflit de conventions internationales) », *D.* 1997, pp. 400-403, spé., p. 401.

<sup>483</sup> Cass. 1re civ., 3 juil. 2001 [Dame Djamila Douibi c/ Sieur Djemai Ghalem] : *Rev. crit. DIP* 2001, 704, note L. GANNAGÉ ; *JDI* 2002, 182, note P. KAHN ; *D.* 2001, 3378, note M.-L. NIBOYET.

Un couple d'Algériens vivait en France et le mari s'est rendu en Algérie pour obtenir la répudiation de sa femme afin d'en épouser une autre. Le mari avait désiré obtenir l'*exequatur* de cette répudiation devant les juridictions françaises. La Cour d'appel a accueilli le jugement algérien de divorce par répudiation unilatérale après avoir constaté que la conception française de l'ordre public international ne faisait pas obstacle à la reconnaissance en France d'une répudiation unilatérale étant donné que le choix du tribunal n'était pas frauduleux, que la répudiation

marqué un tournant en faveur de la reconnaissance des répudiations étrangères, mais il fut de courte durée. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s’est « [abstenue] *de répondre au moyen du pouvoir excipant d’une violation du principe de l’égalité des époux garanti par l’art. 5 du Protocole n° 7* »<sup>484</sup>. La Cour a considéré que le jugement de répudiation n’était pas contraire à l’ordre public international, car l’épouse avait pu faire valoir ses droits et ses défenses et qu’il offrait des « *avantages financiers* »<sup>485</sup> à cette dernière. Néanmoins, la jurisprudence est aujourd’hui bien établie. Par cinq arrêts du 17 février 2004<sup>486</sup>, « *la Cour de cassation a refusé de donner effet en France aux répudiations algériennes et marocaines parce qu’elles méconnaissent le principe d’égalité des époux qui est une exigence de l’ordre public international, dès lors du moins que la femme est domiciliée en France* »<sup>487</sup>. Ces décisions, bien que faisant application de l’ordre public de proximité<sup>488</sup>, sont salutaires, en ce qu’elles permettent de s’opposer aux effets des répudiations étrangères sur le fondement du principe d’égalité des époux<sup>489</sup>.

115. **Ordre public procédural.** La Convention européenne des droits de l’homme a également été la source de l’ordre public international dans sa dimension procédurale. Au stade de nos développements, on se contentera d’évoquer l’arrêt *Pordéa* du 16 mars 1999<sup>490</sup>. Dans cette

---

avait ouvert une procédure où chaque partie avait fait valoir ses prétentions et ses défenses, et que l’épouse avait obtenu des avantages financiers.

<sup>484</sup> M.-L. NIBOYET, « La première Chambre civile répudie sa propre jurisprudence sur les répudiations musulmanes », *D.* 2001, pp. 3378-3379, spé., p. 3379. Cet auteur considère l’arrêt *Douibi* comme un revirement de jurisprudence, à la différence de G. CANIVET pour qui « *cet arrêt signale plutôt le souci des juges de vérifier si, dans chaque cas concret, la situation matérielle de l’épouse répudiée est ou non comparable à celle qui aurait été la sienne à l’issue d’une procédure contradictoire* » (G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RID comp.* 2003, pp. 7-22, spé., p. 21).

<sup>485</sup> Ces avantages financiers n’étaient autres que des dommages-intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d’abandon. Cependant, le montant total des indemnités allouées à l’épouse était dérisoire puisqu’il ne dépassait pas les 40 000 dinars (4000 francs français) ce qui correspond à moins d’un mois du SMIC français (L. GANNAGÉ, « L’ordre public ne s’oppose pas à la reconnaissance en France d’une répudiation unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 704-716, spé., pp. 709-710). Étant donné que la femme résidait en France, un auteur a souligné qu’il y’avait là une conception singulièrement extensible de la notion « *d’avantages financiers* » tout en se demandant si, sous couvert d’un « *infléchissement des exigences de l’ordre public* », la Cour n’avait pas « *entrepris de vider celui-ci de son contenu* » (L. GANNAGÉ, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 704-716, spé., p. 710).

<sup>486</sup> Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 : *D.* 2004, 815, note P. COURBE ; *JCP G* 2004, II 101128, obs. H. FULCHIRON ; *Rev. crit. DIP* 2004, 423, note P. HAMMJE ; *RTD Civ* 2004, 367, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

<sup>487</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97-489, spé., p. 464.

<sup>488</sup> L’ordre public de proximité sera abordé en détail ultérieurement (*Cf. infra*).

<sup>489</sup> Pour une interprétation « *raisonnée* » de ces arrêts et la « *nécessité d’une démarche pragmatique* » consistant à vérifier l’atteinte à la « *dignité* » de la femme : *Cf.* H. FULCHIRON, « “Ne répudiez point...” Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RID comp.* 2006, pp. 7-26.

<sup>490</sup> Cass. 1re civ., 16 mars 1999, n° 97-17.598 [*Pordéa c/ Société Times News-Paper Limited*] : *Rev. crit. DIP* 2000, 181, note G. DROZ ; *JDI* 1999, 773, note A. HUET ; *RGDP* 1999, 747, note H. MUIR WATT. Dans cette décision, « *la Cour de cassation a jugé que le versement ordonné par un juge anglais d’une caution de 25000 livres pour*

décision, la Cour de cassation affirma que « *le droit de chacun d’accéder au juge [consacré par l’article 6-1° de la CEDH] relève de l’ordre public international* »<sup>491</sup>. Par conséquent, « *en ce qu’il considère les droits fondamentaux de la procédure de l’article 6-1° CEDH comme relevant de l’ordre public l’arrêt Pordéa confirme que la voie de l’intervention de ces droits demeure celle de l’exception plutôt que de l’efficacité immédiate du droit fondamental* »<sup>492</sup>.

116. À l’instar des droits garantis par la Convention européenne des droits de l’homme, le droit de l’Union peut servir de source au processus d’élaboration substantielle.

## B) Le droit de l’Union comme source de l’élaboration substantielle

117. ***Intégration des valeurs « européennes »***. Le processus d’élaboration substantielle peut avoir pour source des valeurs consacrées par l’ordre juridique communautaire ou de l’Union européenne. L’intégration de ces valeurs au sein de l’ordre public international de l’État membre n’est pas sans difficulté étant donné la particularité de l’ordre juridique communautaire. Si l’ordre public international est constitué de valeurs de sources différentes, l’origine communautaire ou européenne de ces valeurs peut complexifier leurs défenses à l’égard des États membres ou des États tiers. Comme l’explique P. HAMMJE : « *Il ne s’agit pas uniquement d’inclure dans l’ordre public du for la défense de valeurs à vocation universelle [...] Il s’agit plus largement d’intégrer à l’ordre public d’un État membre un ensemble de valeurs et de principes issus d’un autre ordre juridique – l’ordre juridique communautaire- dont ils constituent le noyau dur de valeurs propres* »<sup>493</sup>. Par conséquent, certaines règles de source communautaire ou européenne « *alimentent* »<sup>494</sup> l’ordre public international qui doit être mis en œuvre « *au service du respect des valeurs fondamentales du droit communautaire* »<sup>495</sup>. À cet égard, il a été souligné que l’ordre public international se voyait doté d’une « *fonction positive* »<sup>496</sup> face aux États tiers permettant la défense de « *l’impératif communautaire* »<sup>497</sup>. Ainsi, l’ordre public international ne serait plus seulement un mécanisme de défense des intérêts

---

*garantir les frais de justice est contraire à l’ordre public international en ce qu’elle prive le débiteur du droit d’accès au juge* » (Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 141).

<sup>491</sup> Arrêt, *Pordéa*, préc.

<sup>492</sup> H. MUIR WATT, « Droit judiciaire international », *RGDP* 1999, pp. 747-763, spé., p. 750.

<sup>493</sup> P. HAMMJE, « L’ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 66.

<sup>494</sup> D. ARCHER, *op. cit.*, p. 198, n° 197.

<sup>495</sup> *Ibidem*.

<sup>496</sup> P. HAMMJE, « L’ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 74.

<sup>497</sup> *Ibidem*, p. 74.

du for, il deviendrait « *un mécanisme de promotion des intérêts communautaires, en particulier face aux États tiers* »<sup>498</sup>.

118. **Dualisme des valeurs.** L'incorporation de valeurs de source communautaire ou européenne au sein de l'ordre public international de l'État membre aboutit à la création de « *deux ordres de valeurs* »<sup>499</sup>. Le premier comprend des valeurs « *spécifiques au for, expression de son identité nationale* »<sup>500</sup> et le second, contient des valeurs « *spécifiques au droit communautaire* »<sup>501</sup>. Ces deux ordres peuvent coïncider, mais ils peuvent également s'opposer, notamment en cas de divergence entre les intérêts nationaux et « *certaines choix communautaires* »<sup>502</sup>. Le dualisme des valeurs composant l'ordre public international de l'État membre rejaille sur l'identification de l'ordre juridique de référence et le processus d'élaboration substantielle.

119. **Ordre juridique de référence.** Nous avons observé que lors du processus d'élaboration substantielle, le juge du for pouvait essentialiser une valeur concrétisée par une règle appartenant à son ordre juridique. Le recours à cette règle permettait notamment de révéler la contrariété de la norme étrangère à l'ordre public international. L'élaboration substantielle de l'ordre public international au contact du système communautaire ou de l'Union européenne aboutit à étendre l'ordre juridique de référence. Si l'ordre juridique de référence demeure uniquement celui du for, l'incorporation de valeurs de source communautaire ou européenne aboutit à « *déplacer le curseur vers un ordre juridique de référence communautaire* »<sup>503</sup>. La source communautaire ou européenne de la valeur concernée et utilisée par le juge pour faire obstacle à la norme étrangère peut avoir une incidence sur l'intervention de l'ordre public international<sup>504</sup>. L'élaboration substantielle de l'ordre public international au contact du système de l'Union européenne emporte des conséquences importantes sur le mécanisme de l'ordre public international.

---

<sup>498</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>500</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>501</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>502</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>503</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 67. Ce point sera abordé en détail tout au long de notre étude.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

120. Au travers de l'étude de l'élaboration substantielle de l'ordre public international, nous avons pu mettre en relief le processus par lequel le juge du for établit les différents composants de l'ordre public international en les essentialisant.

121. De manière plus précise, nous avons tout d'abord prêté une attention particulière à l'objet de ce processus d'élaboration, à savoir l'élément de référence. Dans cette perspective, nous avons souligné la particularité de cet élément de référence et nous avons pris en compte les différentes classifications doctrinales proposées par la doctrine et par la Cour de cassation. Cette première étape nous a permis d'insister sur les opérations successives du processus d'élaboration substantielle dans lequel le juge du for a un rôle essentiel.

122. Par la suite, nous avons précisé les différents facteurs qui ont une influence sur le processus d'élaboration substantielle. En effet, le processus d'élaboration substantielle de l'ordre public international s'effectue au contact des systèmes européens. Ces systèmes sont également traversés par une série de valeurs essentielles qui sont partagées par différents États. Par conséquent, le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme jouent un rôle dans le processus d'élaboration substantielle. En effet, ils peuvent servir de source à l'élaboration de substantielle de l'ordre public international.



## CHAPITRE 2 : L'ÉLABORATION STRUCTURELLE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

123. L'étude de l'élaboration *substantielle* de l'ordre public international nous a permis de percevoir le processus d'essentialisation des différents composants de l'ordre public international. Néanmoins, l'étude de l'*élaboration* de l'ordre public international n'est pas totalement épuisée, car il convient de prendre en compte un processus récent, à savoir l'élaboration *structurelle* de l'ordre public international.

124. L'ordre public international est défini comme un ensemble des valeurs essentielles du for et il est classiquement représenté comme une sphère ou un contenant. Ce contenant est ce que l'on pourrait aisément considérer comme la « *structure* » de l'ordre public international. En effet, une « *structure* » est définie comme la : « *disposition des parties d'un ensemble abstrait, d'un phénomène ou d'un système complexe, généralement envisagée comme caractéristique de cet ensemble* »<sup>505</sup>. Les valeurs essentielles du for sont donc les parties de cet ensemble abstrait qui n'est autre que l'ordre public international. Puisqu'elles sont les caractéristiques de cet ensemble, elles forment une « *structure* ».

125. L'élaboration *structurelle* de l'ordre public international correspond au processus de modification de cette structure en raison de l'émergence des principes essentiels du droit français. En effet, ces principes seraient dotés d'une impérativité supérieure et ils formeraient un « *sous-ensemble* » de l'ordre public international.

126. L'étude de l'élaboration structurelle de l'ordre public international doit adopter une démarche fondée sur deux principaux axes : le premier a pour objet l'élaboration structurelle de l'ordre public international en elle-même (Section 1) et le deuxième portera davantage sur les incidences de cette élaboration structurelle de l'ordre public international (Section 2).

---

<sup>505</sup> *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2015, p. 2441.



## **Section 1 : L'élaboration structurelle de l'ordre public international**

127. L'élaboration structurelle de l'ordre public international implique tout d'abord de constater l'émergence de la nouvelle notion de « *principes essentiels du droit français* » (Sous-section 1), et ensuite de définir les contours de cette notion (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : L'émergence de la notion des « *principes essentiels du droit français* »**

128. Il est indispensable de prendre en compte la définition classique de l'ordre public international telle qu'elle a été proposée dans l'arrêt *Lautour*<sup>506</sup> (§1) pour comprendre les causes et les effets de l'émergence de la notion de « *principes essentiels du droit français* » (§2).

#### **§1. La définition de l'ordre public international contenue dans l'arrêt *Lautour***

129. L'ordre public international avait initialement une définition unique (A) mais cette définition a montré de nombreuses limites qui ont justifié l'existence d'une nouvelle notion : « *les principes essentiels du droit français* » (B).

##### **A) Le sens de la définition de la jurisprudence *Lautour***

130. *Universalisme et prise en compte de « l'opinion française »*. La Cour de cassation avait proposé une définition de l'ordre public international dans le célèbre arrêt *Lautour* du 25 mai 1948<sup>507</sup>. Cette définition était formulée de la façon suivante : « *Les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »<sup>508</sup>. Cette définition, qui « *associe la double dimension internationale et nationale de l'exception d'ordre public* »<sup>509</sup>, appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, elle est marquée par un certain contexte historique. En effet : « [L'arrêt *Lautour*] *est contemporain de la déclaration*

---

<sup>506</sup> Cass. civ., 25 mai 1948 [*Lautour c/ Veuve Guiraud*] : *Rev. crit. DIP* 1949, 89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948, 357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; *S.* 1949, 1, 21, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1948, II. 4532, note M. VASSEUR.

<sup>507</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>508</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>509</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2014, p. 2121.

*universelle des Nations Unies* »<sup>510</sup>. Cette déclaration « *universelle* »<sup>511</sup> des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>512</sup> est le premier texte de source internationale ayant pour objet la protection des droits de l'homme. Sans effet juridique<sup>513</sup>, cette déclaration exprime « *davantage un idéal qu'une réalité* »<sup>514</sup>. Notons que si cette déclaration pouvait être « *le point de départ de l'émergence d'un système international de protection "centralisé", administré par les Nations Unies* »<sup>515</sup>, les États ont adopté, parallèlement aux Nations Unies, une protection régionale des droits de l'homme<sup>516</sup>. Néanmoins, par l'adoption de cette déclaration, les États membres ont « *défini les notions élémentaires d'une Justice universelle* »<sup>517</sup>. Selon P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, la déclaration d'une justice universelle ne pouvait être sans impact sur l'ordre public international français<sup>518</sup>. Cet auteur a précisé que « *l'exception d'ordre public pourra perdre son caractère national et revêtir un caractère universel dans deux cas. D'une part, de façon générale, la*

<sup>510</sup> J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international », *op. cit.*, p. 336.

<sup>511</sup> Cette déclaration a été d'abord conçue et élaborée comme une déclaration internationale avant de devenir au cours de la rédaction une déclaration universelle : « *Non seulement elle devait être une proclamation faite par des représentants d'États, mais elle liait les droits de l'homme à une conception interétatique de la société universelle réduite à l'état de communauté juridique « internationale ». C'est peu à peu que s'est dégagée l'idée que, du moment que l'homme devait être le centre de la Déclaration, il était impossible de laisser aux États, du fait qu'ils étaient déclarants, un rôle exclusif* » (R. CASSIN, « La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme » *RCADI* 1951, t. 79 p. 279).

<sup>512</sup> Sur les 56 États présents lors du vote (le Honduras et le Yémen étant absents), 8 se sont abstenus et aucun État n'a voté contre l'adoption de cette déclaration. Parmi les États qui se sont abstenus, nous pouvons citer 6 États appartenant au bloc soviétique, mais également l'Arabie saoudite et l'Afrique du Sud. Ces derniers États désiraient conserver le statut des femmes pour l'un et la conception de l'apartheid pour l'autre (M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, éditions du Seuil, 2004, p. 57).

<sup>513</sup> À la question de savoir si cette déclaration avait force de loi dans l'ordre juridique, la Cour d'appel de Paris avait répondu positivement dans un arrêt du 29 avril 1959 concernant le film « *The Kid* » de Charlie Chaplin (CA [Paris] 29 avr. 1959 : *JDI* 1960, 128, obs. B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1959, 434, note Y. LOUSSOUARN ; *D.* 1959, 402, note G. LYON-CAEN). La Cour avait affirmé que « [...] *la Déclaration Universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948, publiée au Journal Officiel du 19 février 1949, ce qui en fait une loi de l'État français, stipule dans son article 27 que "chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels [...] de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur"* ». Cette solution contraste nettement avec celle retenue un an plus tard par le Conseil d'État, ce dernier ayant affirmé en substance : « *La seule publication au Journal Officiel de la Déclaration universelle des droits de l'homme ne permet pas de la ranger au nombre des traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés* » (CE, 11 mai 1960 : *JDI* 1961, 404, note R. PINTO). Pour le commentateur de cette décision, cette solution s'explique aisément, car la publication de cette déclaration a été faite en « *dehors des rubriques habituelles et sans mise en mouvement des procédures constitutionnelles de ratification ou d'approbation des accords internationaux* » (R. PINTO, *JDI* 1961, pp. 404-407, spé., p. 406). Cette solution, déjà retenue dans un arrêt du 18 avril 1951 a reçu le soutien d'une partie de la doctrine. On notera par exemple que J. DEHAUSSY considérait comme « *totalemtent erronée* » l'affirmation retenue par la Cour d'appel de Paris le 29 avril 1959 (Cf. J. DEHAUSSY, « Les conditions d'application des normes conventionnelles sur le for interne français », *JDI* 1960, pp. 704-729, spé., p. 714).

<sup>514</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 56.

<sup>515</sup> L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, A. Pedone, 2016, p. 89.

<sup>516</sup> *Ibidem*.

<sup>517</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, p. 258.

<sup>518</sup> Sur ce point, Cf. *Ibidem*, pp. 254-270.

*charte de l'Organisation des nations unies, pour préserver la paix, oblige les États membres à imprégner leur ordre juridique, leur civilisation, du respect des libertés humaines, d'autre part, la Déclaration de 1948 énumère et définit les droits de l'homme au respect desquels est subordonné l'ordre universel* »<sup>519</sup>. L'expression « principes de justice universelle » est intimement liée au droit naturel<sup>520</sup>. Il apparaît que « “les principes de justice universelle” auxquels il est fait allusion s'entendent des droits naturels, qui trouvent leur consécration juridique dans les droits fondamentaux le plus souvent contenus dans des conventions internationales »<sup>521</sup>. Cette définition de l'ordre public international a suscité l'intérêt de la doctrine en ce qu'elle pouvait faire émerger un ordre public « véritable international »<sup>522</sup>.

131. **Notion « d'ordre public véritablement international ».** Une partie de la doctrine a considéré que cette définition pouvait évoquer un « ordre public véritablement international »<sup>523</sup> ou « réellement international »<sup>524</sup> »<sup>525</sup>. Cet « ordre public » ne serait pas « une juxtaposition d'ordres publics nationaux semblables, mais bien [un] “ordre public de la collectivité internationale” »<sup>526</sup>. Il serait composé « des valeurs qui sont ou devraient être unanimement considérées comme essentielles et interrogeables par l'ensemble des nations »<sup>527</sup>. Ces valeurs trouveraient leur place au sein de l'ordre public international français et seraient consacrées par un certain nombre de normes. Comme le précise M. FORTEAU : « l'ordre public réellement international » contiendrait « les normes d'ordre public international qui, parce qu'elles feraient l'objet d'un consensus universel auraient vocation à prévaloir devant

<sup>519</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>520</sup> Au cours d'une étude sur « les emplois positifs du droit naturel en droit international privé », P. FRANCESKAKIS a vu dans cette expression de « principes de justice universelle » le témoignage d'un emploi de la directive « droit naturel-droit des gens » dans le droit contemporain (Cf. P. FRANCESKAKIS, « Droit naturel et droit international privé », *op. cit.*, p. 140 et s.). Cependant, cet appel à la directive n'est pas explicite ou implicite, il s'agit « d'indications expresses » qui « supposent la directive sans l'avouer complètement » (P. FRANCESKAKIS, « Droit naturel et droit international privé », *op. cit.*, p. 142, n° 26). Sur les liens existants entre le droit naturel et la définition donnée dans l'arrêt *Lautour*, Cf. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 162).

<sup>521</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2121.

<sup>522</sup> Sur ce point, Cf. B. GOLDMAN, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois » (in) *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, t. I, A. Pedone, 1969, pp. 449-466.

<sup>523</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., refondue, 2013, p. 331, n° 369.

<sup>524</sup> M. FORTEAU, « L'ordre public “transnational” ou “réellement international” », *JDI* 2011, doct. 1, pp. 3-49, spé., p. 7, n° 10

<sup>525</sup> Sur la question de l'existence cet ordre public : H. ROLIN, « Vers un ordre public réellement international » (in) *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, A. Pedone, 1960, pp. 441-462 ; M. FORTEAU, « L'ordre public “transnational” ou “réellement international” » *JDI* 2011, doct. 1, pp. 3-49.

<sup>526</sup> B. GOLDMAN, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », *op. cit.*, p. 464, n° 14.

<sup>527</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2016, p. 159, n° 267.

*n'importe quel forum ayant juridiction à l'égard des personnes privées* »<sup>528</sup>. Cette identification d'un « *ordre public véritablement international* » a pour point de départ les efforts de la doctrine publiciste et doit être mise en correspondance avec les travaux sur le *jus cogens*<sup>529</sup>.

132. **Rejet de « l'ordre public véritablement international ».** Bien que l'émergence d'un « *ordre public véritablement international* » ait pu recevoir le soutien de certains auteurs<sup>530</sup>, elle se heurte à une série de difficultés non négligeables. De manière assez instinctive, la première difficulté est « *l'identification précise de ces valeurs fondamentales absolues* »<sup>531</sup>. La seconde difficulté tient au caractère non immuable des valeurs : « *une certaine prudence s'impose avant de se déclarer l'interprète d'un ordre public véritablement international* »<sup>532</sup>, car « *l'évolution même des droits internes indique que des principes ou institutions qui paraissent immuables peuvent être assez rapidement renversés* »<sup>533</sup>. La Cour d'appel de Paris a rejeté l'existence d'un « *ordre public véritablement international* » par un arrêt du 19 mars 1965 dans l'affaire « *Banque ottomane* »<sup>534</sup>. En l'espèce, les appelants affirmaient que les statuts de la Banque ottomane étaient contraires « *à un ordre public international commun des sociétés* »<sup>535</sup>. Cependant, la Cour a rejeté cet argument et a « *[ignoré] les principes d'un prétendu ordre public international supérieur à toutes les lois internes dont l'existence n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrement par le droit français* »<sup>536</sup>. Notons que si l'existence d'un « *ordre public véritablement international* » se justifie dans le domaine de l'arbitrage, la prise en compte de ce dernier par le juge étatique peut s'avérer délicate<sup>537</sup>. Le

<sup>528</sup> M. FORTEAU, *préc.*, *JDI* 2011, doct. 1, p. 7.

<sup>529</sup> C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de loi*, PUAM, 2001, p. 398, n° 819 et n° 820.

<sup>530</sup> Nous pouvons citer les propos de P. LOUIS-LUCAS : « *Mais comment ne pas croire que l'élaboration progressive d'un ordre public vraiment international élèvera le niveau du Droit en effaçant l'immoralité de l'une de ses imperfections ? Et comment ne pas supposer que la découverte des plus saines exigences sociales opérera une cohésion, bien plutôt qu'une opposition, entre les fragments trop morcelés que constituent aujourd'hui les révélations diversifiées de l'ordre public ?* » (P. LOUIS-LUCAS, *Rev. crit. DIP* 1966, pp. 264-272, spé., p. 272).

<sup>531</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 149, n° 267.

<sup>532</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., refondue, 2013, p. 331, n° 369.

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 332, n° 369.

<sup>534</sup> CA [Paris], 3<sup>e</sup> ch., 19 mars 1965 : *JDI* 1966, 117, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1967, 85, note P. LAGARDE.

<sup>535</sup> B. GOLDMAN, *JDI* 1966, pp. 117-138, spé., p. 137.

<sup>536</sup> P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1967, pp. 85-109, spé., p. 109.

<sup>537</sup> Comme le souligne B. GOLDMAN : « *Mais s'il est vrai que devant les juridictions internationales, ou dans l'arbitrage international, un tel ordre public commun non seulement se conçoit, mais à notre sens s'impose concurremment, dans certains cas, avec les ordres publics internationaux de certains États [...], on ne voit pas comment, pratiquement, un juge étatique pourrait en tenir compte. De deux choses l'une, en effet. Ou bien le principe auquel on confère ce caractère est également d'ordre public international dans son propre pays, et dans ce cas, le juge n'aura pas besoin de recourir à un ordre public international commun. Ou bien ce principe est contredit par la législation de son pays, et dans ce cas, il ne pourra pas refuser d'appliquer une loi étrangère, ou une source internationale de droit qui y contrevient, sans condamner sa propre loi* » (B. GOLDMAN, *JDI* 1966, pp. 117-138, spé., p. 137).

rejet jurisprudentiel de l'existence d'un « *ordre public véritablement international* », s'il est avéré, doit cependant être nuancé. La Cour d'appel de Paris dans une affaire qui concernait encore une fois la Banque ottomane a considéré « *que la sécurité des relations commerciales et financières internationales postule la reconnaissance d'un ordre public sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux* »<sup>538</sup>. Comme l'a souligné le commentateur, l'arrêt « *retient une voie moyenne entre ceux qui mettent l'accent sur le caractère national de l'ordre public et les partisans d'un ordre public réellement international* »<sup>539</sup>.

133. La définition de l'ordre public international proposée par la Cour régulatrice dans l'arrêt *Lautour*<sup>540</sup>, aussi séduisante soit-elle, ne saurait cependant être dénuée d'imperfections et de limites. Cette définition a notamment été considérée comme trop étroite et trop « *nationaliste* ».

#### **B) Les limites de la définition de la jurisprudence *Lautour***

134. **Définition trop étroite.** H. BATIFFOL avait manifesté sa surprise face à « *l'étroitesse* »<sup>541</sup> de cette définition. Il avait alors ajouté « *M. Lerebours-Pigeonnière nous a habitués à une conception plus extensive, relevant précisément que l'ordre public ne défend pas seulement les "principes de justice universelle", mais aussi les politiques législatives que les juges estiment, à tort ou à raison, devoir être soutenues alors que l'opinion française est elle-même divisée à leur sujet* »<sup>542</sup>. Les raisons ayant poussé la Cour régulatrice à adopter une définition si étroite demeurent obscures, voire impossibles à déterminer. Une raison pourrait être avancée, mais de manière purement hypothétique<sup>543</sup> : il est possible de considérer que la Cour régulatrice entendait s'affranchir volontairement de la prise en compte des politiques législatives. Ces politiques législatives pouvaient apparaître comme dangereuses au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. L'étroitesse de cette définition se vérifie également dans une approche de droit comparé. Par exemple, la définition jurisprudentielle espagnole de l'ordre public international « *englobe, outre les droits fondamentaux, l'ordre public économique et*

---

<sup>538</sup> CA [Paris], 1re ch. sect. A., 3 oct. 1984: *Rev. crit. DIP* 1985, 526, note H. SYNVEET.

<sup>539</sup> H. SYNVEET, *Rev. crit. DIP* 1985, pp. 526-533, spé., p. 533.

<sup>540</sup> Arrêt *Lautour*, préc.

<sup>541</sup> H. BATIFFOL, *Rev. crit. DIP* 1949, pp. 89-94, spé., p. 93.

<sup>542</sup> *Ibidem*.

<sup>543</sup> Nous insistons sur le caractère purement hypothétique d'une telle affirmation et rappelons qu'il est difficile d'expliquer les raisons qui ont poussé la Cour régulatrice à adopter une définition si étroite de l'ordre public international.

politique »<sup>544</sup>. Il s'agit des « *normes régulatrices et de tutelle d'intérêt public, propres à toute organisation sociale dans ses aspects multiples, politiques, économiques et juridiques* »<sup>545</sup>.

135. Le premier risque d'une définition trop étroite est qu'elle peut se révéler totalement inadaptée. Comme l'a souligné F. CADET en commentant la définition de l'arrêt *Lautour*<sup>546</sup> : « *Si à l'instar de la Cour de cassation qui s'appuie sur ses caractères exceptionnels et limités, la jurisprudence adopte une conception restrictive de l'ordre public, elle s'expose à devoir renier cette définition, contrainte de l'élargir à des principes fondamentaux non strictement centrés sur les droits fondamentaux, comme par exemple le droit de divorcer* »<sup>547</sup>.

136. **Définition trop nationaliste.** La seconde critique la plus décisive à l'égard de la définition proposée par la Cour de cassation est son trop grand « *nationalisme* ». S'il est possible de considérer que ces « *principes de justice universelle* » sont ceux qui sont partagés à l'échelle internationale, il semble néanmoins qu'il s'agisse de « *principes de valeur universelle, mais définis, semble-t-il, par le droit français ou intégrés dans celui-ci* »<sup>548</sup>. J. FOYER, en tire alors la conclusion suivante : « *On en restait, à notre sens, à la conception de 1789 d'un droit français modèle pour l'humanité tout entière et tourné vers l'exportation* »<sup>549</sup>. Nous avons déjà observé que l'ordre public « *est une conception nationale, qui peut varier avec l'opinion publique française* »<sup>550</sup>. La prise en compte de l'opinion française pour la détermination des contours de l'ordre public international pouvait être considérée comme l'emprise d'un trop grand nationalisme. Selon M. FORTEAU « *La communion entre ordre public international du for et valeurs universelles est toutefois loin d'être totale. Les juridictions nationales éprouvent en effet quelque difficulté à assumer cette part d'universalité qu'elles prennent garde parfois de mâtinier d'un certain nationalisme dont l'arrêt Lautour lui-même porte la marque frappante lorsqu'il se réfère à "l'opinion française" des valeurs universelles* »<sup>551</sup>.

---

<sup>544</sup> F. CADET, *op. cit.*, p. 176, n° 248.

<sup>545</sup> *Ibidem*. Cette définition a été donnée dans une décision du Tribunal suprême espagnol du 10 janvier 1933.

<sup>546</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>547</sup> F. CADET, *op. cit.*, p. 176, n° 248.

<sup>548</sup> J. FOYER, « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international », *op. cit.*, p. 336.

<sup>549</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>550</sup> P. LERBOURS-PIGEONNIÈRE, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, p. 262.

<sup>551</sup> M. FORTEAU, *préc.*, *JDI* 2011, doct. 1, p. 12.

137. **Définition devenue inadaptée.** La Cour de cassation a fait siennes les critiques visant le caractère trop national de cette définition de l’ordre public international. Elle précise : « *“Les principes de justice universelle” [...] étaient devenus inadaptés à l’état de notre droit. En effet, ils représentaient les principes “considérés dans l’opinion publique comme doués de valeur internationale absolue” [...] ce qui réduisait les principes de justice universelle à une conception nationaliste française, très éloignée de leur vocation universelle* »<sup>552</sup>. La Cour régulatrice a proposé, de manière totalement assumée, une nouvelle définition de l’ordre public international afin de réadapter ce dernier à l’état du droit. Elle a ainsi fait émerger la notion de « *principes essentiels du droit français* » car l’arrêt *Lautour*<sup>553</sup> était devenu obsolète<sup>554</sup>.

## §2. La création jurisprudentielle de la notion de « *principes essentiels du droit français* »

138. Si la naissance des principes essentiels du droit français est relativement récente et marquée par un certain contexte (A), elle a permis d’aboutir à la création de plusieurs principes essentiels du droit français qu’il convient d’identifier (B).

### A) La naissance de la notion de « *principes essentiels du droit français* »

139. **Faits de l’affaire.** La Cour régulatrice a fait émerger la notion de « *principes essentiels du droit français* » dans un arrêt du 8 juillet 2010<sup>555</sup>. Dans cette affaire, une femme de nationalité française et une femme de nationalité américaine, vivant toutes les deux aux États-Unis, avaient conclu une convention de vie commune dite de « *domestic partnership* ». Après avoir bénéficié d’une insémination par un donneur anonyme, la femme de nationalité américaine a donné naissance à un enfant qui a été adopté quelques mois plus tard par la partenaire de nationalité française. Cette adoption a été prononcée par la Cour supérieure du Comté de DeKalb, située dans l’État de Géorgie, et l’acte de naissance de l’enfant mentionnait la mère biologique comme étant « *mère* » et l’adoptante comme étant « *parent* ». Ce jugement d’adoption précisait également que les deux femmes exerçaient l’autorité parentale sur l’enfant. L’*exequatur* de ce jugement d’adoption était demandé en France, mais le Tribunal de grande

<sup>552</sup> Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, Étude : *L’ordre public*, pp. 97-489, spé., p. 199.

<sup>553</sup> Arrêt *Lautour*, préc.

<sup>554</sup> J. GUILLAUMÉ, préc., D. 2014, p. 2122.

<sup>555</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juil. 2010, n° 08-21.740 : D. 2010, 1787, obs. I. GALLMEISTER ; AJF 2010, 387, obs. A. MIRKOVIC ; RTD civ 2010, 547, obs. J. HAUSER ; JCP G 2010, 2216, note H. FULCHIRON ; Dr. famille 2010, 42, M. FARGE ; JDI 2011, 119, S. BOLLÉE ; Rev. crit. DIP 2010, 747, note P. HAMMJE.

instance de Paris<sup>556</sup> et la Cour d'appel de Paris<sup>557</sup> ont successivement opposé l'exception d'ordre public international.

140. **Recours à l'ordre public international.** Le raisonnement adopté pour parvenir à cette solution mérite une attention particulière. L'opposition de l'ordre public international par les juges du fond résulte d'une application combinée des articles 370-5 et 365 du Code civil qui avait pour effet de faire disparaître les droits de la mère biologique<sup>558</sup>. En effet, s'agissant dans un premier temps de l'article 370-5 du Code civil, ce dernier prévoit que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière irrévocable le lien de filiation préexistant. Dans le cas contraire, elle produit les effets de l'adoption simple. L'adoption prononcée par la juridiction américaine n'avait pas rompu de manière irrévocable le lien de filiation préexistant, à savoir le lien de filiation avec la mère biologique, ce qui implique que cette adoption ne pouvait produire en France que les effets d'une adoption simple.

141. L'article 365 du Code civil intervenait dans un second temps, car il précisait les effets de l'adoption simple à savoir que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale. Cependant, ce même article prévoit également que si l'adoptant est le conjoint du père ou de la mère de l'adopté, l'adoptant partage l'autorité parentale. En application de ce texte, la Cour de cassation, dans deux arrêts du 20 février 2007<sup>559</sup>, avait refusé de prononcer l'adoption simple de l'enfant par la partenaire « *pacsée* » de sa mère biologique. Ce refus était fondé sur les conséquences de l'adoption en matière d'autorité parentale. En effet, le prononcé de l'adoption aurait transféré les droits de l'autorité parentale à l'adoptante et la mère biologique aurait été privée de ces mêmes droits<sup>560</sup>. Par conséquent, l'application

---

<sup>556</sup> TGI [Paris], 23 mai 2007 : *Gaz. Pal.* 2007, 3247, Note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE.

<sup>557</sup> CA [Paris], 1re ch. C., 9 oct. 2008: *AJF* 2008, 475, obs. F. CHÉNÉDÉ.

<sup>558</sup> S. BOLLÉE, « N'est pas contraire à l'ordre public international français la décision de justice étrangère qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant », *JDI* 2011, comm. 4, pp. 119-124, spé., p. 121.

<sup>559</sup> Cass. 1re civ., 20 fév. 2007, n° 06-15.647, n° 04-15.676 : *AJF* 2007, 182, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2007, 721, obs. C. DELAPORTE-CARRE ; *JCP G* 2007, II, 10068, note, C. NEIRINCK ; *Dr. famille* 2007, comm. 80, P. MURAT.

<sup>560</sup> À cet égard, « les partenaires faisaient valoir que la mère adoptive aurait toujours la possibilité de demander une délégation partielle de l'autorité parentale au profit de la mère biologique » (F. CHÉNÉDÉ, « Couple homosexuel : refus de l'adoption », *AJF* 2007, pp. 182-183, spé., p. 182). Cependant, la Cour de cassation s'est opposée à cet argument en estimant que « la délégation partielle » et « l'adoption simple » sont « *antinomiques* » et « *contradictaires* ». Cette conclusion est partagée par une grande partie de la doctrine (Cf. F. CHÉNÉDÉ, *préc.*, *AJF* 2007, p. 183 ; C. NEIRINCK, « La Cour de cassation refuse l'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe », *JCP G* 2007, II, 10068, pp. 27-30, spé., p. 29).



successive des articles 370-5 et 365 du Code civil avait bien pour conséquence de priver la mère biologique de l'autorité parentale sur l'enfant<sup>561</sup>. Un tel résultat était contraire à l'intérêt de l'enfant et heurtait donc l'ordre public international français<sup>562</sup>. La doctrine a cependant souligné le paradoxe d'une telle solution : le droit français devient lui-même contraire à l'ordre public international français. Comme le révèle la formule de H. FULCHIRON : « *Un sophiste facétieux en déduirait que c'est le droit matériel français qui est contraire à l'ordre public français en matière internationale* »<sup>563</sup>.

142. **Recours aux « principes essentiels du droit français ».** La Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel de Paris pour refus d'application de l'article 509 du Code de procédure civile et pour une fausse application de l'article 370-5 du Code civil. Elle censura la décision rendue en ces termes : « *le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant* »<sup>564</sup>. Cette solution, qui se justifiait pleinement au regard de la méthodologie propre à la matière du droit international privé<sup>565</sup>, permet également de préciser le contenu de l'ordre public international<sup>566</sup>. Néanmoins, c'est

---

<sup>561</sup> M. FARGE, « L'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français », *Dr. famille* 2010, comm. 156, pp. 42-45, spéc., p. 44.

<sup>562</sup> *Ibidem*.

<sup>563</sup> H. FULCHIRON, « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », *JCP G* 2010, note 1173, pp. 2216-2218, spéc., p. 2217.

<sup>564</sup> Cass. 1re civ., 8 juil. 2010, n° 08-21.740, *préc.*

<sup>565</sup> Comme l'a parfaitement montré S. BOLLÉE : « *On touche là à un présupposé méthodologique qui a généralement cours en droit international privé : lorsque la question de droit sur laquelle on raisonne –ici, celle de savoir comment sont réparties les prérogatives de l'autorité parentale- a été tranchée par une décision étrangère qui remplit les conditions de reconnaissance, c'est dans cette décision, plutôt que dans la loi désignée par la règle de conflit, que doit être recherchée la réponse à ladite question de droit.* » Ainsi, pour les magistrats de la Cour d'appel de Paris, « *il convenait de partir de l'idée que si le jugement américain devait être reconnu, c'était la solution qu'il énonçait quant à la répartition de l'autorité parentale, et non celle inverse- de l'article 365 du code civil, qui s'imposerait* » (S. BOLLÉE, *préc.*, *JDI* 2011, comm. 4, p. 121). Comme l'avait souligné également H. FULCHIRON : « *Un tel raisonnement est pour le moins contestable. De fait, il fait intervenir l'exception d'ordre public de façon prématurée. Ce qui est demandé, c'est l'exequatur du jugement étranger. Or ce jugement prévoit un partage de l'exercice de l'autorité parentale. En lui-même, il n'a donc rien de contraire à l'ordre public français en matière internationale* » (H. FULCHIRON, *préc.*, *JCP G* 2010, note 1173, p. 2217). La même analyse a été donnée par C. NEIRINCK : « *pour que l'exequatur soit refusé, il faut que l'incompatibilité de la décision étrangère avec l'ordre public international résulte du jugement étranger lui-même et non des effets que lui faire produire la loi française. [...] Ainsi, la Cour d'appel de Paris est censurée parce qu'elle prétendait que le jugement d'adoption américain priverait la mère de son autorité par application de la loi française alors même qu'il contenait la précision inverse* » (C. NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public », *RD sanit. soc.* 2010, pp.1128-1131, spéc., p. 1129.

<sup>566</sup> La Cour révèle que le contenu de l'ordre public international s'accommode parfaitement d'une décision étrangère qui partage l'autorité parentale entre la mère biologique et l'adoptante de l'enfant. Cependant, ces précisions sur le contenu de l'ordre public international sont toutes relatives, car comme l'a noté un auteur : « *En centrant le contenu de l'ordre public sur les seuls effets de l'adoption, à savoir le partage de l'autorité parentale*

bien l'émergence de la notion de principes essentiels du droit français qui retiendra toute notre attention, nous invitant à les identifier. L'étude de la jurisprudence relative aux principes essentiels du droit français permet d'identifier ces principes, mais cette tâche peut se révéler délicate puisque la Cour régulatrice ne prend pas toujours le soin de les expliciter. Cette jurisprudence concerne essentiellement deux domaines qui sont le droit de la famille et le droit des successions.

## **B) L'identification des « principes essentiels du droit français »**

143. *Jurisprudence relative au droit de la famille.* Depuis la décision du 8 juillet 2010<sup>567</sup>, la Cour régulatrice a fait usage de l'expression de « principes essentiels du droit français » dans plusieurs arrêts. Cependant, seuls certains d'entre eux peuvent nous permettre d'identifier les principes essentiels du droit français. En effet, dans de nombreuses décisions, la Cour se contente de préciser l'absence de contrariété aux principes essentiels du droit français<sup>568</sup>. Ainsi, plusieurs arrêts se montrent pertinents pour l'objet de notre étude.

144. Tout d'abord, dans un arrêt du 4 novembre 2010<sup>569</sup>, la Cour régulatrice a consacré comme « principe essentiel du droit français » le principe d'égalité des parents dans l'exercice conjoint de l'autorité parentale. La Cour de cassation a précisé :

*« C'est à bon droit que la cour d'appel rejette la fin de non-recevoir tirée d'un jugement texan de divorce dans la mesure où celui-ci réduit à néant l'exercice conjoint de l'autorité parentale en permettant à la mère de prendre seule les décisions relatives aux enfants, ainsi que les droits du père qui se voit interdire, par injonction, de voir ses enfants en présence de sa maîtresse et de permettre à toute personne du sexe opposé de passer la nuit sous son toit. Ces dispositions du jugement étranger sont contraires aux principes essentiels du droit français sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale*

---

*entre adoptante et mère biologique, cette décision esquive habilement la véritable question de fond soulevée par "l'homoparentalité/homoparenté adoptive" » (P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-761, spé., p. 749).*

<sup>567</sup> Cf. *supra*.

<sup>568</sup> Par exemple, dans un arrêt récent, la Cour de cassation se contente d'affirmer que « l'article 353-1 du code civil subordonnant l'adoption d'un enfant étranger à un agrément ne consacre par un principe essentiel du droit français » (Cass. 1re civ., 15 janv. 2020, n° 18-24.261 : *JCP G* 2020, note 583, N. NORD).

<sup>569</sup> Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302 : *D.* 2010, 2649 ; *AJF* 2011, 46, note A. BOICHÉ ; *JDI* 2011, 124, note I. BARRIÈRE-BROUSSE ; *Dr. famille* 2011, 42, obs. E. VIGANOTTI ; *RTD civ* 2011, 115, obs. J. HAUSER ; *RJPF* janv. 2011, 23, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. Lamy dr. civ.* janv. 2011, 46, obs. J. GALLOIS.

*et sur le respect de la vie privée et familiale. Ces dispositions empêchent donc un exequatur, même partiel, du jugement étranger »*<sup>570</sup>.

145. Ensuite, dans trois arrêts du 6 avril 2011<sup>571</sup>, largement commentés par la doctrine, la Cour de cassation a refusé de transcrire les actes de naissance d'enfants établis à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui<sup>572</sup>. Selon la Cour régulatrice : « *Il est au contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui fut elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »*<sup>573</sup>.

146. Enfin, dans deux arrêts du 7 juin 2012<sup>574</sup>, la Cour de cassation a jugé que « *Si l'article 346 du Code civil qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français, en revanche, l'ordre public international s'oppose à ce que soit ordonné l'exequatur d'une décision étrangère d'adoption, ayant pour effet de rompre les liens de filiation antérieure de l'enfant, dont la transcription sur les registres de l'état civil français emporterait inscription de cet enfant comme né de deux parents de même sexe, en contrariété avec un principe essentiel du droit français de la filiation consacré notamment à l'article 310 du Code civil »*<sup>575</sup>.

147. **Jurisprudence relative au droit des successions.** Dans deux arrêts attendus du 27 septembre 2017<sup>576</sup>, la Cour régulatrice a précisé « *qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international*

---

<sup>570</sup> Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, *préc.*

<sup>571</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053 : *D.* 2011, 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET, 1064, entretien, X. LABBÉE, 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 1995, obs. A. GOUTTENOIRE ; *Rev. crit. DIP* 2011, 722, note P. HAMMJE ; *AJF* 2011, 262, obs. F. CHÉNEDÉ, 265, obs. B. HAFTEL, 266, interview M. DOMINGO ; *RTD civ.* 2011, obs. J. HAUSER.

<sup>572</sup> Ces arrêts feront l'objet de développements conséquents dans le cadre de notre étude, *Cf. infra.*

<sup>573</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>574</sup> Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262 : *D.* 2012, 1546, obs. I. GALLMEISTER, 1992, note D. VIGNEAU ; *AJF* 2012, 397, obs. B. HAFTEL ; *Rev. crit. DIP* 2013, 587, note L. GANNAGÉ ; *JCP G* 2012, act. 728, A. DEVERS ; *ibid.*, note 857, F. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2012, 522, obs. J. HAUSER ; *Rev. Lamy dr. civ.* sept. 2012, 43, obs. E. POULIQUEN.

<sup>575</sup> Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262, *préc.*

<sup>576</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198 : *D.* 2017, 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2017, 598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURÉ et G. KESSLER ; *JDI* 2018, comm. 3, E. BENDELAC ; *JCP N* 2017, 1305, note É. FONGARO ; *RTD civ.* 2018, 189, note M. GRIMALDI ; *Dr. famille* 2018, étude 13, D. VINCENT.

*français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels »<sup>577</sup>.*

148. Dans cette affaire, deux compositeurs de nationalité française et domiciliés dans l’État de Californie étaient décédés. Les défunts avaient organisé leurs successions en application de la loi californienne au moyen d’un trust dont le bénéficiaire exclusif était la dernière épouse. Néanmoins, les enfants de nationalité française et issus d’une première union ont voulu exercer leurs droits d’héritiers réservataires sur la masse successorale. Ils soutenaient alors devant les juridictions françaises que l’ordre public international français s’opposait à l’application de la loi étrangère, en l’espèce la loi californienne, qui ignore la réserve héréditaire. La Cour d’appel de Paris, dans un arrêt du 16 décembre 2015<sup>578</sup> et un arrêt du 11 mai 2016<sup>579</sup>, a répondu négativement à ces prétentions.

149. La Cour de cassation refuse d’élever la réserve héréditaire au rang des principes essentiels du droit français tout en précisant qu’une loi étrangère qui ignore cette réserve peut être écartée si son application concrète conduit à une situation incompatible avec les principes essentiels du droit français<sup>580</sup>. Selon un commentateur, « À première vue, la solution est classique puisque la contrariété à l’ordre public international s’apprécie toujours *in concreto* »<sup>581</sup> mais il constate par la suite, et à juste titre : « *Tel n’est pas le sens de la solution : l’atteinte à la réserve héréditaire ne constitue pas une atteinte à un principe essentiel du droit français puisque une atteinte n’est constituée que si deux conditions sont réunies : d’une part si l’héritier exhérédé*

---

<sup>577</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>578</sup> CA [Paris], Pôle 3, ch. 1., 16 déc. 2015, n° 13/17078 : *JCP N* 2016, 1290, obs. É FONGARO.

<sup>579</sup> CA [Paris], Pôle 3, ch. 11., 11 mai 2016, n° 14/26247 : *JCP N* 2016, 1280, note P. BONDUELLE, G. MICHAUX et J. LEFORESTIER.

<sup>580</sup> Dans un rapport récent, un groupe de travail avait préconisé de modifier la décision rendue par la Cour de cassation. Les membres du groupe de travail se sont exprimés ainsi : « *Nous sommes [...] d’avis que si le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle du droit de succession, la jurisprudence de la Cour de cassation consacrée par les arrêts [du 27 septembre 2017] n’apparaîtraient pas conformes à la Constitution* ». Ainsi « *la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne considère pas la réserve héréditaire comme composante de l’ordre public international français ne nous apparaît pas compatible avec la reconnaissance d’un éventuel droit de succession à valeur constitutionnelle* » (Cf. Rapport du groupe de travail, *La réserve héréditaire* (Dir. C. PÉRÈS et P. POTENTIER), 2019, respectivement p. 41, n° 90 et p. 42, n° 91). Cf. également sur ce point : D. EPAILLY, « Réforme de la réserve héréditaire, retour sur le rapport du groupe de travail », *JCP N* 2021, 1012, pp. 33-40, spé., p. 37, n° 23). Cependant, comme le souligne A. SÉRIAUX, « *le groupe de travail relève néanmoins la fragilité de sa position* », notamment au regard de l’entrée en vigueur du règlement du 4 juillet 2012 et de l’incertitude entourant l’interprétation de l’exception d’ordre public par la Cour de justice de l’Union européenne (A. SÉRIAUX, « La réserve à la croisée des chemins », *Dr. famille* 2020, étude 14, pp. 24-27, spé., p. 25, n° 6).

<sup>581</sup> J. GUILLAUMÉ, « La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n’est pas en soi contraire à l’ordre public international », *D.* 2017, pp. 2185-2191, spé., p. 2190.

se trouve dans une “situation de précarité économique ou de besoin” et d’autre part, si la situation n’est pas étroitement liée à l’ordre juridique étranger dont la loi est applicable »<sup>582</sup>. Cette notion de « précarité économique ou de besoin »<sup>583</sup>, qui a été particulièrement discutée<sup>584</sup>, aurait pour fondement la « solidarité »<sup>585</sup>. À cet égard, une partie de la doctrine a pu affirmer que la Cour régulatrice avait inauguré un nouveau principe essentiel du droit français pouvant être qualifié de « dignité financière et économique de la personne humaine »<sup>586</sup><sup>587</sup>. Cependant, une autre partie de la doctrine a considéré que « le principe essentiel dont il s’agit ici relève de l’ordre public alimentaire »<sup>588</sup>.

150. **Liste des « principes essentiels du droit français ».** Premièrement, les domaines dans lesquels cette notion s’est manifestée sont peu nombreux. Il s’agit du droit relatif à l’autorité parentale, le droit de la filiation et le droit des successions. Deuxièmement, la notion de principes essentiels du droit français est mobilisée aussi bien s’agissant de l’effet des jugements

<sup>582</sup> *Ibidem*.

<sup>583</sup> Selon B. ANCEL cette notion serait « [p]robablement inspirée » de P. LAGARDE (B. ANCEL, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 87-98, spé., p. 97, n° 8 ; dans le même sens : M. NICOD, « La réserve héréditaire et l’ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », *Dr. famille* 2017, comm. 230, pp. 28-29, spé., p. 29). Les propos pertinents de P. LAGARDE sont les suivants : « Une loi étrangère ignorant la réserve n’est pas “a priori” contraire à l’ordre public, il faut examiner, cas par cas, si on application aboutit à une situation inacceptable, en laissant par exemple sans ressources des enfants en bas âge ou en cours d’études » (P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, pp. 691-732, spé., p. 710).

<sup>584</sup> Deux points ont été particulièrement discutés : la définition des critères de « précarité économique » et de « besoin » et la question de savoir si ces deux critères étaient d’application cumulative (Sur ces questions, Cf. H. FULCHIRON, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, pp. 2310-2311 ; D. VINCENT, « Réserve héréditaire et ordre public international : mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 », *Dr. famille* 2018, étude 13, pp. 16-19).

S’agissant du premier point, H. FULCHIRON souligne que la notion de « précarité » « est entrée peu à peu dans notre droit » et désigne « la situation de fragilité et d’instabilité d’une personne qui ne peut subvenir à ses besoins et/ou risque de ne pouvoir assumer ses engagements ». Ce même auteur souligne que « [L]a notion de “besoin” est au contraire juridiquement bien construite, à travers les règles de l’obligation alimentaire », comme l’illustrent les articles 930-3, 767 et 758 du Code civil. S’agissant du deuxième point, H. FULCHIRON présente deux interprétations, la première présentant les deux notions comme autonomes l’une de l’autre, et la seconde, présentant la solution inverse. La première interprétation soulève des « problèmes d’appréciation » étant donné que « la notion de “besoin” peut être interprétée beaucoup plus largement ». La seconde interprétation « permettrait seulement de prendre en compte l’incertitude de la situation : l’intéressé n’est pas encore en état de besoin, mais il risque de l’être ; l’octroi d’aliments devrait permettre de prévenir le danger » (H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, p. 2310 ; Cf. également sur ce point : D. VINCENT, *préc.*, *Dr. famille* 2018, étude 13, p. 17, n° 10).

<sup>585</sup> Dans ce sens : H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, pp. 2310-2311.

<sup>586</sup> É. FONGARO, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l’ordre public international », *JCP N* 2017, 1305, pp. 43-46, spé., p. 46.

<sup>587</sup> C’est ainsi qu’un autre auteur souligne : « Il est alors probable que, dans l’avenir [...], l’exception d’ordre public soit utilisée lorsque la loi étrangère refuse aux enfants du de cujus un minimum vital alors qu’ils sont dans une situation de précarité économique ou de besoin » (P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURÉ et G. KESSLER, *AJF* 2018, pp. 598-599, spé., p. 599).

<sup>588</sup> L. DIMITROV et M.-L. NIBOYET, « Réserve héréditaire et ordre public international : les arrêts tant attendus n’ont pas tenu toutes leurs promesses », *Gaz Pal.* 2018, 1, jurispr. pp. 81-83, spé., p. 83.

étrangers que du conflit de lois. Troisièmement, la Cour de cassation ne précise pas forcément les principes essentiels du droit français qu’il convient de sauvegarder. Par exemple, dans les deux arrêts du 27 septembre 2017<sup>589</sup>, la Cour de cassation n’élève pas la réserve héréditaire au rang des principes essentiels du droit français. Elle ne précise pas non plus les principes essentiels du droit français qu’il convient de sauvegarder face la loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire. Au regard de la jurisprudence précitée, il y’aurait plusieurs « *principes essentiels du droit français* ». Le principe essentiel fondé sur le respect de vie privée et familiale et l’égalité des droits parentaux, le principe essentiel fondé sur la différence de sexe des parents<sup>590</sup>, le principe essentiel fondé sur l’indisponibilité de l’état des personnes<sup>591</sup> et dans une certaine mesure le principe de « *dignité financière et économique de la personne humaine* » ou un principe « *qui relève de l’ordre public alimentaire* »<sup>592</sup>. La prise en compte de l’évolution législative en faveur du mariage de personnes de même sexe nous amène à constater que le principe de la différence de sexe des parents ne figure plus parmi les principes essentiels du droit français. La solution proposée par les deux arrêts du 7 juin 2012 est révolue, les deux arrêts étant considérés comme « *morts nés* »<sup>593</sup>.

151. Nous avons observé l’émergence de la notion des principes essentiels du droit français avant d’essayer de les identifier. Il convient maintenant d’apporter un intérêt particulier aux contours de notion novatrice.

### **Sous-section 2 : Les contours de la notion de « *principes essentiels du droit français* »**

152. L’étude des contours de la notion des principes essentiels du droit français nécessite deux démarches successives. Il convient tout d’abord d’apporter des précisions sur la définition même des principes essentiels du droit français (§1) avant de parvenir à une seconde démarche tout aussi délicate qui est de définir les critères qui permettent de distinguer les principes essentiels du droit des autres composantes de l’ordre public international (§2).

---

<sup>589</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>590</sup> Il s’agit ici de l’expression employée par la Cour de cassation (Cf. Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 469). Cependant, ce principe a également été présenté sous l’expression « l’impossibilité d’inscrire sur les registres d’état civil deux parents du même sexe » (J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2014, p. 2122).

<sup>591</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 470.

<sup>592</sup> L. DIMITROV et M.-L. NIBOYET, *préc.*, *Gaz Pal.* 2018, 1, p. 83.

<sup>593</sup> L. GANNAGÉ, « Deux arrêts mort-nés. À propos des décisions rendues par la première chambre civile le 7 juin 2012 », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 587-594.

## §1. La définition de la notion de « *principes essentiels du droit français* »

153. La doctrine a tenté de définir ce que recouvre exactement la notion de « *principes essentiels du droit français* » (A), ce qui nous amène à pouvoir adopter une démarche comparative entre la définition des principes essentiels du droit français et la définition de l'ordre public international proposée par l'arrêt *Lautour*<sup>594</sup> (B).

### A) Les tentatives de définition de la notion de « *principes essentiels du droit français* »

154. **Première approche.** Depuis l'émergence de cette notion, « *la Cour de cassation n'a pas spécifié les éléments qui composent les principes essentiels du droit français* »<sup>595</sup>. Cette dernière a seulement précisé que le contenu de cette notion est différent des droits fondamentaux<sup>596</sup>. Les tentatives de définitions sont le fruit des efforts de la doctrine. P. HAMMJE distingue deux approches lorsqu'il s'agit de préciser les contours de cette notion. Selon la première approche « *on pourrait considérer que les principes essentiels du droit français ne sont autres que les principes dotés d'une nature fondamentale, au regard de leur source. En ce sens, les principes essentiels recouvriraient les droits fondamentaux issus des normes fondamentales, internes ou internationales* »<sup>597</sup>. L'auteur distingue cependant une série d'obstacles à cette interprétation. Tout d'abord, il est difficile de comprendre pourquoi la Cour de cassation ne s'est pas simplement référée à la célèbre formule de l'arrêt *Lautour*<sup>598</sup>. Ensuite, « *cette lecture cadre mal avec le fait que les principes seraient ceux "du droit français", ce qui évoque un ordre juridique de référence avant tout national* »<sup>599</sup>. Enfin, une telle approche aurait pour conséquence de limiter l'intervention de l'ordre public international aux seuls droits fondamentaux et cette démarche serait alors trop restrictive. Les principes essentiels du droit français étant distincts des droits fondamentaux, la Cour de cassation est venue confirmer les observations de l'auteur<sup>600</sup>.

---

<sup>594</sup> Arrêt *Lautour*, préc.

<sup>595</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 199.

<sup>596</sup> *Ibidem*.

<sup>597</sup> P. HAMMJE, préc., *Rev. crit. DIP* 2010, p. 753.

<sup>598</sup> *Ibidem*.

<sup>599</sup> *Ibid.*

<sup>600</sup> La Cour régulatrice a précisé dans le rapport sur l'ordre public que les principes essentiels du droit français étaient distincts des droits fondamentaux (Cf. Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 199).

155. **Seconde approche.** Selon une seconde approche, qui a le soutien d'une partie de la doctrine<sup>601</sup>, « *la notion pourrait évoquer plus largement des valeurs qui, même non fondamentales au sens précédent, façonnent néanmoins l'ordre juridique français* »<sup>602</sup>. L'auteur poursuit en ces termes : « *On rejoint alors l'une des acceptions d'ailleurs parfois données au terme "fondamental", à savoir qu'un principe l'est "en raison d'une fonction d'identité et de cohérence d'un système juridique"* »<sup>603</sup>. Ainsi, « *seraient alors essentiels les principes consubstantiels au droit français, ceux qui en sont le fondement, qui le caractérisent ou encore qui en déterminent le fonctionnement* »<sup>604</sup>. L'auteur précise ainsi : « *L'on rejoindrait alors l'idée que ce qu'il convient de protéger découle d'exigences impératives du droit interne, qu'il convient aussi de sauvegarder à l'international –sans que ces exigences soient nécessairement partagées par d'autres ordres juridiques-, en raison du fait qu'elles façonnent l'ordre juridique français* »<sup>605</sup>. Cette approche est à mettre en perspective avec une autre définition des principes essentiels du droit français. Selon M. FARGE, la formule « *est suffisamment vague et ambiguë pour englober les deux fonctions traditionnellement attachées en doctrine à l'exception d'ordre public : défense des grands principes à portée universelle et sauvegarde d'une politique législative française* »<sup>606</sup>.

156. Les deux définitions de l'ordre public international proposées par la Cour régulatrice sont propices à la méthode comparative. Cette démarche comparative doit néanmoins être adoptée en prenant en compte des points comparables que nous appellerons des « *variables* ». La première variable est la « *dénationalisation* » de l'ordre public international et la seconde concerne le processus d'élaboration de l'ordre public international.

## **B) Approche comparative des définitions de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français**

157. **Première variable.** La première variable concerne la volonté de la Cour régulatrice de ne plus se référer à la « *conception nationale française* » pour les principes essentiels du droit

---

<sup>601</sup> F. MONÉGER et G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 447-457, spé., p. 453.

<sup>602</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 753.

<sup>603</sup> *Ibidem.*, p. 753.

<sup>604</sup> *Ibid.*, p. 754.

<sup>605</sup> *Ibid.*

<sup>606</sup> M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2010, comm. 156, p. 45.



français. Ainsi, la première variable entre ces deux définitions est avant tout « *sociale* » ou « *sociologique* ». En effet, la définition proposée dans l'arrêt *Lautour*<sup>607</sup> avait pour élément déterminant la prise en compte de « *l'opinion française* ». Nous avons observé qu'en adoptant la nouvelle notion des principes essentiels du droit français, la Cour régulatrice avait voulu s'affranchir d'une « *conception nationaliste française* » de l'ordre public international<sup>608</sup>. Partant de cette volonté, deux interprétations sont alors possibles. Soit la Cour de cassation a voulu prendre en compte un autre « *corps social* » de référence que la société française soit elle a voulu s'affranchir de la prise en compte d'un « *corps social* » de référence.

158. La première interprétation est que la Cour régulatrice a voulu rompre avec la prise en compte de la conception purement française de l'ordre public international pour prendre en compte un autre corps social de référence. Dès lors, les principes essentiels du droit français seraient déterminés par la prise en compte d'un autre corps social de référence. Dans cette première interprétation, le corps social de référence ne serait plus la société française, mais un autre corps social qui reste cependant difficile à déterminer, car la Cour régulatrice ne précise pas quel serait le corps social. Cette interprétation a pour implication que l'ordre public international serait toujours déterminé par la prise en compte de « *l'opinion française* » tandis que les principes essentiels seraient déterminés par un autre corps social de référence.

159. La seconde interprétation est que la Cour régulatrice a voulu rompre totalement avec la prise en compte d'un corps social de référence pour déterminer les contours des principes essentiels du droit français. Cette deuxième approche, bien plus radicale que la première, viendrait nuancer l'idée que l'ordre public international serait la manifestation de la réaction du corps social face à des normes étrangères. Partant de cette interprétation, l'ordre public international serait déterminé selon la prise en compte de l'opinion française, tandis que les principes essentiels du droit français seraient déterminés sans la moindre référence à corps social prédéterminé.

160. Cette volonté de rompre avec le nationalisme semble être en contradiction avec l'essence même des principes essentiels du droit français. En effet, la Cour régulatrice a précisé que les principes essentiels découlent « *d'exigences impératives du droit interne, qu'il convient aussi*

---

<sup>607</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>608</sup> Sur ce point, *Cf. supra.*

*de sauvegarder à l'international* »<sup>609</sup>. J. GUILLAUMÉ avait précisé : « *Alors que les principes de justice universelle sont de source internationale, les principes essentiels du droit français seraient donc issus des politiques législatives françaises les plus impérieuses* »<sup>610</sup>. Il peut apparaître comme contradictoire de vouloir rompre avec une « *conception nationaliste française* » en faisant émerger une nouvelle définition de l'ordre public international basée sur des exigences impératives qui seraient *purement* françaises<sup>611</sup>. De la même façon, la contradiction est réelle si l'on considère que les principes essentiels du droit français, qui sont de source purement nationale, s'affranchissent de « *l'opinion française* ». En effet, il est possible de considérer que les principes adoptés par un corps social reflètent l'opinion majoritaire de ce corps social.

161. Ainsi, les principes essentiels du droit français reflètent, d'une façon ou d'une autre l'opinion française. Il semble donc que les principes essentiels du droit français s'affranchissent de la prise en compte de « *l'opinion française* » mais ont pour source des exigences impératives dont la source est purement interne. Cette interprétation aboutit à une remise en cause du processus d'élaboration substantielle de l'ordre public international.

162. **Seconde variable.** La seconde variable concernerait l'élaboration de l'ordre public international. Le raisonnement utilisé lors de l'élaboration des principes essentiels du droit français semble se démarquer de celui utilisé de l'ordre public international tel qu'il était initialement défini<sup>612</sup>. En effet, nous avons observé que l'élaboration substantielle de l'ordre public international impliquait d'abord la contrariété d'une norme étrangère aux valeurs individuelles du juge et que ce dernier, après avoir déterminé la conception française de l'ordre public international et le caractère essentiel de la valeur concernée, avait recours à la norme juridique du for pour justifier la contrariété à l'ordre public international<sup>613</sup>.

163. Les principes essentiels du droit français semblent recourir au même mécanisme, mais de manière inversée. En effet, la première étape du raisonnement est de déterminer si l'application

---

<sup>609</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 199.

<sup>610</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2122.

<sup>611</sup> « *La Cour de cassation utilise volontiers, à présent, l'expression de "principes essentiels du droit français" » pour désigner un ordre public de source purement national (T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 2017, p. 166, n° 178).*

<sup>612</sup> Sur l'élaboration substantielle de l'ordre public international, *Cf. supra*.

<sup>613</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

de la norme étrangère est contraire à un principe juridique français considéré comme impérieux et qu'il convient de défendre à l'international. La Cour régulatrice a précisé que ce caractère impérieux ne peut pas être déterminé selon « *l'opinion française* » tout en ne précisant pas comment le déterminer. Ce n'est que dans un second temps que la question de l'identification et de l'essentialisation de la valeur concernée intervient. Si cette question est subsidiaire elle peut aussi apparaître comme accessoire étant donné que l'identification du principe essentiel peut être faite sans déterminer au préalable la valeur essentielle qu'il convient de protéger à l'international. Une fois le principe essentiel du droit français dégagé, il convient de l'opposer, ou non, à la norme étrangère.

164. On pourrait se demander si la Cour régulatrice n'a pas voulu prémunir l'ordre public international de l'influence valeurs individuelles du juge dans l'élaboration de l'ordre public international. En déterminant les contours des principes essentiels du droit français, le raisonnement du juge étatique se focalisera davantage sur la sélection des politiques législatives qui sont essentielles, et purement juridiques, plutôt que sur ses valeurs individuelles.

165. Nous avons observé la définition des principes essentiels du droit français tout en comparant cette définition avec celle proposée par l'arrêt *Lautour*<sup>614</sup>. Cependant, il ne peut s'agir que de la première étape de notre étude. La seconde, tout aussi capitale, est de parvenir à préciser les critères qui permettent de distinguer un principe essentiel du droit français d'un autre principe d'ordre public international.

## **§2 : La distinction entre les principes essentiels du droit français et les autres composants de l'ordre public international**

166. La doctrine a proposé des critères permettant de distinguer les principes essentiels du droit français des autres composants de l'ordre public international (A) et ces critères peuvent servir de base à la proposition d'une nouvelle distinction entre principe essentiel du droit français et ces autres composants (B).

---

<sup>614</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

## A) Les propositions doctrinales relatives à cette distinction

167. *Qualification et articulation*. La distinction entre principes essentiels du droit français et principes d’ordre public international repose sur l’application de deux étapes. La première étape est celle de qualification. Il s’agit d’identifier les critères qui permettent de faire rentrer un principe dans la catégorie juridique « *principe essentiel du droit français* ». La seconde étape est de déterminer quel est le critère qui permet de distinguer et donc d’articuler les principes essentiels du droit français et les autres composants de l’ordre public international.

168. *Qualification de « principes essentiels du droit français »*. La première question relative à l’identification des principes essentiels du droit est celle de la qualification de ces principes. A. DIONISI-PEYRUSSE s’est interrogée sur les critères qui permettent « *de déterminer si une prohibition en droit de la famille doit être qualifiée de principe essentiel de droit français* »<sup>615</sup>. Partant de cette interrogation, cet auteur a tenté de déterminer les raisons pour lesquelles la prohibition de l’adoption homosexuelle ne fait pas partie des principes essentiels du droit français alors que l’interdiction de la gestation pour autrui entraine dans cette catégorie<sup>616</sup>. Selon cet auteur, il convient tout d’abord de constater que la source des prohibitions est fondamentalement différente : « *Aucune disposition du Code civil ne prohibe expressément, directement et par principe l’adoption de l’enfant du concubin et aucune disposition du Code civil ne traite de l’adoption homosexuelle* »<sup>617</sup>. À l’inverse, la source de la prohibition de la gestation pour autrui est différente. En effet, cette prohibition a été posée aussi bien par l’Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 mai 1991<sup>618</sup>, que par le législateur, depuis les premières lois bioéthiques<sup>619</sup>. L’auteur remarque ainsi que la prohibition de la gestation pour autrui « *repose sur une disposition expresse de la loi* »<sup>620</sup> avant de conclure en ces termes : « *Le contraste entre les origines des deux prohibitions est saisissant et peut*

---

<sup>615</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, « La conformité à l’article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l’étranger au nom de l’ordre public international » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 159-177, spé., p. 173.

<sup>616</sup> *Ibidem*.

<sup>617</sup> *Ibid.*

<sup>618</sup> Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : *D.* 1991, 318, note J.-L. AUBERT ; 417, note D. THOUVENIN ; *Rev. crit. DIP* 1991, 711, note C. LABRUSSE-RIOU ; *RTD civ.* 1991, 517, note D. HUET-WEILLER.

<sup>619</sup> L. n° 94-653, 29 juil. 1994, [relative au respect du corps humain] ; L. n° 94-654, 29 juil. 1994, [relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal].

<sup>620</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, « La conformité à l’article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l’étranger au nom de l’ordre public international », *op. cit.*, p. 174.

*expliquer que seule l'interdiction de la gestation pour autrui relève des principes essentiels du droit français* »<sup>621</sup>.

169. **Articulation des « principes essentiels du droit français ».** Les travaux<sup>622</sup> de P. CHEVALIER ont permis de mettre en lumière la distinction entre les principes essentiels du droit français et la conception française de l'ordre public international. Selon cet auteur, quatre « *clefs d'explication* »<sup>623</sup> pourraient venir expliquer la distinction entre les deux différentes définitions de l'ordre public international. Notons que ces explications ont été faites en prenant pour référence les arrêts du 8 juillet 2010<sup>624</sup>, du 4 novembre 2010<sup>625</sup>, du 6 avril 2011<sup>626</sup> et du 7 juin 2012<sup>627</sup>.

170. La première clef d'explication « *pourrait résider dans la distinction entre d'une part l'état des personnes et le droit de la famille et d'autre part, les autres matières* »<sup>628</sup>. Cette explication aurait pour fondement l'idée que le « *domaine de l'état des personnes et du droit de la famille renverrait plus facilement à la notion mouvante et contingente des principes essentiels du droit français plutôt qu'à celle de l'ordre public* »<sup>629</sup>. L'auteur écarte rapidement cette hypothèse après avoir constaté, entre autres, que « *le principe de l'égalité des filiations est protégé au nom de notre ordre public et non en ce qu'il est essentiel en droit français* »<sup>630</sup>. La deuxième clef d'explication « *résiderait dans la distinction toujours opérante entre ordre public international substantiel, dans le giron duquel s'inscrivent les principes essentiels du droit français, et l'ordre public international de procédure qui en est étranger* »<sup>631</sup>.

171. Une troisième clef d'explication « *pourrait se trouver dans une nouvelle délimitation des domaines respectifs de l'ordre public international reconnu internationalement et les principes essentiels consacrés en droit français* »<sup>632</sup>. L'auteur distingue alors deux interprétations<sup>633</sup>. La

---

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>622</sup> P. CHEVALIER, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP* 2014, pp. 1-41.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>624</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juil. 2010, n° 08-21.740, *préc.*

<sup>625</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, *préc.*

<sup>626</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>627</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262, *préc.*

<sup>628</sup> P. CHEVALIER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2014, p. 31.

<sup>629</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>630</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>631</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>632</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>633</sup> *Ibid.*, p. 34.

première est que les principes essentiels protégeraient « *le socle de nos valeurs suprêmes au point qu'ils "écraseraient" d'invoquer toute possibilité d'invoquer un ordre public de proximité ou atténué* »<sup>634</sup>. Selon la deuxième, qui a les faveurs de l'auteur, « *les principes essentiels se concentreraient sur la partie basse de l'ordre public international, entendu comme le socle de nos règles normatives élémentaires traduisant la spécificité d'un droit contingent et qui, pour cette raison, ne sont pas nécessairement éligibles au rang de méta principe international, ou de lois de police impératives* »<sup>635</sup>.

172. Enfin, la quatrième clef d'explication « *résiderait dans l'appréhension concrète ou plus abstraite de la situation contrôlée* »<sup>636</sup>. Ainsi, « *l'ordre public international serait opposé lorsque la décision étrangère intrinsèquement y porterait atteinte. Les principes essentiels du droit français seraient retenus lorsqu'il s'agit d'examiner les effets produits par cette décision en France plutôt que son contenu substantiel* »<sup>637</sup>.

173. Les efforts de la doctrine dans la recherche d'un critère permettant de distinguer et donc d'articuler les principes essentiels du droit français et les principes d'ordre public international offrent diverses perspectives. Ces efforts permettront d'enrichir une réflexion sur une nouvelle articulation entre ordre public international et principes essentiels du droit français. Cette réflexion doit nécessairement prendre en compte les critères et les indices présentés par la doctrine et la Cour de cassation et se fonder sur une méthode téléologique.

#### **B) Pour une nouvelle articulation entre « *ordre public international* » et « *principes essentiels du droit français* »**

174. **Combinaison des critères.** Les indices laissés par la doctrine et la Cour de cassation sont les suivants : la spécificité, la source, le domaine, la distinction entre « *droits procéduraux et droits substantiels* », une prohibition expresse ; le caractère essentiel, ce nous amène à un premier essai de distinction entre principes essentiels du droit français et principe d'ordre public international.

---

<sup>634</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>635</sup> *Ibid.*, p. 36. L'auteur note ainsi : « *Par opposition et de façon plus absolue, la partie haute de l'ordre public comprendrait les principes fondamentaux d'une justice universelle et équitable, perméables aux grands principes posés dans la Constitution ou les grands principes conventionnellement garantis* ».

<sup>636</sup> P. CHEVALIER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2014, p. 38.

<sup>637</sup> *Ibidem*.

175. Tout d'abord, la Cour de cassation a précisé que les principes essentiels du droit français étaient distincts des droits fondamentaux<sup>638</sup>. Ensuite, il est difficile d'établir si « *l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité* » sont distincts des principes essentiels du droit français<sup>639</sup>. Cependant, nous avons observé que la Cour régulatrice présentait « *l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité* » et les principes essentiels du droit français comme deux catégories distinctes<sup>640</sup>. Par conséquent, il semble bien que ceux deux éléments soient distincts.

176. La source des « *principes essentiels du droit français* » semble être avant tout nationale. Ces principes « *seraient donc issus des politiques législatives françaises les plus impérieuses* »<sup>641</sup>. Quant au domaine de ces principes, il semble qu'il soit limité au statut personnel. Même si la Cour de cassation n'a pas expressément exclu l'extension de ces principes à d'autres domaines<sup>642</sup>, la jurisprudence montre, après plusieurs années, qu'elle ne s'est toujours pas engagée dans cette voie.

177. La deuxième clef d'explication proposée par P. CHEVALIER, qui consiste à distinguer entre « *ordre public international de procédure* » et « *ordre public international substantiel* », se montre pertinente au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, la Cour régulatrice n'a utilisé les principes essentiels du droit français que pour la défense de droits substantiels.

178. De la même façon, l'explication avancée par A. DIONISI-PEYRUSSE pourrait être prise en compte. L'auteur défend l'idée que la prohibition servant de base à un principe essentiel du droit français doit être expresse. Cette piste de réflexion se révèle pertinente, car il semble bien que la Cour régulatrice fonde les principes essentiels du droit français sur une prohibition expresse.

179. Enfin, les développements de P. HAMMJE doivent également être soulignés. Ces principes sont essentiels, car ils « *façonnent l'ordre juridique français* »<sup>643</sup>. Ainsi, les principes

---

<sup>638</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 199.

<sup>639</sup> Pour les doutes sur cette distinction (J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2122).

<sup>640</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., p. 129.

<sup>641</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2122.

<sup>642</sup> *Ibidem*.

<sup>643</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 754.

sont essentiels, car ils fondent, caractérisent le droit français ou en déterminent le fonctionnement.

180. **Premier essai de distinction entre principes essentiels du droit français et ordre public international.** De manière synthétique, les principes essentiels du droit français seraient des principes distincts des droits fondamentaux et de « *l’ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité* », qui possèdent une source nationale dans le domaine du statut personnel, qui seraient propres au droit substantiel et qui résulteraient d’une prohibition expresse du droit français. Ces principes seraient essentiels, car ils fondent, caractérisent le droit français ou en déterminent le fonctionnement. Au regard de cette définition, la catégorie des principes essentiels du droit français semble être particulièrement réduite.

181. Cette première approche de l’articulation entre principes essentiels du droit français et ordre public international au travers des différents travaux de la doctrine est éclairante. Cependant, elle ne dissipe pas l’ensemble des interrogations. En effet, elle tente d’identifier un principe essentiel du droit français sans réellement y parvenir. De plus, elle ne répond pas à la question la plus délicate qui est de déterminer la raison pour laquelle un principe serait suffisamment essentiel pour devenir un principe essentiel du droit français, sans pour autant qu’il ne se confonde avec un autre composant de l’ordre public international. Une nouvelle articulation pourrait être proposée en se fondant à la fois sur la signification du terme « *essentiel* » et sur la finalité propre des principes essentiels du droit français.

182. **Articulation fondée sur une approche téléologique.** Il nous semble donc que cette question ne pourra être résolue sans déterminer précisément le sens du terme « *essentiel* ». Il est peu probable que l’utilisation du terme « *essentiel* » par la Cour régulatrice ne soit pas un choix délibéré. Pour une partie de la doctrine : « *c’est sans doute la marge gagnée par l’expression “principe essentiel”, au lieu de principes “fondamentaux” ou principes “absolus”, qui contient la possibilité de reconnaître comme “essentiel” un principe qui n’est pas sans exception en France* »<sup>644</sup>.

---

<sup>644</sup> D. BERTHIAU et L. BRUNET, « L’ordre public au préjudice de l’enfant », *D.* 2011, 1522-1529, spé., p. 1524.



183. Notons tout d'abord qu'il est devenu d'actualité de se référer à l'expression « *principes essentiels* ». En effet, un comité, présidé par R. BADINTER a été chargé de définir « *les principes essentiels du droit du travail* »<sup>645</sup>. La mission confiée aux membres de ce comité était de « *dégager les principes juridiques les plus importants à [leurs] yeux* »<sup>646</sup>. Par conséquent ils devaient « *procéder à une analyse des dispositions actuelles du droit du travail pour mettre en lumière les piliers sur lesquels repose l'édifice* »<sup>647</sup>.

184. Comme l'a précisé P. HAMMJE, le terme « *essentiel* » peut avoir plusieurs acceptions. Il peut désigner des droits considérés comme fondamentaux par rapport à leur source, mais il peut également désigner « *des principes consubstantiels au droit français, ceux qui en sont le fondement, qui le caractérisent ou encore en déterminent le fonctionnement* »<sup>648</sup>. Nous avons précédemment privilégié cette deuxième interprétation.

185. Cependant, nous pensons qu'il convient d'adopter une démarche encore plus franche. Selon notre conception, les principes essentiels du droit français sont les principes dont l'existence conditionne la survie des domaines juridiques dont ils proviennent. Ainsi, les « *principes essentiels du droit français* » sont distincts des autres composantes de l'ordre public international non pas en raison de ce qu'ils sont, mais en raison de leurs finalités. Nous allons observer que si l'ordre public international et les principes essentiels du droit français ont pour fonction de protéger les valeurs essentielles du for et l'ordre juridique français, les principes essentiels du droit français ont une autre finalité supplémentaire.

186. En effet, « *les principes essentiels du droit français* » et les autres composants de l'ordre public international permettent de protéger les valeurs essentielles du for. Cependant, en plus d'accomplir cette fonction, les « *principes essentiels du droit français* » en accomplissent une autre : ils viennent sauvegarder l'équilibre et la stabilité de l'ordre juridique français, du moins dans les domaines du droit qui sont concernés par ces mêmes principes.

187. Cette hypothèse se vérifie au regard des deux principes essentiels du droit français que la Cour régulatrice a expressément défini qui sont le principe de l'indisponibilité de l'état des

---

<sup>645</sup> Rapport au Premier ministre, *Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail* (Prés. R. BADINTER), 2016.

<sup>646</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>647</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>648</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 754.

personnes et le principe de respect de la vie privée et familiale et l'égalité des parents. La disparition du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes provoquerait une remise en cause de l'ensemble du système normatif relatif à l'état des personnes<sup>649</sup>. De la même façon, le principe de respect de la vie privée et familiale et l'égalité des parents, s'il venait à disparaître, viendrait également déstabiliser, pour ne pas dire disloquer l'ensemble du droit de la filiation relatif aux droits parentaux. Ainsi, il nous semble que la différence fondamentale entre un principe essentiel du droit français et un principe d'ordre public international est la seconde finalité qui est associée aux principes essentiels du droit français. Ils sont distincts des autres principes d'ordre public international, car ils préservent la survie des domaines juridiques auxquels ils sont associés.

188. Ce premier axe de recherche nous a permis d'observer l'émergence des principes essentiels du droit français qui résulte de la volonté de la Cour de cassation dans le but rajeunir la définition proposée dans l'arrêt *Lautour*<sup>650</sup>. Nous avons également abordé la définition et la qualification des principes essentiels du droit français qui sont les deux étapes permettant de les distinguer des autres composantes de l'ordre public international. Cependant, il convient de prêter une attention particulière au deuxième axe de recherche qui se focalisera sur la structure de ces deux ensembles distincts que sont « *les principes essentiels du droit français* » et « *l'ordre public international* ».

## **Section 2 : Les incidences de l'élaboration structurelle de l'ordre public international**

189. L'émergence des principes essentiels du droit français est venue modifier la structure classique de l'ordre public international (Sous-section 1), ce qui amène à devoir analyser la portée de cette modification (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : La modification structurelle de l'ordre public international**

190. La modification structurelle de l'ordre public international a tout d'abord comme source la création d'un « *sous ensemble* » de l'ordre public international qui est composé des principes

---

<sup>649</sup> Nous observerons ultérieurement comment ce principe est remis en cause par les décisions récentes relatives aux effets, en France, des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger (*Cf. infra*).

<sup>650</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

essentiels du droit français (§1). Cependant, la frontière qui sépare ces deux ensembles n'est pas totalement étanche puisque les principes peuvent, par hypothèse, évoluer d'un ensemble à un autre (§2).

### **§1. La création jurisprudentielle d'un « sous-ensemble » de l'ordre public international**

191. La modification structurelle de l'ordre public international est symbolisée par la création d'un « *sous ensemble* » à l'intérieur de l'ordre public international composé des principes essentiels du droit français (A). La formation de ce « *sous-ensemble* » semble être fondée par la « *super-impérativité* »<sup>651</sup> accordée aux principes essentiels du droit français (B).

#### **A) Les principes essentiels du droit français comme « *noyau dur* » de l'ordre public international**

192. *Nouvelle structure de l'ordre public international.* L'existence de la nouvelle structure de l'ordre public international a été clairement affirmée aussi bien par la Cour régulatrice que par la doctrine, ce qui aboutit à représenter l'ordre public interne, l'ordre public international et les principes essentiels du droit français sous la forme de trois cercles concentriques. L'émergence des « *principes essentiels du droit français* » aurait pu laisser présager la disparition de l'arrêt *Lautour*<sup>652</sup> et de la définition classique de l'ordre public international. Cependant, il n'en est rien. La Cour régulatrice a précisé que « *les principes essentiels du droit français complètent la définition traditionnelle de l'ordre public international sans la faire disparaître* »<sup>653</sup>. Ainsi, à côté de l'ensemble des valeurs qui constituerait l'ordre public international, il existerait un autre ensemble qui serait composé des « *principes essentiels du droit français* ». En commentant le rapport de la Cour de cassation ayant pour thème l'ordre public, J. GUILLAUMÉ a conclu : « *Ainsi, l'ordre public interne contient un noyau dur formant l'ordre public international, qui lui-même contiendrait un noyau dur formant les principes essentiels du droit français* »<sup>654</sup>. Par conséquent, l'émergence des principes essentiels du droit français a bien modifié la structure de l'ordre public international, ce dernier devenant alors le contenant des principes essentiels du droit français. Cette évolution structurelle de

---

<sup>651</sup> Sur l'emploi de l'expression « *super-impérativité* », Cf. J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2122.

<sup>652</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>653</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2122.

<sup>654</sup> *Ibidem.*

l'ordre public international s'explique par la « *super-impérativité* » qui est accordé aux principes essentiels du droit français<sup>655</sup>. D'autres auteurs ont présenté les principes essentiels du droit français comme « *le cœur inviolable de l'ordre public* »<sup>656</sup>.

193. **Représentation de la nouvelle structure.** Cette nouvelle représentation des différents « *ordres public* » n'est pas sans rappeler la représentation géométrique de l'ordre public international et de l'ordre public interne. En effet, nous avons déjà observé que l'ordre public international est représenté comme une subdivision de l'ordre public interne sous la forme de deux cercles concentriques<sup>657</sup>. Ainsi, tout est ce qui est d'ordre public international est forcément d'ordre public interne sans que la réciproque ne soit vraie. Cette représentation est seulement pertinente pour la différence de contenu entre l'ordre public interne et l'ordre public international. Si la définition classique de l'ordre public international et les principes essentiels du droit français coexistent, cette représentation géométrique de la structure de l'ordre public international a forcément été modifiée. Par conséquent, la structure de l'ordre public international aurait été redéfinie par la Cour régulatrice par la création d'une « *sous-structure* » qui serait composée des principes essentiels du droit français. La représentation géométrique de cette nouvelle structure serait alors la suivante : l'ordre public interne, l'ordre public international et les principes essentiels du droit français seraient représentés sous la forme de trois cercles concentriques. L'ordre public interne englobe l'ordre public international et l'ordre public international englobe les principes essentiels du droit français.

194. Cette représentation se justifie si l'on considère que toutes les valeurs protégées par les principes essentiels du droit français correspondent avec celles de l'ordre public international et que toutes les valeurs de l'ordre public international correspondent à celles de l'ordre public interne. Au regard de la jurisprudence concernant les principes essentiels du droit français, cette représentation apparaît comme pertinente. À aucun moment la Cour régulatrice n'a pu laisser penser qu'une valeur intégrée dans les principes essentiels du droit français ne correspondrait pas à celles qui existent dans l'ordre public international ou l'ordre public interne. De plus, il est difficile de concevoir qu'un principe essentiel du droit français ne serait pas en conformité avec l'ordre public international ou l'ordre public interne.

---

<sup>655</sup> *Ibid.*

<sup>656</sup> F. MONÉGER et G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français », *op. cit.*, p. 453.

<sup>657</sup> *Cf. supra.*

195. **Implications de la nouvelle structure.** Les implications de cette subdivision entre les principes essentiels du droit français et l'ordre public international ne sont pas les mêmes que celles que l'on retrouve dans la subdivision de l'ordre public interne et de l'ordre public international.

196. Premièrement, la subdivision entre l'ordre public interne et l'ordre public international quant à leurs contenus s'explique par la nécessité de maintenir une certaine cohérence. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES insiste sur « *l'incohérence qu'il y'aurait de la part d'un État, à faire mécaniquement de ses règles d'ordre public interne des éléments de l'ordre public international au motif de l'importance qu'elles tireraient de leur qualité de règle d'ordre public interne* »<sup>658</sup>. Les risques d'une telle manœuvre sont importants : « *Si cela se produisait, la simple qualité de règle d'ordre public interne suffirait à la faire prévaloir sur la loi étrangère d'un contenu incompatible, quand bien même cette dernière serait désignée comme applicable, dans un cas donné, par la règle de conflit de lois* »<sup>659</sup>. Ainsi, seules certaines valeurs et quelques principes, considérés comme essentiels, doivent être protégés à l'international.

197. Cette subdivision prend un tout autre sens pour les principes essentiels du droit français. En effet, le contenu de l'ordre public international et le contenu des principes essentiels du droit français ont tous les deux vocations à protéger des valeurs et des principes à l'international. L'intégration de toutes les valeurs de l'ordre public international dans les principes essentiels du droit français, et inversement, ne provoquerait pas les mêmes dérives que l'intégration de toutes les règles d'ordre public internes dans l'ordre public international.

198. Deuxièmement, la subdivision entre l'ordre public interne et l'ordre public international se fonde sur le caractère essentiel des valeurs qui composent l'ordre public international. Cependant, les principes essentiels du droit français et l'ordre public international sont tous les deux composés des valeurs essentielles du for qui ne pourraient être remises en cause par l'application d'une norme étrangère.

---

<sup>658</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « *L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère* », *RCADI* 2015, t. 371, p. 224, n° 66.

<sup>659</sup> *Ibidem*.

199. Troisièmement, la subdivision entre l’ordre public international et les principes essentiels du droit français a pour unique fondement la « *super-impérativité* »<sup>660</sup> de ces derniers par rapport aux éléments qui composent l’ordre public international. Les précisions de la Cour régulatrice sur l’émergence de cette « *super-impérativité* », pourtant essentielle, ont été très limitées. Cependant, elle provoque en elle-même toute une série d’interrogations. La plus significative d’entre elle est de savoir quelle est la cause de la « *super-impérativité* » des principes essentiels du droit français.

200. Il convient de constater que la perturbation des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international est seulement la cause de cette « *super-impérativité* » et que la notion de « *super-impérativité* » tout en étant nouvelle, bouleverse la hiérarchie des valeurs de l’ordre public international.

### **B) Un « noyau dur » fondé sur la « *super-impérativité* » des principes essentiels du droit français**

201. *Hypothèse de perturbation des modalités de mise en œuvre.* Il existerait une hypothèse selon laquelle les principes essentiels du droit français viendraient modifier les modalités de mise en œuvre de l’ordre public international. En effet, la Cour de cassation a affirmé que les principes essentiels du droit français viendraient bouleverser les modalités de mise en œuvre de l’ordre public international que sont l’ordre public plein, l’ordre public atténué et l’ordre public de proximité<sup>661</sup>. La Cour régulatrice a affirmé que seul l’ordre public plein pourrait être mis en œuvre lorsque sont invoqués des principes essentiels du droit français<sup>662</sup>. L’ordre public atténué et l’ordre public de proximité seraient quant à eux totalement mis à l’écart<sup>663</sup>. Cette affirmation, loin d’être totalement avérée, mérite d’être largement discutée. Elle ne sera donc pas occultée. Bien au contraire, elle fera l’objet de développements conséquents, mais elle dépasse le cadre de l’étude de la « *super-impérativité* » des principes essentiels du droit français<sup>664</sup>. En effet, au stade de nos développements, il convient de constater que la perturbation des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international par les principes essentiels du droit français est

---

<sup>660</sup> Comme nous l’avons évoqué précédemment, l’expression de « *super-impérativité* » est attribuée à J. GUILLAUMÉ : Cf. J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2122.

<sup>661</sup> Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L’ordre public*, 2013, pp. 97- 489, spé., pp. 199-200.

<sup>662</sup> *Ibidem.*

<sup>663</sup> *Ibid.*

<sup>664</sup> Sur ce point, Cf. *infra*.

uniquement une des *conséquences* de la « *super-impérativité* » et qu’il ne peut pas s’agir de la *cause* de cette « *super impérativité* ».

202. ***Perturbation des modalités de mise en œuvre : conséquence de la « super-impérativité »***. Nous avons observé que les principes essentiels du droit français étaient dotés d’une « *super-impérativité* ». Néanmoins, cette « *super-impérativité* » ne peut pas être *fondée* ou *causée* par la mise en œuvre de l’ordre public plein. Cette affirmation a pour base une simple constatation : la qualification d’un principe essentiel du droit français ou la distinction entre un principe d’ordre public international et un principe essentiel du droit français sont étrangères à la mise en œuvre de l’ordre public plein, l’ordre public atténué ou l’ordre public de proximité. En effet, un principe essentiel du droit français obtient cette qualification non pas en raison de comment il est mis en œuvre, mais en raison de ce qu’il est<sup>665</sup>. De la même façon, la distinction entre un principe essentiel du droit français et un principe d’ordre public international s’effectue parfaitement sans prendre en compte les modalités de mise en œuvre. Ainsi, admettre la solution inverse reviendrait à considérer qu’un principe d’ordre public international peut être qualifié de principe essentiel du droit français dès lors que seul l’ordre public plein est mis en œuvre lorsqu’il est invoqué. Nous voyons bien dans cet exemple toute la problématique. Ce n’est pas parce qu’un principe est mis en œuvre au travers du seul ordre public plein qu’il devient un principe essentiel du droit français. Il convient d’inverser le raisonnement : c’est parce qu’un principe est considéré en *lui-même* comme un principe essentiel du droit français qu’il est mis en œuvre au travers de l’ordre public plein. Par conséquent, il semble bien que la « *super-impérativité* » des principes essentiels du droit français *cause* la perturbation des modalités de mise en œuvre. Inversement, les modalités de mise en œuvre ne causent pas la « *super-impérativité* ».

203. « ***Super-impérativité*** » et le ***bouleversement de la hiérarchie des valeurs***. La « *super-impérativité* » des principes essentiels du droit français semble être bien plus novatrice pour l’ordre public international que l’on pourrait croire. En effet, l’ordre public international est classiquement présenté comme un ensemble homogène, dans le sens où les valeurs qui le composent sont dotées d’une impérativité équivalente. Toutes les valeurs qui le composent

---

<sup>665</sup> Nous retrouvons l’idée que la qualification de principes essentiels du droit français échappe à la prise en compte de la modalité de mise en œuvre de l’ordre public international dans les propos de J. GUILLAUMÉ : c’est « *en raison* » du caractère absolu des principes essentiels du droit français (*cause*) que ni l’ordre public atténué ou l’ordre public de proximité ne peut être utilisés (*conséquences*) (J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2014, p. 2123).

sont placées sur le même niveau d'importance et donc d'impérativité. Une valeur n'est plus importante qu'une autre.

204. Nous savons dorénavant que cette impérativité équivalente de l'ordre public international doit composer avec la « *super impérativité* » des principes essentiels du droit français. Nous savons également que ces principes reposent sur des valeurs qu'il convient de défendre à l'international. Cependant, ces valeurs sont considérées comme plus impératives. Par conséquent, en plus de déterminer les valeurs qui composent l'ordre public international, la Haute juridiction détermine quelle valeur est plus impérative qu'une autre. Notons que la détermination de cette « *super-impérativité* » semble reposer sur la volonté propre de la Cour régulatrice et qu'il est difficile de déterminer le critère qui permettrait de déterminer et de prédire pourquoi une valeur est plus impérative qu'une autre.

205. Nous venons d'observer la modification structurelle de l'ordre public international est qui maintenant composé de deux ensembles distincts. Cette coexistence des principes essentiels du droit français et de l'ordre public international implique-t-elle cependant que ces deux ensembles sont totalement étanches l'un à l'autre ?

## **§2. La porosité de la frontière existante entre les « *principes essentiels du droit français* » et « *l'ordre public international* »**

206. Il convient maintenant d'apprécier la frontière qui sépare les composants de l'ordre public international et les principes essentiels du droit français. En effet, rien n'indique qu'il est exclu qu'un principe relevant de l'ordre public international ne soit pas promu au rang des principes essentiels du droit français. Inversement, rien n'indique qu'un principe essentiel du droit français ne puisse se voir retirer sa « *super-impérativité* » et basculer dans l'ordre public international. Il est possible de considérer que « *l'ordre public alimentaire* » ait basculé parmi les principes essentiels du droit français même si cette hypothèse est à relativiser (A) et l'on peut également s'interroger sur la question de savoir si « *l'homoparenté* » ne serait pas dorénavant un des composants de l'ordre public international (B).



**A) Le passage de « l'ordre public alimentaire », « ordre public international » à « l'ordre public alimentaire », « principes essentiels du droit français »**

207. **Hypothèse de transformation.** Nous avons évoqué que la Cour de cassation avait eu recours au « principe d'ordre public alimentaire » pour faire obstacle aux répudiations musulmanes prononcées à l'étranger<sup>666</sup>. Ce principe d'ordre public alimentaire s'exprimait alors dans le domaine du divorce pour prémunir l'épouse répudiée d'une compensation pécuniaire dérisoire. La Cour de cassation a également eu recours à un « ordre public alimentaire » dans le domaine de la filiation en affirmant que « les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'égard de l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires »<sup>667</sup>.

208. S'agissant des arrêts du 27 septembre 2017<sup>668</sup>, nous avons précédemment observé qu'une partie de la doctrine avait considéré que le principe essentiel dont il était question relevait de « l'ordre public alimentaire »<sup>669</sup>. Cette affirmation peut être interprétée de deux façons. La première est de considérer « l'ordre public alimentaire » comme un ensemble de principes et qu'un de ses principes serait devenu un principe essentiel du droit français. La seconde est de considérer que « l'ordre public alimentaire » est un principe en lui-même et que ce principe est donc un principe essentiel du droit français. Cette seconde interprétation semble l'emporter étant donné que la Cour de cassation s'est référée au « principe d'ordre public alimentaire »<sup>670</sup>. En réalité, cette distinction a peu d'importance au regard de l'objet de notre étude, car les deux interprétations reflètent la même idée : la transformation d'un principe d'ordre public international en un principe essentiel du droit français. Les auteurs, qui défendent la thèse selon laquelle la Haute juridiction aurait érigé « l'ordre public alimentaire » au rang des principes essentiels des droits français, ont apporté les précisions suivantes :

---

<sup>666</sup> Cf. *supra*.

<sup>667</sup> Cass. 1re., 3 nov. 1988, n° 87-11.568, [Zahia] : *Rev. crit. DIP* 1989, 495, note J. FOYER ; *JDI* 1989, 703, note F. MONÉGER.

<sup>668</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>669</sup> L. DIMITROV et M.-L. NIBOYET, *préc.*, *Gaz Pal.* 2018, 1, p. 83.

<sup>670</sup> La Cour de cassation se réfère explicitement au « principe d'ordre public alimentaire » (Cour de cassation, Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489, *spé.*, p. 132).

« *En droit des successions, cela revient à ériger en principe essentiel du droit français un droit des héritiers à un minimum vital, qui devient ainsi un succédané de la réserve. Il aura vocation à jouer, au premier chef, au bénéfice d'enfants mineurs (en général dépourvus de ressources) ou de majeurs vulnérables (dans l'incapacité de travailler en raison d'un handicap physique ou mental par exemple), surtout s'ils étaient dans une situation de dépendance économique vis-à-vis du défunt* »<sup>671</sup>.

209. On retrouve l'idée que le « *minimum vital* » ne serait pas une simple composante de l'ordre public international mais bien un principe essentiel du droit français éminemment plus impératif. Si cette transformation d'un principe d'ordre public international en un principe essentiel du droit français est avérée, il s'agirait alors de la première qui peut être observée. Cette affirmation doctrinale soulève donc la question de savoir si « *l'ordre public alimentaire* », qui faisait initialement partie de l'ordre public international, serait devenu un principe essentiel du droit français.

210. « ***L'ordre public alimentaire*** » et le passage de la sphère « *ordre public international* » à la sphère « *principe essentiel du droit français* ». Le passage de la sphère « *ordre public international* » à la sphère « *principe essentiel du droit français* » aboutit à reconnaître une qualification différente à l'ordre public alimentaire et ce changement de qualification amènera plusieurs remarques.

211. Si « *l'ordre public alimentaire* » faisait partie de l'ordre public international et que la Haute juridiction considère que la loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire n'est pas contraire à l'ordre public international, alors, en toute logique, la loi étrangère n'est pas contraire à « *l'ordre public alimentaire* ». Néanmoins, elle précise que la loi étrangère pourrait être contraire à un principe essentiel du droit français. Ce principe pourrait donc être celui de « *l'ordre public alimentaire* ». En effet, on retrouve l'idée du « *minimum vital* » qui devrait être accordé à un individu dans le sens où la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire ne doit pas placer l'héritier dans une situation de précarité économique. Ainsi, « *l'ordre public alimentaire* », absent de l'ordre public international (la loi étrangère n'est pas contraire à l'ordre public international) aurait été introduit dans la sphère plus impérative des principes essentiels

---

<sup>671</sup> L. DIMITROV et M.-L. NIBOYET, *préc.*, *Gaz Pal.* 2018, 1, jurispr. p. 83.

du droit français (la loi étrangère peut être contraire aux principes essentiels du droit français si elle ne donne pas à l'héritier un minimum vital).

212. Considérer « *l'ordre public alimentaire* » comme un principe essentiel du droit français, dans le domaine du droit des successions conduit immédiatement à se questionner sur les autres domaines que sont le droit du divorce et le droit de la filiation. Cependant, il ne semble pas que ces autres domaines soient impactés par cette nouvelle qualification de « *l'ordre public alimentaire* », car la Cour de cassation semble délaisser ce dernier au profit de l'ordre public de proximité que ce soit pour les répudiations ou l'établissement de la filiation naturelle<sup>672</sup>.

213. Enfin, cette transformation d'un principe d'ordre public international en un principe essentiel du droit français pourrait parfaitement être réitérée pour un autre principe. Néanmoins, cette démarche ne semble pas être totalement balisée par la Cour régulatrice et il est difficile d'établir à l'avance les critères qui permettent d'opérer une telle transformation.

214. Nous venons donc d'observer l'hypothèse de la transformation d'un principe d'ordre public international en un principe essentiel du droit français. Une autre hypothèse doit également être étudiée. Il convient maintenant de s'interroger sur un renversement total de paradigme. L'hypothèse serait la suivante : un principe essentiel du droit français disparaît, mais son pendant négatif devient un principe d'ordre public international. Par exemple, un principe essentiel du droit français (X) disparaît et un principe opposé à ce dernier (Y) fait partie de l'ordre public international. Nous pouvons prendre comme exemple le principe « *d'altérité sexuelle du couple parental* ». Ce principe a été considéré comme un « *principe essentiel du droit français* », mais on peut se demander si « *l'homoparenté* », son principe opposé, ne serait pas devenu un principe qui fait partie de l'ordre public international.

**B) De « *l'altérité sexuelle du couple parental* », « *principe essentiel du droit français* », à « *l'homoparenté* », composante de « *l'ordre public international* »**

215. *Altérité sexuelle du couple parental et « principe essentiel du droit français ».* « *L'altérité sexuelle du couple parental* » a clairement été présentée comme étant un principe essentiel du droit français. Nous savons que la Cour de cassation, dans les deux arrêts du 7 juin

---

<sup>672</sup> Ce point fera l'objet de nombreux développements dans la deuxième partie de notre étude.

2012<sup>673</sup>, a affirmé que l’inscription sur les registres d’état civil français d’un enfant comme né de deux parents du même sexe était contraire aux principes essentiels du droit français de la filiation<sup>674</sup>. Le principe essentiel du droit français de la filiation qui était présenté était celui de « *l’altérité sexuelle du couple parental* »<sup>675</sup>. Ainsi, « *la filiation naturelle à l’égard d’un père et d’une mère ne saurait être utilement remplacée par une parenté à l’égard de deux pères ; un plus un ne faisant pas en toutes circonstances deux* »<sup>676</sup>. Cette qualification de « *principe essentiel du droit français* » n’était pas surprenante étant donné qu’elle était basée sur une certaine conception de la parenté.

216. La « *parenté* » doit être soigneusement distinguée de la « *parentalité* », car nous devons seulement prendre en compte le principe « *sexué* » de la parenté. Ces deux notions sont souvent présentées comme similaires alors qu’elles reflètent deux réalités bien différentes. Pour C. SIFFREIN-BLANC, la « *parenté* », s’entend comme « *un lien juridique qui, en créant un ensemble de droit et d’obligations spécifiques, insère dans la généalogie* »<sup>677</sup>, tandis que la « *parentalité* » n’est qu’une « *fonction de fait remplie par deux adultes auprès d’enfants* »<sup>678</sup>. L’auteur synthétise alors cette différence de cette façon : « *En bref, la parenté correspond au titre de parent duquel découle la fonction parentale ; la parentalité ne s’entend que de la*

<sup>673</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262, *préc.*

<sup>674</sup> Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation avait opposé l’ordre public plein et refusé l’*exequatur* à des jugements étrangers d’adoption par un couple homosexuel. Les faits présentaient beaucoup de similitudes. Dans le premier arrêt, un couple homosexuel franco-britannique demeurant au Royaume-Uni avait adopté un enfant et avait par la suite sollicité l’*exequatur* de cette décision. Dans le deuxième arrêt, un couple franco-canadien ayant adopté un enfant avait demandé l’*exequatur* du jugement ayant prononcé l’adoption. Contrairement à la Cour de cassation, la Cour d’appel de Paris avait répondu favorablement à ces demandes. Cette réponse de la Cour régulatrice est fondée sur la motivation suivante : la transcription des jugements d’adoption sur les registres de l’état civil tient lieu d’acte de naissance pour l’adopté ce qui aboutit à faire apparaître sur l’acte de naissance les seuls parents adoptifs et donc les membres du couple homosexuel (sur ce point Cf. L. GANNAGÉ, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 587-594). Cependant, un auteur a remis en cause la motivation de la Cour régulatrice : « *Cette motivation était très discutable. Était en effet en cause le principe de fond selon lequel, en France, un enfant ne pouvait pas avoir deux pères ou deux mères, non sa traduction à l’état civil. Ceci d’autant plus qu’une transcription d’adoption plénière “tient lieu” d’acte de naissance à l’adopté mais “n’est pas” un acte de naissance (C.civ., art 354), ne le fait pas apparaître comme “né de” son ou ses parents adoptifs mais fait expressément référence au jugement d’adoption : elle exprime donc bien la vérité de la filiation, contrairement à une idée très communément véhiculée* » (P. SALVAGE-GEREST, « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l’adoption internationale », *Dr. famille* 2013, dossier 33, pp. 60-61, *spé.*, p. 60).

<sup>675</sup> L’auteur précise : « *L’altérité sexuelle est ainsi au cœur de la notion de couple parental, nécessairement formé d’un homme et d’une femme. Il n’est pas possible, à cet égard, d’inscrire à l’état civil un enfant comme né de parents de sexe identique, deux pères ou deux mères n’équivalant pas un père et une mère* ». L’auteur reprend à son compte les propos de F. CHÉNEDÉ qui rappellent « *le caractère nécessairement hétérosexué de la parenté* ». Ainsi, L. GANNAGÉ conclut : « *Il y’aurait ici, dans cette nécessaire altérité sexuelle du couple parental, un principe essentiel du droit de la filiation* » (L. GANNAGÉ, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 590).

<sup>676</sup> L. D’AVOUT, « La parenté homosexuelle à travers l’adoption : réflexions d’actualité », *D.* 2012, Point de vue pp. 1973-1974, *spé.*, p. 1974.

<sup>677</sup> C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, PUAM, 2009, p. 88, n° 79.

<sup>678</sup> *Ibidem*.

*fonction parentale sans établissement de lien de filiation* »<sup>679</sup>. Cette distinction entre « parenté » et « parentalité » est essentielle s'agissant des couples de même sexe comme l'a parfaitement montré H. FULCHIRON<sup>680</sup>.

217. Selon C. SIFFREIN-BLANC, « le caractère sexué est l'un des principes les plus fondamentaux du système de parenté »<sup>681</sup>. L'auteur fonde cette constatation sur « la nature même de l'Homme »<sup>682</sup> puisque « la naissance d'un individu passe par un mode de reproduction sexuée »<sup>683</sup>. Ainsi, « d'une manière implicite mais significative, le principe sexué s'inscrit dans les principes généraux du droit de la filiation »<sup>684</sup>.

---

<sup>679</sup> *Ibid.*

<sup>680</sup> Comme l'a parfaitement rappelé H. FULCHIRON, la question de l'homoparentalité recouvre, juridiquement, deux problèmes bien distincts : « Se pose d'une part la question de la parenté i.e. la création d'un lien de filiation à l'égard de personne homosexuelle vivant en couple, ou plus radicalement, la création d'un double lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe (la création d'un double lien de filiation monosexué), reliant un enfant à un couple de même sexe en tant qu'un enfant de ce couple ». D'autre part, « se pose la question de la parentalité i.e la prise en charge de l'enfant par ce couple sans nécessairement créer un double lien de filiation, selon des techniques juridiques diverses » (H. FULCHIRON, « Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale », *RID comp* 2012, pp. 93-111, spé., p. 94). Cette distinction ressort également dans les propos de C. SIFFREIN-BLANC : « il ne s'agit pas seulement pour deux femmes ou deux hommes d'élever ensemble un enfant, d'exercer des fonctions parentales, mais il s'agit pour eux d'obtenir un statut de parents, relevant du registre de la parenté et non de la parentalité (C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, op. cit., p. 85, n° 74).

<sup>681</sup> C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, op. cit., p. 85, n° 75.

<sup>682</sup> C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, op ; cit., p. 85, n° 75. Cette affirmation est à mettre en perspective avec la liaison qu'entretiennent le droit et l'anthropologie. Selon M.-L. CICILE DELFOSSE, l'admission de la dimension anthropologique du droit conduit à rejeter l'homoparenté : « La double parenté unisexuée met en cause les deux éléments fondamentaux e l'espèce humaine : le sexe-le don de la vie- et la génération-la descendance. Elle bouscule plus précisément, la différence de sexe - l'alliance du féminin et du masculin à l'origine de toute vie humaine –et la différence des générations - l'inscription de l'être humain au sein d'une lignée. Or, ne s'agit-il pas justement de données fondamentales de l'être humain, de réalités objectives et universelles avec lesquelles on ne saurait transiger ? Ne serait-ce pas "l'abscisse et l'ordonnée de chaque être humain, les deux données fondamentales qui ne peuvent être brouillées sans que s'ensuive une désorganisation de l'être humain tout entier" de sorte que le droit, dans sa dimension anthropologique, devrait les sauvegarder ? Gommer, en effet, toute référence fondatrice à la différence des sexes, à la double racine féminine et masculine, nier l'inscription généalogique pour réinventer et redéfinir une faille conforme aux désirs et aux attentes sociales du moment, n'est-ce pas substituer à un principe de réalité structurant la pure fiction ? » (M.-L. CICILE DELFOSSE, « Droit et anthropologie à propos de "l'homoparentalité" : *Mélanges M.-S. PAYET*, Dalloz, 2012, pp. 113-128, spé., p. 126). Pour une appréciation critique de la « rupture anthropologique » produite par la loi sur le mariage de personnes de même sexe Cf. I. THÉRY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. famille* 2013, dossier 17, pp. 9-12).

<sup>683</sup> L'auteur précise : « Par sexuée, on entend que les individus sont différenciés en mâle ou femelle, mais surtout que chacun possède une lignée de cellules germinales, qui, par méiose, se divisent en gamètes mâles ou femelles, portant la moitié du nombre normal de chromosomes. Lors de la fécondation, la rencontre entre ces deux gamètes fait naître un être porteur d'un jeu de chromosome complet de deux origines » (C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, op. cit., p. 86, n° 75).

<sup>684</sup> *Ibidem*, p. 87, n° 77.

218. Cependant, il convient de se demander si l'évolution de la législation concernant le mariage de couple de même sexe et l'ouverture du droit à l'adoption a fait basculer le principe « d'*homoparenté* » au sein de l'ordre public international.

219. « *Homoparenté* » et *ordre public international*. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013<sup>685</sup>, les revendications des couples homosexuels dépassaient le cadre de la simple homoparentalité et concernaient directement le principe sexué de la parenté<sup>686</sup>. Ainsi, la volonté affirmée était de dépasser la « *filiation généalogique bilinéaire* »<sup>687</sup> pour atteindre « *la filiation bilinéaire non sexuée* »<sup>688</sup>. La loi du 17 mai de 2013 est venue consacrer « *l'homoparenté* »<sup>689</sup>, qui est définie comme le « *lien de filiation juridique reconnue entre un enfant et une personne homosexuelle, en l'absence de lien de filiation biologique entre eux* »<sup>690</sup>. Notons que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013<sup>691</sup> « *a considéré que l'importance de la règle selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme n'est pas suffisante pour accéder à la qualification de PFRLR* »<sup>692</sup>. Il a également refusé de reconnaître le « *principe consacrant le "caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle"* » comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>693</sup>.

220. La loi du 17 mai 2013<sup>694</sup> est venue modifier la place du principe « *d'altérité sexuelle du couple parental* ». Comme le précise A. SINAY-CYTERMANN : « *Avant la loi du 17 mai 2013, l'altérité sexuelle était au cœur de la notion de couple parental, nécessairement formé d'un homme et d'une femme. C'était un principe essentiel du droit de la filiation. Ce principe*

<sup>685</sup> L. n° 2013-404, 17 mai 2013, [ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe], *préc.*

<sup>686</sup> « *En revanche, les revendications de parenté des couples ou de personnes seules homosexuelles touchent de près au principe sexué de la parenté. La question n'est pas celle de la qualification de l'homosexualité, encore moins de la capacité des sujets homosexuels à aimer et à éduquer. Elle est celle de l'institutionnalisation, c'est-à-dire de la codification par la loi, elle-même, d'une structure familiale* » (C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique, op. cit.*, p.89, n° 80).

<sup>687</sup> I. CORPART, « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RPJF* avr.2012, pp. 6-11, spé., p. 10.

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> I. CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJF* 2013, pp. 340-344, spé., p. 340.

<sup>690</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017, p. 577.

<sup>691</sup> Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 : *D.* 2013, 1643, chron, F. DIEU ; *AJF* 2013, 332, étude F. CHÉNÉDÉ, *RFDA* 2013, 923, étude P. DELVOLVÉ ; *RD. sanit. soc.* 2013, 908, note L. BRUNET ; *RTD civ* 2013, obs. J. HAUSER.

<sup>692</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 2013, pp. 945-951, spé., p. 947.

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. 946.

<sup>694</sup> L. n° 2013-404, 17 mai 2013, [ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe], *préc.*

*a été balayé par la loi du 17 mai 2013* »<sup>695</sup>. Il est une chose de « *balayer* » le principe d’altérité sexuelle du couple parental et de consacrer « *l’homoparenté* », mais il en est une autre d’intégrer « *l’homoparenté* » parmi les principes d’ordre public international. Il est possible de s’interroger sur l’introduction de « *l’homoparenté* » au sein des principes qui composent l’ordre public international français.

221. Plusieurs indices laisseraient suggérer que « *l’homoparenté* » puisse faire partie des principes composant l’ordre public international. Tout d’abord, nous savons que la Cour de cassation a érigé le mariage de couple de même sexe au rang des principes qui composent l’ordre public international, dans la célèbre décision dite du « *mariage franco-marocain* »<sup>696</sup>. Par cette décision, qui demeure surprenante<sup>697</sup>, la Cour de cassation favorise à la fois le mariage de couple de même sexe et l’adoption par ces mêmes couples. Ensuite, et en toute logique, la Cour de cassation, en accord avec l’évolution de la législation, ne s’oppose plus à l’adoption par les couples de même sexe et ne s’oppose plus à la reconnaissance de ces adoptions prononcées à l’étranger<sup>698</sup>. Enfin, considérer que « *l’homoparenté* » fasse partie de l’ordre public international laisserait suggérer que ce principe puisse s’opposer à l’application d’une loi étrangère qui prohiberait l’adoption par un couple de même sexe. Comme le suggère S. GODECHOT-PATRIS : « *On peut s’attendre à ce que la contrariété à l’ordre public français d’une telle loi soit retenue, en ce qu’elle reposerait sur une discrimination non justifiée entre couples de même sexe et couples de sexe opposé* »<sup>699</sup>. Ce même auteur précise que cette solution serait la même si la loi étrangère applicable prohibait le mariage de même sexe tout en autorisant l’adoption<sup>700</sup>. On pourrait donc s’interroger sur les implications de la mise en œuvre de l’ordre public international face à ces lois étrangères. En effet, si le principe mobilisé pour s’opposer à l’application de ces lois demeure le principe de non-discrimination, on pourrait considérer que, de manière indirecte, c’est bien le principe « *d’homoparenté* » qui est protégé

<sup>695</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l’ordre public international », *préc.*, p. 652.

<sup>696</sup> Cette décision a déjà fait l’objet de développements dans le cadre de notre étude (*Cf. supra*). Elle sera également abordée ultérieurement dans le cadre d’une étude sur l’ordre public de proximité (*Cf. infra*).

<sup>697</sup> Cette décision demeure particulièrement surprenante, comme l’explique L. GANNAGÉ : « *L’idée selon laquelle le mariage homosexuel participerait désormais des “fondements politiques et sociaux de la civilisation française” ne s’impose pas d’elle-même. On peine en effet à être convaincu de cette mutation aussi brutale que fulgurante de la civilisation, si l’on veut bien se souvenir qu’en 2012 encore, la première chambre civile mettait en avant l’ordre public international pour s’opposer à l’accueil en France des décisions étrangères autorisant l’adoption au profit des couples homosexuels, lesquelles étaient alors jugées contraires “aux principes essentiels” du droit français* [Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262, *préc.*] » (L. GANNAGÉ, *préc.*, JCP G 2015, note 318, pp. 525-529, *spé.*, p. 527).

<sup>698</sup> JCl Civil Code, Art. 370-3 à 370-5, *Fasc. unique*, [par S. GODECHOT-PATRIS], § 40.

<sup>699</sup> *Ibidem*.

<sup>700</sup> *Ibid.*

au titre des principes composant l'ordre public international. Cependant, on pourrait douter de cette interprétation notamment en raison du maintien de la prohibition de la gestation pour autrui qui permettrait l'accès à cette « *homoparenté* ».

222. La modification structurelle de l'ordre public international est une étape importante dans l'évolution de l'ordre public international. L'observation a nous a permis de conclure que l'ordre public international devait contenir une échelle d'impérativité et qu'il est possible que les valeurs qui le composent voient leur impérativité modifiée. Il convient maintenant d'apprécier la portée de cette modification structurelle.

### **Sous-section 2 : La portée de la modification structurelle de l'ordre public international**

223. La Cour de cassation fait coexister deux manifestations de l'ordre public international qui forment, comme nous l'avons vu, deux ensembles distincts, l'un étant le « *noyau dur* » de l'autre. L'objet de cette sous-section est de déterminer comment la Haute juridiction fait usage de ces deux ensembles dans la jurisprudence. Cette utilisation peut être « *parallèle* » dans le sens où la Cour de cassation utilise un ensemble sans jamais évoquer l'autre (§1) mais cette utilisation peut également être « *cumulative* », la Cour faisant alors usage d'un ensemble en invoquant alors l'existence de l'autre (§2).

#### **§1. L'utilisation « *parallèle* » de « *l'ordre public international* » et des « *principes essentiels du droit français* »**

224. La Cour a utilisé parallèlement l'ordre public international et les principes essentiels du droit français dans plusieurs décisions (A) et il convient d'apprécier et de déterminer les conséquences de cette utilisation parallèle (B).



**A) La jurisprudence relative à l'utilisation « parallèle » de l'ordre public international et des « principes essentiels du droit français »**

225. *Décision du 4 novembre 2010*<sup>701</sup>. L'utilisation « parallèle » de « l'ordre public international » et des « principes essentiels du droit français » implique que la Haute juridiction invoque un de ces deux ensembles sans faire intervenir l'autre. Les deux ensembles seraient alors utilisés de manière totalement distincte. Nous savons que la Cour de cassation peut parfaitement utiliser l'ordre public international et ses composants pour faire obstacle à une norme étrangère. Néanmoins, la Cour régulatrice peut également utiliser uniquement les « principes essentiels du droit français » pour remplir le même objectif.

226. Tout d'abord, la Cour de cassation a fait intervenir uniquement les « principes essentiels du droit français » dans l'arrêt du 4 novembre 2010<sup>702</sup>. Pour rappel, la Cour régulatrice avait refusé d'accorder l'*exequatur* au jugement de divorce texan en constatant sa contrariété aux principes essentiels du droit français. La Cour de cassation se réfère uniquement à la notion de principes essentiels du droit français sans jamais mentionner l'ordre public international ou la définition classique de l'arrêt *Lautour*<sup>703</sup>.

227. Ensuite, l'utilisation de la notion de principes essentiels du droit français et la mise à l'écart de la définition de l'arrêt *Lautour*<sup>704</sup> résultent d'un choix délibéré de la Cour régulatrice. En effet, la Haute juridiction a préféré faire intervenir la notion de principes essentiels du droit français au détriment de la définition classique de l'ordre public international. Pour preuve, la Cour de cassation affirme que la Cour d'appel « en a déduit exactement que le jugement étranger portait atteinte à des principes essentiels du droit français » alors que la Cour d'appel avait repris « mot pour mot » la définition de l'arrêt *Lautour*<sup>705</sup> sans jamais évoquer les principes essentiels du droit français<sup>706</sup>.

---

<sup>701</sup> Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, *préc.*

<sup>702</sup> Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, *préc.*

<sup>703</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>704</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>705</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>706</sup> CA [Paris]., 19 fév. 2009, n° 08/01988. La Cour d'appel a alors affirmé : « S'agissant de la conformité du jugement à l'ordre public international, celui-ci ne doit pas comporter de dispositions qui heurtent les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme ayant une valeur internationale absolue ». E. VIGANOTTI avait tiré la conclusion suivante : « En 1948, la Haute juridiction avait, dans cet arrêt *Lautour*, affirmé que le principe selon lequel la réaction de l'ordre public vise "les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue". Cette définition est toujours d'actualité : l'on veut pour preuve le fait que la juridiction d'appel avait précisément invoqué ces motifs, mot pour

228. Cette approche de la Cour de cassation semble ambiguë. De deux choses l'une, soit la Cour d'appel a parfaitement déterminé que le jugement étranger était contraire à l'ordre public international, et donc il était inutile de faire allusion aux principes essentiels du droit français, soit le jugement étranger était contraire aux principes essentiels du droit français, et donc la Cour d'appel aurait dû déduire cette contradiction plutôt que de se référer aux composants moins impératifs de l'ordre public international en prenant pour base la définition de l'arrêt *Lautour*<sup>707</sup>.

229. **Deux décisions du 7 juin 2012**<sup>708</sup>. La Haute juridiction a également utilisé les principes essentiels du droit français de manière parallèle à l'ordre public international dans les deux décisions du 7 juin 2012<sup>709</sup>. Voici comment la Cour de cassation a rédigé les deux attendus.

*« Vu l'article 509 du Code de procédure civile, ensemble l'article 310 du Code civil ; Attendu qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe ; Attendu que pour ordonner l'exequatur du jugement étranger, l'arrêt retient que cette décision, qui prononce l'adoption par un couple non marié et qui partage l'autorité parentale entre les membres de ce couple, ne heurte aucun principe essentiel du droit français et ne porte pas atteinte à l'ordre public international ; Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, cette adoption avait pour effet de rompre les liens de filiation antérieure de l'enfant de sorte que la transcription de la décision étrangère sur les registres de l'état civil français emporterait inscription de l'enfant comme étant né de deux parents de même sexe, la cour d'appel a violé les textes susvisés »*<sup>710</sup>.

230. Cet attendu est divisé en trois séquences. Dans la première, la Cour de cassation érige un principe essentiel du droit français. Dans la deuxième, elle présente la solution de la Cour d'appel qui avait affirmé que la décision étrangère « *ne heurte aucun principe essentiel du droit*

---

*mot, pour fonder sa décision »* (E. VIGANOTTI, « Divorce et ordre public international : piqûre de rappel de la Cour de cassation », *Dr. famille* 2011, comm. 47, pp. 42-44, spé., p. 43).

<sup>707</sup> Arrêt *Lautour*, préc.

<sup>708</sup> Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262, préc.

<sup>709</sup> Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262, préc.

<sup>710</sup> Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, préc.

*français et ne porte pas atteinte à l'ordre public international* ». Dans la troisième, la Cour régulatrice déduit implicitement la contradiction de la décision avec le principe essentiel du droit français.

231. Nous pouvons constater que, tandis que la Cour d’appel avait pris soin de séparer la question de la violation d’un principe essentiel du droit français et celle de l’atteinte à l’ordre public international, la Cour de cassation ne reprend pas cette distinction.

*« Vu l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 509 du Code de procédure civile, ainsi que l'article 310 du Code civil ; Attendu que pour ordonner l'exequatur du jugement, l'arrêt retient que cette décision, qui prononce l'adoption par un couple non marié et partage l'autorité parentale entre les membres de ce couple, ne heurte aucun principe essentiel du droit français et ne porte pas atteinte à l'ordre public international ; Attendu, cependant, qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe ; Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, ainsi qu'il lui incombait, si la transcription du jugement sur les registres de l'état civil français n'aurait pas pour effet d'inscrire cet enfant comme étant né de deux parents du même sexe, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés »<sup>711</sup>.*

232. Ce deuxième attendu est construit différemment que le premier même s’il présente la même solution. En effet, la première séquence présente la solution de la Cour d’appel selon laquelle la décision étrangère « *ne heurte aucun principe essentiel du droit français et ne porte pas atteinte à l'ordre public international* ». La deuxième séquence consiste à ériger le principe essentiel du droit français. Enfin, dans la troisième séquence, la Cour régulatrice déduit implicitement la violation du principe essentiel du droit français. Nous pouvons constater, là encore, que la Cour régulatrice ne reprend pas la distinction opérée par la Cour d’appel entre la question de la violation d’un principe essentiel du droit français et celle de l’atteinte à l’ordre public international.

---

<sup>711</sup> Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.262, *préc.*

233. L'utilisation parallèle de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français résulte d'une démarche volontaire de la Cour régulatrice et il convient d'apprécier cette démarche.

**B) L'appréciation et la cause de l'utilisation « parallèle » des principes essentiels du droit français et de l'ordre public international**

234. *Démarche volontariste.* Nous avons constaté que la Cour de cassation rejette volontairement la définition de l'arrêt *Lautour*<sup>712</sup> dans le premier arrêt. Nous avons également observé qu'elle ne reprend pas la distinction entre la contrariété à l'ordre public international et l'atteinte aux principes essentiels du droit français dans les deux autres arrêts. Dans les deux cas, la Cour de cassation relève uniquement l'atteinte aux principes essentiels du droit français. Cette atteinte justifie à elle seule le rejet de la norme étrangère comme le permet classiquement le mécanisme de l'ordre public international.

235. Cette démarche reflète bien l'idée que les principes essentiels du droit français forment un ensemble distinct de l'ordre public international. Néanmoins, elle illustre dans une moindre mesure l'idée que les principes essentiels du droit français sont le « *noyau dur* » de l'ordre public international. L'utilisation parallèle de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français semble avoir pour principale cause l'insistance qui est faite par la Cour régulatrice sur le caractère intangible de ces derniers. Elle semble vouloir indiquer qu'aucun principe de l'ordre public international n'est suffisamment impératif pour venir faire obstacle à la situation étrangère.

236. *Mécanisme distinct.* Cette démarche d'utilisation unique des principes essentiels du droit français pourrait également laisser penser que ces principes forment un *mécanisme* distinct de l'ordre public international mais qui aurait également la même fonction et les mêmes effets que ce dernier. Les indices en faveur de cette interprétation sont nombreux : la Cour de cassation rejette la définition de l'arrêt *Lautour*<sup>713</sup>, rejette la distinction opérée entre contrariété à l'ordre public international et atteinte aux principes essentiels du droit français, justifie l'éviction de la norme étrangère sur le seul fondement des principes essentiels du droit français.

---

<sup>712</sup> Arrêt *Lautour*, préc.

<sup>713</sup> Arrêt *Lautour*, préc.

Tout laisserait penser que les principes essentiels du droit français et l'ordre public international seraient deux *mécanismes* distincts. Cependant il n'en est rien, car la Cour régulatrice n'a jamais affirmé qu'elle avait créé un deuxième mécanisme exceptionnel au sein du droit international privé. De plus, la création d'un deuxième mécanisme exceptionnel est en elle-même peu probable étant donné que les principes essentiels du droit français sont très peu nombreux, ce qui aboutit donc à réduire considérablement la portée, l'utilité et la pertinence de ce deuxième mécanisme.

237. L'utilisation des deux ensembles que sont l'ordre public international et les principes essentiels du droit français peut être faite de manière totalement distincte. Cependant la Haute juridiction peut également faire une application cumulative de ces deux ensembles.

## **§2. L'utilisation cumulative de « l'ordre public international » et des « principes essentiels du droit français »**

238. L'utilisation cumulative de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français implique de faire intervenir ces deux ensembles distincts dans la même décision. On retrouve ce phénomène dans de nombreuses décisions (A) et il est donc utile d'apprécier cette utilisation cumulative (B).

### **A) La jurisprudence relative à l'utilisation cumulative de l'ordre public international des principes essentiels du droit français**

239. *Trois décisions du 6 avril 2011*<sup>714</sup>. Dans les trois décisions du 6 avril 2011<sup>715</sup>, la Haute juridiction utilise de manière cumulative « l'ordre public international » et « les principes essentiels du droit français ». Cette démarche ressort clairement des trois attendus bien que si la première et la deuxième décision ne soient pas rédigées de la même façon que la troisième.

240. *Première et deuxième décision*. La Cour régulatrice a rédigé de la même façon les deux attendus dans deux décisions.

---

<sup>714</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>715</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

*« Mais attendu qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »<sup>716</sup>.*

241. Nous pouvons observer dans cette première et deuxième décision que la Haute juridiction fait coexister les principes essentiels du droit français et l'ordre public international. Dans un premier temps, elle justifie le refus de transcription de l'acte de naissance établi en exécution de la décision étrangère en raison de la contrariété de cette dernière à l'ordre public international. Dans un second temps, elle affirme que cette contrariété à l'ordre public international est établie, car la décision étrangère comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français. De manière synthétique : une décision étrangère qui comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français est contraire à l'ordre public international.

242. **Troisième décision.** La troisième décision est rédigée d'une façon différente que celles qui ont été observées précédemment.

*« Mais attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; que ce principe fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français »<sup>717</sup>.*

---

<sup>716</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>717</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *préc.*

243. Cet attendu est un peu plus complexe à interpréter. Dans un premier temps la Haute juridiction érige un principe essentiel du droit français et déduit la contrariété à ce principe avec l'effet de la convention de gestation pour autrui. Dans un second temps, elle précise que ce principe essentiel du droit français fait obstacle aux effets de la possession d'état en France, car elle serait la conséquence d'une convention de gestation pour autrui qui est contraire à l'ordre public international français. De manière synthétique, le principe essentiel du droit français fait obstacle aux effets de la possession d'état et de la convention de la gestation pour autrui en raison de la contrariété de cette dernière à l'ordre public international français.

244. *Deux décisions du 27 septembre 2017*<sup>718</sup>. Les deux attendus sont rédigés de la même façon et ils illustrent bien cette utilisation cumulative de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français.

*« Mais attendu qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels »*<sup>719</sup>.

245. La Haute juridiction évoque à la fois les principes essentiels du droit français et l'ordre public international français. Cet attendu est particulièrement difficile à interpréter et la doctrine n'a cessé de souligner les ambiguïtés soulevées par cet attendu.

246. Cependant, la Cour indique qu'une loi qui n'est pas contraire à l'ordre public international peut être évincée si elle heurte les principes essentiels du droit français. Cette solution met tout d'abord en évidence la différence de contenus entre l'ordre public international et les principes essentiels du droit français. L'absence de contrariété à l'ordre public international n'implique pas forcément une absence de contrariété aux principes essentiels du droit français.

247. L'application cumulative de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français appelle plusieurs remarques. D'une part, la Cour de cassation met bien en évidence la distinction entre principes essentiels du droit français et ordre public international

---

<sup>718</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>719</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

et d'autre part, elle a montré des différences dans la rédaction des attendus qui rendent l'interprétation des décisions difficile.

## **B) Appréciation de l'utilisation cumulative de la notion de principes essentiels du droit français et d'ordre public international**

248. *Distinction entre principes essentiels du droit français et ordre public international.* Premièrement, les attendus des trois arrêts du 6 avril 2011 montrent que la Cour de cassation déduit la contrariété à l'ordre public international par l'atteinte aux principes essentiels du droit français. C'est parce que la norme étrangère est contraire aux principes essentiels du droit français qu'elle est contraire à l'ordre public international. Cette démarche fait parfaitement ressortir l'idée que les principes essentiels sont le « *noyau dur* » de l'ordre public international et donc que l'ordre public international contient intégralement les principes essentiels du droit français.

249. Deuxièmement, la tendance décrite précédemment est également perceptible dans les arrêts du 27 septembre 2017<sup>720</sup>. En effet, dans ces arrêts, la Haute juridiction précise que la loi étrangère n'est pas en soi contraire à l'ordre public international, mais elle « *peut être écartée* » si elle conduit à une situation incompatible avec les principes essentiels du droit français. On retrouve là encore l'idée que les principes essentiels du droit français sont distincts des autres composantes de l'ordre public international qui sont plus nombreux et moins impératifs.

250. *Différences induites par l'utilisation cumulative des principes essentiels du droit français et de l'ordre public international.* Nous pouvons cependant noter une différence entre les attendus qui font une application cumulative de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français. Cette différence concerne l'utilisation du vocabulaire étant donné que si elle peut se référer à la « *contrariété* » de la norme étrangère elle peut également faire une double utilisation de la « *contrariété* » et de « *l'éviction* » de la norme étrangère.

251. En effet, dans les arrêts du 6 avril 2011<sup>721</sup>, la Cour de cassation fait référence à la contrariété à l'ordre public international ainsi qu'aux principes essentiels du droit français.

---

<sup>720</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>721</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*



Seule la contrariété de la norme étrangère à l'ordre public international et aux principes essentiels du droit français est évoquée.

252. Dans les arrêts du 27 septembre 2017<sup>722</sup>, la Cour régulatrice fait référence à la *contrariété* de la loi étrangère à l'ordre public international tout en soulignant que cette dernière « *peut être évincée* » par les principes essentiels du droit français. La Cour de cassation mêle donc le *contenu* des deux ensembles que sont les principes essentiels du droit français et l'ordre public international ainsi que *l'effet* de ces deux ensembles qui est l'éviction de la loi étrangère.

253. On peut regretter que pour une décision si attendue, aussi bien s'agissant du sort la réserve héréditaire que de la portée des principes essentiels du droit français, la Cour régulatrice n'ait pas distingué le *contenu* et *les effets* de ces deux ensembles. En effet, il aurait été plus qu'utile que la Cour régulatrice marque bien la différence entre le *contenu* de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français tout en précisant que ces deux ensembles ont bien le même effet, c'est-à-dire l'éviction de la loi étrangère.

254. De plus, la référence à l'appréciation *in concreto* de la norme étrangère s'explique difficilement. La Haute juridiction aurait parfaitement pu se limiter à constater la différence de contenus entre les principes essentiels du droit français et l'ordre public international et déduire que la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire est contraire aux principes essentiels du droit français sans forcément être contraire à l'ordre public international. Cette démarche aurait eu l'avantage de faire ressortir l'idée que les principes essentiels du droit français forment le noyau dur de l'ordre public international, que ces deux ensembles ne se confondent pas, mais que l'un est intégralement contenu dans l'autre, et qu'ils ont les mêmes effets c'est-à-dire l'éviction de la loi étrangère.

---

<sup>722</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

## CONCLUSION DU CHAPITRE

255. L'élaboration *structurelle* de l'ordre public international est, comme nous l'avons dit, la deuxième dimension du processus d'élaboration. Cette deuxième dimension, d'apparition récente, notamment en raison de l'émergence des principes essentiels du droit français est riche d'enseignements.

256. L'étude du processus d'élaboration structurelle nous a permis d'observer que le juge du for pouvait conférer *ab initio* une impérativité plus grande à certains principes qui sont de source purement interne. Cette « *super-impérativité* » bouleverse l'ordonnement traditionnel des différents composants de l'ordre public international. En effet, la formation d'un « *noyau dur* », composé uniquement des principes essentiels du droit français, tend à modifier la structure classique de l'ordre public international.

257. Nous avons observé que la distinction entre les principes essentiels du droit français et les autres composants de l'ordre public international était délicate. La Cour de cassation a tenté de définir ces principes essentiels du droit français, mais la qualification de ces principes est source de nombreuses difficultés. Notons également que la jurisprudence de la Cour de cassation a révélé une utilisation encore confuse des principes essentiels du droit français et des autres composants de l'ordre public international.



## CONCLUSION DU TITRE

258. Les développements précédents nous ont permis d'accorder une attention particulière à l'élaboration de l'ordre public international. Cette *élaboration* correspond au processus par lequel le juge du for façonne les différents composants de l'ordre public international. Il s'agit de la première étape de la démonstration du processus de raréfaction de l'élaboration.

259. Comme nous l'avons évoqué, ce processus d'élaboration a une double dimension, à la fois *substantielle* et *structurelle*. L'élaboration *substantielle* permet au juge du for d'établir les différents composants de l'élément de référence tandis que l'élaboration *structurelle* porte sur l'agencement de ces différents composants, en fonction de leur source et de leur impérativité.

260. L'étude de l'élaboration *substantielle* de l'ordre public international nous a permis de présenter le séquençage de l'essentialisation des différents composants de l'ordre public international. À cet égard, nous avons observé l'influence déterminante du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme.

261. L'étude de l'élaboration *structurelle* a quant à elle favorisé la révélation d'un nouvel agencement ou ordonnancement des différents composants de l'ordre public international en fonction de leur source. Ainsi, nous assistons à une résurgence de la source nationale de l'ordre public international.

262. L'analyse de l'élaboration de l'ordre public international nous permet désormais de démontrer l'existence de sa raréfaction.



## TITRE 2 : LE PROCESSUS DE RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION

263. L'objet de ce présent titre est la démonstration de l'existence du processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international.

264. Cet exercice nécessite de préciser une nouvelle fois ce que recouvre la notion de « *processus* ». Un processus est « *un ensemble de phénomènes consécutifs conçus comme formant une chaîne causale progressive* »<sup>723</sup>. La démonstration de l'existence d'un processus nécessite par conséquent de mettre en perspective l'ensemble des phénomènes consécutifs, formant une « *chaîne causale progressive* ». Cette mise en perspective sera réalisée dans les développements de cette partie.

265. Dès lors, les différents phénomènes qui sont les causes de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international feront l'objet d'une première étude se focalisant sur les « *différentes approches causales* » du processus de raréfaction de l'élaboration (CHAPITRE 1).

266. Cependant, il sera démontré que l'analyse du processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international ne peut se limiter à la révélation de cette « *chaîne causale progressive* ». Il sera ainsi présenté que la mise en perspective des effets et des résultats produits par le processus de raréfaction de l'élaboration sur l'ordre public international est également déterminante (CHAPITRE 2).

---

<sup>723</sup> *Dictionnaire de la langue française*, Lexis, Larousse, 1999, p. 1502.



## CHAPITRE 1 : APPROCHES CAUSALES DE LA RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION

267. La révélation de la « *chaîne causale progressive* » qui forme le processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international nécessite de mettre en perspective un ensemble de phénomènes consécutifs. Si ces différents phénomènes participent tous à la formation de cette « *chaîne causale progressive* », leur intensité et leur importance sont toutes relatives. En effet, si certains phénomènes jouent un rôle majeur dans la formation de cette « *chaîne causale progressive* », et par définition dans le processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international, d'autres ont une importance mineure.

268. Par conséquent, deux approches causales sont à distinguer : l'approche causale dite « *directe* » et l'approche causale dite « *indirecte* ». L'approche causale « *directe* » consiste à étudier les phénomènes « *majeurs* » de cette « *chaîne causale progressive* ». Cette approche causale est « *directe* », car ces phénomènes sont en relation immédiate avec la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public internationale (Section 1).

269. L'approche causale « *indirecte* » consiste à étudier les phénomènes « *mineurs* » de la « *chaîne causale progressive* ». Ces phénomènes favorisent la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international, sans avoir pour effet de provoquer immédiatement cette raréfaction. Ainsi, la causalité est dite « *indirecte* », car ces facteurs ne provoquent pas, en eux même, la raréfaction de l'élaboration, ils interviennent seulement en facilitant la raréfaction de l'élaboration (Section 2).



## **Section 1 : Approche causale « *directe* » de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international**

270. L'approche causale « *directe* » de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international consiste à mettre en perspective les phénomènes qui, une fois mis en relation les uns avec les autres, ont pour effet de provoquer immédiatement la raréfaction de l'élaboration. Dans un premier temps, avant d'observer la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international, il est indispensable de déterminer « *l'étendue* » de cette élaboration. Puisque l'élaboration de l'ordre public international est un processus qui relève du juge étatique, « *l'étendue* » de l'élaboration correspond à la « *marge de manœuvre* » du juge étatique dans l'élaboration de l'ordre public international (Sous-section 1). La mise en perspective des phénomènes qui aboutissent à la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international interviendra dans un second temps. Nous observerons notamment que l'élaboration de l'ordre public international subit une limitation progressive au contact des deux systèmes supranationaux<sup>724</sup> (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Détermination préalable de la « *liberté d'élaboration* » du juge national**

271. La « *marge de manœuvre* » du juge étatique dans le processus d'élaboration de l'ordre public international est une expression dont il convient d'établir le sens. Il s'agit de la liberté du juge étatique dans le processus d'élaboration de l'ordre public international et donc de la « *liberté d'élaboration* » de l'ordre public international. L'étude de cette « *liberté d'élaboration* » permettra d'en préciser à la fois le fondement (§1) ainsi que sa teneur dans le double contexte du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne (§2).

#### **§1. Le fondement de la liberté d'élaboration de l'ordre public international**

272. La détermination du fondement de la liberté d'élaboration de l'ordre public international est une étape essentielle pour l'ensemble des développements relatifs à la raréfaction de l'ordre public international. Ce caractère essentiel nécessite d'apporter des précisions préalables à la fois méthodiques et historiques sur le droit international privé et ses différentes conceptions (A)

---

<sup>724</sup> Sur le sens de l'expression « *systèmes supranationaux* », Cf. *supra*.

avant d'apprécier le lien existant entre le fondement de la liberté d'élaboration et le mécanisme exceptionnel de l'ordre public international (B).

### A) La détermination du fondement de la « *liberté d'élaboration* »

273. *Conceptions du droit international privé*. Il est difficile de préciser le fondement de la liberté d'élaboration de l'ordre public international sans aborder les divergences doctrinales relatives aux « *conceptions* » du droit international privé<sup>725</sup>. En effet, c'est à la lumière de ces divergences doctrinales que le fondement de la liberté d'élaboration de l'ordre public international se révèle. Il est établi que la doctrine spécialisée était partagée entre deux conceptions concurrentes du droit international privé. La première d'entre elles était une « *conception "privatiste" du règlement conflictuel, qui fait du droit international un mode de régulation des situations juridiques comportant un élément d'extranéité* »<sup>726</sup>. La seconde était une conception dite « *publiciste* », posant le droit international comme une « *technique de délimitation de la sphère de compétence des différents États souverains* »<sup>727</sup>. La conception « *privatiste* » du droit international privé, devenue largement « *dominante* »<sup>728</sup> et « *assez peu contestée* »<sup>729</sup>, a modifié la perception du conflit de lois<sup>730</sup> et du conflit de juridictions<sup>731</sup>.

<sup>725</sup> Ce débat a fait l'objet de nombreuses études. Par ex : F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973 ; H. MUIR WATT, *La fonction de règle de conflit de lois*, Université Paris II, 1985 ; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970 ; P. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Université Paris II, 1981.

<sup>726</sup> É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Étude de droit international privé*, LGDJ, 1999, p. 9, n°14.

<sup>727</sup> *Ibidem*.

<sup>728</sup> Après une large présentation de la doctrine, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES tire la conclusion suivante : « *D'abord, on ne peut nier la désaffection, en règle générale, dans la doctrine actuellement dominante, de l'idée selon laquelle les conflits de lois et de juridictions seraient des conflits de souverainetés : on se refuse aujourd'hui à les considérer comme des conflits entre États* » (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 10, n° 3).

<sup>729</sup> É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Étude de droit international privé, op. cit.*, p. 9, n° 14.

<sup>730</sup> Comme le souligne D. MOYA, « [l]e premier coup de maillet dans la construction publiciste fut porté par le grand romaniste Savigny. Pour lui, le conflit de lois n'était pas un problème de "maintien jaloux" de l'autorité des lois. À ce titre, l'application d'une loi étrangère ne devait pas être lue comme un signe de respect de la souveraineté de l'État dont elle émane » (D. MOYA, « Conflits intra-européens de lois et conflits de souveraineté », *JDI* 2020, doct. 5, pp. 529-569, spé., p. 532, n° 3). En rappelant les travaux de SAVIGNY et de la doctrine italienne, L. CORBION a parfaitement synthétisé les conséquences de ce passage de la conception « *publiciste* » à la conception « *privatiste* » quant à la fonction de la règle de conflit de lois. Nous reprenons alors ses propos : « *Ainsi, de publiciste et répartitrice de compétences législatives, la fonction de la règle de conflit de lois est devenue privatiste et régulatrice des relations internationales privées* » (L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004, p. 27, n° 4).

<sup>731</sup> Les travaux de D. HOLLEAUX ont permis de mettre en évidence que « *le droit positif français est passé d'une conception publiciste du contrôle de la compétence indirecte, en retenant que les seuls intérêts de l'État, à une conception privatiste axée sur les intérêts des plaideurs et le souci d'une bonne administration de la justice de droit privé* » (L. CORBION, *op. cit.*, p. 27, n° 4).

274. « *Particularisme* » et *liberté d'élaboration*. Partant de cette présentation d'un clivage doctrinal assez prononcé, c'est notamment au sein de la doctrine d'É. BARTIN que se révèle la clé d'explication de la détermination du fondement de la liberté d'élaboration de l'ordre public international. La doctrine d'É. BARTIN, qui est par essence « *particulariste* »<sup>732</sup>, défend le rattachement des règles de droit international privé au droit national de chaque État et procède donc d'un assujettissement du droit international privé à la souveraineté de l'État<sup>733</sup>. Cependant, cette souveraineté n'est pas celle qui est empruntée au droit international public (souveraineté d'égalité entre États) mais « *une souveraineté interne qui confère aux autorités de l'État une entière "liberté de détermination" des règles de droit en général et donc, des règles de droit international privé, en particulier* »<sup>734</sup>. Néanmoins, pour É. BARTIN, cette « *liberté de détermination* » ne saurait être absolue étant donné que le droit international privé est dépendant et contrôlé par le système de droit interne<sup>735</sup>. Ainsi, le droit international privé devient l'outil d'insertion dans le système juridique national de règles et institutions étrangères<sup>736</sup>. Cette insertion doit être contrôlée afin d'éviter l'introduction d'institutions considérées comme inadmissibles notamment au moyen de l'exception d'ordre public international<sup>737</sup>. Chaque État est donc libre de déterminer à la fois les règles de droit international privé, mais également les

---

<sup>732</sup> Nous savons que la doctrine « *particulariste* » était en opposition avec la doctrine « *universaliste* ». Si la première affirmait que le droit international privé devait être régi par des sources « *internes* », la seconde conférerait davantage au droit international privé des sources « *internationales* ». É. BARTIN développa cette notion de particularisme à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en s'inspirant de la doctrine d'un juriste néerlandais (D.J. JITTA) pour qui le droit international privé devait être rattaché au droit privé national de chaque État puisqu'il cherche à régler des rapports entre individus (J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, pp. 113-114). É. BARTIN en tirait donc la conclusion suivante : chaque État « *conservera toujours un système particulier de solution des conflits de lois, parce que chacun d'eux, pour se servir d'une métaphore ingénieuse qui cache une pensée profonde, regardera toujours le droit international privé à travers le prisme de son droit national* » (É. BARTIN, *Études de droit international privé*, op. cit., p. 78). Ainsi, les règles de conflit sont des règles nationales, comme les institutions de droit internes et elles « *restent liées comme l'ombre au corps parce qu'elles ne sont pas autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international* » (É. BARTIN, *Études de droit international privé*, op. cit. ; cité par P. MAYER et V. HEUZÉ (in) *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 67, n° 75). L'affirmation du particularisme est également présente au sein de la doctrine allemande, notamment dans les travaux de F. KAHN (pour une mise en perspective de la pensée de cet auteur en parallèle avec les travaux d'É. BARTIN, Cf : L. RASS-MASSON, « La contribution de la doctrine particulariste au droit international privé. (Analyse critique des théories de Bartin et de Kahn au regard de l'érosion contemporaine du paradigme juridique) » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 1350-1378, spé., p. 1355 et s.). F. KAHN privilégie le particularisme dans une dimension positiviste, en affirmant que les règles de conflit de lois appartiennent au droit interne chaque État, tout en soulignant que l'existence de telles règles dans toutes les branches du droit conduit à la formation d'une matière spéciale qui ne ressort ni du droit public ni du droit privé (J.-L. HALPÉRIN, op. cit., p. 115).

<sup>733</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Panthéon-Assas, 2017, p. 501. É. BARTIN opérait une distinction de fondement entre le droit des gens et le droit international privé, le premier étant fondé sur la « *souveraineté politique* » tandis que le second est fondé sur la notion plus étroite de « *souveraineté dans sa fonction législative en matière civile* » (É. BARTIN, *préc.*, *RDILC* 1897, p. 383 et s., et pp. 613-658, spé., p. 417).

<sup>734</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Panthéon-Assas, 2017, p. 501.

<sup>735</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 502.

<sup>737</sup> *Ibid.*

mécanismes exceptionnels qui le composent comme celui de l'ordre public international. Par conséquent, dans une approche « *particulariste* », le fondement de la libre détermination des règles de droit international privé et de ses mécanismes exceptionnels réside dans la notion de « *souveraineté* »<sup>738</sup>. La notion de « *souveraineté* » rejaillit en droit international public et permet d'insister sur le « *pouvoir* » de l'État dans la délimitation de son ordre public international.

275. « **Pouvoir** » d'élaboration et souveraineté. Comme le rappelle M. FORTEAU, il revient « à chaque droit interne de fixer, seul et pour lui-même uniquement, le contenu et le champ d'application de "son" ordre public international »<sup>739</sup>. Ainsi, « ce pouvoir exclusif du for »<sup>740</sup> est affirmé dans de nombreux instruments juridiques internationaux et a été reconnu par les juridictions nationales, notamment dans l'affaire des « *Emprunts serbes* »<sup>741</sup>. La Cour permanente de justice internationale avait alors affirmé que l'ordre public « est une notion dont la définition dans un pays déterminé dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment dans ce pays »<sup>742</sup>. Si la « *souveraineté* » fonde le « *pouvoir* » de l'État de définir librement les mécanismes exceptionnels de droit international privé, comme l'ordre public international, il convient de préciser que cette souveraineté fonde la « *liberté* » et le « *pouvoir* » d'élaboration de l'ordre public international dans sa dimension « *substantielle* » et « *structurelle* ».

---

<sup>738</sup> Bien qu'omniprésente dans l'étude du droit international privé, la notion de « *souveraineté* » demeure particulièrement difficile à définir. Selon R. CARRÉ DE MALBERG, le mot « *souveraineté* » aurait acquis dans le passé trois significations bien distinctes : « *Dans son sens originnaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe* » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, rééd., Dalloz, 2004, p. 79, n° 30). Ainsi, il convient de distinguer la souveraineté dite « *interne* » et la souveraineté dite « *externe* ». La première est définie comme « *l'expression d'une puissance suprême sur les sujets de droits* » qui « *se manifeste par le pouvoir législatif dont le titulaire détient le monopole et, de façon générale, par les actes de puissance publique* ». La seconde se définit comme « *l'égalité entre sujets du droit international public* » (A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004 p. 183). Dans une perspective « *particulariste* » telle que celle défendue par É. BARTIN, la notion de « *souveraineté* » correspond davantage à la souveraineté dite « *interne* » que la souveraineté dite « *externe* ». Comme le précise É. BARTIN : « *Par son objet, le droit international privé nous apparaît comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle* » (J. FOYER, « *Lois de police et principe de souveraineté* » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 339-358, spé., p. 348).

<sup>739</sup> M. FORTEAU, *préc.*, *JDI* 2011, doct. 1, p. 6, n° 6.

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 7, n° 7.

<sup>741</sup> *Ibid.*

<sup>742</sup> CPJI, 12 juil. 1929, [Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France], *Publications de la Cour permanente de justice internationale*, Série A, n° 20/21/, Arrêt n° 14, Leyde Société d'éditions, A. W. Sijthoff, 1929, p. 4 et s.

## B) Appréciation du fondement de la « *liberté d'élaboration* »

276. **Défense souveraine.** Il n'est pas rare de trouver au sein de la doctrine de nombreux exemples du lien existant entre l'ordre public international et la notion de « *souveraineté* »<sup>743</sup>. S'agissant plus spécifiquement du contenu de l'ordre public international, ce lien est généralement présenté pour indiquer que l'État peut « *interpréter* » ou « *défendre* » souverainement l'ordre public international. Par exemple, les auteurs peuvent se référer au « *souverain pouvoir d'interprétation de la notion d'ordre public* »<sup>744</sup> ou préciser que « *l'ordre public [...] défend des valeurs héritées des conceptions souverainement défendues par un État* »<sup>745</sup>. Cependant, il convient de préciser que si la notion de « *souveraineté* » fonde le pouvoir d'interprétation et de défense de l'ordre public international, elle fonde également « *la liberté d'élaboration* » dans sa dimension « *substantielle* » et « *structurelle* ».

277. **Élaboration substantielle et structurelle.** Nous avons observé que « *l'élaboration* » de l'ordre public international était un processus qui avait une double dimension, à la fois « *structurelle* » et « *substantielle* »<sup>746</sup>. Si la dimension « *substantielle* » se limite à la formation des composants de l'ordre public international, la dimension « *structurelle* » consiste façonner l'ordonnement de ces composants entre eux. Tandis que l'élaboration « *substantielle* » permet de préciser ce que sont les composants de l'ordre public international, l'élaboration « *structurelle* » permet de préciser leur impérativité respective. Ainsi, la dimension « *structurelle* » de l'élaboration se matérialise par la création des principes essentiels du droit français qui sont « *super-impératifs* »<sup>747</sup>. Cette élaboration « *structurelle* » provoque une modification de la structure de l'ordre public international qui se cristallise autour de la formation d'un « *noyau dur* » composé des principes essentiels du droit français<sup>748</sup>.

278. **Élaboration et souveraineté.** Cette double dimension de « *l'élaboration* » de l'ordre public international rejaillit sur la notion de « *souveraineté* » dans une perspective « *particulariste* ». La formation des mécanismes exceptionnels du droit international privé ne se limite plus à « *l'élaboration* » de l'ordre public international dans sa dimension

---

<sup>743</sup> Par ex : *JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], § 7.

<sup>744</sup> A. HUET, *JDI* 2001, comm. pp. 690-696, spé., p. 691.

<sup>745</sup> Y.-É. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, op. cit., p. 234, n° 681.

<sup>746</sup> Cf. *supra*.

<sup>747</sup> Cf. *supra*.

<sup>748</sup> Cf. *supra*.

« *substantielle* ». Cette formation comprend également une dimension « *structurelle* ». En effet, si la Cour régulatrice peut préciser quels sont les composants de l'ordre public international (*élaboration substantielle*), elle peut également assujettir ces composants à un ordonnancement particulier en leur attribuant à chacun un niveau d'impérativité (*élaboration structurelle*). Ainsi, la Cour régulatrice a établi une « *super-impérativité* » qui correspond à la création des principes essentiels du droit français<sup>749</sup>. Par conséquent, il convient de souligner que la « *souveraineté* » ne se limite pas à la « *défense* » ou à « *l'interprétation* » de l'ordre public international. La « *souveraineté* » est le fondement de la « *liberté d'élaboration* » dans son ensemble, c'est-à-dire dans sa double dimension à la fois « *structurelle* » et « *substantielle* ». Ainsi, la « *souveraineté* » constitue bien le fondement de la « *liberté d'élaboration* » de l'ordre public international.

279. L'étude du fondement de la liberté d'élaboration de l'ordre public international nous permet de prendre toute la mesure de son étendue s'agissant de son exercice, dans le cadre d'un double contexte de plus en plus vaste : celui de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

## **§2. L'exercice de la « *liberté d'élaboration* » dans le double contexte de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe**

### **A) La « *liberté d'élaboration* » et le système de l'Union européenne**

280. L'intégration de la France aussi bien à la Communauté européenne qu'au système de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe ne peut pas être sans incidence sur la « *liberté d'élaboration* » de l'ordre public international. En effet, cette liberté d'élaboration doit être en harmonie avec les objectifs défendus par la Communauté et l'Union (A) et ceux défendus par le Conseil de l'Europe (B).

281. La Communauté européenne ou l'Union européenne n'ont jamais entendu priver les États de leur liberté de préciser ce que recouvre leur ordre public international. La jurisprudence de

---

<sup>749</sup> Cf. *supra*.

la Cour de justice offre deux illustrations de cette liberté d'élaboration : l'arrêt *Krombach* du 28 mars 2000<sup>750</sup> et l'arrêt *Eurofood ISFC* du 2 mai 2006<sup>751</sup>.

282. **Rappel de l'affaire dite « Krombach ».** A. BAMBERSKI avait demandé devant les juridictions allemandes l'*exequatur* d'une décision française condamnant D. KROMBACH au paiement d'une indemnité, ce dernier ayant été condamné par contumace devant les juridictions françaises<sup>752</sup>. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale était alors applicable au litige. Le *Bundesgerichtshof* a posé trois questions préjudicielles à la Cour de justice. Seules deux d'entre elles sont pertinentes à l'objet de notre étude. La première question était relative à la compétence de la Cour d'assises de Paris. Il s'agissait de savoir si les règles relatives à la compétence pouvaient concerner l'ordre public visé à l'article 27 point I de la convention de Bruxelles lorsque l'État d'origine a fondé sa compétence uniquement sur la nationalité de la victime. La Cour de justice a répondu négativement à cette première question. La deuxième question mérite d'être reproduite *in extenso* : « *La juridiction de l'État requis (article 31, premier alinéa, de la convention de Bruxelles) peut-elle, dans le cadre l'ordre public visé à l'article 27 point 1, de la convention de Bruxelles, tenir compte du fait que la juridiction répressive de l'État d'origine a rejeté la défense du débiteur par un avocat pour l'action civile (article II du protocole du 27 septembre 1968 concernant l'interprétation de la convention de Bruxelles), au motif que le défendeur, domicilié dans un autre État contractant, est poursuivi pour une infraction intentionnelle et qu'il n'a pas comparu personnellement ?* ».

283. **Liberté d'élaboration substantielle.** Pour rappel, l'article II du protocole n°1 du 27 septembre 1968 « *reconnaît le droit aux ressortissants d'un État contractant de se faire défendre, sans se présenter personnellement, devant les juridictions répressives d'un autre État contractant pour autant que les poursuites dont ils sont l'objet s'attachent à une infraction*

---

<sup>750</sup> CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach c/ Bamberski* : *JDI* 2001, 690, note A. HUET ; *Europe* 2000, 22, note L. IDOT ; *JCP G* 2001, II 10607, comm. C. NOURISSAT.

<sup>751</sup> CJCE 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd* : *JDI* 2007, 151, note, G. KHAIRALLAH.

<sup>752</sup> Les faits ayant donné lieu à l'arrêt *Krombach* sont bien connus : une jeune fille de nationalité française était décédée en Allemagne. Une instruction a été ouverte à l'encontre de D. KROMBACH mais elle s'est terminée par un non-lieu. A la suite d'une plainte du père de la victime, A. BAMBERSKI, une instruction a été ouverte en France et s'est achevée par le renvoi de D. KROMBACH devant la Cour d'assises de Paris. La compétence de la Cour d'assises de Paris était uniquement fondée sur la nationalité de la victime. D. KROMBACH a été jugé coupable de violence ayant entraîné la mort sans intention de la donner selon procédure de contumace et condamné à quinze années de réclusion criminelle. Il a également été condamné au paiement d'une indemnité de 350 000 francs au profit du père de la victime.

*involontaire* ». L’article II du protocole n°1 du 27 septembre 1968 aurait pu laisser penser que la solution était acquise de sorte que la décision française pouvait obtenir l’*exequatur* en Allemagne puisque D. KROMBACH a été condamné pour une infraction volontaire et non une infraction involontaire<sup>753</sup>. Néanmoins, la Cour de justice va considérer que la juridiction de l’État requis pouvait tenir compte, au regard de la clause d’ordre public, du fait que la juridiction répressive de l’État d’origine avait refusé à D. KROMBACH le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement<sup>754</sup>. Par conséquent, les juridictions allemandes pouvaient parfaitement refuser d’accorder l’*exequatur* à la décision française, au motif que cette dernière était contraire à l’ordre public allemand visé à l’article 27 point 1 de la convention de Bruxelles, puisque D. KROMBACH a été condamné selon la procédure de contumace. Dans cette décision, la Cour de justice a rappelé le principe selon lequel les États sont libres de déterminer les exigences de leur ordre public dans le cadre de l’article 27, point 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Le rappel de ce principe est formulé de la façon suivante : « *Les États contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l’article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public* »<sup>755</sup>.

284. L’expression employée par la Cour de justice est « *la libre détermination des exigences de l’ordre public* ». Il faut entendre au travers de cette expression que l’État membre est libre « *d’élaborer* » l’ordre public international, du moins d’un point de vue substantiel. En effet, l’État membre forme librement le contenu de l’ordre public international en « *essentialisant* » les valeurs qu’il considère comme primordiales. Le principe de la liberté d’élaboration de l’ordre public international a été maintes fois rappelé dans la jurisprudence de la Cour de justice, notamment dans l’arrêt *Apostolides* du 28 avril 2009<sup>756</sup> et l’arrêt *flyLAL Lithuanian AirLines* du 23 octobre 2014<sup>757</sup>. Ces décisions ont été rendues non pas sous l’empire de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, mais sous celui du règlement n°44/2001 du Conseil du 22

<sup>753</sup> Sur ce point Cf. A. HUET, *JDI* 2001, comm. pp. 690-696, spé., pp. 693-694.

<sup>754</sup> « *Il y’a donc lieu de répondre à la deuxième question que la juge de l’État requis peut, à l’endroit d’un défendeur domicilié sur le territoire de celui-ci et poursuivi pour une infraction volontaire, tenir compte, au regard de la clause de l’ordre public visée à l’article 27, point 1, de la convention, du fait que le juge de l’État d’origine a refusé à ce dernier le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement* » (Arrêt *Krombach*, préc., §45).

<sup>755</sup> Arrêt *Krombach*, préc., §22.

<sup>756</sup> CJUE, 28 avr. 2009, aff. C-420/07, *Meletis Apostolides c/ David Charles Orams et Linda Elizabeth Orams* : *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2009, 75, note E. BERNADSKAYA ; *Europe* 2009, comm. 262, L. IDOT.

<sup>757</sup> CJUE, 23 oct. 2014, aff. C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS c/ Starptautiskā lidosta Rīga VAS et Air Baltic Corporation AS*: *Europe* 2014, comm. 560, L. IDOT; *Procédures* 2015, comm. 14, C. NOURISSAT.



décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale.

285. **Réaffirmation de la liberté d’élaboration substantielle.** La Cour de justice a également rappelé la liberté d’élaboration de l’ordre public international dans le cadre du règlement n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d’insolvabilité. En l’espèce, la société *Eurofood* était immatriculée en Irlande et avait son siège à Dublin. Il s’agissait d’une filiale d’une société italienne. À la suite d’un changement d’administrateur au sein de la société italienne, une banque a demandé à une juridiction irlandaise, la *High Court*, l’ouverture d’une procédure de liquidation forcée à l’encontre d’*Eurofood* et la nomination d’un syndic provisoire. La *High Court* accéda à ces demandes, mais un mois plus tard, une demande tendant à faire constater l’insolvabilité d’*Eurofood* a été présentée devant une juridiction italienne. Cette juridiction italienne s’est estimée internationalement compétente pour constater l’état d’insolvabilité de la société *Eurofood*. Peu de temps après, dans un jugement du 23 mars 2004, la *High Court* décida deux choses. Elle décida tout d’abord, en application de la loi irlandaise, que la procédure d’insolvabilité à l’encontre d’*Eurofood* avait été ouverte en Irlande et qu’il s’agissait donc de la procédure principale. Elle décida ensuite que le déroulement de la procédure devant la juridiction italienne justifiait le refus des juridictions irlandaises de reconnaître la décision rendue par cette juridiction italienne. Ce refus était fondé sur l’article 26 du règlement qui prévoit l’exception d’ordre public. Un appel a été formé à l’encontre du jugement de la *High Court* et la *Supreme Court* a posé une série de questions préjudicielles à la Cour de justice. Une d’entre elles était précisément de savoir si un État membre est tenu de reconnaître une procédure d’insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque « *la décision ouvrant cette procédure a été rendue en méconnaissance de modalités procédurales garanties dans le premier État par les exigences de son ordre public* »<sup>758</sup>. Après avoir pris en compte la jurisprudence *Krombach*, la Cour de justice a considéré qu’un État membre pouvait refuser de reconnaître une procédure d’insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d’ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par une telle procédure<sup>759</sup>. Par conséquent, l’État membre irlandais pouvait parfaitement déterminer les contours de son ordre public étatique et refuser de reconnaître la décision rendue par la juridiction italienne.

---

<sup>758</sup> Arrêt *Eurofood ISFC*, préc., §60.

<sup>759</sup> Arrêt *Eurofood ISFC*, préc., §67.

286. Les deux décisions précitées illustrent que les juridictions nationales des États membres peuvent élaborer librement l'ordre public international afin notamment de faire obstacle aux décisions prononcées dans un autre État membre. La « *liberté d'élaboration* » est également présente au sein du Conseil de l'Europe.

### B) La « *liberté d'élaboration* » et le système de protection des droits de l'homme

287. **Définition de la marge nationale d'appréciation.** La « *liberté d'élaboration* » de l'ordre public international se manifeste également au sein de la notion de « *marge nationale d'appréciation* ». Considérée comme une notion particulièrement obscure, la définition de la marge nationale d'appréciation continue d'alimenter les débats, aussi bien au sein de la doctrine française que parmi les auteurs anglo-saxons<sup>760</sup>. Néanmoins, en accord avec la doctrine majoritaire, la marge nationale d'appréciation pourrait être définie comme « *un outil qui permet à la Cour européenne des droits de l'homme de laisser une certaine autonomie dans l'application de la Convention aux États parties* »<sup>761</sup>.

288. **Affirmation de la « *marge nationale d'appréciation* ».** Véritable « *construction prétorienne* »<sup>762</sup>, la « *théorie* » de la marge nationale d'appréciation s'est imposée rapidement « *compte tenu des difficultés liées au fait que l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme constitue un abandon de souveraineté dans le domaine judiciaire* »<sup>763</sup>. Cependant, la reconnaissance de cette marge nationale d'appréciation s'est faite progressivement. La première impulsion a été donnée par la Commission européenne des droits de l'homme dans une affaire opposant la Grèce et le Royaume-Uni<sup>764</sup>, lorsqu'elle a affirmé que les

---

<sup>760</sup> Un auteur britannique avait introduit un de ses ouvrages portant sur la « *marge nationale d'appréciation* » de la façon suivante : « *Pour les juristes anglais, le sens de l'expression "margin of appreciation" ne saute pas aux yeux car les termes français de "marge d'appréciation" d'où elle découle, se traduisent mieux par "margin of assessment/appraisal/estimation"* ». Pour cet auteur, la « *marge d'appréciation* » n'est autre que « *la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des droits de l'homme* » (S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 5).

<sup>761</sup> J. CALLEWAERT, « *Quel avenir pour la marge d'appréciation ?* » : *Mélanges R. RYSSDAL*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 147-166, spé., p. 149 ; cité par F. TULKENS et L. DONNAY, « *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?* », *Rev. sc. crim.* 2006, pp. 3-23, spé., p. 6.

<sup>762</sup> A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « *la théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme* », *RTD civ.* 1995, pp. 587-604, spé., p. 587.

<sup>763</sup> J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 867, n° 880.

<sup>764</sup> Comm. EDH, 2 oct. 1958, [Grèce c/ Royaume Uni], Ann. II p. 175 et s.

gouvernements devaient pouvoir conserver une « certaine marge d'appréciation »<sup>765</sup>. L'affirmation d'une telle nécessité a été réitérée avec beaucoup plus de force dans l'affaire *Lawless c/ Irlande*<sup>766</sup>, sans pour autant être formulée de façon explicite<sup>767</sup>. La Cour a pu consacrer « implicitement »<sup>768</sup> cette marge d'appréciation dans la célèbre décision *Linguistique Belge*<sup>769</sup>. Cependant, il faudra attendre une décision du 18 juin 1971<sup>770</sup> pour que cette marge nationale d'appréciation soit affirmée de façon explicite et une autre décision du 18 janvier 1978<sup>771</sup> pour que la Cour utilise l'expression « marge nationale d'appréciation »<sup>772</sup>. Si plusieurs justifications<sup>773</sup> ont été données à cette marge nationale d'appréciation, nombreux sont les auteurs qui présentent ce mécanisme comme l'expression jurisprudentielle du principe de subsidiarité<sup>774</sup>.

<sup>765</sup> F. TULKENS et L. DONNAY, *préc.*, *Rev. sc. crim.* 2006, pp. 3-23, spé., p. 4.

<sup>766</sup> Comm. EDH, 19 déc. 1959, [Lawless c. Irlande], série B, 1960-1961, p. 9 et s. (cité par F. TULKENS et L. DONNAY, *préc.*, *Rev. sc. crim.* 2006, pp. 3-23, spé., p. 4).

<sup>767</sup> La Commission européenne des droits de l'homme a reconnu pour la première fois la « notion de marge d'appréciation » dans l'affaire *Lawless c. Irlande*. La commission avait alors reconnu aux États une « marge nationale d'appréciation » « s'agissant de savoir si les dérogations au respect de l'article 5 (notamment des grades à vue de plusieurs mois sans présentation au juge) avaient été prises, en raison de la situation irlandaise, "dans la stricte mesure où la situation l'exige" » (M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RID. comp.* 2000, pp. 753-780, spé., p. 760).

<sup>768</sup> F. TULKENS et L. DONNAY, *préc.*, *Rev. sc. crim.* 2006, pp. 3-23, spé., p. 4.

<sup>769</sup> CEDH, 23 juil. 1968, n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, [Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c/ Belgique]. La Cour s'était alors prononcée en ces termes : « En recherchant, si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention » (Arrêt *Linguistique Belge*, *préc.*, §10).

<sup>770</sup> CEDH, 18 juin 1971, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66 [Affaire de Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c/ Belgique (Au principal)]. Dans cette affaire, la Cour devait juger de la conformité à l'article 8 du contrôle opéré par les autorités s'agissant de l'internement de trois vagabonds. La Cour affirme alors « que les autorités belges compétentes n'ont pas transgressé en l'espèce les limites du pouvoir d'appréciation que l'article 8 par. 2 (art. 8-2) de la Convention laisse aux États contractants : même dans le cas d'individus internés pour vagabondage, elles ont pu avoir des raisons plausibles de croire à la "nécessité" de restrictions destinées notamment à défendre l'ordre, à prévenir les infractions pénales, à protéger la santé ou la morale et à préserver les droits et libertés d'autrui » (Arrêt, *De Wilde*, *préc.*, § 93)

<sup>771</sup> CEDH, 18 janv. 1978, n° 5310/71 [Irlande c/ Royaume-Uni].

<sup>772</sup> F. TULKENS et L. DONNAY, *préc.*, *Rev. sc. crim.* 2006, pp. 3-23, spé., p. 4.

<sup>773</sup> Selon C. PICHERAL, trois justifications sont généralement présentées pour expliquer la reconnaissance de cette marge nationale d'appréciation : la première est d'ordre structurel (elle tient en l'argument de subsidiarité), la seconde est d'ordre fonctionnel (elle procède d'un argument de proximité) et la troisième est d'ordre conceptuel (renvoie à l'argument du pluralisme européen) (C. PICHERAL, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 62).

<sup>774</sup> G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, Economica, 1989, p. 189. Pour une présentation du lien existant entre « marge nationale d'appréciation » et « principe de subsidiarité » Cf. notamment : C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation » (in) *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Dir. F. SUDRE), Nemesis, Anthemis, 2014, pp. 87-114.

289. **Liberté d’élaboration et « marge nationale d’appréciation »**. Le recours par les États parties à la marge nationale d’appréciation ne saurait être illimité, au risque de réduire à néant les objectifs de la Convention. Ainsi, en plus d’être exclue dans certains domaines particuliers, cette marge d’appréciation subit un « *contrôle européen* »<sup>775</sup>, lorsque la Cour vérifie que les moyens mis en œuvre par les États sont strictement nécessaires au but poursuivi en fonction des circonstances de l’espèce<sup>776</sup>. Ce « *contrôle européen* » s’accompagne également de la prise en compte d’un « *dénominateur commun* » entre États de manière à faire varier l’étendue de cette marge d’appréciation en fonction de l’existence de ce « *dénominateur commun* »<sup>777</sup>. Cette marge nationale d’appréciation permet aux États d’apporter des limitations à l’exercice des droits prévus dans la Convention, notamment par le recours à la notion d’ordre public. Ainsi, « *le pouvoir dont jouissent les États au titre des clauses d’ordre public se traduit par la reconnaissance des Cours européennes, d’une “marge nationale d’appréciation”* »<sup>778</sup>. Par conséquent, si les États parties doivent réaliser les objectifs de la Convention, ils ont pour liberté de déterminer le contour de leur ordre public international et donc de l’élaborer de façon « *substantielle* » et « *structurelle* ».

290. Cette « *liberté d’élaboration* » de l’ordre public international ne saurait pour autant être absolue, au risque de venir compromettre la réalisation des objectifs défendus par l’Union européenne et le Conseil de l’Europe. Si la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l’homme peuvent donner aux États des indications concernant la teneur de leur ordre public, elles provoquent progressivement un autre phénomène, qui consiste à limiter la marge de manœuvre du juge étatique dans le processus d’élaboration de l’ordre public international.

## **Sous-section 2 : La limitation grandissante de la « *liberté d’élaboration* » du juge national**

291. L’approche causale « *directe* » du processus de raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international nécessite de prendre en compte un facteur déterminant. Ce facteur est la limitation de la liberté d’élaboration de l’ordre public international. Cette limitation procède

---

<sup>775</sup> Comme le précise la Cour : « *La marge nationale d’appréciation s’accompagne d’un contrôle européen* » (Arrêt, *Irlande c/ Royaume-Uni*, préc., §207).

<sup>776</sup> J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l’homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2012, pp. 867-868, n° 881.

<sup>777</sup> *Ibidem*, 868, n° 881.

<sup>778</sup> C. PICHERAL, *L’ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 62.

par la mise en œuvre de deux méthodes distinctes<sup>779</sup>. La première est celle du « *contrôle* » de l’élaboration de l’ordre public international par la Cour de justice (§1) et la seconde méthode est celle de la « *contrainte* » exercée par les juges de Strasbourg et la Cour de justice sur les juridictions nationales pour l’intégration de certains principes ou de certaines valeurs au sein de l’ordre public international des États parties ou des États membres (§2).

### §1. L’élaboration « *contrôlée* » de l’ordre public international

292. La doctrine a souligné avec une certaine régularité que l’exception d’ordre public a été soumise « *à un important contrôle de la part des institutions communautaires* »<sup>780</sup>. Ce contrôle est surtout l’œuvre de la Cour de justice notamment lorsque cette dernière définit les limites du contenu de l’ordre public international des États membres. Cependant, nous allons observer que le contrôle communautaire du « *contenu* » de l’ordre public international, par la Cour de justice implique nécessairement un contrôle « *du processus d’élaboration de l’ordre public international* » (A). Si ce contrôle a pu avoir une certaine constance, il a récemment connu un « *renouvellement* » qui réduit considérablement la liberté d’élaboration de l’ordre public international (B).

#### A) L’« *encadrement* » de l’ordre public international par la Cour de justice

293. **Genèse de l’encadrement.** S’il fallait définir le point de départ jurisprudentiel du contrôle du contenu de l’ordre public international, il se situerait très certainement dans la célèbre jurisprudence *Koestler*<sup>781</sup> du 24 octobre 1978. Dans cette affaire, une banque française ayant son siège à Strasbourg désirait obtenir le paiement de dettes à l’égard d’un débiteur ayant son domicile en Allemagne. La banque a alors exercé une action en recouvrement devant la

---

<sup>779</sup> Cette dichotomie ressort parfaitement des travaux de J. GUILLAUMÉ sans sa thèse de doctorat. (J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*). Cependant, cet auteur ne présente pas ces deux méthodes comme des causes de la raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international. En effet, si l’auteur présente ces deux méthodes comme ayant une influence sur le contenu de l’ordre public international, il convient de démontrer qu’elles constituent des facteurs appartenant à la chaîne causale progressive de la raréfaction de l’« *élaboration* » de l’ordre public international. De plus, l’auteur utilise le terme « *élaboration* » comme un synonyme « *d’interprétation* » ou de « *définition* » de l’ordre public international, alors que, précisément, le terme « *élaboration* » se distingue de ces deux autres termes, car il fait référence à la fois à la « *substance* » et à la « *structure* » de l’ordre public international.

<sup>780</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, 2010, p. 242, n° 638.

<sup>781</sup> CJCE, 24 oct. 1978, aff. 15/78, Société générale alsacienne de banque SA c/ Walter Koestler : *RJ com.* 1979, 70, note L. DE MONTBLANC.

juridiction allemande compétente. Cependant, les dettes étaient nées à la suite de spéculation boursière et elles étaient considérées en droit allemand comme étant des dettes de jeu. Le droit allemand prévoyait également que les dettes de jeu ne pouvaient pas faire l'objet de poursuites en recouvrement. La Cour d'appel allemande avait alors opposé l'exception d'ordre public à la loi française qui permettait le recouvrement de ce type de dettes. À la suite d'une question préjudicielle, la Cour de justice a considéré que le droit allemand pouvait parfaitement exclure le recouvrement judiciaire de certaines dettes, comme les dettes de jeu. Elle a néanmoins ajouté une exception : il est nécessaire que l'application de ces dispositions se fasse sans discrimination par rapport au traitement appliqué à des dettes similaires contractées sur le territoire de l'État membre en cause<sup>782</sup>. Par conséquent, « *L'encadrement par le droit de l'Union peut [...] intervenir [...], en contrôlant que l'ordre public international de l'État ne soit pas contraire aux dispositions du traité FUE et donc en contrôlant son contenu* »<sup>783</sup>.

294. **Réaffirmation de l'encadrement.** Le contrôle communautaire du contenu de l'ordre public international trouve une illustration encore plus pertinente dans l'arrêt *Renault c. Maxicar* du 11 mai 2000<sup>784</sup>. En l'espèce, la Cour d'appel de Dijon avait condamné le dirigeant de la société Maxicar du délit de contrefaçon pour avoir fabriqué et commercialisé des pièces de carrosserie de véhicules de la marque Renault. La société et son dirigeant ont également été condamnés au paiement de dommages et intérêts. La société Renault a demandé l'*exequatur* de cette condamnation devant la Cour d'appel de Turin. Avant de trancher le litige, la juridiction italienne posa une série de questions préjudicielles. L'une d'entre elles concernait l'interprétation de la notion « *ordre public de l'État requis* » telle qu'elle est prévue à l'article 27-1° de la Convention de Bruxelles<sup>785</sup>. En substance, il s'agissait de savoir si la décision

---

<sup>782</sup> Les critiques de la doctrine à l'égard de cette décision de la Cour de justice ont été violentes. Il est reproché à la Cour de ne pas avoir su intégrer dans son raisonnement les questions de droit international privé. Pour D. ARCHER, « *le raisonnement tenu par la Cour est pour le moins curieux et en tout cas parfaitement inadapté à la situation de l'espèce qui présentait un élément d'extranéité. Ce dernier n'a pourtant pas échappé à la Cour, mais elle n'en a pas tiré les conséquences logiques. Son raisonnement révèle même une ignorance totale de l'objet même du droit international privé* » (D. ARCHER *op. cit.*, p. 164, n° 166). Cet auteur reprend alors les propos de M. FALLON : « *En soumettant une situation internationale à un droit différent de celui applicable aux situations internes, celle-ci tend à assurer un traitement non discriminatoire, en présupposant que la situation internationale est objectivement différente d'une situation interne* » (D. ARCHER *op. cit.*, p. 165, n° 166).

<sup>783</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 191, n° 407.

<sup>784</sup> CJCE, 11 mai 2000, aff. C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA c/ Maxicar SpA et Orazio Formento : *Rev. crit. DIP* 2000, 497, note G. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2001, 696, note A. HUET.

<sup>785</sup> La question était rédigée ainsi : « *Faut-il considérer comme contraire à l'ordre public, au sens de l'article 27 de la convention de Bruxelles, une décision rendue par un juge d'un État membre qui reconnaît un droit de propriété industrielle ou intellectuelle sur les pièces détachées susdites, dont l'ensemble constitue la carrosserie d'une voiture automobile, et qui confère une protection au titulaire de ce prétendu droit d'exclusivité en interdisant à des tiers, à savoir des opérateurs économiques établis dans un autre État membre, de fabriquer, de vendre, de*

française était contraire à l’ordre public international alors que « *le droit communautaire ne reconnaît pas les droits de propriété intellectuelle sur les pièces de rechange destinées aux véhicules automobiles* »<sup>786</sup>.

295. La Cour de justice a répondu négativement à la question posée tout en soulignant que l’exception d’ordre public devait avoir une interprétation stricte. La Cour a surtout affirmé que si les juridictions des États membres sont libres de déterminer le contenu de leur ordre public international, elle devait en contrôler les limites<sup>787</sup>. De plus, la Cour a estimé que le recours à la clause d’ordre public prévue à l’article 27, point 1 de la Convention n’est concevable que dans l’hypothèse où la reconnaissance ou l’exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l’ordre juridique de l’État requis, en tant qu’elle porterait atteinte à un principe fondamental. L’atteinte « *devait constituer une violation manifeste d’une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique de l’État requis ou d’un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »<sup>788</sup>.

296. **Effets de l’encadrement.** Le contrôle communautaire du contenu de l’ordre public international a deux effets principaux. Le premier est le contrôle de l’élaboration de l’ordre public international et le second est la limitation de la liberté du juge étatique dans l’élaboration de l’ordre public international. Tout d’abord, le contrôle communautaire de l’ordre public international, tel qu’exposé précédemment, tend à montrer que le contenu de l’ordre public international est l’objet de ce contrôle. Ainsi, la Cour constaterait la teneur du contenu de l’ordre public international avant de dire si cette teneur est conforme, ou non, au droit de l’Union<sup>789</sup>. Pourtant, il semble que ce contrôle communautaire a des répercussions bien plus importantes que la simple vérification de la conformité du contenu de l’ordre public international étatique au droit de l’Union. En effet, le contrôle du contenu de l’ordre public international implique, de manière « *sous-jacente* », un contrôle sur le processus par lequel le juge étatique détermine

---

*faire transiter, d’importer ou d’exporter dans cet État membre lesdites pièces détachées dont l’ensemble constitue la carrosserie d’une voiture automobile déjà mise sur le marché et en sanctionnant ce comportement ?* » (Arrêt, *Renault c/ Maxicar*, préc., §15).

<sup>786</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l’exequatur dans l’espace judiciaire européen*, LGDJ, 2013, p. 237, n° 294.

<sup>787</sup> « *La Cour en a déduit que, si les États contractants restent en principe, libre de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l’article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion, relèvent de l’interprétation de la convention* » (Arrêt, *Renault c/ Maxicar*, préc., §27).

<sup>788</sup> Arrêt, *Renault c/ Maxicar*, préc., §30.

<sup>789</sup> Comme le suggère M. LÓPEZ DE TEJADA, la solution donnée par la Cour dans l’arrêt *Renault c/ Maxicar* conduit « *à réaliser le contrôle du contenu de l’ordre public* » (M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 237, n° 294).

le contenu de son ordre public international. Lorsque la Cour de justice contrôle le contenu de l'ordre public international, elle contrôle indirectement le « *processus d'élaboration* » de l'ordre public international.

297. Ensuite, ce contrôle du contenu de l'ordre public international, et donc du processus d'élaboration, génère une obligation d'« *adaptation* » par le juge étatique. Ce dernier ne peut plus élaborer l'ordre public international selon sa seule et unique volonté. Par conséquent, le contrôle communautaire ou européen de l'ordre public international, quant à son contenu, a pour conséquence de limiter la liberté du juge étatique dans le processus d'élaboration de l'ordre public international. La doctrine a souligné avec insistance que « *les États membres sont de moins en moins libres dans leur définition [...] de l'ordre public international* »<sup>790</sup>. Cette limitation de la liberté du juge étatique dans l'élaboration de l'ordre public international a une incidence sur la souveraineté étatique. Comme le souligne S. CLAVEL, « *Le souverain français ne dispose plus d'une totale latitude pour établir la teneur de son ordre public international, car il ne lui est pas permis de consacrer un principe d'ordre public international qui entrerait en conflit avec un principe d'ordre public international d'origine supranationale* »<sup>791</sup>. Cette remarque illustre parfaitement toute l'importance des effets de la limitation de l'élaboration de l'ordre public international sur la souveraineté de l'État membre. Elle interroge également la place restante à la souveraineté de l'État membre dans l'élaboration de son propre ordre public international.

## **B) L'encadrement « renforcé » de l'ordre public international par la Cour de justice**

298. *Violation « d'une règle de droit considérée comme essentielle »*. La jurisprudence *Diageo Brands*<sup>792</sup> a été la première phase d'une saga jurisprudentielle bien établie. Dans cette affaire, une société avait demandé l'exécution d'une décision bulgare devant les juridictions néerlandaises. La société qui s'opposait à cette exécution prétendait que la décision bulgare avait été rendue en violation de l'article 5 paragraphe 3 de la directive 89/104<sup>793</sup>. La juridiction néerlandaise a alors posé une série de questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 34

<sup>790</sup> J. GUILLAUMÉ *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 192, n° 407.

<sup>791</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 150.

<sup>792</sup> CJUE, 16 juil. 2015, aff. C-681/13, *Diageo Brands BV c/ Simiramida-04 EOOD* : *Rev. crit. DIP* 2016, 367, note T. AZZI ; *JCP G* 2015, note 873, D. BERLIN ; *RTDE* 2015, 872, note E. TREPPOZ ; *Procédures* 2015, comm. 297, C. NOURISSAT.

<sup>793</sup> Cons. CE, dir. 89/104/CEE, 21 déc. 1988 [rapprochant les législations des États membres sur les marques].



paragraphe 1 du règlement n°44/2001/CE concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale. L’une d’elles était de savoir si « *le motif de refus de reconnaissance tiré d’une violation de l’ordre public trouve à s’appliquer lorsque la décision rendue dans l’État d’origine est manifestement contraire au droit de l’Union* »<sup>794</sup>. La Cour de justice va alors affirmer que l’article 34 point 1 :

*« doit être interprété en ce sens que le fait qu’une décision rendue dans un État membre est contraire au droit de l’Union ne justifie pas que cette décision ne soit pas reconnue dans un autre État membre au motif qu’elle viole l’ordre public de cet État dès lors que l’erreur de droit invoquée ne constitue pas une violation manifeste d’une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique de l’Union et donc dans celui de l’État membre requis ou d’un droit reconnu comme fondamental dans ces ordres juridiques »*<sup>795</sup>.

299. Cette jurisprudence ne se limitera pas au seul règlement Bruxelles I. En effet, dans un arrêt du 19 novembre 2015<sup>796</sup>, la Cour de justice, saisie en interprétation du règlement Bruxelles II bis, va « *reprendre dans son dit pour droit quasi mot à mot ce qu’elle avait pu retenir* »<sup>797</sup> quelques mois plus tôt dans la jurisprudence *Diageo Brands*<sup>798</sup>. Ainsi, « *la formulation montre que, sur le terrain de l’ordre public, la Cour transpose au règlement Bruxelles II bis sa jurisprudence relative au règlement Bruxelles I* »<sup>799</sup>. Dans la décision du 19 novembre 2015<sup>800</sup>, la Cour rajoute « *simplement une référence à l’intérêt supérieur de l’enfant* »<sup>801</sup>. Par conséquent, la Cour affirme que « *le juge de l’exequatur ne peut s’appuyer que sur une “violation manifeste, eu égard aux intérêts supérieurs de l’enfant, d’une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique d’un État membre ou d’un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique pour bloquer un jugement étranger”* »<sup>802</sup>.

<sup>794</sup> T. AZZI, « Circulation des jugements, droit des marques et ordre public », *Rev. crit. DIP* 2016, pp. 367-377, spé., p. 369.

<sup>795</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc., §68.

<sup>796</sup> CJUE, 19 nov. 2015, aff. C-455/15, P c/ Q : *RTDE* 2016, 444, note V. ÉGÉA ; *Europe* 2016, comm. 35, L. IDOT, *Procédures* 2016, comm. 16, C. NOURISSAT ; *AJF* 2016, 48, note É. VIGANOTTI.

<sup>797</sup> C. NOURISSAT, « Exception d’ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles : un arrêt de confirmation ? », *Procédures* 2016, comm. 16, p. 28.

<sup>798</sup> *Ibidem*.

<sup>799</sup> S. CORNELOUP, « Actualité du règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2016, pp. 479-484, spé., p. 483.

<sup>800</sup> Arrêt, *P c/ Q*, préc.

<sup>801</sup> S. CORNELOUP, préc., *Rev. crit. DIP* 2016, p. 483.

<sup>802</sup> C. NOURISSAT, préc., *Procédures* 2016, comm. 16, p. 28.

300. *Exigence de l’épuisement des voies de recours dans l’État membre d’origine.* La Cour de justice semble avoir posé une nouvelle exigence en matière de reconnaissance et d’exécution des décisions dans le cadre du règlement Bruxelles I. Cette exigence n’est autre que l’épuisement des voies de recours internes dans l’État d’origine. En effet, dans l’affaire *Diageo Brands* une des questions préjudicielles posées par la juridiction néerlandaise était précisément de savoir si le motif de refus de reconnaissance fondé sur l’ordre public « *peut valablement être invoqué lorsque la personne qui s’oppose à la reconnaissance n’a pas mis en œuvre toutes les voies de recours qui étaient à sa disposition dans l’État d’origine* »<sup>803</sup>. La Cour de justice va répondre par la négative. Selon cette dernière, « *sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l’exercice des voies de recours dans l’État membre d’origine, les justiciables doivent faire usage dans cet État membre de toutes les voies de recours disponibles afin d’empêcher en amont une violation de l’ordre public* »<sup>804</sup>.

301. Si les auteurs ont pu commenter cette décision avec prudence, la Cour de justice va venir confirmer cette nouvelle tendance dans l’arrêt *Meroni* du 25 mai 2016<sup>805</sup>. Selon la Cour, le règlement Bruxelles I « *repose sur l’idée fondamentale selon laquelle les justiciables sont tenus, en principe, d’utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l’État membre d’origine. Sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l’exercice des voies de recours dans l’État membre d’origine, les justiciables doivent faire usage dans cet État membre de toutes les voies de recours disponibles afin d’empêcher en amont une violation de l’ordre public* ». Ainsi, l’apport de la jurisprudence *Diageo Brands/Meroni* réside « *dans la généralisation de la vérification de l’exercice des voies de recours dans l’État membre d’origine* »<sup>806</sup>. La portée exacte de cette nouvelle exigence est difficile à définir. Il semble néanmoins que cette exigence rend plus délicate la mise en œuvre de l’ordre public international de l’État requis. Ce point sera évoqué en détail ultérieurement<sup>807</sup>. À ce stade de nos développements, il convient de mesurer l’impact de ces décisions sur l’élément de référence.

---

<sup>803</sup> T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 369.

<sup>804</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, *préc.*, §64.

<sup>805</sup> CJUE, 25 mai 2016, aff. C-559/14, *Rudolfs Meroni c/ Reoletos Limited* : *D.* 2016, 1636, note E. BONIFAY ; *Europe* 2016, comm. 254, L. IDOT ; *JDI* 2016, 1325, L. PAILLER ; *Procédures* 2016, comm. 231, C. NOURISSAT.

<sup>806</sup> L. PAILLER, « *Jurisprudence CJUE : coopération judiciaire en matière civile* », *JDI* 2016, comm. 20, pp. 1235-1252, *spé.*, p. 1251.

<sup>807</sup> *Cf. infra.*

302. **Ordre juridique de l'Union, seul élément de référence ?** La rédaction de la décision *Diageo Brands*<sup>808</sup> fait apparaître un « glissement terminologique »<sup>809</sup> pouvant laisser envisager un encadrement encore plus étroit de l'ordre public international de l'État membre requis. Au paragraphe n°44 de la décision, la Cour affirme qu'« *un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance de la décision rendue dans un autre État membre heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis*<sup>810</sup>, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental ». Cette interprétation de la Cour de justice serait donc une confirmation de la jurisprudence *Renault c. Maxicar*<sup>811</sup>. Si les États membres sont libres de définir les exigences de leur ordre public en fonction de leurs conceptions nationales, la Cour de justice n'assure qu'un simple encadrement de cette notion.

303. Néanmoins, le paragraphe n°50 de la même décision est rédigé de la façon suivante : « *la clause de l'ordre public ne serait appelée à jouer que dans la mesure où ladite erreur de droit impliquerait que la reconnaissance de la décision concernée dans l'État requis entraînerait la violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dudit État membre* »<sup>812</sup>. Le « dit pour droit » de la décision reprends cette formulation : « *le fait qu'une décision rendue dans un État membre est contraire au droit de l'Union ne justifie pas que cette décision ne soit pas reconnue dans un autre État membre au motif qu'elle viole l'ordre public de cet État dès lors que l'erreur de droit invoquée ne constitue pas une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dans celui de l'État membre requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans ces ordres juridiques* »<sup>813</sup>.

304. La rédaction de la décision fait apparaître une modification de l'ordre juridique de référence, passant de « *l'ordre juridique de l'État requis* » à « *l'ordre juridique de l'Union* ». Certains auteurs se sont donc interrogés sur la portée de cette modification. Ainsi, le juge de l'État membre requis peut-il toujours se fonder sur la violation d'une règle essentielle de son

---

<sup>808</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, préc.

<sup>809</sup> T. AZZI, préc., *Rev. crit. DIP* 2016, p. 372.

<sup>810</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>811</sup> Cf. supra.

<sup>812</sup> Une formulation similaire est utilisée au sein du §52 de la décision : « *violation d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dans celui de l'État requis* ».

<sup>813</sup> C'est nous qui soulignons.

droit national pour refuser la reconnaissance de la décision ou doit-il se fonder uniquement sur une règle essentielle du droit de l’Union ? Deux interprétations ont alors été proposées.

305. Selon la première interprétation, défendue par T. AZZI, ce « *glissement terminologique* »<sup>814</sup> tiendrait simplement à la « *progression de la démonstration* »<sup>815</sup> de la Cour de justice. Ainsi, dans un premier temps, la Cour rappelle que l’ordre public est bien l’ordre public de l’État requis, comme le prévoit l’article 34-1 du règlement<sup>816</sup>. Puis, dans un second temps, elle constate que la disposition ayant été appliquée de manière erronée est issue d’une directive européenne (l’article 5 paragraphe 3 de la directive 89/104)<sup>817</sup>. Par conséquent, ce n’est que « *provisoirement* »<sup>818</sup> que la Cour de justice aurait pris pour référence l’ordre juridique de l’Union. En utilisant la formulation « *dans l’ordre juridique de l’Union et donc dans celui de l’État requis* »<sup>819</sup>, la Cour aurait montré, en définitive, « *sa volonté de toujours évaluer la violation de l’ordre public à l’aune de l’ordre public de l’État requis* »<sup>820</sup>.

306. Selon la deuxième interprétation, l’ordre juridique de l’Union deviendrait le seul élément de référence pour refuser la reconnaissance d’une décision. Ainsi, le juge de l’État requis ne pourrait plus se fonder sur une règle essentielle de son droit national. Il devrait obligatoirement se fonder sur une règle essentielle de l’ordre juridique de l’Union. Comme le souligne J. HEYMANN : « *l’ordre public de droit international privé étatique auquel renvoie la clause de l’article 34, point 1, du règlement “Bruxelles I” se définirait désormais, dans son contenu - et dans l’hypothèse envisagée (erreur manifeste de droit concernant une règle du droit de l’Union) - par le seul juge de l’Union !* »<sup>821</sup>. Une telle interprétation serait lourde de conséquences, car elle impliquerait un changement de perspective de la part de la Cour de justice de l’Union européenne. C. NOURISSAT présente ainsi ce changement de perspective : « *Alors qu’il était communément admis que la définition du contenu de l’exception d’ordre public était de la seule compétence des seules juridictions de l’État membre requis, le droit de l’Union en assurant un simple encadrement, la Cour de justice va plus loin en exigeant*

---

<sup>814</sup> T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, pp. 367-377, spé., p. 372.

<sup>815</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>816</sup> *Ibid.*, p. 373.

<sup>817</sup> *Ibid.*

<sup>818</sup> *Ibid.*

<sup>819</sup> §52, *c’est nous qui soulignons*.

<sup>820</sup> T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, pp. 367-377, spé., p. 373.

<sup>821</sup> J. HEYMANN, « Reconnaissance et exécution des décisions », *JDI* 2016, comm. 5, pp. 155-171, spé., p. 167.

*dorénavant que soit établie “une violation manifeste d’une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique de l’Union” »<sup>822</sup>.*

307. Si la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l’homme peuvent contrôler le contenu de l’ordre public international afin de mieux l’encadrer, un autre phénomène a récemment fait son apparition. Ce phénomène n’est autre que la « *contrainte* » opérée par ces deux cours sur les États parties ou les États membres, pour faire intégrer dans leur ordre public international respectif, un certain nombre de principes ou de valeurs.

## **§2. L’élaboration « *contraignante* » de l’ordre public international**

308. La limitation de la liberté d’élaboration de l’ordre public international est également produite par « *l’élaboration contraignante* » de l’ordre public international. Cette « *élaboration contraignante* » désigne le processus par lequel les juridictions supranationales redéfinissent le contenu de l’ordre public international. Cette « *élaboration contraignante* » oblige donc le juge étatique à donner une certaine teneur à l’ordre public international du for auquel il appartient. Ce phénomène existe aussi bien dans la jurisprudence de la Cour de justice (A) que dans celle de la Cour européenne des droits de l’homme (B).

### **A) La « *contrainte* » opérée par la Cour européenne des droits de l’homme sur l’élaboration de l’ordre public international**

309. « *Obligation* » d’*élaboration substantielle*. J. GUILLAUMÉ a montré que la Cour européenne des droits de l’homme « *participe directement à l’élaboration du contenu de l’ordre public international étatique en “obligeant” l’État à y intégrer certains droits fondamentaux* »<sup>823</sup>. Notons que l’auteur utilise l’expression d’« *élaboration du contenu de l’ordre public international* » qui est particulièrement pertinente. Cependant, l’utilisation du terme « *élaboration* » n’est utilisée ici que pour faire référence à l’élaboration substantielle de l’ordre public international et sans faire référence à l’élaboration dite « *structurelle* ». L’auteur ne propose pas de mettre en valeur ce processus d’élaboration et la « *liberté d’élaboration* » de

---

<sup>822</sup> C. NOURISSAT, « Refus d’*exequatur* pour contrariété à l’ordre public d’une décision prononcée dans un autre État membre : quand la CJUE réécrit le règlement “Bruxelles I” ... », *Procédures* 2015, comm. 297, pp. 17-18, spé., p. 17.

<sup>823</sup> J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 196, n° 416.

l’ordre public international. Or, nous avons observé que c’est précisément dans l’étude de l’« *élaboration* » et de la « *liberté d’élaboration* », que nous pouvons saisir à quel point la jurisprudence européenne<sup>824</sup> a un impact sur le contenu de l’ordre public international aussi bien s’agissant de sa « *substance* » que de sa « *structure* ».

310. **Exemple du droit au procès équitable.** J. GUILLAUMÉ prend pour exemple l’arrêt *Pellegrini*<sup>825</sup> rendu par la Cour européenne des droits de l’homme le 20 juillet 2001 qui posait la question de l’effet d’une décision rendue par le Tribunal de la Rote romaine<sup>826</sup>. Cet arrêt est d’une importance capitale dans la mesure où la Cour a conditionné l’efficacité d’une décision rendue dans un autre ordre juridique au respect des exigences posées par l’article 6-1 de la Convention européenne des droits de l’homme<sup>827</sup>. Comme le note J. GUILLAUMÉ : « *Le droit à un procès équitable devient alors un élément de l’ordre public international de l’État requis* »<sup>828</sup>.

311. **Particularité de l’élaboration « contraignante ».** Notons que « *l’élaboration « contraignante* » de l’ordre public international ne correspond pas au processus classique d’élaboration de l’ordre public international. Dans le processus classique, l’élaboration de l’ordre public international a pour origine un jugement de valeur qui révèle une contradiction

---

<sup>824</sup> Nous utilisons l’expression « *jurisprudence européenne* » pour faire référence aux décisions de la Cour de justice de l’Union européenne et aux décisions de la Cour européenne des droits de l’homme.

<sup>825</sup> CEDH, 20 juil. 2001, n° 30882/96, [Pellegrini c/ Italie] : *RTD civ.* 2001, 986, J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, 106, note L.-L. CHRISTIAN ; *LPA* 18 avr. 2002, 11, obs. J.-F. FLAUSS.

<sup>826</sup> Dans cette affaire, la requérante avait obtenu un jugement de séparation de corps auprès du tribunal de Rome qui condamnait son mari au paiement d’une pension. Ce dernier avait entre-temps saisi les juridictions ecclésiastiques en vue d’obtenir la nullité du mariage pour cause de consanguinité. La nullité du mariage fut prononcée suivant une procédure prévue par le droit canonique qui n’avait pas laissé le temps à la requérante d’être assistée par un avocat. La requérante fit alors appel devant la Rote Romaine et elle ne disposa que de 20 jours pour formuler elle-même ses observations. La nullité du mariage fut confirmée. La Cour d’appel de Florence prononça l’*exequatur* de la décision et la Cour de cassation italienne rejeta le pourvoi formé par la requérante. La requérante a par conséquent saisi la Cour européenne des droits de l’homme en alléguant une violation de l’article 6 paragraphe 1 de la Convention. La Cour européenne des droits de l’homme prononça à l’unanimité la violation de l’article 6 paragraphe 1 de la Convention. Ainsi, la Cour a considéré « *que les juridictions italiennes ont manqué à leur devoir de s’assurer, avant de donner l’*exequatur* à l’arrêt de la rote romaine, que dans le cadre de la procédure canonique la requérante avait bénéficié d’un procès équitable* » (Arrêt, *Pellegrini*, préc., §47).

<sup>827</sup> Cette décision appellera cependant une précision importante. Comme le souligne P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES : « *Il faut ici souligner que le vice du jugement du Vatican, que la Cour européenne invite le juge italien à sanctionner, ne concerne pas le “contenu” du jugement en question (annulation du mariage pour une cause légitime et produisant des effets acceptables), ni les “liens” avec le juge d’origine du jugement (liens personnels des époux avec l’Église catholique, du fait notamment de leur mariage religieux devant ladite Église, mais bien la procédure d’élaboration du jugement : ce dernier semble violer le principe audi et alteram selon lequel le juge doit écouter le demandeur et le défendeur avant de statuer (principe dit de la contradiction)* » (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, pp. 211-212, n° 55).

<sup>828</sup> J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 196, n° 416.

entre le résultat produit par la norme étrangère et un système de valeurs<sup>829</sup>. Les valeurs individuelles du juge étatique ont alors une importance considérable<sup>830</sup>. Dans le processus « *d’élaboration contraignante* », l’origine de l’élaboration n’est pas le jugement de valeur, mais la volonté de faire peser sur l’État requis l’obligation de s’assurer que la juridiction d’origine a offert un procès équitable aux plaideurs. Autrement dit, la modification substantielle du contenu de l’ordre public international ne procède pas d’une contradiction entre un système de valeur et une norme étrangère, mais de la volonté de redéfinir les obligations des États parties. Ainsi, dans la jurisprudence *Pellegrini*<sup>831</sup>, l’intégration des exigences de l’article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l’homme dans le contenu de l’ordre public international de l’État requis n’est pas le résultat d’une contradiction entre un système de valeurs et les modalités d’élaboration du jugement étranger, mais le résultat de la nécessité posée par la Cour européenne des droits de l’homme aux États requis de veiller au respect du droit au procès équitable.

312. Cette jurisprudence illustre non seulement la contrainte exercée sur le processus d’élaboration, mais également la réduction de la liberté du juge étatique dans le processus d’élaboration.

### **B) La « *contrainte* » opérée par le droit de l’Union et la Cour de justice de l’Union européenne sur l’élaboration de l’ordre public international**

313. *Intégration des règles de concurrences*. J. GUILLAUMÉ a mis en perspective le phénomène selon lequel « *le droit de l’Union s’immisce également dans la définition de la notion d’ordre public. « L’État peut, en effet, se voir dicter le contenu de son ordre public international grâce à la primauté dont jouit le droit de l’Union* »<sup>832</sup>. Pour justifier cette conclusion, l’auteur se fonde sur l’arrêt déjà évoqué *Eco Swiss China Time Ltd*<sup>833</sup>, dans lequel le juge national s’est vu imposer l’intégration des règles communautaires de concurrence au sein de l’ordre public international. De manière plus précise, la Cour de justice a considéré que l’article 85 du traité était une « *disposition fondamentale indispensable pour l’accomplissement*

---

<sup>829</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

<sup>830</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

<sup>831</sup> Arrêt, *Pellegrini, préc.*

<sup>832</sup> J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-nation et le droit international privé, op. cit.*, p. 191, n° 406.

<sup>833</sup> Arrêt, *Eco Swiss, préc.*

*des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur* »<sup>834</sup> et en a déduit que « *dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d’une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d’ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l’interdiction édictée à l’article 85 (devenu l’art.81), paragraphe 1, du traité* »<sup>835</sup>. Ainsi, la Cour de justice a considéré que les règles communautaires de concurrence étaient d’ordre public<sup>836</sup> et a imposé au juge national de les intégrer « *dans la poche* »<sup>837</sup> de l’ordre public international<sup>838</sup>.

314. Notons qu’il s’agit ici du même type de phénomène que celui présenté précédemment à savoir la contrainte opérée par la Cour européenne des droits de l’homme sur l’élaboration de l’ordre public international. Néanmoins, J. GUILLAUMÉ ne fait pas référence à la notion « *d’élaboration* »<sup>839</sup> et évoque seulement l’immixtion du droit de l’Union dans la « *définition de la notion d’ordre public* ». Il semble cependant que l’utilisation de la notion « *d’élaboration* » se justifie pleinement. En effet, le droit de l’Union exerce également une contrainte sur le processus d’élaboration de l’ordre public international qui a tendance à réduire la liberté du juge étatique dans la définition de son ordre public international. Si le droit de l’Union oblige l’État membre à intégrer des principes et des valeurs dans son ordre public international, alors de façon mécanique, le « *processus* » d’élaboration de l’ordre public international est modifié puisqu’il subit des contraintes extérieures.

315. Nous observons de nouveau que le processus « *d’élaboration contraignante* » ne correspond pas exactement au processus classique d’élaboration. En effet, dans l’arrêt *Eco Swiss China Time Ltd*<sup>840</sup>, la redéfinition substantielle de l’ordre public international par l’intégration des règles européennes de concurrence n’a pas pour origine une contradiction entre un système de valeurs et le résultat produit par une norme étrangère, mais bien la volonté du

---

<sup>834</sup> Arrêt, *Eco Swiss, préc.*, §36.

<sup>835</sup> Arrêt, *Eco Swiss, préc.*, §36.

<sup>836</sup> J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 55-74, spé., pp. 66-67.

<sup>837</sup> Comme l’avait affirmé le commentateur de l’arrêt : « *La Cour se contente d’intégrer le droit communautaire de la concurrence dans la poche de l’ordre public international des États, si toutefois la poche existe* » (S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*, *RTD com.* 2000, p. 234).

<sup>838</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*, *RTD com.* 2000, p. 234 ; Cf. également : J. GUILLAUMÉ, *L’affaiblissement de l’État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 191, n° 406.

<sup>839</sup> Cf. *supra* sur l’utilisation du terme « *élaboration* » par l’auteur concernant les droits fondamentaux.

<sup>840</sup> Arrêt, *Eco Swiss, préc.*



juge européen de donner au contenu des ordres publics des États membres une certaine teneur qui permettrait la réalisation des objectifs de l'Union, dont le fonctionnement du marché intérieur.

316. *Élaboration contraignante et Charte des droits fondamentaux*. Il semble que la « *contrainte* » exercée par le droit de l'Union sur l'élaboration de l'ordre public international ait connu une illustration récente. Selon L. PAILLER, la Cour de justice a intégré la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au contenu de l'ordre public visé à l'article 34 point 1 du règlement Bruxelles I<sup>841</sup> dans la décision *Meroni*<sup>842</sup> précitée. De manière plus précise, l'auteur affirme que la Cour de justice avait auparavant intégré la Charte au contenu de l'ordre public en tant que source matérielle<sup>843</sup>. Cependant, dans la décision *Meroni*<sup>844</sup>, la Cour de justice a procédé également à une intégration formelle de la Charte dans le contenu de l'ordre public<sup>845</sup>. Cette intégration serait le résultat d'une interprétation *contra legem* de la Cour de justice<sup>846</sup>. Ainsi, « *cette intégration de l'article 47 de la Charte dans l'ordre public visé à l'article 34 point 1 du règlement Bruxelles I est d'autant plus troublante que, s'agissant "de l'ordre public de l'État membre requis", son contenu devrait être déterminé en priorité par référence aux sources nationales du droit de ce dernier* »<sup>847</sup>. L'intégration des droits fondamentaux consacrés par la Charte au contenu de l'ordre public international des États membres est confirmée au regard de son article 51<sup>848</sup>, du moins lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union<sup>849</sup>. Si l'article 51 de cette Charte concerne uniquement la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres, alors une règle désignée par les règles de conflits de lois de droit commun ou de source conventionnelle ne pourrait être écartée sur le fondement de la Charte<sup>850</sup>.

<sup>841</sup> L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, pp. 1235-1252.

<sup>842</sup> Arrêt, *Meroni*, *préc.*

<sup>843</sup> L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, p. 1243 et s. Cette intégration résulte de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice et notamment l'arrêt *Krombach* où le droit à être défendu a pu intégrer l'ordre public de l'État membre.

<sup>844</sup> Arrêt, *Meroni*, *préc.*

<sup>845</sup> L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, p. 1244 et s.

<sup>846</sup> *Ibidem*, p. 1243.

<sup>847</sup> *Ibid.*, p. 1246.

<sup>848</sup> L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux prévoit : « 1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. 2. La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités ».

<sup>849</sup> *JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], n° 99.

<sup>850</sup> *Ibidem*.

Par conséquent, l'intégration de la Charte des droits fondamentaux au sein de l'ordre public international de l'État membre confirme la « *contrainte* »<sup>851</sup> exercée dans le processus d'élaboration.

317. La raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international procède d'une série de causes directes, mais également de causes indirectes. Par l'étude des causes directes, nous avons observé que ce processus d'élaboration subissait un encadrement supranational par le système de l'Union européenne et le système de protection des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour de justice suggère que cet encadrement a été renouvelé et qu'il est de plus en plus strict. De plus, le processus d'élaboration subit également les contraintes extérieures qui ont été posées par les juridictions supranationales comme la Cour de justice ou la Cour européenne des droits de l'homme. L'encadrement et la contrainte exercés sur le processus d'élaboration de l'ordre public international tendent à montrer que la liberté d'élaboration de l'ordre public international par le juge étatique est de plus en plus limitée. Par conséquent, si la liberté du juge étatique subit des limitations croissantes, le processus de raréfaction de l'ordre public international se raréfie.

318. L'approche causale indirecte a pour objectif de mettre en évidence les causes sous-jacentes de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. Il ne s'agit donc plus de montrer que la liberté du juge étatique dans le processus d'élaboration est de plus en plus limitée. Il s'agit davantage de mettre en exergue les facteurs qui contribuent indirectement à limiter le processus d'élaboration de l'ordre public international. Ces facteurs peuvent être internes, externes, mais ils ont tous en commun de provoquer la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international.

## **Section 2 : Approche causale « *indirecte* » de la raréfaction de l'élaboration**

319. L'approche causale « *indirecte* » consiste à étudier les facteurs qui favorisent la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. La causalité est dite indirecte, car ces facteurs ne provoquent pas, en eux-mêmes la raréfaction de l'élaboration. Deux facteurs de causalité « *indirecte* » peuvent être évoqués. Tout d'abord, il est essentiel de souligner l'importance du contexte idéologique dans lequel s'effectue le contrôle de l'élaboration de

---

<sup>851</sup> Sur l'utilisation de ce terme Cf. *Ibid.*

l'ordre public international. En effet, ce contexte tend à accroître l'intensité du contrôle sur le processus d'élaboration afin de permettre la réalisation de certaines idéologies devenues dominantes : le néolibéralisme et l'individualisme (Sous-section 1). Ensuite, l'influence exercée par les systèmes supranationaux sur l'objet du processus d'élaboration (le contenu de l'ordre public international) est déterminante. Cette influence circonscrit progressivement le contenu de l'ordre public international et facilite la raréfaction du processus d'élaboration du juge étatique (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Le contexte idéologique du contrôle de l'élaboration de l'ordre public international**

320. Le contexte idéologique du contrôle de l'élaboration de l'ordre public international se caractérise par la domination de deux doctrines ou deux courants de pensée : le libéralisme et l'individualisme. Ces deux notions sont fondamentalement liées l'une à l'autre et demeurent indissociables<sup>852</sup>. L'apparition récente du terme « *néolibéralisme* » pourrait laisser planer des doutes sur les liens qui existent entre cette notion et l'individualisme. Cependant, ces liens sont également très étroits. Ainsi, selon P. LEMIEUX : « *Le néolibéralisme unit le libéralisme classique et l'individualisme* »<sup>853</sup>. La doctrine néolibérale est une véritable « *idéologie* » qui se voit acquérir une importance croissante dans les systèmes supranationaux (§1) d'autant que cette tendance se cumule avec la promotion de l'individualisme par la Cour européenne des droits de l'homme (§2).

#### **§1. Le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international au prisme d'une « *idéologie néolibérale* »**

321. L'influence de « *l'idéologie néolibérale* » sur le droit international privé se manifeste notamment par une modification des paradigmes traditionnels comme la place accordée à l'autorité de la loi (A) et l'adhésion des deux juridictions suprêmes européennes à cette

---

<sup>852</sup> Comme le précise l'auteur sans aucune équivoque : « *On voit comment l'individualisme et le libéralisme sont indissociables. Il n'y a pas de libéralisme sans individualisme méthodologique, culturel et politique. Inversement, l'individualisme ne peut subsister que dans le cadre libéral* ». L'auteur poursuit en affirmant : « *Libéralisme et individualisme sont indissociablement liés dans l'expression "liberté individuelle", qui est la seule possible* » (P. LEMIEUX, *La souveraineté de l'individu : essai sur les fondements et les conséquences du nouveau libéralisme*, PUF, 1987, p. 23).

<sup>853</sup> *Ibidem*.

idéologie, conduit à contrôle de plus en plus étroit de l'élaboration de l'ordre public international (B).

### A) L'« *idéologie néolibérale* » face aux conceptions classiques du droit international privé

322. **Approche fondamentale du néolibéralisme.** Il est peu aisé de saisir le sens du « *néolibéralisme* » sans avoir au préalable défini ce que recouvre la notion de « *libéralisme* ». Le libéralisme est tout d'abord une « *philosophie politique* »<sup>854</sup> qui « *repose sur la promotion de la liberté et sur l'importance accordée à l'individu* »<sup>855</sup>. Cette « *philosophie politique* » s'articule avec le « *libéralisme économique* » qui est une « *doctrine économique fondée sur la défense de la propriété privée comme droit naturel et sur l'idée d'une auto-organisation de la société produite par la recherche de l'intérêt individuel* »<sup>856</sup>. Cette doctrine économique « *considère que la régulation par le marché est la meilleure modalité de gestion de l'économie* »<sup>857</sup>. Notons cependant que le libéralisme se caractérise par la reconnaissance des droits de propriété et de liberté et non pas par l'économie de marché, qui peut parfaitement exister dans des sociétés collectivistes<sup>858</sup>. Le néolibéralisme n'est pas une simple « *tendance* », « *doctrine* » ou un « *courant de pensée* », il peut être considéré comme une véritable « *idéologie* »<sup>859</sup>.

323. « **Idéologie** » *néolibérale*. Comme le précise A. BIHR, « [t]oute idéologie comprend un moment théorique [...], un moment pratique ou pragmatique, et un moment apologétique »<sup>860</sup>. Le moment théorique correspond au « *discours* »<sup>861</sup>, le moment pratique correspond à un « *programme d'action* »<sup>862</sup> et le moment apologétique correspond « *à la justification voire*

<sup>854</sup> J.-P. BIASUTTI et L. BRAQUET, *Comprendre le capitalisme*, Bréal, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 33.

<sup>855</sup> *Ibidem*.

<sup>856</sup> *Ibid.*

<sup>857</sup> A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO et A.-M. DRAI, *Dictionnaire des sciences économiques*, 2<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2007, p. 288.

<sup>858</sup> P. SALIN, *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000, p. 10.

<sup>859</sup> Pour A. BIHR, une idéologie « *est un système culturel (au sens anthropologique du mot) dont le noyau est constitué par une conception du monde à la fois englobante et cohérente, qui implique un programme d'action sur le monde et par conséquent aussi une axiologie, et donc la fonction essentielle est de justifier la situation, les intérêts ou les projets d'un groupement social particulier* » (A. BIHR « L'idéologie néolibérale », *Semen*, 2011, pp. 43-56, n° 5).

<sup>860</sup> *Ibidem*.

<sup>861</sup> Pour qu'un discours puisse constituer une idéologie, il doit à la fois être totalisant et cohérent.

<sup>862</sup> Comme le précise l'auteur : « *Si une idéologie n'est pas seulement un discours, c'est notamment parce qu'on attend d'elle qu'elle implique la possibilité d'agir dans/sur le monde d'une manière efficace : elle doit nous dire*

*l'idéalisation* »<sup>863</sup>. Selon cet auteur, le néolibéralisme respecte ces trois conditions par trois constats : la « *cohérence de la vision néolibérale du monde* », « *l'efficacité politique du néolibéralisme* » et enfin la « *transnationalisation et hégémonie du capital financier* »<sup>864</sup>. Ainsi, « *le caractère idéologique du néolibéralisme ne fait aucun doute : il satisfait parfaitement à toutes les conditions constitutives d'une idéologie* »<sup>865</sup>. Cette présentation du néolibéralisme comme une « *idéologie* » est loin d'être isolée, car elle a reçu le soutien de nombreux auteurs<sup>866</sup>. Le néolibéralisme intéresse tout particulièrement notre champ d'études, car il a une influence déterminante sur le droit.

324. **Néolibéralisme et « Droit »**. En effet, le néolibéralisme modifie la « *nature* » du droit, car « *[i]l devient un produit parmi d'autres soumis à évaluation en fonction de son efficacité économique* »<sup>867</sup> ce qui implique « *une mise en compétition des systèmes juridiques* »<sup>868</sup>. Cette particularité a une incidence considérable sur l'individu qui « *est perçu non plus comme un sujet de droit et un citoyen mais comme un "sujet de plaisir et d'intérêt", cherchant en toute occasion à maximiser son projet et à diminuer sa peine* »<sup>869</sup>. En toute logique, le droit international privé, intéressant tout particulièrement les relations internationales privées, n'échappe pas à cette tendance.

---

*non seulement ce que le monde est (ou est censé être) mais encore ce que nous devons et pouvons y faire, comment et pourquoi nous avons à y agir* » (A. BIHR, *préc.*, pp. 43-56, n° 9).

<sup>863</sup> Ainsi, « *une idéologie se présente toujours encore comme la justification voire l'idéalisation de la situation, des intérêts, des actions des positions et/ou des propositions, des projets d'un groupement social [...] pris dans des rapports complexes [...] avec d'autres groupements, justification qui a pour fonction de permettre à ce groupe de parvenir à ses fins* » (*Ibidem*, pp. 43-56, n° 10).

<sup>864</sup> Synthétiquement, l'auteur affirme que « *le néolibéralisme est l'idéologie de la fraction financière du capital et de son hégémonie sur l'ensemble du capital dans l'actuelle phase de transnationalisation des rapports capitalistes de production* » (*Ibid.*, pp. 43-56, n° 29).

<sup>865</sup> *Ibid.*, pp. 43-56, n° 30.

<sup>866</sup> Par exemple, selon l'économiste G. DOSTALER : Le néolibéralisme une « *idéologie privilégiant les relations marchandes, la concurrence et l'entreprise comme les seuls modes d'action efficaces et même possibles d'organisation, non seulement de l'économie, mais de l'État et de l'ensemble des relations humaines* ». (M. CABANNES, *La trajectoire néolibérale, histoire d'un dérèglement sans fin*, Le bord de l'eau, 2013, p. 13).

<sup>867</sup> Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2016, t. 387, p. 46, n° 20.

<sup>868</sup> *Ibidem*, pp. 46-47, n° 20.

<sup>869</sup> Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2016, t. 387, p. 47, n° 20. Nous pouvons également citer les propos de H. MUIR WATT concernant cette « *vision néolibérale du monde* » : « *Reposant sur une anthropologie qui voit dans "l'homo economicus" un calculateur d'intérêt plutôt qu'un sujet de droit, cette vision non pas un marché régulé reposant sur le laisser-faire, mais cette concurrence s'étendant à toutes les sphères de la vie sociale* » (H. MUIR WATT « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » (in) *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* » (Dir. M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO), Dalloz, 2009, pp. 77-92, spé, p. 79).

325. « *Renouveau* » du droit international privé par le néolibéralisme. L'impact du néolibéralisme sur le droit international privé continue d'alimenter les travaux de la doctrine<sup>870</sup>. Avec la mise en perspective de la pensée classique du droit international privé européen de l'après-guerre et la montée en puissance du néolibéralisme, P. KINSCH s'est proposé d'examiner les changements qu'implique la pensée néolibérale sur les options fondamentales du droit international privé et les techniques du droit international privé<sup>871</sup>. S'agissant des options fondamentales du droit international privé, l'auteur distingue le domaine économique et social et le domaine sociétal. La transposition de la pensée néolibérale dans le premier domaine est faite par la prévalence de l'autonomie de la volonté<sup>872</sup>. S'agissant du domaine sociétal, l'auteur prend tout d'abord soin de préciser ce que recouvre exactement l'expression « *néolibéralisme sociétal* »<sup>873</sup> avant d'expliquer l'impact de la transposition du libéralisme en droit international privé. Selon P. KINSCH, cette transposition a modifié les paradigmes traditionnels du droit international privé avec notamment une remise en cause de la place accordée à « *l'autorité de la loi* »<sup>874</sup>. Ainsi, « *l'idée que la poursuite du bonheur individuel importe plus que l'autorité de la loi est une idée qui n'apparaît plus aujourd'hui*

---

<sup>870</sup> Sur cette question Cf. par ex : A. MARS, *La prévalence des intérêts : Contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral*, thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2017.

<sup>871</sup> P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? » *Mélanges P. MAYER*, LGDJ, 2015, pp. 377-390 ; Cf. également du même auteur : « Trois visions de l'avenir d'un droit international privé néolibéral » (in) *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. 1, Napoli Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193.

<sup>872</sup> De manière plus précise, l'auteur affirme que la transposition du projet libéral « *consistera dans le déplacement de l'accent mis sur l'autorité de la loi (en particulier l'autorité de la loi du for) à l'égard des individus, qui caractérise le système classique, vers un accent inverse, qui sera mis sur le choix par les individus, participants au marché, de la loi à laquelle ils entendent soumettre leurs transactions économiques* ». L'auteur confirme sa pensée en ces termes : « *Ce seront, en d'autres termes, les règles de droit international privé favorisant, directement ou indirectement, l'autonomie de la volonté qui seront l'élément caractéristique du droit international privé de l'époque néolibérale* » (P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op. cit.*, p. 380).

<sup>873</sup> Pour ne pas dénaturer les propos de l'auteur s'agissant du choix de cette expression, nous préférons reproduire l'ensemble de ses développements : « *Le "néolibéralisme sociétal" est une désignation d'école de pensée avec laquelle radicalement aucun de ceux qui y adhèreraient ne peut s'identifier ; réalisant une alliance d'un substantif que l'on situe en général à droite avec l'idée ("de gauche") de changements sociétaux, elle est, dans le débat politique actuel, un oxymore. Il n'en reste pas moins que rien ne distingue fondamentalement les pratiques du regulatory arbitrage, telles qu'elles existent dans le domaine des affaires, et la volonté des individus de s'émanciper de la tutelle des lois de l'État qui s'appliquent normalement à eux et qui les empêchent (aussi longtemps que ces lois n'ont pas été modifiées) de réaliser leurs projets matrimoniaux ou parentaux. Les deux sont incompatibles avec un plein respect de l'autorité de la loi. Maintenons dès lors la référence au "néolibéralisme sociétal", ou à l'expression politiquement (mais non linguistiquement) plus euphonique, le "libéralisme sociétal contemporain" - tout en reconnaissant qu'en fonction de ses attitudes politiques personnelles, chacun peut combiner à sa manière le degré de son libéralisme en matière économique et sociétale* » (*Ibidem*, p. 382).

<sup>874</sup> L'auteur souligne l'attachement à l'autorité de la loi dans l'époque intellectuelle précédente, c'est-à-dire celle qui caractérisait le droit international privé du XX<sup>e</sup> siècle (l'avant 1968 pour le domaine sociétal et l'avant 1989 dans le domaine économique) (*Ibid.*, p. 378).

*comme radicalement impensable aux juristes, et dont il semble bien qu'elle se reflète partiellement en droit international privé »<sup>875</sup>.*

## **B) L'influence du néolibéralisme sur le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international**

326. **Adhésion au projet néolibéral.** P. KINSCH souligne que « *ce mouvement vers l'autonomisation des individus a reçu un certain soutien de la part des deux juridictions suprêmes européennes* »<sup>876</sup> que sont la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, l'adhésion à ce projet néolibéral par la Cour de justice s'explique par les liens évidents entre ce dernier et l'idée de la libre circulation des personnes qui est centrale dans le droit de l'Union<sup>877</sup>. En revanche, « *c'est beaucoup plus discutable* »<sup>878</sup> pour la Cour européenne des droits de l'homme même si les droits de l'homme « *sont depuis toujours une idée libérale* »<sup>879</sup>. En effet, il est moins certain que la Cour poursuive ce projet néolibéral de manière typique, car la Cour chercherait à « *libérer l'individu des contraintes résultant de son statut personnel pour lui permettre de se soumettre à une autre loi* »<sup>880</sup>. Contre toute attente, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme combinent leurs efforts dans un projet néolibéral commun, mais qui serait accompli de façon différente. L'autonomie de la volonté serait donc en passe de prendre l'ascendant sur l'autorité de la loi.

327. **Impact sur l'ordre public international.** La mise en œuvre d'un projet néolibéral par les deux juridictions suprêmes précitées ne peut être sans incidence sur le contenu de l'ordre public international et sur le processus d'élaboration de ce dernier. Selon P. KINSCH, le projet néolibéral s'accompagne d'une modification des méthodes du droit international privé et notamment « *la limitation du jeu de l'exception d'ordre public* »<sup>881</sup>. La « *limitation du jeu de l'exception d'ordre public* » ne consiste pas seulement à limiter la mise en œuvre de l'exception d'ordre public en modifiant sa fréquence ou son intensité<sup>882</sup>. Cette limitation consiste également

---

<sup>875</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>876</sup> *Ibid.*, p. 383.

<sup>877</sup> *Ibid.*

<sup>878</sup> *Ibid.*

<sup>879</sup> *Ibid.*

<sup>880</sup> *Ibid.*

<sup>881</sup> P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *op. cit.*, p. 387 ; Cf. également du même auteur, « Trois visions de l'avenir d'un droit international privé néolibéral », *op. cit.*, p. 168.

<sup>882</sup> Sur la question de l'impact de l'idéologie néolibérale sur la fréquence et l'intensité de l'ordre public international, Cf. *infra*.

à contrôler le contenu de l'ordre public international afin de garantir une compatibilité permanente entre ce dernier et le libéralisme, dans le but ultime d'accomplir ce projet néolibéral. Ainsi, l'accentuation du contrôle de l'ordre public international dans une perspective néolibérale conduit indirectement à la limitation de la liberté d'élaboration du juge étatique. L'étude de P. KINSCH nous amène à conclure que cette « *limitation du jeu de l'exception d'ordre public* » s'explique par la place croissante accordée à l'autonomie de la volonté et à la libre circulation des individus. Par conséquent, c'est bien la mise en œuvre du projet néolibéral, par les deux systèmes que sont l'Union et le Conseil de l'Europe, qui facilitent la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international.

328. Si le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international subit l'influence grandissante de l'idéologie néolibérale, force est de constater que ce contrôle se combine avec l'influence de l'individualisme qui prône la satisfaction des intérêts privés.

## **§2. Le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international à la lumière de l'individualisme**

329. Nous assistons à un essor particulièrement remarqué de l'individualisme, notamment en raison de la promotion des droits fondamentaux, et à la modification de la conception des intérêts en présence (A) ce qui conduit inévitablement à un contrôle accru du contenu de l'ordre public international et donc du processus d'élaboration (B).

### **A) « *La montée en puissance de l'individualisme* »<sup>883</sup> par la promotion des droits fondamentaux**

330. *Approche fondamentale de l'individualisme*. Souvent employé dans un sens comme dans un autre, le terme « *individualisme* » est particulièrement difficile à définir. Dans un ouvrage de référence<sup>884</sup>, M. WALINE, et suivant les travaux d'A. SCHATZ, distingue

---

<sup>883</sup> Y. LEQUETTE, « De la “proximité” au “fait accompli” » : *Mélanges P. MAYER*, LGDJ, 2015, pp. 481-518, spé., p. 514.

<sup>884</sup> M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2007.



l’individualisme philosophique<sup>885</sup>, l’individualisme politique<sup>886</sup>, l’individualisme littéraire<sup>887</sup>, l’individualisme économique<sup>888</sup> et l’individualisme juridique<sup>889</sup>. Dans une approche plus générale, « *l’individualisme* » est une doctrine qui « *accorde à l’individu une importance primordiale et essentielle* »<sup>890</sup> de sorte que « *l’individu constituerait la véritable réalité et le fondement des valeurs* »<sup>891</sup>. Ainsi, « *l’individu est une valeur fondamentale, supérieur aux valeurs collectives du groupe, de la société* »<sup>892</sup>. L’individualisme n’est pas étranger à la protection des droits de l’homme, bien au contraire. Comme le rappelle E. DECAUX : « *La philosophie des droits de l’homme n’est-elle pas fondée sur la défense de la personne contre l’État qui trouve sa traduction dans l’individualisme juridique ?* »<sup>893</sup>. Il convient donc de prendre la mesure des liens existants entre l’individualisme juridique et la protection des droits de l’homme.

331. **Individualisme et droits de l’Homme.** Y. LEQUETTE a montré comment la montée en puissance de l’individualisme était facilitée par la promotion des droits fondamentaux. Selon cet auteur : « *La promotion des droits fondamentaux débouche, en effet, sur une montée en*

---

<sup>885</sup> Pour une approche philosophique, M. WALINE se reporte à la définition de l’individualisme donnée par A. LALANDE : « *Se dit de toute tendance qui accorde à l’individu ou à l’individuel une valeur intrinsèque supérieure à la valeur de la société ou aux valeurs dites impersonnelles, soit dans l’ordre explicatif, soit dans l’ordre des fins morales* » (*Ibidem*, p. 13).

<sup>886</sup> Après avoir pris en compte les définitions de plusieurs auteurs, M. WALINE définit l’individualisme politique comme « *la tendance à mettre les institutions politiques, juridiques et sociales d’un pays au service des intérêts particuliers des individus qui composent la population, de préférence aux intérêts collectifs, notamment nationaux et familiaux* » (*Ibid.*, p. 18).

<sup>887</sup> Plutôt que de définir l’individualisme littéraire, M. WALINE note l’existence de cet individualisme, notamment au XIX<sup>e</sup> siècle. Parmi les auteurs qui symbolisent le plus cet individualisme, nous pouvons noter par exemple G. FLAUBERT « *qui a créé le “bovarysme”, mot qui ne désigne en somme pas autre chose que la caricature d’un individualisme malsain* » (*Ibid.*, p. 19).

<sup>888</sup> Pour M. WALINE, l’individualisme économique « *est essentiellement celui d’Adam Smith* ». L’auteur résume la pensée d’A. SMITH ainsi : « *Son point de départ, c’est ce postulat : chacun des individus qui composent la société s’il est abandonné à lui-même, travaille le plus utilement qu’il est possible, en cherchant son intérêt propre, à servir l’intérêt commun. Dès lors, la société ne peut mieux faire que de laisser à l’individu le maximum de liberté économique ; l’adaptation de la production aux besoins, notamment dans chaque branche de l’économie, se réalisera automatiquement* ». Ainsi, M. WALINE en tire la conclusion suivante : « *L’individualisme économique s’oppose ainsi au dirigisme et se confond presque, pratiquement, avec le libéralisme* » (*Ibid.*, p. 19).

<sup>889</sup> La question de la définition de l’individualisme juridique a intéressé d’éminents auteurs. Par exemple, après avoir pris en compte les travaux de M. HAURIU et constaté que ce dernier ne donne pas de définition de l’individualisme juridique, M. WALINE affirme qu’on le définirait comme « *un système dans lequel les règles de droit sont l’œuvre des individus, dans la mesure où il est l’œuvre des individus, ou encore dans celles de ses parties qui sont l’œuvre des individus* » (*Ibid.*, p. 23). Cette définition contraste avec celle donnée par L. DUGUIT pour qui « *l’individualisme juridique est une doctrine de droit naturel qui prétend fonder la légitimité du droit objectif positif sur la nécessité de garantir les droits naturels innés des individus* » (*Ibid.*, p. 26).

<sup>890</sup> J. RUSS, *Dictionnaire de philosophie*, Bordas, 1996, p. 141.

<sup>891</sup> *Ibidem*.

<sup>892</sup> *Dictionnaire d’économie et de sciences sociales*, (Dir. C.-D. ECHAUDÉMAISON), 9<sup>e</sup> éd., Nathan, 2014, p. 259.

<sup>893</sup> E. DECAUX, « L’intérêt général “peau de chagrin” du droit international des droits de l’homme ? » : *Mélanges D. TRUCHET*, Dalloz, 2015, pp. 119-129, spé., p. 119.

*puissance de l'individualisme qui conduit à mettre en avant les droits de la personne en sorte qu'à la trilogie traditionnelle, prise en charge par les conflits de lois s'ajoute un intérêt supplémentaire, celui de la personne* »<sup>894</sup>. L'auteur prend en compte les travaux de F. MARCHADIER<sup>895</sup>. Ce dernier affirme que même si le droit international privé prenait en considération trois intérêts, dont celui des parties, la Convention européenne « *n'en intègre plus que deux* », celui de la personne et celui de la collectivité. Ainsi, « *l'intérêt "de la" personne prise individuellement se confond avec celui "des" personnes, parties à la relation juridique* »<sup>896</sup>. Y. LEQUETTE rappelle les propos de H. BATIFFOL qui illustrent parfaitement le lien existant entre libéralisme et individualisme : « *L'intérêt des parties ne se confond manifestement pas avec la protection de l'individu. Toute l'équivoque du libéralisme individualiste est précisément d'avoir cru que la protection de chacun suffirait à organiser la vie en commun, alors qu'un faisceau de droits subjectifs ne saurait atteindre ce but, méconnaissant le problème premier qui est celui de la vie en commun* »<sup>897</sup>. L'expansion de l'individualisme imprègne également en profondeur le droit international privé.

332. **Individualisme et conflits de lois.** Dans une étude récente, É. LENGART s'est proposé d'étudier l'impact de l'individualisme sur la théorie générale des conflits de lois<sup>898</sup>. Les apports de cette thèse peuvent servir notre démonstration. Partant du postulat de « *l'effacement de l'individualisme dans la théorie classique des conflits de lois* »<sup>899</sup>, l'auteur parvient à démontrer la « *diffusion de l'individualisme dans la théorie moderne des conflits de lois* »<sup>900</sup>. Pour notre étude, nous retiendrons le développement essentiel portant sur « *la diffusion de l'individualisme dans la détermination des valeurs et des finalités de la théorie moderne* »<sup>901</sup>. Dans ce développement, E. LENGART adopte une « *perspective téléologique* »<sup>902</sup> dans le but d'insister sur « *la promotion de l'individu* »<sup>903</sup> et la « *soumission de la collectivité et du droit* »<sup>904</sup>. Dans cette perspective, l'auteur fait apparaître clairement « *la priorité de l'individu*

---

<sup>894</sup> Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », *op. cit.*, p. 514.

<sup>895</sup> F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007.

<sup>896</sup> Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », *op. cit.*, p. 514.

<sup>897</sup> *Ibidem*, pp. 514-515.

<sup>898</sup> É. LENGART, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, thèse dactyl., Paris II, 2019.

<sup>899</sup> É. LENGART, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, thèse dactyl., Paris II, 2019, p. 179 et s.

<sup>900</sup> *Ibidem*, p. 475 et s.

<sup>901</sup> *Ibid.*, p. 633 et s.

<sup>902</sup> *Ibid.*, p. 715 et s.

<sup>903</sup> *Ibid.*, p. 724 et s.

<sup>904</sup> *Ibid.*, p. 728 et s.

*sur le collectif* »<sup>905</sup> tout en montrant que « *les finalités individualistes ultimes* »<sup>906</sup> impliquent à la fois « *la recherche d'un ordre profitant aux individus* »<sup>907</sup> et « *la soumission nécessaire des ordres collectifs* »<sup>908</sup>.

333. Ces développements attestent de l'infiltration de l'individualisme dans la théorie des conflits de lois, jusqu'au mécanisme exceptionnel que constitue l'ordre public international. Ils permettent également de marquer l'opposition entre l'intérêt collectif et l'intérêt privé et de saisir l'impact de l'individualisme sur le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international.

### **B) L'impact de la « *montée en puissance de l'individualisme* » sur le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international**

334. Sans réelle surprise, il existe une confrontation fondamentale entre l'objectif de l'ordre public international, qui est la protection des valeurs de la société du for, et l'objectif de l'individualisme qui est la promotion de la valeur de l'individu. L'opposition entre « *l'individu* » et « *le collectif* » prend alors toute sa dimension théorique, l'ordre public international apparaît dans cette hypothèse comme un obstacle à la promotion de l'individualisme.

335. Ainsi, la promotion des droits fondamentaux et la montée en puissance de l'individualisme s'accompagnent nécessairement d'un conflit avec les objectifs défendus par l'ordre public international. Ce conflit ne peut rester sans incidence sur le contrôle opéré la Cour européenne des droits de l'homme sur le contenu de l'ordre public international et donc sur le processus d'élaboration. En effet, il serait surprenant que le contrôle ou l'encadrement de l'ordre public international ne soit pas imprégné de l'idéologie de l'institution qui effectue ce contrôle. Si la Cour européenne des droits de l'homme participe à la promotion des droits fondamentaux, alors elle participe au renforcement de l'individualisme. Par conséquent, le contrôle de l'ordre public international, et donc du processus d'élaboration, par la Cour européenne des droits de l'homme porte en lui-même l'opposition entre l'individualisme et le

---

<sup>905</sup> *Ibid.*, p. 765 et s.

<sup>906</sup> *Ibid.*, p. 768 et s.

<sup>907</sup> *Ibid.*, p. 769 et s.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 779 et s.

collectif et il n'est pas certain que ce dernier en ressorte vainqueur. Par exemple, certains auteurs ont déjà noté un « *triomphe des droits individuels sur l'intérêt collectif* »<sup>909</sup> dans de nombreux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme.

336. Le contexte idéologique du contrôle du contenu de l'ordre public international, et donc du processus d'élaboration, est fortement marqué par le néolibéralisme et l'individualisme. Ce contexte idéologique aboutit à réduire la liberté d'élaboration de l'ordre public international et participe donc au processus de raréfaction de l'élaboration. Ce premier facteur de la causalité indirecte de la raréfaction de l'élaboration doit maintenant être mis en perspective avec un deuxième facteur.

## **Sous-section 2 : L'influence croissante exercée sur le contenu de l'ordre public international par les systèmes supranationaux**

337. La deuxième cause « *indirecte* » qui vient faciliter le processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international est l'influence de plus en plus soutenue des systèmes supranationaux sur le contenu de l'ordre public international. En effet, l'influence de ces systèmes se traduit par la volonté de restreindre le contenu de l'ordre public international. Cette influence sur le contenu de l'ordre public international rejaillit sur le processus d'élaboration. En effet, puisque le contenu de l'ordre public international est l'objet du processus l'élaboration alors toute influence sur le contenu produit un effet sur le processus d'élaboration. Cette influence a pour conséquence ultime de raréfier la liberté du juge étatique dans le processus d'élaboration de l'ordre public international. L'Union exerce une influence grandissante sur le contenu de l'ordre public international (§1) toute comme la Cour européenne des droits de l'homme (§2).

### **§1. L'influence de l'Union sur le contenu de l'ordre public international**

338. L'influence de l'Union sur le contenu de l'ordre public international est de plus en plus soutenue. Cette influence sur le contenu de l'ordre public international rejaillit indirectement sur le processus d'élaboration de manière à diminuer la liberté du juge étatique. Cette influence

---

<sup>909</sup> B. GARDEY DE SOOS, « L'influence du droit européen sur le droit de la famille : vers la fin du droit français de la filiation ? » *RJPF* sept. 2015, pp. 6-12, spé., p. 6.

se manifeste aussi bien au travers des nouveaux règlements européens (A) que par la « *captation* »<sup>910</sup> progressive des domaines intéressant l’ordre public international par l’Union (B).

### A) L’influence du droit dérivé sur le contenu de l’ordre public international des États membres

339. **Première illustration.** L’influence des règlements européens sur le contenu de l’ordre public international est un phénomène largement révélé par la doctrine<sup>911</sup>. Cette « *volonté d’influence* »<sup>912</sup> se révèle de plus en plus importante et trouve plusieurs illustrations récentes. La première illustration se situe dans le cadre du règlement du 4 juillet 2012 sur les successions internationales (ci-après nommé « *règlement successions* »)<sup>913</sup>. Selon M. AZAVANT, « *le règlement entend influencer sur le contenu de l’ordre public* »<sup>914</sup>. L’auteur distingue alors deux ordres de signes d’influences : « *les premiers, tiennent à des directives d’interprétation strictes de la notion d’ordre public, les seconds, expriment d’ores et déjà le rejet de certaines dispositions du giron de l’ordre public* »<sup>915</sup>. S’agissant tout d’abord des directives d’interprétation strictes de la notion d’ordre public, les articles 35<sup>916</sup> et 40<sup>917</sup> ne permettent d’écarter la loi étrangère ou la décision rendue que si elles sont manifestement contraires à

---

<sup>910</sup> Le substantif « *captation* » a pour origine le terme « *captatio* » du latin « *captare* », devenu le terme « *capter* » qui signifie « *chercher à prendre* » (J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAT, Dictionnaire étymologique et historique du français, Larousse, 2011, p. 160). Si ce terme a plusieurs sens, il peut renvoyer à l’action de « *capter* » ou de recueillir. Dans un sens abstrait, le terme « *capter* » désigne le fait de recueillir avec ou sans idée d’utilisation (*Le Grand Robert de la langue française, Dictionnaires Le Robert*, t. 2, 1996, pp. 341-342). En science juridique, le terme « *captation* » correspond au « *fait de s’attirer les bonnes grâces d’une personne en vue d’en obtenir une libéralité qui peut entraîner la nullité de celle-ci, mais seulement lorsque – accompagné de manœuvres frauduleuses et d’insinuations mensongères ayant déterminé la libéralité- ce comportement constitue un dol* ». (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, p. 133). Le terme « *captation* » tel qu’il est utilisé dans notre étude doit être entendu dans son sens correspond à l’action de « *capter* » ou tout simplement de recueillir avec ou sans idée d’utilisation.

<sup>911</sup> Cf. par ex : B. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, « L’impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille » (in *Vers un statut européen de la famille* (Dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 189-200).

<sup>912</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 21.

<sup>913</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 650/2012, [relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions, et l’acceptation et l’exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d’un certificat successoral européen].

<sup>914</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 21.

<sup>915</sup> *Ibidem*.

<sup>916</sup> « *L’application d’une disposition de la loi d’un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l’ordre public du for* ».

<sup>917</sup> « *Une décision rendue n’est pas reconnue : a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l’ordre public de l’État membre dans lequel la reconnaissance est demandée* ».

l'ordre public<sup>918</sup>. L'auteur en tire la conclusion suivante : « *De là à penser que le règlement entend que le contenu de l'ordre public doit se faire encore plus ramassé qu'à l'habitude il n'y a pas loin...* »<sup>919</sup>. S'agissant ensuite du rejet de certaines dispositions du giron de l'ordre public, c'est le considérant n°54<sup>920</sup> qui retiendra notre attention. Ce considérant a pour effet de « *chasser la notion de lois de police* »<sup>921</sup>. Cependant, ce considérant est bien transposable à l'exception d'ordre public en raison de sa formulation qui « *oblige à s'intéresser au contenu de la loi normalement applicable alors même que la loi de police, en principe, intervient avant le jeu de la règle de conflit en ne se préoccupant que du contenu de la loi du for si fondamental qu'il évince l'application même de la règle de conflits* »<sup>922</sup>.

340. **Deuxième illustration.** Une seconde illustration de l'influence des règlements européens sur l'ordre public international peut être décelée au sein du Règlement n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (ci-après nommé : « *Rome III* »). Cette influence résiderait tout d'abord au sein des considérants du règlement, qui se réfèrent à plusieurs reprises à un ordre public « *supranational, européen ou international* »<sup>923</sup>. D'autre part, le considérant n°25 du règlement « *Rome III* » fait référence à la Charte des droits fondamentaux en précisant que « *les juridictions ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public [...] lorsque c'est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Selon P. HAMMJE, l'ordre de référence auquel sera confrontée la loi étrangère « *sera nécessairement influencé par les principes européens, notamment issus des normes fondamentales incluant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »<sup>924</sup>.

<sup>918</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 21. Sur ce point, Cf. également N. NORD, « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? », *Dr. et patrimoine* juin 2013, pp. 56-60, spé., p. 58 et s.

<sup>919</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 21.

<sup>920</sup> « *Toutefois, cette exception à l'application de la loi applicable à la succession requiert une interprétation stricte afin de rester compatible avec l'objectif général du présent règlement. Dès lors, ne peuvent être considérées comme des dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci ni les règles de conflits de lois soumettant les biens immobiliers à une loi différente de celle applicable aux biens mobiliers, ni les dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement* ».

<sup>921</sup> De manière plus précise, l'auteur suggère que le règlement chasse la notion de lois de police les dispositions visées par le règlement.

<sup>922</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 21.

<sup>923</sup> N. JOUBERT, « Article 12, Ordre Public » (in) *Droit européen du divorce, European Divorce Law*, (Dir. S. CORNELOUP), Lexis Nexis, 2013, pp. 615-629, spé., p. 620 ; dans le même sens : B. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, *op. cit.*, p. 196.

<sup>924</sup> P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 291-338, spé., p. 335.

Par conséquent, comme l'a justement souligné une partie de la doctrine, « *il est évident que les conceptions du for seront nécessairement influencées par les conceptions européennes de l'ordre public* »<sup>925</sup>.

341. **Impact de cette influence.** Ainsi, la teneur même du droit dérivé tend à influencer sur le contenu des ordres publics internationaux des différents États membres. Cette influence sur le contenu de l'ordre public international a nécessairement un impact sur le processus d'élaboration puisqu'elle vise à donner aux ordres publics internationaux des États membres un contour particulier et donc à limiter la liberté d'élaboration des juridictions nationales. L'influence exercée par les règlements européens sur le contenu de l'ordre public international tend peu à peu à se transformer en une véritable incidence. L'exemple le plus pertinent de cette incidence est contenu au sein du règlement Rome III. Si l'article 10 de règlement ne peut être qualifié d'exception d'ordre public, son interaction avec les autres mécanismes du règlement aboutit à influencer sur l'ordre public international des États membres<sup>926</sup>. Selon une partie de la doctrine, l'article 10 du règlement aboutit à instaurer un « *véritable droit au divorce* » et « *un droit à un divorce égalitaire* »<sup>927</sup>, ce qui conduit inévitablement à produire un effet sur le contenu de l'ordre public des États membres.

342. Une autre cause indirecte de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international peut être décelée. Il s'agit de l'emprise progressive de la matière de droit international privé par le droit de l'Union. Cette captation aboutit à intégrer le conflit de lois et l'effet des jugements dans le cadre communautaire et européen et donc à placer de plus en plus le contenu de l'ordre public international des États membres sous le contrôle de la CJUE et dans les limites des du droit dérivé et du droit originel de l'Union. Cette captation conduit également à « *européaniser* » les domaines qui intéressent le plus l'ordre public international.

---

<sup>925</sup> N. JOUBERT, « Article 12, Ordre Public », *op. cit.*, p. 621 ; dans le même sens : B. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, *op. cit.*, p. 197.

<sup>926</sup> Pour une présentation de cet article et de son interaction avec les autres mécanismes correctifs prévus par le règlement, Cf. *infra*.

<sup>927</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le divorce international depuis la communication de Patrick Courbe au comité français de droit international privé » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 245-266, spé., p. 264 ; dans le même sens mais dans une approche plus nuancée Cf. M. FARGE, « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? L'apport du droit privé », *RDLF* 2012, chron. 19, n° 23 et s.

## B) L'emprise croissante du droit de l'Union sur le droit international privé

343. « *Communautarisation* » et « *européanisation* »<sup>928</sup> récente du droit international privé. Nous savons que « *le but principal de la Communauté est de constituer un marché intérieur dans lequel les frontières des États sont abolies* »<sup>929</sup>. Pour parvenir à atteindre cet objectif, la Communauté s'est vue dotée de nouvelles compétences. Avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, les méthodes visant à rapprocher les droits internationaux des États membres manquaient d'efficacité, car il s'agissait « *tout au plus* »<sup>930</sup> de règles accessoires de conflit de lois ou de compétence judiciaires<sup>931</sup>. La communauté européenne était dépourvue de compétence pour légiférer de manière horizontale dans le domaine du droit international privé<sup>932</sup>. L'article 65<sup>933</sup> du Traité d'Amsterdam a permis de dégager « *explicitement* »<sup>934</sup> la compétence pour la communauté de rapprocher les règles de conflit de lois des États membres<sup>935</sup>. Nous observons maintenant une « *communautarisation* » ou plutôt une « *européanisation* » du droit international privé qui est un phénomène récent et bien connu<sup>936</sup>. Le terme « *communautarisation* » correspond au droit européen « *de deuxième génération qui s'est ouvert à la fin des années 1990 et qui s'est traduit par une politique législative de grande envergure consistant, d'une part, à transformer les conventions européennes existantes en règlement CE et d'autre part à multiplier les nouveaux instruments*

<sup>928</sup> Pour l'utilisation de ce terme en doctrine : Cf. par ex : H. FULCHIRON, « Vers un droit vraiment "européen" de la famille ? À propos de la construction d'un Jus Commune Familialis dans le cadre de l'Union européenne » : *Mélanges C. NEIRINCK*, Lexis Nexis, 2015, pp. 245-260.

<sup>929</sup> F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004, p. 123, n° 275.

<sup>930</sup> P.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen : De Rome à Nice*, Larcier, 2003, p. 26

<sup>931</sup> P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, p. 26. Selon cet auteur, avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le Conseil et le Parlement européen n'ont jamais entrepris de rapprocher, à titre principal, les droits internationaux des États membres. Ils ont seulement adopté des règles accessoires de conflit de lois ou de compétence judiciaire internationale à l'occasion du rapprochement des droits matériels des États membres sur des points spécifiques. Pour F. VIANGALLI, le rapprochement des législations, même s'il n'est pas le but essentiel du traité, constitue un moyen pour parvenir à l'édification du marché intérieur. Deux manières sont envisagées pour atteindre cet objectif : éliminer les disparités trop grandes qui peuvent subsister entre les droits nationaux dans tel ou tel domaine et créer des règles communes à tous les États membres pour prescrire un résultat jugé en soi profitable par tous (F. VIANGALLI, *op. cit.*, pp. 123-124, n° 279-281).

<sup>932</sup> M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOËT, « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 2-48, spé., p. 2.

<sup>933</sup> L'article 65 du traité d'Amsterdam est devenu l'article 81 TFUE et il prévoit que « *la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière [...] peut inclure l'adoption de mesures [...] [qui], notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, [...] vis(e)nt à assurer. C) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence* ».

<sup>934</sup> F. VIANGALLI, *op. cit.*, p. 123, n° 277.

<sup>935</sup> *Ibidem*.

<sup>936</sup> A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI* 2005, t. 317, spé., pp. 421-522.



de ce type »<sup>937</sup>. Le droit européen « *de troisième génération* »<sup>938</sup> correspond à « *la refonte et la systématisation du droit international privé européen* »<sup>939</sup>. La légitimité juridique de l'intervention européenne dans le domaine du droit international privé a été remise en cause par une partie de la doctrine<sup>940</sup>. Cependant, force est de constater que l'Union est en voie de capter progressivement la matière du droit international privé.

344. « **Communautarisation** » et « **l'eupéanisation** » **progressive des domaines intéressant l'ordre public international**. La captation progressive du droit international privé par le droit de l'Union aboutit à multiplier les règlements européens qui concernent des domaines de plus en plus variés. Le plus remarquable est que ces domaines sont ceux qui intéressent le plus l'ordre public international comme le droit de la famille<sup>941</sup>. Avec l'entrée en application des deux règlements du 24 juin 2016<sup>942</sup>, « [l']Union européenne poursuit en effet l'œuvre d'unification du droit international privé de la famille déjà entreprise au travers des règles de conflit de juridictions en matière de divorce et de responsabilité parentale, des règles de conflits de lois en matière de divorce et des règles de droit international privé relatives aux obligations alimentaires et aux successions »<sup>943</sup>. Cette emprise du droit de l'Union sur le droit international privé en matière personnelle est telle « *qu'il faut peut-être mieux désormais s'interroger sur les domaines qui sont encore (pour combien de temps ?) soustraits à l'emprise du droit*

<sup>937</sup> J.-S. BERGÉ, D. PORCHERON, G. VIERA DA COSTA CERQUEIRA, *Rép. Dr. international privé et dr. de l'Union européenne*, Dalloz, n° 11.

<sup>938</sup> *Ibidem*, n° 14.

<sup>939</sup> *Ibid.*, n° 14.

<sup>940</sup> S. CLAVEL, « Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale » : *Mélanges P. MAYER*, LGDJ, 2015, pp. 119-132, spé., p. 120. L'auteur évoque notamment la lettre ouverte au président de la République, signée par plusieurs professeurs de droit qui ont souligné, entre autres, l'absence de légitimité juridique du droit international privé européen (Cf. « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G* 2006, act. 586, p. 2313 et s. : Cf. également la réponse donnée par une autre partie de la doctrine : « Observations sur la lettre ouverte au président de la République intitulée "L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit" », *JCP G* 2007, act. 18, pp. 13-14 ; et les développements complémentaires de V. HEUZÉ : « L'honneur des professeurs de droit. Explications d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP G* 2007, doct. 116, pp. 17-22).

<sup>941</sup> Selon D. ALEXANDRE, le droit de la famille constitue le domaine par excellence de l'intervention de l'ordre public pour deux raisons : d'une part le droit de la famille repose sur des conceptions sociales, morales et religieuses, et d'autre part, il est régi essentiellement, sinon exclusivement, par des lois impératives (D. ALEXANDRE, « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français », *op. cit.*, p. 106).

<sup>942</sup> Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1103, 24 juin 2016, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux] ; Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1104, 24 juin 2016, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés].

<sup>943</sup> E. GALLANT, « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* 2017, étude 3, pp. 5-10, spé., p. 5.

*international privé d'origine européenne plutôt que de faire la liste des domaines couverts par la législation européenne* »<sup>944</sup>. Si le phénomène d'« *européanisation* » du droit de la famille est à la fois paradoxal<sup>945</sup> et critiquable<sup>946</sup>, il est devenu une priorité des organes de l'Union en raison de l'étroitesse des liens entre « *famille* » et « *construction européenne* »<sup>947</sup>. Néanmoins, l'unification du droit matériel échappe à la compétence de l'Union, le principe étant que la matière du droit de la famille révèle toujours de la compétence des États membres<sup>948</sup>.

345. L'eupéanisation du droit de la famille et des autres domaines qui intéressent particulièrement l'ordre public international aboutit inévitablement à placer ce mécanisme exceptionnel dans le cadre juridique du droit de l'Union. Le placement récurrent de l'ordre public international dans ce contexte aboutit également à placer ce mécanisme exceptionnel sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne et donc à placer son contenu dans les limites posées par cette dernière. Il est donc hautement probable que cette eupéanisation des différents terrains de prédilection de l'ordre public international puisse aboutir à un contrôle de plus en plus étroit de son contenu et donc à l'augmentation des limites posées à la liberté d'élaboration. Par conséquent, cette tendance participe indirectement à la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international.

346. Si le droit dérivé de l'Union influence de plus en plus l'élaboration de l'ordre public international des États membres, l'élaboration subit également l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

<sup>944</sup> N. JOUBERT, « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale », *Rev. crit. DIP* 2017, pp. 1-26, spé., p. 1.

<sup>945</sup> Pour H. FULCHIRON, ce phénomène est paradoxal « *car les finalités premières de la construction européenne étaient avant tout politiques et économiques : les grandes libertés de l'Union (liberté de circulation des biens et des personnes, liberté d'établissement, etc.) semblaient n'avoir qu'un lointain rapport avec la famille, ou tout au moins un rapport seulement indirect* » (H. FULCHIRON, « Vers un droit vraiment "européen" de la famille ? À propos de la construction d'un Jus Commune Familialis dans le cadre de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 245).

<sup>946</sup> Les critiques concernant l'eupéanisation du droit de la famille se focalisent sur l'absence de légitimité de l'Union européenne dans ce domaine.

<sup>947</sup> H. FULCHIRON, « Vers un droit vraiment "européen" de la famille ? À propos de la construction d'un Jus Commune Familialis dans le cadre de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 245.

<sup>948</sup> C. BIDAUD-GARON, « Le rôle des instruments et des techniques de coordination : garanties d'application effective des règlements ou facteurs d'harmonisation des droits internes ? » *Mélanges C. NEIRINCK*, Lexis nexis, 2015, pp. 201-212, spé., p. 201 ; dans le même sens : H. FULCHIRON, « Vers un droit vraiment "européen" de la famille ? À propos de la construction d'un Jus Commune Familialis dans le cadre de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 246).

## §2. L'influence de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contenu de l'ordre public international

347. L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme aboutit à une multiplication de droits fondamentaux (A). Cette interprétation et les droits en découlant constituent autant de limites potentielles à la liberté d'élaboration de l'ordre public international (B).

### A) L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme comme outil de prolifération des droits fondamentaux

348. *Passage d'une « interprétation évolutive » à une « interprétation dynamique »*. S'il est indéniable que les juges de Strasbourg contribuent au développement des droits inscrits dans la Convention européenne des droits de l'homme en « *enrichissant leur contenu* »<sup>949</sup> et en « *élargissant leur portée* »<sup>950</sup>, la doctrine s'est interrogée sur les méthodes d'interprétation qui étaient employées. Selon F. SUDRE, la conception largement répandue était de considérer que le développement des droits était le résultat d'une « *interprétation évolutive* »<sup>951</sup>. Cependant, en reconnaissant qu'une telle analyse relevait « *d'une erreur de perspective* »<sup>952</sup>, cet auteur a montré avec force que La Cour européenne des droits de l'homme adopterait en réalité une interprétation dite « *dynamique* »<sup>953</sup>. Ce « *dynamisme interprétatif* » est alors emprunté par

---

<sup>949</sup> F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, doct. I 335, pp. 1365-1368, spé., p. 1365.

<sup>950</sup> *Ibidem*.

<sup>951</sup> F. SUDRE rappelle que pour le juge européen « *l'interprétation n'est évolutive que parce qu'elle est "consensuelle" et peut se réclamer d'une évolution commune des droits internes, qui vient légitimer la démarche progressiste du juge* ». Cette démarche prend appui sur la jurisprudence *Guzzardi* selon laquelle : « *la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques* » (*Ibidem*).

<sup>952</sup> *Ibid.*

<sup>953</sup> Sur ce point, Cf. également : F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme » (in) *L'office du juge*, Colloque du Sénat du 29 et 30 septembre 2006, pp. 224-243.

deux voies : l'élargissement de l'applicabilité du droit<sup>954</sup> et l'extension du contenu du droit<sup>955</sup>. L'élargissement de l'applicabilité du droit concerne essentiellement le développement des « notions-clés » et illustre la démarche discrétionnaire du juge<sup>956</sup>. L'extension du contenu du droit concerne quant à elle la démarche visant à « *entendre largement le contenu des droits inscrits dans la Convention* » afin d'étendre leur portée, ce qui peut aboutir la « *reconstruction* » de ces mêmes droits<sup>957</sup>. De manière synthétique, F. SUDRE en tire la conclusion suivante : « *Le développement des droits inscrits dans la Convention passe, pour l'essentiel, par d'autres voies que celle d'une interprétation abusivement dite "évolutive" et tient à une interprétation réellement "dynamique" - que l'on peut qualifier de "constructive" - ou le juge européen tient un rôle actif dans la construction d'un ordre juridique* »<sup>958</sup>. Nous retiendrons également les propos de J. FOYER en réponse aux développements de F. SUDRE « *[i]l n'en reste pas moins que sur le terrain de l'interprétation, en tout cas du côté français, on est en présence d'une juridiction qui nous domine et qui contraint, d'une certaine manière, le législateur français, les juridictions françaises, à suivre les dictats de la Cour européenne* »<sup>959</sup>.

349. **Prolifération des droits fondamentaux.** Les méthodes d'interprétation choisies par la Cour européenne des droits de l'homme aboutissent à la prolifération des droits fondamentaux. Pour Y. LEQUETTE, « *la Cour de Strasbourg a découvert, dans la Convention européenne,*

---

<sup>954</sup> Selon F. SUDRE, l'élargissement de l'applicabilité du droit est produit par la « *généreuse* » acception offerte aux « notions-clés » par le juge européen. La technique des « *notions autonomes* » est elle aussi très efficace. Ainsi, « *pour opérer cette réduction des zones d'inapplicabilité de l'article 6 [...] le juge européen n'a pas hésité en l'absence d'un "dénominateur commun qui permette de dégager en la matière une notion européenne uniforme", à recourir à une interprétation proprement "autonome" pour qualifier de "civil" le droit en cause ou de "pénale" la sanction incriminée* » (F. SUDRE, *préc.*, JCP G 2001, doct. I 335, p. 1366). Cette démarche est notamment accentuée par le développement de certains concepts qui ont été enrichis d'une signification nouvelle afin d'élargir l'applicabilité du droit. L'exemple le plus significatif est le droit au respect de la « *vie privée et familiale* » (*Ibidem*).

<sup>955</sup> Selon F. SUDRE : « *C'est par le recours en priorité à la théorie des "éléments nécessairement inhérents à un droit" que le juge européen enrichit sensiblement le contenu du droit dont il contrôle l'application et procède à la détermination d'obligations positives, substantielles ou procédurales, à la charge des États* » (*Ibid.*, p. 1367).

<sup>956</sup> Les propos de l'auteur révèlent parfaitement cette idée : « *Le développement des "notions-clés" témoigne d'un incontestable progrès normatif mais aussi d'une démarche discrétionnaire du juge* » mais ce progrès « *ne va pas néanmoins sans susciter un certain malaise tant il est évident que le dynamisme interprétatif du juge européen marque une définition éminemment discrétionnaire des limites de l'applicabilité du droit en cause* » (*Ibid.*, p. 1366).

<sup>957</sup> Pour F. SUDRE, le droit à un procès équitable est ainsi « *reconstruit* » par le juge européen en trois volets : « *au volet central des garanties procédurales stricto sensu, figurant dans le texte de l'article 6, sont ajoutés deux droits "matériels", le droit d'accès à un tribunal, d'une part et, d'autre part, le droit à l'exécution des décisions de justice* » (*Ibid.*, p. 1367).

<sup>958</sup> *Ibid.*, p. 1368.

<sup>959</sup> F. SUDRE, « *L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme* », *op. cit.*, p. 242.

*des droits que ses rédacteurs n'avaient manifestement pas entendu y inscrire* »<sup>960</sup> d'autant que « *cette interprétation évolutive et dynamique [...] s'effectue en violation de l'esprit qui avait présidé à son adoption* »<sup>961</sup>. L'auteur remarque également un changement de tendance : « *Visant à assurer non plus la sauvegarder, mais le "développement" des droits fondamentaux, l'interprétation évolutive forcenée qui paraît devoir plus à "l'air du temps" qu'au raisonnement juridique à laquelle procède la Cour de Strasbourg débouche sur une véritable entreprise de reconstruction, ou plus exactement de déconstruction de notre système juridique à travers le prisme des droits de l'homme* »<sup>962</sup>.

350. Cette constatation est partagée par L. GANNAGÉ dont les propos méritent d'être reproduits *in extenso* :

*« En multipliant à l'excès les droits fondamentaux, grâce à une interprétation évolutive des dispositions de la Convention EDH, la Cour apporte en effet de puissantes justifications aux thèses relativistes. La raison en est très simple : c'est qu'il se crée tous les mois à Strasbourg un droit de l'homme supplémentaire qui vient s'ajouter à la liste déjà longue des droits existants. Or cette évolution, en ruinant le concept même de droit de l'homme, nourrit nécessairement le relativisme parce que les multiples droits fondamentaux dégagés par la Cour EDH ne sauraient, par la force des choses, avoir vocation à l'universel »*<sup>963</sup>.

351. L'auteur précise également que cette « *augmentation est difficilement contestable. Mais la difficulté vient du fait que le "stock" des droits fondamentaux que la Cour de Strasbourg augmente en permanence ne se limite pas à ces droits "nouveau modèle", il inclut également des droits de l'homme dont la qualification n'est pas contestée, dont le caractère fondamental est indiscutable* »<sup>964</sup>.

---

<sup>960</sup> Y. LEQUETTE, « Des juges littéralement irresponsables... » : *Mélanges J. HÉRON*, LGDJ, 2009, pp. 309-330, spé., p. 312.

<sup>961</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>962</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>963</sup> L. GANNAGÉ, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, Pedone, p. 208.

<sup>964</sup> *Ibidem*.

## **B) L'impact des méthodes d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contenu de l'ordre public international**

352. *Double phénomène.* L'impact des méthodes d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contenu de l'ordre public international se matérialise par deux phénomènes.

353. *Premier phénomène.* Le premier phénomène concerne l'accroissement des limites au processus d'élaboration par la prolifération des droits de l'homme. Nous savons que l'élaboration de l'ordre public international s'inscrit dans un contexte particulier qui est celui de la protection des droits de l'homme incarné par le système du Conseil de l'Europe. La liberté du juge étatique dans le processus d'élaboration de l'ordre public international a pour limite la Convention européenne des droits de l'homme en elle-même. Néanmoins, cette Convention est interprétée par les juges de Strasbourg de manière évolutive, mais surtout dynamique, ce qui aboutit comme nous l'avons vu à la prolifération des droits fondamentaux. Par conséquent, la liberté du juge étatique dans le processus d'élaboration de l'ordre public international, si elle est limitée par la Convention, est également limitée par l'interprétation qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme. Chaque expansion des droits fondamentaux contient en puissance une limite supplémentaire à la liberté d'élaboration de l'ordre public international. Si le juge étatique peut déterminer librement le contenu de son ordre public international, ce n'est que dans la limite du respect de ces nouveaux droits de l'homme qui sont toujours de plus en plus nombreux. En toute logique, si ces droits fondamentaux connaissent une prolifération croissante, alors le juge étatique ne pourra qu'en tenir compte dans son raisonnement en limitant sa propre liberté dans le processus d'élaboration pour ne pas provoquer une violation de la Convention.

354. *Second phénomène.* Le second phénomène, directement lié au premier, n'est autre que la substitution de la légitimité des valeurs collectives par une légitimité fondée sur les droits de l'homme. Comme le souligne D. GUTMANN, les domaines, comme ceux du droit de la famille, qui étaient traditionnellement régis par des valeurs collectives « *se restructurent par un mécanisme inverse en tirant des droits de l'homme leur légitimité et leur architecture*

*juridique* »<sup>965</sup>. Ce phénomène est particulièrement perceptible s'agissant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'interprétation extensive reconstruit l'autorité parentale ou les relations intra -et extra- familiale<sup>966</sup>. Ainsi, comme le suggère D. GUTMANN : « *Partant, non plus de l'institution comme prisme déterminateur des droits, mais des droits comme limites et contraintes de l'institution, les droits de l'homme achèvent donc sur le terrain des institutions du droit privé ce que la Révolution avait réalisé sur le terrain des institutions politiques* »<sup>967</sup>.

355. **Effets de ces phénomènes.** Cette substitution de légitimité entre les valeurs collectives et les droits de l'homme, cumulée à la prolifération des droits fondamentaux modifie la portée de l'élaboration de l'ordre public international par le juge étatique. En effet, les domaines qui intéressent le plus l'ordre public international, comme le droit de la famille, sont traditionnellement le terrain privilégié de l'élaboration, alors que ces mêmes domaines sont de plus en plus régis par l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces domaines se retrouvent partagés entre deux tendances opposées. D'un côté ces domaines permettent d'alimenter le contenu de l'ordre public international par l'affirmation des valeurs essentielles du for, et de l'autre, ces domaines tirent de plus en plus leur seule légitimité des droits de l'homme et de l'interprétation qui en est faite. Par conséquent, quelle est la portée de l'élaboration du juge étatique si les domaines qui intéressent le plus l'ordre public international sont progressivement placés sous l'empire des droits de l'homme et que seule leur interprétation permet d'en déduire leurs teneurs, leurs limites et leurs portées ? Partant de cette première constatation, il est possible de mettre en perspective plusieurs phénomènes, qui une fois mis en relation les uns avec les autres, aboutissent à rendre perceptible cette raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. Notons cependant que si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'empêche pas un État de déterminer librement le contenu de son ordre public, elle peut cependant profondément influencer le juge étatique qui se limiterait lui-même dans l'élaboration de l'ordre public international.

---

<sup>965</sup> D. GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? » : *Mélanges F. TERRÉ*, PUF, 1999, pp. 329-341, spé., p. 333.

<sup>966</sup> *Ibidem*.

<sup>967</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION DU CHAPITRE

356. Nous avons souligné les causes de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. Ces causes, ou ces facteurs, ont été regroupés en deux groupes distincts, selon qu'ils provoquent directement ou indirectement la raréfaction de l'élaboration. Nous avons donc mis en œuvre une approche causale « *directe* » et une approche causale « *indirecte* ».

357. S'agissant de l'approche causale « *directe* », et dans la continuité des travaux doctrinaux préexistants, nous avons observé une limitation progressive de la liberté d'élaboration de l'ordre public international. En l'occurrence, l'encadrement de cette élaboration par la Cour de justice de l'Union européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme est de plus en plus étroit. L'intégration progressive de nouveaux composants de source européenne au sein de l'ordre public international peut avoir une influence déterminante. L'exemple de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est le plus pertinent.

358. Concernant l'approche causale « *indirecte* », nous avons remarqué que le contexte idéologique pouvait avoir un impact sur le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international. Ce contexte idéologique, marqué par une montée en puissance de l'individualisme et du néolibéralisme conduit à limiter davantage la possibilité offerte au juge étatique de façonner le contenu de l'ordre public international. À cet égard, l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme influencent de plus en plus l'objet du processus d'élaboration à savoir le contenu de l'ordre public international. En effet, nous assistons actuellement à une captation progressive du droit international privé par l'Union européenne et une prolifération des droits fondamentaux. Ces facteurs participent à la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international.





## CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION

359. Les développements précédents nous ont permis de mettre en perspective les causes de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. Ces causes ont été présentées comme l'ensemble des facteurs qui contribuent à circonscrire et réduire le processus par lequel le juge du for façonne l'élément de référence que ce soit dans sa dimension structurelle ou substantielle.

360. La présentation de ces causes ne constitue que la première étape du raisonnement logique destiné à mettre en lumière le processus de raréfaction de l'élaboration. Ainsi, il convient de démontrer la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international et les conséquences plus profondes de ce processus. Nous observerons que les facteurs évoqués précédemment provoquent une perturbation profonde du processus d'élaboration de l'ordre public international. Cette perturbation porte les traits d'une diminution de la réalisation du processus par lequel le juge façonne l'élément de référence. Cette perturbation a notamment pour cause la jurisprudence des deux juridictions supranationales que sont la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne.

361. L'analyse des effets de la raréfaction de l'élaboration va s'opérer en deux étapes distinctes. La première étape portera sur les effets de la raréfaction de l'élaboration sur le processus d'élaboration en lui-même et l'objet de l'élaboration (Section 1). La seconde étape permettra d'observer les effets de la raréfaction de l'élaboration sur l'impérativité contenue dans l'ordre public international et le maintien de l'équilibre entre l'impérativité de source nationale et l'impérativité de source européenne (Section 2).

## **Section 1 : Les effets de la raréfaction sur le processus et l'objet de l'élaboration**

362. L'étude des effets de la raréfaction de l'élaboration se focalisera tout d'abord sur le processus d'élaboration en lui-même, qu'il s'agisse de l'élaboration « *substantielle* » ou « *structurelle* » (Sous-section 1), et il se focalisera ensuite sur l'objet de l'élaboration à savoir « *l'élément de référence* » (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Les effets de la raréfaction sur le processus d'élaboration**

363. Il convient de mesurer les conséquences de cette raréfaction sur le « *processus* » d'élaboration de l'ordre public international. Cet examen sera effectué selon une distinction entre le « *pouvoir* » d'élaboration et la « *méthode* » d'élaboration. Ainsi, dans une perspective particulariste<sup>968</sup>, nous observerons d'abord les effets de la raréfaction de l'élaboration sur le pouvoir d'élaboration de l'ordre public international (§1) et ensuite, nous prendrons la mesure des effets de la raréfaction sur la « *méthode* » d'élaboration de l'ordre public international (§2).

#### **§1. Les effets de la raréfaction sur le « *pouvoir* » d'élaboration**

364. L'étude de l'élaboration de l'ordre public international, dans une perspective particulariste, a permis de déterminer que le « *pouvoir* » d'élaboration de l'ordre public international est entre les mains du juge étatique. Néanmoins, la jurisprudence des juridictions supranationales tend à montrer que ces dernières participent à une « *captation* »<sup>969</sup> du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international (A). Cette captation aboutit à une limitation du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international du juge étatique (B).

##### **A) La « *captation* » du pouvoir d'élaboration substantielle**

365. ***Partage et concurrence.*** La captation du pouvoir d'élaboration par les juridictions supranationales conduit au partage de l'élaboration de l'ordre public international et à la mise

---

<sup>968</sup> Cf. *supra*.

<sup>969</sup> Pour une définition de ce terme et son utilisation Cf. *supra*.

en place d'une « *concurrence* » dans le processus d'élaboration en fonction des intérêts et des objectifs respectifs du juge étatique et des juridictions supranationales.

366. *Partage du pouvoir d'élaboration entre le juge national et les juridictions supranationales.* Dans une perspective particulariste, le pouvoir d'élaboration de l'ordre public international appartient au juge étatique et bénéficie d'une antériorité par rapport à l'émergence des deux systèmes que sont l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. L'approche causale « *directe* » de la raréfaction de l'élaboration a permis de mettre en évidence l'encadrement<sup>970</sup> de l'élaboration de l'ordre public international par les juridictions supranationales et la « *contrainte* »<sup>971</sup> exercée par ces dernières sur l'élaboration de l'ordre public international. Nous avons observé que cet encadrement était de plus en plus étroit<sup>972</sup> et que l'élaboration de l'ordre public international pouvait être « *contraignante* » pour le juge étatique, ce dernier ne pouvant plus faire abstraction des modifications apportées à l'ordre public international par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme.

367. Néanmoins, ces deux phénomènes (encadrement et contrainte) sont radicalement différents. En effet, il est une chose, pour les juridictions supranationales, de tracer les limites dans lesquelles doit s'insérer l'élaboration de l'ordre public international du juge étatique, et il en est une autre, de participer directement au processus d'élaboration de l'ordre public international. Par conséquent, cette élaboration contraignante de l'ordre public international illustre que les juridictions supranationales peuvent user du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international pour y intégrer certaines valeurs ou certains principes. Si les juridictions supranationales peuvent participer directement à l'élaboration de l'ordre public international, alors elles procèdent à une captation du pouvoir d'élaboration puisque ce dernier appartient, dans une perspective particulariste, au juge national. Afin de ne pas entretenir une confusion dommageable en raison de sa polysémie, le substantif « *captation* » doit être interprété dans son sens le plus général et non dans son sens juridique<sup>973</sup>.

368. Cette captation du pouvoir d'élaboration par les juridictions supranationales est déjà perceptible s'agissant de la dimension « *substantielle* » de l'élaboration. En effet, comme le

---

<sup>970</sup> Cf. *supra*.

<sup>971</sup> Cf. *supra*.

<sup>972</sup> Cf. *supra*.

<sup>973</sup> Cf. *supra*.

souligne J. GUILLAUMÉ, « *la Cour européenne des droits de l'homme [...] dispose d'une certaine autorité pour dicter le contenu* »<sup>974</sup> de l'ordre public international. En effet, il convient de rappeler qu'à la suite de la jurisprudence *Pellegrini*<sup>975</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a imposé l'intégration du droit à un procès équitable au sein de l'ordre public international de l'État requis. Par conséquent, la Cour européenne des droits de l'homme peut user du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international pour intégrer certaines valeurs au sein des ordres publics des États parties.

369. La Cour de justice procède à la même captation du pouvoir d'élaboration notamment lorsqu'elle intègre au sein de l'ordre public international les règles de concurrence communautaires comme dans la jurisprudence *Eco Swiss*<sup>976</sup>. J. GUILLAUMÉ considère cependant que si le juge national s'est vu imposer l'intégration des règles de concurrence communautaires au sein de l'ordre public international, « *l'ordre juridique communautaire ne s'attribue pas la compétence de définir lui-même le contenu de l'ordre public international* »<sup>977</sup>. Si cette conclusion est valable pour l'ordre juridique communautaire dans son ensemble, elle pourrait cependant être relativisée s'agissant de la Cour de justice. En effet, si la Cour de justice peut imposer au juge national l'intégration de certains principes au sein de l'ordre public international, ne participe-t-elle pas, au moins indirectement, à l'élaboration de l'ordre public international ? Cette participation à l'élaboration de l'ordre public international ne traduit-elle pas une captation du pouvoir d'élaboration qui relève du juge national ?

370. Cette immixtion de la Cour de justice dans le processus d'élaboration de l'ordre public international peut être considérée comme la révélation d'une captation du pouvoir d'élaboration. Ainsi, dans une certaine mesure, la Cour de justice s'attribue la compétence de définir, au moins indirectement, le contenu de l'ordre public international.

371. **Mise en place d'une « concurrence » dans l'élaboration de l'ordre public international.** Cette captation du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international n'est pas sans poser un

---

<sup>974</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 197, n° 419.

<sup>975</sup> Arrêt *Pellegrini*, préc.

<sup>976</sup> Cf. *supra*.

<sup>977</sup> Selon J. GUILLAUMÉ : « *Ainsi, dans la jurisprudence Eco Swiss China Time Ltd, même si l'ordre juridique communautaire ne s'attribue pas la compétence de définir lui-même le contenu de l'ordre public international, il impose toutefois au juge national d'intégrer dans son ordre public international les règles communautaires de concurrence* » (J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 191, n° 406).

certain nombre d'interrogations nouvelles. La première d'entre elles concerne l'émergence d'une « concurrence » dans l'élaboration de l'ordre public international. En effet, lorsque le juge étatique élabore l'ordre public international, de façon structurelle et substantielle, son objectif est de promouvoir des valeurs considérées comme essentielles à l'international afin de protéger l'ordre juridique du for. En outre, cette élaboration conduit le juge étatique à intégrer dans l'ordre public international des valeurs et des principes qui ne sont pas forcément partagés par les autres États membres ou parties, et qui, dans une certaine mesure, pourraient ne pas correspondre aux objectifs défendus par les systèmes européens.

372. À l'inverse, lorsque les juridictions supranationales s'immiscent dans le processus d'élaboration de l'ordre public international, c'est avant tout pour promouvoir des principes et des valeurs qui participent à la réalisation des objectifs défendus par l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Cette tendance est particulièrement perceptible dans la jurisprudence *Eco Swiss*<sup>978</sup> dans laquelle les règles de concurrence communautaires ont été intégrées au sein de l'ordre public international des États membres<sup>979</sup>. Sans cette intervention de la Cour de justice, on peut douter du fait que le juge étatique aurait considéré ces règles de concurrence communautaires comme des valeurs essentielles à l'ordre juridique du for. Cette intégration est essentielle pour la réalisation du marché intérieur et la régulation de la concurrence communautaire.

373. Les buts poursuivis par le juge national et les juridictions supranationales dans l'élaboration de l'ordre public international sont radicalement différents. D'un côté les juridictions supranationales œuvrent pour le partage de valeurs et de principes nécessaires à la réalisation de certains objectifs, comme le marché intérieur, et d'un autre côté le juge étatique élabore l'ordre public international dans le but ultime de protéger l'ordre juridique du for. La circonstance que telle ou telle valeur soit considérée comme commune à plusieurs ordres juridiques n'est pas déterminante dans le processus d'élaboration du juge étatique.

374. Ainsi, une concurrence se met en place dans le processus d'élaboration de l'ordre public international entre les juridictions supranationales et le juge étatique. Les premières désirent réaliser un partage de valeurs nécessaires à la réalisation des objectifs européens et le second,

---

<sup>978</sup> Arrêt, *Eco Swiss*, préc.

<sup>979</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

souhaite promouvoir des valeurs qu'il considère comme étant essentielles afin de protéger l'ordre juridique auquel il appartient.

375. Cette captation progressive du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international par les juridictions supranationales fait surgir une deuxième interrogation bien plus importante qui n'est autre que la préservation de la souveraineté étatique. En effet, nous savons que l'élaboration de l'ordre public international est intimement liée à la souveraineté étatique<sup>980</sup> et que les systèmes européens peuvent encadrer l'élaboration<sup>981</sup>. Cependant, dans une perspective particulariste, il convient de faire une distinction essentielle en soulignant que l'encadrement de l'élaboration et la captation du pouvoir d'élaboration n'ont pas le même impact sur la souveraineté étatique.

376. Dans un premier temps, l'encadrement de l'élaboration de l'ordre public international, c'est-à-dire la mise en place de limites dans le processus d'élaboration, s'intègre dans les compétences des systèmes européens afin de parvenir à la réalisation des objectifs de ces deux systèmes. Le pouvoir d'élaboration de l'ordre public international appartient toujours au juge national, mais il doit exercer de ce pouvoir dans une certaine limite. Néanmoins, dans un second temps, la captation du pouvoir d'élaboration par les juridictions supranationales est différente, car il y'a un partage du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international entre ces juridictions supranationales et le juge étatique. Par conséquent, et toujours dans une perspective particulariste, la captation du pouvoir d'élaboration a un impact significatif sur la souveraineté étatique. Cette mise en concurrence dans le processus d'élaboration tend à bouleverser l'équilibre instaurer entre la défense des valeurs du for et la réalisation des objectifs de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. La préservation de cette souveraineté semble être questionnée par une partie de la doctrine. Selon J. FOYER : « *Sur un terrain politique, on s'interroge sur la survivance des règles mesurées posées autrefois par l'arrêt Lautour. L'État français conserve-t-il dans le domaine du droit des personnes une compétence souveraine pour définir les règles de conduite de ceux qui vivent sur son territoire ?* »<sup>982</sup>.

---

<sup>980</sup> Cf. *supra*.

<sup>981</sup> Cf. *supra*.

<sup>982</sup> J. FOYER, « L'ordre public international est-il toujours français ? » : *Mélanges S. GUINCHARD*, Dalloz, 2010, pp. 267-280, spé., p. 280.

377. Si cette captation du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international conduit à la mise en place d'une « concurrence » dans le processus d'élaboration, elle conduit également à réduire le pouvoir d'élaboration du juge national.

### **B) La place résiduelle du pouvoir d'élaboration du juge national**

378. En raison de l'encadrement de plus en plus étroit du processus d'élaboration et de la « captation » du pouvoir d'élaboration par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, le juge du for voit son pouvoir d'élaboration diminuer d'autant que le pouvoir d'élaboration de ces deux juridictions à une certaine prépondérance.

379. *Diminution du pouvoir d'élaboration du juge national.* Certains auteurs avaient déjà mis en perspective la diminution du pouvoir de « définition » ou de « détermination » de l'ordre public international. C'est le cas de J. GUILLAUMÉ qui considère que « l'État-Nation » a perdu une partie de son pouvoir dans la « définition » de son ordre public international<sup>983</sup>. Ce même auteur utilise également une autre expression lorsqu'il précise que l'État voyait son pouvoir de « détermination » de l'ordre public international diminuer face au droit européen<sup>984</sup>. Cette idée est notamment partagée par J. FOYER lorsque ce dernier affirme que les juridictions françaises ne sont plus libres de « déterminer » le contenu de l'ordre public international<sup>985</sup>. Notons que si ces auteurs utilisent les expressions de « définition » et de « détermination » de manière indifférenciée, ils tendent à insister sur un phénomène essentiel qui n'est autre que la diminution du pouvoir du juge étatique de tracer les contours du contenu de son ordre public international.

380. Bien que ces conclusions doctrinales doivent être pleinement être approuvées, elles se limitent à présenter la diminution du pouvoir de définition du « contenu » de l'ordre public international mais uniquement dans sa dimension substantielle. En effet, les termes « détermination » et « définition » concernent l'identification des principes et des valeurs qui

---

<sup>983</sup> « Finalement, on peut dire que l'État-Nation a perdu une partie de son pouvoir dans la définition de son ordre public international » (J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 192, n° 408).

<sup>984</sup> « Face au droit européen, l'État voit donc encore une fois son pouvoir de détermination de l'ordre public international diminuer » (J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, op. cit., p. 197, n° 419).

<sup>985</sup> J. FOYER, « L'ordre public international est-il toujours français ? », op. cit., p. 279.



composent le contenu de l'ordre public international sans préciser comment ces différents composants sont ordonnancés entre eux. Ces termes permettent seulement de préciser ce que contient l'ordre public international.

381. En effet, la diminution du pouvoir du juge étatique ne se limite pas la « *définition* » ou la « *détermination* » de l'ordre public international, car cette diminution concerne le pouvoir d'élaboration dans son ensemble aussi bien dans sa dimension substantielle que structurelle. Les juridictions supranationales peuvent diminuer le pouvoir d'élaboration structurelle de l'ordre public international en empêchant le juge étatique de donner au contenu de l'ordre public international un ordonnancement particulier. Ce phénomène pourrait être illustré par la modification de la frontière existante entre les principes essentiels du droit français, « *noyau dur* » de l'ordre public international, et les autres composants de l'ordre public international.

382. Cette redéfinition de l'ordonnancement du contenu de l'ordre public international pourrait intervenir, par exemple, par la révélation d'un nouveau droit fondamental à la suite de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce nouveau droit fondamental serait ensuite intégré au sein de l'ordre public international des États parties. Si ce droit fondamental est similaire à un principe essentiel du droit français, alors ce principe essentiel du droit français pourrait perdre sa qualification pour en revêtir une nouvelle : celle d'un droit fondamental commun à plusieurs États parties. Par exemple, la Cour de cassation a fait émerger le principe essentiel du droit français « *d'égalité des parents* »<sup>986</sup>. Dans l'hypothèse où ce principe ne serait pas déjà un droit fondamental, mais qu'il le deviendrait, il ne serait plus un principe essentiel du droit français de source exclusivement nationale, car il serait directement propulsé au rang de droit fondamental commun à plusieurs États partis. En effet, rappelons que selon la Cour régulatrice elle-même, le contenu des principes essentiels des droits français est différent de celui des droits fondamentaux<sup>987</sup>.

383. Ainsi, un principe essentiel du droit français qui serait inclus dans le « *noyau dur* » de l'ordre public international serait transféré dans l'autre cercle concentrique de l'ordre public international. Cette modification de l'ordonnancement de l'ordre public international français n'a pas encore été illustrée au sein de la jurisprudence nationale ou européenne. Néanmoins, la

---

<sup>986</sup> Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n°09-15.302, *préc.*

<sup>987</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97-489, *spé.*, p. 199.

prolifération de droits fondamentaux, le faible nombre de principes essentiels du droit français et la difficulté pour la Cour régulatrice d'en définir davantage sont des facteurs qui pourraient permettre la réalisation d'une telle modification. Par conséquent, s'il existe une diminution du pouvoir d'élaboration substantielle de l'ordre public international, une diminution du pouvoir d'élaboration structurelle est tout aussi envisageable. Ainsi, bien plus qu'une limitation du pouvoir de « *définition* » ou de « *détermination* » de l'ordre public international, le juge national n'est pas à l'abri d'une diminution de son pouvoir d'élaboration dans son ensemble c'est-à-dire à la fois dans sa dimension substantielle que structurelle.

384. Cette diminution du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international du juge étatique prend une amplitude encore plus importante puisqu'elle se combine avec la prépondérance du pouvoir d'élaboration des juridictions supranationales.

385. *Prépondérance du pouvoir d'élaboration des juridictions supranationales.* La diminution du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international pourrait parfaitement se justifier par la nécessité de respecter les objectifs de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. En effet, les restrictions apportées au pouvoir d'élaboration du juge national ne présentent pas en elle-même une atteinte disproportionnée à la souveraineté étatique puisque, précisément, le juge étatique se doit d'assurer la réalisation des objectifs de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Cependant, cette diminution du pouvoir d'élaboration de l'ordre public international s'accompagne d'une captation du pouvoir d'élaboration par les deux juridictions supranationales et donc d'une concurrence dans le processus d'élaboration entre ces dernières et le juge étatique.

386. Ces phénomènes de captation et de concurrence emportent des conséquences beaucoup plus importantes sur le pouvoir d'élaboration du juge étatique qu'une simple restriction du pouvoir d'élaboration. En effet, il est une chose de restreindre le pouvoir d'élaboration du juge étatique, mais il en est une autre de faire cette restriction tout en ayant une autorité supérieure pour élaborer l'ordre public international. Tandis que le juge étatique se doit de respecter les limites posées quant à l'élaboration de l'ordre public international du for auquel il appartient, les juridictions supranationales ne sont pas confrontées aux mêmes restrictions. Ces deux juridictions peuvent intégrer au sein de l'ordre public international des États membres ou parties les valeurs et les principes qu'elles estiment nécessaires à la réalisation des objectifs qu'elles défendent sans pour autant que le juge étatique ne puisse s'y opposer, au risque pour ce dernier

de participer à la violation de la Convention européenne des droits de l'homme ou des principes de l'Union européenne.

387. En raison du principe de supériorité des traités, le juge étatique et les juridictions supranationales ne sont pas confrontés aux mêmes restrictions s'agissant de l'élaboration substantielle et structurelle de l'ordre public international. Cette dysmétrie conduit à considérer que le juge étatique et les juridictions supranationales ne jouissent pas de la même autorité pour intégrer certaines valeurs et certains principes au sein de l'ordre public international. Le pouvoir d'élaboration de l'ordre public international des juridictions supranationales a tendance à s'accroître face à celui du juge étatique. Par conséquent, le pouvoir d'élaboration des juridictions supranationales tend à devenir prépondérant face à celui du juge étatique en raison de l'autorité supérieure dont bénéficient ces deux juridictions.

388. Les effets de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international sur le processus d'élaboration ont permis de constater une captation du pouvoir d'élaboration et une diminution du pouvoir d'élaboration des juridictions nationales. Il convient maintenant de prendre la mesure des effets de la raréfaction de l'élaboration sur la « *méthode* » du processus d'élaboration.

## **§2. Les effets de la raréfaction sur la « *méthode* » de l'élaboration**

389. La « *méthode* » de l'élaboration de l'ordre public international consiste à puiser dans les sources de l'ordre public international pour procéder à « *l'essentialisation* » d'une valeur en fonction de la conception « *française* » de l'ordre public international<sup>988</sup>. Néanmoins, la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international conduit à la « *dénationalisation* » de l'ordre public international aussi bien quant à ses sources, en raison de l'influence déterminante des sources européennes (A) qu'à sa conception, par la disparition progressive de la « *conception française* » de l'ordre public international (B).

---

<sup>988</sup> Cf. *supra*.

## A) La « *dénationalisation* » des sources de l'ordre public international

390. L'influence grandissante ou « *envahissante* »<sup>989</sup> des sources européennes de l'ordre public international n'est plus à démontrer. La raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international aboutit de façon mécanique à accroître la place conférée aux sources européennes en diminuant celles des sources nationales et l'émergence des principes essentiels du droit français, de source purement nationale, ne semble pas altérer ce phénomène.

391. ***Diminution de l'influence de la source nationale de l'ordre public international.*** L'observation des composants de l'ordre public international nous amène à une constatation largement vérifiée : les sources européennes de l'ordre public international n'ont jamais été aussi nombreuses<sup>990</sup>. Cette tendance contraste nettement avec la période durant laquelle les sources de l'ordre public international étaient essentiellement « *nationales* » et que l'influence des sources internationales ou européennes n'avait qu'un aspect « *prophétique* »<sup>991</sup>. L'europanisation des sources de l'ordre public international a des conséquences sur l'appréciation de l'ordre public international. Comme l'a souligné avec justesse un auteur :

*« C'est ainsi que de façon assez paradoxale, les principes essentiels et les valeurs fondamentales du for, pris en tant que composante première de l'ordre public international français, ont vocation à puiser de plus en plus à la source de ces instruments régionaux et, par conséquent, à échapper de plus en plus à l'appréciation de nos juges nationaux, au bénéfice, le cas échéant, d'un juge supranational, telle la Cour européenne des droits de l'homme »*<sup>992</sup>.

392. Ainsi, comme le suggère une partie de la doctrine, l'europanisation des sources de l'ordre public international aboutirait à réduire l'appréciation des juges nationaux et par voie de conséquence à renforcer celle des juridictions supranationales.

393. Nous devons cependant tirer toutes conséquences du phénomène d'europanisation et le mettre en perspective avec le processus de raréfaction de l'élaboration. Ainsi, la raréfaction de

---

<sup>989</sup> T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 2017, p. 119, n° 184.

<sup>990</sup> Sur ce point, Cf. *JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 40, [par J. GUILLAUMÉ].

<sup>991</sup> R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé » (in) *L'ordre public à la fin du XXe siècle* (Coord. T. REVET), Dalloz, 1996, pp. 65-81, spé., p. 79, n° 16).

<sup>992</sup> *JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], n° 64.

l'élaboration de l'ordre public international provoque une diminution de l'influence des sources nationales de l'ordre public international. Nous savons que lors de l'élaboration de l'ordre public international, le juge étatique peut prendre en compte des valeurs et des principes qui ne sont pas de source « *exclusivement* » nationale. Nous avons constaté ce phénomène notamment concernant la réception des répudiations étrangères dans l'ordre juridique français<sup>993</sup>. Cependant, le partage du processus d'élaboration de l'ordre public international entre les juges supranationaux et le juge étatique pourrait aboutir à la « *dénationalisation* » des sources de l'ordre public international. En effet, nous avons observé une captation progressive du pouvoir d'élaboration par les juridictions supranationales. De plus, les valeurs et les principes qui sont actuellement intégrés par les juges supranationaux dans l'ordre public international sont de sources européennes. Si l'élaboration de l'ordre public international par les juridictions supranationales s'accroît, et que celle du juge étatique diminue, il est possible de considérer que la source nationale des valeurs de l'ordre public international est en voie de raréfaction, au profit des valeurs de source européenne. La raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international aboutit donc à rendre plus influentes les sources européennes et par conséquent à diminuer l'influence des sources exclusivement nationales.

394. Cette influence est particulièrement perceptible au stade de la défense des droits fondamentaux qui est assurée aussi bien par l'Union européenne que par le Conseil de l'Europe. Si la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme vont continuer d'alimenter l'ordre public international du for, il est difficile de déterminer lequel de ces instruments va impacter le plus durablement l'ordre public international.

395. ***Tentative de renforcement de la source nationale de l'ordre public international ?*** Cette raréfaction de la source nationale des valeurs de l'ordre public international français doit être mise en perspective avec l'émergence des principes essentiels du droit français. En effet, les principes essentiels du droit français ont un caractère purement national quant à leur source. La multiplication des principes essentiels du droit français au cœur de l'ordre public international pourrait être considérée comme la tentative d'un renforcement de la source nationale de l'ordre public international pour contenir l'influence grandissante des sources européennes et internationales. L'émergence des principes essentiels du droit français constituerait en quelque

---

<sup>993</sup> Cf. *supra*.

sorte une « *ligne Maginot* » pour reprendre l'expression de J. FOYER lorsque ce dernier constatait « *l'invasion croissante de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* »<sup>994</sup>.

396. Cette tentative, si elle est établie, pourrait permettre d'assurer la sauvegarde de valeurs exclusivement nationales au sein de l'ordre public international. Cependant, il est également possible de considérer qu'une telle tentative pourrait rester vaine pour plusieurs raisons. La première est n'est autre que l'autorité grandissante dont dispose les juridictions supranationales pour tracer les limites de l'élaboration de l'ordre public international. La seconde est le faible nombre des principes essentiels du droit français, d'autant que la Cour régulatrice se garde de tous les nommer de manière explicite.

397. La source exclusivement nationale de l'ordre public international tend à se réduire peu à peu au profit des sources européennes. Cette « *dénationalisation* » concerne également une autre partie de la méthode du processus d'élaboration qui n'est autre que la prise en compte de la « *conception française* » de l'ordre public international.

### **B) La « *dénationalisation* » de la « *conception nationale* » de l'ordre public international**

398. Si la prise en considération de la conception « française » de l'ordre public international est une étape indispensable à l'élaboration, force est de constater que cette prise en considération est difficilement réalisable par les juridictions supranationales. De plus, il est possible de douter sur la possible inversion de cette tendance par l'émergence des principes essentiels du droit français.

399. *Diminution de la prise en compte de la conception « nationale »*. Nous savons que lors de l'élaboration de l'ordre public international, le juge étatique doit rechercher la « *conception française* » de l'ordre public international en déterminant quelles sont les valeurs qui sont essentielles dans « *l'opinion de la société française* »<sup>995</sup>. Nous avons observé que cette démarche avait une forte dimension sociologique et axiologique,<sup>996</sup> car elle permettait de prendre en compte « l'opinion de la société française ». Nous pouvons alors considérer que la

---

<sup>994</sup> J. FOYER, « L'ordre public international est-il toujours français ? », *op. cit.*, p. 279.

<sup>995</sup> Cf. *supra*.

<sup>996</sup> Cf. *supra*.

prise en compte de la conception française de l'ordre public international est une justification sociologique de la teneur de l'ordre public international. Cette justification permet de légitimer l'intégration d'une valeur au sein de l'ordre public international et de la présenter comme suffisamment essentielle pour faire obstacle à une loi étrangère ou un jugement étranger.

400. Si le processus d'élaboration de l'ordre public international est dorénavant partagé entre le juge national et les juridictions supranationales, nous pouvons constater que les juridictions supranationales s'affranchissent de la recherche de la « *conception française* » de l'ordre public international. En effet, lorsque les juridictions supranationales élaborent l'ordre public international en y ajoutant des valeurs ou des principes, elles ne mettent pas en œuvre l'étape consistant à rechercher la conception française de cet ordre public. Elles se contentent de présenter cette valeur et ce principe comme suffisamment essentiel pour intégrer les ordres publics internationaux des États membres ou parties. Cette particularité peut apparaître comme une « *carence* » ou une « *défaillance* » dans le processus d'élaboration de l'ordre public international tel qu'il est adopté par le juge étatique. Cependant, cette particularité peut trouver plusieurs explications.

401. La première est tout d'abord l'ensemble des spécificités des juridictions supranationales qui se situent au-delà d'une « *nation* » ou d'une « *société* » préconstituée. Par conséquent, la prise en compte d'une « *conception nationale* » s'associe difficilement avec la dimension supranationale de ces juridictions et des ordres juridiques auxquelles elles appartiennent. La deuxième est de considérer que si l'ordre public international du for est traditionnellement élaboré en prenant en compte la conception nationale de la société qu'il est chargé de défendre, l'élaboration « *européenne* » de l'ordre public international devrait prendre en compte une « *conception européenne* » et non pas seulement « *nationale* ». La troisième et probablement la plus déterminante est de considérer que l'objectif poursuivi par les juridictions européennes dans l'élaboration de l'ordre public international ne se résume pas à la défense des valeurs d'une société donnée, mais de confirmer le caractère essentiel de certaines valeurs partagées par un ensemble d'États et d'en assurer la défense à l'international.

402. Dans une perspective essentiellement axée sur l'influence des droits de l'homme, une partie de la doctrine a souligné que le juge national pouvait également s'affranchir de légitimer l'importance d'une valeur intégrée au sein de l'ordre public international lorsque cette dernière est le résultat du recours aux droits de l'homme. Selon P. KINSCH, ce recours aux droits de

l'homme, tel qu'ils ont été définis par les juges de Strasbourg pourrait conduire le juge civil qui tranche un cas de droit international privé à se retrouver dispensé de justifier lui-même de la légitimité des valeurs qu'il considère comme fondamentales<sup>997</sup>. Si le juge national se dispense de légitimer l'importance d'une valeur issue de la Convention européenne des droits de l'homme, force est de constater qu'il se dispense également de sonder l'opinion de la société française pour déterminer si cette valeur est essentielle. Cependant, rien ne permet de déduire que cette valeur ne sera pas en adéquation avec l'opinion de la société française et il est hautement probable qu'il existe une adéquation réelle.

403. En l'absence de prise en compte de la conception française de l'ordre public international, la question posée par J. FOYER prend alors toute son importance : « *quel est l'avenir de la conception française de l'ordre public international ?* »<sup>998</sup>. Une réponse à cette question pourrait être formulée à la lumière de l'apparition récente des principes essentiels du droit français.

404. ***Résurgence de la conception « nationale » de l'ordre public international ?*** Il a été observé que la Cour de cassation avait décidé de renouveler la définition de l'ordre public international proposée dans l'arrêt *Lautour*<sup>999</sup>. Selon cette dernière : exiger que les principes de justice universelle soient considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue les réduit à « *une conception nationaliste française, très éloignée de leur vocation universelle* »<sup>1000</sup>. Ainsi, pour ces principes de justice universelle, il convenait de ne plus se limiter à la « *conception nationaliste française* » de l'ordre public international. La Cour régulatrice avait alors fait la promotion des principes essentiels du droit français qui découlent des « *exigences impératives du droit interne* »<sup>1001</sup>. L'interprétation du rapport de la Cour régulatrice et de la jurisprudence est alors difficile : est-il nécessaire de ne plus se limiter à une « *conception nationaliste française* » seulement pour les principes de justice universels ou faut-il considérer que cette « *conception nationaliste française* » n'est également pas souhaitable s'agissant des principes essentiels du droit français ? L'interprétation la plus raisonnable est de

---

<sup>997</sup> P. KINSCH, « “La sauvegarde de certaines politiques législatives” », cas d'intervention de l'ordre public international ? », *op. cit.*, p. 453.

<sup>998</sup> J. FOYER, « L'ordre public international est-il toujours français ? », *op. cit.*, p. 279.

<sup>999</sup> Arrêt *Lautour*, *préc.*

<sup>1000</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97-489, spé., p. 199.

<sup>1001</sup> *Ibidem*.



considérer que cette « *conception nationaliste française* » doit être exclue, mais uniquement pour les principes de justice universels.

405. Cependant, cette première précision ne fait pas disparaître toutes les interrogations étant donné que « *conception nationaliste française* » ne semble pas emporter la faveur de la Cour régulatrice. En effet, le juge du for doit-il prendre en considération la « *conception française* » de l'ordre public international s'agissant des principes essentiels du droit français ? Deux interprétations sont également possibles. La première est de considérer que la prise compte de « *l'opinion de la société française* » au travers de la « *conception française* » de l'ordre public international n'est plus nécessaire pour qu'une « *exigence impérative de droit interne* » devienne un « *principe essentiel du droit français* ». La seconde est de considérer que les « *exigences impératives de droit interne* » contiendraient en elles-mêmes « *l'opinion de la société française* » et refléteraient donc une « *conception française* » de l'ordre public international. Ainsi, cette « *conception française* » serait forcément prise en compte lorsqu'une « *exigence impérative de droit interne* » devient un principe essentiel du droit français.

406. La problématique est alors la suivante : les principes essentiels du droit français conduisent-ils à réduire à néant la « *conception française* » de l'ordre public international, cette dernière n'étant alors plus prise en compte par le juge, ou au contraire, les principes essentiels du droit français contiennent-ils en eux même cette « *conception française* » de sorte qu'elle serait inévitablement prise en compte par le juge du for ? Opéré un choix entre ces deux hypothèses est loin d'être aisé et chacune d'entre elles apporte un éclairage différent sur la « *dénationalisation* » de l'ordre public international.

407. **Doubles hypothèses.** Dans la première hypothèse, la « *conception française* » de l'ordre public international ne serait plus prise en compte dans le processus d'élaboration. Ainsi, lorsque le juge confère la qualification de « *principes essentiels du droit français* » à un principe, il le fait davantage en raison du caractère impératif de certaines exigences du droit interne qu'en raison de son importance dans « *l'opinion de la société française* ». Ainsi, la prise en compte de « *l'opinion de la société française* » deviendrait secondaire face au caractère impératif de certaines exigences du droit interne.

408. Dans la seconde hypothèse, cette « *opinion de la société française* » serait implicitement contenue dans les « *exigences impératives de droit interne* » et elle serait donc inévitablement

prise en compte par le juge du for lorsqu'il déciderait de qualifier un principe de « *principe essentiel du droit français* ». Ainsi, lorsque le juge constate la contrariété entre une norme étrangère et un principe essentiel du droit français, il induit forcément que ce principe est « *essentiel* » dans « *l'opinion de la société française* ». Ainsi, la « *conception française* » serait indirectement, mais sûrement intégrée au « *noyau dur* » de l'ordre public international.

409. Cette dernière hypothèse est celle qui emporte notre adhésion étant donné qu'il apparaîtrait comme contradictoire de se soustraire à la prise en compte de « *l'opinion de la société française* » en intégrant un principe dans l'ordre public international, alors que ce mécanisme est justement chargé de défendre les conceptions de cette société française. De plus, les rédacteurs du rapport présenté par la Cour régulatrice affirment de manière explicite que le principe essentiel du droit français « *d'égalité des parents* » est une « *illustration de la conception française de l'ordre public international substantiel* »<sup>1002</sup>.

410. Faut-il alors percevoir dans l'émergence des principes essentiels du droit français une volonté de renforcer la prise en compte de la conception française de l'ordre public international, au travers de la promotion des exigences impératives du for, face à une européanisation croissante de l'ordre public international ?

411. Les effets de la raréfaction de l'élaboration sur le pouvoir et la méthode d'élaboration sont importants en ce qu'ils bouleversent à la fois l'origine de l'élaboration et le but poursuivi par cette même élaboration. L'objet de l'élaboration, à savoir le contenu de l'ordre public international, subit également les effets de la raréfaction de l'élaboration.

## **Sous-section 2 : L'analyse des effets de la raréfaction sur l'objet de l'élaboration**

412. L'objet de l'élaboration n'est autre que le contenu de l'ordre public international qui est, selon sa propre relativité dans le temps et dans l'espace, différent au sein de chaque ordre juridique. Cette relativité est le résultat de l'élaboration de l'ordre public international par des juges nationaux qui appartiennent, par définition, à des ordres juridiques différents. L'objet de l'élaboration est donc contingent à chaque ordre juridique auquel il appartient. Néanmoins, cette relativité s'épuise progressivement au profit d'une modification « *substantielle* »

---

<sup>1002</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97-489, spé., p. 130.

supranationale de l'objet de l'élaboration (§1) qui pourrait conduire progressivement à une uniformisation substantielle (§2).

### **§1. La modification « *substantielle* » supranationale de l'objet de l'élaboration**

413. La modification substantielle supranationale de l'objet de l'élaboration ne s'effectue pas au profit de la préservation des spécificités de chaque ordre juridique et des valeurs exclusivement nationales. La contingence du contenu de l'ordre public international s'évanouit progressivement au profit d'une « *dénationalisation* » des valeurs (A) et d'un bouleversement de l'harmonie des valeurs (B).

#### **A) La « *dénationalisation* » des valeurs de l'ordre public international**

414. La prolifération supranationale des valeurs non spécifiques à l'ordre juridique du *for* bouleverse l'harmonie et la hiérarchie des valeurs de l'ordre public international des États membres ou des États parties.

415. *Prolifération de valeurs non spécifiques à l'ordre juridique du for*. La notion de « *modification substantielle non étatique* » de l'ordre public international peut apparaître comme une profonde contradiction. En effet, dans une approche fondamentale, la modification *substantielle* de l'ordre public international ne peut être que le résultat de la seule intervention du juge étatique. Cependant, l'élaboration « *contraignante* » de l'ordre public international aboutit à l'intégration de valeurs communes au sein de l'ordre public international des États membres ou parties et cette modification *substantielle* ne dépend pas de la seule intervention du juge étatique. Cette élaboration « *contraignante* » s'explique notamment par l'émergence de « *l'ordre public européen* » ou de « *l'ordre public de l'Union européenne* » qui insistent sur le partage des valeurs<sup>1003</sup>.

416. Si l'élaboration « *contraignante* » de l'ordre public international est une des causes de la raréfaction de l'élaboration, cette raréfaction aboutit également à la modification *substantielle* de l'ordre public international. Comme nous l'avons observé au travers de la jurisprudence

---

<sup>1003</sup> Cf. *supra*.

*Pellegrini*<sup>1004</sup>, le droit à un procès équitable a été intégré dans l'ordre public international du for à la demande de la Cour européenne des droits de l'homme et donc sans la seule intervention du juge étatique. En l'espèce, cette intégration n'est pas problématique étant donné que le droit au procès équitable peut parfaitement être considéré comme une composante de l'ordre public international par le juge étatique. Cependant, il est possible qu'une valeur soit intégrée au sein de l'ordre public international par les juges supranationaux sans que cette valeur ne soit en harmonie avec les autres valeurs de l'ordre public international.

417. En abordant la confrontation de la loi étrangère à la Convention européenne des droits de l'homme, P. KINSCH avait souligné que « *l'ordre public prend ainsi l'allure de ne plus défendre les seules valeurs particulières à l'ordre juridique national, mais des valeurs partagées –au moins- par les États membres du Conseil de l'Europe* »<sup>1005</sup>. L'intégration « involontaire » ou « contraignante » de valeurs communes au sein de l'ordre public international ne se limite pas au cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle s'étend également à l'Union européenne au travers du droit communautaire et européen. Comme l'affirme J. BASEDOW : « *Partiellement, l'ordre public européen intervient au-delà des valeurs fondamentales du droit national et exige l'application des valeurs profondes du droit communautaire, même quand chacun des États membres de par ses considérations nationales est un peu plus tolérant* »<sup>1006</sup>.

## **B) Le bouleversement de la hiérarchie et de l'harmonie des valeurs**

418. La prolifération de principes et de valeurs issus de sources européennes au sein de l'ordre public international risque de bouleverser la hiérarchie traditionnelle des valeurs de l'ordre public international et rend possible, voire inévitable, le conflit de valeurs.

419. **Hiérarchie des valeurs.** Nous avons observé que la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international provoque une influence grandissante des sources européennes de l'ordre public international<sup>1007</sup>. Cette influence n'est pas sans créer un changement de la « *hiérarchie*

---

<sup>1004</sup> Arrêt, *Pellegrini*, préc.

<sup>1005</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 154.

<sup>1006</sup> J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 73.

<sup>1007</sup> Cf. *supra*.

*des valeurs* » au sein de l'ordre public international. H. BATIFFOL « *avait mis en perspective que le droit international privé de chaque État paraît ainsi fondé sur une hiérarchie de valeurs* »<sup>1008</sup>.

420. Cette « *hiérarchie des valeurs* » trouve naturellement son expression au sein de l'ordre public international dont la fonction est de protéger les valeurs essentielles du for. L. GANNAGÉ a souligné que l'influence des droits fondamentaux va permettre à la fois de soutenir le discours relativiste, mais surtout de remettre en cause cette « *hiérarchie des valeurs* »<sup>1009</sup>. En effet, l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme « *bouscule la hiérarchie traditionnelle des valeurs composant l'ordre public international* »<sup>1010</sup>. Cette « *hiérarchie traditionnelle* » était initialement fondée sur l'appréciation de l'importance de la valeur ou de sa « *hauteur morale intrinsèque* »<sup>1011</sup>.

421. Il semble cependant qu'un nouveau paradigme soit apparu pour la détermination de cette hiérarchie de valeur : « *Aujourd'hui, il semble que l'appartenance d'une valeur ou d'un droit fondamental à l'ordre public international français soit plus fonction de l'existence d'une disposition consacrant une telle valeur ou un tel droit dans la convention européenne des droits de l'homme, ainsi que de l'existence de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme lui conférant une efficacité concrète, que de son importance ou hauteur morale intrinsèque* »<sup>1012</sup>.

422. **Conflit de valeurs.** La modification de la hiérarchie traditionnelle de valeurs n'est pas sans poser la question de l'hypothèse d'un conflit de valeurs au sein de l'ordre public international. Le conflit de valeur au sein de l'ordre public international n'est pas un phénomène nouveau, mais l'influence des sources européennes est venue l'amplifier. Comme le souligne M.-L. NIBOYET-HOEGY à propos de « *la hiérarchie des valeurs inspirant l'ordre public international* » : « *La prolifération de normes prises à des niveaux différents – national, européen, international – rend concevable l'apparition de conflits entre les valeurs qui sous-*

---

<sup>1008</sup> L. GANNAGÉ, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, A. Pedone, p. 207.

<sup>1009</sup> *Ibidem*, p. 207 et s.

<sup>1010</sup> *JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], n° 54.

<sup>1011</sup> *Ibidem*.

<sup>1012</sup> *Ibid.*

*tendent ces normes* »<sup>1013</sup>. Cette prolifération met en lumière la problématique particulièrement délicate de l'exclusion des principes et des valeurs de source nationale qui pourraient être incompatibles avec les principes et les valeurs de source supranationale et plus particulièrement européenne. Ainsi, l'influence des sources européennes et des juridictions supranationales aboutit à « *circonscrire l'ordre public international français par l'exclusion de tous les principes* »<sup>1014</sup> qui seraient incompatibles avec les valeurs supranationales<sup>1015</sup>. La concurrence entre des valeurs issues de sources différentes est loin d'être purement hypothétique et risque de devenir une difficulté récurrente.

423. Le phénomène de prolifération de valeurs non spécifique à l'ordre juridique du for au sein de l'ordre public international fait surgir une deuxième interrogation qui est celle de l'uniformisation substantielle de l'ordre public international.

## **§2. L'uniformisation « substantielle » grandissante de l'objet de l'élaboration**

424. L'uniformisation des valeurs de l'ordre public international du for se matérialise par la raréfaction des « *conceptions particulières* » de l'ordre public international du for (A) qui rend de plus en plus délicate, pour ne pas dire difficile, « *l'expression identitaire* » des États membres ou parties (B).

### **A) La raréfaction des « conceptions particulières »<sup>1016</sup> de l'ordre public international du for**

425. ***Impact des juridictions supranationales.*** L'ensemble des phénomènes mis en évidence nous amène à en souligner un autre qui a été mis en exergue très récemment par la doctrine : la raréfaction des « *conceptions particulières* » au sein de l'ordre public international des États membres ou parties. Comme le souligne S. CORNELOUP : « *Quoi qu'il en soit, il apparaît aujourd'hui avec évidence que l'ordre public a perdu son caractère essentiellement national.*

---

<sup>1013</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel » : *Mélanges R. PERROT*, Dalloz, 1996, pp. 313-332, spé., p. 327.

<sup>1014</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, p. 150 n° 268.

<sup>1015</sup> *Ibidem*.

<sup>1016</sup> Nous reprenons à dessein l'expression utilisée par S. CORNELOUP pour évoquer les valeurs et les principes qui sont propres à l'ordre public international d'un État (S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH* 2013/3, pp. 381-402).

[...] *La conséquence en est que le contenu de l'ordre public est de moins en moins marqué par les conceptions particulières, propres à un ordre juridique, pour comprendre essentiellement des valeurs communes aux différents États européens* »<sup>1017</sup>.

426. Les analyses de la doctrine se révèlent particulièrement inquiétantes quant à l'avenir des « conceptions particulières » de l'ordre public international. Ces « conceptions particulières » pourraient être amenées à disparaître. À la lecture des arrêts « *Eco Swiss* »<sup>1018</sup> et « *Régie Renault* »<sup>1019</sup>, H. MUIR WATT s'est alors exprimée en ces termes : « *Cette définition autoritaire d'au moins certaines des exigences de l'ordre public tel qu'utilisé dans le contexte européen augure sans doute la disparition corrélative des particularités locales* »<sup>1020</sup> »<sup>1021</sup>.

427. **Impact du droit dérivé.** Il serait inexact de considérer que la raréfaction des « conceptions particulières » soit uniquement l'œuvre de la jurisprudence des juridictions supranationales. La raréfaction des conceptions particulières est un phénomène multifactoriel qui comprend également l'influence du droit européen dérivé sur le contenu des ordres publics internationaux des États membres. Cette influence peut aboutir à l'exclusion de « *la défense de certains principes nationaux s'ils ne répondent pas aux exigences européennes* »<sup>1022</sup>. En analysant « *la place de l'ordre public dans les règlements européens de droit de la famille* »<sup>1023</sup>, P. HAMMJE affirme que « *les vecteurs traditionnels de l'ordre public permettant d'assurer la défense des valeurs propres à chaque État semblent en recul* »<sup>1024</sup>. Ainsi, nous pouvons mesurer l'impact de la captation progressive du droit de la famille par l'Union européenne<sup>1025</sup> et l'essor

---

<sup>1017</sup> S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, pp. 381-402, spé., p. 401. Dans le même sens : P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 152).

<sup>1018</sup> Arrêt, *Eco Swiss*, *préc.*

<sup>1019</sup> Arrêt, *Renault c/ Maxicar*, *préc.*

<sup>1020</sup> *C'est nous qui traduisons.* Dans le but d'être le plus précis possible, il est utile de reproduire intégralement les propos de l'auteur dans la langue utilisée : « *This authoritarian definition of at least some of the requirements of public policy as used in a European context no doubt augurs the correlative disappearance of local idiosyncracies; in the meantime, its symbolic significance resides in the fact that by participating in national public policy, the European principles are deliberately placed at the heart of national value* ».

<sup>1021</sup> H. MUIR WATT, "Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions", *Texas International Law Journal* 2001, vol. 36, pp. 539-554, spé., p. 542.

<sup>1022</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 336.

<sup>1023</sup> P. HAMMJE, « Ordre public et lois de police. Limites à l'autonomie de la volonté ? » (in) *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales* (Dir. A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET), Bruylant, 2017, pp. 111-138, spé., p. 137, n° 35.

<sup>1024</sup> *Ibidem.*

<sup>1025</sup> Sur cette captation du droit de la famille par l'Union européenne et le droit de l'Union, *Cf. supra.*

concomitant de l'autonomie de la volonté, à savoir la raréfaction des conceptions particulières de l'ordre public international du for.

428. *Charte de l'Union européenne et valeurs nationales*. Le phénomène de raréfaction des « conceptions particulières » de l'ordre public international du for pourrait se retrouver amplifié par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis que cette dernière a acquis une force contraignante<sup>1026</sup>. La substance de l'ordre public international des États membres ne pourra plus être déterminée sans la prise en compte de cette Charte<sup>1027</sup>. Nous étudierons ultérieurement<sup>1028</sup> si la référence systématique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pourrait faire évoluer l'ordre public international du for vers un ordre public « exclusivement européen »<sup>1029</sup>. À ce stade de nos développements, nous pouvons déjà souligner que la Charte des droits fondamentaux conduit à la « subsidiarité » des valeurs nationales<sup>1030</sup>. Comme l'affirme une partie de la doctrine, « la place des valeurs spécifiquement nationales [...] n'est plus que subsidiaire »<sup>1031</sup>, d'autant qu'elles doivent être compatibles avec les valeurs communes<sup>1032</sup>.

429. Cette subsidiarité des valeurs nationales nous permet de souligner la raréfaction des valeurs nationales et corrélativement, la délicate expression identitaire des États au travers de leur ordre public international.

## B) La délicate « expression identitaire » des États

430. La raréfaction des « conceptions particulières » au sein de l'ordre public international français, et des ordres publics internationaux des États membres ou parties, pose la délicate question de l'affirmation identitaire de ces États. En effet, les « conceptions particulières » sont

---

<sup>1026</sup> Rappelons que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une valeur juridiquement contraignante et équivalente à celle des traités constitutifs le 1<sup>er</sup> décembre 2009, soit le jour de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

<sup>1027</sup> Par exemple, l'ordre public international du for dans le cadre du règlement n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 sera nécessairement influencé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 336).

<sup>1028</sup> Sur ce point, *Cf. infra*.

<sup>1029</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p.157.

<sup>1030</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 2017, p. 710.

<sup>1031</sup> *Ibidem*.

<sup>1032</sup> *Ibid.*



l’expression de l’identité des États et la raréfaction de ces « conceptions particulières » implique de manière sous-jacente une raréfaction de « *l’expression identitaire* » de ces États.

431. « *Expression identitaire* ». Nous avons déjà mis en perspective la relativité de l’ordre public international qui implique que les composants de ce dernier varient en fonction des États et de l’ordre juridique concerné<sup>1033</sup>. Cependant, il est utile de préciser que les « conceptions particulières » de l’ordre public international reflètent une « identité »<sup>1034</sup>, et notamment « *l’identité culturelle [de l’État]* »<sup>1035</sup>. L’ordre public international en tant que matérialisation de valeurs propres à une société révèle une « *identité collective* »<sup>1036</sup>. Cette identité s’exprime tout particulièrement dans le domaine du droit de la famille, qui est considéré comme le « *bastion des particularismes nationaux* »<sup>1037</sup>, et qui demeure également le terrain privilégié de l’intervention de l’ordre public international<sup>1038</sup>. L’ordre public international a donc pour objectif de garantir un équilibre entre le respect de l’identité de l’ordre juridique interne et l’harmonie internationale des solutions, mais cet équilibre se révèle difficile notamment en ce qui concerne le droit de la famille dans le contexte de l’Union européenne<sup>1039</sup>.

432. Les différences identitaires exprimées par l’ordre public international sont d’autant plus perceptibles qu’elles s’effectuent dans un double contexte : celui de l’Union européenne et celui du Conseil de l’Europe. S’agissant tout d’abord de l’Union européenne, « *L’ordre public des États membres, est l’une des manières où s’exprime leur identité* »<sup>1040</sup>. Si l’ordre public international est composé de valeurs communes aux États membres et de « conceptions particulières », « *l’expression identitaire* » n’en est pour autant pas la même s’agissant de ces deux ensembles. En effet, « *l’expression identitaire* » s’effectue uniquement pour les valeurs

---

<sup>1033</sup> Cf. *supra*.

<sup>1034</sup> P. HAMMJE, « L’ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 66.

<sup>1035</sup> F. MARCHADIER, « La suppression de l’exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l’espace judiciaire européen ? », *JEDH* 2013/3, pp. 348-380, spé., p. 380.

<sup>1036</sup> M. LAAZOUZI, « L’identité en droit international privé » (in) *L’identité, un singulier au pluriel*, (Dir. B. MALLET-BRICOURT et T. FAVARIO), Dalloz, 2015, pp. 185-197, spé., p. 197.

<sup>1037</sup> Comme le rappelle H. FULCHIRON : « *le droit de la famille est généralement considéré comme le bastion des particularismes nationaux. En ce qu’elle touche les structures les plus profondes de la société, la famille constitue un élément de l’identité de chaque pays. D’où le lien souvent fait de façon spontanée entre le droit de la famille et souveraineté des États, et, corrélativement, le rejet de toute intervention de l’Union en la matière* » (H. FULCHIRON, « Vers un droit vraiment “européen” de la famille ? À propos de la construction d’un Jus Commune Familialis dans le cadre de l’Union européenne », *op. cit.*, p. 245).

<sup>1038</sup> Comme le souligne F. CADET : « *L’ensemble des institutions du droit de la famille fait en effet l’objet d’une intervention forte de l’ordre public* » (F. CADET, *op. cit.*, p. 13, n° 1).

<sup>1039</sup> L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, *op. cit.*, p. 715, n° 916.

<sup>1040</sup> T. STRUYCKEN, « L’ordre public de la communauté européenne », *op. cit.*, p. 625.

qui sont spécifiques à l'État concerné. C'est en ce sens que P. HAMMJE oppose deux ensembles de valeurs au sein de l'ordre public international : « *celles spécifiques au for, expression de son identité nationale [...] et celles spécifiques au droit communautaire* »<sup>1041</sup>. Cette distinction est également applicable dans le cadre du Conseil de l'Europe. Comme le souligne P. KINSCH :

*« Le contenu de l'ordre public ainsi informé des valeurs véhiculées, entre autres, par la Convention européenne des droits de l'homme est celui d'un ordre public d'inspiration libérale et égalitaire, qui est conforme à l'orientation contemporaine des sociétés de l'Europe occidentale et qui n'a en tant que tel aucune originalité par rapport à l'ordre public français de défense des libertés individuelles (par opposition, le cas échéant, à l'ordre public de défense du modèle familial français, qui subsiste en jurisprudence française et qui est plus nettement l'expression de l'identité culturelle française) »*<sup>1042</sup>.

433. **Raréfaction de « l'expression identitaire ».** « L'expression identitaire » des États membres ou parties est devenue une entreprise délicate puisqu'elle se heurte aux valeurs promues par les systèmes supranationaux et les objectifs qu'ils défendent. Dans une approche plus fondamentale, la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international des juridictions étatiques aboutit inévitablement à diminuer « l'expression identitaire » des États membres ou parties, face à des systèmes supranationaux de plus en plus développés. La sauvegarde de l'identité des États membres ou parties, et de son expression par l'élaboration de l'ordre public international, est une démarche indispensable. Comme l'a parfaitement souligné T. STRUYCKEN : « *l'identité des États membres présente des différences et ces différences doivent être respectées. Elles ne doivent pas être supprimées sous le rouleau compresseur communautaire* »<sup>1043</sup>.

434. Nous avons précédemment pris en compte les valeurs de l'Union européenne et leur affirmation progressive<sup>1044</sup>. Néanmoins, cette affirmation doit être en accord avec le respect des identités nationales qui est lui-même prévu par le droit de l'Union. En effet, le respect des identités nationales des États membres est un principe essentiel du Traité sur l'Union

---

<sup>1041</sup> P. HAMMJE, « L'ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 66.

<sup>1042</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>1043</sup> T. STRUYCKEN, « L'ordre public de la communauté européenne », *op. cit.*, p. 625.

<sup>1044</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

européenne, prévu à l’article 4 alinéa 2 : « *L’Union respecte l’égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l’autonomie locale et régionale* ». Le respect des identités nationales n’est en rien une innovation du Traité de Lisbonne, les traités antérieurs ayant déjà souligné cette nécessité<sup>1045</sup>. Ainsi, la première référence au concept européen « *d’identité nationale* » apparaît au sein de l’article F du Traité de Maastricht.

435. L’introduction de cette clause d’identité nationale s’explique pour deux raisons : « *La première réside dans le contexte historique spécifique de 1992. La fondation de l’Union européenne a eu lieu au moment même de renaissance de l’État-nation en Europe puisqu’en 1989 le mur de Berlin tombe et entraîne dans les années qui suivent la chute des régimes communistes de l’Est. [...] la seconde explication, d’ordre psychologique est étroitement liée à la première : il s’agit de préserver les États membres* »<sup>1046</sup>. Notons que cette nécessité de respecter les identités nationales est également contenue dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne : « *L’Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d’Europe, ainsi que de l’identité nationale des États membres* ». Cette diversité est non seulement un « *état de fait* », mais également une « *richesse* » dont le respect est essentiel<sup>1047</sup>. L’exigence de respect de l’identité nationale française se heurte à la raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international du for.

436. Ainsi, la raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international aboutit à rendre plus délicate l’expression identitaire des États membres notamment en raison de la raréfaction des conceptions particulières contenues dans l’ordre public international du for.

437. La raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international produit donc un certain nombre d’effets, à la fois sur le processus d’élaboration et sur l’objet de l’élaboration. Nous avons notamment observé l’eupéanisation croissante de l’ordre public international et la place résiduelle des valeurs dites purement nationales. Ces éléments conduisent à une réflexion plus

---

<sup>1045</sup> À titre d’exemple et surtout de comparaison, le traité de Nice prévoyait en son article 6 que « *L’Union respecte l’identité nationale de ses États membres* ».

<sup>1046</sup> S. MARTIN, « L’identité de l’État dans l’Union européenne : entre “identité nationale” et “identité constitutionnelle” », *RFD const.* 2012, pp. 13-44, spé., p. 14.

<sup>1047</sup> A. BAILLEUX, Préambule (In) *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne* (Dir. F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK, avec la collaboration de C. RIZCALLAH), Bruylant, 2018, p. 24 n° 13.

approfondie sur la potentielle européanisation totale de l'élément de référence. Nous savons que l'élément de référence matérialise des impérativités de sources européennes et nationales. Par conséquent, il est utile de prendre en compte les effets de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international sur la coexistence des impérativités de sources différentes.

## **Section 2 : Les effets de la raréfaction de l'élaboration sur la coexistence des impérativités**

438. La coexistence des impérativités de sources différentes se matérialise par la formation de différents « *ordres publics* » au sein même de l'ordre public international du for (Sous-section 1). Il est crucial de mesurer les effets de la raréfaction de l'élaboration sur la place respective de ces différents « *ordres publics* ». À cette fin, il convient de vérifier s'il existe toujours un ordre public international du for aux côtés des ordres publics dits « *européens* » (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Retour sur la coexistence des impérativités**

439. La coexistence des différents « *ordres publics* » au sein de l'ordre public international a suscité l'attention de la doctrine, cette dernière ayant souligné à la fois les risques de conflits (§1) et de « *substitution* », « *absorption* » ou « *éviction* » de l'ordre public international du for par les « *ordres publics européens* » (§2).

#### **§1. La coexistence de différentes impérativités au sein de l'ordre public international**

440. Après avoir rappelé l'hypothèse de la coexistence des différents « *ordres publics* » au sein de l'ordre public international du for (A), nous évoquerons l'hypothèse des conflits potentiels entre ces différents « *ordres publics* » (B).

### A) La coexistence de différents « *ordres publics* »

441. La question de l'existence et de la formation de différents « *ordres publics* » a déjà été observée au cours de notre étude<sup>1048</sup>. À cet égard, nous avons pu analyser l'émergence d'un « *ordre public européen* » et d'un « *ordre public de l'Union européenne* »<sup>1049</sup>.

442. **Intégration des « *ordres publics* ».** Cette première étape doit être complétée par une évaluation de la présence de ces différents ordres publics au sein de l'ordre public international du for. La doctrine a déjà œuvré pour mettre en évidence les différents « *ordres publics* » et leur intégration au sein de l'ordre public international du for.

443. Ainsi, l'intégration de l'ordre public communautaire (ou de l'Union européenne) au sein de l'ordre public international du for a déjà été évoquée par M. GUILIANO et P. LAGARDE qui considèrent, s'agissant de l'article 16 de la convention de Rome, que l'ordre public du for « *englobe l'ordre public communautaire qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des États membres de la Communauté européenne* »<sup>1050</sup>. Cette conclusion est partagée par P. HAMMJE, qui souligne que « *l'ordre public communautaire passe donc par le filtre national* »<sup>1051</sup>. Notons que T. STRUYCKEN affirme que s'agissant des règlements, l'ordre public de l'État membre devrait logiquement s'entendre comme « *l'ordre public englobant tant l'ordre public étatique que l'ordre public communautaire* »<sup>1052</sup>.

444. On notera que l'intégration de « *l'ordre public européen* » au sein de public international ne présente pas de difficulté particulière, la protection des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme étant classiquement réalisée par l'ordre public international du for<sup>1053</sup>.

---

<sup>1048</sup> Cf. *supra*.

<sup>1049</sup> Cf. *supra*.

<sup>1050</sup> M. GUILIANO et P. LAGARDE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE n° C282, 31 octobre 1980, p. 37.

<sup>1051</sup> P. HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 70.

<sup>1052</sup> T. STRUYCKEN, « L'ordre public de la communauté européenne », *op. cit.*, p. 626.

<sup>1053</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

## B) L'hypothèse des conflits entre les différents « *ordres publics* »

445. *Conflits entre l'ordre public international et les « ordres publics européens »*. Si nous pouvons exclure l'hypothèse de conflit entre ordre public interne et ordre public international<sup>1054</sup>, la possibilité d'un conflit entre l'ordre public international du for et un autre ordre public de source européenne s'avère plus délicate. Bien que l'émergence d'un tel conflit soit peu probable, en raison de la compatibilité de l'ordre public international du for et des autres ordres publics de source européenne<sup>1055</sup>, cette hypothèse ne peut pas être totalement exclue. Comme le souligne J. GUILLAUMÉ, ces « *nouveaux ordres publics* »<sup>1056</sup> de source européenne peuvent « *entrer en concurrence* »<sup>1057</sup> avec l'ordre public international, car les valeurs qu'ils protègent ne sont pas totalement similaires.

446. Cette hypothèse de conflit entre l'ordre public international du for et les autres « *ordres publics* » pourrait devenir réalité notamment au travers de l'émergence des principes essentiels du droit français. En effet, les principes essentiels du droit français, de source purement nationale, pourraient entrer en contradiction avec les autres « *ordres publics* » qui contiennent des valeurs communes à différents ordres juridiques. La concurrence dans la défense de valeurs de source différentes serait alors perceptible, de sorte que l'existence d'un conflit est tout à fait possible. Cependant, et en toute logique, il est peu probable que les principes essentiels du droit français s'imposent face aux valeurs communes incorporées dans les autres ordres publics de source européenne.

447. *Conflits entre « l'ordre public européen » et « l'ordre public communautaire »*. Le phénomène d'interaction entre l'ordre public communautaire ou de l'Union européenne et l'ordre public européen a déjà suscité des interrogations au sein de la doctrine bien avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam ou du Traité de Lisbonne. C. PICHERAL, dans une étude portant sur l'ordre public européen en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, a émis l'hypothèse d'un conflit possible entre l'ordre public communautaire et l'ordre public européen. Comme le précise l'auteur : « *Mais dans l'avenir, c'est la confrontation des deux ordres publics européens qui devrait prendre le pas et alimenter un*

---

<sup>1054</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel », *op. cit.*, p. 327.

<sup>1055</sup> « *En principe, il ne devrait pas y'avoir d'opposition entre l'ordre public communautaire et l'ordre public international puisque l'ordre public communautaire intègre les valeurs des droits de l'homme* » (*Ibidem*).

<sup>1056</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 198, n° 422.

<sup>1057</sup> *Ibidem*.

*nouveau contentieux* »<sup>1058</sup>. Si l’auteur souligne également que les interférences devraient s’accroître avec l’entrée en vigueur du Traité d’Amsterdam<sup>1059</sup>, il insiste sur l’inefficacité des réponses qui ont été apportées face à ce phénomène<sup>1060</sup>.

448. L’évolution du droit de l’Union européenne et l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne offrent de nouvelles perspectives à l’étude des conflits qui peuvent surgir entre ces deux ordres publics européens. L’interaction entre l’ordre public communautaire ou de l’Union européenne et l’ordre public européen a trouvé un nouveau terrain privilégié : celui de la protection des droits fondamentaux. Nous savons que l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a permis de rendre juridiquement contraignante la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et que cette Charte participe à l’émergence d’un ordre public de l’Union européenne<sup>1061</sup>. Le risque de conflits de droits fondamentaux et notamment de leur interprétation, entre la Cour de justice de l’Union européenne et la Cour européenne des droits de l’homme est envisageable<sup>1062</sup>. L’interaction entre la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l’homme ne se limite pas à l’hypothèse d’un conflit de valeurs au sein de l’ordre public international ou d’un conflit d’ordre public, elle pose la question beaucoup plus globale de la coordination des « *deux ensembles normatifs européens* »<sup>1063</sup>. Si les rédacteurs de la Charte avaient mis en place des principes<sup>1064</sup> permettant l’articulation de cette dernière avec la Convention européenne des droits de l’homme, l’hypothèse d’un conflit n’est pas totalement exclue.

---

<sup>1058</sup> C. PICHERAL, *L’ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l’homme*, op. cit., p. 366.

<sup>1059</sup> Comme le précise l’auteur : « Dans certains cas, il est possible que l’ordre public communautaire sécuritaire entre en conflit avec l’ordre public européen, et l’un des deux se verra inhibé ». L’auteur illustre son propos avec les termes suivants : « Ainsi, les mesures prises par le Conseil de la Communauté qui intéresseront l’immigration pourraient méconnaître le droit au respect de la vie familiale de l’étranger » (*Ibidem*).

<sup>1060</sup> *Ibid.*

<sup>1061</sup> Sur ce point, Cf. par ex : H. GAUDEMET-TALLON, « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : 50 ans », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 411-424.

<sup>1062</sup> *JCL. Droit international*, Fasc 534-2 (par M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN), n°55.

<sup>1063</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *RTD civ.* 2017, p. 279.

<sup>1064</sup> « Les rédacteurs de la Charte ont articulé les deux textes en posant trois principes : les dispositions de la Charte ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales reconnus par la Conv.EDH (v.art 53) ; dans la mesure où la Charte contient des droits fondamentaux reconnus par la Conv.EDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention (art.52.3 : le droit de l’Union “intègre” donc celui de la Conv.EDH telle qu’interprétée par la CEDH) ; le droit de l’Union peut accorder une protection plus étendue que celle qui est garantie au titre de la Conv.EDH (art 52.3 in fine) » (*Ibidem*).

449. Les interactions entre les différents ordres publics peuvent atteindre un niveau particulièrement important lorsqu'il s'agit de la « *substitution* », « *l'éviction* » ou « *l'absorption* » de l'ordre public international du for par « *l'ordre public de l'Union européenne* » ou « *l'ordre public européen* ».

## §2. La « *substitution* », « *éviction* », « *absorption* » de l'ordre public international du for

450. Nous devons apporter des éléments de définition quant aux différents termes employés (A), avant de prendre en compte les différents travaux de la doctrine sur cette question (B).

### A) Les éléments de définition quant aux termes utilisés

451. **Précisions sémantiques.** La question de la « *substitution* », de l'« *absorption* » ou encore de l'« *éviction* » de l'ordre public international du for par l'ordre public de l'Union européenne ou l'ordre public européen a fait l'objet de nombreux développements doctrinaux. Afin de saisir l'actualité et la pertinence de cette question, il est primordial d'apporter des précisions sémantiques sur chacun des termes utilisés.

452. « **Éviction** ». Si le terme « *éviction* » possède un sens particulier dans le domaine de la science juridique<sup>1065</sup>, nous utiliserons le sens plus commun qui correspond à l'action « *d'évincer* »<sup>1066</sup> et donc de chasser ou d'écarter une chose. La principale difficulté est d'identifier l'objet qui opère cette éviction de l'ordre public international du for. L'hypothèse la plus probable est de considérer que l'ordre public international du for est évincé par un autre « *ordre public* » qui serait l'outil ou le vecteur d'une impérativité de source européenne.

---

<sup>1065</sup> Nous savons que l'éviction correspond au « *fait pour le possesseur d'une chose vendue d'en être dépouillée pour une cause juridique antérieure à la vente, soit en tout soit en partie, sauf son recours contre le vendeur dont il croyait avoir acquis la chose et qui doit la garantir de cette privation* » (G. CORNU *Vocabulaire Juridique*, 8<sup>e</sup> éd., PUF, 2007, p. 355).

<sup>1066</sup> Le terme « *évincer* » est intéressant car il est chargé de sens dans le cadre de l'étude de la raréfaction de l'ordre public international. En effet, ce terme est issu du latin *evictio*, (*evincere*) qui signifie « *vaincre* » (*Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2011, p. 359). Par conséquent, l'éviction de l'ordre public international du for, si elle est avérée, ne signifierait-elle pas dans un sens que ce dernier est « *vaincu* » ?



453. « **Absorption** ». Le terme « *absorption* » renvoie quant à lui à l’action d’absorber, c’est-à-dire de « *laisser pénétrer et retenir [quelque chose] dans sa substance* »<sup>1067</sup>. Cette action permet de faire disparaître une chose en procédant à son incorporation<sup>1068</sup>. Une fois encore, l’hypothèse retenue est de considérer que l’ordre public international du for subit une absorption par l’ordre public de l’Union européenne ou l’ordre public européen.

454. « **Substitution** ». Enfin, le terme de « *substitution* » renvoie à l’action de « *substituer* », c’est-à-dire « *remplacer par [quelque chose du même genre] pour faire jouer le même rôle* »<sup>1069</sup>. Dans le cadre de notre étude, la substitution de l’ordre public international du for par un autre ordre public est lourde de sens. Elle impliquerait un remplacement de l’ordre public international par un autre mécanisme. Elle conduirait donc à penser que ce mécanisme puisse assurer la fonction de l’ordre public international à la place de ce dernier.

## B) Les précisions doctrinales quant aux termes utilisés

455. Nombreux sont les auteurs à avoir utilisé les termes « *éviction* »<sup>1070</sup>, « *substitution* »<sup>1071</sup> ou « *absorption* »<sup>1072</sup> pour faire référence à la prépondérance de l’ordre public européen ou l’ordre public de l’Union européenne sur l’ordre public international du for. Cependant, comme l’a suggérée une partie de la doctrine, ces termes peuvent faire l’objet de deux interprétations différentes. La première est de considérer que l’ordre public international du for serait évincé, absorbé ou substitué par un ordre public qui aurait toutes les caractéristiques d’un mécanisme autonome ou distinct. La deuxième serait plutôt de considérer qu’au sein même de l’ordre public international du for, il n’existerait plus qu’un ordre public de source européenne, de sorte que l’ensemble des valeurs et des principes de l’ordre public international serait

<sup>1067</sup> *Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 4.

<sup>1068</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1069</sup> *Ibid*, p. 688.

<sup>1070</sup> Par ex : P. HAMMJE, « L’ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 77 ; Cf. également : T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 2017, pp. 119-120, n° 184. L’auteur évoque ainsi l’hypothèse d’une loi nationale évinçant telle ou telle loi étrangère, par exemple en matière d’adoption ou de maternité de substitution et étant elle-même considérée par la suite comme attentatoire à la Convention européenne des droits de l’homme.

<sup>1071</sup> Par ex : P. KINSCH, « Les contours d’un ordre public européen : l’apport de la Convention européenne des droits de l’homme », *op. cit.*, pp. 147-157 ; H.-P. MEIDANIS, « Public policy and “ordre public” in the private international law of the EC/EU : Traditionnal positions of the Members States and modern trends », *European Law Review*, vol. 30, n° 1, 2005, pp. 95-110, spé., p. 110.

<sup>1072</sup> Par ex : *JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], n° 49.

« *européanisé* », ce qui impliquerait donc la disparition des valeurs et principes nationaux. Certains auteurs ont montré avec force que la deuxième interprétation était la plus pertinente.

456. **Précisions sur « l'ordre public de l'Union européenne ».** S'agissant de « *l'ordre public communautaire ou de l'Union européenne* », ou même « *l'ordre public international de l'Union européenne* », les auteurs s'accordent à considérer que cet « *ordre public* » ne constitue pas un mécanisme « *spécifique* »<sup>1073</sup> ou un mécanisme autonome ou distinct. À cet égard, nous pouvons citer les travaux de P. HAMMJE et d'A. JEAUNEAU. Dans une étude consacrée à la défense des valeurs communautaires face aux États membres et aux États tiers, P. HAMMJE s'est interrogée sur l'évolution de l'ordre public international et la perte de son autonomie<sup>1074</sup>. L'auteur note deux lectures possibles. La première est de considérer qu'il y'aurait une modulation de l'ordre public international selon que l'on se situe face à un État membre ou à un État tiers<sup>1075</sup>. Ainsi, il n'y aurait qu'une « *une simple adaptation de l'ordre public international du for à la défense de l'ordre communautaire, sans que l'essence même du mécanisme ne s'en trouve modifiée* »<sup>1076</sup>. La seconde, en revanche, suggère que l'ordre public international « *ne serait plus le mécanisme de défense adapté, à même d'intégrer les valeurs communautaires, mais que ces dernières ne pourraient être sauvegardées que par le biais d'un ordre public communautaire autonome, mécanisme distinct* »<sup>1077</sup>. L'auteur souligne que l'émergence de ce mécanisme autonome n'a pas été consacrée<sup>1078</sup>.

457. Cette conclusion rejoint celle retenue par A. JEAUNEAU. Dans une démarche de comparaison entre les thèses moniste et pluraliste, cet auteur souligne que « *la positivité d'un ordre public européen autonome est [...] douteuse lorsqu'on conçoit ce dernier comme un contenant* »<sup>1079</sup>. La conclusion de cet auteur est alors sans équivoque : « *Ainsi, la thèse tendanciellement moniste, selon laquelle les valeurs européennes auraient vocation à être réalisées par le biais d'une exception d'ordre public international autonome ne se trouve pas*

---

<sup>1073</sup> JCl. *Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], n° 70. L'auteur souligne que « *la norme européenne dotée d'une impérativité internationale est intégrée dans l'ordre public international des États membres* ».

<sup>1074</sup> P. HAMMJE, « L'ordre public et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 77 et s.

<sup>1075</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>1076</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>1078</sup> *Ibid.* L'auteur souligne par exemple l'abandon de mentionner explicitement un « *ordre public communautaire* » dans le règlement dit « *Rome II* ».

<sup>1079</sup> A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 56, n° 44.

*vérifiée en droit positif*<sup>1080</sup>. Par conséquent, « *l’ordre public de l’Union européenne* » ou « *l’ordre public international de l’Union européenne* » ne peut désigner que la part d’impérativité de source européenne contenue dans l’ordre public international du for qui demeure le mécanisme national chargé de véhiculer les conceptions fondamentales de l’Union<sup>1081</sup>.

458. **Précisions sur « l’ordre public européen ».** S’agissant de l’ordre public européen, notamment en matière familiale, nous avons déjà évoqué les conclusions de P. KINSCH selon lesquelles cet « *ordre public* » pouvait avoir un « *sens fort* » et un « *sens faible* »<sup>1082</sup>. Pour rappel, l’ordre public européen peut avoir un « *sens fort* » en renvoyant à « *la création [...] d’un ordre public unifié, de défense de l’ordre juridique européen, qui s’imposerait aux États membres du Conseil de l’Europe* »<sup>1083</sup>. Au « *sens faible* », il s’agirait d’un « *ordre public de défense des droits de l’homme qui “s’inspire en l’occurrence” de la Convention européenne des droits de l’homme* »<sup>1084</sup> et qui ferait « *partie de l’ordre public national* »<sup>1085</sup>. Cependant, comme nous l’avons évoqué, l’auteur démontre que seul le « *sens faible* » de l’expression peut « *convenir parfaitement* »<sup>1086</sup>. Ainsi, en l’absence d’un ordre public européen pris au « *sens fort* », il ne peut y avoir de « *substitution* », d’« *éviction* », ou d’« *absorption* » de l’ordre public international du for.

459. **Hypothèse.** À la lumière de ces développements, nous pouvons donc conclure que les termes « *éviction* », « *substitution* » ou « *absorption* » de l’ordre public international par l’ordre public de l’Union européenne ou l’ordre public européen ne peuvent désigner que l’hypothèse d’une européanisation totale du contenu de l’ordre public international du for, faisant ainsi disparaître les valeurs ou principes purement nationaux. Par conséquent, il s’agirait d’une hégémonie de l’impérativité européenne sur l’impérativité purement nationale.

---

<sup>1080</sup> *Ibidem*, p. 61, n° 45.

<sup>1081</sup> Comme le précise J. GUILLAUMÉ : « *sauf disposition contraire, la notion d’ordre public du for, doit être comprise comme intégrant l’ordre public international de l’Union européenne* » (*JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], n° 72).

<sup>1082</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

<sup>1083</sup> P. KINSCH, « Les contours d’un ordre public européen : l’apport de la Convention européenne des droits de l’homme », *op. cit.*, p. 147.

<sup>1084</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>1085</sup> *Ibid.*

<sup>1086</sup> *Ibid.*

460. Ces précisions doctrinales sont essentielles pour la suite de nos développements, car elles nous permettent de nous focaliser sur le contenu de l'ordre public international pris comme élément de référence. Ainsi, nous pouvons évaluer les effets de la raréfaction de l'élaboration sur le contenu de l'ordre public international qui est chargé à la fois d'une impérativité européenne et d'une impérativité purement nationale. Nous pouvons donc mesurer la prépondérance croissante de l'impérativité européenne sur l'impérativité purement nationale au sein même de l'ordre public international.

## **Sous-section 2 : Les effets de la raréfaction de l'élaboration sur l'impérativité nationale et l'impérativité européenne**

461. La raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international pourrait aboutir à conférer à l'impérativité de source européenne un caractère hégémonique au détriment de l'impérativité de source nationale. Il convient donc de mesurer l'effet d'éviction, d'absorption ou de substitution<sup>1087</sup> de l'ordre public international du for par l'ordre public de l'Union européenne et l'ordre public européen. Cette approche pose donc la question plus profonde d'un nivellement de l'ordre public international du for vers un seul niveau, à savoir un ordre public de l'Union européenne (§1) ou un ordre public européen (§2).

### **§1. Le nivellement de l'ordre public international du for au niveau de « l'ordre public de l'Union européenne »**

462. Après avoir rappelé l'hypothèse du nivellement de l'ordre public international du for vers un ordre public de l'Union européenne (A), il convient d'évaluer la réalisation de cette hypothèse à l'aune des jurisprudences récentes (B).

---

<sup>1087</sup> Pour faciliter notre démarche, nous utiliserons de manière indifférenciée les termes « éviction », « substitution » ou « absorption ». En effet, si ces termes font référence à des réalités différentes, ils ont tous le mérite de représenter l'élément déterminant de notre étude, à savoir le caractère hégémonique de l'impérativité de source européenne au cœur même de l'ordre public international, qui est pourtant censé incarner la défense de valeurs et de principes nationaux.

**A) L'hypothèse d'un ordre public international devenu uniquement un « ordre public de l'Union européenne »**

463. **Exposé de l'hypothèse.** La question de l'absorption de l'ordre public international du for par l'ordre public de l'Union européenne a déjà été abordée par une partie de la doctrine. Cette question pourrait être posée en ces termes : « *l'ordre public du for, tel qu'il est réservé par la plupart des règlements communautaires récents intéressant le droit international privé [...] [peut-il] recevoir application sans qu'il en soit référé aux principes qui définissent un ordre public [...] qui lui est supérieur ?* »<sup>1088</sup>. Cette question a reçu majoritairement une réponse négative, les auteurs ayant insisté sur le maintien des conceptions particulières des États membres au sein de l'ordre public international ces dernières exprimant leur identité<sup>1089</sup>.

464. **Renouvellement de la pertinence de l'hypothèse.** Cette hypothèse de « *l'absorption* » de l'ordre public international du for par l'ordre public de l'Union européenne a cependant connu un regain d'intérêt suite aux décisions déjà évoquées rendues dans les affaires *Diageo Brands*<sup>1090</sup>, *Meroni*<sup>1091</sup> et *P c/ Q*<sup>1092</sup>. Pour rappel, la Cour de justice de l'Union européenne avait non seulement opéré un encadrement plus strict de la notion d'ordre public, mais elle avait également posé une condition d'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine<sup>1093</sup>.

465. Nous nous étions interrogés sur la question de savoir si l'ordre juridique de l'Union devenait le seul élément de référence<sup>1094</sup>, empêchant alors la défense de principes non européens. Il a été observé que ces jurisprudences pouvaient être considérées comme une des causes de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international<sup>1095</sup>. Ainsi, il convient désormais de prendre en compte l'une de ses conséquences potentielles, à savoir « *l'absorption* » de l'ordre public international du for par l'ordre public de l'Union européenne, Par conséquent, les développements qui suivent se focalisent sur le terrain de l'affaiblissement de l'impérativité de source nationale.

---

<sup>1088</sup> *JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], § 52.

<sup>1089</sup> Sur ce point : *Cf. JCl. Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-J. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN], § 52 ; H.-P. MEIDANIS, *préc.*, *European Law Review*, vol. 30, n° 1, 2005, p. 110.

<sup>1090</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, *préc.*

<sup>1091</sup> Arrêt, *Meroni*, *préc.*

<sup>1092</sup> Arrêt *P c/ Q*, *préc.*

<sup>1093</sup> Pour une mise en perspective détaillée de cette évolution jurisprudentielle, *Cf. supra*.

<sup>1094</sup> *Cf. supra*.

<sup>1095</sup> *Cf. supra*.

466. Comme nous l’avons déjà observé, le débat doctrinal avait pour centre de gravité l’utilisation par la Cour de justice de l’Union européenne d’une certaine formulation au sein des arrêts *Diageo Brands*<sup>1096</sup> et *Meroni*<sup>1097</sup> à savoir la : « *violation manifeste d’une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique de l’Union et donc*<sup>1098</sup> *dudit État membre* »<sup>1099</sup>. Cette formulation laisserait penser que seul l’ordre juridique de l’Union devrait être pris en compte pour la qualification d’une règle de droit considérée comme essentielle.

467. En toute logique, l’opposition doctrinale qui a été observée s’agissant de l’élément de référence se dessine sous les mêmes traits s’agissant de la question de l’absorption de l’ordre public international du for<sup>1100</sup>. En effet, si certains auteurs comme C. NOURISSAT, J. HEYMANN favorisent l’interprétation de « *l’absorption* » de l’ordre public international du for, d’autres auteurs, comme T. AZZI ou K. BIHANNIC demeurent plus sceptiques<sup>1101</sup>.

468. ***Absorption de l’ordre public international ?*** Pour faire état de cette opposition doctrinale, nous pouvons citer les propos de ces auteurs. C. NOURISSAT, en faveur de cette hypothèse de l’absorption de l’ordre public international du for, a fait évoluer son interprétation. À la lecture des arrêts *Diageo Brand*<sup>1102</sup>s et *P c/ Q*<sup>1103</sup>, l’auteur faisait état d’une certaine

---

<sup>1096</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, préc.

<sup>1097</sup> Arrêt, *Meroni*, préc.

<sup>1098</sup> *C’est nous qui soulignons*.

<sup>1099</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc., §50 ; Arrêt, *Meroni*, préc., §46.

<sup>1100</sup> Sur ce débat, Cf. *supra*.

<sup>1101</sup> Au soutien de cette « *absorption* » : Cf. J. HEYMANN, préc., *JDI* 2016, comm. 5, p. 168 et s. ; J.-S. QUÉGUINER, « Exception d’ordre public et épuisement des voies de recours au for d’origine », *JDI* 2016, chron. 10, pp. 1473-1481, spé., p. 1480 et s. ; C. NOURISSAT, « Jeu de l’exception d’ordre public en matière d’exécution transfrontière dans l’espace intra-européen : inversion ou perversion du contentieux après l’arrêt *Meroni* ? » (in) *Les crises de l’espace de liberté, sécurité, justice* (Dir. H. LABAYLE et J.-I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA), Instituto Vasco de Administración Pública, 2017, pp. 71-76, spé., p. 76 ; du même auteur : préc., *Procédures* 2015, comm. 297, p. 17 et s. ; préc., *Procédures* 2016, comm. 16, p. 28 ; *contra*. K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dactyl., op. cit., p. 291 et s. ; T. AZZI, préc., *Rev. crit. DIP* 2016, p. 372 et s.

<sup>1102</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, préc.

<sup>1103</sup> Arrêt *P c/ Q*, préc.

prudence<sup>1104</sup>. Cependant, en citant la jurisprudence *Meroni*<sup>1105</sup>, C. NOURISSAT s’est exprimé en ces termes : « [I]l est peu probable que puisse perdurer aux côtés de ce qui sera désormais l’ordre public international de l’Union européenne, un ordre public international de l’État membre ! »<sup>1106</sup>. L’auteur perçoit donc la réitération de la jurisprudence *Diageo Brands*<sup>1107</sup> dans l’arrêt *Meroni*<sup>1108</sup> une confirmation de l’hypothèse de l’absorption de l’ordre public international du for.

469. Les arguments en faveur d’une interprétation inverse ont été synthétisés par K. BIHANNIC. Premièrement, la Cour confirme que « *les conditions de recours à la clause de l’ordre public au sens de l’article 34, point 1, du règlement n° 44/2001* [ne sont pas modifiées] »<sup>1109</sup>. Deuxièmement, l’auteur souligne que « *la liaison opérée entre la valeur du principe dans l’ordre juridique de l’Union “et donc dans celui de l’État” n’est pas systématique* »<sup>1110</sup>. Ainsi, l’auteur cite la jurisprudence *P c/ Q*<sup>1111</sup> : « *une règle de droit considérée comme essentielle dans l’ordre juridique de l’État requis “ou”<sup>1112</sup> d’un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »<sup>1113</sup>.

470. Néanmoins, cette deuxième affirmation pourrait être relativisée. En effet, si la liaison opérée par la Cour entre l’ordre juridique de l’Union et celui de l’État membre n’est pas systématique, dans les arrêts *Diageo Brands*<sup>1114</sup> et *P c/ Q*<sup>1115</sup>, force est de constater que la Cour

---

<sup>1104</sup> En effet, dans le commentaire portant sur l’arrêt *Diageo Brands*, l’auteur s’exprime en ces termes : « [D]oit-on penser que la Cour va dans le sens d’une “absorption” par l’ordre juridique de l’Union européenne de l’ordre public de l’État membre ? Certainement pas, à notre sens, car le cas de figure visé par l’arrêt [...] est particulièrement détaillé [...] et pourra ainsi permettre, le cas échéant de limiter la portée réelle du “dit pour droit” » (C. NOURISSAT, *préc.*, *Procédures* 2015, comm. 297, p. 17). L’auteur réitère cette position explicitement dans le commentaire portant sur l’arrêt *P c/ Q* : « [D]oit-on penser que la Cour va dans le sens d’une “absorption” par l’ordre juridique de l’Union européenne de l’ordre public de l’État membre ? Tel ne devait pas, répétons-le, être le cas, ne serait-ce qu’en raison de l’incomplétude bien connue de cet ordre juridique de l’Union » (C. NOURISSAT, *préc.*, *Procédures* 2016, comm. 16, p. 28).

<sup>1105</sup> Arrêt, *Meroni*, *préc.*

<sup>1106</sup> C. NOURISSAT, « Jeu de l’exception d’ordre public en matière d’exécution transfrontière dans l’espace intra-européen : inversion ou perversion du contentieux après l’arrêt *Meroni* ? », *op. cit.*, p. 76.

<sup>1107</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, *préc.*

<sup>1108</sup> Arrêt, *Meroni*, *préc.*

<sup>1109</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 293, n° 664.

<sup>1110</sup> *Ibidem*, p. 293, n° 665.

<sup>1111</sup> Arrêt *P c/ Q*, *préc.*

<sup>1112</sup> *C’est nous qui soulignons.*

<sup>1113</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dactyl., *op. cit.*, p. 293, n° 665.

<sup>1114</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, *préc.*

<sup>1115</sup> Arrêt *P c/ Q*, *préc.*

a réitéré cette liaison dans l'arrêt *Meroni*<sup>1116</sup>. Les arrêts *Diageo Brands*<sup>1117</sup> et *Meroni*<sup>1118</sup>, à la différence de l'arrêt *P c/ Q*<sup>1119</sup>, concernaient tout deux le règlement (CE) n° 44/2001. Ainsi, nous pouvons considérer que la Cour a bel et bien confirmé cette liaison entre l'ordre juridique de l'Union et celui de l'État membre, du moins dans le champ d'application du règlement (CE) n° 44/2001. L'absorption de l'ordre public international pourrait donc être constatée dans le champ d'application de règlement.

471. Les arguments avancés par la doctrine nous empêchent d'approuver ou de rejeter définitivement l'hypothèse de l'absorption de l'ordre public international du for. Il est difficile de déterminer si les causes de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international ont pour effet la disparition de l'impérativité de source nationale. Cependant, une jurisprudence récente particulièrement commentée donne une nouvelle illustration de la potentielle disparition de l'impérativité de source nationale.

## B) La vérification de l'hypothèse

472. **Jurisprudence dite « Coman ».** Dans un arrêt « *Coman* »<sup>1120</sup> du 5 juin 2018, la Cour de justice devait répondre à une question nouvelle : un État membre refusant le mariage entre personnes de même sexe est-il tenu d'attribuer un titre de séjour au conjoint de son ressortissant,

---

<sup>1116</sup> Arrêt, *Meroni*, préc.

<sup>1117</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, préc.

<sup>1118</sup> Arrêt, *Meroni*, préc.

<sup>1119</sup> Arrêt *P c/ Q*, préc.

<sup>1120</sup> CJUE, 5 juin 2018, aff.C-673/16, Relu Adrian Coman *et autres* c/ Inspectoratul General pentru Imigrari. Ministerul Afacerilor Interne : D. 2018, 1674, note H. FULCHIRON et A. PANET ; AJF 2018, 404, note G. KESSLER ; RTD civ 2018, 858, obs L. USUNIER ; RTDE 2018, 673, obs. É. PATAUT. Dans cette affaire, M. COMAN, citoyen roumain et américain avait épousé en Belgique un citoyen américain. Le couple s'est ensuite installé en Roumanie et a entamé des démarches pour que l'époux de citoyen américain puisse obtenir un titre de séjour en qualité d'époux d'un citoyen européen. Après avoir considéré que le mariage célébré en Belgique n'était pas susceptible d'être reconnu en Roumanie, l'administration roumaine avait refusé d'accorder un droit de séjour à l'époux de nationalité américaine en sa qualité de membre de la famille d'un citoyen de l'Union européenne au titre de la directive 2004/38 CE. Il convient de souligner que le mariage de personnes de même sexe était explicitement refusé en Roumanie, cette dernière ayant introduit dans le Code civil une condition d'altérité sexuelle. Ainsi, l'article 277 du Code civil roumain interdit le mariage de personnes de même sexe et la reconnaissance des mariages homosexuels contractés à l'étranger. Le couple a contesté ce refus devant les juridictions roumaines en affirmant qu'il constituait une atteinte discriminatoire à la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne. De plus, le couple a contesté la constitutionnalité de l'article 277 du Code civil. La Cour constitutionnelle roumaine a porté l'affaire devant la CJUE afin de déterminer si la notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 CE s'appliquait à un ressortissant d'un État tiers de même sexe que le citoyen de l'Union européenne avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil. En cas de réponse positive, il était demandé à la Cour de déterminer si la directive et la Charte des droits fondamentaux exigeaient que l'État membre d'accueil accorde un droit de séjour de plus de trois mois au conjoint de même sexe.



lorsque ce dernier a contracté un mariage homosexuel dans un autre État membre admettant ce type d'union ? La Cour de justice a répondu par l'affirmative à la suite d'un raisonnement particulièrement critiqué<sup>1121</sup> en se fondant sur l'article 21 TFUE et non sur la directive 2004/38.

473. En effet, la directive 2004/38 CE n'était pas applicable à M. COMAN ni aux membres de sa famille étant donné qu'elle ne visait que les conditions d'entrée et de séjour des citoyens européens dans un État membre dont ils ne possèdent pas la nationalité. Cela n'a pas empêché la Cour de justice d'affirmer que « *même si, sur le plan formel, la juridiction de renvoi a limité ses questions à l'interprétation des dispositions de la directive 2004/38, une telle circonstance ne fait pas obstacle à ce que la Cour lui fournisse tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui peuvent être utiles au jugement de l'affaire dont elle est saisie, que cette juridiction y ait fait référence ou non dans l'énoncé de ses questions* »<sup>1122</sup>.

474. **Droit de séjour dérivé.** À défaut de pouvoir répondre à la question posée sur l'interprétation de la directive, comme il lui a été demandé, la Cour de justice s'est fondée directement sur l'article 21 TFUE pour reconnaître un droit de séjour dérivé au conjoint de même sexe ressortissant d'un État tiers. Comme la Cour de justice l'a affirmée elle-même :

*« lorsque, à l'occasion d'un séjour effectif du citoyen de l'Union dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, en vertu et dans le respect des conditions prévues par la directive 2004/38, une vie de famille s'est développée ou consolidée dans cet État membre, l'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE exige que la vie familiale que ce citoyen a menée dans ledit État membre puisse être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d'un État tiers »*<sup>1123</sup>.

---

<sup>1121</sup> Cf. par ex. : H. FULCHIRON et A. PANET, « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.* 2018, pp. 1674-1680.

<sup>1122</sup> Arrêt *Coman*, préc., §22.

<sup>1123</sup> Arrêt *Coman*, préc., §24.

475. En substance, la Cour de justice a considéré « *que le refus de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe, célébré dans un État membre au cours d'un séjour effectif, aux seules fins d'obtention d'un droit de séjour dérivé, porte atteinte à la liberté de circulation* »<sup>1124</sup>.

476. **Conformité à la Charte des droits fondamentaux.** Si cette décision soulève d'importantes questions notamment celles de la neutralisation de l'intervention de l'ordre public international<sup>1125</sup> ou la consécration de la méthode de la reconnaissance<sup>1126</sup>, un point essentiel peut d'ores et déjà être évoqué s'agissant de l'eupéanisation de l'ordre public international. En effet, la Cour de justice a affirmé « *qu'une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte dont la Cour assure le respect* »<sup>1127</sup>.

477. Comme le souligne G. KESSLER : « *Même si la notion d'exception d'ordre public international n'est pas directement évoquée, il est impossible de ne pas faire le lien* »<sup>1128</sup>. Selon cet auteur : « *Une conception européenne transversale de l'ordre public international se substitue à l'approche nationale qui prévalait jusque-là* »<sup>1129</sup>. Cette affirmation prend alors une signification particulière s'agissant du contenu de l'ordre public international. En effet, la Cour de justice a conditionné la justification d'une mesure nationale qui restreint la liberté de circulation des personnes à sa conformité aux droits fondamentaux garantis par la Charte<sup>1130</sup>. Par conséquent, en transposant cette affirmation à l'ordre public international, la Cour de justice a posé la nécessité de l'adéquation entre le contenu de l'ordre public international et la Charte des droits fondamentaux.

---

<sup>1124</sup> H. FULCHIRON et A. PANET, *préc.*, D. 2018, p. 1676.

<sup>1125</sup> Cf. *infra*

<sup>1126</sup> Cf. *infra*.

<sup>1127</sup> Point n° 47.

<sup>1128</sup> G. KESSLER, « La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen : un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne ? », *JDI* 2019, doct. 2, pp. 27-47, spé., p. 41. Dans le même sens : É. PATAUT, « Chronique Citoyenneté de l'UE – Intégration, ordres publics et mariage », *RTDE* 2018, pp. 673-678, spé., p. 676.

<sup>1129</sup> G. KESSLER, *préc.*, *JDI* 2019, doct. 2, p. 41.

<sup>1130</sup> Notons que sur ce point, « *la Cour renvoie à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle une relation de couple homosexuelle relève de la notion de vie privée et familiale au même titre qu'une relation entre couple de sexe opposé. L'interprétation parallèle de la Charte et de la Convention européenne des droits de l'homme impose donc que soit accordé un droit de séjour* » (É. PATAUT, *préc.*, *RTDE* 2018, pp. 673-678, spé., p. 677). Au soutien de l'absence d'autonomie d'interprétation par la Cour de justice de la Charte des droits fondamentaux : Cf. L. USUNIER, « Libre circulation des personnes et reconnaissance mutuelle des situations familiales », *RTD civ.* 2018, pp. 858-862, spé., p. 862.

478. **Hégémonie de la Charte des droits fondamentaux.** Si cette exigence peut s'avérer nécessaire, elle conduit indirectement à circonscrire le contenu de l'ordre public international à la seule Charte des droits fondamentaux. Ainsi, il serait possible de considérer que la Charte des droits fondamentaux devient le seul cadre de référence possible pour un État membre désirant opposer une mesure nationale qui pourrait constituer une entrave à la libre circulation des personnes. Pour G. KESSLER, cette décision « *pourrait sonner le glas de la conception nationale de l'exception d'ordre public qui prévalait jusqu'alors en droit international privé de la famille* »<sup>1131</sup>.

479. Dans l'hypothèse où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ferait partie intégrante de « *l'ordre public de l'Union européenne* », et que cet ordre public soit contenu au sein de l'ordre public international du for, force de constater que cet « *ordre public de l'Union européenne* » pourrait devenir prépondérant au sein de l'ordre public international du for<sup>1132</sup>. L'impérativité de source européenne, contenu dans l'ordre public de l'Union européenne, devient hégémonique au détriment de l'impérativité de source exclusivement nationale. La raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international s'illustre tout particulièrement au travers de la jurisprudence *Coman*<sup>1133</sup> qui tend à réduire considérablement le caractère national du contenu de l'ordre public international.

480. L'ensemble de ces développements nous permettra ultérieurement de constater la perturbation de l'intervention de l'ordre public international. Il convient dès lors d'étudier l'hypothèse du nivellement de l'ordre public international du for au niveau de « *l'ordre public européen* ».

## **§2. Le nivellement de l'ordre public international du for au niveau d'un « *ordre public européen* »**

481. L'hypothèse de la « *substitution* » ou de « *l'absorption* » de l'ordre public international du for sur le fondement d'un autre « *ordre public* » trouve une illustration supplémentaire dans

---

<sup>1131</sup> G. KESSLER, *préc.*, *JDI* 2019, doct. 2, p. 28.

<sup>1132</sup> Sur l'incorporation de la Charte des droits fondamentaux dans l'ordre public international de l'État membre par la Cour de justice de l'Union européenne, *Cf. supra*.

<sup>1133</sup> Arrêt *Coman*, *préc.*

le contexte du Conseil de l'Europe. Il convient par conséquent d'envisager l'hypothèse du nivellement l'ordre public international du for au niveau de « *l'ordre public européen* » (A) avant de vérifier cette hypothèse (B).

**A) L'hypothèse de l'ordre public international devenu uniquement un « *ordre public européen* »**

482. Les développements précédents, concernant le nivellement de l'ordre public international de l'ordre public international du for au niveau de l'ordre public de l'Union européenne, ont permis de montrer l'expansion progressive de l'impérativité européenne. Cette tendance peut également être observée, toujours au sein même de l'ordre public international, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme.

483. Nous savons que le système de l'Union européenne présente des divergences fondamentales avec celui du Conseil de l'Europe, le premier étant beaucoup plus abouti que le second, ne serait-ce qu'en raison de l'existence du principe de primauté et d'effet direct. Cependant, nous avons observé que la Convention européenne des droits de l'homme continue d'alimenter massivement l'ordre public international du for, à tel point que l'hypothèse de la disparition des spécificités nationales est la source de nombreuses inquiétudes légitimes. Si le contexte présente des divergences avec celui de l'Union européenne, l'hypothèse la plus probable est de considérer que l'ordre public international du for peut être évincé par « *l'ordre public européen* ».

484. En étudiant les apports de Convention européenne des droits de l'homme dans la construction d'un « *ordre public européen* », P. KINSCH a mis en perspective l'hypothèse de la « *substitution* » de l'ordre public européen à l'ordre public national<sup>1134</sup>. Nous avons déjà évoqué les développements s'agissant de la référence à l'ordre public européen, qui pouvait avoir un « *sens fort* » et un « *sens faible* »<sup>1135</sup>, et que seul ce dernier pouvait être envisagé<sup>1136</sup>. L'auteur avait présenté la problématique de la façon suivante : « *Subsiste-t-il en matière familiale un ordre public strictement national, qui ne s'inspire "pas" de la Convention*

---

<sup>1134</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 157.

<sup>1135</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

<sup>1136</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

*européenne ?* »<sup>1137</sup>. L'auteur tente de répondre à cette problématique, ce qui nous permet de vérifier l'hypothèse d'un nivellement de l'ordre public international du for au niveau d'un seul ordre public européen.

## **B) La vérification de l'hypothèse**

485. Comme nous l'avons déjà évoqué brièvement, la réponse à cette question nécessite de mettre en parallèle l'édification des deux ordres publics supranationaux. En effet, le nivellement de l'ordre public international du for vers un ordre public exclusivement « *européen* », pris dans le sens d'un ordre public de l'Union européenne, n'est pas totalement exclu. C'est en ce sens que se prononce P. KINSCH, notamment en raison de la place considérable conférée à la Charte des droits fondamentaux<sup>1138</sup>. Cependant, l'auteur rejette cette hypothèse s'agissant de l'ordre public européen inspiré par la Convention européenne des droits de l'homme.

486. Pour justifier cette solution, l'auteur prend en compte les différences fondamentales existantes entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe d'un point de vue juridique et politique. D'une part, « *contrairement à l'Union européenne, le Conseil de l'Europe est une organisation internationale comme les autres et la Convention européenne des droits de l'homme fait simplement partie de l'ordre juridique international* »<sup>1139</sup>. D'autre part : « *le Conseil de l'Europe [...] est une entité dépourvue de tout projet fédéralise, quasi fédéraliste ou confédéraliste* »<sup>1140</sup>.

487. Pour P. KINSCH, « *[i]l existe encore, et il subsistera dans le futur, des droits fondamentaux définis par le droit national* »<sup>1141</sup>. De plus, « *un ordre public qui ne dépend pas des droits fondamentaux, un ordre public de défense du modèle familial national, peut se maintenir même face au droit de la reconnaissance de situations personnelles ou familiales qui découle de l'article 8 de la Convention* »<sup>1142</sup>. Ces propos, tenus avant l'avènement de la

---

<sup>1137</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 157.

<sup>1138</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>1139</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>1140</sup> *Ibid.*

<sup>1141</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>1142</sup> *Ibid.*

jurisprudence *Labassée*<sup>1143</sup> et *Menesson*<sup>1144</sup>, doivent être soulignés. En effet, ils nous permettront de prendre la mesure de l'évolution considérable des solutions retenues par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de cassation en matière de reconnaissance des situations familiales. Ils permettront également de relativiser le maintien de l'intervention de l'ordre public international face aux situations familiales créées à l'étranger.

488. En définitive, l'auteur considère que l'évolution de l'ordre public international du for vers un ordre public exclusivement européen « *semble exclue en ce qui concerne l'ordre public inspiré de la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'est quant à elle pas l'armature juridique d'un projet politique d'unification européenne* »<sup>1145</sup>. Ainsi, contrairement au phénomène de « *substitution* » de l'ordre public international du for qui semble probable en droit de l'Union européenne<sup>1146</sup>, ce phénomène semble avoir peu de chance de se manifester dans le contexte du Conseil de l'Europe.

489. Dès lors, il est difficile de considérer qu'il existe un nivellement total de l'ordre public international du for au niveau de l'ordre public européen. Néanmoins, nous observerons ultérieurement que la jurisprudence actuelle tend à relativiser profondément la portée de l'impérativité nationale face aux situations créées à l'étranger qui se trouveraient protégées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

<sup>1143</sup> Sur cette jurisprudence, *Cf. infra*.

<sup>1144</sup> Sur cette jurisprudence, *Cf. infra*.

<sup>1145</sup> P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme » (in) *Vers un statut européen de la famille*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>1146</sup> *Cf. supra*.



## CONCLUSION DU CHAPITRE

490. Les développements précédents nous ont permis de mettre en lumière les effets de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. La mise en perspective de ces effets a été réalisée en suivant la chronologie du processus d'élaboration, puis en analysant l'objet de l'élaboration en lui-même, à savoir l'élément de référence qui n'est autre que le contenu de l'ordre public international. Cette dernière analyse nous a permis de prendre en compte les effets de la raréfaction de l'élaboration sur l'impérativité de source nationale.

491. Cette mise en perspective des effets de la raréfaction de l'élaboration nous permet d'établir un premier bilan qui sera utile pour le reste de nos développements. Nous assistons actuellement à une modification profonde du processus d'élaboration de l'ordre public international qui emporte corrélativement des conséquences importantes sur l'objet de l'élaboration.

492. La place grandissante conférée aux sources européennes et à l'impérativité de source européenne au sein même de l'ordre public international du for tend à bouleverser l'équilibre instauré entre la défense des particularités nationales et les objectifs supranationaux. Ce déséquilibre s'accroît progressivement au fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

493. S'agissant tout particulièrement de l'équilibre instauré entre la défense des particularités nationales et la réalisation des objectifs de l'Union européenne quant à la protection des droits fondamentaux, il n'est pas exclu que l'ordre public international du for prenne totalement les contours d'un ordre public de l'Union européenne.





## CONCLUSION DU TITRE

494. Nous arrivons à l'issue de la démonstration du processus de raréfaction de l'ordre public international. Cette démonstration avait pour point de départ la mise en perspective des différents facteurs, exogènes et endogènes, qui conduisent directement ou indirectement à la raréfaction de l'élaboration. Ces facteurs sont variés, mais l'on peut noter l'influence déterminante des systèmes européens et notamment de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne et celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

495. Les conséquences de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international sont importantes. Elles concernent à la fois le processus d'élaboration et l'objet de l'élaboration. Nous avons observé un mouvement d'absorption de l'ordre public international du for, mais ce mouvement est beaucoup plus abouti dans le contexte de l'Union européenne que dans celui du Conseil de l'Europe.



## CONCLUSION DE PARTIE

496. La première étape de notre étude consistant à démontrer l'existence d'un processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international arrive à son terme.

497. Nous avons tout d'abord mis en perspective le processus d'élaboration de l'ordre public international en lui-même. Ce processus d'élaboration se décrit comme une succession d'étapes opérée par le juge étatique dans le but de façonner l'élément de référence. L'utilisation du terme « *élaboration* » est justifiée, car ce dernier permet de révéler deux dimensions du processus de façonnement de l'élément de référence : la dimension « *substantielle* » et la « *dimension structurelle* ». Tandis que « *l'élaboration substantielle* » concerne le processus d'essentialisation de la valeur ou du principe concerné, « *l'élaboration structurelle* » se concentre sur la hiérarchie de ces valeurs et de ces principes, certains étant dotés d'une « *super-impérativité* ». Ainsi, la structure de l'ordre public international fait apparaître un « *noyau dur* » composé des principes essentiels du droit français.

498. Par la suite, il a été nécessaire de révéler le processus de raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. Ce processus de raréfaction est le résultat d'une succession de causes diverses. Ainsi, nous avons tenté de révéler l'ensemble de ces causes, qu'elles soient directes ou indirectes. La mise en perspective de l'ensemble de ces causes permet de faire la lumière sur la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. Ainsi, nous avons observé que le processus par lequel le juge du for façonne l'élément de référence de l'ordre public international se fait de plus en plus rare notamment en raison de l'accroissement des limites dans lequel il se retrouve enserré.

499. Enfin, afin d'être le plus exhaustif possible, nous avons porté une attention particulière aux effets de la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international. La raréfaction de l'élaboration a des effets importants à la fois sur le processus d'élaboration en lui-même et l'objet de l'élaboration, qui n'est autre que le contenu de l'ordre public international.

500. Ces développements nous permettent d'aborder la seconde étape de notre étude, à savoir la raréfaction de l'*intervention* de l'ordre public international.



## **PARTIE 2 : LA RARÉFACTION DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

501. Dans le cadre de la deuxième phase de notre étude, il convient de mettre en perspective la *raréfaction de l'intervention de l'ordre public international*. En toute logique, cette intervention correspond à la mise en œuvre de ce mécanisme par le juge du for pour faire obstacle aux normes étrangères et dans le but ultime de protéger l'ordre juridique du for. La démonstration de ce processus de raréfaction nécessite d'apporter des précisions méthodologiques.

502. Premièrement, les différents facteurs qui contribuent à la raréfaction de *l'élaboration* de l'ordre public international peuvent également avoir un effet sur la raréfaction de *l'intervention* de l'ordre public international. À cet égard, la montée en puissance de l'individualisme et la protection accrue des intérêts privés sont des facteurs qui doivent être soulignés. Deuxièmement, l'étude de l'intervention de l'ordre public international doit prendre en considération deux sujets : *les modalités de l'intervention* de l'ordre public international et son *intervention en elle-même*.

503. Nous devons tout d'abord constater la raréfaction des différentes modalités de mise en œuvre de l'ordre public international, notamment au contact des principes essentiels du droit français (TITRE 1), et nous devons par la suite prendre en considération la raréfaction de la mise en œuvre de l'ordre public international (TITRE 2).



## **TITRE 1 : LA RARÉFACTION DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

504. Les « *modalités de mise en œuvre* »<sup>1147</sup> de l'ordre public international sont bien connues. L'ordre public atténué, l'ordre public plein et l'ordre public de proximité permettent d'opérer une modulation de l'intervention de l'ordre public international en fonction de différents facteurs, comme le temps ou l'espace. Cette modulation permet également de conserver une certaine souplesse dans l'appréciation de la contrariété aux valeurs essentielles du for. Après avoir apprécié la contrariété de la solution consacrée par l'application de la norme étrangère à l'ordre public international, le juge du for doit opérer un choix entre l'ordre public plein, l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité.

505. L'objet de notre étude est de prendre en considération l'évolution actuelle de modalités de mise en œuvre de l'ordre public international. En effet, les solutions récentes proposées par la Cour de cassation et les mutations du droit international privé tendent à confirmer une raréfaction des modalités de mise en œuvre. Cette raréfaction procède tout d'abord par une restructuration de la dualité entre ordre public plein et ordre public atténué au contact des « *principes essentiels du droit français* ». Cette restructuration est une évolution majeure dans la mise en œuvre de l'ordre public international. Ensuite, nous observerons que le déclin de l'ordre public de proximité, largement observé en doctrine, a atteint un stade particulièrement avancé. Cette évolution interroge sur la pérennité de l'ordre public de proximité aux côtés de l'ordre public plein et de l'ordre public atténué.

506. La consécration récente des principes essentiels du droit français par la Cour de cassation laisse en suspens la question de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité et de l'ordre public atténué, ces deux modalités de mise en œuvre devant laisser place à l'ordre public plein (TITRE 1). Ce bouleversement des modalités de mise en œuvre se cumule avec la raréfaction progressive de l'ordre public de proximité, dont le déclin paraît irréversible (TITRE 2).

---

<sup>1147</sup> Sur l'utilisation de cette expression : K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dactyl., op. cit., p. 13, n° 3.





## CHAPITRE 1 : LE BOULEVERSEMENT DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE PAR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT FRANÇAIS

507. Nous avons précédemment observé que la Cour régulatrice avait consacré la notion de « *principes essentiels du droit français* »<sup>1148</sup>. Cette consécration révèle que la Cour régulatrice a choisi de conférer une super-impérativité à certains principes qui seraient de source purement nationale<sup>1149</sup>. L'émergence de cette super-impérativité, au regard de la source nationale du principe concerné, possède un caractère inédit. Cette consécration a suscité de nombreuses interrogations.

508. La première était de savoir ce que recouvrait exactement la notion de « *principes essentiels du droit français* ». Il a été observé qu'une approche fondamentale de classification de ces principes essentiels du droit français était particulièrement difficile<sup>1150</sup>. Ainsi, la prédétermination des critères permettant d'opérer la qualification d'un principe essentiel du droit français demeure délicate.

509. La seconde interrogation est également source de difficultés. En effet, la Cour régulatrice a affirmé qu'en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français, seule la mise en œuvre de l'ordre public plein est envisageable. Par conséquent, la question reste de savoir si, comme l'affirme la Cour régulatrice, l'hégémonie de l'ordre public plein est assurée en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français. Le but de notre étude est de mesurer le bouleversement des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international provoqué par les principes essentiels du droit français. Ainsi, il sera possible de déterminer si l'hégémonie de l'ordre public plein est effective en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français.

510. L'étude des différentes modalités de mise en œuvre de l'ordre public international (Section 1) est une étape indispensable à l'évaluation des bouleversements provoqués par les principes essentiels du droit français quant à l'intervention de ce mécanisme exceptionnel (Section 2).

---

<sup>1148</sup> Cf. *supra*.

<sup>1149</sup> Cf. *supra*.

<sup>1150</sup> Cf. *supra*.

## **Section 1 : L'étude des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international**

511. Il est acquis que les différentes modalités de mise en œuvre de l'ordre public international permettent de moduler l'intervention de ce mécanisme en fonctions des deux facteurs que sont le temps et l'espace. Cette modulation de l'intervention de l'ordre public international est classiquement exprimée au travers d'un « *diptyque* »<sup>1151</sup> composé de l'ordre public plein et l'ordre public atténué (Sous-section 1). Néanmoins, face aux limites de ce dualisme initial, l'intégration de l'ordre public de proximité a permis d'apporter une marge de manœuvre supplémentaire dans la mise en œuvre de l'ordre public international (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Le diptyque initial de « l'ordre public plein » et de « l'ordre public atténué »**

512. D'origine française<sup>1152</sup>, le « *diptyque* » initial de l'ordre public plein et de l'ordre public atténué procède d'une variation de l'intervention de l'ordre public international qui s'est imposé pendant plusieurs décennies (§1). Si le fondement de l'effet atténué s'est peu à peu dégagé, la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué a rapidement rencontré certaines limites (§2).

#### **§1. La distinction entre « ordre public plein » et « ordre public atténué »**

513. Le sens de la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué a été dégagé progressivement par la doctrine (A), et cette distinction s'est imposée grâce à l'intervention volontariste de la Cour de cassation (B).

##### **A) Le sens de la distinction entre « l'ordre public plein » et « l'ordre public atténué »**

514. **Ordre public plein et Ordre public atténué.** L'ordre public plein est traditionnellement considéré comme la modalité de mise en œuvre de l'ordre public international la plus

---

<sup>1151</sup> Sur l'utilisation de ce terme : R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p. 72, n° 9 ; L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 335, n° 125.

<sup>1152</sup> M. EKELMANS, « L'ordre public international et ses effets atténués » (in) *L'ordre public, Concept et applications*, Bruylant, 1995, pp. 285-303, spé., p. 287, n° 4. M. EKELMANS se fonde sur les travaux de M. GRAULICH qui a montré l'origine française de la théorie des effets atténués de l'ordre public international.

vigoureuse et la plus intransigeante. En effet, l'ordre public plein « *a pour seul objet de faire barrage à des solutions qui portent atteinte aux valeurs du for. Dans cette perspective de deux choses l'une : soit la solution dictée par la norme étrangère heurte ces valeurs et elle doit être écartée, soit elle ne les contrarie en rien et elle doit être maintenue* »<sup>1153</sup>. Si l'ordre public plein est considéré comme « *le parent pauvre de la littérature juridique* »<sup>1154</sup> au regard de sa facilité de mise en œuvre, il en est tout autrement de l'ordre public atténué. La théorie dite de « *l'ordre public atténué* » ou de « *l'effet atténué de l'ordre public international* » opère une « *distinction entre la création en France d'une situation juridique et l'effet en France d'une situation juridique créée à l'étranger* »<sup>1155</sup>. Selon cette théorie, dont la paternité reviendrait à A. PILLET<sup>1156</sup>, « *l'ordre public peut ne pas s'opposer à l'effet en France de situations créées à l'étranger alors qu'il s'opposerait à la création de ces situations en France* »<sup>1157</sup>.

515. **Sens de « l'ordre public atténué ».** Il convient de préciser le domaine de l'ordre public atténué en soulignant que ce dernier n'a pas un « *caractère général* »<sup>1158</sup>. En effet, l'application de « *l'effet atténué* » « *n'est ni systématique ni automatique* »<sup>1159</sup> : le juge peut parfaitement refuser de laisser produire en France les effets d'une situation créée à l'étranger au nom de l'ordre public international. C'est tout particulièrement ici que se révèle le caractère trompeur et inadapté de l'expression « *effet atténué* »<sup>1160</sup>. L'expression « *effet atténué* » laisserait supposer que l'ordre public international interviendrait de façon moins radicale, ou n'interviendrait tout simplement pas, face à une situation créée à l'étranger. Il n'y a, en réalité, pas de « *demi-mesure* »<sup>1161</sup> : « *ou bien l'ordre public produit son effet –l'éviction du droit*

<sup>1153</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 335, n° 129.

<sup>1154</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 334, n° 129 ; Cf. également du même auteur : *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, A. Pedone, p. 210.

<sup>1155</sup> P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public » (in) *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 (Dir. E. WYLER et A. PAPAUX), A. Pedone, 1997, pp. 87-110, spé., p. 88, n° 2.

<sup>1156</sup> A. PILLET serait le premier à avoir énoncé la théorie de l'ordre public atténué sous l'expression « *effet partiel* » de l'ordre public (M. EKELMANS, « L'ordre public international et ses effets atténués », *op. cit.*, p. 288, n° 6). Pour l'utilisation de l'expression « *effet partiel de l'ordre public* », Cf. par ex : A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI* 1925, t. 8, p. 524.

<sup>1157</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, p. 580, n° 361.

<sup>1158</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, p. 379, n° 398.

<sup>1159</sup> *Ibidem*.

<sup>1160</sup> Sur ce caractère « *trompeur* », Cf. N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 152 et s.

<sup>1161</sup> *Ibidem*, p. 152, n° 164.

*étranger – ou bien il ne le produit pas* »<sup>1162</sup>. Ainsi, « *l'ordre public n'est pas nul, il est en sommeil, susceptible de se réveiller si nécessaire* »<sup>1163</sup>. L'expression « *effet atténué* » signifie seulement que « *l'ordre public jouera de façon moins fréquente dans le cas d'une situation créée à l'étranger, qu'il est atténué non dans ses effets, mais quant à son seuil de tolérance à l'égard d'une solution étrangère contraire à celle du for* »<sup>1164</sup>.

516. Si « *l'effet atténué* » de l'ordre public intervient principalement lors du contrôle des décisions prononcées à l'étranger, il peut parfaitement intervenir « *dans le domaine du pur conflit de lois* »<sup>1165</sup> ou « *dans le cas où une situation se serait créée sans l'intervention décisionnelle d'une autorité* »<sup>1166</sup>. La distinction entre « *ordre public plein* » et « *ordre public atténué* » se fonde donc sur un double critère, à la fois spatial et temporel, et se matérialise par une diminution de la « *sensibilité* »<sup>1167</sup> de l'ordre public à l'égard des effets d'une situation créée à l'étranger. Pour H. BATIFFOL, l'atténuation de l'ordre public a un double intérêt : « *elle met l'accent sur ce que l'ordre public est plus ou moins intéressé suivant que l'intervention de la loi étrangère concerne de plus ou moins près la vie juridique française* »<sup>1168</sup> et cela permet « *de ne pas exagérer le rôle d'une notion contraire au jeu normal des règles du droit international* »<sup>1169</sup>.

517. « **Deux seuils de tolérance** ». Le sens de la distinction entre ordre public plein et ordre public atténué trouve une illustration particulièrement éclairante dans les travaux de D. BODEN. Cet auteur perçoit dans la distinction entre ordre public plein et ordre public atténué « *deux seuils de tolérance* »<sup>1170</sup>. Ainsi, il ne s'agit pas de déclencher ou non l'ordre public selon que la situation a été créée ou non à l'étranger : « *Non, il s'agit simplement d'affirmer qu'il y'a deux seuils de tolérance. Nous nous montrons plus tolérants lorsqu'il s'agit de donner chez nous effet à une situation qui s'est constituée à l'étranger et nous nous montrons*

<sup>1162</sup> G. LÉGIER, *préc.*, *RRJ* 1999, pp. 293- 311, spé., p. 304.

<sup>1163</sup> P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », *op. cit.*, p. 90, n° 4.

<sup>1164</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 153, n° 165.

<sup>1165</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 162, n° 276.

<sup>1166</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., 2017, p. 545, n° 459.

<sup>1167</sup> G. LÉGIER, *préc.*, *RRJ* 1999, pp. 293-311, spé., p. 294.

<sup>1168</sup> H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, p. 387, n° 368.

<sup>1169</sup> *Ibidem*.

<sup>1170</sup> Sur cette « *dualité de seuils de tolérance* » : Cf. D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 882-898, spé., pp. 887-889 ; Cf. Propos de l'auteur : « Débats », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, A. Pedone, pp. 233-241, spé., p. 238.

*moins tolérants lorsqu'il s'agit de constituer la situation chez nous* »<sup>1171</sup>. Selon cet auteur, ces deux seuils de tolérance conduisent donc à distinguer quatre hypothèses<sup>1172</sup>. D'un côté, « *la constitution d'une situation sur le territoire de l'État du for en application de la loi étrangère peut être déclarée soit tolérable*<sup>1173</sup> (première hypothèse), *soit intolérable*<sup>1174</sup> (deuxième hypothèse) »<sup>1175</sup>. D'un autre côté, « *les effets à accorder sur le territoire de l'État du for en application de la loi étrangère à une situation constituée sur le territoire d'un État étranger en conformité avec la loi de cet État, territoire étranger sur lequel elle a déjà produit ses*

---

<sup>1171</sup> D. BODEN, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, A. Pedone, p. 238. L'auteur poursuit en ces termes : « *Mais dans les deux cas, il y'aura de la tolérance et de l'intolérance et, par conséquent, il est parfaitement possible, lorsqu'il s'agit de constituer une situation chez nous en application d'une loi étrangère, de persister à se montrer tolérant et il est parfaitement possible, lorsqu'il s'agit d'accorder ou non des effets chez nous à une norme constituée à l'étranger, de se montrer intolérant* ».

<sup>1172</sup> D. BODEN, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, A. Pedone, p. 238.

<sup>1173</sup> Nous reprenons l'ensemble de la démonstration proposée par D. BODEN au regard de l'intérêt de ce développement pour la suite de notre étude. L'auteur illustre cette première hypothèse en prenant appui sur deux arrêts rendus par la Chambre criminelle (Cass. crim., 26 avril 1990, n° 88-84.586 ; Cass.crim., 16 juin 1993, n° 92-83.871). Dans cette hypothèse, un ressortissant suisse domicilié en Suisse conduit en France une voiture immatriculée en Suisse. Ce conducteur renverse un piéton de même nationalité qui est également domicilié en Suisse. La victime saisit le juge français pour voir appliquer la loi française. La Convention de La Haye, applicable au cas d'espèce, prévoit l'application de la loi suisse, cette dernière tenant compte de la faute contributive de la victime. Cependant, à la différence de la loi française, la loi suisse prend en compte la faute contributive de la victime pour le préjudice corporel. Ainsi, selon D. BODEN, « *le juge français appliquera la loi suisse sans déclencher son exception d'ordre public* » (D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP 2018*, p. 888, n° 13).

<sup>1174</sup> Pour cette seconde hypothèse, l'auteur s'inspire librement d'un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2010 portant sur les dommages et intérêts punitifs disproportionnés. Cet arrêt sera évoqué en détails ultérieurement (Cf. *infra*). Cependant, nous pouvons rappeler l'hypothèse de l'auteur. Cette hypothèse implique également un accident de circulation survenu en France. Cependant, le conducteur est un citoyen new-yorkais domicilié à New York qui conduit une voiture immatriculée à New York. Le piéton renversé est également new-yorkais et domicilié à New York. La victime saisit le juge français afin de voir appliquer la loi française. La convention de La Haye applicable prévoit l'application de la loi new-yorkaise qui permet d'obtenir des dommages punitifs d'un montant disproportionné par rapport au préjudice subi. Dans ce cas, le juge français « *déclarera la loi new-yorkaise contraire à l'ordre public français en tant qu'elle permet l'allocation de dommages punitifs d'un montant non proportionné au préjudice subi* » (D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP 2018*, p. 888, n° 13).

<sup>1175</sup> *Ibidem*.

*principaux effets, peuvent être déclarés soit tolérables*<sup>1176</sup> (troisième hypothèse), soit *intolérables*<sup>1177</sup> (quatrième hypothèse) »<sup>1178</sup>.

518. Il convient de rappeler que cette distinction entre « *ordre public plein* » et « *ordre public atténué* » a été progressivement adoptée par la Cour de cassation.

### **B) L’affirmation de la distinction entre « *l’ordre public plein* » et « *l’ordre public atténué* »**

519. **Contexte de cette distinction.** L’affirmation de la distinction entre ordre public plein et ordre public atténué s’est faite progressivement au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation. Tout d’abord, dans la décision *Buckley* du 28 février 1860<sup>1179</sup> la Cour de cassation décida que la loi française d’ordre public du 8 mai 1816 qui prohibe le divorce « *n’a pu vouloir et n’a voulu statuer que pour l’avenir et pour la France ; qu’elle n’a atteint, par sa disposition unique, ni les divorces antérieurement prononcés, ni les divorces prononcés régulièrement à l’étranger* »<sup>1180</sup>. Alors qu’une demande en divorce faite en France en application d’une loi étrangère est contraire à l’ordre public, ce dernier ne s’oppose pas aux effets en France d’un divorce prononcé à l’étranger à l’égard d’un étranger. Cette décision pourrait être considérée

---

<sup>1176</sup> Pour cette troisième hypothèse, l’auteur prend pour exemple la loi d’un pays qui autorise le mariage d’enfants non pubères. Deux enfants de ce pays se sont mariés sur le territoire de ce même pays. Les deux époux émigrent en France trente ans plus tard avant de se séparer, l’un des époux ayant déménagé dans un autre pays. L’époux qui est resté en France demande le divorce en application de la loi nationale commune des époux. En réponse, l’autre époux excipe de la nullité du mariage. Le mariage est valable selon la loi nationale commune des époux qui est désignée comme applicable en vertu des règles de droit international privé français. Cependant, « *la validité d’un mariage entre enfants non pubères ne révolue-t-elle pas la France ?* ». Selon l’auteur, la théorie de l’ordre public atténué permet d’écarter ce moyen (*Ibid.*).

<sup>1177</sup> Dans cette dernière hypothèse, l’auteur s’inspire « *très librement* » du célèbre arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui concernait un cas d’esclavage domestique (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593). Dans ce cas, la loi du pays Y autorise l’esclavage et des époux viennent passer des vacances en France avec leur esclave. Ce dernier parvient à s’échapper et saisit la justice française afin, notamment, d’obtenir des arriérés de salaires. Les époux auront beau prétendre que la relation juridique établie avec l’esclave est conforme à la loi du pays Y et que la loi française n’a aucun titre à s’appliquer à une telle relation contractuelle, les juges français n’hésiteront pas à considérer que la loi étrangère est contraire à l’ordre public international (*Ibid.*, pp. 888-889, n° 13).

<sup>1178</sup> *Ibid.*, p. 888, n° 13.

<sup>1179</sup> Cass. civ., 28 fév. 1860, [*Buckley c. Desfresne*] : S. 1860. 1. 210, DP 1860. 1. 57, GAJFDIP 2006, p. 30. Dans cette affaire, une femme de nationalité anglaise et un homme de nationalité hollandaise s’étaient mariés en Hollande. La femme avait acquis la nationalité hollandaise de son mari. Le divorce entre les deux époux a été prononcé par le Tribunal de La Haye en 1858 et a été transcrit sur les registres de l’état civil de cette ville. Désirant se remarier avec un homme de nationalité française en France, l’ex-épouse s’est vue refuser la célébration du mariage par l’officier de l’état civil français. En effet, la décision hollandaise ne pouvait produire en France son effet de restitution de la liberté matrimoniale, car la loi du 8 mai 1816 abolissant le divorce en France est d’ordre public et prohibe le remariage qui porterait atteinte à l’article 147 du Code civil qui interdit la bigamie.

<sup>1180</sup> Arrêt, *Buckley*, préc.

comme la première illustration de la réception de la théorie de l'effet atténué<sup>1181</sup>. La question de la reconnaissance des jugements allemands de paternité naturelle a permis à la Cour régulatrice de confirmer cette réception de la théorie de l'effet atténué dans deux arrêts de 1945<sup>1182</sup>. Dans ces deux décisions, la Cour de cassation a affirmé, en substance, que si l'ordre public français ne permet pas d'intenter en France une action en recherche d'une filiation naturelle, en dehors des cas prévus à l'article 340 du Code civil, ce même ordre public ne fait pas obstacle à ce qu'une déclaration judiciaire de paternité naturelle simple résultant régulièrement d'une décision étrangère, condamnant le père de l'enfant à lui verser une pension alimentaire, puisse obtenir l'exequatur en France<sup>1183</sup>. La Cour de cassation avait affirmé explicitement « *que les juges du fond [...] ne devaient plus considérer les exigences de l'ordre public français qu'au regard des effets non réalisés de la situation acquise à l'étranger* »<sup>1184</sup>.

520. **Confirmation de cette distinction.** Ce n'est qu'en 1953 dans le célèbre arrêt *Rivière*<sup>1185</sup> que la Cour régulatrice affirma « *que la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international* »

---

<sup>1181</sup> La portée de cette affirmation de l'effet atténué de l'ordre public doit être relativisée. Selon B. ANCEL et Y. LEQUETTE : « *Quoi qu'il soit peu probable que la Cour de cassation ait eu pleine conscience de faire jaillir l'étincelle, il est permis de considérer que l'arrêt "Buckley" éclaire les prémisses de la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public* » (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 36, n° 9). Ces mêmes auteurs se fondent sur les travaux de P. LAGARDE et H. BATIFFOL qui ont suggéré « *que cet arrêt n'avait sans doute pas à l'époque où il fut rendu la portée qu'on lui a ultérieurement attribuée* » (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 241, n° 11). Les auteurs s'accordent à considérer qu'il s'agit seulement des prémisses de l'apparition de l'effet atténué de l'ordre public. Par exemple, N. JOUBERT considère qu'il s'agit de « *la première manifestation d'une certaine idée de l'ordre public atténué* » (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 153, n° 166).

<sup>1182</sup> Cass. civ., 11 avr. 1945, [Bach] ; Cass. civ., 1<sup>er</sup> mai 1945, [Schabel] : *D.* 1945, 245, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; *S.* 1945, 1, 121, note H. BATIFFOL ; *JCP* 1945, II, 2985, note R. SAVATIER. Dans ces deux affaires aux faits quasiment identiques, un homme avait été condamné en Allemagne, en qualité de père naturel, à payer une pension alimentaire au profit de son enfant, selon les dispositions du Code civil allemand. La Cour d'appel de Colmar avait refusé de déclarer exécutoires les décisions allemandes étant donné que les dispositions du Code civil français quant à la preuve de la filiation naturelle étaient d'ordre public international et beaucoup plus restrictives que les dispositions du Code civil allemand.

<sup>1183</sup> La décision est alors rédigée ainsi : « *si l'ordre public français ne permet pas d'intenter devant les tribunaux français l'action en recherche d'une filiation paternelle naturelle en dehors des cas et des conditions limitativement prévus par l'article 340 du code civil, alors même que l'action en recherche est régie par la loi nationale étrangère de l'enfant demandeur, ledit ordre public ne met pas obstacle à ce qu'une déclaration judiciaire de paternité naturelle simple, résultant régulièrement d'une décision étrangère qui condamne le père de l'enfant, en cette qualité, à lui servir une pension alimentaire, jouisse en France de l'autorité de la chose jugée et obtienne l'exequatur d'un tribunal français* ».

<sup>1184</sup> Cass. civ., 11 avr. 1945, [Bach] ; Cass. civ., 1<sup>er</sup> mai 1945, [Schabel], *préc.*

<sup>1185</sup> Arrêt *Rivière*, *préc.*



*privé français* »<sup>1186</sup>. Si la Cour de cassation énonce ce principe « *de manière quasi-doctrinale* »<sup>1187</sup> dans l’arrêt *Rivière*, l’expression « *effet atténué* » ne fut adoptée par la Cour de cassation que quelques années plus tard dans l’arrêt *Munzer*<sup>1188</sup> du 7 janvier 1964<sup>1189</sup>. L’affirmation d’une telle distinction entre l’ordre public plein et l’ordre public atténué ne permet pas d’expliquer la raison pour laquelle l’ordre public international serait plus tolérant à l’égard des situations créées à l’étranger qui seraient amenées à produire des effets en France. L’étude des fondements de la distinction entre l’ordre public plein et l’ordre public atténué mérite donc une attention particulière.

## §2. Les fondements et les limites de la distinction entre « *ordre public plein* » et « *ordre public atténué* »

521. L’explication d’une telle distinction entre « *effet plein* » et « *effet atténué* » a fait l’objet de nombreux développements. Les fondements de l’ordre public atténué ont été variés et illustrent l’évolution de la perception de l’ordre public international en droit international privé (A). De plus, la distinction entre l’ordre public plein et l’ordre public atténué a rencontré certaines limites face à certaines institutions de droit étranger (B).

### A) La variation du fondement de « *l’effet atténué* » de l’ordre public

522. **Pluralité de fondements.** L’atténuation de l’ordre public international à l’égard d’une situation déjà créée à l’étranger a d’abord été justifiée par le caractère territorial des lois d’ordre public<sup>1190</sup>. Si un État pouvait appliquer territorialement les lois qu’il considérerait comme étant d’ordre public, il ne pouvait refuser l’application sur le territoire des autres États les lois considérées par ces mêmes États comme étant d’ordre public, au risque de ne pas respecter le principe de souveraineté<sup>1191</sup>.

---

<sup>1186</sup> Arrêt *Rivière*, *préc.*

<sup>1187</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 240, n° 11.

<sup>1188</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1964, [Munzer] : *Rev. crit. DIP* 1964, 344, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1964, 302, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note M. ANCEL ; *GAJFDIP*, n° 41.

<sup>1189</sup> H. BATIFFOL, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1967, p. 416, n° 367.

<sup>1190</sup> S’agissant de cette conception, nous pouvons renvoyer à nos développements précédents concernant les travaux de MANCINI et de PILLET (*Cf.* Introduction).

<sup>1191</sup> Comme le soulignent H. BATIFFOL et P. LAGARDE : « *Chaque État se devra donc d’appliquer les siennes sur son territoire et corrélativement, par respect pour la souveraineté des autres États, de ne pas remettre en question l’application sur le territoire des autres États de leurs lois d’ordre public* » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, p. 581, n° 361).

523. Deux autres explications à l'effet atténué de l'ordre public ont été proposées : « *la première explication est de nature empirique et se réfère au facteur espace-temps ; la seconde explication est de nature théorique et se rattache à la doctrine des droits acquis* »<sup>1192</sup>. Selon cette deuxième explication, l'atténuation de l'ordre public résiderait dans l'exigence ou la « *nécessité* » de respecter les droits acquis à l'étranger<sup>1193</sup>. La « *théorie des droits acquis* »<sup>1194</sup> pourrait être présentée de la façon suivante : « *toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays, faisant partie comme le premier de la communauté internationale* »<sup>1195</sup>.

524. **Théorie des droits acquis.** Si cette théorie a été défendue par certains auteurs, dont A. PILLET<sup>1196</sup>, elle n'a pas résisté aux sérieuses critiques de la doctrine qui refusait de la considérer comme indépendante, de la théorie des conflits de lois<sup>1197</sup>. La conception territoriale

<sup>1192</sup> M. EKELMANS, « L'ordre public international et ses effets atténués », *op. cit.*, p. 293, n° 14.

<sup>1193</sup> P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », *op. cit.*, p. 89, n° 3. Comme le précise également J.-M. JACQUET : « *Cependant, l'ordre public atténué, dans la mesure où il envisage surtout les conditions dans lesquelles une situation juridique a été créée, est tourné vers le passé et orienté vers le respect des droits acquis* ». (J.-M. JACQUET, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *RCADI* 2001, t. 292, p. 201).

<sup>1194</sup> Pour une présentation particulièrement exhaustive de la théorie des droits acquis : Cf. A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI* 1925, t. 8 ; H. BATIFFOL, *Le respect international des droits acquis*, IHEI, 1968-1969 ; Cf. également : H. MUIR-WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. DIP* 1986, pp. 425-455 ; É. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, pp. 71-114 ; A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux comité fr. DIP* 1993-1995, pp. 209-237.

<sup>1195</sup> A. PILLET, « La théorie générale des droits acquis », *RCADI* 1925, t.8, p.492.

<sup>1196</sup> A. PILLET avait introduit son étude consacrée à la théorie des droits acquis en prenant l'exemple d'un touriste qui perdrait la propriété de ses biens une fois passé la frontière du pays dans lequel il avait acquis cette propriété. Face à l'absurdité d'une telle situation, l'auteur insistait sur la nécessité d'un principe ou une règle de droit qui viendrait servir de base à cette propriété afin qu'elle ne disparaisse pas. L'auteur considérait donc le principe du respect des droits régulièrement acquis d'une « *importance extrême* » et poursuivait en ces termes : « *C'est un principe nouveau, non pas qu'on ne l'ait pas appliqué de tout temps, car la nécessité qu'il représente est sans réplique, mais parce qu'on l'appliquait d'instinct et sans lui donner de formule* » (*Ibidem*, p. 490).

<sup>1197</sup> La principale critique adressée à la théorie des droits acquis résidait dans son absence d'indépendance par rapport à la théorie des conflits de lois. En effet, il n'existerait pas de « droits acquis » sans une mise en œuvre préalable d'une règle de conflit de lois. Comme l'a montré avec force SAVIGNY, l'application systématique du droit local qui maintient les droits acquis « *n'est qu'une pétition de principe, car, pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition* » (F.-K. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 131). Cette première critique a été rappelée par É. BARTIN : « *Le respect international des droits acquis dont l'effet international est en cause suppose que les droits acquis sont des droits " légitimement acquis ", autrement dit, des droits acquis en conséquence et par application de la loi normalement compétente seulement. Il n'y a donc pas dans la règle du respect international des droits acquis un principe nouveau et original des solutions des conflits de lois, juxtaposé aux autres solutions qui, abstraction faite des questions de temps, constituent le système du conflit des lois* » (É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. 1, 1930, p. 195). Les critiques de la doctrine à l'égard de la théorie des droits acquis ont été particulièrement violentes comme en témoignent les propos de P. ARMINJON : « *La notion inconsistante, ambiguë et polymorphe des droits acquis n'est utilisable à aucun degré en droit international privé. Ceux qui l'ont mise en œuvre ne s'entendent pas sur sa définition, ils en déduisent des conséquences très différentes. Quels que soient le sens et la portée qu'on lui donne, on n'en peut tirer ni une*

de l'ordre public et la nécessité de respecter les droits acquis à l'étranger ne se sont pas exprimées avec la même vigueur dans la jurisprudence. En effet, si l'arrêt *Buckley*<sup>1198</sup> et les arrêts de 1945 cités précédemment reflètent l'influence de la conception territoriale de l'ordre public<sup>1199</sup>, cette conception semble avoir disparu dans la jurisprudence *Rivière*<sup>1200</sup>. Comme le souligne P. HAMMJE « *le fondement de l'effet atténué ne résiderait non plus dans le caractère territorial de certaines lois d'ordre public, mais principalement dans la nécessité de respecter les droits acquis valablement à l'étranger* »<sup>1201</sup>.

**525. Théorie des questions préalables.** La présentation des fondements de « l'effet atténué » de l'ordre public doit également prendre en compte la proposition doctrinale de P. LAGARDE. Selon cet auteur, le critère permettant d'opérer une distinction entre « effet atténué » de l'ordre public et « effet plein » de l'ordre public est à rechercher dans la distinction entre questions préalables et questions principales<sup>1202</sup>. La « théorie des questions préalables » est apparue au sein de la doctrine allemande sous la plume de G. MELCHIOR<sup>1203</sup> et de W. WENGLER<sup>1204</sup>. Elle fut ensuite présentée par la doctrine française par plusieurs auteurs<sup>1205</sup>, dont P. LAGARDE<sup>1206</sup>. Selon cette théorie : « *Lorsque la question principale est de la compétence*

---

*solution ni même une explication. En revanche, elle est faite pour égarer le juge et l'interprète dans une fausse direction. Prémisses imaginaires, conclusions fausses. Le respect des droits internationalement acquis est un de ces pseudo-principes, on dirait mieux une de ces pétitions de principe, que l'on présente comme la clef de toutes les difficultés et qui ne font que poser sous une forme obscure, souvent même décevante, le problème à résoudre » (P. ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI* 1933, t. 44, p. 103).*

<sup>1198</sup> Arrêt, *Buckley*, préc.

<sup>1199</sup> P. LAGARDE souligne que la définition de l'effet atténué qui a été donnée dans les jugements de 1945 « correspond à la conception de Mancini et de Pillet, bien analysée par Paul Graulich. Le respect de la souveraineté étrangère exige de ne pas remettre en question l'application qu'un État étranger a faite de ses lois d'ordre public » (P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française » : *Mélanges F. RIGAUX*, Bruylant, 1993, pp. 263-282, p. 267, n° 5).

<sup>1200</sup> P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », *op. cit.*, p. 89, n° 3.

<sup>1201</sup> *Ibidem*.

<sup>1202</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 81, n° 74 ; Cf. également : J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 285-302, spé., p. 299.

<sup>1203</sup> G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Walter de Gruyter & Co, 1932, pp. 245-265.

<sup>1204</sup> W. WENGLER, *Die Vorfrage im Kollisionrecht*, *RabelsZ* 1934, pp. 148-251 ; Pour une analyse rétrospective de l'auteur : Cf. W. WENGLER, « Nouvelles réflexions sur les "questions préalables" », *Rev. crit. DIP* 1966, pp. 165-215.

<sup>1205</sup> Pr ex : P. FRANCESCAKIS, « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ* 1958, pp. 466-497.

<sup>1206</sup> Cf. notamment : P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 73 et s. ; P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP* 1960, pp. 459-481. À l'appui de la présentation de cette théorie, P. LAGARDE prenait pour exemple un étranger domicilié dans un pays étranger et qui laissait en France une succession mobilière. Selon les règles de droit international privé français, la succession était soumise à la loi étrangère du domicile du défunt et l'auteur avait pour postulat que la loi accordait une vocation successorale aux enfants adoptifs. Si la succession était réclamée par un enfant adoptif du défunt, la question préalable de la validité de l'adoption se retrouvait liée à la question principale de dévolution

*d'une loi donnée, il faut suivre les règles de conflit de cette loi pour résoudre la question préalable* »<sup>1207</sup>. Partant de cette distinction, P. LAGARDE en avait déduit la conclusion suivante : « *lorsqu'un juge saisi d'une situation de droit international privé, est amené à appliquer une loi étrangère à une question préalable à celle qu'il doit principalement trancher, il ne peut écarter cette loi au nom de l'ordre public que si la solution de la question principale avait été attribuée à la loi interne du for par le droit international privé du for* »<sup>1208</sup>. En dépit de l'aspect novateur d'une telle proposition doctrinale, cette dernière a été rejetée par la jurisprudence<sup>1209</sup> et par certains auteurs qui ont souligné que la distinction entre question préalable et question principale était indifférente à l'atténuation de l'ordre public<sup>1210</sup>. Notons également que si la Cour régulatrice a rejeté la théorie des questions préalables<sup>1211</sup>, cette dernière pourrait connaître un regain d'intérêt dans le contexte de l'Union européenne<sup>1212</sup>.

## B) Les limites de la distinction entre « effet plein » et « effet atténué » de l'ordre public

526. Si « l'effet atténué » de l'ordre public offre une certaine souplesse dans la mise en œuvre de ce mécanisme, il a rapidement été confronté à plusieurs limites importantes. Deux principales critiques ont été formulées à l'encontre de « l'effet atténué » de l'ordre public : sa trop grande « rigidité » et son caractère « inadapté » au monde actuel.

---

successorale. P. LAGARDE posait ensuite la question suivante « *Pour la résoudre, le juge français devra-t-il interroger à nouveau la règle de conflit française pour savoir quelle loi matérielle appliquer à l'adoption ? Devra-t-il au contraire demander la désignation de cette loi matérielle à la règle de conflit de l'État étranger dont la loi matérielle est déjà applicable à la question principale de dévolution successorale ?* » (P. LAGARDE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 460).

<sup>1207</sup> J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *op. cit.*, p. 299.

<sup>1208</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 81, n° 74 ; J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *op. cit.*, p. 299.

<sup>1209</sup> J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *op. cit.*, p. 299.

<sup>1210</sup> Pour une illustration de l'indifférence de cette distinction entre question préalable et question principale concernant l'atténuation de l'ordre public, Cf. par ex : F. RIGAUX, *Droit international privé*, Larquier, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 353, n° 519.

<sup>1211</sup> Comme le rappelle A. SINAY-CYTERMANN, la théorie des questions préalables a été rejetée par la Cour de cassation dans les célèbres arrêts *Beneddouche* et *Djenangi* (A. SINAY-CYTERMANN, « Présentation des facteurs de perturbation affectant la règle de conflit (lois de police, questions préalables, renvoi) » (in) *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois* (Dir. T. AZZI et O. BOSKOVIC), Bruylant, 2015, pp. 83-89, spé., p. 86.

<sup>1212</sup> Sur la question : Cf. A. SINAY-CYTERMANN, « Présentation des facteurs de perturbation affectant la règle de conflit (lois de police, questions préalables, renvoi) », *op. cit.*, p.86 ; S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Travaux comité fr. DIP* 2011-2012, pp. 189-222 ; S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Les questions préalables » (in) *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois* (Dir. T. AZZI et O. BOSKOVIC), Bruylant, 2015, pp. 123-138, spé., p. 133 et s.

527. **Rigidité de « l'effet atténué ».** La critique relative à la « rigidité » de « l'effet atténué » de l'ordre public trouve une illustration pertinente dans les travaux de N. JOUBERT pour qui « la théorie de l'effet atténué repose [...] sur un vice congénital qui est la prise en compte rigide d'une certaine connexion ou d'une absence de connexion avec le for »<sup>1213</sup>. L'auteur souligne que cette rigidité dans la détermination des liens que le litige entretient avec le for rend difficile l'appréciation concrète de la contrariété à l'ordre public. En effet, une situation peut parfaitement être créée à l'étranger alors que litige entretient des liens étroits avec le for. Comme le souligne également P. GANNAGÉ, l'effet atténué de l'ordre public consacre « implicitement l'idée qu'un acte se localisait nécessairement par son lieu de création »<sup>1214</sup> alors que « le lieu de conclusion est très souvent accidentel, fortuit, artificiellement ou frauduleusement choisi par rapport à d'autres éléments de rattachement qui peuvent être plus significatifs »<sup>1215</sup>. Ainsi, « cette prétendue variabilité de l'ordre public dans l'espace est critiquable pour son manque de nuances : nulle gradation là-dedans, mais un passage du tout au rien, une véritable hésitation entre l'éviction complète et la pleine validité »<sup>1216</sup>.

528. **Caractère inadapté de « l'effet atténué ».** S'agissant de la critique relative au caractère « inadapté » de « l'effet atténué » de l'ordre public au monde actuel, de nombreux auteurs ont insisté sur la facilité avec laquelle il est possible pour un français de se rendre à l'étranger pour créer une situation juridique afin d'en réclamer la reconnaissance des effets en France. Comme l'ont souligné B. ANCEL et Y. LEQUETTE : « La corrélation espace-temps sur laquelle repose la théorie de l'effet atténué de l'ordre (public) a, en effet, perdu une part de sa pertinence en raison de la facilité actuelle des déplacements et de la quasi-ubiquité qu'elle confère aux individus »<sup>1217</sup>. Ainsi, « l'ordre public atténué engendre l'effet pervers de protéger la partie qui exploite la divergence des régimes de conflit de lois »<sup>1218</sup>. Ainsi, cette « quasi-ubiquité »<sup>1219</sup> accroît la difficulté de reconnaître les effets des institutions inconnues du for. En

---

<sup>1213</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 157, n° 169.

<sup>1214</sup> P. GANNAGÉ, « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille » : *Mélanges L. BOYER*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 209-219, spé., p. 213.

<sup>1215</sup> *Ibidem*.

<sup>1216</sup> R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p. 72, n° 9.

<sup>1217</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 243.

<sup>1218</sup> A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p. 49, n° 24.

<sup>1219</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 243.

effet, si l'ordre public s'est développé «*face à des situations émanant de pays proches*»<sup>1220</sup>, il a ensuite été utilisé «*face à des situations émanant de pays plus éloignés, tant géographiquement que culturellement*»<sup>1221</sup>. C'est face aux situations émanant d'États musulmans que les faiblesses de la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué se sont révélées avec la plus grande clarté<sup>1222</sup>. Ainsi, «*une véritable entreprise de désactivation*»<sup>1223</sup> de l'ordre public atténué est apparue, comme l'illustre parfaitement le «*voyage de la répudiation*»<sup>1224</sup>, situation dans laquelle le mari effectue un aller-retour rapide dans son pays pour répudier sa femme et demander le bénéfice des effets de la répudiation en France<sup>1225</sup>.

529. Face aux faiblesses du dualisme initial, la Cour régulatrice s'est rapidement orientée vers la prise en compte des liens existants avec le for pour justifier l'intervention de l'ordre public international.

## **Sous-section 2 : La modification du dualisme initial par l'émergence de « l'ordre public de proximité »**

530. L'intégration de la théorie allemande dite de l'*Inlandsbeziehung* en droit international privé français a permis de parfaire la modulation de l'intervention de l'ordre public international (§1), mais cette intégration ne s'est pas faite sans difficulté et la nécessité de rénover ce mécanisme s'est rapidement manifestée (§2).

### **§1. L'intégration de l'*Inlandsbeziehung* en droit international privé français**

531. Si l'intégration de la théorie de « l'*Inlandsbeziehung* » a permis de rendre plus efficace la défense des valeurs du for (A), elle a été source de perturbation pour le mécanisme classique de l'ordre public international (B).

---

<sup>1220</sup> P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », *op. cit.*, p. 94, n° 11.

<sup>1221</sup> *Ibidem*.

<sup>1222</sup> Pour une présentation des insuffisances de de l'effet atténué de l'ordre public : P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », *op. cit.*, p. 91 et s. ; P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *op. cit.*, pp. 263-282.

<sup>1223</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 333, n° 139.

<sup>1224</sup> *Ibidem*.

<sup>1225</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 343, n° 139 ; Cf. également L. GANNAGÉ, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, pp. 205-225.

## A) La recherche de l'« *Inlandsbeziehung* » au soutien de l'ordre public international français

532. *Origine de l'Inlandsbeziehung*. La paternité de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* est discutée. Elle est attribuée à F. KAHN<sup>1226</sup> par certains auteurs<sup>1227</sup>, ou E. ZITELMANN<sup>1228</sup>, par d'autres<sup>1229</sup>. Parmi ces derniers, D. BODEN considère que cette théorie « *serait née d'une confusion* »<sup>1230</sup> et même « *d'un malentendu* »<sup>1231</sup>. Avec pour point de départ l'idée selon laquelle l'exception d'ordre public (*Vorbehaltsklausel*) serait une règle de désignation de la loi applicable (*Kollisionsnorm*) qui se grefferait aux autres règles de désignation de loi applicable, E. ZITELMANN considéra que le déclenchement de l'exception d'ordre public, qui engendre l'application de la *lex fori*, est conditionné par l'existence d'un point de contact avec le for (*Inlandsbeziehung*)<sup>1232</sup>. Comme le rappelle D. BODEN, E. ZITELMANN fit l'aveu de la

<sup>1226</sup> Cf. notamment: F. KAHN, « Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze) » (in) *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Duncker & Humblot, Müncher, Leipzig, t. 1, 1928, pp. 161-252.

<sup>1227</sup> P. LAGARDE avait présenté F. KAHN comme le « maître à penser » de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* (P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, op. cit., p. 66, n° 61). D'autres auteurs ont également présenté F. KAHN comme l'auteur ayant identifié la théorie de l'*Inlandsbeziehung*. Par ex : P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », op. cit., p. 99, n° 19 ; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 162, n° 174 ; N. NORD, « Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge » : *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, pp. 581-592, spée., p. 581).

<sup>1228</sup> E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1897, spée., pp. 196-392.

<sup>1229</sup> D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 893 et s ; K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, 2009, p. 155, n° 204, n.b.p. 563 ; R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, t. 58, pp. 440-441, n° 34.

<sup>1230</sup> D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 893.

<sup>1231</sup> *Ibidem*, p. 893, n° 21.

<sup>1232</sup> D. BODEN présente la pensée d'E. ZITELMANN en ces termes : « Selon (E. ZITELMANN), l'exception d'ordre public (qu'il appelle "*Vorbehaltsklausel*") : clause de réserve) est une règle de désignation de la loi applicable (une "*Kollisionsnorm*", une règle de conflit), comparable à la règle bilatérale soumettant les conditions de fond du mariage à la loi nationale des intéressés. Comme toute "*Kollisionsnorm*", elle a trois éléments : le rapport de droit, le critère de désignation (que les Allemands appellent "*Anknüpfungspunkt*", point de rattachement, et que Zitelmann appelle "*Beziehung*", relation, ou "*Bezug*", lien), et la loi applicable. Mais, contrairement aux autres "*Kollisionsnormen*", la "*Vorbehaltsklausel*" n'a pas ses propres catégories de rapports de droit : à cet égard, elle se greffe sur les autres "*Kollisionsnormen*". Ensuite, en cas de déclenchement de l'exception d'ordre public, la loi applicable est toujours, selon Zitelmann, la "*lex fori*" ; pour que se déclenche l'exception d'ordre public, il faut donc nécessairement selon Zitelmann, que la "*Beziehung*" se concrétise dans la sphère de l'ordre juridique du for : il faut nécessairement, dit-il, que la "*Beziehung*" soit une "*Inlandsbeziehung*" (une "*relation avec l'intérieur du pays (du for)*") ». Ensuite, l'auteur en tire sa principale objection : « À partir de ces prémisses erronées, Zitelmann en arrive à proclamer que, par nécessité logique, l'on ne peut déclencher l'exception d'ordre public à l'encontre d'une norme étrangère qu'à la condition que l'affaire présente une relation avec le for, puisque c'est cette relation qui sera le critère de désignation de la "*lex fori*" » (*Ibid.*).

dangerosité de son système et concéda que l’exception d’ordre public pouvait être déclenchée même en l’absence d’*Inlandsbeziehung*<sup>1233</sup>.

533. **Doctrine de F. KAHN.** La pensée de F. KAHN s’est construite en opposition avec la théorie des « *Prohibitivgesetze* » selon laquelle certaines lois étaient considérées comme tellement essentielles qu’elles devaient s’appliquer dans tous les cas, y compris en l’absence de liens avec le for<sup>1234</sup>. Ainsi, pour cet auteur : « *il y’a simplement des lois pour lesquelles il existe plusieurs points de rattachement, à côté du principal, qui est normal, donc général, valant pour les droits étrangers comme pour le droit national (la nationalité pour l’admissibilité du divorce, par exemple, dans les droits français et espagnol), un rattachement subsidiaire, qui est exceptionnel, donc particulier, ne vaut que pour le droit national (le for en matière de divorce dans les deux droits indiqués)* »<sup>1235</sup>. Pour F. KAHN, ce rattachement subsidiaire devrait être explicité pour chaque règle de droit matériel, lorsqu’il existe, et il faudrait « *abandonner l’idée vague et imprécise de l’ordre public qui ne fait que le voiler, le cacher : l’idée des rattachements subsidiaires serait – ou devrait être – l’héritière de la théorie de l’ordre public* »<sup>1236</sup>.

534. En définitive, pour que soit justifié le jeu de l’ordre public, « *il faut que le rapport, la situation (der Tatbestand) auquel la loi est appliquée, soit, de quelque façon, rattaché au territoire, ait, avec celui-ci, un point de contact (Inlandsbeziehung)* »<sup>1237</sup>. L’exigence de cette « *Inlandsbeziehung* » est justifiée par la doctrine allemande selon « *deux arguments complémentaires* » : le premier est que cette exigence « *s’inscrit dans la continuité de l’obligation faite au juge d’apprécier in concreto le résultat de l’application de la loi*

---

<sup>1233</sup> Selon D. BODEN, E. ZITELMANN « *reconnait toutefois que son système est intenable et dangereux et, abandonnant la prétendue nécessité logique sur laquelle il s’était appuyé jusque-là, il concède de façon tout à fait incohérente que, dans le cas où la règle bilatérale normalement applicable conduirait à un résultat excessivement choquant, l’exception d’ordre public pourrait être déclenchée, même en l’absence de toute “Inlandsbeziehung”* » (*Ibid.*).

<sup>1234</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 162, n° 174.

<sup>1235</sup> J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public et la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>1236</sup> J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public et la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 83. Pour une approche critique de la pensée de F. KAHN : Cf. P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 66 et s.

<sup>1237</sup> J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public et la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 83 ; J. MAURY, « L’ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand », *Rev. crit. DIP* 1954, pp. 7-27, spé., p. 17.



étrangère »<sup>1238</sup> et le second est que « l’ordre juridique du for n’est pas atteint par l’application d’une loi étrangère dès lors que le litige en question ne présente pas de liens suffisants avec le for »<sup>1239</sup>.

535. **Avantages de l’Inlandsbeziehung.** Présente également dans d’autres pays européens<sup>1240</sup>, la théorie de l’*Inlandsbeziehung* a intégré le droit international privé français notamment parce qu’elle permet d’augmenter l’amplitude de l’intervention de l’ordre public international pour faire obstacle aux situations créées à l’étranger. Cette théorie est vite apparue comme le remède idéal aux faiblesses du dualisme initial composé de l’ordre public plein et de l’ordre public atténué. Comme le précise L. GANNAGÉ : « Il est vrai que l’ordre public de proximité a permis, dans un premier temps, de venir renforcer la protection des valeurs du for, mais il l’a fait uniquement parce que l’ordre public atténué avait été désactivé »<sup>1241</sup>. Ainsi, « l’émergence de l’ordre public de proximité [...] est venue faire échec au jeu de l’effet atténué de l’ordre public, alors même que la situation était déjà créée »<sup>1242</sup>. L’ordre public de proximité a permis de renforcer le facteur spatial du dualisme initial de l’ordre public plein et de l’ordre public atténué<sup>1243</sup>. L’intervention de l’ordre public international ne se limite plus à la question de savoir si la situation a été créée à l’étranger, car il s’agit désormais de savoir si la situation entretient un lien avec le for.

536. La Cour régulatrice a fait sienne la théorie de l’ordre public de proximité dans une série de décisions remarquées. La première est la célèbre décision *Itturalde de Pedro*<sup>1244</sup> du 1<sup>er</sup> avril 1981 dans laquelle la Cour de cassation a affirmé que la loi espagnole « était contraire à la

---

<sup>1238</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 164, n° 177.

<sup>1239</sup> *Ibidem*.

<sup>1240</sup> La théorie de l’*Inlandsbeziehung* est également présente en droit suisse sous le nom de « *Binnenbeziehung* ». Ainsi, « la réserve d’ordre public n’intervient que si les liens territoriaux entre la loi étrangère ou la situation créée à l’étranger, d’une part, et le for, d’autre part, sont suffisamment étroits » (K. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER, *Précis de droit international privé suisse*, Staempfli, 1990, p. 123, n° 365). Comme l’explique A. BUCHER : « La condition de la “*Binnenbeziehung*” est liée au “caractère national” de l’ordre public ; ce dernier n’est véritablement violé que dans la mesure où la solution dégagée du droit étranger pourrait dans le cas particulier, déployer des effets sensibles dans le pays du for » (A. BUCHER, « L’ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p. 52, n° 25). Selon W. WENGLER, cette condition de « *Binnenbeziehung* » ne peut pas être définie de manière abstraite pour toutes les situations car il est nécessaire de l’apprécier au cas par cas (W. WENGLER, « The general principles of private international law », *RCADI* 1961, p. 433).

<sup>1241</sup> L. GANNAGÉ, « Débats », *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, pp. 233-241, spé., p. 234.

<sup>1242</sup> Y. LEQUETTE, « Débats », *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, pp. 233-241, spé., p. 236.

<sup>1243</sup> *Ibidem*.

<sup>1244</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> avr. 1981, [De Itturalde De Pedro] : *JDI* 1981, 812, note D. ALEXANDRE.

*conception française actuelle de l’ordre public international qui impose la faculté, pour un français domicilié en France, de demander le divorce* »<sup>1245</sup>. L’ordre public de proximité a également été déployé pour faire face aux répudiations prononcées à l’étranger<sup>1246</sup>. Enfin, l’ordre public de proximité a également été utilisé en matière de mariage polygamique dans la célèbre affaire *Baaziz* du 6 juillet 1988<sup>1247</sup> qui fera l’objet de développements ultérieurs<sup>1248</sup>.

537. L’ordre public de proximité a permis de renouveler l’appréciation du lien que la situation entretient avec le for. Selon M.-C. NAJM, si ce lien était apprécié de façon abstraite avec l’effet atténué, sur le seul plan spatio-temporel, l’ordre public de proximité permet de prendre en compte un nouveau facteur : le facteur personnel<sup>1249</sup>. L’auteur précise que « *L’Inlandsbeziehung confère ainsi au juge plus de souplesse dans la recherche des liens de la situation avec le for (appréciation plus concrète que celle de l’effet atténué, lequel repose sur une présomption abstraite de proximité ou d’éloignement) et élargit la nature des liens que celui peut prendre en considération (lien personnel en plus du lien spatial et temporel)* »<sup>1250</sup>.

538. Cependant, les critiques adressées à l’encontre de l’ordre public de proximité sont particulièrement importantes et illustrent que cette modalité de mise en œuvre peut également desservir l’exception d’ordre public.

## **B) La recherche de l’*Inlandsbeziehung* « au détriment » de l’ordre public international français**

539. **Critiques de l’*Inlandsbeziehung*.** Les reproches adressés à l’encontre de l’*Inlandsbeziehung* sont particulièrement importants<sup>1251</sup>. Tout d’abord, il est reproché à « l’*Inlandsbeziehung* » de modifier la fonction classique de l’ordre public, soit en remettant en cause sa fonction négative, soit en le transformant en une clause de correction de la règle de

---

<sup>1245</sup> Arrêt *Itturalde de Pedro*, préc.

<sup>1246</sup> Cf. *supra*.

<sup>1247</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juil. 1988 [*Baaziz*] : *Rev. crit. DIP* 1989, 71, note Y. LEQUETTE.

<sup>1248</sup> Cf. *infra*.

<sup>1249</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 473, n° 499.

<sup>1250</sup> *Ibidem*.

<sup>1251</sup> Pour une approche critique de l’ordre public de proximité ; Cf. notamment : D. BODEN, *L’ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, op. cit., p. 747 et s. ; K. ZAHER, op. cit., p. 151 et s.

conflit<sup>1252</sup>. S'agissant de la remise en cause de sa fonction négative, l'*Inlandsbeziehung* transformerait l'ordre public soit en une loi de police soit en un « *ordre public de rattachement* »<sup>1253</sup>.

540. **Ordre public de rattachement.** Parmi toutes ces hypothèses, c'est très certainement l'émergence d'un « *ordre public de rattachement* » qui a suscité les plus vastes débats<sup>1254</sup>. Cet « *ordre public de rattachement* » serait une troisième voie de l'intervention de l'ordre public, située entre l'exception classique d'ordre public et les lois de police<sup>1255</sup>. L'ordre public serait alors conçu comme une « *catégorie autonome de rattachement justifiant la compétence générale et préférentielle de l'ordre juridique du for* »<sup>1256</sup>. Tandis que l'étroitesse des liens de la situation avec le for devrait constituer un critère de déclenchement de l'ordre public, elle semble se muer en un critère autonome de rattachement des droits fondamentaux<sup>1257</sup>.

541. P. HAMMJE prend pour exemple l'arrêt *Itturalde de Pedro*<sup>1258</sup> en soulignant que si cette décision peut être expliquée en termes d'exception d'ordre public, elle peut également être vue comme une « *véritable revendication de compétence par la loi française* »<sup>1259</sup>. Les deux critères que sont la nationalité et le domicile « *n'expriment pas seulement une proximité localisatrice, mais demeurent critères d'application de la lex fori* »<sup>1260</sup>. Les célèbres décisions du 17 février 2004 relatives aux répudiations étrangères seraient la parfaite représentation de la transformation de l'*Inlandsbeziehung*<sup>1261</sup>. La contrariété de la répudiation à l'ordre public

<sup>1252</sup> Cette distinction ressort parfaitement des travaux de N. JOUBERT : Cf. N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., pp. 280-290.

<sup>1253</sup> *Ibidem*, pp. 280-288.

<sup>1254</sup> Sur la question de la modification fonctionnelle de l'ordre public en un ordre public de rattachement : P. HAMMJE, « L'ordre public de rattachement », *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, pp. 153-172 ; K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 48 et s. ; P. GANNAGÉ, « Vers un ordre public personnel en droit international privé de la famille (solutions françaises et proches orientales) », op. cit., pp. 207-219 ; *contra* : N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., pp. 284-288.

<sup>1255</sup> Comme le précise P. HAMMJE : « À 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 » (P. HAMMJE, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, p. 154).

<sup>1256</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>1257</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>1258</sup> Arrêt, *Itturalde de Pedro*, *préc.*

<sup>1259</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, p. 157.

<sup>1260</sup> *Ibidem*.

<sup>1261</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, p. 157 ; dans le même sens : Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 49, n° 74.

international est davantage conditionnée par les liens existants entre la situation et le for, que par le résultat qu'elle produit, à savoir la rupture d'égalité entre les époux<sup>1262</sup>. Selon K. BIHANNIC, le « *dévolement fonctionnel* »<sup>1263</sup> de l'ordre public s'opère notamment par « *la prépondérance des liens* »<sup>1264</sup> que la situation entretient avec le for qui parachèverait « *l'automatisme de l'ordre public de proximité* »<sup>1265</sup>. Ainsi, les critères de proximité, sélectionnés *a priori*, justifieraient à eux seuls le déclenchement de l'ordre public en délaissant sa dimension substantielle<sup>1266</sup>.

542. **Proportionnalité inversée.** Il est également reproché à l'*Inlandsbeziehung* de véhiculer la théorie dite de la « *proportionnalité inversée* »<sup>1267</sup>. Selon cette théorie présente en droit allemand, mais surtout en droit suisse<sup>1268</sup>, « *l'importance des liens requis est inversement proportionnelle à la gravité de l'atteinte que porterait aux principes du for l'application de la loi étrangère* »<sup>1269</sup>. Ainsi, en cas d'atteinte extrêmement grave aux principes du for par l'application de la loi étrangère, le lien requis entre la situation et le for pourra se contenter d'être infime pour justifier le déclenchement de l'ordre public<sup>1270</sup>. Dans un raisonnement poussé

---

<sup>1262</sup> Comme le souligne de manière plus précise K. BIHANNIC : « *En effet, le rejet d'une répudiation n'est plus fondé sur le constat qu'une rupture d'égalité entre les époux dans le cas d'espèce, mais pas un "obiter dictum" en vertu duquel l'institution est "per se" contraire au principe d'égalité, dès lors que certains liens rattachent la situation à l'ordre juridique français.* (K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 49, n° 74). P. HAMMJE se questionne également : « *Dès lors, plutôt que d'exprimer le refus en l'espèce d'une répudiation après constatation qu'elle conduit à une rupture d'égalité entre époux, ne s'agit-il pas davantage "d'imposer" pour des époux français ou domiciliés en France, le droit français du divorce, reposant sur une certaine conception des rapports entre époux ?* » (P. HAMMJE, préc., *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, p. 158)

<sup>1263</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 36, n° 43.

<sup>1264</sup> *Ibidem*, p. 39 et s.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, p. 40 et s.

<sup>1266</sup> *Ibid.*, pp. 40-48.

<sup>1267</sup> Sur le thème de la « *proportionnalité inversée* » : Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., pp. 40-48 ; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 190 et s. ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., pp. 484-492.

<sup>1268</sup> Comme le souligne A. BUCHER : « *En tant qu'expression de la relativité de l'ordre public, la Binnenbeziehung dépend de la fonction et de l'importance attribuées par l'État au principe de l'ordre public concerné. "Plus" un tel principe est fondamental et l'atteinte, portée par la solution découlant de la lex causae, grave, "moins" se manifeste l'exigence d'un lien de la situation avec le for, pouvant aller jusqu'à disparaître.* » (A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1992, p. 191, n° 480). Pour une autre présentation de la proportionnalité dite inversée en droit suisse : Cf. K. KNOEPFLER et P. SCHWEIZER, op. cit., p. 123, n° 365.

<sup>1269</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 191, n° 202.

<sup>1270</sup> N. JOUBERT prend pour exemple un ordre juridique qui ne reconnaît pas le divorce par consentement mutuel. Si ce mode de dissolution de l'union sera très certainement considéré comme contraire aux principes du for, il est encore plus probable que le résultat de la répudiation unilatérale autorisée par la loi étrangère constitue une atteinte encore plus grave à l'ordre public du for. La méthode consiste donc à faire varier l'intensité de l'*Inlandsbeziehung*

à l'extrême, il serait possible de considérer que l'*Inlandsbeziehung* se réalise par la seule saisine du juge du for lorsque sont en cause des principes absolument essentiels de ce même for<sup>1271</sup>.

543. L'implication d'un raisonnement proportionnel produit l'effet indésirable de faire varier le caractère fondamental des valeurs du for en fonction de l'intensité des liens avec le for. Comme le souligne K. ZAHER : « *Soutenir que l'ordre public de proximité est conditionné par le principe de proportionnalité reviendrait à dire que c'est l'intensité des liens avec le for qui hisse les valeurs en cause au rang de principes fondamentaux dont la protection exige le déclenchement de l'exception d'ordre public* »<sup>1272</sup>. Selon M.-C. NAJM, cette théorie reposerait sur un « vice », car « *elle affecte les éléments "localisateurs" d'une relativité qui est inhérente aux valeurs "matérielles"* »<sup>1273</sup>. Les dérives de la mise en œuvre de la « *proportionnalité inversée* » sont particulièrement perceptibles au contact des droits de l'homme<sup>1274</sup>. Ainsi, l'implication de droits de l'homme dans la mise en œuvre de la « *proportionnalité inversée* » pourrait aboutir à un certain absolutisme des droits fondamentaux au détriment « *de l'effort de coordination des systèmes juridiques que poursuit le droit international privé* »<sup>1275</sup>. Par conséquent, M.-C. NAJM insiste sur l'idée que l'intervention de l'ordre public devrait associer en permanence des éléments matériels (le contenu) et des éléments localisateurs (la proximité) pour lutter contre l'impérialisme des droits fondamentaux<sup>1276</sup>.

---

en fonction de la gravité des deux cas de figure précités. Ainsi, comme le précise l'auteur : « *Dans le cas de la répudiation qui est plus grave, le for pourrait se contenter de liens comme la résidence habituelle de l'épouse pour évincer la loi (plus exactement la décision) étrangère. Dans le cas d'une loi étrangère permettant le divorce par consentement mutuel, l'atteinte aux principes du for existerait bien mais serait moins intense de sorte que des liens plus forts seraient requis comme notamment l'appartenance nationale des époux à l'État du for ou le cumul de cette nationalité et d'une résidence habituelle* » (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., pp. 191-192, n° 202).

<sup>1271</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 485, n° 508.

<sup>1272</sup> K. ZAHER, op. cit., p. 155, n° 206.

<sup>1273</sup> L'auteur poursuit en ces termes : « *La hiérarchie des valeurs du for, qui doit servir à établir le contenu de l'ordre public, est utilisée pour relativiser l'exigence de proximité. Or la prise en compte de l'importance d'un principe aux yeux du for doit normalement avoir des incidences sur le contenu de l'ordre public –seules les valeurs qui apparaissent les plus importantes devant constituer les éléments matériels déclenchant l'intervention de l'ordre public- sans rejaillir sur les exigences de proximité* » (M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 487, n° 508).

<sup>1274</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 66, n° 114.

<sup>1275</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 486, n°508.

<sup>1276</sup> *Ibidem*, p. 487, n° 508.

544. **Justification des discriminations.** Enfin, il est reproché à la théorie de l’*Inlandsbeziehung* de justifier les pires discriminations par le refus de déclencher l’ordre public international sous prétexte que les liens avec le for ne seraient pas suffisants<sup>1277</sup>. Ainsi, les justiciables qui ne pourraient pas bénéficier de la protection de l’ordre public international « *sont abandonnés à leur sort* »<sup>1278</sup>. Selon D. BODEN<sup>1279</sup>, ces discriminations « *peuvent difficilement s’expliquer autrement que par une permanence de conceptions coloniales* »<sup>1280</sup>. Nous observerons qu’une telle critique trouve une illustration pertinente en ce qui concerne l’établissement de la filiation naturelle<sup>1281</sup>.

545. Face aux différentes critiques adressées à l’ordre public proximité, plusieurs propositions doctrinales ont été faites afin de rénover ce mécanisme qui est venu modifier le dualisme initial composé de l’effet plein et de l’effet atténué de l’ordre public international. L’analyse de ces propositions doctrinales nous permettra ultérieurement d’entamer une étude globale concernant l’infiltration du contrôle de proportionnalité au sein de l’ordre public international<sup>1282</sup>.

## §2. Les méthodes de rénovation de l’ordre public de proximité

546. Si l’étude des méthodes de rénovation de l’ordre public de proximité est nécessaire, c’est notamment en raison de leur capacité d’illustrer et d’expliquer les interactions existantes entre

---

<sup>1277</sup> Sur le caractère discriminatoire de l’ordre public de proximité : K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., 2017, p. 83 et s.

<sup>1278</sup> D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 894, n° 23.

<sup>1279</sup> Dans sa thèse de doctorat, D. BODEN fournit un exemple frappant pour illustrer le caractère profondément contestable de la théorie de l’*Inlandsbeziehung*. L’exemple est tiré d’une anecdote, à savoir l’opposition entre une conférencière proposant d’étendre cette théorie à tous les ressortissants des États européens et V. HEUZÉ qui aurait objecté « *Et les Néo-Zélandaises ?* ». L’hypothèse est celle d’un musulman pakistanais qui laisserait une succession ouverte dans un pays européen, cette succession étant composée de meubles situés en Australie. C’est dans ce pays que réside « *la seule des filles du défunt qui soit non musulmane* ». L’auteur émet l’hypothèse que le droit pakistanais frappe d’indignité successorale la fille non musulmane d’un non musulman et que le jugement devra être exécuté en Australie. L’auteur s’exprime alors en ces termes : « *Imagine-t-on un seul instant les juges australiens accorder l’exequatur à un tel jugement ? Nullement : ils opposeront, au nom de valeurs, qui – c’est un comble- sont précisément les nôtres, leur exception d’ordre public à notre jugement. Nos jugements censurés au nom de nos propres valeurs par des juges étrangers plus sourcilieux que les nôtres : voilà bien à qui conduit la théorie de l’“Inlandsbeziehung”* » (D. BODEN, *L’ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, op. cit., p. 747, n.b.p n° 1496).

<sup>1280</sup> D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 895, n° 26. Selon cet auteur, les partisans de la théorie de l’*Inlandsbeziehung* justifient ce refus de déclenchement de l’exception d’ordre public en « *versant occasionnellement dans un racisme hérité de l’époque coloniale (“Ils ne sont pas des nôtres : qu’ils ne viennent pas se plaindre”)* complétée d’une proclamation d’irresponsabilité (“*Cela ne nous concerne pas, nous n’avons donc pas à rougir d’appliquer une loi qui heurte tous nos principes*”), le tout habillé de bons sentiments (“*Nous ne souhaitons pas régenter le monde*”) (D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 894, n° 23).

<sup>1281</sup> Sur la question : *Cf. infra*.

<sup>1282</sup> Sur ce point : *Cf. dernier chapitre de notre étude*.

les différentes modalités de mise en œuvre de l'ordre public international tout en proposant des outils visant à rationaliser l'intervention de ce mécanisme. Ainsi, deux d'entre elles méritent une attention particulière, car elles renouvellent l'ordre public de proximité en modifiant la conception de l'ordre public atténué. Face à une « *conception hiérarchique de l'effet atténué* »<sup>1283</sup> (A), il a été avancé une « *conception proportionnelle de l'effet atténué* »<sup>1284</sup> (B).

### A) La conception hiérarchique de l'effet atténué de l'ordre public

547. **Critère temporel et critère spatial.** La conception « *hiérarchique* » de l'effet atténué de l'ordre public procède de l'interprétation de K. BIHANNIC des travaux de L. GANNAGÉ, cette dernière ayant proposé de repenser la théorie de l'effet atténué de l'ordre public<sup>1285</sup>. Selon L. GANNAGÉ, la justification de l'atténuation de l'ordre public, au stade de la reconnaissance, ne résiderait plus dans l'éloignement spatial de la situation par rapport à l'ordre juridique du for<sup>1286</sup>. Cette retenue serait davantage justifiée par le besoin de tenir compte des prévisions légitimes des parties qui seraient principalement appréciées en considération de l'écoulement du temps<sup>1287</sup>. De manière plus précise, l'auteur considérerait que le critère de variabilité de l'ordre public serait « *essentiellement temporel* »<sup>1288</sup>.

548. **Exemple des effets du mariage polygamique.** Au soutien de son argumentation en faveur du critère temporel et au détriment du facteur spatial<sup>1289</sup>, l'auteur prend pour exemple la

---

<sup>1283</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 325.

<sup>1284</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>1285</sup> Cf. notamment : L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357.

<sup>1286</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 410, n° 970.

<sup>1287</sup> *Ibidem*.

<sup>1288</sup> L'expression « *essentiellement temporel* » est attribuée à K. BIHANNIC car, selon cet auteur, L. GANNAGÉ pourrait concéder une influence possible du critère spatial en raison de l'accord doctrinal qui entoure ce critère. Si K. BIHANNIC souligne la perplexité de L. GANNAGÉ face au critère spatial, il convient cependant de nuancer les propos de cette dernière. En effet, ce n'est pas tant le critère spatial en lui-même qui semble laisser perplexer L. GANNAGÉ, comme le laisserait suggérer K. BIHANNIC, mais bien l'utilisation qui en est faite. Ainsi, tandis que K. BIHANNIC affirme que L. GANNAGÉ « *prend soin de souligner la perplexité que ce critère lui inspire et son caractère douteux* » (K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 333, n°774, n.b.p. 1580.), L. GANNAGÉ souligne en réalité, que l'explication donnée à l'effet atténué par l'ajout d'un critère spatial au critère temporel « *laisse cependant un peu perplexer parce que, au moins dans le système juridique français, la jurisprudence ne la pousse pas jusqu'à son terme* » (L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, pp. 340-341, n° 134).

<sup>1289</sup> Sur la critique du facteur spatial, Cf. notamment L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, pp. 348-349.

décision rendue par la Cour régulatrice le 1<sup>er</sup> décembre 2011<sup>1290</sup>. Dans cette affaire, un homme de nationalité algérienne avait épousé une femme de nationalité française en 1970. En juin 1989, le mari avait épousé une autre femme, de nationalité algérienne, mais sans que la première union n'ait été dissoute. Cependant, la situation polygamique n'a duré que peu de temps puisqu'un divorce est intervenu entre la première épouse et le mari au mois de janvier 1990. À la suite de la mort du mari au cours de l'année 2003, l'ancienne première épouse et la seconde épouse ont chacune demandé la liquidation du droit de pension de réversion. La Cour de cassation va rejeter la demande de la seconde épouse en usant de l'ordre public de proximité<sup>1291</sup>. Comme l'a souligné P. LAGARDE, cette solution est différente de celle rendue dans l'arrêt *Baaziz*<sup>1292</sup>, car « elle écarte la production de tout effet de ce mariage polygamique en France et pas seulement [...] de ceux qui iraient à l'encontre de l'épouse française »<sup>1293</sup>. La solution a été considérée comme « sévère »<sup>1294</sup> et « choquante »<sup>1295</sup> puisque la seconde union avait duré plus de quatorze ans et que l'état de polygamie avait duré seulement quelques mois. C'est à la lumière de cette différence de durée des communautés de vie que P. LAGARDE avait proposé d'affiner l'intervention de l'ordre public international<sup>1296</sup>.

549. **Autonomisation du facteur temporel.** Selon K. BIHANNIC, le détachement du facteur temporel du facteur spatial, proposé par L. GANNAGÉ va modifier la nature même du facteur temporel. Ainsi, « l'autonomisation du facteur temporel emporte une logique de durée »<sup>1297</sup>. Cette proposition permettrait de remédier au caractère inadapté de l'effet atténué en soulignant que la situation a bien été créée sans fraude à l'étranger. Ainsi, la solution de l'arrêt *Rivière* pourrait être formulée de la façon suivante : « la réaction à l'encontre d'une disposition

<sup>1290</sup> Cass. 2e civ., 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 10-27.864 : *Rev. crit. DIP* 2012, 339, note P. LAGARDE.

<sup>1291</sup> « [L]a cour d'appel en a déduit à bon droit, et sans discrimination, ni atteinte au principe d'égalité, que la conception française de l'ordre public international s'opposait à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui savait être encore l'époux d'une Française, produise des effets en France ».

<sup>1292</sup> Arrêt, *Baaziz*, préc.

<sup>1293</sup> P. LAGARDE, « Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame », *Rev. crit. DIP* 2012, pp. 339-343, spé., p. 341.

<sup>1294</sup> P. LAGARDE, préc., *Rev. crit. DIP* 2012, p. 341 ; dans le même sens : L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 350, n° 147.

<sup>1295</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 334, n° 776.

<sup>1296</sup> La proposition de P. LAGARDE était formulée de la façon suivante : « Si le second mariage était intervenu quelques mois seulement avant le décès du mari, il eût pu paraître contraire à l'ordre public international français que la première femme française soit privée par ce second mariage tardif de la moitié de sa pension de réversion. Inversement, si le premier mariage n'a duré que quelques mois et le second tout le reste de la vie du mari, l'équité la plus élémentaire commande de faire droit à la demande de pension de réversion de la seconde épouse » (P. LAGARDE, préc., *Rev. crit. DIP* 2012, p. 343).

<sup>1297</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., p. 337, n° 785.



*contraire à l’ordre public n’est pas la même suivant qu’elle met obstacle à l’acquisition d’un droit en France, ou suivant qu’il s’agit de laisser produire en France les effets d’un droit acquis au bout d’un certain délai, sans fraude à l’étranger »<sup>1298</sup>.*

550. Cependant, L. GANNAGÉ ne limite pas la variabilité de l’ordre public au seul critère temporel afin qu’il ne soit pas possible « *de laisser n’importe quelle situation produire ses effets en France pour peu qu’elle soit ancienne* »<sup>1299</sup>. En effet, l’auteur associe au critère temporel deux autres critères : la nature du droit à protéger et le respect nécessaire des droits acquis à l’étranger<sup>1300</sup>. En effet, le modèle de L. GANNAGÉ « *tourne autour d’une distinction majeure, selon qu’il s’agit de constituer une situation ou de la reconnaître. Dans le premier cas, la préservation des principes essentiels du for devrait nécessairement prévaloir sur les intérêts des individus. Dans le second cas, en revanche, il s’agirait de recourir à un “rapport de proportionnalité” dans lequel “plusieurs paramètres” seraient pris en compte pour déterminer quel intérêt doit prévaloir dans le cas d’espèce* »<sup>1301</sup>. Toute la question posée était de savoir si ces critères et le facteur temporel résulteraient d’une « *conception hiérarchique* ». Bien que manifestant certains doutes quant à l’existence d’une hiérarchie entre ces critères et le facteur temporel, K. BIHANNIC souligne que la proposition de L. GANNAGÉ constitue un modèle « *radicalement hiérarchique* »<sup>1302</sup> par lequel : « *L’ordre public de proximité serait relégué au rang de l’histoire de la matière et n’aurait plus aucune chance d’en ressortir* »<sup>1303</sup>.

## **B) La conception proportionnelle « égalitaire » de l’effet atténué**

551. **Proportionnalité de type égalitaire.** À la suite des critiques adressées à l’encontre de la proposition doctrinale de L. GANNAGÉ, K. BIHANNIC a fait la promotion d’une « *conception proportionnelle* »<sup>1304</sup> de l’effet atténué de l’ordre public<sup>1305</sup>. Si l’intégration de la proportionnalité dans le droit international privé et la méthodologie de l’ordre public n’est pas

<sup>1298</sup> *Ibidem*, p. 338, n° 788.

<sup>1299</sup> *Ibid.*, p. 339, n° 792.

<sup>1300</sup> *Ibid.*, p. 340, n° 793.

<sup>1301</sup> *Ibid.*, p. 341, n° 795.

<sup>1302</sup> *Ibid.*, p. 341, n° 799 et s.

<sup>1303</sup> *Ibid.*, p. 410, n° 970.

<sup>1304</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>1305</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, op. cit., 2017, p. 365 et s. ; du même auteur : « L’exception d’ordre public à la croisée des chemins... Digressions méthodologiques au départ de l’arrêt du 27 Septembre 2017, n°16-19.654 », *RDLF* 2018, chron. 6.

nouvelle, l'auteur souligne « *l'efficacité d'une proportionnalité de type égalitaire* »<sup>1306</sup>. S'agissant tout d'abord de la notion de « *proportionnalité* », elle est, sans réelle surprise, particulièrement difficile à définir<sup>1307</sup>. Cependant, appliquée à l'ordre public international et notamment à l'effet atténué, elle consiste à « *mettre en balance* »<sup>1308</sup> des intérêts ou des valeurs et à s'interroger sur « *l'opportunité de faire éventuellement primer, à certaines conditions, l'intérêt des parties à l'harmonie internationale des situations et la sécurité juridique sur la défense des principes essentiels du for* »<sup>1309</sup>. Notons que l'usage du principe de proportionnalité par la jurisprudence, dans le cadre de l'exception d'ordre public, n'est pas aussi répandu que l'on pourrait le croire. De l'aveu même de l'auteur, les juridictions nationales ne l'utilisent que dans des cas très particuliers, comme le montre le célèbre arrêt du 10 décembre 2010<sup>1310</sup>, et les juridictions européennes l'appliquent dans un rapport de soumission de l'exception d'ordre public<sup>1311</sup>.

**552. *Mise en balance des intérêts et des valeurs.*** S'agissant plus précisément de la proportionnalité de type « *égalitaire* », K. BIHANNIC se fonde sur les travaux de L. TREMBLAY qui a établi un modèle de type égalitaire « *fondé sur l'idée d'optimisation des*

---

<sup>1306</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 394.

<sup>1307</sup> *Ibidem*, p. 375, n° 886.

<sup>1308</sup> Concernant la justification du recours à la « *mise en balance* » des intérêts ou des valeurs en cause (*Ibid.*, p. 381, n° 903).

<sup>1309</sup> *Ibid.*, p. 375, n° 886.

<sup>1310</sup> L'auteur prend pour exemple un arrêt largement commenté et déjà évoqué du 1<sup>er</sup> décembre 2010 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-13.303, [Schlenzka c/ SA Fontaine Pajot et autres] : *D.* 2011, 423, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, 423, note F.-X. LICARI ; *ibid.*, 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.* 2011, 122, obs. B. FAGES ; *ibid.*, 317, note P. REMY-CORLAY ; *Rev. crit. DIP* 2011, 93, note. H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. Lamy. dr. civ* fév. 2011, 15, note A. PAULIN ; *JDI* 2011, 614, note O. BOSKOVIC). Dans cette affaire, un couple de nationalité américaine et vivant aux États-Unis avaient demandé en France l'exequatur d'une décision californienne condamnant une société française à leur verser une somme de 3 253 734,45 dollars. Le montant de cette somme correspondait à la fois à la remise en état du bateau fabriquée par la société française, aux frais d'avocats mais également aux dommages-intérêts punitifs qui s'élevaient à 1 460 000 dollars. Suite au rejet de la demande des époux par la Cour d'appel de Poitiers, la Cour de cassation a considéré que « *si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas en soi contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* ». Cet arrêt est essentiel car, pour la première fois, la Cour se prononce sur la contrariété des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public international français. Pour une mise en perspective de cette question, une analyse des dommages et intérêts punitifs, et une présentation des solutions retenues antérieurement : Cf. O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003, p. 92 et s., et sp., p. 99, n° 114. Pour revenir à la démonstration de K. BIHANNIC, ce dernier souligne, avec justesse, qu'à aucun moment la Cour de cassation n'a utilisé le principe de proportionnalité comme critère du fonctionnement de l'exception d'ordre public. En effet, la Cour régulatrice n'a envisagé le principe de proportionnalité que pour évaluer le montant alloué par la juridiction américaine par rapport au préjudice subi (K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 375, n° 886).

<sup>1311</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, pp. 366-367, n° 864.

valeurs en présence »<sup>1312</sup>. Selon ce modèle, il « n'existe plus aucune hiérarchisation préétablie entre les différents intérêts en présence »<sup>1313</sup>, mais « il convient de partir en quête d'une certaine harmonie entre les valeurs et s'efforcer de les concilier le mieux possible »<sup>1314</sup>. Ainsi, selon K. BIHANNIC : « Il s'agit de "mesurer" les intérêts ou les valeurs en présence pour accorder une préférence à celui ou celle qui prime compte tenu de son "poids supérieur" »<sup>1315</sup>. L'auteur poursuit en ces termes : « En pratique, il s'agira pour le juge, de procéder à une multiplicité de pronostics d'effets en vue de déterminer quelle solution doit prévaloir compte tenu de l'ensemble des circonstances factuelles »<sup>1316</sup>. Dans le cadre de cette méthode, l'auteur insiste sur le maintien de la condition de la proximité<sup>1317</sup>.

553. **Limites de la proportionnalité égalitaire.** Si l'intervention d'une proportionnalité de type « égalitaire » peut se monter avantageuse<sup>1318</sup>, notamment pour apprécier la portée des droits fondamentaux, elle emporte une série de critiques non négligeable. La première critique concerne l'imprécision méthodologique largement soulignée par la doctrine<sup>1319</sup>. La seconde critique n'est autre que l'impossibilité pour la Cour de cassation d'effectuer un contrôle<sup>1320</sup>.

554. S'agissant de l'imprécision méthodologique, K. BIHANNIC concède qu'en plus de la difficulté de déterminer ce qu'est un « intérêt », il est difficile de déterminer les critères qui permettront d'effectuer cette mise en balance des intérêts. L'auteur souligne « que la méthode de la pesée des intérêts ne peut faire l'objet d'une certaine objectivation »<sup>1321</sup> ce qui engendre un risque d'arbitraire et d'insécurité particulièrement important. L'imprévisibilité de l'exception d'ordre public n'en serait que renforcée sans pour autant que les modalités de mise en œuvre de l'ordre public international soient dotées d'une plus grande rationalité.

555. S'agissant de la seconde critique, l'auteur souligne que la mise en place d'un « contrôle » effectif en matière de proportionnalité ne pourrait se faire qu'au prix d'une modification du rôle

---

<sup>1312</sup> *Ibidem*, p. 379, n° 898.

<sup>1313</sup> *Ibid.*, p. 379, n° 898.

<sup>1314</sup> *Ibid.*, p. 379, n° 898.

<sup>1315</sup> *Ibid.*, p. 384, n° 909.

<sup>1316</sup> *Ibid.*, p. 384, n° 909.

<sup>1317</sup> *Ibid.*, p. 384, n° 910 et s.

<sup>1318</sup> *Ibid.*, p. 386, n° 913 et s.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p. 395, n° 934 et s.

<sup>1320</sup> *Ibid.*, p. 397, n° 940 et s.

<sup>1321</sup> *Ibid.*, p. 396, n° 939.

de la Cour de cassation<sup>1322</sup>. Deux options existent : soit la Cour de cassation se transforme en juge du fait et du droit, soit elle se limite à un recours strictement formel du recours à la proportionnalité<sup>1323</sup>. Si la première option se révèle périlleuse, la seconde demeure insuffisante. Périlleuse d'une part en raison du risque de transformer le pourvoi en cassation en voie de recours ordinaires et de ne pas conférer à la Cour de cassation les moyens de garantir l'harmonisation du droit<sup>1324</sup>. Insuffisante d'autre part, car le contrôle purement formel ne porterait pas sur la qualité substantielle de l'argumentation qui serait retenue<sup>1325</sup>. La proposition doctrinale de K. BIHANNIC se fonde sur une nouvelle approche de la proportionnalité, mais il sera observé ultérieurement que la mise en œuvre d'une approche proportionnelle au sein de l'exception d'ordre public n'implique pas une conservation de l'ordre public de proximité<sup>1326</sup>.

556. Les trois modalités de mise en œuvre de l'ordre public international permettent au juge étatique d'adapter l'intervention de ce mécanisme en fonction de certains éléments. Ainsi, l'effet atténué permet favorise le respect de certains droits acquis à l'étranger et l'ordre public de proximité permet, entre autres, de mesurer l'amplitude qu'il convient de conférer aux droits fondamentaux. Cette adaptation est favorable à une protection mesurée des valeurs essentielles du for. Néanmoins, la montée en puissance des principes essentiels du droit français offre une autre perspective, à savoir la perturbation des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international.

## **Section 2 : La perturbation des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international**

557. Nous avons précédemment évoqué l'hypothèse selon laquelle la Cour de cassation avait modifié en profondeur les modalités de mise en œuvre de l'ordre public international au contact des principes essentiels du droit français<sup>1327</sup>. Cette modification, qui aurait pour postulat le caractère hégémonique de l'ordre public plein mérite une étude approfondie (Sous-section 1). De plus, il convient d'apprécier la portée de cette hégémonie de l'effet plein de l'ordre public international en cas d'atteinte aux principes essentiels du droit français (Sous-section 2).

---

<sup>1322</sup> *Ibid.*, p. 398, n° 945.

<sup>1323</sup> *Ibid.*, p. 399, n° 945.

<sup>1324</sup> *Ibid.*, p. 400, n° 945.

<sup>1325</sup> *Ibid.*, p. 400, n° 945.

<sup>1326</sup> Sur ce point, *Cf.* dernier chapitre de notre étude.

<sup>1327</sup> *Cf. supra.*

## **Sous-section 1 : L'hégémonie de l'ordre public plein en présence de principes essentiels de droit français**

558. L'hégémonie de l'ordre public plein implique une mise à l'écart systématique de l'ordre public de proximité et de l'ordre public atténué en cas d'atteinte à des principes essentiels du droit français (§1). Cette mise à l'écart systématique de deux modalités de mise œuvre de l'ordre public international emporte le risque d'entraver la réalisation de certains objectifs du droit international privé (§2).

### **§1. La mise à l'écart de l'ordre public atténué et de l'ordre public de proximité en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français**

559. L'affirmation, par la Cour régulatrice elle-même, de la seule mise en œuvre de l'ordre public plein en présence des principes essentiels du droit français (A) nécessite d'être confirmée par l'étude de la jurisprudence (B).

#### **A) L'affirmation de la seule mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public**

560. L'émergence des principes essentiels du droit français, dotés d'une « *super-impérativité* », ne peut rester sans conséquence sur les modalités de mise en œuvre de l'ordre public international. C'est du moins en ce sens que la Cour régulatrice a décidé de mener son action en affirmant que seul l'effet plein de l'ordre public devait être mis en œuvre en présence de principes essentiels du droit français.

561. ***Hégémonie de l'ordre public plein.*** Dans un premier temps, la Cour régulatrice a explicitement rejeté la mise en œuvre de l'ordre public de proximité en présence d'un principe essentiel du droit français en indiquant que : « *Le mécanisme de l'ordre public de proximité, qui privilégie les liens de la situation avec le for, ne joue pas en présence de principes essentiels du droit français, car l'ordre public français ne peut tolérer leur violation, tant au stade de la constitution des situations juridiques, que lorsque la situation a été créée à l'étranger* »<sup>1328</sup>. La modification des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international aurait pu se limiter à la seule mise à l'écart de l'ordre public de proximité pour remettre en application le dualisme

---

<sup>1328</sup> Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, Étude : *L'ordre public*, pp. 97-489, spé., p. 199.

initial composé de l’ordre public atténué et l’ordre public plein. Néanmoins, dans un deuxième temps, la Cour régulatrice a affirmé qu’en présence de principes essentiels de droit français : « *l’intransigeance de l’ordre public ni ne cède en raison d’un effet atténué, ni ne prend en compte la proximité ou l’éloignement de la situation litigieuse avec le for* »<sup>1329</sup>. Ainsi, selon la Cour de cassation elle-même, seul l’effet plein de l’ordre public devrait être mis en œuvre en présence de principes essentiels du droit français.

562. Nous avons précédemment établi que cette mise en œuvre du seul effet plein de l’ordre public international en présence de principes essentiels du droit français était la *conséquence* de la super-impérativité et non la *cause* de la super-impérativité<sup>1330</sup>. Cependant, l’exclusion de l’ordre public de proximité et de l’ordre public atténué, en présence d’un principe essentiel de droit français, ne se limite ni à la question de la super-impérativité ni à la question de la qualification des principes essentiels du droit français. Il convient désormais de mettre en perspective le bouleversement des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international en présence des principes essentiels du droit en français.

563. ***Prise en compte de la source de l’ordre public international ?*** En effet, si la Cour régulatrice pose la mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public comme seule alternative en cas d’atteinte à un principe essentiel du droit français, qui serait de source purement nationale, alors il serait possible de considérer que la source du principe en cause a une influence sur les modalités de mise en œuvre de l’ordre public international. La problématique mérite donc d’être posée : la solution donnée par la Cour régulatrice implique-t-elle une prise en compte de la source de l’ordre public dans la détermination des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international ? Une réponse positive à cette problématique viendrait présager un véritable bouleversement des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international. En effet, la source de l’ordre public international est traditionnellement indifférente quant au choix de la modalité de mise en œuvre<sup>1331</sup>. Ainsi, la prise en compte de la source de l’ordre public laisse en

---

<sup>1329</sup> Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, Étude : *L’ordre public*, pp. 97-489, spé., p. 200.

<sup>1330</sup> Cf. *supra*. En effet, nous avons observé que la modalité de mise en œuvre de l’ordre public international était indifférente à la qualification de « *principe essentiel de droit français* ». La qualification d’un tel principe est faite en raison de son caractère absolu et ce n’est que dans un second temps que ce caractère absolu empêche la mise en œuvre de l’ordre public atténué et l’ordre public de proximité. Ainsi, la super-impérativité est la *cause* de la qualification d’un principe essentiel du droit français. La mise en œuvre de l’ordre public plein ne serait que la *conséquence* de la qualification d’un principe essentiel du droit français.

<sup>1331</sup> Sur la question, Cf. J. GUILLAUMÉ, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 295-310.

suspens le sort réservé aux droits fondamentaux. J. GUILLAUMÉ s'est alors interrogée en ces termes : « *Doit-on conclure que les droits fondamentaux d'origine conventionnelle font implicitement partie des "principes essentiels du droit français" en ce qu'ils sont intégrés dans le système normatif français ? Ou, au contraire, cette nouvelle définition a-t-elle pour objectif de les exclure du contenu de l'ordre public international ?* »<sup>1332</sup>.

564. **Hypothèses.** En réponse à cette question, trois hypothèses peuvent être envisagées. En effet, la Cour régulatrice a écarté la première hypothèse selon laquelle les droits fondamentaux seraient implicitement inscrits dans les principes essentiels du droit français en affirmant que le contenu de la notion de « *principes essentiels du droit français* » est différent de celui des droits fondamentaux<sup>1333</sup>.

565. S'agissant de la deuxième hypothèse, la Cour de cassation a non seulement évincé les droits fondamentaux du « *noyau dur* » de l'ordre public international, composé des principes essentiels du droit français, mais également du contenu de l'ordre public international. Cette hypothèse est loin d'être envisageable étant donné que l'ordre public international demeure le mécanisme le plus approprié pour la défense des droits fondamentaux.

566. La troisième hypothèse, qui nous apparaît comme étant la plus réaliste est de considérer que la Cour régulatrice exclut les droits fondamentaux de la notion de principes essentiels du droit français (et exclut par la même occasion la qualification d'un droit fondamental en principe essentiel du droit français) tout en laissant les droits fondamentaux au sein de l'ordre public international. Ainsi, les droits fondamentaux pourraient se voir opposer au travers de l'ordre public plein, l'ordre public de proximité ou l'ordre public atténué<sup>1334</sup>.

---

<sup>1332</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>1333</sup> Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, Étude : *L'ordre public*, pp. 97-489, spé., p. 199.

<sup>1334</sup> *Contra* : J. GUILLAUMÉ avait conclu à la suite d'une étude serrée de la jurisprudence de la Cour de cassation : « *que les droits fondamentaux de source interne, tout comme les valeurs fondamentales de la société française, sont intégrés dans les principes essentiels du droit français et, par conséquent, peuvent être mis en œuvre tant par le biais de l'ordre public plein que par celui de l'effet atténué. En revanche, les droits fondamentaux de source internationale ne pourraient être mis en œuvre que s'il existe un lien de proximité entre la personne et le for* » (J. GUILLAUMÉ, « *Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ?* » *op. cit.*, p. 309, n° 31). Il convient de noter que cette conclusion a été proposée par l'auteur avant la publication du rapport de la Cour de cassation concernant l'étude de l'ordre public (*Cf.* Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, Étude : *L'ordre public*, pp. 97-489).

567. Il convient désormais de vérifier si la jurisprudence de la Cour de cassation tend à confirmer l’hégémonie de l’ordre public plein en cas d’atteinte à un principe essentiel du droit français.

### **B) La confirmation de la seule mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public**

568. Si la doctrine a pu douter de la mise à l’écart de l’ordre public atténué et de l’ordre public de proximité<sup>1335</sup>, plusieurs décisions de la Cour régulatrice tendent à démontrer l’hégémonie de l’ordre public plein en présence de principes essentiels du droit français.

569. *Arrêt du 8 juillet 2010*. L’hégémonie de l’ordre public plein est particulièrement perceptible dans l’arrêt du 8 juillet 2010<sup>1336</sup> rendu par la Cour de cassation. Rappelons que la Cour régulatrice avait affirmé « *que le refus d’exequatur fondé sur la contrariété à l’ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu’il n’en est pas ainsi de la décision qui partage l’autorité parentale entre la mère et l’adoptante de l’enfant* »<sup>1337</sup>.

570. *Rejet de l’effet atténué*. Plutôt que de préciser que la décision n’est pas contraire à l’ordre public international, une partie de la doctrine a pu souligner que cette décision aurait pu bénéficier de l’effet atténué de l’ordre public<sup>1338</sup>. H. FULCHIRON avait alors noté qu’ « *il n’est pas certain que le jugement étranger eût été rejeté : la situation ayant été valablement créée à l’étranger, on aurait pu, par exemple, invoquer la théorie de l’effet atténué de l’ordre public* »<sup>1339</sup>. Cette position est partagée par S. BOLLÉE pour qui « *la théorie de l’effet atténué de l’ordre public se fait remarquer par son absence* »<sup>1340</sup>. L’auteur souligne également que la

---

<sup>1335</sup> « Si l’on peut considérer que la référence à un “ordre public de proximité” n’est pas, par principe écarté par la Cour de cassation pour être remplacée par des “principes essentiels”, il en est de même, nous semble-t-il, de l’utilisation, par la jurisprudence, du concept de “l’ordre public atténué” » (F. MONÉGER et G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français », *op. cit.*, p. 455).

<sup>1336</sup> Pour une description détaillée de cette décision, *Cf. supra*.

<sup>1337</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juil. 2010, n° 08-21.740, *préc.*

<sup>1338</sup> F. MONÉGER et G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français » *op. cit.*, p. 454.

<sup>1339</sup> H. FULCHIRON, « Reconnaissance en France de l’adoption de l’enfant du partenaire de même sexe prononcée à l’étranger » *JCP G* 2010, note 1173, pp. 2216-2218, *spéc.*, p. 2217.

<sup>1340</sup> L’auteur affirme à cet égard : « Il aurait été possible, en effet, de justifier la compatibilité de la décision étrangère avec l’ordre public en sollicitant la théorie dite de “l’effet atténué” de l’ordre public, qui conduit la jurisprudence à se monter plus tolérante à l’égard des institutions étrangères lorsqu’il est demandé au juge français, non pas de créer directement un état de droit nouveau, mais simplement de laisser se produire en France les effets d’une situation déjà constituée sous l’empire d’un ordre juridique étranger » (S. BOLLÉE, *préc.*, *JDI* 2011, comm. 4, pp. 119-124, *spéc.*, p. 123). Cette position est partagée par B. HAFTEL : « Or, précisément, ce



mère biologique de l'enfant et l'enfant lui-même avaient la nationalité française, et « *il n'aurait pas été inconcevable qu'un ordre public de proximité, plus rigoureux, intervienne de ce chef; le libéralisme dont fait preuve la Haute juridiction n'en est que plus remarquable* »<sup>1341</sup>.

571. **Rejet de l'ordre public de proximité.** D'autres auteurs ont également souligné l'absence de l'ordre public de proximité, comme M. FARGE ou P. HAMMJE<sup>1342</sup>. M. FARGE note que « *la faiblesse des liens entre la situation et l'ordre juridique français est passée sous silence* »<sup>1343</sup> et souligne que « *justifier l'effacement de l'ordre public par l'absence de proximité entre la situation et la société française était pourtant avantageux. La démarche aurait permis de souligner que l'affaire jugée ne relevait pas du tourisme procréatif* »<sup>1344</sup>. La seconde, quant à elle, précise « *qu'une telle modération dans le recours à l'ordre public se justifierait d'ailleurs même en termes d'ordre public de proximité, puisque la situation familiale est entièrement ancrée aux États-Unis : la famille y est établie de longue date ; l'enfant y est née, le partenariat y a été conclu ; l'adoption y est obtenue ; l'enfant et la mère biologique possèdent la nationalité américaine* »<sup>1345</sup>.

572. L'hégémonie de l'ordre public plein, en cas d'atteinte aux principes essentiels du droit français, a des conséquences importantes quant à la réalisation des objectifs du droit international privé. En effet, les différentes modalités de l'ordre public international tendent à assurer un équilibre entre la protection des valeurs essentielles du for et les autres objectifs du droit international privé. La prépondérance de l'ordre public plein pourrait venir rompre cet équilibre.

---

*n'est pas sur le fondement de l'effet atténué de l'ordre public, ou du droit à une vie familiale normale, que la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel, mais au motif que la décision étrangère, qui partage l'autorité parentale entre la mère biologique et la "parente" adoptante ne comporte pas de "dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français" » (B. HAFTEL, « Éclairage de droit international privé », AJF 2010, pp. 387-389, spé., pp. 388-389).*

<sup>1341</sup> S. BOLLÉE, *préc.*, JDI 2011, comm. 4, pp. 122-123.

<sup>1342</sup> F. MONÉGER et G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français », *op. cit.*, p. 454.

<sup>1343</sup> M. FARGE, *préc.*, Dr. famille 2010, comm. 156, p. 45.

<sup>1344</sup> *Ibidem.*

<sup>1345</sup> P. HAMMJE, *préc.*, Rev. crit. DIP 2010, p. 751.

## §2. La refonte des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international face aux objectifs du droit international privé

573. Certains auteurs ont, à la suite d'une étude approfondie, distingué trois objectifs principaux qui devaient être réalisés par le droit international privé (A), mais il apparaît que la refonte des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international empêche la réalisation de certains d'entre eux (B).

### A) La détermination des objectifs du droit international privé

574. *Coordination des systèmes de droit privé.* H. BATIFFOL conférait au droit international privé l'objectif de coordination des systèmes de droit privé<sup>1346</sup>. Dans une étude consacrée aux « méthodes de coordination »<sup>1347</sup>, H. BATIFFOL s'est interrogé sur les justifications des choix opérés par les législateurs et les juges qui sont les acteurs de cette coordination. En plus de deux autres méthodes<sup>1348</sup>, H. BATIFFOL distinguait la « méthode téléologique »<sup>1349</sup> qui permet de mettre en perspective les objectifs du droit international privé. Dans le cadre de cette « méthode téléologique », l'auteur tente d'identifier les facteurs importants « de l'élaboration du droit positif »<sup>1350</sup> qui permettraient de parvenir à cette coordination des systèmes de droit privé. La question est donc la suivante : quels sont les facteurs qui doivent être suivis par le législateur ou les juges pour réaliser la coordination des systèmes de droit privé ? H. BATIFFOL se propose d'étudier ces « facteurs » en abordant trois « notions »<sup>1351</sup> distinctes : « l'insuffisance du caractère exclusif de protection de la personne »<sup>1352</sup>, « l'harmonie internationale des solutions »<sup>1353</sup>, et « l'utilité privée »<sup>1354</sup>.

---

<sup>1346</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., p. 142, n° 63.

<sup>1347</sup> *Ibidem*, pp. 142-227.

<sup>1348</sup> Les deux autres méthodes sont « l'appel au droit naturel » et « la constatation sociologique ».

<sup>1349</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., pp. 195-227.

<sup>1350</sup> *Ibidem*, p. 196, n° 89.

<sup>1351</sup> *Ibid.*, p. 197, n° 89.

<sup>1352</sup> *Ibid.*, p. 196, n° 89.

<sup>1353</sup> *Ibid.*, p. 196, n° 89.

<sup>1354</sup> *Ibid.*, p. 197, n° 89. Pour une présentation de ces trois notions, Cf. également : M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, p. 181 et s. ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 66 et s. ; P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, PUF, 1981, p. 277 et s.

575. La première notion est établie suite à la constatation de l’échec de la doctrine personnaliste de MANCINI<sup>1355</sup>. La doctrine personnaliste de MANCINI postulait que « *la loi est faite pour les personnes, non pour les choses* »<sup>1356</sup> et par conséquent « *la loi nationale de chaque personne a la compétence de principe pour régir les relations concernant cette personne* »<sup>1357</sup>. Cependant, étant donné que cette doctrine était mise en échec par son caractère impraticable<sup>1358</sup>, H. BATIFFOL inversa le postulat initial de la doctrine de MANCINI. Ainsi, selon H. BATIFFOL, la loi est faite pour une collectivité et l’individu « *en est certes le destinataire, mais en tant que membre de la collectivité* »<sup>1359</sup>. Par conséquent, l’un des objectifs du droit international privé serait la protection de la collectivité.

576. S’agissant de la deuxième notion, à savoir « *l’harmonie internationale des solutions* », H. BATIFFOL rappelle qu’elle avait déjà été évoquée par certains auteurs américains, dont E. RABEL<sup>1360</sup>. Pour H. BATIFFOL, en plus de heurter le « *bon sens* »<sup>1361</sup>, « *les manques d’harmonie vont directement contre les intérêts individuels par les incohérences et les surprises qu’ils engendrent* »<sup>1362</sup>. Cependant, l’auteur concède que le souci d’harmonie internationale des solutions ne peut constituer l’objectif exclusif du droit international privé pour deux raisons, la première tenant à l’existence des spécificités de chaque système<sup>1363</sup> et la seconde concernant

---

<sup>1355</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, p. 197 et s.

<sup>1356</sup> *Ibidem*, p. 197, n° 90.

<sup>1357</sup> *Ibid.*

<sup>1358</sup> L’échec de la doctrine personnaliste de MANCINI résulte de ce que H. BATIFFOL a pu appeler « *l’impraticabilité d’une compénétration systématique des lois nationales* ». En effet, la doctrine personnaliste se heurte rapidement à une série d’obstacles insurmontables dans sa mise en œuvre. L’exemple le plus significatif est très certainement celui choisi par H. BATIFFOL lui-même et qui concerne la propriété des meubles. L’application de la doctrine personnaliste aboutit à soumettre la propriété des meubles à la loi nationale du propriétaire. Or, comme le souligne H. BATIFFOL, cette solution est un non-sens chaque fois qu’il s’agira de départager un possesseur et un revendiquant qui seront de nationalités différentes puisque la question est justement de déterminer qui est le propriétaire (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, p. 198, n° 90).

<sup>1359</sup> *Ibidem*.

<sup>1360</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, p. 213, n° 96. S’agissant de l’œuvre d’ E. RABEL: Cf. E. RABEL, « Private Laws of Western Civilization: Part IV. Civil Law and Common Law », *Louisiana Law Review* 1950, vol. 10, n° 4, pp. 431-460, spé., p. 452 ; E. RABEL, *The Conflict of Laws: A comparative study*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2<sup>nd</sup> ed., vol. I, 1958, vol. II, 1960, vol. III, 1964.

<sup>1361</sup> L’auteur affirme de manière plus précise : « *Les mariages “à validité géographiquement limitée” font regarder deux mêmes personnes comme époux dans un pays, concubins, ou bigames dans un autre : le bon sens proteste* » (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, p. 213, n° 97).

<sup>1362</sup> *Ibidem*.

<sup>1363</sup> « *La première est que les défauts de coordination relevés tiennent à l’existence de systèmes autonomes dont la spécificité résiste à la coordination ; si la coordination est désirable, elle ne saurait être obtenue par la suppression de cette spécificité parce que celle-ci est la donnée première du problème ; la coexistence de systèmes distincts appelle une coordination, mais celle-ci ne peut être parfaite, à raison du lien inéluctable entre la teneur de chaque système et ses règles de conflit* » (*Ibid.*).

l'absence de « *guide* » permettant de choisir entre deux règles de conflit compatibles l'une et l'autre avec les systèmes en présence<sup>1364</sup>.

577. Enfin, la troisième notion aurait été mise en lumière par P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et concerne la nécessité de préserver ou de respecter les intérêts privés. Cependant, H. BATIFFOL souligne que « *l'utilité privée se présente comme un objectif insuffisant. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE préconisant l'attention aux intérêts privés en jeu a souligné en même temps que les intérêts généraux dont l'État a la garde ne devaient pas, pour autant, être perdus de vue* »<sup>1365</sup>.

578. **Objectifs du droit international privé.** L'étude de ces trois « *notions* » par H. BATIFFOL, selon la méthode téléologique, a permis de dégager les objectifs du droit international privé. M.-C. NAJM et M. SOULEAU-BERTRAND rappellent que la démarche utilisée par H. BATIFFOL n'est pas sans rappeler celle de G. KEGEL<sup>1366</sup>. En effet, G. KEGEL<sup>1367</sup> avait recherché les intérêts que le droit international privé devait « *s'efforcer de satisfaire* »<sup>1368</sup>. Cette recherche était effectuée sur la base d'une « *idée fondamentale* »<sup>1369</sup>, à savoir la distinction entre « *la justice de droit international privé* »<sup>1370</sup> et la « *justice de droit matériel* »<sup>1371</sup>. G. KEGEL distinguait ainsi trois intérêts : « *l'intérêt des parties* », « *l'intérêt du commerce international* » et « *l'intérêt propre à l'ordre juridique* »<sup>1372</sup>. A. BUCHER souligne que « *[c]es intérêts ne représentent pas seulement des thèmes de réflexion, mais ils sont pourvus d'une force*

---

<sup>1364</sup> « *La seconde raison est que, un choix étant supposé possible entre deux règles de conflit compatibles l'une et l'autre par hypothèse avec les systèmes en présence, la formule de l'harmonie des solutions ne donne pas de guide pour le choix à effectuer* » (*Ibid.* p. 214, n° 97).

<sup>1365</sup> *Ibid.*, p. 225, n° 101.

<sup>1366</sup> M. SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, pp. 184-185, n°360 ; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux, op. cit.*, pp. 68-71, n° 66.

<sup>1367</sup> Pour une présentation de la pensée de cet auteur, Cf. notamment : G. KEGEL, « *Begriffs - und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht* » : *Mélanges H. LEWALD*, Helbing et Lichtenhahn, 1953, pp. 259-288 ; G. KEGEL, « *The crisis of the conflict of laws* », *RCADI* 1964, t. 112, p. 91 et s. ; P. FRANCESCAKIS, « *Compte rendu de "Begriffs - und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht"* », *Rev. crit. DIP* 1954, pp. 238-243 ; H. BATIFFOL, « *Les intérêts de droit international privé* » : *Mélanges G. KEGEL*, Frankfurt am Main : A. Metzner, 1977, pp. 11-21.

<sup>1368</sup> M. SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, p. 184, n° 360.

<sup>1369</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux, op. cit.*, p. 68, n° 66.

<sup>1370</sup> Présentée en langue allemande : « *Internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit* » par H. BATIFFOL (H. BATIFFOL, « *Les intérêts de droit international privé* », *op. cit.*, p. 13).

<sup>1371</sup> M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux, op. cit.*, p. 68, n°66 ; G. KEGEL, « *The crisis of the conflict of laws* », *RCADI* 1964, t. 112, spé., p. 185.

<sup>1372</sup> A. BUCHER, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP* 1993-1995, p. 214.

*normative, étant donné que l'auteur allemand en déduit directement des solutions pour le droit positif*»<sup>1373</sup>. En dépit de la concordance<sup>1374</sup> perceptible entre les travaux de G. KEGEL et d'H. BATIFFOL, ce dernier distingue des intérêts différents : « *les intérêts privés* », « *les intérêts généraux de la collectivité* » et « *les intérêts propres de la société internationale* »<sup>1375</sup>. C'est à la lumière de ces développements fondamentaux que seront appréciés les effets des principes essentiels du droit français sur les objectifs du droit international privé et plus précisément sur la défense des intérêts privés.

## **B) La prévalence de la protection de la collectivité et de la cohésion de l'ordre juridique du for**

579. Le choix opéré entre les différentes modalités de mise en œuvre de l'ordre public international n'est pas neutre, car chacune de ces modalités accorde une place différente aux valeurs du for dans le traitement des relations internationales<sup>1376</sup>. Le choix opéré par la Cour de cassation d'évincer systématiquement l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité en cas d'atteinte à des principes essentiels du droit français illustre cette absence de neutralité. En effet, l'hégémonie de l'ordre public plein tend à accorder aux valeurs fondamentales du for une importance considérable, au détriment de certains objectifs du droit international privé et des intérêts privés. Plusieurs observations permettent de prendre la mesure du phénomène.

580. ***Prépondérance de la protection de la collectivité.*** Premièrement, l'hégémonie de l'ordre public plein en présence de principes essentiels du droit français tend à suggérer que l'objectif de protection de la collectivité et le principe de cohésion de l'ordre juridique du for devraient prévaloir sur les autres objectifs du droit international privé. Cette démarche, qui n'est pas en elle-même critiquable, a cependant le défaut de n'être réalisée qu'au travers des principes essentiels du droit français qui sont de source purement nationale. La problématique est donc

<sup>1373</sup> A. BUCHER, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 1993-1995*, pp. 209-237, spé., p. 215 ; dans le même sens : Cf. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre les systèmes laïques et systèmes religieux*, *op. cit.*, p. 70, n° 66.

<sup>1374</sup> Tout en soulignant les apports de G. KEGEL, H. BATIFFOL avait affirmé que le résultat obtenu par cet auteur selon la démarche déductive était en « *concordance substantielle* » avec sa vue des choses (H. BATIFFOL, « Les intérêts de droit international privé » *op. cit.*, pp. 11-21, spé., p. 12).

<sup>1375</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 229 et s.

Cependant, comme le souligne M. SOULEAU-BERTRAND, il est possible de distinguer trois intérêts communs entre H. BATIFFOL et G. KEGEL : « *l'intérêt des parties* », « *les intérêts du commerce international* » et « *les intérêts de l'ordre juridique* » (M. SOULEAU-BERTRAND, *op. cit.*, p. 184, n° 360).

<sup>1376</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 333, n° 125.

entière : la source nationale d'un principe justifie-t-elle, à elle seule, la prépondérance d'un seul objectif du droit international privé ? La dynamique adoptée par la Cour régulatrice se situe à contre-courant de l'évolution de l'exception d'ordre public international. En commentant l'évolution de l'exception d'ordre public international, R. LIBCHABER avait noté, il y'a plusieurs décennies, que l'exception d'ordre public était « *bien moins préoccupée de réaliser les objectifs législatifs du for* » et « *bien moins soupçonnée d'être le vecteur d'un quelconque impérialisme du droit français* »<sup>1377</sup>. À l'inverse, l'hégémonie de l'ordre public plein en présence des principes essentiels du droit français, de source purement nationale, tend à faire de l'exception d'ordre public le vecteur de l'impérialisme du droit français dont la préoccupation première serait de réaliser les objectifs législatifs du for. La détermination de la modalité de mise en œuvre en fonction de la source de l'ordre public international constitue le remède le plus extrême pour parvenir à la préservation des valeurs du for. La compatibilité de cette méthode avec l'objectif ultime du droit international privé de coordination des systèmes de droit privé est loin d'être évidente.

581. ***Intérêts privés et sécurité juridique.*** Deuxièmement, la mise à l'écart systématique de l'ordre public atténué et de l'ordre public de proximité en présence des principes essentiels du droit français réduit la portée des avantages conférés par chacune de ces modalités de mise en œuvre. Ces deux modalités de mise en œuvre tendent à la préservation des intérêts privés, notamment en favorisant l'harmonie internationale des solutions. En effet, comme le rappelle P. KINSCH : « *c'est le souci de la sécurité juridique qui justifie la théorie de l'effet atténué de l'ordre public [...] et c'est aussi lui qui, conjugué au principe de la proportionnalité, explique le mécanisme de l'ordre public de proximité* »<sup>1378</sup>. Comme le précise également L. GANNAGÉ : « *Dans le domaine du droit de la famille en particulier, le sacrifice des valeurs du for est alors justifié par la nécessité de respecter la stabilité de l'état des personnes. C'est la sécurité juridique qui s'impose ici comme valeur suprême au détriment d'autres valeurs substantielles de l'ordre du for* »<sup>1379</sup>. L'hégémonie de l'ordre public plein suggère que la Cour régulatrice se montre particulièrement réticente à sacrifier les valeurs essentielles du for au profit de l'intérêt privé et l'harmonie internationale des solutions. Cependant, en rompant l'équilibre instauré par la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué, la

---

<sup>1377</sup> R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p. 81, n° 18.

<sup>1378</sup> P. KINSCH, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318, p. 254, n° 199.

<sup>1379</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357, p. 340, n° 133.

préservation de l'intérêt des parties et de l'harmonie internationale des solutions est toute relative.

582. **Droits subjectifs.** Enfin, la mise à l'écart explicite de l'ordre public de proximité pourrait illustrer la volonté de la Cour régulatrice de rompre avec la défense des droits subjectifs au détriment de la défense des valeurs du for. En effet, comme le souligne J. GUILLAUMÉ : « *En conditionnant le jeu de l'ordre public de proximité à l'existence d'un rattachement personnel et/ou territorial, la jurisprudence ne défend pas une valeur essentielle de la société française, mais un droit subjectif de la personne* »<sup>1380</sup>. Néanmoins, le remède suggéré par la Cour régulatrice pour faire prévaloir la protection des valeurs essentielles du for, au détriment des droits subjectifs, n'apparaît-il pas comme extrême ?

583. La reconfiguration des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international proposée par la Cour régulatrice doit être confrontée avec les solutions proposées par cette dernière. Cette confrontation laisse apparaître certains doutes quant à la concrétisation de l'hégémonie de l'ordre public plein.

## **Sous-section 2 : La portée de l'hégémonie de l'ordre public plein en cas d'atteinte aux principes essentiels du droit français**

584. L'hégémonie de l'effet plein de l'ordre public international est tout d'abord « *imparfaite* », car elle n'exclut pas totalement les autres modalités de mise en œuvre de l'ordre public international (§1) et elle est également « *précaire* » en raison de certains bouleversements jurisprudentiels récents qui ont déstabilisé les modalités de mise en œuvre de l'ordre public international (§2).

### **§1. L'hégémonie « *imparfaite* » de l'effet plein de l'ordre public international**

585. Les deux décisions<sup>1381</sup> rendues par la Cour de cassation le 27 septembre 2017 ont fait l'objet de nombreux commentaires et l'une des questions les plus débattues concerne les

---

<sup>1380</sup> J. GUILLAUMÉ, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 305, n° 22.

<sup>1381</sup> Cass. Ire civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

modalités de mises en œuvre de l’ordre public international. En effet, bien que la lecture de ces deux décisions laisse peu de place à l’hypothèse de la mise en œuvre de l’ordre public de proximité (A), elle ne permet pas d’affirmer avec certitude que seul l’effet plein de l’ordre public est amené à être mis en œuvre en cas d’atteinte aux principes essentiels du droit français (B).

### A) Le rejet de la mise en œuvre de l’ordre public de proximité

586. **Rejet de l’ordre public de proximité.** Il est difficile de percevoir dans les deux décisions du 27 septembre 2017<sup>1382</sup> une mise en œuvre de l’ordre public de proximité pour au moins deux raisons.

587. La première tient au rejet de la méthode « classique » de l’ordre public de proximité. En effet, la mise en œuvre « classique » de l’ordre public de proximité implique de prendre en compte la proximité de la situation avec le for. Or, dans les deux décisions précitées, la Cour régulatrice adopte la position inverse en prenant en compte les liens que la situation entretient avec l’ordre juridique étranger pour déduire de l’absence de contrariété à l’ordre public international<sup>1383</sup>. Pour B. ANCEL, ces deux décisions ont bien un « caractère inédit »<sup>1384</sup> puisque la Cour privilégie les liens avec l’ordre juridique étranger tout passant sous silence les liens pourtant très étroits que la situation avait avec la France<sup>1385</sup>. Un auteur a pu considérer que la Cour régulatrice avait mis en œuvre le « corollaire »<sup>1386</sup> de l’ordre public de proximité, à savoir « l’ordre public d’éloignement », puisque « l’éloignement de la situation paralyse le jeu de l’exception d’ordre public faute de liens suffisants avec le for »<sup>1387</sup>.

588. Cependant, à notre sens, la démarche de la Cour régulatrice ne correspond qu’en apparence à la mise en œuvre de l’ordre public d’éloignement. En effet, la mise en œuvre de l’ordre public d’éloignement n’implique pas de mesurer que les liens entre la situation et l’ordre

<sup>1382</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>1383</sup> É. FONGARO, *préc.*, JCP N 2017, 1305, pp. 43-46, spé., p. 46 ; dans le même sens : Cf. D. VINCENT, *préc.*, Dr. famille 2018, étude 13, pp. 16-19, spé., p. 18, n° 14.

<sup>1384</sup> B. ANCEL, *préc.*, Rev. crit. DIP 2018, pp. 87-98, spé., p. 96.

<sup>1385</sup> « Les arrêts innovent ainsi lorsque taisant cette fidélité à la patrie d’origine, ils privilégient les liens avec la Californie – qui justifient la désignation de la loi californienne – au détriment des liens avec la France qui pourtant étaient nettement caractérisés » (*Ibidem*).

<sup>1386</sup> D. SINDRES, « Vers la disparition de l’ordre public de proximité ? », JDI 2012, doct. 10, pp. 887-901, spé., p. 894, n° 14.

<sup>1387</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2017, p. 2191.



juridique étranger soient plus forts que les liens que cette même situation entretient avec l'ordre juridique du for<sup>1388</sup>. La mise en œuvre de l'ordre public d'éloignement implique simplement de constater l'exclusion du jeu de l'ordre public étant donné que la situation n'a pas de liens « *suffisants* » avec l'ordre juridique du for. La Cour de cassation se garde de constater que les liens entre les situations et le for ne sont pas suffisants. En réalité, elle constate l'étroitesse des liens entre les situations et l'ordre juridique étranger et elle accorde une préférence à ces liens au détriment de ceux qui existent avec son propre ordre juridique, qui peuvent difficilement être plus ténus. Comme le suggère un auteur : « *On peinerait à déterminer dans quelle situation les liens avec la France seraient suffisamment caractérisés* »<sup>1389</sup>. Par conséquent, au regard de la difficulté de concevoir des situations qui présenteraient des liens plus étroits avec le for, les liens existants en l'espèce avec le for ne peuvent être considérés comme étant insuffisants. Le raisonnement de la Cour de cassation suggère que cette dernière a volontairement nié cette suffisance pour privilégier une proximité avec un ordre juridique étranger.

589. La seconde raison est beaucoup moins explicite et réside dans le silence de la Cour régulatrice. Dans l'une des décisions du 27 septembre 2017<sup>1390</sup>, les demandeurs invoquaient la mise en œuvre de l'ordre public de proximité en raison des liens très étroits que la situation présentait avec le for<sup>1391</sup>. Ces liens étroits étaient : la nationalité française du défunt et de tous les héritiers, la résidence de trois héritiers en France le fait qu'une partie de la succession était composée de meubles situés en France<sup>1392</sup>. La Cour régulatrice ne donne aucun élément permettant de répondre directement à ce moyen et l'argument n'a donc reçu « *aucun écho* »<sup>1393</sup>.

---

<sup>1388</sup> La doctrine s'accorde pour définir l'ordre public d'éloignement comme la mise à l'écart du jeu de l'ordre public en raison de l'absence de liens suffisants avec le for. Pour l'adoption de cette définition Cf. par ex : D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2012, doct.10, p. 894, n° 14 ; J. FOYER, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. crit. DIP* 1993, pp. 620-632, spé., pp. 629-630 ; J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2017, p. 2191.

<sup>1389</sup> D. VINCENT, *préc.*, *Dr. famille* 2018, étude 13, p. 18, n° 14.

<sup>1390</sup> Cass. 1e civ., 27 sept. 2017, n°16-13.151, *préc.*

<sup>1391</sup> S. TORRICELLI-CHIFRI, « Ordre public international : le “dépeçage” de la réserve héréditaire », *Rev. Lamy. dr. civ. nov.* 2017, n° 153, pp. 30-35, spé., p. 33.

<sup>1392</sup> Le moyen était rédigé en ces termes : « *Qu'en ne recherchant pas si le litige conservait avec la France un lien privilégié dès lors que Michel Colombier, bien qu'il ait résidé aux États-Unis les trente dernières années de sa vie, qu'y soient nés ses trois derniers enfants et qu'y soient situés son patrimoine immobilier et une partie de son patrimoine mobilier, avait conservé la nationalité française qu'il avait transmise à tous ses enfants, même ceux nés aux États-Unis, que trois de ses enfants résidaient en France et qu'une partie de sa succession était composée de meubles situés en France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 3 du code civil* ».

<sup>1393</sup> S. TORRICELLI-CHIFRI, *préc.*, *Rev. Lamy. dr. civ. nov.* 2017, n° 153, p. 33.

Par conséquent, il est difficile d’admettre que la Cour régulatrice a bien mis en œuvre l’ordre public de proximité<sup>1394</sup>.

590. **Appréciation de la proximité.** Notons également que l’appréciation de la proximité avec le for a suscité un vaste débat. Si certains auteurs ont reproché à la Cour régulatrice d’avoir apprécié la proximité uniquement à l’aune du défunt<sup>1395</sup>, d’autres ont approuvé cette solution. C’est le cas d’E. BENDELAC<sup>1396</sup> qui considère cette solution comme « *logique* »<sup>1397</sup> notamment parce qu’elle respecte les dernières volontés du *de cujus*<sup>1398</sup>. Pour cet auteur, l’appréciation de la proximité avec la France en fonction des demandeurs aurait conduit à l’éviction de la loi californienne au profit de la loi française alors que les défunts n’avaient plus de liens directs avec la France à l’exception de leur nationalité<sup>1399</sup>. L’auteur affirme également : « *La nationalité n’étant plus un critère de rattachement pertinent en droit international privé français et la liquidation d’une succession étant rattachée au défunt et non à ses héritiers, la proximité ne pourrait être appréciée en regard des héritiers. Enfin, l’ensemble des critères de rattachement connus en droit international des successions s’applique en référence au défunt et non aux héritiers* »<sup>1400</sup>.

591. La démonstration ne convainc que partiellement, notamment en raison du paradoxe qui est contenu dans la solution de la Cour régulatrice. En effet, si la Cour de cassation apprécie la proximité de la situation avec la Californie en référence au défunt, elle ne peut s’empêcher de souligner que ses trois derniers enfants sont nés dans cet État<sup>1401</sup>. Par conséquent, l’appréciation

---

<sup>1394</sup> Notons cependant qu’un auteur a pu voir dans ces deux décisions « *une utilisation de la mise en œuvre de la proportionnalité pour la mise en œuvre de l’exception d’ordre public* » (K. BIHANNIC, *préc.*, *RDLF* 2018, chron. 6, n° 23).

<sup>1395</sup> Nombreux sont les auteurs qui déplorent l’absence de prise en compte de la proximité avec le for au regard des héritiers : Cf. M. GORÉ, « Requiem pour la réserve héréditaire », *Deffrénois* 2017, n°22, pp. 23-25, spé., p. 24 ; S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER, « Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire ! » *RJPF*, déc. 2017, pp. 44-48, spé., p. 47 ; I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Les incidences des arrêts du 27 septembre 2017 en droit international privé », *Dr. famille* 2018, dossier 25, pp. 25-27, spé., p. 27, n° 13 ; D. SINDRES avait notamment souligné : « *On ne voit guère, d’abord, en quoi la force des liens du défunt avec l’État de son dernier domicile présente une quelconque pertinence sous les auspices de l’exception d’ordre public international* » (D. SINDRES, « Les délices de l’hubris, réflexions à partir de quelques arrêts récents de la Cour de cassation en droit international privé », *D.* 2017, pp. 2544-2545, spé., p. 2545).

<sup>1396</sup> Cf. E. BENDELAC, « Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n’est pas en soi contraire à l’ordre public international français », *LPA* 15 déc. 2017, pp. 16-21 ; E. BENDELAC, « Conflits de lois », *JDI* 2018 comm. 3, pp. 113-124.

<sup>1397</sup> E. BENDELAC, *préc.*, *JDI* 2018 comm. 3, p. 123.

<sup>1398</sup> *Ibidem.*

<sup>1399</sup> *Ibid.*

<sup>1400</sup> *Ibid.*

<sup>1401</sup> Il est ainsi indiqué « *que Michel X résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants* » (Cass.1re civ., 27 sept. 2017, n°16-13.151, *préc.*).

de la proximité ne se fait pas uniquement en référence au défunt, elle se fait également en prenant en compte le lieu de naissance de certains héritiers. Le paradoxe est alors perceptible : si la proximité ne doit pas s'apprécier en référence aux héritiers, pourquoi la Cour régulatrice apprécie-t-elle cette même proximité en prenant en compte les héritiers nés en Californie tout en délaissant les autres héritiers ? Soit la proximité est appréciée au regard du seul défunt, soit elle ne l'est pas. De plus, si cette proximité est appréciée en fonction des héritiers, n'est-il pas préférable de l'apprécier au regard de ceux qui réclament la protection de l'ordre public international comme le prévoit la mise en œuvre de l'ordre public de proximité<sup>1402</sup> ?

## **B) Une mise en œuvre délicate de l'effet plein de l'ordre public international**

592. *Effet plein de l'ordre public international* ? Nous partageons l'étonnement de certains auteurs à la lecture des arrêts du 27 septembre 2017<sup>1403</sup> : comment la Cour régulatrice peut-elle utiliser des critères de proximité alors que justement, dans son rapport de 2013, elle avait affirmé que seul l'effet plein de l'ordre public pouvait intervenir en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français<sup>1404</sup> ? Si la solution donnée par la Cour régulatrice dans les deux arrêts du 27 septembre 2017<sup>1405</sup> est énigmatique, une question essentielle demeure : l'application d'une loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire et qui heurte les principes essentiels du droit français conduira-t-elle à une mise en œuvre de l'ordre public plein ? Autrement dit, quelle sera la réaction de l'ordre public international si une loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire place un héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin ? Il apparaît que la seule mise en œuvre de l'ordre public plein en présence de principes essentiels du droit français est loin d'être assurée. Plusieurs hypothèses sont alors envisageables.

593. *Première hypothèse : l'application de la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire place l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin, mais la situation du défunt ne présente pas de liens de proximité avec le for.*

---

<sup>1402</sup> S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER, *préc.*, *RJPF* déc. 2017, p. 47 ; Cf. également : D. SINDRES, *préc.*, *D.* 2017, p. 2545.

<sup>1403</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

<sup>1404</sup> S. GODECHOT-PATRIS et S. POTENTIER, *préc.*, *RJPF* déc. 2017, p. 47.

<sup>1405</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

594. Dans la première hypothèse, l'application de la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire place l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin. Cependant, l'appréciation de la proximité de la situation, au regard du seul défunt, révèle que cette situation n'a pas de liens très étroits avec le for. Plusieurs solutions sont alors possibles.

- a. La première solution consiste à mettre en œuvre l'ordre public plein étant donné que l'application de la loi étrangère, qui ne connaît pas la réserve héréditaire place l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin, heurte les principes essentiels du droit français. Cette solution serait donc en accord avec celle qui préconise que seul l'ordre public plein puisse être mis en œuvre en présence de principes essentiels du droit français.
- b. La seconde solution découle d'une application littérale de la solution donnée par la Cour de cassation dans les deux arrêts du 27 septembre 2017<sup>1406</sup>. En effet, la situation du défunt ne présente pas de liens étroits avec le for et par conséquent, elle présente forcément des liens plus étroits avec l'ordre juridique étranger. Deux alternatives se présentent :
  - i. La loi étrangère est considérée comme contraire aux principes essentiels du droit français parce que son application conduit à placer l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin. Ainsi, l'atteinte aux principes essentiels du droit français l'emporte sur l'absence de proximité de la situation avec le for.
  - ii. La loi étrangère n'est pas considérée comme contraire aux principes essentiels du droit français, car la situation présente des liens plus étroits avec l'ordre juridique étranger et l'ordre public international du for n'est pas « *concerné* ». Ainsi, l'atteinte aux principes essentiels du droit français s'efface devant l'importance de la proximité de la situation avec l'ordre juridique étranger.

---

<sup>1406</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

595. *Deuxième hypothèse* : l'application de la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire place l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin et la situation du défunt présente des liens de proximité avec le for.

596. Dans la deuxième situation, l'application de la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire place l'héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin. Néanmoins, l'appréciation de la proximité de la situation, au regard du seul défunt, révèle que la situation présente des liens très étroits avec le for. Plusieurs solutions sont ici envisageables.

- a. La première consiste encore une fois à mettre en œuvre l'ordre public plein en considérant que la loi étrangère est contraire aux principes essentiels du droit français.
- b. La seconde solution consisterait à déduire la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public international en raison d'une atteinte aux principes essentiels du droit français, mais également en raison de la proximité de la situation avec le for. Cependant, cette deuxième solution ne reviendrait-elle pas finalement à mettre en œuvre l'ordre public de proximité en présence de principes essentiels du droit français ?

597. Ces deux hypothèses illustrent que la mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public en présence de principes essentiels du droit français n'est pas aussi systématique et aisée qu'on pourrait le croire. En effet, rares sont les hypothèses où l'effet plein de l'ordre public sera mis en œuvre. La première hypothèse est assez révélatrice, car une certaine interprétation de la solution de la Cour régulatrice dans les deux arrêts du 27 septembre 2017<sup>1407</sup> pourrait conduire à faire prévaloir la proximité de la situation avec un ordre juridique étranger sur l'atteinte aux principes essentiels du droit français et donc à ne pas mettre en œuvre l'ordre public plein.

## **§2. L'hégémonie « précaire » de l'effet plein de l'ordre public international**

598. L'hégémonie de l'effet plein de l'ordre public en présence de principes essentiels du droit français est devenue « précaire » au regard de l'évolution de la jurisprudence relative aux effets

---

<sup>1407</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198, *préc.*

en France des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. Si l'effet plein de l'ordre public international a été mis en œuvre en présence du principe essentiel du droit français d'indisponibilité de l'état des personnes (A), il a subi une disparition inattendue en l'espace de quelques années sous l'effet de plusieurs facteurs extérieurs dont notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (B).

### **A) La mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public international**

599. Peu de mises en œuvre de l'effet plein de l'ordre public international n'ont été effectuées avec autant de force que celles qui ont pu être observées dans les trois arrêts du 6 avril 2011<sup>1408</sup> portant sur la transcription des actes de naissances d'enfants issus de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. Le contraste entre l'avis de l'avocat général et les solutions de la Cour régulatrice illustre parfaitement cette tendance.

600. L'avocat général M. DOMINGO avait préconisé la cassation après avoir conclu en ces termes :

*« En résumé, sans prendre parti sur la question de l'atteinte au principe de non-discrimination évoqué à la 5<sup>e</sup> branche, il m'apparaît, les première et quatrième branches du moyen étant réunies, que l'ordre public international, fût-il de "proximité" ne saurait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction étrangère de produire en France les effets juridiques qui en dérivent – notamment au regard de la transcription des actes d'état-civil – lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par notre pays »<sup>1409</sup>.*

601. Ainsi, la mise en œuvre de l'ordre public de proximité et de l'ordre public plein avait été exclue<sup>1410</sup>. La Cour régulatrice s'était prononcée dans un sens radicalement différent en mettant en œuvre l'effet plein de l'ordre public en présence du principe essentiel du droit français

---

<sup>1408</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>1409</sup> M. DOMINGO, « Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille », *Gaz. Pal.* 2011, 3, jurispr. pp. 1489-1497, spé., p. 1497.

<sup>1410</sup> Sur la question de l'exclusion de la mise en œuvre de l'ordre public international dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, *Cf. infra.*

d'indisponibilité de l'état des personnes. Si cette mise en œuvre de l'effet plein est si marquante, c'est notamment parce qu'elle a été considérée comme particulièrement sévère. Cette sévérité s'illustre par plusieurs facteurs.

602. **Indisponibilité de l'état des personnes.** Tout d'abord, le choix opéré par la Cour régulatrice de mobiliser le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, et uniquement celui-ci, peut surprendre. En effet, dans un arrêt du 31 mai 1991<sup>1411</sup> l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait mobilisé les principes d'indisponibilité de l'état des personnes et celui de l'indisponibilité du corps humain pour prononcer la nullité des contrats de maternité pour autrui, cette jurisprudence ayant été entérinée par le législateur<sup>1412</sup>.

---

<sup>1411</sup> Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *préc.* L'assemblée plénière avait alors affirmé que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Les circonstances qui entourent cette décision sont très particulières et méritent d'être rappelées. Tout d'abord cet arrêt a été rendu à la suite d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Ce type de pourvoi ne peut être formé que par le procureur général de la Cour de cassation « *s'il apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder* » (L. n° 67-523, 3 juil. 1967, [relative à la Cour de cassation, art 17]). Il convient de noter que la cassation n'a alors aucun effet à l'égard des parties. Ensuite, c'est au cours de cette procédure que la Cour de cassation a entendu pour la première fois un *amicus curiae*. J. BERNARD, président du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avait alors rappelé les arguments ayant conduit ce comité à ne pas accepter les mères de substitutions. Ces arguments étaient alors à la fois financiers, biologiques et affectifs (J. BERNARD, *JCP G* 1991, II, n° 21752, pp. 377-378, spé., p. 377). Enfin, ce pourvoi dans l'intérêt de la loi est intervenu en réaction aux deux décisions de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990. Dans la première de ces décisions, un couple stérile avait eu recours à une gestation pour autrui et l'enfant était né à Marseille. La Cour d'appel de Paris avait notamment considéré que « *la maternité de substitution, en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelles de ceux qui y souscrivent, hors de toutes préoccupations lucratives doit être considérée comme licite et conforme à l'ordre public* » tout en admettant l'adoption par le mari, père biologique de l'enfant (B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU, *JCP G* 1991, II, n° 21653, pp. 107-115). Dans la deuxième décision, un couple français, également stérile, avait eu recours à une mère porteuse sur le territoire des États-Unis (Kentucky). L'enfant avait été déclaré à l'état civil américain sous le nom de son père biologique, à savoir le mari du couple de français. Le couple avait alors déposé une requête en adoption plénière qui fût rejetée par le tribunal de Paris. Toute la question était de déterminer la conformité de « *la maternité pour autrui* » à l'ordre public international français. La Cour d'appel de Paris avait alors considéré que « *la maternité pour autrui, pratiquée dans des conditions exclusives de tout mercantilisme, ne heurte pas la conception française de l'ordre public international* » (F. BOULANGER, *D.* 1990, jurispr, pp. 540-544, spé., p. 542). Ces deux décisions ont été considérées comme « *provocatrices* » car elles prenaient le contrepied des solutions de la Cour régulatrice et parce qu'elles étaient le résultat d'une lecture libérale de la Déclaration de 1789 (B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU, *JCP G* 1991, II, n° 21653, pp. 107-115, spé., p. 108).

<sup>1412</sup> L'interdiction de la gestation pour autrui a été posée explicitement en France par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain qui a introduit l'article 16-7 du Code civil qui dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », cette nullité étant d'ordre public (art.16-9 du Code civil). La volonté du législateur d'entériner l'appréciation de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ressort très clairement des travaux préparatoires (*Cf.* par ex : B. BIOULAC, *Rapport de la mission d'information sur la bioéthique de l'Assemblée nationale*, Doc AN n° 2871, 2<sup>ème</sup> session ordinaire, déposé le 30 juin 1992).

603. Cependant, le principe d’indisponibilité du corps humain est totalement absent des décisions rendues le 6 avril 2011<sup>1413</sup>. Pour F. CHÉNEDÉ, l’absence de référence au principe d’indisponibilité du corps humain s’explique par la volonté de la Cour régulatrice « *de stigmatiser le comportement des parents, qui cherchent à conférer à l’enfant un état contraire au droit français de la filiation, plutôt que celui de la mère-porteuse, qui dispose de son corps au profit d’autrui moyennant, sinon rémunération, du moins indemnité* »<sup>1414</sup>.

604. **Principe essentiel du droit français.** De plus, l’élévation du principe de l’indisponibilité de l’état des personnes au rang des principes essentiels du droit français ne s’imposait pas avec évidence<sup>1415</sup>. Certains commentateurs ont douté de l’intangibilité de ce principe, et de sa « *force absolue* »<sup>1416</sup>, au regard des nombreuses remises en cause et exceptions dont il a pu faire l’objet : « *On rappellera la possibilité, acquise depuis les arrêts de l’assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992, pour un transsexuel d’obtenir dans des conditions précises un changement de sexe sur son état civil. Les noms et prénoms sont aussi objet d’une certaine disponibilité tandis que l’adoption plénière représente bien un mode de disposition des liens de filiation* »<sup>1417</sup>. P. HAMMJE considère que « *loin de constituer le cœur de l’ordre public, le principe d’indisponibilité de l’état semblerait plutôt être l’instrument technique de l’extension à l’international de l’article 16-7 du Code civil* »<sup>1418</sup>.

605. **Exclusion de l’ordre public de proximité et de l’effet atténué.** Ensuite, et il s’agit très certainement de l’élément le plus déterminant, la Cour régulatrice a exclu la mise en œuvre de l’ordre public de proximité et de l’ordre public atténué en dépit de la proximité de la situation

---

<sup>1413</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>1414</sup> F. CHÉNEDÉ, « Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJF* 2011, pp. 262-265, spé., p. 263.

<sup>1415</sup> « *Cette qualification peut être discutée, si l’on garde à l’esprit que la notion de “ principe essentiel ” est censée englober des valeurs consubstantielles à l’ordre juridique français qui en forgent l’identité. Or, si elle n’est évidemment pas un “ principe de justice universelle ” au sens de la formule de l’arrêt “Lautour”, l’indisponibilité de l’état n’est pas non plus consacrée par une norme fondamentale interne ou internationale, ni même par le législateur français. Inscrit nulle part, on sait combien sa teneur, voire sa réalité même peut prêter à discussion* » (P. HAMMJE, « Maternité pour autrui, possession d’état et état civil », *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 722-742, spé., pp. 730-731).

<sup>1416</sup> D. BERTHIAU et L. BRUNET, *préc.*, *D.* 2011, p. 1524.

<sup>1417</sup> *Ibidem.*

<sup>1418</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 731. L’auteur poursuit en affirmant que « *le rattachement de l’article 16-7 du Code civil à un principe essentiel constitue donc le vecteur nécessaire tant de l’impérativité même de ce texte à l’international, que du renforcement de l’ordre public international face aux effets d’une convention de gestation pour autrui licitement conclue à l’étranger* » (P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 732).



avec la France et de l'existence de droits acquis antérieurement acquis à l'étranger<sup>1419</sup>. Il apparaît ainsi que seule la mise en œuvre de l'ordre public plein pouvait conférer à l'interdiction de la gestation pour autrui une impérativité internationale suffisamment forte et avoir un effet dissuasif. De surcroît, pour B. HAFTEL, la Cour régulatrice aurait mis en œuvre une sorte « *d'ordre public atténué à l'envers* »<sup>1420</sup> en prenant en compte l'existence d'un droit acquis à l'étranger (la filiation établie aux États-Unis) pour renforcer l'exception d'ordre public international au lieu de l'atténuer<sup>1421</sup>.

606. **Effets de cette exclusion.** Enfin, s'agissant des conséquences de l'effet plein de l'ordre public, ces dernières sont particulièrement importantes, car elles ne se limitent pas à l'annulation de la transcription des actes de naissance sur les registres d'état civil français. L'ordre public plein s'oppose également à l'établissement en France de la filiation de l'enfant par le jeu de la possession d'état<sup>1422</sup>.

607. En définitive, selon la jurisprudence même de la Cour régulatrice, seul l'effet plein de l'ordre public international peut être mis en œuvre en présence du principe essentiel du droit français d'indisponibilité de l'état des personnes.

## B) La disparition de l'effet plein de l'ordre public international

608. La mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public international, en présence du principe essentiel du droit français de l'indisponibilité de l'état des personnes, pour faire obstacle aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, aurait pu se poursuivre. Néanmoins, deux facteurs vont venir compromettre ces solutions : l'absence de référence au principe

---

<sup>1419</sup> J. GUILLAUMÉ, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 307, n° 28.

<sup>1420</sup> B. HAFTEL, « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJF* 2011, pp. 265-266, spé., p. 266.

<sup>1421</sup> Comme l'explique l'auteur : « *Ensuite, la Cour de cassation adopte une nuance dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public correspondant à un ordre public atténué à l'envers. Ordinairement, en effet, l'existence d'un droit acquis à l'étranger a pour effet de paralyser l'exception d'ordre public international afin de garantir la continuité de la situation et le respect des prévisions des parties. Ici, au contraire, l'existence d'un droit acquis à l'étranger a pour effet de déculpabiliser le juge français et, donc, de renforcer l'exception d'ordre public* » (B. HAFTEL, *préc.*, *AJF* 2011, pp. 265-266, spé., p. 266). Ainsi, pour la Cour régulatrice, la mise en œuvre de l'ordre public plein est d'autant plus justifiée que l'annulation de la transcription sur les registres d'état civil français « *ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France* ».

<sup>1422</sup> Pour une critique particulièrement exhaustive de ce résultat : Cf. D. BERTHIAU et L. BRUNET, *préc.*, *D.* 2011, pp. 1522-1529.

d’indisponibilité d’état des personnes par la Cour régulatrice et l’intervention de la Cour européenne des droits de l’homme dans les célèbres décisions *Labassée*<sup>1423</sup> et *Menesson*<sup>1424</sup> du 26 juin 2014.

609. *Absence de référence au principe*. S’agissant de l’absence de référence au principe d’indisponibilité de l’état des personnes, la Cour régulatrice s’est opposée à la transcription des actes de naissance d’enfants nés de « *mères porteuses* » indiennes dans deux décisions du 13 septembre 2013<sup>1425</sup> en invoquant le mécanisme de fraude à la loi<sup>1426</sup>. Dans l’une de ces décisions, la Cour de cassation précisa que la fraude commise par le père entraînait la nullité de la reconnaissance de l’enfant<sup>1427</sup>. La Cour régulatrice a adopté une solution similaire dans un arrêt du 19 mars 2014<sup>1428</sup>.

---

<sup>1423</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>1424</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>1425</sup> Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315 ; n° 12-30.138 : *D.* 2013, 2382, obs. I. GALLMEISTER, *ibid.*, 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 2377, avis C. PETIT ; *ibid.*, 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; *Rev. Lamy. dr. civ.* nov 2013, 47, note C. BRUNETTI-PONS ; *AJF* 2013, 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, 579, note F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. J. HAUSER ; *Dr. famille* 2013, comm. 151, C. NEIRINCK. Dans ces deux affaires, un père français avait reconnu en France une fille (dans le premier cas, par reconnaissance prénatale) et des jumeaux (dans le second cas) qui étaient issus d’une convention de gestation pour autrui. Les actes établis à l’étranger déclaraient le père commanditaire comme étant le père biologique et la mère porteuse comme étant la mère des enfants. La Cour régulatrice adopta l’attendu suivant : « *Mais attendu qu’en l’état du droit positif, est justifié le refus de transcription d’un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l’aboutissement, en fraude à la loi française, d’un processus d’ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d’autrui, convention qui, fût-elle licite à l’étranger, est nulle d’une nullité d’ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* ».

<sup>1426</sup> Pour certains auteurs, l’existence d’une fraude à la loi ne fait guère de doute. Selon M. FABRE-MAGNAN, l’élément matériel est constitué par le recours à une gestation pour autrui en Inde, l’élément légal n’est autre que la prohibition française de la gestation pour autrui, tandis que l’élément intentionnel « *consiste à modifier sa situation juridique* » dans le seul but d’échapper aux prohibitions de la loi française (M. FABRE-MAGNAN, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », *D.* 2013, pp. 2384-2388, spé., p. 2386) ; dans le même sens : *Cf.* I. GALLMEISTER, « Gestation pour autrui : transcription à l’état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, p. 2170 ; M.-C. LE BOURCICOT, « Semer n’est pas récolter. Les déboires des géniteurs ayant recours à une “mère porteuse” », *RJPF* nov. 2013, pp. 6-11, spé., p. 9).

<sup>1427</sup> Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315, préc. Concernant la reconnaissance, la Cour régulatrice affirme que l’action en contestation de paternité (qui est exercée par le ministère public) pour fraude à la loi, et fondée sur l’article 336 du Code civil, n’est pas soumise à la preuve que l’auteur de la reconnaissance n’est pas le père au sens de l’article 332 du même Code. Pour autant, la caractérisation de l’élément matériel de la fraude à la loi pourrait être discutée. En effet, comme l’ont suggéré deux auteurs, si l’élément matériel est caractérisé par la manipulation d’un élément de rattachement de la règle de conflit, afin de désigner un autre droit matériel, force est de constater qu’aucun élément de rattachement n’a été manipulé pour la reconnaissance de l’enfant. En effet, cette reconnaissance a été faite devant l’autorité française et en application de la loi française comme le prévoit l’article 311-17 du Code civil (H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l’étranger avec l’assistance d’une mère porteuse », *D.* 2013, pp. 2349-2357, spé., pp. 2352-2353).

<sup>1428</sup> Cass. 1re civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005 : *D.* 2014, 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 901, avis J.-P. JEAN ; *ibid.*, 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJF* 2014, 244, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.*, 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2014, 330, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2014, 619, note S. BOLLÉE ; *RJPF* mai 2014, obs. I. CORPART.

610. L'absence de référence au principe d'indisponibilité d'état des personnes par la Cour de cassation pourrait être interprétée comme un abandon de ce principe, une mise à l'écart volontaire de l'ordre public international et donc une disparition programmée de l'ordre public plein. Cette volonté serait d'autant plus perceptible que la Cour régulatrice a laissé sans réponse l'argument du pourvoi ayant donné lieu à un des arrêts du 13 septembre 2013 selon lequel la transcription des actes de naissance serait contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et donc à l'ordre public international<sup>1429</sup>.

611. Cependant, il apparaît que le recours au principe essentiel du droit français de l'indisponibilité de l'état des personnes se heurtait à une difficulté importante. En effet, dans les affaires précitées, les parents désignés dans les actes de naissance étrangers étaient les parents biologiques des enfants, à savoir les pères biologiques et les mères porteuses. Par conséquent, comme l'a très justement souligné un auteur, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes « *était assurément hors de cause* »<sup>1430</sup>. Ainsi, la Cour régulatrice n'a pas abandonné le recours au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes<sup>1431</sup>. Les conditions d'application de ce principe n'étaient tout simplement pas réunies. La mise en œuvre de l'ordre public plein en présence du principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes pouvait se poursuivre dans les hypothèses où les parents désignés dans les actes de naissance n'étaient pas les parents biologiques de l'enfant.

612. ***Intervention de la Cour européenne des droits de l'homme.*** Néanmoins, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est venue largement compromettre cette solution.

---

<sup>1429</sup> Le pourvoi était alors rédigé ainsi : « *que l'article 16-7 du code civil prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; qu'en conséquence le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes inscrit dans le droit positif interdit de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui ; qu'en l'espèce la filiation des enfants résulte d'une gestation pour autrui admise par Philippe Y... et tenue pour certaine par la Cour d'appel qui indique retenir « que les éléments réunis par le ministère public établissent effectivement l'existence d'un contrat prohibé par les dispositions de l'article 16-7 du code civil » ; qu'ainsi elle ne peut trouver traduction dans l'ordre juridique français, fut-elle licite à l'étranger ; Qu'en ordonnant une transcription d'actes de naissance contraires à l'ordre public français, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 16-7 du code civil » (Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138, *préc.*).*

<sup>1430</sup> F. CHÉNEDÉ, « Confirmation de la non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger », *AJF* 2014, pp. 244-246, *spé.*, p. 245 ; dans le même sens : I. GALLMEISTER, *préc.*, *D.* 2013, p. 2170.

<sup>1431</sup> *Contra Cf.* S. PARICARD, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui : une autre voie possible pour la Cour de cassation », *Médecine et droit* 2014, pp. 52-55, *spé.*, p. 53. Selon cet auteur, l'abandon du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'explique probablement par sa faible utilisation, son caractère discutable au regard de ses nombreuses exceptions et également au fait que son application soit discutée pour ce qui concerne les gestations pour autrui pratiquées à l'étranger.

Dans les arrêts *Labassée*<sup>1432</sup> et *Menesson*<sup>1433</sup>, la Cour européenne des droits de l’homme a relevé une atteinte au droit au respect de la vie privée des enfants issus d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger par l’impossibilité qui leur était faite d’établir une filiation paternelle biologique dans l’ordre juridique français<sup>1434</sup>. De manière plus précise, la Cour a considéré que la jurisprudence de la Cour régulatrice, qui empêche l’établissement de tout lien de filiation entre les enfants et leur père biologique porte atteinte à « l’identité » des enfants au sein de la société française et dépasse la marge nationale d’appréciation des États.

613. Les répercussions de ces deux arrêts sur le droit français de la famille ont été considérables. La Cour de cassation a tout d’abord opéré un revirement de jurisprudence dans deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>1435</sup> en affirmant que l’acte de naissance étranger d’un enfant issu d’une convention de gestation pour autrui peut être transcrit sur les registres de l’état civil français dès lors qu’il n’est ni irrégulier, ni falsifié et que les faits correspondent à la réalité. Par conséquent, la réalisation d’une gestation pour autrui à l’étranger ne fait plus obstacle, en elle-même, à la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l’état civil français. La Cour régulatrice a ensuite affirmé que le recours à une gestation pour autrui à l’étranger ne faisait pas obstacle à l’adoption de l’enfant par l’époux du père<sup>1436</sup>.

614. Cette évolution jurisprudentielle pose deux problématiques. La première concerne la portée de l’interdiction de la gestation pour autrui imposée par le droit français. La seconde concerne la mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public en présence du principe essentiel du droit français de l’indisponibilité de l’état des personnes. Si la première problématique fera l’objet de développements conséquents<sup>1437</sup>, la seconde peut d’ores et déjà être évoquée. En effet, comment la Cour régulatrice peut-elle assurer la mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre

---

<sup>1432</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>1433</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>1434</sup> Cette décision fera l’objet de développements importants dans le cadre de notre étude. Cf. *infra*.

<sup>1435</sup> Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323, [Dominique X c/ Monsieur le Procureur général près la Cour d’appel de Rennes] ; Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 15-50.002, [Monsieur le Procureur général près la Cour d’appel de Rennes c/ Patrice Y] ; *D.* 2015, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 1773, note. D. SINDRES ; *Dr. famille* 2015, repère 8, J.-R. BINET ; *RJPF* sept. 2015, 34, note I. CORPART ; *AJF* 2015, 364, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *LPA* oct. 2015, 4, note M.-A. FRISON-ROCHE ; *JCP G* 2015, 1614, note A. GOUTTENOIRE ; *JDI* 2016, 103, note J. GUILLAUMÉ ; *RTD civ.* 2015, 581, obs. J. HAUSER ; *Rev. Lamy. dr. civ.* sept. 2015, 40, note M.-C. LE BOURSICOT.

<sup>1436</sup> Nous aborderons ces arrêts ultérieurement (Cf. *infra*).

<sup>1437</sup> Cf. *infra*.

public en présence du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes face aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger ?

615. La Cour régulatrice n'a jamais remis en cause la qualification de principe essentiel du droit français conférée au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Par conséquent, en présence de ce principe, seule la mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public international devrait l'emporter. Cependant, la mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public international en présence de ce principe essentiel n'est-elle pas, au regard des solutions récentes, devenue obsolète ? Au regard de cette évolution jurisprudentielle, il semble que l'hégémonie de l'effet plein de l'ordre public international en présence du principe essentiel du droit français de l'indisponibilité de l'état des personnes dans le contexte d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est particulièrement précaire.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

616. La consécration des principes essentiels du droit français par la Cour de cassation avait pour objectif de renforcer l'impérativité de certains principes de source nationale composant l'ordre public international. Cette consécration pouvait apparaître comme salubre et bénéfique au regard de la nécessité de rénover la définition de l'ordre public international. De plus, la seule mise en œuvre de l'effet plein de l'ordre public international pouvait également apporter certains avantages pour renforcer la protection des valeurs essentielles du for.

617. Néanmoins, cette consécration n'a pas eu l'ensemble des effets escomptés au regard des solutions récentes proposées par la Cour de cassation et surtout par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, nous avons observé que la seule mise en œuvre de l'ordre public plein était loin d'être acquise en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français. Cette mise en œuvre de l'ordre public plein est à la fois incertaine et précaire.

618. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a marqué un coup d'arrêt à la mise en œuvre de l'ordre public plein alors que cette dernière était justifiée par l'atteinte au principe essentiel du droit français d'indisponibilité d'état des personnes. Par conséquent, la seule mise en œuvre de l'ordre public plein en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français semble particulièrement compromise.



## CHAPITRE 2 : LA RARÉFACTION DE L'ORDRE PUBLIC DE PROXIMITÉ

619. « *L'ordre public de proximité serait-il en train de disparaître du paysage juridique français ?* »<sup>1438</sup>. Cette interrogation illustre les doutes de la doctrine quant à la pérennité de cette modalité de mise en œuvre de l'ordre public international. En effet, certaines décisions de la Cour de cassation et certains règlements européens traduisent une « *véritable désaffection* »<sup>1439</sup> de l'ordre public de proximité, laissant présager que la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué retrouve « *progressivement son empire* »<sup>1440</sup>. Souffrant de nombreux défauts, aussi bien au stade de la constitution des situations qu'au stade de la reconnaissance<sup>1441</sup>, l'ordre public de proximité ne cesse de susciter les réactions les plus vives et les critiques les plus acerbes<sup>1442</sup>. Les auteurs ayant plaidé pour une rénovation<sup>1443</sup> de l'ordre public de proximité ont également souligné son « *effritement* »<sup>1444</sup> ou son « *obsolescence* »<sup>1445</sup>, et les « *tendances actuelles de l'ordre public international français* »<sup>1446</sup> illustrent que son avenir n'a jamais été aussi compromis. Si nous avons déjà observé que l'ordre public de proximité s'effaçait au contact des principes essentiels du droit français, il convient de prendre la mesure de la raréfaction globale de l'ordre public de proximité. Cette raréfaction globale, qui doit être saluée, nous permettra de saisir l'importance de l'évolution de l'exception d'ordre public au contact des nouvelles méthodes comme celle de la proportionnalité<sup>1447</sup>.

620. Il convient tout d'abord d'exclure l'hypothèse d'une résurgence de l'ordre public de proximité au contact de la nouvelle loi organisant le mariage de personnes de même sexe et la jurisprudence qui lui est associée (Section 1), avant de prendre en compte les évolutions récentes du droit international privé européen et français qui viennent renforcer le déclin de cette modalité de mise en œuvre de l'ordre public international (Section 2).

<sup>1438</sup> D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2012, doct. 10, p. 887.

<sup>1439</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 24, n°18.

<sup>1440</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *op. cit.*, p. 646.

<sup>1441</sup> D. SINDRES rappelle les critiques adressées à l'ordre public de proximité : « *au stade de la constitution de la situation, il présente le risque d'affaiblir l'ordre public du for* » et au stade de la reconnaissance des situations, il peut se révéler « *discriminatoire* » (D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2012, doct. 10, p. 887).

<sup>1442</sup> *Cf. supra.*

<sup>1443</sup> *Cf. supra.*

<sup>1444</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 24, n° 18.

<sup>1445</sup> *Ibidem*, p. 31, n° 32.

<sup>1446</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *op. cit.*, p. 635.

<sup>1447</sup> Nous observerons ultérieurement que la disparition de l'ordre public de proximité est en adéquation avec la méthode de la proportionnalité promue par une partie de la doctrine (*Cf. infra*, dernier chapitre de notre étude).



## **Section 1 : L’inertie de l’ordre public de proximité face aux nouvelles formes de conjugalités**

621. La loi portant sur le mariage de personne de même sexe aurait pu être le terrain d’une nouvelle mise en œuvre de l’ordre public de proximité. Cependant, les choix opérés par le législateur, calqués sur ceux du législateur belge, n’ont pas permis de renforcer l’ordre public de proximité (Sous-section 1). De surcroît, les solutions adoptées par la Cour régulatrice face aux lois étrangères prohibant le mariage de personnes de même sexe ne révèlent pas non plus une mise en œuvre de l’ordre public de proximité (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : La rencontre avortée entre l’ordre public de proximité et la loi portant sur le mariage de personne de même sexe**

622. Le nouvel article 202-1 alinéa 2 du Code civil<sup>1448</sup> a suscité les vives interrogations de la doctrine spécialisée et a ouvert la voie à une série d’interprétations divergentes. Parmi ces interprétations, l’une d’elles consistait à percevoir une exception d’ordre public de proximité dans la structure même de ce nouvel article (§1). Si cette proposition doctrinale a su trouver un certain écho, certains auteurs ont souligné les disparités existantes entre le mécanisme classique de l’ordre public de proximité et la structure du nouvel article 202-1 alinéa 2 (§2).

---

<sup>1448</sup> L’article 202-1 du Code civil a été modifié par une loi du 4 août 2014 (L. n° 2014-873, 4 août 2014, [pour l’égalité réelle entre les femmes et les hommes]. En effet, cette loi a renouvelé la rédaction de l’article 202-1 de manière à intégrer la disposition suivante : « *Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l’article 146 et du premier alinéa de l’article 180* ». Ainsi, le terme « *toutefois* », qui opérait une sorte de transition entre l’alinéa 1 et 2 de l’article 202-1 a disparu. Bien que cette nouvelle rédaction ne modifie pas la substance de l’article 202-1, le terme « *toutefois* » a pu servir de base à une pluralité d’interprétations concernant la méthode utilisée au sein de l’article 202-1. Par conséquent, les développements suivants porteront sur la rédaction initiale de l’article 202-1. De plus, nous ne reviendrons pas sur la question de savoir si la nouvelle rédaction de l’article 202-1 alinéa 1 intègre une exception d’ordre public. En effet, une partie de la doctrine a déjà souligné que la méthode utilisée au sein de cette nouvelle disposition était bien trop éloignée de la méthode classique de l’exception d’ordre public. Comme le souligne H. FULCHIRON : « *la méthode utilisée ne correspond nullement au mécanisme (de l’exception d’ordre public) : il n’est pas besoin d’écarter la loi étrangère applicable en raison de son contenu puisque les articles 146 et 180, alinéa 1<sup>er</sup> ont vocation à s’appliquer par principe* » (H. FULCHIRON, « Règles de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés, Qui mal embrasse, trop étroit », *JCP G* 2015, doctr. 171, pp. 267-270, spé., p. 270, n° 9). En effet, « *l’ordre public ne repose pas sur l’éviction “ab initio” de la loi étrangère* » (S. GODECHOT-PATRIS, « Abandon de la méthode conflictuelle pour apprécier la réalité de l’intention matrimoniale », *RJPF*. nov. 2014, pp. 30-31, spé., p. 31). La méthode utilisée au sein de l’article 202-1 alinéa 1 se rapproche davantage de la méthode des lois de police (Dans ce sens : Cf. H. FULCHIRON, *préc.*, *JCP G* 2015, doctr. 171, pp. 267-270, spé., p. 270, n° 11 ; S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *RJPF*. nov. 2014, pp. 30-31, spé., p. 31 ; M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l’exemple de l’article 202-1 du code civil » : *Mélanges C. NEIRINCK*, Lexis Nexis, 2015, pp. 349-367, spé., p. 358, n° 17).

## §1. L'hypothèse de l'intégration d'une exception d'ordre public de proximité au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil

623. Une étude préalable de l'article 202-1 du Code civil est indispensable (A) à la compréhension de la proposition doctrinale de H. FULCHIRON qui consiste à déceler, au sein de l'alinéa 2 de ce nouvel article, une exception d'ordre public de proximité (B).

### A) Analyse préalable de la structure de l'article 202-1 du Code civil

624. *Innovation de l'article 202-1.* Le nouvel article 202-1 du Code civil est « l'innovation majeure et sans doute la plus discutée »<sup>1449</sup> de la loi du 17 mai 2013<sup>1450</sup>. Pour rappel, cet article est rédigé de la façon suivante :

« Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

625. L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article, qui prévoit la règle de conflit applicable pour les conditions de fond du mariage ne fait pas preuve d'originalité tant elle est une illustration d'une codification à droit constant<sup>1451</sup>. Il ne s'agit ni plus ni moins qu'une reprise de la solution classique de l'application distributive des lois personnelles des époux qui a été dégagée par la jurisprudence française sur le fondement d'une « lecture bilatéralisée »<sup>1452</sup> de l'article 3 alinéa 3 du Code civil<sup>1453</sup> dans l'arrêt *Busqueta*<sup>1454</sup>. L'innovation réside dans l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil. L'application cumulative des lois personnelles des époux, s'agissant des conditions de fond intéressant le lien matrimonial lui-même, aurait abouti à faire prévaloir la loi personnelle

---

<sup>1449</sup> P. HAMMJE, « “Mariages pour tous” et droit international privé, Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 773-806, spé., p. 781.

<sup>1450</sup> L. n° 2013-404, 17 mai 2013, [ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe], *préc.*

<sup>1451</sup> M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du code civil », *op. cit.*, p. 352, n° 9.

<sup>1452</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 782, n° 11.

<sup>1453</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 782 ; H. FULCHIRON, *préc.*, *JDI* 2013, doct. 9, p. 1063, n° 16.

<sup>1454</sup> CA [Paris], 13 juin 1814, [Busqueta], S. 1814. 2. 393 ; *GAJFDIP* 2006, p. 1. B. ANCEL et Y. LEQUETTE rappellent que l'arrêt *Busqueta* a produit deux avancées majeures : la substitution de la nationalité au domicile en tant que facteur de rattachement pour la matière du statut personnel et la généralisation du rattachement du statut personnel, ce qui permet de conférer à l'article 3 alinéa 3 sa structure bilatérale. (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, p. 2, n° 1).

d'un ou des époux qui interdit ou ne reconnaît pas le mariage de personnes de même sexe<sup>1455</sup>. Si le législateur français avait plusieurs options<sup>1456</sup> pour éviter ce résultat, il a finalement opté, non sans difficulté<sup>1457</sup>, pour une solution originale inspirée par le législateur belge.

626. **Solution du droit international privé belge.** En effet, l'article 46 alinéa 1 du Code de droit international privé belge dispose que « *les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage* ». L'alinéa 2 du même article prévoit que « *L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> 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 a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* ».

627. Le droit international privé belge prévoit donc en principe l'application de la loi nationale des époux pour les conditions de validité du mariage, mais il prévoit également une exception fondée sur des éléments de proximité que sont la nationalité ou la résidence habituelle. Le second alinéa a pu être analysé comme étant une clause spéciale d'ordre public<sup>1458</sup> de proximité<sup>1459</sup> à la particularité, non négligeable, que la proximité ne s'apprécie pas au regard de l'ordre juridique du for mais de n'importe quel État qui autorise le mariage de personnes de même sexe<sup>1460</sup>.

---

<sup>1455</sup> Comme l'explique très nettement M. FARGE, la méthode d'application distributive des lois nationales « *s'efface logiquement en présence d'empêchements bilatéraux (fondés par exemple, sur la parenté, l'alliance, la bigamie) parce qu'ils intéressent moins la personne de chaque époux que le lien conjugal à créer* ». Ainsi, toujours selon M. FARGE, la règle de conflit se « *matérialise* » car elle « *conduit à privilégier la loi la plus sévère* » (M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du code civil », *op.cit.*, pp. 353-354, n° 10).

<sup>1456</sup> Le législateur pouvait remettre en cause la compétence exclusive de la loi personnelle s'agissant des conditions de fond du mariage. Il aurait également été possible de ne pas adopter de règle de conflit de lois particulières et laisser les juges intégrer le mariage de personnes de même sexe au sein de l'ordre public international afin d'écarter les lois plus sévères (H. FULCHIRON, *préc.*, *JDI* 2013, doct. 9, pp. 1063-1064, n° 18).

<sup>1457</sup> Sur la question : Cf. H. FULCHIRON, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine... », *JCP G* 2012, doct. 1317, pp. 2215-2222 ; également publié à : *Dr. famille* 2013, dossier 9, pp. 31-36.

<sup>1458</sup> S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUMÉ, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, pp. 1756-1763, spé., p. 1758 ; A. BOICHÉ, « Aspects de droit international privé », *AJF* 2013, pp. 362-365, spé., p. 363.

<sup>1459</sup> Selon M. FARGE, le second alinéa belge peut s'analyser comme une clause spéciale d'ordre public de proximité (M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du code civil », *op. cit.*, p. 363, n° 22), Cf. également : H. FULCHIRON, *préc.*, *JDI* 2013, doct. 9, p. 1065, n° 22.

<sup>1460</sup> Selon certains auteurs, on pourrait voir dans cette particularité « *l'expression de la particularité de l'ordre public de proximité qui, contrairement à l'ordre public atténué et l'ordre public plein, ne défend pas des valeurs essentielles d'un ordre juridique, mais plutôt des droits subjectifs de l'individu* » (S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2013, p. 1759).

628. Selon une doctrine autorisée, cette conception de l’exception d’ordre public « réussit le tour de force de gagner en neutralité en escamotant -au moins dans sa formulation- son traditionnel caractère nationaliste. Ainsi la règle belge laisse à penser qu’elle ne défend pas exclusivement la politique législative belge, mais le choix progressiste réalisé par la communauté des États ayant ouvert le mariage entre personnes de même sexe »<sup>1461</sup>. Le Gouvernement belge n’avait pas caché sa volonté d’introduire une exception d’ordre public en affirmant : « que la disposition se présente comme une exception d’ordre public, afin d’éviter toute discrimination en raison du sexe, dans des situations ayant un lien de proximité avec un pays dont le droit permet le mariage entre personnes de même sexe »<sup>1462</sup>.

629. **Identification de la méthode.** La question de la méthode utilisée au sein de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil a rapidement fait son apparition. Plusieurs solutions ont été évoquées. Parmi les propositions les moins répandues en doctrine nous trouvons la méthode unilatéraliste, la méthode des lois de police, ou encore l’ordre public de rattachement. La méthode unilatérale peut être écartée sans trop de difficulté, car l’article 202-1 alinéa 2 ne confère pas à la loi française une application exclusive et permet l’application de lois étrangères qui autorisent le mariage de personnes de même sexe<sup>1463</sup>. La méthode des lois de police a soulevé quelques interrogations<sup>1464</sup>, mais elle peut subir la même éviction pour au moins une raison : l’absence de critère de rattachement à l’ordre juridique français<sup>1465</sup>. Selon P. HAMMJE, cette disposition pourrait être « une nouvelle illustration d’un ordre public positif de rattachement »<sup>1466</sup> avec une condition de proximité. Cette position est loin d’être isolée, d’autres auteurs y voyant également un « ordre public de rattachement particulièrement ouvert, sous condition d’une proximité très lâche avec la France »<sup>1467</sup>.

630. La doctrine a également évoqué la méthode de la règle bilatérale de conflit avec critère de rattachement alternatif que sont la nationalité ou le lieu d’établissement de l’un des

<sup>1461</sup> M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l’exemple de l’article 202-1 du code civil », *op. cit.*, p. 363, n° 22.

<sup>1462</sup> P. WAUTELET, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge en particulier sous l’angle du droit international privé » (in) *Rapports belges au Congrès de l’Académie internationale de droit comparé à Utrecht* (Dir. Y.-E. LELEU), Bruylant, 2006, pp. 307-328, spé., p. 317.

<sup>1463</sup> B. AUDIT et L. D’AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ Lextenso, 8<sup>e</sup> éd., 2018, p. 650, n° 773.

<sup>1464</sup> A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2013, p. 363. Selon H. FULCHIRON, « l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe pourrait presque passer pour une loi de police » (H. FULCHIRON, *préc.*, *JDI* 2013, doct. 9, n.b.p. n° 78).

<sup>1465</sup> M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l’exemple de l’article 202-1 du code civil », *op. cit.*, p. 362, n° 21.

<sup>1466</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 785.

<sup>1467</sup> P. PUIG, « La loi d’ordre public international », *RTD civ.* 2015, pp. 91-96, spé., p. 94.

conjoints<sup>1468</sup>. Selon certains auteurs, le procédé inscrit à l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil «*joue comme une règle de conflit alternative (ou cumulative) à l'envers, non pas pour choisir une loi mais pour l'évincer. L'application du droit compétent est subordonnée à l'absence d'un certain contenu dans tel ou tel droit étranger. C'est un procédé inclassable dans les catégories traditionnelles*»<sup>1469</sup>.

631. Ces propositions doctrinales doivent être mises en perspectives avec celle préconisant l'existence d'une exception d'ordre public au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil.

### **B) L'hypothèse de l'existence d'une exception d'ordre public au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil**

632. **Exception d'ordre public.** Les travaux de H. FULCHIRON ont mis en exergue la possible existence d'une exception d'ordre public dans la structure même de l'article 202-1 du Code civil. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 202-1 a instauré, «*sans le dire, une véritable exception d'ordre public*»<sup>1470</sup> ou encore que «*cette règle joue comme une exception d'ordre public*»<sup>1471</sup>.

633. Selon cet auteur, l'article 202-1 est construit en deux temps avec d'abord le principe de l'application de la loi nationale des époux puis dans un second temps la mise à l'écart de la loi étrangère prohibitive si la situation présente un lien avec un système juridique acceptant le mariage entre personnes de même sexe. Ainsi, «*la loi étrangère prohibitive sera écartée dès lors que la situation présente un lien avec un système juridique qui admet le mariage entre personnes de même sexe*»<sup>1472</sup>.

634. **Comparaison franco-belge.** La comparaison entre la règle belge et la règle française aboutit à deux constatations. Tout d'abord, la formulation belge «*est plus franche que la formulation française*»<sup>1473</sup> car «*elle met l'accent sur l'éviction de la loi étrangère*»<sup>1474</sup>.

---

<sup>1468</sup> B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ Lextenso, 8<sup>e</sup> éd., 2018, p. 650, n° 773.

<sup>1469</sup> M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2017, pp. 213-214, n° 289.

<sup>1470</sup> H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, doct. 658, p. 1126.

<sup>1471</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *JCP G* 2012, doct. 1317, p. 2216.

<sup>1472</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *JCP G* 2013, doct. 658, p. 1126.

<sup>1473</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *JDI* 2013, doct. 9, p. 1066, n° 26.

<sup>1474</sup> *Ibidem*, n° 26.

Ensuite, la règle française « *“positive” les choses* »<sup>1475</sup> car « *elle met l’accent sur le fait que le mariage peut être contracté* »<sup>1476</sup> et on en « *oublierait que l’on écarte la loi étrangère normalement compétente : l’exception d’ordre public semble se dissoudre dans un vague consensus en faveur du mariage de personnes de même sexe* »<sup>1477</sup>.

635. **Originalités du mécanisme.** L’auteur souligne les originalités de la nouvelle règle française de conflit par rapport aux règles de conflit classiques : « *l’exception d’ordre public est masquée sous une formulation apparemment neutre* »<sup>1478</sup> et la proximité s’apprécie non pas par rapport à l’ordre juridique du for, mais à tout système juridique admettant le mariage entre personnes de même sexe<sup>1479</sup>. S’agissant de l’effet de substitution classique de l’exception d’ordre public international, l’auteur rejette l’idée que la loi étrangère qui prohiberait le mariage de personnes même sexe soit substituée par une loi autre que la loi française. Ainsi, « *la proximité avec un système juridique qui admet également le mariage homosexuel déclenche l’exception mais l’effet de substitution joue en faveur de la loi française* »<sup>1480</sup>.

636. **Substitution par une loi permissive.** A. PANET soutient également l’idée de l’intégration d’une exception d’ordre public au de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil<sup>1481</sup>. Cependant, l’auteur rejette la solution classique selon laquelle la loi substituée serait forcément la loi du for<sup>1482</sup>. Selon cet auteur, « *l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe est ainsi érigée en principe essentiel de l’ordre public français : non expressément nommé, c’est bien lui qui est en jeu ici, et va évincer une loi désignée par une règle de conflit pour y substituer une loi permissive, l’originalité étant que la loi substituée n’est pas nécessairement la loi du for* »<sup>1483</sup>. Ainsi, selon ce même auteur, l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil conduit à l’application de « *la loi la plus permissive* »<sup>1484</sup>. Selon cette partie de la doctrine, « *l’exception d’ordre public aurait été symboliquement refoulée, mais elle serait sous-jacente* »<sup>1485</sup>.

---

<sup>1475</sup> *Ibid.*, n° 26.

<sup>1476</sup> *Ibid.*, n° 26.

<sup>1477</sup> *Ibid.*, n° 26.

<sup>1478</sup> *Ibid.*, n° 27.

<sup>1479</sup> *Ibid.*, n° 27.

<sup>1480</sup> *Ibid.*, n° 43.

<sup>1481</sup> A. PANET, « Le mariage homosexuel en France : célébration et reconnaissance », *Dr. famille* 2013, dossier 29, pp. 47-50, spé., p. 48 et s.

<sup>1482</sup> *Ibidem*, p. 48, n° 11.

<sup>1483</sup> *Ibid.*

<sup>1484</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>1485</sup> M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l’exemple de l’article 202-1 du code civil », *op. cit.*, p. 363, n° 22.

637. Néanmoins, une autre partie de la doctrine a émis des doutes quant à l'intégration d'une exception d'ordre public de proximité au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil.

## **§2. La critique de l'hypothèse de l'intégration d'une exception d'ordre public de proximité au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil**

638. La confrontation de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil à la méthode classique de l'ordre public international (A) laisse entrevoir que la méthode privilégiée au sein de cet article est la méthode de la règle matérielle (B).

### **A) La confrontation de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil à la méthode classique de l'ordre public international**

639. La théorie de l'existence d'une exception d'ordre public de proximité au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil se heurte à une série d'obstacles non négligeables.

640. *Éviction de la loi étrangère applicable.* Le premier obstacle concerne la méthode de l'exception d'ordre public international qui procède d'une mise à l'écart de la loi normalement applicable. En effet, l'article 202-1 alinéa 2 déroge à cette méthode classique, car plutôt que d'écarter la loi nationale prohibitive, il valide directement le mariage de personnes de même sexe si la proximité avec un État qui autorise ce genre d'union est établie<sup>1486</sup>. L'absence d'éviction de la loi étrangère interdisant le mariage de personnes de même sexe rend l'intervention de l'exception d'ordre public sans objet. De plus, en admettant que la loi étrangère prohibitive soit réellement évincée par l'ordre public international, la question de l'identification de la loi substituée n'est pas résolue. Il est difficile de déterminer la raison pour laquelle la loi substituée serait une autre loi que celle du for, comme le veut traditionnellement le mécanisme classique de l'exception d'ordre public. L'affirmation selon laquelle la loi substituée serait la loi « *la plus permissive* »<sup>1487</sup> ne permet pas de désigner réellement cette loi,

---

<sup>1486</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 773-806, spé., pp. 784-785 ; dans le même sens : Cf. S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2013, p. 1759 ; A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2013, p. 363.

<sup>1487</sup> Cf. A. PANET, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 29, p. 48.

et il est possible que cette tendance conduise à des solutions différentes de la part des juges du fond.

641. Le deuxième obstacle ressort des travaux de D. BODEN lorsque ce dernier affirme que l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil « *n’est pas formulé en termes d’exception d’ordre public* »<sup>1488</sup> puisque « *sa mise en œuvre ne nécessite pas que soient remplis les critères habituels de déclenchement de cette exception* »<sup>1489</sup>. L’utilisation du mécanisme de l’exception d’ordre public international par le juge, tel qu’il est classiquement décrit, nécessite un raisonnement en trois étapes<sup>1490</sup>.

642. Premièrement, le juge détermine la loi compétente par application de sa propre règle de conflit, deuxièmement il constate que l’application de cette loi serait contraire à l’ordre public international et troisièmement il évince la loi étrangère pour appliquer la loi du for. Conformément à la première étape, dans une logique « *savignienne* », l’article 202-1 alinéa 1 du Code civil désigne la loi personnelle des époux pour déterminer les conditions de fond du mariage.

643. S’agissant de la deuxième étape, le juge est censé constater que l’application de cette loi étrangère est contraire à l’ordre public international du for. Cette deuxième étape implique inévitablement de confronter la solution donnée par l’application de cette loi étrangère aux valeurs du for qui constituent le centre de gravité de l’exception d’ordre public international<sup>1491</sup>. C’est précisément ce stade du raisonnement qui fait défaut dans le cadre de l’article 202-1 du Code civil. En effet, l’alinéa 2 de l’article 202-1 du Code civil pose la solution (les personnes de même sexe peuvent contracter mariage) si une des lois prévues (loi personnelle d’un des époux ou de l’État sur le territoire duquel un époux a sa résidence ou son domicile) autorise le mariage. La confrontation de la solution consacrée par l’application de la loi étrangère aux

---

<sup>1488</sup> D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Mariage de personnes de même sexe : exception d’ordre public », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 400-412, spé., p. 403.

<sup>1489</sup> D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 403. (L’auteur cite également sa thèse de doctorat : D. BODEN : *L’ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, pp. 696-804).

<sup>1490</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010, pp. 149-150, n° 199.

<sup>1491</sup> Comme le rappelle J. MAURY : « *Pour savoir si l’ordre public international va avoir à jouer, il faut donc prendre en considération les conditions d’application de la loi étrangère. Sans doute, la première démarche, la première recherche sera [...] la comparaison in abstracto de la loi étrangère compétente et des règles ou principes fondamentaux du droit du juge saisi* » (J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente : l’ordre public international et la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 82).



valeurs défendues par le for n’a pas lieu. Par conséquent, une des phases du raisonnement de l’exception d’ordre public fait bien défaut.

644. L’absence d’exception d’ordre public au sein de l’article 202-1 alinéa 2 exclut, *a fortiori*, l’existence d’une exception d’ordre public de proximité. Si l’article 202-1 alinéa 2 déroge à la méthode traditionnelle de l’exception d’ordre public, il pourrait difficilement être en adéquation avec la méthode traditionnelle de l’ordre public de proximité qui soumet la mise en œuvre de l’ordre public, et donc l’éviction de la loi étrangère normalement applicable, à l’existence de liens suffisants entre la situation et le for.

## B) La méthode privilégiée de la règle matérielle

645. *Hypothèses différentes.* Délaissant la problématique de l’identification de la méthode utilisée au sein de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil, B. REMY avait néanmoins affirmé qu’il s’agissait d’une « intrusion d’une considération matérielle dans un système de règles de conflit de lois savignien – c’est-à-dire d’un système dont on souligne classiquement la neutralité substantielle »<sup>1492</sup>. Cette intrusion de considération matérielle suggère que deux types de méthodes peuvent être prises en compte pour venir expliquer la structure de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil : « la règle de conflit à coloration matérielle » ou « la règle matérielle ». Si la méthode de « règle de conflit à coloration matérielle » a été défendue par une partie de la doctrine<sup>1493</sup>, la deuxième méthode de la « règle matérielle » est à privilégier<sup>1494</sup>.

---

<sup>1492</sup> B. REMY, « La réforme et le droit international privé » (in) *L’ouverture du mariage aux personnes de même sexe* (Dir. Y. LEQUETTE et D. MAZEAUD), Panthéon-Assas, 2014, pp. 183-192, spé., pp. 183-184.

<sup>1493</sup> Dans ce sens : Cf. V. LEGRAND, « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », *LPA* 21 août 2013, pp. 6-10, spé., p. 6. ; Cf. également du même auteur : « Mariage entre personnes de même sexe et ordre public international français », *LPA* 27 fév. 2015, pp. 6-8 ; M. FARGE, « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l’exemple de l’article 202-1 du code civil », *op. cit.*, p. 364, n° 23.

<sup>1494</sup> Dans le même sens, Cf. A.-M. LEROYER, « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, pp. 1697-1705, spé., p. 1700 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 401, n° 572 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., 2017, pp. 125-126, n° 723 ; D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l’aune de la diversité » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 155-184, spé., p. 175 ; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 165, n° 282. Notons que le commentaire officiel de la décision du Conseil constitutionnel n°2013-669 du 17 mai 2013 fait apparaître explicitement que la qualification privilégiée est celle de « la règle matérielle nationale » (Cf. Cons. const., « Commentaire de la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 », p. 20).

646. **Hypothèse de la règle matérielle.** Selon P. MAYER et V. HEUZÉ, il s'agirait plus précisément d'une « règle ordonnant la prise en considération d'une ou plusieurs autres règles »<sup>1495</sup>. Ainsi, selon cette méthode, la règle de droit international privé énoncerait elle-même la solution de la question de droit en la subordonnant au contenu d'une ou plusieurs autres règles substantielles désignées par un ou plusieurs éléments de rattachements<sup>1496</sup>. Notons que selon cette méthode, les règles désignées sont simplement « prises en considération » et ne sont pas « appliquées »<sup>1497</sup>.

647. Ainsi, comme le suggère D. BUREAU, « la désignation de la loi étrangère ne constitue pas l'effet juridique de la règle mais s'intègre dans son présupposé »<sup>1498</sup>. Partant de cette affirmation, l'auteur se propose d'énoncer l'article 202-1 alinéa 2 de la façon suivante : « Si la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, ou si sa loi personnelle le permet (présupposé), une personne peut contracter mariage avec une autre personne de même sexe (effet juridique) »<sup>1499</sup>.

648. En définitive, l'article 202-1 alinéa 2 énonce la solution de la question de droit (la licéité du mariage de personnes de même sexe) tout en la subordonnant au contenu de plusieurs autres règles substantielles (la loi personnelle ou la loi du domicile et de résidence d'un des membres du couple de même sexe)<sup>1500</sup>.

---

<sup>1495</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 112, n° 244.

<sup>1496</sup> *Ibidem*.

<sup>1497</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ apportent une explication particulièrement claire de la distinction entre « prise en considération » et « application ». Si une telle distinction est loin d'être aisée, elle est clairement identifiable dans le cadre d'une opposition entre la règle classique de conflit de lois et la règle matérielle. Tout d'abord, il convient de rappeler le caractère « hypothétique » de la règle de droit de sorte que « si tel événement se produit, alors telle conséquence juridique en découle ». La règle est donc construite en deux propositions : elle pose une « hypothèse » (première proposition) avant de préciser que sa réalisation entraîne (ou n'entraîne pas) telle conséquence juridique (seconde proposition). Si la première proposition est dénommée « hypothèse » ou « présupposé », la seconde proposition est appelée « la conséquence juridique » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 75, n° 86). Ainsi, dans le cadre de la règle de conflit dite classique, le « présupposé » définit la catégorie de questions de droit à laquelle est affectée le critère de rattachement et l'effet juridique énonce donc ce critère. Par exemple, « Si le juge doit résoudre une question relative à l'établissement de la filiation (catégorie), il doit appliquer la loi nationale de la mère (rattachement) » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014 p. 94, n° 117). Dans le cadre d'une règle de droit international privé de type matériel, la « prise en considération » est effectuée dans le cadre du présupposé, c'est-à-dire dans la proposition indiquant le caractère hypothétique. La structure de la règle est donc la suivante : « Si le juge doit résoudre telle question, "et que la loi désignée par tel élément a tel contenu", il retiendra telle solution » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., 2014, p. 112, n° 144).

<sup>1498</sup> D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *op. cit.*, p. 175.

<sup>1499</sup> *Ibidem*.

<sup>1500</sup> D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, t. 1, 4<sup>e</sup> éd., 2017, pp. 125-126, n° 723 ; Cf. également : D. BUREAU, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », *op. cit.*, p. 175.

649. La structure choisie par le législateur concernant le nouvel article 202-1 alinéa 2 du Code civil a engendré des solutions jurisprudentielles particulièrement discutées. Cependant, ces solutions peuvent difficilement être interprétées comme une résurgence de l'ordre public de proximité.

## **Sous-section 2 : La mise en œuvre inexistante de l'ordre public de proximité à l'encontre des lois étrangères interdisant le mariage de personnes de même sexe**

650. L'affaire dite du « *mariage franco-marocain* » de personnes de même sexe a abouti à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public pour s'opposer à la loi marocaine qui interdit ce type d'union (§1). Si la solution rendue par la Cour régulatrice peut être interprétée comme une mise en œuvre de l'ordre public de proximité, il apparaît que cette interprétation ne coïncide pas totalement avec le mécanisme classique de l'ordre public de proximité (§2).

### **§1. La jurisprudence dite du « *mariage franco-marocain* » de personnes de même sexe**

651. En dépit de la volonté affichée du législateur français de faciliter les mariages de personnes de même sexe, le mariage entre un Français et un Marocain ne pouvait être célébré au regard de la solution posée par le droit applicable (A). Ainsi, la loi marocaine interdisant le mariage de personnes de même sexe a été écartée au nom de l'ordre public international par les juges du fond (B).

#### **A) L'impossible célébration du mariage franco-marocain de personnes de même sexe**

652. *Faits de l'affaire.* Un homme de nationalité française et un homme de nationalité marocaine désiraient s'unir par les liens du mariage. Ils étaient domiciliés en France, plus précisément dans une commune de Savoie. Ils ont alors déposé un dossier de mariage auprès de leur mairie. Les bans ont été publiés le 13 juillet 2013 et le mariage a été programmé pour le 14 septembre 2013. Cependant, deux jours avant cette date, le procureur de la République de Chambéry a formé opposition à la célébration du mariage sur le fondement de l'article 175-1

du Code civil. Cette opposition se fonde sur la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>1501</sup>.

653. **Article 202-1 et Convention franco-marocaine.** L'article 202-1 alinéa 1 du Code civil prévoit que « *les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». Par conséquent, la loi française et la loi marocaine ont vocation à s'appliquer respectivement pour le futur marié français et le futur marié marocain. S'agissant du droit marocain, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981<sup>1502</sup> prévoit en son article 5 que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi nationale de l'un ou l'autre des époux. Ainsi, le droit marocain interdisant le mariage de personnes de même sexe, le mariage ne pouvait être célébré.

654. **Supériorité de la Convention.** L'article 202-1 alinéa 2 du Code civil n'est ici d'aucuns recours. En effet, la circulaire précitée prévoit que « *la règle introduite par l'article 202-1 alinéa 2 ne peut toutefois s'appliquer pour les ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales*<sup>1503</sup> *qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle* »<sup>1504</sup>. Cette circulaire ajoute que « *[d]ans ce cas, en raison de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une valeur supérieure à la loi, elles devront être appliquées dans le cas d'un mariage impliquant un ou deux ressortissant(s) des pays avec lesquels ces conventions ont été conclues* »<sup>1505</sup>. Ainsi, conformément à l'article 55 de la Constitution française, la Convention franco-marocaine a une autorité supérieure à la loi française et donc à l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil.

655. **Contrariété à l'ordre public international.** Les futurs époux ont saisi le tribunal de grande instance de Chambéry aux fins d'annulation et à titre subsidiaire de mainlevée de l'acte d'opposition à mariage du ministère public. Les époux invoquaient, entre autres,

---

<sup>1501</sup> Circ. NOR : JUSC1312445C, 29 mai 2013, [de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)], BOMJ n° 2013-05, 31 mai 2013.

<sup>1502</sup> Conv., 10 août 1981, [entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire], JORF 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643.

<sup>1503</sup> Parmi ces conventions bilatérales se trouvent : la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 (Conv., 10 août 1981, [entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire], JORF 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643).

<sup>1504</sup> Circ. NOR : JUSC1312445C, 29 mai 2013, [de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)], BOMJ n° 2013-05, 31 mai 2013, p. 4.

<sup>1505</sup> Circ. NOR : JUSC1312445C, 29 mai 2013, [de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)], BOMJ n° 2013-05, 31 mai 2013, p. 4.

l'inapplicabilité de la Convention franco-marocaine en raison de l'absence de réciprocité, le silence de cette convention et du droit marocain quant à la possibilité pour deux personnes de même sexe de contracter mariage et enfin la non-conformité du droit marocain à l'ordre public international français<sup>1506</sup>. Le 11 octobre 2013, le Tribunal de grande instance de Chambéry prononce la mainlevée de l'opposition. Pour justifier sa décision, le Tribunal rejette les arguments des futurs époux, mais accueille celui de la contrariété à l'ordre public international français<sup>1507</sup>.

## B) La contrariété de la loi marocaine à l'ordre public international français

656. *Intégration dans l'ordre public international.* Le ministère public a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Chambéry. Ainsi, il revenait à la Cour d'appel de déterminer « *si l'éviction de la loi prohibitive pouvait jouer en présence d'un ressortissant marocain, alors même que la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 prévoit expressément l'application de la loi personnelle aux conditions de fond du mariage* »<sup>1508</sup>. Sur cette question, la Cour d'appel<sup>1509</sup> va alors considérer : « *que l'article 143 du code civil, qui ouvre le mariage aux personnes de même sexe, consacre un principe essentiel reconnu par le droit français si bien que la loi nationale prohibitive porte atteinte à l'ordre public international* »<sup>1510</sup>. Ainsi, les magistrats vont affirmer que les dispositions de la loi du 17 mai 2013 ont été validées par le Conseil constitutionnel<sup>1511</sup> « *et qu'il doit être considéré qu'elles*

<sup>1506</sup> TGI [Chambéry], 11 oct. 2013, n° 13/01631.

<sup>1507</sup> TGI [Chambéry], 11 oct. 2013, n° 13/01631. Selon les juges du fond: « *En modifiant simultanément le droit matériel applicable au mariage (article 143 nouveau du code civil) et la règle de conflit de lois applicable au mariage comportant un élément d'extranéité (article 202-1 alinéa 2 du code civil), la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français, de sorte qu'une discrimination à l'accès au mariage fondée sur le sexe justifie l'éviction de l'article 5 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981* ». Le tribunal poursuit en affirmant que « *l'éviction de l'article 5 de la convention paraît de nature à prévenir une autre discrimination fondée sur la nationalité des ressortissants des différents États - de l'Union européenne, en particulier - candidats au mariage avec un ressortissant français de même sexe. En effet, la loi personnelle de l'époux étranger ressortissant d'un État autre que le Maroc ne prohibe pas systématiquement le mariage homosexuel* ».

<sup>1508</sup> J.-R. BINET, « Un mariage homosexuel franco-marocain autorisé en France », *Dr. famille* 2013, comm. 158, pp. 39-41, spé., p. 41.

<sup>1509</sup> CA [Chambéry], 3e ch., 22 oct. 2013, n° 13/02258: *D.* 2013, 2576, obs. H. FULCHIRON; *JCP G* 2013, 2056, note A. DEVERS; *Dr. famille* 2013, 39, note. J.-R. BINET.

<sup>1510</sup> A. DEVERS, « Mariage pour tous : même pour les couples franco-marocains ! », *JCP G* 2013, act. 1159, p. 2056.

<sup>1511</sup> Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *préc.*

*s’intègrent à un nouvel ordre public international* »<sup>1512</sup> tout en écartant l’application de la Convention franco-marocaine<sup>1513</sup>.

657. *Mise à l’écart de la Convention franco-marocaine*. La doctrine a relevé l’étrangeté de cet attendu en soulignant que la motivation « *était osée, voire délibérément provocatrice* »<sup>1514</sup>, pour ne pas dire « *assez maladroite* »<sup>1515</sup>. En effet, dans la logique du raisonnement de l’exception d’ordre public international, la Cour aurait dû écarter la loi marocaine et non la Convention franco-marocaine<sup>1516</sup>. De plus, il peut paraître surprenant que la Cour refuse de reconnaître la supériorité du traité sur la loi, selon le principe de la hiérarchie des normes, en posant comme fondement l’exception d’ordre public elle-même<sup>1517</sup>. Certains auteurs ont affirmé, très justement « *qu’il eut été préférable de s’appuyer sur l’article 4 de la convention franco-marocaine qui permettait d’écarter la loi marocaine au motif que, prohibant le mariage de personnes de même sexe, elle est manifestement incompatible avec l’ordre public français en matière internationale* »<sup>1518</sup>. Notons par ailleurs que même en l’absence de cette clause d’ordre public, rien n’empêchait la France de s’en prévaloir. En effet, la renonciation à l’exception d’ordre public doit être expresse<sup>1519</sup>, la Cour de cassation ayant affirmé qu’un « *simple silence du traité ne saurait se comprendre comme une renonciation implicite des*

<sup>1512</sup> CA [Chambéry], 3e ch., 22 oct. 2013, n° 13/02258, *préc.*

<sup>1513</sup> Il n’est pas inutile de reproduire in extenso le dernier attendu de la Cour d’appel : « *Attendu qu’il est constant que la non application de la loi en question pour les ressortissants marocains en raison de l’existence de la Convention bilatérale franco-marocaine de 1981 entraînerait une discrimination certaine au détriment de ces derniers ; que ces ressortissants étrangers vivent en France et doivent pouvoir bénéficier de l’accès à des droits légitimes conformes au nouvel ordre public international dans des conditions équivalentes à celles des ressortissants de pays qui n’ont pas conclu de conventions bilatérales et dont les législations ne reconnaissent pas non plus le mariage homosexuel ; qu’il convient ainsi, pour ces motifs, d’écarter l’application de la Convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, et en conséquence de ne pas reconnaître en l’espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes* ».

<sup>1514</sup> P. PUIG, *préc.*, RTD civ. 2015, p. 93

<sup>1515</sup> L. GANNAGÉ, *préc.*, JCP G 2015, note 318, p. 526.

<sup>1516</sup> Comme l’a parfaitement rappelé un auteur : « *Le raisonnement ainsi tenu manquait certes de rigueur, dans la mesure où l’exception d’ordre public ne joue pas directement contre la règle de conflit, mais contre la loi désignée par la règle de conflit* » (L. USUNIER, « L’exception d’ordre public au secours du mariage pour tous », RTD civ. 2015, pp. 343-348, spé., p. 344).

<sup>1517</sup> Un commentateur a vu dans ce raisonnement une qualification sous-entendue de loi de police (Cf. J.-R. BINET, *préc.*, Dr. famille 2013, comm. 158, p. 41) mais il est difficile de déterminer si cette loi peut réellement avoir une telle qualification au regard de son rattachement spatiale à l’ordre juridique français.

<sup>1518</sup> J.-R. BINET, *préc.*, Dr. famille 2013, comm. 158, p. 41 ; dans le même sens, Cf. A. DEVERS, *préc.*, JCP G 2013, act. 1159, p. 2056.

<sup>1519</sup> Comme le notent H. BATIFFOL et P. LAGARDE : « *La circonstance que l’exception ait été expressément prévue par certains traités ne doit pas faire conclure que les autres l’ont exclue : une pareille renonciation aurait dû être expresse, au moins pour la législation à venir, et ne saurait se présumer* ». Ces auteurs insistent également sur l’idée que la conclusion d’un traité ne signifie pas que chacune des parties contractantes approuve *in globo* la législation interne de son cocontractant, pas plus que sa législation à venir (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, p. 573, n° 357).

*parties au traité de se prévaloir de l'ordre public »*<sup>1520</sup>. La Cour de cassation n'a jamais modifié cette jurisprudence, car elle estime toujours que « *sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public »*<sup>1521</sup>.

658. **Mise à l'écart de la loi marocaine.** Un pourvoi en cassation a été formé par le ministère public qui s'articulait autour de deux moyens. Le premier était purement procédural, tandis que dans le second, le ministère public prétendait que « *l'article 5 (de la Convention franco-marocaine) n'est pas contraire ni manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes »*<sup>1522</sup>. La Cour régulatrice va rejeter le pourvoi en affirmant que l'article 4 de la Convention franco-marocaine précise « *que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »*<sup>1523</sup>.

659. Cette décision a fait l'objet de développements considérables, mais afin de mieux rester dans l'objet de notre étude, nous nous attarderons sur la question de savoir si la Cour de cassation a mis en œuvre l'ordre public de proximité à l'égard de la loi marocaine.

## **§2. Le rejet de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité à l'égard de la loi marocaine prohibant le mariage de même sexe**

660. La solution proposée par la Cour régulatrice déroge à la mise en œuvre classique de l'ordre public de proximité (A) et ne correspond pas aux solutions traditionnelles du droit international privé (B).

---

<sup>1520</sup> Cass. civ., 21 janv. 1936 : *Rev. crit. DIP* 1936, 510, note J.-P. NIBOYET.

<sup>1521</sup> Cette confirmation est issue de la jurisprudence *Baaziz* qui sera abordée ultérieurement (sur ce point Cf. Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 71-81, spé., p. 71 ; N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, op. cit., p. 96, n° 185.

<sup>1522</sup> Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, *préc.* (Cf. également l'avis de l'avocat général : J.-D. SARCELET, « Une convention devenue, en matière de mariage, manifestement incompatible avec l'ordre public de proximité », *Gaz. Pal.* 2015, n° 35-36, jurispr. pp. 11-16).

<sup>1523</sup> Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059, *préc.*

## A) La contradiction entre la méthode classique de l’ordre public de proximité et la solution proposée par la Cour de cassation

661. *Doutes sur la mise en œuvre de l’ordre public de proximité.* Une partie de la doctrine a fait part de ses doutes sur l’application de l’ordre public de proximité<sup>1524</sup>. En effet, l’ordre public de proximité se présente ici « *sous un nouveau visage* »<sup>1525</sup>, il serait « *original* »<sup>1526</sup> et la technique utilisée est à la fois « *inédite* »<sup>1527</sup> et « *méthodologiquement déstabilisante* »<sup>1528</sup>. Ces doutes sont fondés principalement sur trois éléments<sup>1529</sup>.

662. Tout d’abord, dans le maniement de l’ordre public de proximité, la Cour de cassation a toujours exigé que la proximité entre la situation et l’ordre juridique du for soit appréciée « *par rapport à l’individu dont les droits subjectifs sont en cause* »<sup>1530</sup>. La Cour de cassation apprécie la proximité à l’égard de l’un ou l’autre des futurs époux, « *et non par rapport à l’individu dont le statut est prohibitif* »<sup>1531</sup>. La mise en œuvre classique de l’ordre public de proximité et le rejet du pourvoi auraient très bien pu être justifiés par l’établissement en France du domicile de l’époux marocain ou des deux époux<sup>1532</sup>.

663. Ensuite, la Cour de cassation a privilégié au fil de sa jurisprudence deux critères, non cumulatifs, pour apprécier la proximité de la situation avec le for. Il s’agit de la nationalité ou du domicile. Cependant, la Cour de cassation rajoute ici un troisième critère non cumulatif qui

---

<sup>1524</sup> Dans ce sens : A. DEVERS et M. FARGE, « Mariage homosexuel franco-marocain : contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation ! », *Dr. famille* 2015, comm. 63, pp. 66-69, spé., p. 68 ; J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 6, p. 609 ; L. USUNIER, *préc.*, *RTD civ.* 2015, p. 347 ; D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 403-404 ; *contra* : A.-A. HYDE, « Le caractère fondamental de la liberté de se marier entre personnes de même sexe », *Rev. Lamy. dr. civ.* juin. 2015, pp. 38-42, spé., p. 39, n° 8 ; I. GALLMEISTER, « Mariage de personnes de même sexe : exception d’ordre public international », *D.* 2015, p. 464.

<sup>1525</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2015, comm. 63, p. 68.

<sup>1526</sup> J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 6, p. 609.

<sup>1527</sup> L. USUNIER, *préc.*, *RTD civ.* 2015, p. 347.

<sup>1528</sup> *Ibidem.*

<sup>1529</sup> Un autre argument était également invoqué : Selon J. DUBARRY, « *Si on prend au sérieux la lettre de l’arrêt, le raisonnement de la Cour de cassation ne peut cependant pas être expliqué par l’ordre public de proximité tel qu’entendu classiquement puisque la loi marocaine est dans un premier temps déclarée contraire à l’ordre public évoqué à la convention franco-marocaine, qui diplomatiquement ne peut pas être entendu au sens d’ordre public de proximité* » (J. DUBARRY, « Le mariage pour tous au nom de l’ordre public international de proximité ! », *RJPF* fév. 2015, pp. 20-24, spé., p. 24).

<sup>1530</sup> J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 6, p. 609. Il est possible de nuancer ce propos en affirmant que si la proximité s’apprécie par rapport à l’individu sont les droits subjectifs sont en cause c’est dans le domaine particulier du droit de la famille ou dans une certaine mesure du statut personnel.

<sup>1531</sup> *Ibidem.*

<sup>1532</sup> J. DUBARRY, *préc.*, *RJPF* fév. 2015, p. 24.



est celui de la résidence. Le plus surprenant est que la « *résidence auquel il est fait référence n’est pas la résidence habituelle du droit international privé* »<sup>1533</sup> car « *il s’agit ici d’une notion de fait caractérisée par un établissement, principal ou secondaire, d’une durée minimale d’un mois* »<sup>1534</sup>.

664. Enfin, et c’est certainement le point le plus original : l’ordre juridique de référence n’est pas nécessairement l’ordre public du for<sup>1535</sup>. La proximité s’apprécie à l’égard de tout système juridique dont la loi matérielle autorise la célébration d’un mariage de personnes de même sexe<sup>1536</sup>. Comme le rappelle alors un auteur : « *la solution retenue par le présent arrêt se distingue cependant de la mise en œuvre classique de l’ordre public de proximité dans la mesure où le lien pris en compte n’est pas seulement celui qui unirait le couple à l’ordre juridique français mais plus largement, le lien unissant le couple à tout ordre juridique admettant le mariage pour tous* »<sup>1537</sup>. D. BODEN offre peut-être la plus belle illustration du décalage entre l’ordre public de proximité et la solution donnée par la Cour de cassation en soulignant que l’arrêt « *n’exige ni ne relève la présence d’aucune “Inlandsbeziehung”* »<sup>1538</sup>. En effet, « *l’arrêt requiert une “Beziehung” (la loi qui permet le mariage doit être “désignée” par l’une des branches de rattachement alternatif précité) sans requérir d’“Inland” (la loi qui permet le mariage n’est pas nécessairement la loi “française”* »<sup>1539</sup>.

665. **Contradiction entre le communiqué et la décision.** D’autre part, l’attendu de la Cour de cassation se trouve en « *décalage complet* »<sup>1540</sup> avec le communiqué<sup>1541</sup> qui l’accompagne et qui a été « *publié quelques heures avant la décision* »<sup>1542</sup>. En effet, les différences existantes entre le communiqué et la lettre même de l’arrêt peuvent « *laisser perplexe* »<sup>1543</sup>. Dans ce communiqué, la Cour régulatrice affirme qu’« *on ne peut priver une personne de la liberté fondamentale de se marier, mariage qui, depuis la loi du 17 mai 2013, est ouvert, en France,*

<sup>1533</sup> J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 6, p. 610.

<sup>1534</sup> *Ibidem*, p. 611.

<sup>1535</sup> *Ibid.*

<sup>1536</sup> *Ibid.*

<sup>1537</sup> L. USUNIER, *préc.*, *RTD civ.* 2015, p. 347.

<sup>1538</sup> D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 403.

<sup>1539</sup> *Ibidem*, p. 404.

<sup>1540</sup> H. FULCHIRON, « Le “mariage pour tous” est d’ordre public en matière internationale », *D.* 2015, pp. 464-469, spé., p. 467.

<sup>1541</sup> Cass. Communiqué, « Arrêt dit du mariage franco-marocain entre personnes de même sexe », 25 janvier 2015.

<sup>1542</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2015, p. 467.

<sup>1543</sup> V. LEGRAND, *préc.*, *LPA* 27 fév. 2015, p. 8.

*aux couples de même sexe* »<sup>1544</sup>. Il n'existe aucune référence à cette liberté fondamentale de se marier. La Cour rappelle ensuite que le mariage de personnes de même sexe n'est reconnu que par une minorité d'États et va ensuite préciser : « *Dès lors, [...] la loi du pays étranger ne peut être écartée que si l'une des conditions suivantes est remplie :*

*-il existe un rattachement du futur époux étranger à la France [...].*

*-L'État avec lequel a été conclu la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle »*<sup>1545</sup>.

666. Ce communiqué fait état de deux conditions qui ne figurent pas dans l'arrêt. S'agissant de la première condition, le communiqué rajoute une condition essentielle de proximité avec la France tandis que l'arrêt avait une formulation générale<sup>1546</sup>. Pour certains auteurs, cette condition ne « *pose pas de difficultés* »<sup>1547</sup> tant elle reprend la « *conception traditionnelle de l'ordre public de proximité* »<sup>1548</sup>. Pour H. FULCHIRON, cette condition dénature l'ordre public de proximité<sup>1549</sup>. Selon cet auteur, l'ordre public de proximité s'attache à la proximité de la situation avec l'ordre juridique français et cette proximité peut résulter de différents facteurs : la nationalité ou la résidence des personnes intéressées<sup>1550</sup>. En l'espèce, la proximité de la situation avec le for était bien suffisante, et par conséquent : « *Rajouter une exigence de proximité propre à celui dont la loi nationale est en cause, c'est dénaturer le sens de la proximité en DIP* »<sup>1551</sup>.

667. La deuxième condition est a priori « *séduisante* »<sup>1552</sup>, mais elle est belle et bien « *incompréhensible* »<sup>1553</sup>. Que signifient les termes employés par la Cour de cassation ? S'agit-il des pays qui « *tout en refusant d'inscrire dans leur droit interne le mariage entre personnes de même sexe, acceptent de faire produire effet aux unions célébrées à l'étranger, entre étrangers, voire entre un étranger et un de leurs nationaux* »<sup>1554</sup> ? Cette seconde condition, en

<sup>1544</sup> Cass. Communiqué, « Arrêt dit du mariage franco-marocain entre personnes de même sexe », 25 janvier 2015.

<sup>1545</sup> *Ibidem*.

<sup>1546</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2015, p. 467.

<sup>1547</sup> I. REIN-LESCASTEREYRES, « Mariage franco-marocain : l'ordre public international commande d'écartier la loi marocaine applicable qui prohibe le mariage entre les personnes du même sexe », *Gaz. Pal.* 2015, 2, jurispr. pp. 1119-1121, spés., p. 1121, n° 3.

<sup>1548</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2015, comm. 63, p. 67.

<sup>1549</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2015, p. 468.

<sup>1550</sup> *Ibidem*.

<sup>1551</sup> *Ibid.*

<sup>1552</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2015, comm. 63, p. 69 ; H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2015, p. 468.

<sup>1553</sup> I. REIN-LESCASTEREYRES, *préc.*, *Gaz. Pal.* 2015, 2, jurispr., p. 1121, n° 3.

<sup>1554</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2015, p. 468.

plus d'être difficile à caractériser, est dotée d'une portée très limitée<sup>1555</sup>. Cependant, bien que la valeur juridique de ce communiqué demeure toute relative<sup>1556</sup>, il est difficile de déterminer comment la Cour régulatrice entend respecter la lettre de sa décision tout en étant en harmonie avec ce communiqué.

## B) L'adoption d'une nouvelle méthode par la Cour de cassation

668. *Hypothèse de l'exception d'ordre public*. On peut donc douter de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité par la Cour de cassation à l'encontre de la loi marocaine qui interdit le mariage de personnes de même sexe. Il est également possible de douter de la mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public international. S'il est indéniable que la Cour de cassation a modifié le contenu de l'ordre public international pour y faire figurer le mariage de personnes de même sexe, il apparaît que la Cour régulatrice n'a pas usé de la méthode classique de l'exception d'ordre public international<sup>1557</sup>. En effet, la théorie générale de l'exception d'ordre public international suppose d'évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois, car le résultat produit par l'application de cette loi étrangère serait contraire aux valeurs essentielles du for<sup>1558</sup>.

669. La solution donnée par la Cour régulatrice ne répond que partiellement à cette méthode classique. En effet, une lecture littérale de la décision laisserait penser « *que la loi nationale de l'époux concerné ne serait jugée contraire à l'ordre public qu'à la condition que la loi*

---

<sup>1555</sup> Comme le soulignent certains auteurs : « *De fait, la nationalité française, le domicile ou la résidence en France d'un des époux suffira à justifier l'éviction de la loi étrangère sans qu'il y ait lieu de rechercher avec quelle intensité elle prohibe le mariage homosexuel. C'est dire que cette seconde condition n'aurait d'intérêt que si l'on devait admettre – avec le communiqué – que l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas la portée qui s'évince de sa lecture. Ne pouvant souscrire à cette idée on soulignera seulement que cette seconde condition alternative serait parfois malaisée à caractériser : souvenons-nous qu'avant la loi du 17 mai 2013 il était très difficile de prédire dans quelle mesure l'ordre juridique français aurait accepté qu'un mariage homosexuel étranger produise effet en France ! Il n'était alors pas totalement certain que la France puisse être classée parmi les pays ne le rejetant pas de façon universelle ! Quid aujourd'hui par exemple de la Serbie, de la Pologne ou du Monténégro ?* » (A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2015, comm. 63, spé., p. 69).

<sup>1556</sup> Comme le note un auteur : « *Aucune valeur juridique ne peut être accordée à ces éléments de langage élaborés pour la presse. Pourtant leur existence vient amoindrir la portée de l'arrêt en semant le doute sur l'unique énoncé disponible pour justifier la décision* » (L. SINOPOLI, « *Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation. Droit au mariage des couples de même sexe* », *La Revue des Droits de l'Homme* 2015, p. 8, n° 38).

<sup>1557</sup> Dans ce sens : D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 406-407.

<sup>1558</sup> « *La mise en œuvre de l'ordre public suppose en effet nécessairement une contrariété concrète entre le résultat de l'application de la loi étrangère et les principes défendus par le for* » (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 190, n° 201).

*nationale de l'autre époux ou la loi du domicile ou de la résidence de l'un ou l'autre autorise* »<sup>1559</sup> le mariage de personnes de même sexe. Une lecture littérale de la décision laisserait donc penser que la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public international est davantage justifiée par la teneur des lois étrangères qui autorisent le mariage de couple de même sexe que par une atteinte aux valeurs essentielles du for. Cette particularité s'explique par la structure même de l'article 202-1 du Code civil<sup>1560</sup>. Notons également que cette particularité est également présente en droit belge, la loi étrangère interdisant le mariage de personnes de même sexe étant écartée sans qu'il soit nécessaire de procéder à une appréciation *in concreto* de son impact sur l'ordre juridique belge<sup>1561</sup>. Néanmoins, le déclenchement de l'exception d'ordre public international ne devrait pas être conditionné par la teneur d'un ordre juridique étranger<sup>1562</sup>. En effet, on retrouve ici « *un axiome de la théorie générale du conflit de lois : les exigences d'un ordre juridique étranger ne sont pas supposées entrer en ligne de compte lorsque le juge doit décider de déclencher ou non l'exception d'ordre public international* »<sup>1563</sup>.

670. **Hypothèse de l'effet réflexe de l'ordre public.** L'influence des exigences de l'ordre juridique étranger sur le déclenchement de l'ordre public international ne s'assimile pas pour autant à un « *effet réflexe* »<sup>1564</sup> de l'ordre public. La problématique de l'effet réflexe surgit lorsque le juge français s'interroge de la validité en France d'un acte ou d'une situation qui aurait été constituée à l'étranger en application de l'ordre public local et non par l'application de la loi normalement compétente<sup>1565</sup>. L'admission de l'effet réflexe conduirait à considérer

<sup>1559</sup> B. MATHIEU, « Conflit de lois », *JDI* 2015, comm. 8, pp. 622-634, spé., p. 631.

<sup>1560</sup> D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 407-408.

<sup>1561</sup> En effet, comme le note P. WAUTELET, le refus d'appliquer la loi étrangère qui empêche le mariage de personne de même sexe « *est automatique. Il n'est pas fonction d'une appréciation de l'impact concret de cette loi sur l'ordre juridique belge et encore moins de l'existence, entre les candidats au mariage, d'une vie commune susceptible d'être protégée au sens de l'article 8 de la Convention européenne* » (P. WAUTELET, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé », *op. cit.*, p. 318).

<sup>1562</sup> D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 406.

<sup>1563</sup> *Ibidem*.

<sup>1564</sup> L'identification de l'effet réflexe de l'ordre public est attribuée à A. PILLET dans un contexte toujours marqué par la « *territorialité des lois d'ordre public* ». Selon cet auteur, « *la règle de la territorialité des lois d'ordre public a droit à un respect universel, comme toute autre règle du droit international privé* » (A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone, Paris, 1903, p. 423, n° 217). Par conséquent, « *tout État est obligé de reconnaître et de respecter les décisions, soit légales, soit judiciaires, rendues dans un autre État au nom de l'ordre public* » (A. PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble, F. Allier Père et Fils, Paris, L. Larose et Forcel, 1890, p. 84).

<sup>1565</sup> L'exemple le plus célèbre est très certainement celui tiré d'une décision rendue par le Tribunal de la Seine le 15 février 1922 (T. civ de la Seine, 9<sup>e</sup> Ch., 15 fév. 1922 : *Clunet* 1922, pp. 396-399). Dans cet exemple, deux polonais de religions différentes (un juif et une catholique) s'étaient mariés en Belgique, le mariage civil étant ouvert à tous dans cet État, alors que la loi polonaise prohibait ce type d'union. En effet, l'article 2 de la loi sur le mariage qui était en vigueur dans le royaume de Pologne du Congrès disposait que « *le mariage entre polonais*

l'acte ou la situation comme valable et à prendre en compte, de manière exceptionnelle, l'ordre public étranger<sup>1566</sup>. Cette prise en considération s'explique par la concordance entre l'ordre public étranger et l'ordre public du for<sup>1567</sup>. Cette présentation de l'effet réflexe ne correspond pas à la solution posée par l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil et à la solution posée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 28 janvier 2015<sup>1568</sup>. Comme le suggère H. FULCHIRON, l'effet réflexe ne peut être utilisé pour la création d'une situation en contradiction avec la loi normalement compétente, mais surtout, l'ordre juridique étranger peut prévoir dans son droit interne le mariage de personnes de même sexe sans assurer son intégration au sein de son ordre

---

*n'est valable que s'il y a été procédé en la forme religieuse* » (Cf. Clunet 1922, pp. 396-399, spé., p. 398). Il convient de rappeler que cet exemple a subi quelques adaptations. Ainsi, H. BATIFFOL prend soin de modifier l'exemple « *pour éviter la délicate question de savoir si le caractère religieux du mariage est une règle de forme ou de fond. S'il s'agit de forme, la loi belge est appliquée en vertu de la règle "locus regit actum", et non en raison de l'ordre public puisque la loi polonaise n'était pas compétente* » (H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, p. 387, n° 369, n.b.p 2 ; à noter que cette précision disparaît dans la 8<sup>e</sup> édition de l'ouvrage, l'auteur ne faisant alors plus directement référence à la décision rendue par le Tribunal de la Seine le 15 février 1922). Par conséquent, l'exemple nécessite de considérer que la loi applicable était la loi personnelle des époux, à savoir la loi polonaise et que cette dernière aurait été évincée par l'ordre public belge. La question de la validité de cette union au regard de l'ordre juridique français est alors déterminante. En application de la loi polonaise, normalement compétente, le mariage devrait être considéré comme étant nul. Cependant, en application de l'effet réflexe, le mariage devrait être considéré comme valable et il pourrait donc être reconnu en France.

<sup>1566</sup> L'admission de cet effet réflexe a été profondément débattue. Certains auteurs refusaient la reconnaissance d'un droit acquis en application d'un ordre public étranger, en raison du caractère territorial de l'ordre public (Cf. par ex : É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. 1, 1930, § 95). D'autres, en revanche, admettaient cet effet réflexe de manière exceptionnelle, car l'ordre juridique du for aurait eu la même réaction de rejet que l'ordre juridique étranger à l'égard de la loi litigieuse si la situation devait être constituée sur son territoire. Ainsi, dans l'exemple précédent, si les époux polonais avaient voulu se marier en France, l'ordre public aurait écarté la loi polonaise normalement applicable, exactement comme l'ordre public belge (au soutien de cet argument : J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. 3, 1944, pp. 573-574, n° 1048 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, p. 590, n° 366 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, p. 382, n° 401).

<sup>1567</sup> La concordance entre l'ordre public étranger et l'ordre public du for n'était pas considérée comme une condition de l'admission de l'effet réflexe par A. PILLET. Selon cet auteur, l'effet réflexe devait être admis par tous les États (A. PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble, F. Allier Père et Fils, Paris, L. Larose et Forcel, 1890, p. 84). Cependant, J.-P. NIBOYET considérait que l'effet réflexe devait seulement être admis dans les pays ayant « *la même conception de l'ordre public* » (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. 3, 1944, p. 574, n° 1048). Ainsi, et toujours selon l'exemple du mariage entre deux polonais de religions différentes célébré en Belgique, l'auteur affirme qu'il existe en réalité deux cercles : « *celui des pays à mariage confessionnel et celui des pays à mariage civil* » et qu'au sein de chaque cercle « *l'efficacité des droits, nés en vertu de l'effet substitutif de l'ordre public, doit très régulièrement se produire* » (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. 3, 1944, p. 574, n° 1048). Cette nécessité d'une certaine similarité entre l'ordre public français et l'ordre public étranger a été immédiatement soutenue par H. BATIFFOL. Notons d'ailleurs une évolution dans l'expression utilisée par l'auteur, passant de la « *concordance* » à la « *coïncidence* » entre l'ordre public français et l'ordre public étranger (comp. H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949, p. 388, n° 369 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, p. 590, n° 366).

<sup>1568</sup> Certains auteurs ont perçu une similarité entre la méthode existante au sein de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil et la méthode de l'effet réflexe (Cf. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, p. 285, n° 383). Certains ont pu considérer que la solution donnée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 28 janvier 2015 pouvait correspondre également à l'effet réflexe de l'ordre public (Cf. S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 159, n° 268).

public international<sup>1569</sup>. La concordance entre l'ordre public international du for et l'ordre public international étranger n'est donc pas acquise.

671. **Hypothèse du cumul des méthodes.** Une autre solution serait de considérer que la Cour régulatrice a d'abord écarté la loi marocaine en utilisant l'exception d'ordre public international puis dans un second temps, elle aurait appliqué la règle substantielle de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil. Ainsi, comme le rappelle B. MATHIEU à propos de l'application subsidiaire de l'article 202-1 alinéa 2 : « *la solution serait, pour le moins innovante mais intellectuellement envisageable. Innovante parce que la Cour de cassation n'a jamais eu, à notre connaissance, l'occasion d'appliquer une règle matérielle propre aux relations internationales, après avoir déclenché l'exception d'ordre public* »<sup>1570</sup>.

672. La réforme portant sur le mariage de couple de même sexe ainsi que la jurisprudence de la Cour régulatrice concernant ce type d'union n'ont pas engendré une résurgence de l'ordre public de proximité. L'absence de progression de l'ordre public de proximité se cumule avec une régression de cette modalité de mise en œuvre de l'ordre public international. En effet, l'ordre public de proximité est en voie de raréfaction dans les domaines où ce dernier avait été largement utilisé.

## **Section 2 : La raréfaction progressive de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité**

673. La diminution de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité ne se limite pas aux solutions prévues par le droit international privé français (Sous-section 1). En effet, les solutions adoptées en droit international privé européen confortent le déclin progressif de cette figure de l'exception d'ordre public international (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : La mise à l'écart de l'ordre public de proximité en droit international privé français**

674. L'établissement de la filiation naturelle et la réception des mariages polygamiques constituent deux domaines de prédilection de l'ordre public de proximité. Cependant, les

---

<sup>1569</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *JDI* 2013, doctr. 9, p. 1067, n° 27.

<sup>1570</sup> B. MATHIEU, *préc.*, *JDI* 2015, comm. 8, p. 633.

solutions récentes de la Cour de cassation et surtout les évolutions des droits fondamentaux concernant l'établissement de la filiation laissent entrevoir une disparition de l'ordre public de proximité (§1). Cette raréfaction de l'ordre public de proximité se cumule avec la modification de son domaine quant à la réception des mariages polygamiques célébrés à l'étranger (§2).

### **§1. Le déclin de l'ordre public de proximité pour l'établissement de la filiation naturelle**

675. Les juridictions françaises n'ont cessé de mettre œuvre l'ordre public de proximité pour s'opposer aux lois étrangères interdisant l'établissement de la filiation naturelle (A), mais les solutions récentes de la Cour régulatrice interrogent sur la pérennité de l'ordre public de proximité (B).

#### **A) La mise en œuvre initiale de l'ordre public de proximité**

676. *Origines de cette mise en œuvre.* La mise en œuvre de l'ordre public de proximité en matière d'établissement de la filiation naturelle trouverait ses origines dans la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris et plus précisément dans un jugement du 23 avril 1979<sup>1571</sup>. Le cas d'espèce était le suivant : une mère algérienne résidant en France avait intenté une action en recherche de paternité contre un Français, au profit de son enfant français résidant en France depuis sa naissance. La loi algérienne applicable, en vertu de l'article 311-14 du Code civil<sup>1572</sup>, prohibait la recherche en justice de la paternité et de la maternité et interdisait l'établissement de la filiation d'un enfant né hors mariage<sup>1573</sup>. Le Tribunal a alors écarté l'application de la loi algérienne en y substituant la loi française comme le permet classiquement l'exception d'ordre public international<sup>1574</sup>.

---

<sup>1571</sup> TGI [Paris], 1<sup>re</sup> ch., 23 avr. 1979 : *Rev. crit. DIP* 1980, 83, note P. LAGARDE.

<sup>1572</sup> Comme le note P. LAGARDE, la réforme du droit de la filiation de 1972 a été jusqu'à modifier la règle de conflit de loi applicable en matière d'établissement de la filiation. Délaissant la loi nationale de l'enfant, c'est la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant qui devient applicable. Par conséquent, c'est bien la loi algérienne qui avait vocation à s'appliquer (P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1980, pp. 83-91, spé., pp. 83-84).

<sup>1573</sup> Il convient d'apporter quelques précisions sur la reconnaissance judiciaire de la filiation en droit musulman (*istihak*) En effet, s'il existe en droit musulman le mécanisme de la constatation judiciaire de la qualité d'enfant légitime, la loi musulmane ne permet pas qu'un individu puisse faire juger qu'il est né des relations de tel individu et de telle femme libre. Ainsi, la recherche de la paternité et de la maternité naturelle est interdite (L. MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Recueil Sirey, 1971, p. 395, n° 425).

<sup>1574</sup> P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1980, pp. 83-91, spé., p. 85.

677. La motivation de la décision est présentée en deux temps<sup>1575</sup>. Tout d’abord, le tribunal se focalise sur des éléments concrets qui illustrent le rattachement de la situation avec la France : « *On ne peut s’empêcher d’observer qu’ainsi, à la faveur de la loi personnelle de la mère demanderesse, le défendeur, citoyen français, domicilié en France, serait en droit d’interdire à un enfant lui-même français et résidant en France, de faire reconnaître sa filiation par une juridiction française* »<sup>1576</sup>. Puis, le Tribunal, dans son dernier motif pose une « *norme générale et abstraite* »<sup>1577</sup> : « *Une disposition légale étrangère, déniait à un enfant, au motif qu’il est né hors mariage, tout droit d’établir sa filiation, est fondamentalement opposée à la conception française moderne des droits de l’enfant et, comme telle, heurte l’ordre public français* »<sup>1578</sup>.

678. Si le caractère général et abstrait de ce dernier motif peut faire douter de la prise en compte de la proximité avec le for pour la mise en œuvre de l’ordre public international, des auteurs soulignent le caractère indissociable des deux motifs. Ainsi : « *c’est principalement au regard de ces éléments de fait rattachant le litige au for que le tribunal admet la contrariété à l’ordre public de la loi étrangère* »<sup>1579</sup>. Plus précisément, « *c’est parce que l’enfant et le père prétendu sont français et résident en France que la loi étrangère est contraire à l’ordre public international* »<sup>1580</sup>. Cette jurisprudence est donc la première manifestation de l’ordre public de proximité en matière d’établissement de la filiation naturelle<sup>1581</sup>.

---

<sup>1575</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 241, n° 252.

<sup>1576</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1987, t. 196, p. 110.

<sup>1577</sup> P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1980, pp. 83-91, spé., p. 87

<sup>1578</sup> P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1987, t. 196 p. 111.

<sup>1579</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., pp. 241-242, n° 252. Pour N. JOUBERT, cette « *interprétation est en accord avec la nécessité d’apprécier in concreto la contrariété à l’ordre public d’une disposition légale étrangère* » et ce sont bien les circonstances concrètes de l’espèce qui constituent le fondement de la décision du tribunal. L’auteur conclut ainsi : « *Ainsi, la solution découlant d’une telle interprétation de ce jugement serait la suivante : une loi étrangère prohibant l’établissement de la filiation naturelle est contraire à l’ordre public si le litige en cause présente des liens suffisants avec l’ordre juridique du for. Cette loi étrangère n’est pas en soi contraire à l’ordre public mais le devient seulement s’il existe des liens suffisants entre le litige et le for* » (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 242, n° 253).

<sup>1580</sup> P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1980 p. 83-91, spé., p. 87. Selon P. LAGARDE, ce caractère indissociable des deux motifs s’explique par une interprétation « *impressionniste* » qui demeure conforme à la théorie de l’ordre public international (P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1980, pp. 83-91, spé., pp. 83-84).

<sup>1581</sup> P. COURBE, « L’ordre public de proximité » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 227-239, spé., p. 230 ; dans le même sens : D. ALEXANDRE, « L’intervention de l’ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français » op. cit., p. 108. Un seul auteur a, à notre connaissance, contesté le caractère indissociable de ces deux motifs tout en refusant de conclure à une application de l’ordre public de proximité par le tribunal de grande instance de Paris (Cf. K. ZAHER, op. cit., p. 159 et s.). Tout en ayant remarqué une curiosité sur la retranscription de la décision, l’auteur affirme : « *À aucun moment, le tribunal ne laisse entendre que les liens avec le for ont eu une quelconque influence sur le déclenchement de la réserve d’ordre public. Bien au*



679. Deux autres jugements du Tribunal de grande instance de Paris illustrent cette mise en œuvre de l'ordre public de proximité selon une interprétation *a contrario*<sup>1582</sup>. Dans le premier jugement<sup>1583</sup>, la loi sénégalaise n'a pas été considérée comme contraire à l'ordre public international puisque l'enfant franco-sénégalais était appelé à vivre et à s'intégrer au Sénégal, pays dans lequel il avait été recueilli par sa grand-mère. Dans le deuxième jugement<sup>1584</sup>, une mère algérienne résidant en France avec son enfant de nationalité algérienne avait introduit une action en recherche de paternité à l'égard d'un Algérien domicilié en France. Le tribunal a considéré que les « *éléments de rattachement à l'ordre français [étaient] trop tenus pour justifier l'éviction de la loi algérienne* »<sup>1585</sup> au nom de l'exception d'ordre public. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris est constante dans la mise en œuvre de l'ordre public de proximité et l'appréciation *in concreto*<sup>1586</sup>.

---

*contraire. La juridiction parisienne s'est bien demandée s'il ne convient pas, "en toute hypothèse", de rejeter la loi algérienne en ce qu'elle interdit l'établissement de la filiation naturelle, parce que "intrinsèquement" contraire à l'ordre public français. Et de conclure que la dite loi est "fondamentalement opposée" à la conception française des droits de l'enfant* » (K. ZAHER, *op. cit.*, p. 159, n° 212). Cette analyse pourrait cependant être relativisée sur un point : le raisonnement même des juges parisiens trahirait une prise en compte de la proximité du moins dans la méthode classique de l'exception d'ordre public. En effet, la contrariété à l'ordre public international d'une loi étrangère est traditionnellement la conséquence de son caractère choquant. Dans cette décision, le caractère choquant de la loi algérienne réside dans l'impossibilité faite à un enfant français résidant en France d'établir sa filiation naturelle à l'égard du défendeur également citoyen français résidant en France. Ce caractère choquant ressort des propos même des magistrats qui « *n'ont pas pu s'empêcher d'observer* » le résultat produit par la loi algérienne à l'égard d'une situation si proche du for. Par conséquent, c'est bien en raison des liens de proximité que la situation entretenait avec le for que la situation est contraire à l'ordre public international. De plus, si le résultat produit par la loi étrangère était si choquant, pourquoi les magistrats ont-ils pris soin de souligner la proximité de la situation avec la France ? Le caractère choquant de la loi algérienne interdisant à un enfant d'établir sa filiation naturelle ne suffisait-il pas à admettre sa contrariété à l'ordre public international ?

<sup>1582</sup> Ces décisions sont citées par G. SUTTON (*Cf. G. SUTTON, « Les articles 311-14 et suivants du code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande instance de Paris », Travaux. comité fr. DIP 1982-1984, A. Pedone, pp. 193-211, spé., pp. 198-199.*

<sup>1583</sup> TGI [Paris], 3 juin 1980. Dans cette affaire, une mère de nationalité sénégalaise a introduit une instance à l'encontre d'un français résidant en France au profit de son enfant, binational, qui résidait en France au moment de l'introduction de l'instance. Le décès de la mère a interrompu la procédure et l'enfant a trouvé domicile auprès de sa grand-mère au Sénégal qui devint sa tutrice. Le tribunal affirma : « *que l'exception de l'ordre public par laquelle pourrait être paralysée la règle de conflit ne doit pas être envisagée "in abstracto", que c'est en considération des données concrètes de l'espèce et des circonstances dans lesquelles serait, en fait, appliquée la loi étrangère que doivent être appréciées les exigences de l'ordre public [...] qu'ainsi, il apparaît bien que l'enfant est appelée à vivre et s'intégrer dans le pays et le milieu culturel dont sa mère était originaire ; que dans ces conditions, l'on ne saurait considérer que l'ordre public français serait heurté par l'application de la loi personnelle de la mère* » (G. SUTTON, *préc.*, *Travaux. comité fr. DIP 1982-1984, A. Pedone, p. 199*).

<sup>1584</sup> TGI [Paris], 9 fév. 1982. En l'espèce, une mère algérienne résidant en France avec son enfant de nationalité algérienne avait introduit une action en recherche de paternité à l'égard d'un algérien domicilié en France (*Cf. G. SUTTON, préc.*, *Travaux. comité fr. DIP 1982-1984, A. Pedone, p. 198*).

<sup>1585</sup> G. SUTTON, *préc.*, *Travaux. comité fr. DIP 1982-1984, A. Pedone, p. 198*.

<sup>1586</sup> Un débat doctrinal est apparu sur la question de savoir si la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris était constante ou inconstante. Selon N. JOUBERT, les solutions retenues dans les jugements de 1980 et de 1982 sont similaires à celle qui a été retenue dans le jugement de 1979. Ainsi, la contrariété des lois étrangères à l'ordre public international n'est établie que s'il existe des liens suffisants entre le litige et le for (N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé, op. cit.*, p. 243, n° 253). À l'inverse, selon K. ZAHER, la jurisprudence serait inconstante. L'auteur souligne tout d'abord les divergences existantes entre le jugement de 1979 et celui de 1980. Premièrement, l'auteur rejette la thèse de la

680. *Expansion de l'ordre public de proximité.* La mise en œuvre de l'ordre public de proximité par la Cour régulatrice en matière d'établissement de la filiation naturelle a été tardive. Dans un arrêt du 3 novembre 1988<sup>1587</sup>, la Cour de cassation avait tout d'abord affirmé que les « *lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* »<sup>1588</sup>. Dans cette affaire, une mère de nationalité algérienne, devenue française au cours de l'instance, avait assigné en déclaration judiciaire de paternité le prétendu père qui résidait en France. Bien que la nationalité du père ne soit pas précisée dans l'arrêt, une doctrine autorisée a pu conclure que ce dernier avait la nationalité française<sup>1589</sup>. L'enfant quant à lui était français<sup>1590</sup> et résidait en France. Les liens

---

mise en œuvre de l'ordre public de proximité dans le jugement de 1979. Deuxièmement, l'auteur souligne les différences existantes entre le jugement de 1979 et celui de 1980. Tandis que le jugement de 1980 mentionne explicitement l'enracinement de la situation dans pays étranger comme cause de non-déclenchement de l'exception d'ordre public, celui de 1979 précise que la loi algérienne était « *intrinsèquement* » contraire à l'ordre public. Troisièmement, en admettant que la nationalité ou la résidence en France de l'enfant et du défendeur eussent été pris en compte dans le jugement de 1979, ces mêmes critères n'ont pas été pris en compte dans le jugement de 1980. L'auteur affirme que « *les deux affaires entretenaient les mêmes attaches avec la France à ceci près que l'enfant résidait à l'étranger pendant l'instance* » dans le jugement de 1980. Ensuite, l'auteur souligne la prise en compte, à géométrie variable de la résidence des intéressés dans les deux jugements de 1980 et 1982. L'auteur affirme : « *Dès lors, l'on comprend mal que la même juridiction se soit appuyée sur la résidence actuelle au Sénégal de l'enfant pour juger comme suffisamment enraciné dans l'ordre juridique sénégalais un litige opposant un enfant français, né en France et y ayant vécu, à son prétendu père français et résidant en France. Si la résidence de l'enfant à l'étranger pendant l'instance a semblé au tribunal comme un lien d'attache plus fort que les trois autres critères combinés [...] pourquoi ce même lien d'attache, même combinée avec la résidence en France de la mère et du prétendu père, a été jugé comme "trop tenu pour justifier l'éviction de la loi algérienne" dans le jugement du 9 février 1982 ?* » (K. ZAHER, *op. cit.*, p. 161, n° 215). L'argumentation de l'auteur ne convainc pas réellement. Tout d'abord, comme nous l'avons vu précédemment, nous partons du postulat que le tribunal a bien pris en compte les éléments de rattachement existants avec la France pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public dans le jugement de 1979. Hormis la nationalité de la mère, le cas d'espèce était intégralement rattaché au for (nationalité du père, résidence du père, nationalité de l'enfant, résidence de l'enfant et résidence de la mère) Ainsi, sur les 6 critères existants, 5 sont rattachés intégralement et exclusivement au for. Selon la méthode du « *comptage de point de contact* » proposée par P. LAGARDE (Cf. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1987, t. 196, p. 112) la situation pouvait difficilement être plus proche du for. Ainsi, c'est en raison de cette proximité avec le for que le tribunal a écarté la loi étrangère qui interdisait l'établissement de la filiation naturelle. Partant de cette constatation, la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris serait inconstante si les magistrats avaient constaté la même proximité de la situation avec le for mais en avait déduit la solution inverse, à savoir que la loi étrangère n'est pas contraire à l'ordre public international. Est-ce cependant le cas ? Force est de constater que non. Les deux situations existantes dans les jugements de 1980 et 1982 ne peuvent prétendre à une telle proximité avec le for. Bien au contraire, dans le jugement de 1980, de l'aveu même de l'auteur, les liens existants avec la France n'étaient pas identiques mais « *quasiment identiques* » (K. ZAHER, *op. cit.*, p. 161, n° 214) et dans le jugement de 1982, le prétendu père et l'enfant n'avaient même pas la nationalité française. Ainsi, la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris est constante dans la mise en œuvre de l'ordre public de proximité et dans l'appréciation *in concreto*.

<sup>1587</sup> Cass. 1re., 3 nov. 1988, n° 87-11.568, [Zahia], *préc.*

<sup>1588</sup> Cass. 1re., 3 nov. 1988, n° 87-11.568, [Zahia], *préc.*

<sup>1589</sup> Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 71-81, spé., p. 75 ; dans le même sens : K. ZAHER, *op. cit.*, p. 163, n° 219 ; F. MONÉGER suppose que le prétendu père avait la double nationalité française et algérienne puisque la nationalité algérienne ne se perd pas (F. MONÉGER, « Filiation naturelle », *JDI* 1989, pp. 703-707, spé., p. 706).

<sup>1590</sup> Comme le précise J. FOYER : « *l'enfant était française "jure soli" par application de l'article 21-1 2° du code de la nationalité* » (J. FOYER, *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 495-502, spé., p. 496).

avec le for pouvaient difficilement être plus ténus, mais cela n'a pas empêché la Cour de cassation d'appliquer la loi algérienne désignée par l'article 311-14 du Code civil qui ne permettait pas la recherche de paternité naturelle<sup>1591</sup>. La seule exigence de l'ordre public international est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires<sup>1592</sup>. Ainsi, la Cour de cassation ne prend pas en compte les liens qui rattachaient le litige au for pour déclencher l'exception d'ordre public. Cette position fut considérée comme « *un rejet pur et simple d'un ordre public dont l'*Inlandsbeziehung* est une condition de déclenchement* »<sup>1593</sup>. La doctrine a, à juste titre, massivement critiqué cet arrêt qui ne reconnaît qu'un ordre public strictement alimentaire. Un auteur a pu y voir un « *ordre public au rabais* »<sup>1594</sup>, et affirmé que la simple condamnation du défendeur au versement de subsides ne pouvait combler l'enfant<sup>1595</sup>. D'autres ont pu regretter cette solution en retrait par rapport à certaines conventions internationales signées par la France<sup>1596</sup>.

681. **Consécration de l'ordre public de proximité.** Si une décision pouvait marquer « *de manière éclatante l'entrée en droit international privé français* »<sup>1597</sup> de la notion d'ordre public de proximité en matière d'établissement de la filiation naturelle, il s'agirait sûrement de celle rendue par la Cour de cassation le 10 février 1993<sup>1598</sup>.

---

<sup>1591</sup> La solution donnée par l'application de la règle de conflit de lois inscrite à l'article 311-14 du Code civil, à savoir l'application de la loi nationale de la mère, a été violemment critiquée. En effet, étant donné que la mère était devenue française au cours de l'instance, la situation pouvait être considérée comme étant entièrement française. Y. LEQUETTE avait alors précisé : « *Il n'est en effet pas nécessaire d'être rompu aux subtilités du droit international privé pour se pénétrer de l'absurdité qu'il y'a de soumettre une relation entièrement française à une loi étrangère* » (Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 71-81, spé., p. 75) ; Cf. également, H. FULCHIRON, *JCP* 1993, I, 3688, pp. 302-303, spé., p. 303).

<sup>1592</sup> Selon F. MONÉGER, la formulation de l'arrêt est trompeuse, car les subsides ont été alloués sur le fondement de la loi française et non de la loi algérienne. En effet, si la loi algérienne ignore totalement la filiation naturelle, comment pourrait-elle prévoir l'allocation de subsides au profit d'enfants nés hors mariage ? (F. MONÉGER, *préc.*, *JDI* 1989, p. 706 ; dans le même sens : K. ZAHER, *op. cit.*, p. 164, n° 220). K. ZAHER a également montré que la portée de la solution de la Cour de cassation était toute relative au regard de l'application de la convention de La Haye du 2 octobre 1973. En effet, cette convention prévoit des rattachements hiérarchisés favorisant l'application d'une loi qui permet d'obtenir des aliments. Si ces rattachements ne sont pas suffisants, l'article 6 prévoit l'application de la loi française lorsque le juge français est saisi. Ainsi, l'ordre public international n'aura aucun rôle à jouer (K. ZAHER, *op. cit.*, pp. 164-165, n° 221-222).

<sup>1593</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*Inlandsbeziehung*) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 245, n° 255.

<sup>1594</sup> J. FOYER, *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 495-502, spé., p. 499.

<sup>1595</sup> *Ibidem*.

<sup>1596</sup> F. MONÉGER, *préc.*, *JDI* 1989, p. 706.

<sup>1597</sup> J. FOYER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 622.

<sup>1598</sup> Cass. 1re civ., 10 fév. 1993, n° 89-21.997 [Latouz] : *JDI* 1994, 124, note I. BARRIERE-BROUSSE ; *Rev. crit. DIP* 1993, 620, note J. FOYER ; *D.* 1994, 32, note E. KERCHOVE ; *ibid.*, 66, note J. MASSIP ; *JCP* 1993, I, 3688, obs. H. FULCHIRON. En l'espèce, une femme tunisienne résidant en France avait intenté une action en recherche de paternité au profit de sa fille née en France et résidant en France depuis sa naissance à l'égard d'un prétendu père de nationalité algérienne. Il convient de préciser que l'enfant avait obtenu un certificat de nationalité française.

La Cour de cassation avait alors affirmé :

« Mais attendu que si les lois étrangères qui prohibent l’établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l’ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver **un enfant français ou résidant en habituellement en France**<sup>1599</sup>, du droit d’établir sa filiation »<sup>1600</sup>.

682. Il a été noté, à juste titre, que les faits étaient quasiment identiques à ceux qui donnèrent lieu à l’arrêt du 3 novembre 1988<sup>1601</sup>. Ce premier élément permet donc de prendre toute la mesure de la portée de cet arrêt qui permet à la Cour régulatrice d’opérer un revirement de jurisprudence<sup>1602</sup> et de « (corriger) quelque peu les inconvénients de la jurisprudence antérieure »<sup>1603</sup>. La Cour de cassation a tout d’abord maintenu le principe de non-contrariété à l’ordre public des lois étrangères qui prohibent l’établissement de la filiation, mais l’a assorti de deux exceptions : si l’enfant est français ou si l’enfant a sa résidence habituelle en France<sup>1604</sup>.

683. Avec cette décision, la Cour régulatrice consacre la mise en œuvre de l’ordre public de proximité puisqu’elle « intègre la condition d’*Inlandsbeziehung* dans le motif même de la décision »<sup>1605</sup>. En effet, la Cour de cassation écarte la loi étrangère en raison des liens de rattachement qui existent entre la situation et le for<sup>1606</sup>. Si la mise en œuvre de l’ordre public de proximité en matière d’établissement de la filiation naturelle a connu une certaine pérennité,

---

La loi applicable n’était autre que la loi tunisienne, comme le prévoit l’article 311-14 du Code civil, mais cette loi étrangère ne permettait pas l’établissement de la filiation naturelle.

<sup>1599</sup> C’est nous qui soulignons.

<sup>1600</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 fév. 1993, n° 89-21.997 [Latouz], *préc.*

<sup>1601</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 246, n°246. L’auteur note également que la Cour régulatrice a rejeté le pourvoi dont la motivation était la « copie conforme » de celle de l’arrêt du 3 novembre 1988.

<sup>1602</sup> J. MASSIP, « La loi étrangère doit être écartée lorsqu’elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d’établir sa filiation », *D.* 1994, jurispr. pp. 66-68, spé., p. 67.

<sup>1603</sup> H. FULCHIRON, *JCP* 1993, I, 3688, pp. 302-303

<sup>1604</sup> J. MASSIP, *préc.*, *D.* 1994, jurispr., p. 68. Il est possible de déceler une évolution dans la prise en compte des critères de proximité avec le for. En effet, si la Cour régulatrice utilisait des critères cumulatifs en matière de divorce comme dans la décision *Itturalde De Pedro*, elle a définitivement privilégié un caractère alternatif : la nationalité ou la résidence habituelle de l’enfant en France (J. FOYER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 625). Ainsi, cette souplesse dans l’appréciation de la proximité avec le for permet d’éviter une discrimination choquante entre les enfants français et étrangers, surtout si ces derniers résident en France. Ainsi, comme l’a justement souligné un auteur, dans la grande majorité des cas, l’enfant concerné sera français ou résidera en France et ainsi « le domaine de l’exception devrait être plus étendu que celui du principe » (É. KERCKHOVE, « La loi étrangère doit être écartée lorsqu’elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d’établir sa filiation », *D.* 1994, somm. p. 32) ; dans le même sens : J. MASSIP, *préc.*, *D.* 1994, jurispr. p. 68).

<sup>1605</sup> N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, *op. cit.*, p. 247, n° 258.

<sup>1606</sup> *Ibidem.*

elle se montre particulièrement contestable. L’arrêt rendu le 10 mai 2006<sup>1607</sup>, dans lequel la Cour de cassation a refusé d’écarter la loi étrangère prohibitive étant donné que l’enfant n’était pas français et ne résidait pas en France, en est l’exemple le plus révélateur. Nous partageons les critiques émises par la doctrine quant à « l’indifférence »<sup>1608</sup> de l’ordre public international face aux lois étrangères prohibant l’établissement de la filiation naturelle sous prétexte que l’enfant ne serait pas français ou ne résiderait pas en France<sup>1609</sup>.

684. Il faut donc se satisfaire des nouvelles solutions proposées par la Cour de cassation qui laisseraient suggérer une disparition de l’ordre public de proximité en matière d’établissement de la filiation naturelle.

### **B) La pérennité fragile de la mise en œuvre de l’ordre public de proximité**

685. La mise en œuvre de l’ordre public de proximité serait remise en cause par une série de décisions récentes proposées par la Cour de cassation.

686. **Première décision.** Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 octobre 2011<sup>1610</sup> est venu jeter le doute sur la substitution de l’ordre public plein à l’ordre public de proximité<sup>1611</sup>. En l’espèce, une femme de nationalité ivoirienne<sup>1612</sup> a intenté une action en recherche de paternité au profit de son enfant né France à l’égard d’un homme qui était marié au moment de la naissance de l’enfant. En première instance, le Tribunal de grande

---

<sup>1607</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 2006, n° 05-10.299 : *JCP G* 2006, II 10165, note T. AZZI ; *AJF* 2006, 290, note A. BOICHÉ ; *Dr. famille* 2006, comm. 177, note M. FARGE ; *D.* 2006, 2890, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, 2890, note G. KESSLER et G. SALAMÉ ; *Gaz. Pal* 2006, 6, jurispr., 3976, avis J. SAINTE-ROSE. Les faits d’espèce indiquaient que l’enfant était de nationalité algérienne et résidait en Algérie. L’avocat général avait conclu en ces termes : « *il serait sans doute plus satisfaisant de dire que les lois étrangères qui prohibent la filiation hors mariage sont contraires à la conception française de l’ordre public international mais que la loi française n’a vocation à s’appliquer qu’aux enfants de nationalité française ou qui résident habituellement en France* » (J. SAINTE-ROSE, *Gaz. Pal* 2006, 6, jurispr, pp. 3976-3978, spé., p. 3978).

<sup>1608</sup> Sur l’usage de l’expression : « *ordre public indifférent* », Cf. K. ZAHER, *op. cit.*, p. 168.

<sup>1609</sup> Nous approuvons sans réserve l’affirmation émise par K. ZAHER, faite à la lumière des travaux de D. BODEN, au sujet de la solution rendue par la Cour de cassation dans l’arrêt du 10 mai 2006 : « [La Cour de cassation] *délimite le champ d’application de la loi du for en fonction d’un critère sélectif délimitant par avance les personnes en faveur desquelles elle peut s’appliquer. Dans cette perspective, c’est l’appartenance à un groupe et non la défense des valeurs de l’ordre juridique du for qui conditionne le déclenchement de l’exception d’ordre public* » (K. ZAHER, *op. cit.*, p. 168, n° 227).

<sup>1610</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369 [Jérémy] : *Dr. famille* 2012, comm. 19, M. FARGE ; *RJPF* déc. 2011, 28, note T. GARÉ ; *JDI* 2012, 176, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2012, 50, note E. VIGANOTTI ; *Rev. Lamy. dr. civ. avr.* 2012, 32, note. M.-C. MEYZEAUD-GARAUD.

<sup>1611</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l’ordre public international », *op. cit.*, p. 646.

<sup>1612</sup> La mère avait été naturalisée française après la naissance de l’enfant.

instance de Paris<sup>1613</sup> a déclaré recevable l'action en recherche de paternité et cette décision a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 juin 2009<sup>1614</sup>. La loi applicable à l'action en recherche de paternité n'était autre que la loi ivoirienne telle qu'elle était désignée par l'article 311-14 du Code civil en raison de la nationalité ivoirienne de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Cependant, le droit ivoirien prohibe la recherche de paternité de l'enfant adultérin<sup>1615</sup>. Toute la question était donc de savoir si la loi ivoirienne qui interdit la recherche de paternité naturelle était conforme à l'ordre public international français.

687. La Cour d'appel avait affirmé « *que la prohibition de la recherche de paternité naturelle pour un enfant né en France et élevé en France, comme en l'espèce*<sup>1616</sup>, est contraire à l'ordre public français notamment en ce qu'elle contrevient à l'article 7 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant à laquelle la France a adhéré qui prévoit que l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »<sup>1617</sup>. La Cour de cassation rejeta le pourvoi tout en affirmant :

*« Mais attendu, qu'ayant à bon droit, mis en œuvre la loi ivoirienne, désignée par la règle de conflit de l'article 311-14 du code civil français, qui rattache l'établissement de la filiation à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, ayant relevé que M.A, étant marié au moment de la naissance de cet enfant, l'action en recherche de paternité était irrecevable en application des articles 22 et 27 du code de la famille ivoirien, la Cour d'appel a exactement décidé que ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle »*<sup>1618</sup>.

688. **Doutes sur l'application de l'ordre public de proximité.** S'il convient de rappeler intégralement la solution proposée, c'est pour souligner que tout son intérêt « réside dans un

---

<sup>1613</sup> TGI [Paris], 24 jan. 2006, n° 03/07377.

<sup>1614</sup> CA [Paris], Pôle 1, 1re ch., 4 juin 2009, 07/11015.

<sup>1615</sup> En effet, la loi n°64-377 du 7 octobre 1964 (modifiée par la loi n°83-799 du 2 août 1983) relative à la paternité et à la filiation prévoit en son article 22 : « *La reconnaissance par le père, de l'enfant né de son commerce adultérin n'est valable, sauf en cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, que du consentement de l'épouse* ». L'article 27 de cette même loi interdit cependant la recherche de paternité de l'enfant adultérin : « *Un enfant ne sera jamais admis à la recherche de la paternité dans les cas prévus aux articles 22 et 24* ». L'article 27 prévoit cependant que ces enfants « *pourront néanmoins réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence de la filiation* ».

<sup>1616</sup> *C'est nous qui soulignons.*

<sup>1617</sup> CA [Paris], Pôle 1, 1re ch., 4 juin 2009, 07/11015, *préc.*

<sup>1618</sup> Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369 [Jérémy], *préc.*

*silence* »<sup>1619</sup> : celui de la Cour de cassation concernant les liens que la situation entretenait avec le for. En effet, il n’existe aucune trace de la prise en compte du lien existant entre l’enfant et le for<sup>1620</sup>. Ainsi, la Cour régulatrice se serait-elle saisie de l’occasion pour opérer un revirement de jurisprudence en abandonnant l’ordre public de proximité ? Plusieurs indices plaident en faveur de l’abandon de l’ordre public de proximité.

689. **Hypothèse du rejet de l’ordre public de proximité.** Le premier indice est la généralité du motif, mais surtout le contraste existant entre ce dernier et les décisions antérieures de la Cour régulatrice. Ainsi, pour J. GUILLAUMÉ : « *La Cour de cassation entend manifestement rompre avec sa jurisprudence antérieure* »<sup>1621</sup>. Pour A. SINAY-CYTERMANN, cette décision « *semble en rupture totale* » avec l’arrêt du 10 février 1993<sup>1622</sup>. Le deuxième indice concerne la formation de jugement. En effet, cette décision a été rendue en formation de section et non en formation restreinte<sup>1623</sup>. Le dernier indice en faveur de la disparition de l’ordre public de proximité est la vaste diffusion de l’arrêt qui a été publié au bulletin de la Cour de cassation, au bulletin d’information et le site internet de la Cour<sup>1624</sup>.

690. **Hypothèse de l’application de l’ordre public de proximité.** Bien que la décision regorge d’indices laissant penser que l’ordre public de proximité a bien été abandonné, force est de constater que des indices accréditant la thèse inverse peuvent être soulignés.

691. Le premier indice est que l’attendu de la Cour de cassation n’est pas totalement général et abstrait. En effet, l’attendu est rédigé de manière à désigner l’enfant en l’individualisant : « *au moment de la naissance de cet enfant [...] dès lors qu’elles privaient l’enfant de son droit d’établir sa filiation* »<sup>1625</sup>. Selon le deuxième indice, « *la Cour régulatrice s’est seulement limitée à répondre au pourvoi. Ce dernier ne discutait pas, en effet, de la condition de proximité*

---

<sup>1619</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l’ordre public international », *op. cit.*, p. 647.

<sup>1620</sup> *Ibidem*, p. 648.

<sup>1621</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186, spé., p. 181.

<sup>1622</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l’ordre public international », *op. cit.*, p. 648 ; dans le même sens : J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186, spé., p. 181.

<sup>1623</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186, spé., p. 181.

<sup>1624</sup> FS-P+B+I.

<sup>1625</sup> *C’est nous qui soulignons.* J. GUILLAUMÉ restitue parfaitement la problématique de l’individualisation de l’enfant : « *S’agit-il de l’enfant de l’espèce, né et vivant en France ? L’emploi de l’article défini circonscrit d’autant la portée de la solution qu’il contraste avec l’article indéfini utilisé dans le principe énoncé dans l’arrêt de 1993 et repris en 2006, selon lequel la loi est contraire à l’ordre public lorsqu’il prive “ un enfant ” français et résidant en France du droit d’établir sa filiation* » (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186, spé., p. 181).

laquelle était de toute évidence réalisée »<sup>1626</sup>. Enfin, la Cour de cassation n’a fait que confirmer la décision de la Cour d’appel qui avait « *exactement décidé* »<sup>1627</sup> que les dispositions de la loi ivoirienne étaient contraires à l’ordre public international alors que cette même cour d’appel avait pris en compte les liens existants entre l’enfant et le for<sup>1628</sup>. Si la doctrine a interprété cette décision avec la plus grande prudence<sup>1629</sup>, la Cour régulatrice a affirmé, de manière très explicite, qu’elle n’avait pas abandonné la mise en œuvre de l’ordre public de proximité<sup>1630</sup>.

---

<sup>1626</sup> M. FARGE, « Feu l’ordre public de proximité en matière d’établissement forcée de la filiation paternelle hors mariage ? » *Dr. famille* 2012, comm. 19, pp. 46-48, spé., p. 47.

<sup>1627</sup> Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369 [Jérémy], *préc.*

<sup>1628</sup> Selon un auteur, l’expression « *exactement décidé* » signifie que la Cour régulatrice a seulement entendu valider le résultat obtenu (la contrariété à l’ordre public international) et non le procédé technique mis en œuvre pour parvenir à ce résultat (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186, spé., p. 181).

<sup>1629</sup> Les avis concernant cette décision et plus précisément ceux concernant l’abandon de l’ordre public de proximité ont été très divers. Parmi les plus convaincus de la disparition de l’ordre public de proximité, certains ont considéré que « *le droit à l’établissement de la filiation naturelle ne peut plus être subordonné à une condition de proximité* » (M. FARGE, *préc.*, *Dr. famille* 2012, comm. 19, p. 48), que la décision « *semble bien mettre un frein au développement de l’ordre public de proximité* » (C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, 2015, p. 261, n° 414) ou encore qu’il « *y’a bien recours à l’ordre public plein* » (A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l’ordre public international », *op. cit.*, p. 648). Entre les deux interprétations possibles de cette décision, A. DEVERS privilégie celle de l’abandon de l’exigence de proximité avec le for français (A. DEVERS, « Abandon de l’ordre public de proximité en matière d’établissement de la filiation », *Gaz. Pal.* 2012, 2, jurispr. pp. 916-917, spé., p. 916). Si un auteur a émis certains doutes en affirmant que la Cour de cassation « *semble avoir franchi ce pas et abandonné toute référence à l’ordre public de proximité* », il évoque également un « *abandon de la jurisprudence de l’ordre public de proximité* » (E. VIGANOTTI, « Filiation et ordre public international : vers la consécration d’un droit à la filiation ? », *AJF* 2012, pp. 50-52, spé., p. 52) Notons également que le résumé disponible sous la note de cet auteur est sans équivoque : « *l’exigence d’un lien territorial ou personnel de l’enfant avec la France pour déclencher l’exception d’ordre public international est abandonnée* ». Les auteurs les plus sceptiques ont seulement souligné qu’il « *semble que la condition de rattachement ne soit désormais plus exigée pour écarter la loi étrangère qui empêche l’enfant d’établir sa filiation naturelle* » (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186, spé., p. 181). Dans une perspective fondamentale, tenant au mécanisme de l’exception d’ordre public international, P. de VAREILLES-SOMMIÈRES a pu déceler dans cette jurisprudence le passage d’un raisonnement en termes de refus d’importation de la solution étrangère à une philosophie inspirant un raisonnement en termes de refus de complicité car aucun lien avec le for n’est expressément requis pour la réaction de l’ordre public (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 236).

<sup>1630</sup> Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, Étude : *L’ordre public*, pp. 97-489, spé., p. 131 et 342. Notons que la Cour d’appel de Paris a maintenu la mise en œuvre de l’ordre public de proximité dans un arrêt du 28 juin 2016 (CA [Paris], Pôle 1, ch. 1., 28 juin 2016, 15/09537 : *Dr. famille* 2016, comm. 203, B. BARET). Le litige portait sur l’établissement de la filiation d’un enfant né et vivant en France d’une mère marocaine. La mère ainsi qu’un homme ont fait un appel partiel de la décision de première instance. Le couple d’appelants désirait que la Cour déclare l’homme en question père de cet enfant et qu’il porte son nom. Les appelants se sont alors prévalus de la loi marocaine et plus précisément de l’article 152 du Code de la famille marocain qui prévoit que la filiation paternelle peut découler de l’aveu du père. Cependant, ces dispositions n’étaient pas applicables à un enfant né de relations entretenues par la mère pendant le mariage avec un tiers. La loi marocaine ne permettait donc pas l’établissement de la filiation paternelle d’un enfant né et vivant en France. Elle a par conséquent été déclarée contraire à l’ordre public international et évincé au profit de la loi française. Étant donné que les juges ont insisté sur les critères qui rattachaient l’enfant à la France, il y’a bien ici une confirmation du déclenchement de l’ordre public de proximité (Cf. B. BARET, « Filiation et ordre public en matière internationale », *Dr. famille* 2016, comm. 203, p. 55).



692. **Deuxième décision.** En dépit de la volonté affichée de la Cour régulatrice de ne pas mettre en œuvre l'ordre public plein, un arrêt du 27 septembre 2017<sup>1631</sup> est venu conforter la thèse d'un abandon de l'ordre public de proximité. Dans cette affaire, une femme de nationalité camerounaise, ayant donné naissance à un enfant en France, avait intenté une action en recherche de paternité devant les juridictions françaises à l'encontre du père prétendu, de nationalité suédoise. La loi applicable était, en application de l'article 311-14 du Code civil, la loi nationale de la mère, à savoir, la loi camerounaise. Néanmoins, en application du droit camerounais, l'action en recherche de paternité a été déclarée irrecevable au motif de l'inconduite notoire de la mère pendant la période légale de conception<sup>1632</sup>. La Cour d'appel de Paris<sup>1633</sup> a considéré que la loi camerounaise était contraire à l'ordre public international en ce qu'elle prive un enfant « **né en France et y demeurant habituellement** »<sup>1634</sup> du droit d'établir sa filiation paternelle. La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme la contrariété de la loi camerounaise à l'ordre public international en ces termes :

*« Mais attendu qu'après avoir relevé qu'aux termes de la loi camerounaise, l'action en recherche de paternité est irrecevable lorsque, pendant la période légale de conception, la mère a été d'une inconduite notoire ou si elle a eu commerce avec un autre homme, la cour d'appel a exactement retenu que ces dispositions, qui privaient l'enfant de son droit*

<sup>1631</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 16-19.654 : D. 2017, 2518, note. J. GUILLAUMÉ ; AJF 2018, 41, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; Dr. famille 2017, comm. 234, M. FARGE ; JCP G. 2017, 2260, note E. GALLANT ; JDI 2018, 875, note S. GODECHOT-PATRIS ; RJPF nov. 2017, 33, obs. S. MAUCLAIR ; LPA 8 fév. 2018, 7, note C. GUILLARD ; *ibid.*, 31 janv. 2018, note P.-L. NIEL et M. MORIN.

<sup>1632</sup> Le droit camerounais en matière d'action en recherche de paternité est beaucoup plus restrictif que le droit français. Dans la décision commentée, la législation camerounaise est présentée en ces termes : « *qu'en droit camerounais, l'action en recherche de paternité est régie par l'article 46 de l'ordonnance n° 81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques, qui dispose que "la mère pour l'enfant mineur, ou l'enfant majeur peut, par une requête à la juridiction compétente, intenter une action en recherche de paternité. Toutefois, est irrecevable toute action en recherche de paternité lorsque pendant la période légale de conception, la mère a été d'une inconduite notoire ou si elle a eu un commerce avec un autre homme ou si le père prétendu était dans l'impossibilité physique d'être le père.[...]* ; que l'article 340 alinéa 2 du code civil camerounais dispose que "la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée : 1° dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol se rapportera à celle de la conception ; 2° dans le cas de séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ; 3° dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels il résulte un aveu non équivoque de paternité ; 4° dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de conception ; 5° dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père. L'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable : 1° s'il est établi que, pendant la période légale de conception la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu ; 2° si le père prétendu était, pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant ; 3° si le père prétendu établit par l'examen des sangs qu'il ne peut être le père de l'enfant ».

<sup>1633</sup> CA [Paris], 14 avr. 2015.

<sup>1634</sup> C'est nous qui soulignons.

*d'établir sa filiation paternelle, étaient contraires à l'ordre public international français* »<sup>1635</sup>.

693. Cette décision est identique à celle rendue le 26 octobre 2011<sup>1636</sup>. La Cour de cassation passe une nouvelle fois sous silence la proximité de la situation avec le for tandis que la Cour d'appel avait bien pris en compte cette proximité pour mettre en œuvre l'ordre public international<sup>1637</sup>.

694. **Évolution de l'appréciation de la proximité.** Cependant, cette décision illustre une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'appréciation de la proximité avec le for. La proximité est réalisée : si l'enfant est français ou réside habituellement en France (arrêt du 10 février 1993)<sup>1638</sup>, s'il est né en France et élevé en France (arrêt du 26 octobre 2011)<sup>1639</sup> ou si l'enfant est né en France et y demeure habituellement (arrêt du 27 septembre 2017)<sup>1640</sup>. La Cour régulatrice ne semble plus faire de la nationalité un critère d'appréciation de la proximité avec le for. La proximité est désormais appréciée selon des critères beaucoup plus souples comme le lieu de naissance ou le lieu de résidence de l'enfant<sup>1641</sup>. La souplesse de cette appréciation de la proximité avec le for est telle que les cas de non-réalisation de cette proximité sont particulièrement limités. Par conséquent, si l'ordre public de proximité n'a pas été abandonné<sup>1642</sup>, l'appréciation de plus en plus souple de cette proximité n'aboutirait-elle pas à remplacer l'ordre public de proximité par un ordre public plein ?

695. Si la raréfaction de l'ordre public de proximité en matière d'établissement de la filiation naturelle n'est pas totalement aboutie en raison du maintien de la condition de proximité avec

---

<sup>1635</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-19.654, *préc.*

<sup>1636</sup> Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369 [Jérémy], *préc.*

<sup>1637</sup> Comme le souligne M. FARGE, cet arrêt reproduit le procédé rédactionnel utilisé en 2011 : motif de rejet omettant les liens de proximité mis en avant par les juges d'appel (M. FARGE, « Nouvelles incertitudes sur la permanence de l'ordre public de proximité en matière de filiation », *Dr. famille* 2017, comm. 234, pp. 33-34, spé., p. 34).

<sup>1638</sup> Cass. 1re civ., 10 fév. 1993, n° 89-21.997 [Latouz], *préc.*

<sup>1639</sup> Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369 [Jérémy], *préc.*

<sup>1640</sup> Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-19.654, *préc.*

<sup>1641</sup> Pour E. GALLANT, la Cour régulatrice se réserverait la possibilité d'affiner la solution de 1993 en ajoutant des critères de proximité qui lui permettraient, lorsque la configuration des faits et du pourvoi l'autoriserait, de déclencher l'exception d'ordre public notamment dans l'hypothèse d'un enfant qui agit contre un père de nationalité française (E. GALLANT, « Contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère qui empêche l'établissement de la filiation paternelle », *JCP G* 2017, note 1311, pp. 2260-2262, spé., p. 2262).

<sup>1642</sup> Sur les doutes concernant cet abandon de l'ordre public de proximité Cf. notamment : M. FARGE, « Nouvelles incertitudes sur la permanence de l'ordre public de proximité en matière de filiation », *Dr. famille* 2017, comm. 234, pp. 33-34, spé., p. 33 ; E. GALLANT, *préc.*, *JCP G* 2017, note 1311, p. 2262.

le for, l'appréciation variable et extrêmement souple de cette proximité semble dessiner une raréfaction de l'exigence de cette proximité avec le for. Cette raréfaction de l'exigence de proximité avec le for doit être mise en perspective avec les nouvelles solutions concernant la réception des mariages polygamiques célébrés à l'étranger.

## §2. La raréfaction du domaine de l'ordre public de proximité face à la polygamie

696. L'intervention de l'ordre public international dans le but de faire obstacle à la production des effets des mariages polygamiques célébrés à l'étranger, lorsque la première épouse a la nationalité française, correspond à une mise en œuvre de l'ordre public de proximité (A). Cependant, une nouvelle tendance jurisprudentielle laisserait suggérer une mise à l'écart de cette modalité de mise en œuvre de l'ordre public international, en ce qui concerne le sort de la pension de réversion (B).

### A) L'absence d'effet du mariage polygamique à l'encontre d'une épouse française

697. La mise en œuvre de l'ordre public de proximité pour faire obstacle aux effets en France d'un mariage polygamique bénéficie d'une certaine stabilité comme l'illustre la célèbre affaire *Baaziz*<sup>1643</sup>.

698. **Solution de l'arrêt *Baaziz*.** Dans cette affaire, deux Français avaient contracté mariage en France, mais l'époux, ayant acquis la nationalité algérienne<sup>1644</sup> quelques années plus tard, avait contracté un second mariage en Algérie. Le décès du mari laissa en suspens deux questions : la figuration du nom des épouses sur l'acte de décès et le partage de la rente entre les épouses<sup>1645</sup>. À la suite d'une première procédure, la Cour d'appel de Lyon avait reconnu la validité du second mariage tout en précisant que « *la conception française de l'ordre public ne permet pas de laisser figurer la mention du second mariage dans les registres de l'état civil français* »<sup>1646</sup>.

---

<sup>1643</sup> Cass. 1re civ., 6 juil. 1998, [Baaziz] : *Rev. crit. DIP* 1989, 71, note Y. LEQUETTE.

<sup>1644</sup> Comme le précise Y. LEQUETTE, le mari né en Algérie et de confession musulmane n'avait pas souscrit « *la déclaration de reconnaissance de la nationalité française prévue par l'ordonnance du 21 juillet 1962* » au moment de l'indépendance de l'Algérie. Il avait donc acquis la nationalité algérienne (Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 71-81, spé., p. 73).

<sup>1645</sup> *Ibidem*.

<sup>1646</sup> L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, op. cit., p. 212, n° 306.

699. Au cours d'une seconde procédure, la Cour de cassation cassa la décision rendue par les juges du fond, ces derniers ayant décidé le partage de la rente à parts égales entre les deux épouses, en application de l'article 29<sup>1647</sup> de la Convention franco-algérienne de sécurité sociale. La Cour régulatrice affirma que « *l'ordre public s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française, produise ses effets à l'encontre de celle-ci* »<sup>1648</sup>. Cette solution illustre bien la mise en œuvre de l'ordre public de proximité. Comme le souligne A. SINAY-CYTERMANN : « *Si la Cour de cassation a ici jugé que l'ordre public international était heurté, c'est parce que la première femme était française. Cette décision est fondée sur les liens avec le territoire français* »<sup>1649</sup>.

700. **Critiques de cette solution.** Cependant, cette solution a subi de nombreuses critiques. L'une d'elles concerne les effets de l'exception d'ordre public. En effet, il a été reproché à la Cour régulatrice d'avoir totalement méconnu les conditions de déclenchement de l'ordre public en opposant l'exception d'ordre public à la convention franco-algérienne elle-même plutôt qu'à une norme étrangère<sup>1650</sup>. Cette critique ressort parfaitement de la thèse de L. GANNAGÉ qui affirme : « *C'est pourtant sans grands scrupules que la Cour de cassation convoque l'exception d'ordre public pour neutraliser l'article 29 de la convention franco-algérienne* »<sup>1651</sup> alors que, précisément, cet article est bien une norme en vigueur dans l'ordre juridique français et non une norme étrangère<sup>1652</sup>.

701. De plus, le commentateur de cette décision avait alors souligné le paradoxe de la solution : « *Affirmer que le mariage polygamique est valable pour lui refuser ensuite les effets que notre droit attache habituellement à ce type d'union c'est en réalité revenir au moins partiellement sur la validité de celle-ci* »<sup>1653</sup>. L'auteur s'appuie sur les travaux de J.-M. BISCHOFF qui a évoqué un « *ordre public sélectif* »<sup>1654</sup>, c'est-à-dire un ordre public « *admettant la situation*

---

<sup>1647</sup> Cet article prévoit « *qu'en cas d'accident du travail suivi de mort et si, conformément à son statut civil, la victime avait plusieurs épouses, la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les deux épouses* » (Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 71-81, spé., p. 74).

<sup>1648</sup> Cass. 1re civ., 6 juil. 1998, [Baaziz], *préc.*

<sup>1649</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *op. cit.*, p. 645.

<sup>1650</sup> Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 71-81, spé., p. 76 ; Cf. également : L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, p. 212 et s.

<sup>1651</sup> *Ibidem*, p. 213, n° 306.

<sup>1652</sup> *Ibid.*, p. 213, n° 307.

<sup>1653</sup> Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 71-81, spé., p. 77.

<sup>1654</sup> J.-M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *Travaux comité fr. DIP 1980-1981*, A. Pedone, pp. 91-116, spé., p.100.

*partiellement et la rejetant partiellement* »<sup>1655</sup>. Cette réaction parcellaire de l'ordre public est contestable, car « *la situation est reconnue ou elle ne l'est pas, mais si elle l'est, elle l'est totalement ; l'ordre public est plein ou il n'est pas, par rapport à une situation donnée* »<sup>1656</sup>.

702. La solution rendue dans l'affaire *Baaziz*<sup>1657</sup> a été reproduite par la Cour de cassation dans un arrêt précédemment évoqué du 1<sup>er</sup> décembre 2011<sup>1658</sup>.

### **B) La production d'effet du mariage polygamique à l'encontre d'une épouse française**

703. Si l'ordre public de proximité permet de faire obstacle à la production des effets en France des mariages polygamiques célébrés à l'étranger, au profit de la première épouse française, les litiges relatifs à la pension de réversion viennent nuancer cette solution.

704. *Litiges du droit à la pension de réversion*. Ces litiges se focalisent essentiellement sur la question de savoir si la deuxième épouse peut se voir attribuer la qualification de « conjoint survivant » alors que l'époux décédé était déjà marié avec une Française. En effet, l'article L. 353-1 du Code de sécurité sociale dispose qu'en cas de décès de l'assuré, le « conjoint survivant » a droit à une pension de réversion. La question posée n'implique pas la désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit de lois, étant donné que l'effet réclamé est seulement régi par la loi française. Par conséquent, en l'absence de désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit de lois, comme l'implique forcément l'exception d'ordre public international, la mise en œuvre de l'ordre public de proximité est exclue. L'étude de deux décisions de la Cour régulatrice illustre cette solution.

705. *Première décision*. Dans un premier arrêt du 12 février 2015<sup>1659</sup>, un homme de nationalité algérienne se maria une première fois en France avec une Française et une seconde fois en Algérie avec une Algérienne. Les deux unions furent dissoutes. La première par divorce et la seconde par le décès du mari. Si la Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail (ci-après CARSAT) s'opposa au versement d'une pension de réversion à la seconde épouse, la Cour

---

<sup>1655</sup> *Ibidem*.

<sup>1656</sup> *Ibid*.

<sup>1657</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juil. 1998, [Baaziz], *préc.*

<sup>1658</sup> *Cf. supra*.

<sup>1659</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 fév. 2015, n° 13-19.751, [Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Auvergne c. Mme Sadia. X.] : *Rev. crit. DIP* 2015, 621, note E. RALSER.

d'appel de Riom accorda à cette dernière la qualité de « conjoint survivant » en application de l'article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale. La CARSAT forma un pourvoi en cassation en affirmant que : « *l'ordre public international s'oppose à ce que le juge français fasse produire effet à une union célébrée à l'étranger, avec une ressortissante étrangère, dès lors que le mari, à la date de cette seconde union, était encore dans les liens d'un premier mariage contracté en France avec une ressortissante française* »<sup>1660</sup>. La Cour de cassation affirma quant à elle : « *qu'en l'absence d'annulation du mariage, la cour d'appel a, sans méconnaître la conception française de l'ordre public international, exactement déduit que (la seconde épouse) a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L.353-1 du code de la sécurité sociale* ». Comme le note justement un auteur, cette décision a été rendue en application du seul droit interne français ce qui rendait l'intervention de l'exception d'ordre public sans objet, d'autant que la situation n'était pas forcément contraire à l'ordre public international en application de l'appréciation *in concreto*<sup>1661</sup>.

706. **Deuxième décision.** Dans un second arrêt du 5 novembre 2015<sup>1662</sup>, un Algérien avait épousé une Française en France en 1967 avant de conclure un second mariage en Algérie avec une Algérienne en 1988. La première union fut dissoute en 2007 à la suite d'un divorce et le mari décéda l'année suivante. La seconde épouse avait alors sollicité le versement de la pension de réversion. Après avoir essuyé un refus de la part de la Cour d'appel de Rouen<sup>1663</sup>, la Cour de cassation affirma que la veuve avait bien la qualité de « conjoint survivant » en ces termes : « *qu'en privant d'effets le mariage conclu (entre l'époux et la seconde épouse) pour cause de bigamie, alors qu'en l'absence d'annulation de ce mariage, la veuve avait la qualité de conjoint survivant, la cour d'appel a violé (l'article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale)* »<sup>1664</sup>. Selon M. FARGE, la Cour de cassation a procédé à un « recentrage »<sup>1665</sup> du litige sur la question préalable de la validité du second mariage<sup>1666</sup>. Ainsi, seule l'annulation du second mariage empêche la seconde épouse de se voir attribuer la qualité de veuve. Il n'est « *plus possible de*

<sup>1660</sup> É. RALSER, « Mariage : effet de la polygamie sur l'attribution d'une pension de réversion », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 621-631, spé., p. 628, n° 6.

<sup>1661</sup> É. RALSER note que l'invocation de la nationalité française de la première épouse n'était pas pertinente étant donné que cette dernière disait vouloir renoncer à son droit à pension. Ainsi, l'épouse obtient la pension malgré elle or « *si on ne peut faire produire d'effet au second mariage à l'encontre de la première épouse française, il paraît pour le moins curieux de lui imposer un effet qu'elle ne réclame pas* » (É. RALSER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 629, n° 6).

<sup>1662</sup> Cass. 2e civ., 5 nov. 2015, n° 14-25.565 : *JDI* 2016, 554, note M. FARGE.

<sup>1663</sup> CA [Rouen], 13 mars 2013, n° 11/02718.

<sup>1664</sup> Cass. 2e civ., 5 nov. 2015, n° 14-25.565, *préc.*

<sup>1665</sup> M. FARGE, « Conflits de lois », *JDI* 2016, comm. 7, pp. 554-567, spé., p. 557.

<sup>1666</sup> *Ibidem*, p. 557 et s.

*raisonner uniquement sur (les effets de ce second mariage) au regard de l’ordre public français* »<sup>1667</sup> puisque justement, si ce second mariage est considéré comme valable, la veuve pourra avoir la qualité de conjoint survivant en application du droit français. L’absence de désignation de loi étrangère rend une nouvelle fois sans objet l’intervention de l’ordre public international.

707. **Hypothèse de la disparition de l’ordre public de proximité.** Il convient donc de nuancer cette « *disparition* » de l’ordre public de proximité en matière d’effet de mariages polygamique. Par définition, la disparition de l’ordre public de proximité suppose son intervention première, or cette intervention n’a jamais eu lieu en l’absence de désignation de loi étrangère et en application directe de l’article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale. Cependant, si l’ordre public de proximité ne disparaît pas, force est de constater que le raisonnement de la Cour de cassation confère aux mariages polygamiques célébrés à l’étranger certains effets quand bien même la première épouse serait française. Par conséquent, comme l’a souligné K. BIHANNIC, il existe bien une « *réduction* »<sup>1668</sup> du « *champ d’application* »<sup>1669</sup> de l’ordre public de proximité, ce dernier ne s’opposant plus totalement aux effets des mariages polygamiques en dépit de la nationalité française de la première épouse.

708. Comme le note un auteur : « *On retiendra alors malgré tout [...] la volonté de la Cour de cassation de justement se détacher de cette jurisprudence passée pour, sans nécessairement la renverser, du moins en inverser la “tendance” : adoucir, au lieu de durcir, la position des magistrats confrontés aux effets que peut produire un mariage polygamique en France, en application même du droit français* »<sup>1670</sup>.

709. Le déclin de l’ordre public de proximité en droit international privé français se confirme au sein des nouveaux règlements européens.

---

<sup>1667</sup> *Ibid.*, p. 557.

<sup>1668</sup> K. BIHANNIC utilise le terme « *réduire* » (K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 28, n° 23).

<sup>1669</sup> *Ibidem.*

<sup>1670</sup> É. RALSER, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 631, n° 7.

## **Sous-section 2 : L'effacement de l'ordre public de proximité en droit international privé européen**

710. Le droit international privé européen offre la parfaite illustration de la raréfaction progressive de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité. Cette raréfaction est d'autant plus importante qu'elle se produit dans deux domaines privilégiés par l'ordre public de proximité : les successions internationales (§1) et le divorce et la séparation de corps (§2).

### **§1. La raréfaction de l'ordre public de proximité en matière de successions internationales**

711. La mise à l'écart de l'ordre public de proximité se concrétise aussi bien dans les solutions prévues par le nouveau règlement applicable aux successions internationales<sup>1671</sup> (ci-après le règlement « *Successions* ») (A) que dans celles prévues par le nouveau règlement « *Rome III* »<sup>1672</sup> (B).

#### **A) « L'hostilité »<sup>1673</sup> affichée du règlement « *Successions* »<sup>1674</sup> à la mise en œuvre de l'ordre public de proximité**

712. **Exception d'ordre public.** Le règlement « *Successions* »<sup>1675</sup> prévoit le mécanisme classique de l'exception d'ordre public au sein de l'article 35<sup>1676</sup>, en ce qui concerne le conflit de lois, et de l'article 40 a)<sup>1677</sup> en ce qui concerne la reconnaissance des décisions rendues dans un autre État. Notons également que l'article 59<sup>1678</sup> permet à un État membre d'opposer son ordre public à l'acceptation des actes authentiques établis dans un État membre. Ce règlement

---

<sup>1671</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) n°650/2012, 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>1672</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1673</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 22.

<sup>1674</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) n°650/2012, 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>1675</sup> *Ibidem*.

<sup>1676</sup> « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

<sup>1677</sup> « Une décision rendue n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée ».

<sup>1678</sup> « Les actes authentiques établis dans un État membre ont la même force probante dans un autre État membre que dans l'État membre d'origine ou y produisent les effets les plus comparables, sous réserve que ceci ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre concerné ».



prévoit également que la contrariété à l'ordre public de l'État membre doit être « *manifeste* »<sup>1679</sup> que ce soit pour le conflit de lois, la reconnaissance des décisions ou l'acceptation des actes authentiques.

713. *Mise à l'écart de l'ordre public de proximité*. L'une des difficultés méthodologiques de cette exception d'ordre public portait sur l'introduction de l'*Inlandsbeziehung* au sein même du règlement<sup>1680</sup>. Les travaux préparatoires révèlent qu'une telle introduction a été écartée<sup>1681</sup>. Le rejet de l'ordre public de proximité se matérialise également au travers de la lecture combinée des articles 35, 40 a) et 59 et du considérant n° 58. En effet, le considérant n° 58<sup>1682</sup> prévoit que :

*« les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître — ou, le cas échéant, d'accepter —, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination ».*

714. Ce considérant n° 58<sup>1683</sup> suggère « *indubitablement une volonté d'utilisation très parcimonieuse de la réserve d'ordre public tant quant à la méthode d'intervention, qu'au*

---

<sup>1679</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) n°650/2012, 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>1680</sup> Doc. PE, « *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (Com (2009)154)* », 2010, p. 18.

<sup>1681</sup> Doc. PE, « *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (Com (2009)154)* », 2010, pp. 18-19.

<sup>1682</sup> « *Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné. Néanmoins, les juridictions ou autres autorités compétentes ne devraient pas pouvoir appliquer l'exception d'ordre public en vue d'écarter la loi d'un autre État membre ou refuser de reconnaître — ou, le cas échéant, d'accepter —, ou d'exécuter une décision rendue, un acte authentique ou une transaction judiciaire d'un autre État membre, lorsque ce refus serait contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination* ».

<sup>1683</sup> « *Dans des circonstances exceptionnelles, des considérations d'intérêt public devraient donner aux juridictions et aux autres autorités compétentes des États membres chargées du règlement des successions la possibilité d'écarter certaines dispositions d'une loi étrangère lorsque, dans un cas précis, l'application de ces dispositions serait manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre concerné* ».

*regard de la fréquence et l'utilisation de cette notion* »<sup>1684</sup>. L'article 21 alinéa 2<sup>1685</sup> de la Charte des droits fondamentaux interdit toute forme de discrimination en raison de la nationalité dans le domaine de l'application des traités. Cette interdiction pourrait conduire, à terme, à une raréfaction de l'ordre public de proximité en matière de successions internationales.

## **B) La raréfaction de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité en raison de la nationalité**

715. **Critère de la nationalité.** La variation de l'intensité de l'ordre public international par la prise en compte de la nationalité française d'un ou de plusieurs héritiers pourrait apparaître comme une discrimination interdite par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Comme le suggère M. AZAVANT : « *Il est vrai que si la réaction de l'ordre public devait se montrer plus rigoureuse au regard de la nationalité française d'un des héritiers, nous ne serions pas loin de la discrimination interdite par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux* »<sup>1686</sup>. Cependant, la mise à l'écart de l'ordre public de proximité résulte davantage de la jurisprudence de la Cour régulatrice que du règlement « *Successions* »<sup>1687</sup> en lui-même. Les risques de discrimination en raison de la nationalité étaient particulièrement élevés en cas de mise en œuvre de la réserve héréditaire au profit d'un héritier français<sup>1688</sup>. Néanmoins, la Cour régulatrice a rejeté la réserve héréditaire du contenu de l'ordre public international français<sup>1689</sup>. Ce rejet implique une réduction considérable des risques de discrimination, et de manière sous-jacente, une diminution des chances d'intervention de l'ordre public de proximité.

---

<sup>1684</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 21, n° 101.

<sup>1685</sup> « *Dans le domaine d'application des traités et sans préjudice de leurs dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite* ».

<sup>1686</sup> M. AZAVANT, *préc.*, *Dr. famille* 2013, dossier 38, p. 22, n° 131.

<sup>1687</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) n°650/2012, 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>1688</sup> L'éviction de la loi étrangère ne connaissant pas la réserve héréditaire en raison de la proximité de la situation avec le for, et notamment en raison de la nationalité des intéressés, pourrait conduire à des solutions discriminatoires (U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, *et autres*, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz, 2015, p. 154).

<sup>1689</sup> *Cf. supra*.

716. L’application de la jurisprudence de la Cour régulatrice dans le cadre du règlement « *Successions* »<sup>1690</sup> conduit à prendre en compte une hypothèse. En effet, si la loi étrangère désignée en application du règlement « *Successions* »<sup>1691</sup> ne connaît pas la réserve héréditaire et place l’héritier dans une situation de précarité économique ou de besoin, cette loi étrangère sera-t-elle évincée en raison de sa contrariété aux principes essentiels du droit français ? En cas de réponse positive, seule la mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public international semble se justifier pour deux raisons. La première est que la mise en œuvre de l’ordre public de proximité pourrait faire rejaillir un risque de discrimination au profit d’un héritier français. La seconde réside dans la position de la Cour régulatrice qui consiste à ne mettre en œuvre que l’ordre public plein en présence de principes essentiels du droit français.

717. La mise à l’écart de l’ordre public de proximité est également perceptible au sein du règlement « *Rome III* »<sup>1692</sup>.

## **§2. La mise à l’écart de l’ordre public de proximité par le règlement « *Rome III* » sur le divorce et la séparation de corps**

718. L’ordre public international a été mis en concurrence avec d’autres mécanismes au sein du règlement « *Rome III* »<sup>1693</sup> (A) mais ce dernier consacre une véritable mise à l’écart de l’ordre public de proximité (B).

### **A) La mise en concurrence de l’exception d’ordre public international avec d’autres mécanismes de protection des conceptions de l’ordre juridique du for**

719. C’est au sein du règlement « *Rome III* »<sup>1694</sup> que résiderait une des plus belles manifestations de la raréfaction de la mise en œuvre de l’ordre public de proximité<sup>1695</sup>. Ce

---

<sup>1690</sup> PE et Cons. UE, règl. (UE) n°650/2012, 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions, et l’acceptation et l’exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d’un certificat successoral européen.

<sup>1691</sup> *Ibidem*.

<sup>1692</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1693</sup> *Ibidem*.

<sup>1694</sup> *Ibid.*

<sup>1695</sup> Pour une approche nuancée de la disparition de l’ordre public de proximité dans le cadre du règlement « *Rome III* » : Cf. N. JOUBERT, « Article 12, Ordre Public » (in), *op. cit.*, pp. 620-621, n°11 et n°12.

règlement, dont l'adoption a été particulièrement difficile et mouvementée<sup>1696</sup> est venu modifier les règles de droit international privé concernant la détermination de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Entré en vigueur le 21 juin 2012, ce règlement rend inapplicables les dispositions de l'article 309 du Code civil pour les procédures engagées après cette date<sup>1697</sup>.

720. **Nouveaux mécanismes.** Ce règlement est « révolutionnaire »<sup>1698</sup>, car il permet aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps<sup>1699</sup>, mais les dispositions les plus « surprenantes »<sup>1700</sup> demeurent aux articles 10, 12 et 13<sup>1701</sup>. En effet, ces trois articles, considérés à juste titre comme des « garde-fous »<sup>1702</sup> permettent par « trois voies différentes d'assurer la sauvegarde des conceptions de l'ordre juridique du for et pour certaines, indirectement, des conceptions fondamentales de l'Union européenne »<sup>1703</sup>. L'article 10<sup>1704</sup> permet d'évincer les lois étrangères qui ne prévoient pas le divorce ou qui ne permettent pas l'égal accès au divorce ou à la séparation de corps pour les deux époux. Il répondrait « aux craintes de certains États membres d'avoir à appliquer certaines lois inspirées de la Charia »<sup>1705</sup>. L'article 12<sup>1706</sup> n'est autre que l'exception d'ordre public tel qu'elle est présentée classiquement et l'article 13<sup>1707</sup>, aussi appelée « clause maltaise »<sup>1708</sup>, permet aux juridictions

---

<sup>1696</sup> Comme le rappelle M. SALORD, l'adoption de ce règlement est le résultat du recours à la procédure de « coopération renforcée » alors que cette procédure n'avait jamais été utilisée auparavant. Cette procédure, introduite par le Traité d'Amsterdam permet à certains États membres de contourner une situation de blocage afin de réaliser les « objectifs de l'Union » (M. SALORD, « L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce », *AJ famille* 2011, pp. 97-99, spé., pp. 97-98) ; Cf. également : A. FIORINI, « Rome III- Un modèle à suivre ? » (in) *La justice civile européenne en marche* (Dir. M. DOUCHY-OUUDOT et E. GUINCHARD), Dalloz, 2012, pp. 79-93, spé., p. 79 et s.

<sup>1697</sup> A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2012, p. 370.

<sup>1698</sup> A. DEVERS et M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce », *JCP G* 2012, doct. 778, pp. 1277-1289, spé., p. 1278, n° 2 ; publié également à : *Dr. famille* 2012, étude 13, pp. 7-16.

<sup>1699</sup> *Ibidem*.

<sup>1700</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 331, n° 41.

<sup>1701</sup> *Ibidem*.

<sup>1702</sup> A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2012, p. 374.

<sup>1703</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 331, n° 41.

<sup>1704</sup> « Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ».

<sup>1705</sup> A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2012, spé., p. 374 ; dans le même sens : P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 334, n° 43.

<sup>1706</sup> « L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

<sup>1707</sup> « Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ».

<sup>1708</sup> A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2012, p. 374. Le nom donné à cette clause fait référence à la législation de l'État de Malte qui ne connaissait pas le divorce avant la loi du 25 juillet 2011.

d'un État membre participant de refuser de prononcer un divorce lorsque la loi de ce même État membre ne prévoit pas le divorce.

721. *Particularités de l'article 10.* Parmi ces trois « *gardes fou* »<sup>1709</sup>, c'est très certainement l'article 10 qui illustre le mieux la raréfaction de l'ordre public de proximité. Plusieurs observations permettent de prendre la mesure des causes de cette raréfaction.

722. La première observation, et donc la première cause, est l'absence de condition de proximité au sein même de l'article 10<sup>1710</sup>. Cette absence de condition de proximité est telle que la compétence du juge de l'État participant « *ne nécessite pas un fort lien du couple avec l'Union* »<sup>1711</sup>. Par conséquent, l'application de cette disposition nécessite seulement la saisine du juge d'un État participant ce qui suppose simplement que le demandeur y installe sa résidence pendant un an<sup>1712</sup>.

723. La seconde observation, et donc la seconde cause, est la prépondérance de l'article 10 par rapport à l'article 12, ce dernier comprenant l'exception classique d'ordre public international. Si la coexistence de l'article 10 et de l'article 12 forme une « *redondance* », cette dernière pourrait être préjudiciable à l'exception d'ordre public international étant donné que le domaine de l'article 10 est particulièrement large. Comme l'a parfaitement remarqué la doctrine, l'exception d'ordre public international classique prévue à l'article 12 « *ne devrait plus guère avoir l'occasion de jouer avec le filtre préalable de l'article 10* »<sup>1713</sup>. Ainsi, « *les cas d'intervention de l'exception d'ordre public se trouvent grandement amputés par l'existence parallèle de l'article 10, qui prend en charge spécifiquement l'atteinte à l'égalité entre époux dans l'accès au divorce* »<sup>1714</sup>.

724. La troisième et dernière observation, et donc la troisième cause, est la mise à l'écart de la méthode classique de l'exception d'ordre public international au profit d'autres méthodes du droit international privé. En effet, l'article 10 « *ne correspond à aucune figure du droit*

---

<sup>1709</sup> *Ibidem.*

<sup>1710</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *op. cit.*, p. 647 ; dans le même sens : P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 335, n° 44.

<sup>1711</sup> Notamment en raison des chefs de compétence posés par le règlement Bruxelles II Bis (P. HAMMJE, *préc. Rev. crit. DIP* 2011, p. 334, n° 43) ; Cf. également : M. FARGE, *préc.*, *RDLF* 2012, chron. 19, spé., n° 23.

<sup>1712</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 334, n° 43.

<sup>1713</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *JCP G* 2012, doctr. 778, p. 1289, n° 28.

<sup>1714</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 336, n° 45.

*international privé* »<sup>1715</sup>. La méthode utilisée au sein de cet article 10 ne peut être celle de l'exception d'ordre public international telle qu'elle est entendue classiquement pour au moins trois raisons. La première est l'existence parallèle de l'article 12 qui réserve l'exception d'ordre public international<sup>1716</sup>. La seconde est l'absence de mise en confrontation entre le résultat produit par l'application de la loi étrangère et les valeurs essentielles du for<sup>1717</sup>. La troisième est l'absence d'appréciation du juge étatique dans cette confrontation du résultat produit par l'application de la loi étrangère et les valeurs essentielles du for<sup>1718</sup>. P. HAMMJE évoque cependant l'idée qu'il pourrait s'agir d'une « *clause spéciale d'ordre public* »<sup>1719</sup>, mais surtout, d'une règle « *subsidaire de rattachement* »<sup>1720</sup> ou un « *ordre public de rattachement* »<sup>1721</sup>. Cette mise à l'écart de la méthode classique de l'exception d'ordre public international est d'autant plus paradoxale que trois considérants différents<sup>1722</sup> mettent l'accent sur cette même exception d'ordre public qui « *a rarement eu une place aussi importante dans un exposé des motifs* »<sup>1723</sup>.

725. Enfin, la mise à l'écart de l'exception d'ordre public se prolonge au travers de la problématique de l'application immédiate des droits fondamentaux<sup>1724</sup>. Selon M. FARGE l'article 10 s'éloigne de la logique du droit international privé pour mieux se rapprocher de celle du droit européen de l'homme : « *dès qu'un divorce relève de la juridiction française, le droit de divorcer est garanti* »<sup>1725</sup>. L'article 10 conduit donc à une « *application quasi-directe du*

<sup>1715</sup> A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2012, p. 374

<sup>1716</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 334, n° 45.

<sup>1717</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *JCP G* 2012, doct. 778, p. 1288, n° 28 ; dans le même sens : A. BOICHÉ, *préc.*, *AJF* 2012, p. 374.

<sup>1718</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *JCP G* 2012, doct. 778, p. 1288, n° 28 ; dans le même sens : P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 334, n° 44 ; A. BOICHÉ, *préc.*, 2012, p. 374.

<sup>1719</sup> Comme l'a justement souligné N. JOUBERT, la méthode utilisée au sein de l'article 10 ne correspond pas réellement à celle de la clause spéciale d'ordre public notamment en raison de l'absence d'exigence d'un lien suffisant avec le for (N. JOUBERT, « Article 10, Application de la loi du for » (in) *Droit européen du divorce, European Divorce Law*, (Dir. S. CORNELOUP), Lexis Nexis, 2013, pp. 593-603, pp. 602-603, n°16 et s.

<sup>1720</sup> « *En l'absence de toute exigence de proximité posée par l'article 10, ce dernier apparaît davantage comme une règle subsidiaire de rattachement, imposant nécessairement l'application d'un "droit fondamental au divorce égalitaire" dès lors que la juridiction d'un État participant est saisie : un droit que "l'État participant s'est engagé à garantir à toute personne relevant de sa juridiction" » (P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 335).*

<sup>1721</sup> « *L'on n'est pas loin alors d'une sorte d'ordre public de rattachement, imposant directement, même sans lien du couple avec le for autre que juridictionnel, une certaine vision du divorce. Non seulement, par le biais d'une règle de rattachement, le Règlement impose aux États membres participants une certaine conception du divorce, mais si on va au bout de cette logique, on peut se demander comment cette règle peut s'agencer avec les règles de conflit de principes des articles 5 et 8 » (Ibidem).*

<sup>1722</sup> Considérants n° 16, n°24 et n° 25.

<sup>1723</sup> G. LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, pp. 1835-1841, spé., p. 1840.

<sup>1724</sup> Sur la question de la méthode de l'application immédiate des droits fondamentaux, c'est-à-dire sans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public (Cf. *supra*, Chapitre I).

<sup>1725</sup> M. FARGE, *préc.*, *RDLF* 2012, chron. 19, spé., n° 23.

*droit au divorce* »<sup>1726</sup>, au détriment du prisme classique de l'exception d'ordre public international.

## **B) L'impact du règlement « Rome III » sur la mise en œuvre de l'ordre public de proximité**

726. **Modifications des solutions.** Les règles posées par le règlement « Rome III »<sup>1727</sup> vont bouleverser les solutions posées par la Cour régulatrice en matière de mise en œuvre de l'ordre public de proximité.

727. **Ordre public de proximité et divorce.** En effet, la mise en œuvre de l'ordre public de proximité en matière de divorce est acquise depuis l'arrêt *Itturalde de Pedro* du 1<sup>er</sup> avril 1981<sup>1728</sup>, dans lequel la Cour régulatrice avait affirmé que la loi espagnole « était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un français domicilié en France de demander le divorce »<sup>1729</sup>. Cette jurisprudence venait contredire une autre jurisprudence plus ancienne selon laquelle « l'application de la loi étrangère qui ignore le divorce sans interdire tout moyen de mettre fin à la vie commune n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international »<sup>1730</sup>. L'article 10 du règlement « Rome III »<sup>1731</sup> vient-il modifier cette jurisprudence ? La réponse est assurément positive, car l'article 10 permet d'évincer les lois étrangères discriminatoires, ou qui ne

---

<sup>1726</sup> M. FARGE, *préc.*, *RDLF* 2012, chron. 19, n° 23 ; dans le même sens : H. GAUDEMET-TALLON, « Le divorce international depuis la communication de Patrick Courbe au comité français de droit international privé », *op. cit.*, p. 264.

<sup>1727</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1728</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> avr. 1981, n° 79-13.959, [Itturalde De Pedro], *préc.* Rappelons que dans cette affaire, une femme française domiciliée en France avait engagé une action en divorce contre son mari de nationalité espagnole qui était domicilié en Espagne. La loi compétente n'était autre que la loi espagnole puisqu'elle était désignée par le troisième tiret de l'article 310 du Code civil.

<sup>1729</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> avr. 1981, n° 79-13.959, [Itturalde De Pedro], *préc.*

<sup>1730</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juil. 1979, n° 78-12.956, [Van der Plassche] : *Rev. crit. DIP* 1980, 91, note H. GAUDEMET-TALLON. Il convient de préciser que dans cette affaire, il s'agissait d'un couple franco-belge qui avait fixé le domicile commun en Espagne.

<sup>1731</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

prévoient pas le divorce, en l'absence d'exigence de proximité<sup>1732</sup>. Ainsi, l'article 10 du règlement « Rome III »<sup>1733</sup> « condamne la jurisprudence *Itturalde de Pedro* »<sup>1734</sup>.

728. **Ordre public de proximité et répudiations étrangères.** Selon une partie de la doctrine, l'article 10 du règlement « Rome III »<sup>1735</sup> introduit également une « innovation non négligeable par rapport à la jurisprudence française antérieure, relative aux répudiations unilatérales prononcées à l'étranger »<sup>1736</sup>. Il a été observé que la Cour régulatrice avait pris pour habitude, depuis les arrêts du 17 février 2004<sup>1737</sup>, de mettre en œuvre l'ordre public de proximité pour faire obstacle à la reconnaissance des répudiations unilatérales prononcées à l'étranger<sup>1738</sup>. Cependant, l'innovation offerte par l'article 10 est toute relative au stade de la reconnaissance des décisions étrangères prononçant une répudiation unilatérale. En effet, dans une décision récente<sup>1739</sup>, la Cour de justice a rappelé que le règlement « Rome III »<sup>1740</sup> ne concerne que le conflit de lois et qu'il ne « régit pas la reconnaissance dans un État membre, d'une décision de divorce »<sup>1741</sup>. De manière plus substantielle, la Cour a affirmé que le règlement « Rome III »<sup>1742</sup> n'est pas applicable à la reconnaissance sur le territoire d'un État membre d'une répudiation prononcée sur le territoire d'un État tiers<sup>1743</sup>. Par conséquent, les innovations du Règlement

<sup>1732</sup> P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 334, n° 44 ; dans le même sens : A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *op. cit.*, p. 647 ; D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2012, doctr. 10, p. 888, n° 1.

<sup>1733</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1734</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le divorce international depuis la communication de Patrick Courbe au comité français de droit international privé », *op. cit.*, p. 264.

<sup>1735</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1736</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », p. 647.

<sup>1737</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2004, *préc.*

<sup>1738</sup> Notons cependant que dans un arrêt récent, la Cour de cassation a affirmé qu'une répudiation prononcée en Algérie est contraire à l'ordre public international dès lors que les époux de nationalité algérienne sont domiciliés sur le territoire d'un État contractant (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juil. 2018, n° 17-16.102 : *Dr. famille* 2018, comm. 270, note M. FARGE). L'appréciation de la proximité par la Cour régulatrice serait donc en voie d'européanisation, ce qui pourrait conduire à un « ordre public européen de proximité » (M. FARGE, « Consécration d'un ordre public européen de proximité et répudiation musulmane », *Dr. famille* 2018, comm. 270, pp. 59-60).

<sup>1739</sup> CJUE, ord., 12 mai 2016, aff. C-281/15, Soha Sahyouni : *Procédures* 2015, comm. 229, note. C. NOURISSAT ; *Europe* 2016, 24, obs. F. GAZIN ; *JDI* 2018, 1449, note M. WILDERSPIN.

<sup>1740</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1741</sup> CJUE, ord., 12 mai 2016, aff. C-281/15, Soha Sahyouni, *préc.*, §19.

<sup>1742</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1743</sup> C. NOURISSAT, « Le divorce privé et le droit de l'Union : illustration d'une rencontre avortée », *Procédures* 2016, comm. 229, p. 22.



« Rome III »<sup>1744</sup> laisseraient intacte la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la reconnaissance des répudiations étrangères prononcées à l'étranger.

729. Le règlement « Rome III »<sup>1745</sup> pose inévitablement la question de l'application des conventions bilatérales et notamment la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire. L'article 19 du règlement « Rome III »<sup>1746</sup> pose une règle de coordination qui « consacre un principe de primauté des conventions internationales liant les États membres participants »<sup>1747</sup>. Ce principe de primauté a pour conséquence de laisser applicable la Convention franco-marocaine précitée et par voie de conséquence d'écarter l'application de l'article 10 du règlement<sup>1748</sup>. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de divorce engagée en France et opposant deux époux marocains, la loi applicable sera celle de la nationalité commune des deux époux et donc la loi marocaine, conformément à l'article 9<sup>1749</sup> de la Convention<sup>1750</sup>. La loi marocaine admet la répudiation, mais étant donné que l'article 10 du règlement est inapplicable, l'exception d'ordre public classique telle qu'elle est prévue par la Convention franco-marocaine à l'article 4 retrouve son empire. Ainsi, la mise à l'écart de la loi marocaine se fera par le biais de l'exception d'ordre public en raison de la contradiction entre le résultat produit par l'application de la loi étrangère et les valeurs essentielles du for.

---

<sup>1744</sup> Cons. UE, règl. (UE) n°1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].

<sup>1745</sup> *Ibidem*.

<sup>1746</sup> *Ibid.*

<sup>1747</sup> A. DEVERS et M. FARGE, *préc.*, *JCP G* 2012, doct. 778, p. 1280, n° 8.

<sup>1748</sup> *Ibidem*.

<sup>1749</sup> « La dissolution du mariage est prononcée selon la loi de celui des deux États dont les époux ont tous les deux la nationalité à la date de la présentation de la demande ».

<sup>1750</sup> A. DEVERS, « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines (de 1957 et 1981) », *Dr. famille* 2012, étude 1, pp. 8-12, spéc., p. 10, n° 10.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

730. Le déclin de l'ordre public de proximité souligné par une partie de la doctrine se confirme à la lumière des solutions récentes proposées par la Cour de cassation et les nouveaux règlements européens. En effet, la loi promouvant le mariage de personne de même sexe et son application n'ont pas permis de redynamiser cette modalité de mise en œuvre de l'ordre public international. Les solutions proposées par la Cour de cassation tendent à faire disparaître progressivement l'ordre public de proximité quant à l'établissement de la filiation naturelle et à réduire le champ d'application de ce dernier en matière d'effets des mariages polygamiques à l'encontre de la première épouse française. L'application cumulative des règlements européens et de la Charte des droits fondamentaux tend également à raréfier la mise en œuvre de l'ordre public de proximité.

731. Cette raréfaction de l'ordre public de proximité doit être saluée tant les inconvénients de l'ordre public de proximité paraissent insurmontables et en contradiction avec la protection des droits fondamentaux. Cette raréfaction apparaît également comme étant irréversible. En effet, les cas d'intervention de l'ordre public de proximité sont résiduels, comme celui concernant l'établissement de la filiation naturelle, et ils se réduisent peu à peu. Ces derniers cas d'intervention résisteront-ils aux droits fondamentaux, notamment ceux issus de la Convention européenne des droits de l'homme? Il est possible d'en douter au regard de l'évolution progressive du droit de l'enfant à voir établir sa filiation paternelle à l'égard de son père biologique. Ainsi, il n'est pas exclu, dans ce domaine, que le retour de l'ordre public plein soit inéluctable. Néanmoins, nous observerons ultérieurement comment la prise en compte d'une certaine proportionnalité permet d'exclure l'ordre public de proximité et de redynamiser l'effet plein de l'ordre public international.



## CONCLUSION DU TITRE

732. Les développements précédents nous ont permis de constater que les modalités de mise en œuvre de l'ordre public international connaissent actuellement une évolution importante.

733. En premier lieu, nous pouvons constater un bouleversement des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international au contact des principes essentiels du droit français. Ce bouleversement a pour origine la prise en compte de la source nationale de ces principes, qui aboutit à la seule mise en œuvre de l'ordre public plein. Néanmoins, la mise en application de cette nouvelle démarche jurisprudentielle souffre de certaines limites. En effet, l'hégémonie de l'ordre public plein se montre imparfaite, voire précaire, notamment face à certaines situations constituées à l'étranger.

734. En second lieu, la disparition de l'ordre public de proximité, constatée par une certaine partie de la doctrine, se confirme au fur et à mesure de l'évolution du droit positif. Cette disparition était déjà en germe au contact des principes essentiels du droit français, étant donné que la seule mise en œuvre de l'ordre public plein pouvait être réalisée. Cette disparition progressive pourrait se poursuivre notamment au contact du contrôle de proportionnalité tel que nous l'évoquerons ultérieurement.



## **TITRE 2 : LA RARÉFACTION DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

735. Le but de notre étude est de mettre en perspective un processus de raréfaction de l'intervention de l'ordre public international. La démonstration de l'existence de ce processus peut être réalisée par l'observation des facteurs contribuant à réduire significativement la possibilité offerte au juge étatique de mettre en œuvre l'ordre public international. La mise en perspective de ces facteurs permettra d'en apprécier les conséquences.

736. Nous observerons comment des facteurs extérieurs à l'action du juge du for empêchent ce dernier de faire intervenir l'ordre public international en cas d'atteinte potentielle aux valeurs essentielles du for. Cette « *perturbation* »<sup>1751</sup> de l'intervention de l'ordre public international produit un phénomène de raréfaction de l'intervention (CHAPITRE 1). Ce phénomène de raréfaction de l'intervention, couplée à celui de la raréfaction de l'élaboration engendre une mutation de l'ordre public international. Cette mutation de l'ordre public international s'amplifie au contact des nouvelles méthodes, comme le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge national (CHAPITRE 2).

---

<sup>1751</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. infra*.



## CHAPITRE 1 : LA PERTURBATION DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

737. Le terme « *perturbation* » se définit comme « *l'irrégularité provoquée dans un fonctionnement* »<sup>1752</sup>. Le terme « *perturber* », quant à lui, est défini ainsi : « *Empêcher quelque chose de fonctionner normalement* »<sup>1753</sup>. La perturbation de l'intervention de l'ordre public international est donc un phénomène par lequel des facteurs exogènes viennent empêcher l'intervention normale de l'ordre public international.

738. L'objet de notre étude est d'évaluer les limitations actuelles de l'intervention de l'ordre public international du for. Si ces limitations sont essentielles à la réalisation des objectifs supranationaux, elles ne sauraient pour autant devenir un frein à la protection de la cohésion de l'ordre juridique du for. Cependant, les évolutions actuelles de l'ordre public international montrent que l'intervention de ce mécanisme subit des perturbations importantes. Ces perturbations sont telles qu'elles fragilisent la protection de la cohésion de l'ordre juridique du for.

739. Le contrôle supranational opéré sur l'intervention de l'ordre public international a pu aboutir à la réalisation d'un certain équilibre entre la protection des droits fondamentaux, la réalisation des objectifs de l'Union européenne et le respect de la souveraineté de l'État membre (Section 1). Néanmoins, les solutions récentes proposées par l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme conduisent à un phénomène nouveau qui a suscité l'inquiétude d'une partie de la doctrine. En effet, la perturbation de l'intervention de l'ordre public international est révélatrice d'un phénomène de « *neutralisation* »<sup>1754</sup> de l'intervention de ce mécanisme. Ainsi, des facteurs extérieurs à la volonté du juge du for viennent « *empêcher* »<sup>1755</sup> l'intervention de l'ordre public international (Section 2).

---

<sup>1752</sup> *Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 532.

<sup>1753</sup> *Ibidem*.

<sup>1754</sup> Il convient de préciser que le terme « *neutralisation* » et l'expression « *neutralisation de l'ordre public international* » sont déjà utilisés par une partie de la doctrine. Par exemple, sur l'utilisation de ce terme et de cette expression : Cf. T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 376 ; L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 2013, t. 357, p. 331, n° 123 ; *JCI Droit international*, Fasc. 534-2, [par M.-N. JOBARD-BACHELLIER], § 78.

<sup>1755</sup> Le terme « *neutraliser* » renvoie au fait « *d'empêcher d'agir* » ou encore de « *rendre inoffensif* » (*Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 484).



## **Section 1 : Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international**

740. L'intervention de l'ordre public international est à l'initiative du juge du for. Cependant, cette intervention ne saurait être laissée sans surveillance au risque de nuire à la réalisation des objectifs supranationaux qui sont incarnés par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. L'intervention de l'ordre public international doit donc s'enserrer dans les limites posées par le droit de l'Union européenne et notamment les règlements européens (Sous-section 1). Elle doit également assurer la protection des droits de l'Homme et se conformer aux conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne**

741. L'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne permet notamment à l'État membre de sauvegarder ses particularités nationales. Néanmoins, cette intervention n'est pas sans risque quant à la réalisation de certains objectifs de l'Union européenne (§1), elle est donc placée sous surveillance aussi bien dans le domaine des conflits de lois que dans celui des jugements étrangers (§2)

#### **§1. L'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne**

742. L'intervention de l'ordre public international n'est pas indifférente, car elle est source de perturbations (A), et elle doit donc demeurer exceptionnelle (B).

##### **A) L'intervention « perturbatrice » de l'ordre public international**

743. *Ordre public et entrave.* L'intervention de l'ordre public international dans le contexte de la Communauté européenne ou de l'Union européenne se présente classiquement comme une source de perturbation. Cette assertion est d'autant plus vérifiable que l'intervention de l'ordre public international est généralement considérée comme un obstacle à la réalisation des objectifs de l'Union<sup>1756</sup>. Comme le souligne Y.-É. LE BOS, l'exception d'ordre public

---

<sup>1756</sup> Cf. par ex : M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 249 et s.

international est avant tout marquée par une « *défaveur communautaire* »<sup>1757</sup> car elle serait « *marquée par une présomption d’entrave* »<sup>1758</sup>. La raison d’une telle qualification s’explique aussi bien dans le domaine du conflit de juridictions que dans celui du conflit de lois, l’intervention de l’ordre public international pouvant notamment restreindre la libre circulation au sein du Marché intérieur<sup>1759</sup>. Cette « *présomption d’entrave* »<sup>1760</sup> conférée à l’exception d’ordre public international pourrait même faire douter de la simple compatibilité entre ce mécanisme exceptionnel et la notion de « *Marché intérieur* ». À la question de savoir si la création d’un espace intérieur autorise toujours l’intervention de l’ordre public international pour s’opposer à l’application de la loi d’un État membre, M. FALLON considère que, « [s]i l’on s’attache à la signification théorique du concept de marché intérieur, la réponse semble devoir être négative »<sup>1761</sup>. Ainsi, comme s’interroge ce même auteur, « [u]n espace interne qui sert de modèle à l’espace intérieur, n’exclut-il pas de soi toute possibilité pour le juge de refuser l’application d’une loi produite au sein même de cet espace ? »<sup>1762</sup>.

744. **Maintien de la réserve d’ordre public.** En dépit de l’opposition théorique qui pourrait exister entre la création d’un marché intérieur et l’intervention de l’ordre public international, le législateur européen continue de prévoir, au sein du droit dérivé, la possibilité de recourir à ce mécanisme exceptionnel<sup>1763</sup>. Le maintien de cette possibilité dans le contexte de la Communauté européenne ou de l’Union peut être considéré comme « *un “baume” destiné à apaiser le sentiment de souveraineté nationale* »<sup>1764</sup>, selon la célèbre formule de G. DROZ<sup>1765</sup>. L’intervention de l’ordre public international ne saurait être considérée comme un privilège

<sup>1757</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 253.

<sup>1758</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>1759</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 254 n° 673 et n° 674. Comme le souligne également un auteur : « *L’effet des règles d’application immédiate ou des principes d’ordre public peut, du point de vue pratique, être comparable à celui des règles de conflit limitant la désignation de la loi de l’État d’origine : dans un cas comme dans l’autre il peut en découler une entrave à la circulation, dans le sens d’une impossibilité de rendre le même service qui est offert dans l’État d’origine aux ressortissants locaux* » (L.-G. RADICATI DI BROZOLO, « L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP* 1993, pp. 401-424, spé., p. 416).

<sup>1760</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 253.

<sup>1761</sup> M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L’expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 252, n° 146.

<sup>1762</sup> *Ibidem*.

<sup>1763</sup> La question de la disparition de la possibilité, pour un État membre, de recourir à l’ordre public international sera abordée ultérieurement.

<sup>1764</sup> G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, 1972, p. 309, n° 487.

<sup>1765</sup> Il peut être utile de rappeler la citation de l’auteur dans son intégralité : « *On peut considérer la clause comme un “baume” destiné à apaiser le sentiment de souveraineté internationale qui, quoique bien érodé par le mécanisme du Traité, est une réalité dont il faut tenir compte tant chez les Gouvernements que chez les juges* » (*Ibidem*).

accordé par le droit de l'Union aux États membres. Le paradigme est en réalité totalement inversé. Comme le rappelle parfaitement T. STRUYCKEN, « *le droit des États membres et de leurs organes d'invoquer leur ordre public étatique n'est pas un droit gracieusement consenti par la Communauté, mais un droit d'origine précommunautaire, intouchable pour la Communauté et non négociable, ou presque* »<sup>1766</sup>. Notons que selon ce même auteur, ce droit d'invocation, et donc d'intervention de l'exception d'ordre public, ne saurait être conditionné par une reconnaissance au sein de dispositions spécifiques<sup>1767</sup>.

745. **Ordre public et souveraineté.** Ainsi, ce paradigme présuppose que le recours à l'ordre public international par les États membres est une forme d'expression de leur souveraineté, et que le système communautaire ou européen se construit autour de cette expression. Le maintien de la réserve d'ordre public dans un contexte communautaire ou européen, notamment au sein du droit dérivé, est lourd de sens. Plusieurs constatations peuvent être faites. La première n'est autre que le caractère consubstantiel de l'intervention de l'ordre public international et de la préservation de la souveraineté des États membres. La deuxième est le profond attachement des États membres à la préservation de la cohésion de leur ordre juridique et de leurs valeurs essentielles. La troisième, réside dans le constat que le principe de « *confiance mutuelle* »<sup>1768</sup>, si déterminant dans l'émergence d'un marché intérieur et d'un espace judiciaire de liberté, de sécurité et de justice, ne présuppose pas l'anéantissement de tout contrôle du juge national. Un équilibre permanent doit donc être recherché entre l'intervention de l'ordre public international, qui exprime la souveraineté des États membres, et la réalisation des objectifs de la Communauté ou de l'Union européenne.

746. Le point d'équilibre entre la réalisation des objectifs de l'Union européenne et la préservation de la cohésion de l'ordre juridique des États membres s'est exprimé au travers d'une intervention « *exceptionnelle* »<sup>1769</sup> de l'ordre public international.

---

<sup>1766</sup> T. STRUYCKEN, « L'ordre public de la communauté européenne », *op. cit.*, p. 626, n° 7.

<sup>1767</sup> Comme le souligne l'auteur : « *Ce droit existe, que les textes communautaires le reconnaissent ou non à l'aide de dispositions spécifiques* » (*Ibidem*).

<sup>1768</sup> Sur cette notion, *Cf. infra*.

<sup>1769</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. infra*.

## B) L'intervention « exceptionnelle » de l'ordre public international

747. *Sens de « l'intervention exceptionnelle »*. Le caractère « *exceptionnel* » de l'intervention de l'ordre public international a été affirmé explicitement au sein du droit dérivé<sup>1770</sup>, et a été précisé par la Cour de justice dans l'affaire *Hoffmann c/ Krieg* du 4 février 1988<sup>1771</sup>. Dans cette affaire, deux ressortissants allemands s'étaient mariés en Allemagne mais l'époux avait quitté le domicile conjugal pour s'installer aux Pays-Bas. Ce dernier a été condamné par une juridiction allemande au paiement d'une pension alimentaire. À la demande du mari, une juridiction néerlandaise prononça le divorce, mais l'ex-épouse obtint, d'une juridiction néerlandaise, l'*exequatur* de la décision allemande quelques mois plus tard. L'ex-époux, qui n'avait pas formé de recours contre cette décision, avait en revanche demandé la mainlevée de la saisie-arrêt prononcée contre lui. À la suite d'un pourvoi en cassation, une série de questions préjudicielles a été posée à la Cour de justice. L'une d'elles était de savoir, en substance, si une décision étrangère condamnant un époux à verser des aliments à son conjoint était inconciliable avec une décision nationale ayant prononcé le divorce ou si une telle décision étrangère était contraire à l'ordre public<sup>1772</sup>. Dans cette décision, la Cour de justice a précisé que « *le recours à la clause d'ordre public [...] ne doit jouer que dans des cas exceptionnels* »<sup>1773</sup>. Cette solution

---

<sup>1770</sup> L'intervention « *exceptionnelle* » de l'ordre public s'illustre également par le choix des termes utilisés dans la rédaction des clauses d'ordre public, et par le recours systématique à l'adverbe « *manifestement* ». Pour que le recours à l'ordre public international soit justifié, le contraste existant entre la solution produite par la norme étrangère et la valeur essentielle du for doit être particulièrement important (*JCl. Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], § 73).

<sup>1771</sup> CJCE, 4 fév. 1988, aff. C-145/86, Horst Ludwig Martin Hoffmann c/ Adelheid Krieg: Rec., p. 645 ; *Rev. crit. DIP* 1988, 605, note H. GAUDEMET-TALLON; *JDI* 1989, 449, obs. A. HUET.

<sup>1772</sup> La question était synthétisée par la Cour de justice en ces termes : « [S]i une décision étrangère condamnant un époux à verser des aliments à son conjoint au titre de ses obligations d'entretien résultant du mariage est inconciliable au sens de l'article 27, point 3, de la convention avec une décision nationale ayant prononcé le divorce entre les époux concernés, ou encore si une telle décision étrangère est contraire à l'ordre public de l'État requis au sens du même article, point 1 » (Arrêt *Hoffmann c/ Krieg*, préc., §19).

<sup>1773</sup> Arrêt *Hoffmann c/ Krieg*, préc., §21.

La Cour précise également que dans le système de la Convention, le recours à la clause d'ordre public « *est en tout cas exclu lorsque, comme en l'espèce, le problème posé est celui de la compatibilité d'une décision étrangère avec une décision nationale* » car ce problème « *est celui de la compatibilité d'une décision étrangère avec une décision nationale* » et que « *ce problème est résolu sur la base de la disposition spécifique de l'article 27 point 3* » de la convention (Arrêt *Hoffmann c/ Krieg*, préc., §21).

est en adéquation avec les avis présentés au sein du rapport<sup>1774</sup> de M.-P. JENARD sur la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, et a été réaffirmée<sup>1775</sup>.

748. **Contrôle de l'intervention.** Le conditionnement de l'intervention de l'ordre public international à l'existence de « *cas exceptionnels* » confirme l'existence d'un contrôle de la mise en œuvre de ce mécanisme correcteur. En effet, « [l]orsque le litige entre dans le domaine d'application d'un règlement européen, les États membres ne sont plus totalement libres dans la mise en œuvre de leur ordre public international »<sup>1776</sup>. Si ce contrôle se justifie par l'émergence de règles uniformes pour les États membres, il complique la préservation du système particulariste. Comme l'a souligné Y.-É. LE BOS : « Dans le système particulariste, la loi écartée n'est désignée qu'à partir de règles nationales sur lesquelles le juge décide de revenir en raison d'un résultat inconvenant au regard des conceptions de son ordre juridique. Au contraire, "l'universalisme-régionaliste" choisi par l'Europe complique la question puisque la désignation s'opère en fonction de règles uniformes. Le déclenchement de l'ordre public dépendra des conceptions nationales propres à chaque État qu'il évaluera alors en fonction de ses valeurs propres. La contradiction est inévitable justifiant alors un contrôle »<sup>1777</sup>.

749. **Contrôle renforcé de l'intervention.** L'uniformisation des règles de droit international privé au niveau européen, cumulée à l'existence d'un unique mécanisme dérogatoire entre les mains du juge étatique, modifie la portée du modèle particulariste<sup>1778</sup>. Ce modèle, fondé sur la source nationale des règles de droit international privé, doit entrer en adéquation avec la multiplication des règles de sources européennes assurant une uniformisation. Cette opposition entre le modèle particulariste et « l'universalisme-régionalisme »<sup>1779</sup> interroge sur la place

---

<sup>1774</sup> L'auteur de ce rapport précise également que « la formulation retenue par la clause de l'ordre public est analogue à celle qui a été adoptée dans les conventions les plus récentes en ce sens qu'il est précisé qu'il y'a un motif de refus non pas si la décision étrangère, elle-même, mais bien sa reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis. Il n'entre pas, en effet, dans le rôle du juge saisi d'émettre une appréciation quant à la compatibilité de la décision étrangère avec l'ordre public de son pays, ce qui pourrait être considéré comme une critique de cette décision, mais bien de vérifier si la reconnaissance de cette décision est de nature à porter atteinte à cet ordre public » (M.-P. JENARD, *Rapport sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.O.C.E 1979, C 59, pp. 1-65, spé., p. 44).

<sup>1775</sup> Cf. notamment CJCE, 2 juin 1994, aff. C-414/92, Solo Kleinmotoren GmbH c/ Emilio Boch, §10.

<sup>1776</sup> JCl. *Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], § 74).

S. POILLOT-PERUZZETTO évoque le « *contrôle direct* » du droit communautaire sur la mise en œuvre de la réserve d'ordre public lorsqu'il existe un instrument communautaire comportant le concept d'ordre public » (S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Travaux comité fr. DIP* 2002-2004, A. Pedone, 2005, pp. 65-106, spé., p. 74).

<sup>1777</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 256, n° 677.

<sup>1778</sup> Sur le particularisme, Cf. *supra*.

<sup>1779</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 256, n° 677.

réservée à la souveraineté de l'État membre dans la mise en œuvre de l'ordre public international. En effet, dans le modèle particulariste, l'État est libre de mettre en œuvre l'ordre public international, cette liberté étant consubstantielle avec la notion même de « *souveraineté* »<sup>1780</sup>. L'exercice de cette liberté se heurte immédiatement à l'ordre juridique de l'Union européenne, qui assure l'expansion de cet « *universalisme-régionalisme* »<sup>1781</sup>. Pour parvenir à préserver la souveraineté de l'État membre, la quête de limites adéquates à la mise en œuvre de l'ordre public international demeure essentielle. Néanmoins, comme le souligne H. GAUDEMET-TALLON : « *Dans la mesure où les textes de droit international privé communautaire sont appelés à se développer, il sera de plus en plus fréquent que la Cour de justice "encadre" l'utilisation que les juges nationales feront du concept d'ordre public au sens du droit international privé* »<sup>1782</sup>. Il convient donc de mesurer les limitations actuelles de l'intervention de l'ordre public international.

## §2. Les limites de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union

750. La limitation de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union s'effectue différemment en fonction du domaine concerné, c'est-à-dire celui de la reconnaissance ou de l'exécution (A) ou alors celui du conflit de lois<sup>1783</sup> (B).

### A) Les limites de l'intervention dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution

751. **Limites de l'intervention.** Selon P. HAMMJE, la marge de manœuvre de l'État du for dans la mise en œuvre de l'ordre public international varie selon la distinction opérée entre État membre et État tiers : « *dans les relations internes à la Communauté, la maîtrise du mécanisme lui échappe peu ou prou, alors qu'elle reste entière dans les relations véritablement internationales* »<sup>1784</sup>. Ainsi, les États membres ont l'obligation de « *se contenir* »<sup>1785</sup> quand ils

<sup>1780</sup> Cf. *supra*.

<sup>1781</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 256, n° 677.

<sup>1782</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ? » (in) *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, (Coord. P. COURBE et autres), Economica, 2008, pp. 463-486, spé., p. 471.

<sup>1783</sup> Cette division de l'étude, entre le domaine de « *reconnaissance et exécution* » et celui du « *conflits de lois* » est adoptée par de nombreux auteurs, comme par exemple P. HAMMJE (Cf. P. HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 70 et s.).

<sup>1784</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>1785</sup> Sur l'utilisation de cette expression, Cf. J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 69.

invoquent leur ordre public national à l'encontre d'un jugement d'un autre État membre<sup>1786</sup>. La jurisprudence qui illustre les limitations du recours à l'ordre public international, notamment à l'encontre des décisions rendues dans les autres États membres, est particulièrement fournie. Les décisions les plus emblématiques ont été rendues dans le cadre des affaires *Renault c/ Maxicar*<sup>1787</sup> et *Krombach*<sup>1788</sup> évoquées précédemment<sup>1789</sup>. Dans la première décision, la Cour de justice a affirmé qu'il lui incombait de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à la notion d'« *ordre public* » pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un État contractant<sup>1790</sup>. Dans la seconde décision, la Cour a précisé que « *le recours à la clause d'ordre public [...] n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental* »<sup>1791</sup>. Ce contrôle de la Cour de justice, quant à l'intervention de l'ordre public international, peut être particulièrement mesuré comme l'illustre la jurisprudence *Gambazzi* du 2 avril 2009<sup>1792</sup>.

**752. Exemple de l'affaire Gambazzi.** Dans cette affaire, M. GAMBAZZI, était poursuivi devant la *High Court* de Londres en dommages-intérêts par deux sociétés canadiennes. La *High Court* prononça à son encontre deux ordonnances : la première lui interdisait de disposer de certains de ses avoirs (*freezing order*) et la deuxième l'obligeait à divulguer certaines informations concernant le litige (*disclosure order*). Après avoir considéré que M. GAMBAZZI ne s'était que partiellement conformé à son obligation de divulgation, la juridiction britannique a émis une nouvelle ordonnance. Elle prévoyait que M. GAMBAZZI « *se verrait interdire de continuer à prendre part à la procédure s'il ne se conformait pas, dans le délai imparti, aux obligations de divulgation des informations et des documents demandés* »<sup>1793</sup>. Tous les recours de M. GAMBAZZI contre ces ordonnances furent rejetés et il fut exclu de la procédure<sup>1794</sup>. La

---

<sup>1786</sup> P. HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 70.

<sup>1787</sup> *Cf. supra.*

<sup>1788</sup> *Cf. supra.*

<sup>1789</sup> *Cf. supra.*

<sup>1790</sup> Arrêt *Renault c/ Maxicar*, préc., §28.

<sup>1791</sup> Arrêt *Krombach*, préc., §37.

<sup>1792</sup> CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-394/07, Marco Gambazzi c/ DaimlerChrysler Canada Inc. et CIBC Mellon Trust Company: *Europe* 2009, comm. 261, note L. IDOT; *Rev. crit. DIP* 2009, 685, note G. CUNIBERTI.

<sup>1793</sup> Arrêt *Gambazzi*, préc., §12.

<sup>1794</sup> La Cour prononça une deuxième ordonnance de type « *unless order* ». M. GAMBAZZI, n'ayant pas satisfait à ses obligations fut reconnu coupable de « *contempt of court* » et exclu de la procédure (*debarment from defending*).

*High Court* statua sur le fond, et le condamna au paiement de dommages-intérêts<sup>1795</sup>. L'*exequatour* de la décision fût demandé en Italie, et M. GAMBAZZI forma un recours en soutenant que la décision anglaise était contraire à l'ordre public au sens de l'article 27-1° de la Convention de Bruxelles. La question posée par la juridiction italienne à la Cour de justice était donc de savoir si l'exclusion de la procédure pouvait justifier un refus de reconnaissance et d'exécution sur le fondement de cet article<sup>1796</sup>. La réponse donnée par la Cour de justice marque un certain équilibre<sup>1797</sup>. Dans cette décision, la Cour rappelle la décision *Krombach*<sup>1798</sup> et souligne l'importance de l'exercice des droits de la défense<sup>1799</sup> tout en précisant que ces droits « *n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues* »<sup>1800</sup>. Si la complexité des faits empêche la Cour de se prononcer, elle offre au juge de l'État requis un certain nombre d'indications pour déterminer si ce dernier peut avoir recours à l'ordre public international<sup>1801</sup>. La Cour conclut que le juge de l'État requis peut avoir recours à la clause d'ordre public, lorsque le défendeur est exclu de la procédure, si « *au vu de l'ensemble des circonstances, il lui apparaît que cette mesure d'exclusion a constitué une atteinte manifeste et démesurée au droit du défendeur à être entendu* »<sup>1802</sup>. La jurisprudence *Gambazzi* permet par conséquent de mettre en perspective cette recherche d'équilibre entre l'intervention de l'ordre public international et la réalisation des objectifs du droit dérivé, cette solution pouvant parfaitement être transposable

<sup>1795</sup> Le montant s'élevait à plusieurs millions de dollars canadiens et américains.

<sup>1796</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2015, p. 526, n° 404-1. De manière plus précise, la question était de savoir « *si l'exclusion de la procédure d'un défendeur qui avait comparu, exclusion dictée par un souci de bonne administration de la justice, pouvait justifier un refus de reconnaissance et d'exécution en application de l'article 27-1°* » (*Ibid.*).

<sup>1797</sup> Dans ce sens : Cf. L. IDOT, « Contempt of court et refus de reconnaissance pour atteinte à l'ordre public », *Europe* 2009, comm. 261, p. 41.

<sup>1798</sup> Arrêt *Krombach*, préc.

<sup>1799</sup> Ainsi, l'exercice du droit de la défense « *occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et qu'il figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, parmi lesquels la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, revêt une signification particulière* » (Arrêt *Gambazzi*, préc., §28).

<sup>1800</sup> Arrêt *Gambazzi*, préc., §29. La Cour précise que ces droits « *peuvent comporter des restrictions* » qui « *doivent répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne pas constituer, au regard du but poursuivi, une atteinte démesurée aux droits ainsi garantis* ».

<sup>1801</sup> L. IDOT, préc., *Europe* 2009, comm. 261, p. 41.

<sup>1802</sup> « *Il convient, par conséquent, de répondre à la question posée que l'article 27, point 1, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge de l'État requis peut tenir compte, au regard de la clause relative à l'ordre public visée à cet article, du fait que le juge de l'État d'origine a statué sur les prétentions du demandeur sans entendre le défendeur, qui s'était régulièrement constitué devant lui mais qui a été exclu de la procédure par une ordonnance au motif qu'il n'avait pas satisfait à des obligations imposées par une ordonnance prise antérieurement dans le cadre de la même procédure, lorsque, au terme d'une appréciation globale de la procédure et au vu de l'ensemble des circonstances, il lui apparaît que cette mesure d'exclusion a constitué une atteinte manifeste et démesurée au droit du défendeur à être entendu* » (Arrêt *Gambazzi*, préc., §48).



au règlement « *Bruxelles I* »<sup>1803</sup>. Les limites de l'intervention de l'ordre public international peuvent également être décelées dans le domaine du conflit de lois.

## **B) Les limites de l'intervention dans le domaine des conflits de lois**

753. **Hypothèses de limitation.** Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international dans le domaine des conflits de lois se présente avec beaucoup moins d'illustrations que celles que l'on peut retrouver dans le domaine de la reconnaissance ou de l'exécution<sup>1804</sup>. Deux raisons peuvent venir expliquer une telle différence. La première est que les règles conflits de lois « *sont moins chargées de valeur communautaire* »<sup>1805</sup> que la libre circulation des jugements<sup>1806</sup>. La seconde réside dans le faible développement du droit matériel communautaire, ce qui implique que la loi du for, qui sera substituée à la loi étrangère, l'emportera plus facilement face au contenu matériel communautaire<sup>1807</sup>. Si le contrôle de l'intervention de l'ordre public international au stade du conflit de lois se révèle avec moins d'acuité, l'incidence du droit communautaire sur cette intervention est loin d'être purement hypothétique<sup>1808</sup>. En effet, le droit communautaire peut restreindre l'utilisation de l'exception d'ordre public par le droit dérivé et le droit primaire<sup>1809</sup>.

754. **Contrôle de l'intervention.** S'agissant tout d'abord du droit dérivé, la problématique est de déterminer si un État membre peut opposer son ordre public international face à la loi d'un autre État membre en raison des disparités qui se seraient révélées à la suite de la transposition d'une directive. Le juge du for peut-il mettre en œuvre l'ordre public international s'il estime « *que la loi étrangère transposant la directive n'offre pas de garanties suffisantes par rapport à celles qu'il a lui-même réalisées* »<sup>1810</sup> ? Selon M. FALLON, lorsque la disparité de

---

<sup>1803</sup> L. IDOT, *préc.*, *Europe* 2009, comm. 261, p. 41.

<sup>1804</sup> P. HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 72.

<sup>1805</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>1806</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2002-2004*, A. Pedone, 2005, p. 76.

<sup>1807</sup> *Ibidem*.

<sup>1808</sup> Sur la question du « *contrôle de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans le contexte fédéral européen* » : Cf. Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 252 et s. S'agissant de la méthode adoptée par le juge du for pour contrôler la loi d'un autre État membre : Cf. D. ARCHER, *op. cit.*, p. 194 et s.

<sup>1809</sup> M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 253.

<sup>1810</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 255, n° 675.

législations résulte de la transposition d'une directive<sup>1811</sup>, le juge du for « *ne pourrait préférer l'application de la loi du for* »<sup>1812</sup>. Cette opinion est notamment partagée par J. BASEDOW selon une application de la jurisprudence *Cassis de Dijon*<sup>1813</sup>. Pour cet auteur, une fois la transposition de la directive effectuée, les différences juridiques entre les ordres juridiques des États membres sont insuffisantes pour permettre à un État membre de considérer que la protection de son droit national soit considérée comme « *un impératif du bien public* »<sup>1814</sup>. Ainsi, une certaine « *communauté de droit* »<sup>1815</sup> entre les États membres pourrait conduire, dans une logique de « *confiance mutuelle* »<sup>1816</sup>, à empêcher l'État du for d'écarter la loi d'un autre État membre<sup>1817</sup>. C'est en ce sens que M. FALLON et J. MEEUSEN considèrent que l'obligation de confiance mutuelle, qui résulte de l'exigence de proportionnalité, limite la possibilité pour l'État membre d'invoquer l'exception d'ordre public international pour appliquer la loi du for<sup>1818</sup>. S'agissant ensuite du droit primaire, M. FALLON souligne que l'exception d'ordre public subit le même contrôle que toute entrave aux échanges<sup>1819</sup>, de sorte que la mise en œuvre de ce mécanisme « *se doit d'obéir aux conditions de non-discrimination, de poursuite d'un objectif légitime d'intérêt général et de respect du principe de proportionnalité* »<sup>1820</sup>. Les principes du droit communautaire ou européen constituent donc une

---

<sup>1811</sup> Dans l'hypothèse où l'État étranger a transposé la directive à la différence de l'État du for ou qu'il ait exercé une option ouverte par la directive (M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 253).

<sup>1812</sup> *Ibidem*.

<sup>1813</sup> J. BASEDOW rappelle que depuis la décision *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 fév. 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec., p. 649) les citoyens de l'Union peuvent s'appuyer directement sur les libertés de circulation si des exigences impératives du bien public dans les États membres ne s'y opposent pas. Ainsi, « *l'harmonisation du droit n'est plus nécessaire dans les dimensions prévues initialement, mais seulement dans la mesure où dans chacun des États membres, des exigences impératives de bien public s'opposent à la réalisation des libertés fondamentales ; car dans ces limites les libertés de circulation ne peuvent être réalisées par le juge mais seulement par la voie politique, c'est-à-dire par le biais de l'harmonisation des dispositions nationales concernées* » (J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, pp. 63-64).

<sup>1814</sup> J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 64 ; *Comp* : S. POILLOT-PERUZZETTO, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP* 2002-2004, p. 76.

<sup>1815</sup> P. HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, p. 73.

<sup>1816</sup> *Ibidem*.

<sup>1817</sup> *Ibid.*

<sup>1818</sup> « *The obligation of mutual recognition, as it results from the proportionality requirement, limits the possibility of the Member States to invoke public policy for the purpose of applying their own legislation* » (M. FALLON & J. MEEUSEN, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition » (in) *Yearbook of Private International Law*, Kluwer Law International, 2002, pp. 37-66, spé., p. 62).

<sup>1819</sup> M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 253.

<sup>1820</sup> *Ibidem*, p. 254. Sur la question des entraves dites « *de droit privé* » : Cf. M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 59 et s.

sorte de « *filtre* »<sup>1821</sup> au travers duquel les principes d'ordre public international doivent être examinés pour en vérifier la « *compatibilité communautaire* »<sup>1822</sup>.

755. **Limitations de l'intervention.** Si les auteurs s'accordent à considérer que le droit communautaire ou européen se montre particulièrement réticent à ce qu'un État membre puisse écarter la loi d'un autre État membre<sup>1823</sup>, notamment en raison du principe de « *confiance mutuelle* »<sup>1824</sup>, l'intervention de l'ordre public international n'est pas totalement exclue. S'agissant de l'hypothèse de la transposition des directives et des disparités qui pourraient en résulter, Y.-É. LE BOS affirme que « *l'origine communautaire de la norme-modèle ne devrait pas suffire à elle seule pour empêcher la mise en œuvre de l'ordre public* »<sup>1825</sup>. L'auteur poursuit en ces termes : « *Entraînant l'éviction de la norme jugée contraire aux conceptions de l'État du juge saisi, (l'ordre public) est supposé pouvoir jouer en cas de différences de contenu entre les normes et sans considération pour l'origine de celles-ci* »<sup>1826</sup>. Cette conclusion mérite l'approbation tant elle synthétise le raisonnement propre à l'intervention de l'ordre public international. Cette dernière est conditionnée à l'existence d'une loi étrangère, peu important qu'elle soit issue ou non d'un État membre ou d'un État tiers. De plus, les disparités substantielles existantes entre les différents États membres, surtout en matière familiale, confirment la nécessité de pouvoir recourir à l'exception d'ordre public quand bien même la loi désignée serait celle d'un autre État membre<sup>1827</sup>.

756. Après avoir mis en perspective le contrôle de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne, il convient d'évaluer ce contrôle dans le système européen de protection des droits de l'homme.

---

<sup>1821</sup> L.-G. RADICATI DI BROZOLO, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 417.

S'agissant plus précisément de ce « *filtre* », l'auteur précise qu'il « *est applicable principalement aux règles d'application immédiate et aux principes d'ordre public international qui empêchent la conclusion d'opérations qui sont légales dans le pays d'origine, ou qui en modifient le contenu ou qui en affectent des caractéristiques et des conditions substantielles* » (L.-G. RADICATI DI BROZOLO, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 417).

<sup>1822</sup> *Ibidem*.

<sup>1823</sup> D. ARCHER, *op. cit.*, p. 189, n° 188.

<sup>1824</sup> *Ibidem*.

<sup>1825</sup> Y.-É. LE BOS, *op. cit.*, p. 255, n° 675.

<sup>1826</sup> *Ibidem*.

<sup>1827</sup> Cette nécessité n'est pas seulement défendue par une partie de la doctrine française. Sur la question: Cf. T.-M. DE BOER, "Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community" (in) *The external dimension of EC private international law in family and succession matters* (Ed: A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR), CEDAM, 2008, pp. 295-330; comp : J. MEEUSEN, "Public policy in European Private International Law: In response to the contribution of Professor Th. M. de Boer on "Unwelcome Foreign Law" (in) *The external dimension of EC private international law in family and succession matters* (Ed: A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR), CEDAM, 2008, pp. 331-336.

## **Sous-section 2 : Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international dans le système de la CEDH**

757. Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international prend une dimension paradoxale. Alors que le système de protection des droits de l'homme incarné par le Conseil de l'Europe est moins abouti que le système de l'Union européenne, le contrôle réalisé par la Cour européenne des droits de l'homme est aussi étroit (§1), et conduit même à rendre obligatoire la reconnaissance de liens familiaux (§2).

### **§1. L'intervention de l'ordre public international dans le système de la CEDH**

758. Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, quant à l'intervention de l'ordre public international de l'État partie, s'oriente dans « *deux directions parfaitement opposées* »<sup>1828</sup>. En premier lieu, la Cour vérifie que l'intervention de l'ordre public international ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux, lorsque l'État partie invoque ce mécanisme pour rejeter une norme étrangère qui serait contraire aux valeurs essentielles du for (A). En second, la Cour peut imposer à l'État partie de faire intervenir l'ordre public international pour s'opposer à la norme étrangère qui serait contraire aux droits fondamentaux (B)<sup>1829</sup>.

#### **A) L'intervention proportionnée de l'ordre public international**

759. **Ordre public et ingérence.** Dans le cadre de la première direction du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, l'intervention de l'ordre public est considérée comme une source de perturbation potentielle dans la protection des droits garantis par la Convention. Sur le fondement de la marge d'appréciation, les États parties sont libres d'invoquer et d'opposer leur ordre public pour en sauvegarder des éléments essentiels<sup>1830</sup>. Un de ces principes essentiels peut être, par exemple, le principe de monogamie, comme l'illustre l'arrêt *Green et Farhat c. Malte*<sup>1831</sup>. Dans cet arrêt, les autorités maltaises s'étaient opposées à

---

<sup>1828</sup> S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, p. 385.

<sup>1829</sup> Ce dualisme quant au contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme a été mis en perspective par S. CORNELOUP (*Cf.* S. CORNELOUP, *préc.*, pp. 381-402), à la lumière des travaux de D. SPIELMANN (*Cf.* D. SPIELMANN, « La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la convention européenne des droits de l'homme. Un essai de synthèse », *RTDH* 2011, pp. 761-786).

<sup>1830</sup> L'un des buts de notre étude est de mettre en perspective cette liberté et ses limitations de plus en plus importantes.

<sup>1831</sup> CEDH, 6 juil. 2010, n° 38797/07, [*Green et Farhat c/ Malte*] : *Rev. crit. DIP* 2011, 665, note L. D'AVOUT.

la reconnaissance d'un mariage célébré en Lybie, car le premier mariage, contracté plus de vingt plus tôt par la requérante à Malte, n'avait pas été dissous selon le droit maltais<sup>1832</sup>. Cette liberté d'invoquer l'exception d'ordre public, fondée elle-même sur le principe de souveraineté, a été largement rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1833</sup>. Cependant, la Cour précise également que « *la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure* »<sup>1834</sup>. Cette précision est importante, car l'absence de limitation quant à l'invocation de l'ordre public porte en elle-même le risque d'empêcher la réalisation des objectifs de la Convention. Ainsi, l'intervention de l'ordre public international, dans le but de protéger les valeurs essentielles du for, peut engendrer une atteinte à un droit fondamental protégé par la Convention. Dans cette hypothèse, l'intervention de l'ordre public international, et le rejet de la norme étrangère qui en est la conséquence provoquent une ingérence à un droit fondamental. Par exemple, dans l'arrêt *Mc Donald c. France*<sup>1835</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *le refus de reconnaissance d'un jugement étranger est susceptible de constituer en soi une ingérence dans le droit à un procès équitable* »<sup>1836</sup>. Comme toute ingérence, cette dernière doit remplir trois conditions : elle doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être « *nécessaire dans une société démocratique* »<sup>1837</sup>. Les deux premières conditions ne posent pas de réelles difficultés, la base légale étant « *facilement vérifiable* »<sup>1838</sup> et le contrôle opéré par la Cour quant au but poursuivi étant relativement

---

<sup>1832</sup> Dans cette affaire, la requérante, de nationalité maltaise avait épousé un de ses compatriotes. Elle s'est ensuite rendue en Libye, État dans lequel elle s'était convertie à l'Islam, ce qui provoqua la nullité de son mariage, en application du droit islamique qui interdit le mariage entre une musulmane et un non-musulman. Par la suite, elle se maria avec un homme en Libye. Vingt plus tard, les époux demandèrent la reconnaissance de ce mariage à Malte, État dans lequel ils désiraient s'installer. Cependant, les autorités maltaises refusèrent cette reconnaissance, car le premier mariage n'avait pas été dissous selon le droit maltais. Ainsi, le mariage contracté en Lybie portait les traits d'un mariage polygamique qui heurtait l'ordre public maltais. Notons qu'il s'agissait plus exactement d'une « *situation de polyandrie* » (Cf. L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 2013, t. 357, p. 395, n° 210). Avant de prononcer l'irrecevabilité de la requête, la juridiction strasbourgeoise a considéré que le refus des autorités nationales constituait bien une ingérence, mais que ces dernières n'avaient pas excédé leur marge d'appréciation en opposant le principe de monogamie, qui faisait de l'ordre public maltais, à la reconnaissance du second mariage.

<sup>1833</sup> Cf. par ex : Les arrêts *Négrépontis* et *Labassee et Mennesson*, comme nous le verrons ultérieurement.

<sup>1834</sup> CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, [Paradiso et Campanelli c/ Italie] : *D.* 2015, 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, obs J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJF* 2015, 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2015, 325, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RJPF* 2015, 16, note I. CORPART ; n° 80.

<sup>1835</sup> CEDH, 29 avr. 2008, n° 18648/04, [Mc Donald c/ France] : *Rev. crit. DIP* 2008, 830, note P. KINSCH ; *JDI* 2009, 193, note F. MARCHADIER.

<sup>1836</sup> S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, p. 394.

<sup>1837</sup> Par ex : CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, [Sunday times c/ Royaume Uni].

<sup>1838</sup> L. HENNEBEL, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'homme » (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 53-61, spé., p. 60.

« faible »<sup>1839</sup>. En effet, « la pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime »<sup>1840</sup>, et il est « très rare »<sup>1841</sup> que la Cour constate l'absence d'un tel but<sup>1842</sup>.

760. **Contrôle de proportionnalité.** La dernière condition, à savoir que l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique », constitue généralement le cœur du litige et c'est à ce stade qu'intervient le contrôle de proportionnalité<sup>1843</sup>. En accord avec la jurisprudence *Handyside*<sup>1844</sup> et *Sunday Times*<sup>1845</sup>, l'ingérence est considérée comme nécessaire dans une société démocratique si elle répond à un « besoin social impérieux » et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi<sup>1846</sup>. À ce titre, la Cour rappelle que l'appréciation de cette nécessité implique de contrôler si les motifs invoqués sont « pertinents et suffisants »<sup>1847</sup>. Dans le cadre de ce contrôle, la Cour vérifie « l'adéquation de l'atteinte » et la « nécessité de la mesure » au regard de l'objectif poursuivi<sup>1848</sup>. Ce n'est que dans un second temps que la Cour contrôle la proportionnalité de la mesure *stricto sensu*<sup>1849</sup>. Le contrôle de la condition de nécessité dans une société démocratique appelle deux remarques particulières. Premièrement, ce contrôle est effectué à la lumière de la marge nationale d'appréciation des États. De manière plus précise, le contrôle de proportionnalité « est [...] un contrôle à géométrie variable, "indexé" <sup>1850</sup> à la marge nationale d'appréciation qui vient en moduler l'ampleur »<sup>1851</sup>. Deuxièmement, l'amplitude de la marge nationale d'appréciation est elle-même indexée selon plusieurs facteurs qui ont été explicités par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1852</sup>. Ces facteurs sont,

<sup>1839</sup> L. HENNEBEL, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 59.

<sup>1840</sup> CEDH, 1 juil. 2014, n° 43835/11, [S.A.S c/ France]: *D.* 2014, 1451; *ibid.*, 1701, chron. C. CHASSANG ; *RTD civ.* 2014, 620, obs. J. HAUSER ; *AJDA* 2014, 1348 ; *ibid.*, 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *ibid.*, 1866, étude P. GERVIER ; §114.

<sup>1841</sup> F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2010, doct. 289, pp. 502-513, spé., p. 510, n° 41.

<sup>1842</sup> *Ibidem*.

<sup>1843</sup> L. HENNEBEL, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 59.

<sup>1844</sup> CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, [*Handyside c/ Royaume-Uni*].

<sup>1845</sup> Arrêt *Sunday times*, *préc.*

<sup>1846</sup> Arrêt *Sunday times*, *préc.*, §62 ; Cf. également arrêt *Paradiso et Campanelli*, *préc.*, §71.

<sup>1847</sup> Arrêt *Sunday times*, *préc.*, §62 ; Cf. également arrêt *Paradiso et Campanelli*, *préc.*, §74.

<sup>1848</sup> F. SUDRE, *préc.*, *JCP G* 2010, doct. 289, p. 511.

<sup>1849</sup> *Ibidem*, p. 512.

<sup>1850</sup> F. SUDRE attribue ce terme à S. VAN DROOGHENBROECK (Cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 137, n° 223).

<sup>1851</sup> F. SUDRE, *préc.*, *JCP G* 2010, doct. 289, p. 510, n° 42.

<sup>1852</sup> S'agissant des facteurs à prendre en compte, S. VAN DROOGHENBROECK distingue les facteurs explicitement reconnus par la Cour et ceux qui seraient « *inavoués ou inavouables* » (Cf. S. VAN

notamment, l'importance du droit garanti, la nature et la gravité de l'ingérence, le but poursuivi par cette dernière et l'existence, ou le défaut, d'un consensus européen « *quant à la question en litige* »<sup>1853</sup>.

761. **Contrôle de proportionnalité stricto sensu.** Si la mesure est considérée comme adéquate et nécessaire, la Cour va se livrer au contrôle de proportionnalité *stricto sensu*<sup>1854</sup>. Ce contrôle consiste à « *mettre en balance les intérêts en présence et à en évaluer le poids respectif* »<sup>1855</sup> *au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaire* »<sup>1856</sup>. Dans le cadre de l'intervention de l'ordre public international, l'opposition des intérêts se focalise entre l'opposition de l'intérêt général et des intérêts individuels, comme l'illustrent tout particulièrement l'arrêt *Négrépontis*<sup>1857</sup> et les arrêts *Labassee et Mennesson*<sup>1858</sup>. Cependant, dès l'origine de la mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité, la jurisprudence de la Cour fait apparaître une certaine gradation des intérêts en présence qui peut être représentée sous la forme de niveaux<sup>1859</sup>. Selon le premier niveau, la Cour confère une « *préférence abstraite* »<sup>1860</sup> *aux droits conventionnels se trouvant opposés à l'intérêt général concurrent* »<sup>1861</sup>. Cette tendance n'est pas démentie au regard de la prépondérance accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence relative à l'article 8<sup>1862</sup>. Selon une jurisprudence constante, la Cour rappelle le « *principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur*

---

DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, p. 398, n° 711 et s).

<sup>1853</sup> Il convient de préciser que S. VAN DROOGHENBROECK dénombre d'autres facteurs : « *le libellé de la clause conventionnelle pertinente* », « *la technicité de la matière* » dans laquelle survient l'ingérence » et la « *situation de crise qui en constitue l'arrière-fond* » (*Ibidem*, p. 403, n° 731).

<sup>1854</sup> F. SUDRE, *préc.*, JCP G 2010, doct. 289, p. 512, n° 49.

<sup>1855</sup> Arrêt *Sunday times, préc.*, §66.

<sup>1856</sup> F. SUDRE, *préc.*, JCP G 2010, doct. 289, p. 512, n° 49.

<sup>1857</sup> Cf. *infra*.

<sup>1858</sup> Cf. *infra*.

<sup>1859</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, p. 170, n° 325.

<sup>1860</sup> S. VAN DROOGHENBROECK attribue cette expression à C.-A. MORAND. Ce dernier a précisé sa pensée en prenant l'exemple de la protection de l'environnement prévue par le droit suisse. Ainsi, l'auteur affirme : « *Une préférence abstraite ne signifie pas une prépondérance absolue d'une valeur sur une autre. Si tel était le cas, on ne serait plus en présence d'un principe mais d'une règle. En droit suisse, la législation marque une préférence abstraite très forte en faveur de la conservation de la forêt* » (C.-A. MORAND, « *Pesée d'intérêts et décisions complexes* », (in) *La pesée globale des intérêts : droits de l'environnement et de l'aménagement du territoire* (Dir. C.-A. MORAND, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 41-86, spé., pp. 69-70).

<sup>1861</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*, p. 170, n° 326.

L'auteur prend pour exemple l'arrêt linguistique belge du 23 juillet 1968 : « [...] *la Convention implique [...] un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* » (CEDH, 23 juil. 1968, n° 1474/62, *préc.*)

<sup>1862</sup> Cette question fera l'objet de développements ultérieurs Cf. *infra*.

*de celui-ci doit primer* »<sup>1863</sup>. La combinaison de l'exception d'ordre public avec le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour européenne des droits de l'homme révèle que la protection de l'intérêt général n'est qu'un élément parmi d'autres dans la mise en balance. La défense d'un principe d'ordre public est donc difficile car « *malgré la profondeur des valeurs qu'il traduit, il peut ne pas peser suffisamment lourd dans la balance, compte tenu des poids placés dans l'autre plateau, pour que l'atteinte [...] soit jugée proportionnée au but légitime recherché* »<sup>1864</sup>.

## B) L'intervention « *requis* » de l'ordre public international

762. *Solution de l'arrêt Drozd et Janousek*. Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international par la Cour européenne des droits de l'homme a été marqué par un changement fondamental de perspective. La portée de ce contrôle est étroitement liée à la question de l'effet extraterritorial de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt *Drozd et Janousek*<sup>1865</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il n'incombait pas à la France de rechercher, si la procédure qui déboucha sur une condamnation prononcée par une juridiction andorrane remplissait les conditions de l'article 6 de la convention<sup>1866</sup>. L'État d'Andorre était alors un État tiers à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1867</sup>.

<sup>1863</sup> Arrêt *Paradiso et Campanelli, préc.*, §75. Ce point était déjà exprimé dans les arrêts *Wagner, Labassée* et *Mennesson* qui seront abordés en détail ultérieurement.

<sup>1864</sup> H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », *op. cit.*, pp. 647-677, spé, p. 674.

<sup>1865</sup> CEDH, 26 juin 1992, n° 12747/87, [*Drozd et Janousek c/ France et Espagne*] : *RUDH* 1993, 6, obs. F. SUDRE ; *AJDA* 1993, 105, chron. J.-F. FLAUSS ; *RTDH* 1994, 87, note G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS. Dans cette affaire célèbre, un citoyen espagnol et un ressortissant tchèque ont été condamnés à une peine de quatorze ans d'emprisonnement pour vol à main armée commis dans la capitale de la Principauté d'Andorre. La condamnation a été prononcée par le *Tribunal des Corts*, une juridiction andorrane composée de magistrats français et espagnols. Cependant, les magistrats ne siègent pas en qualité de magistrats français ou espagnols et les jugements prononcés échappent au contrôle des juridictions françaises et espagnoles. Les requérants se plaignaient de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant le *Tribunal des Corts* et considéraient la France et l'Espagne comme responsables, sur le plan international, du comportement des autorités andorranes. Les juges de Strasbourg ont accueilli les exceptions d'incompétence *ratione loci* et *ratione personae* à l'unanimité. Il convient de noter que le droit andorran a connu une évolution importante. La Constitution du 14 mars 1993 contient un chapitre consacré aux « droits fondamentaux de la personne et des libertés publiques » (Chapitre III) qui n'est pas sans rappeler la Convention européenne des droits de l'homme. (Cf. O. LACAMP-LEPLAË, « La sauvegarde des droits fondamentaux en Andorre », *RID comp.*, 2001, pp. 483-493 ; Cf. également concernant la Constitution d'Andorre : O. GASSIOT, « Une révolution juridique dans les vallées d'Andorre : la Constitution du 14 mars 1993 » (in) *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit* (Dir. M. HÉCQUARD-THÉRON, J. KRYNEN), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, t. 2, 2005, pp. 685-704).

<sup>1866</sup> « *La Convention n'obligeant pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux États ou territoires tiers, il n'incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l'article 6 (art. 6)* » (Arrêt *Drozd et Janousek, préc.*, §110).

<sup>1867</sup> Notons également que la Principauté d'Andorre a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme le 22 janvier 1996.



Cependant, en se fondant sur la jurisprudence *Soering*<sup>1868</sup> la Cour précisa que les « États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant »<sup>1869</sup>. Bien que l'expression de « déni de justice flagrant » n'ait pas été définie par la Cour, elle correspond à la notion de procédure « manifestement contraire aux dispositions de l'article 6 ou aux principes qui y sont consacrés »<sup>1870</sup>. Peut donc être considérée comme un « déni de justice flagrant » la situation dans laquelle un particulier n'a pas pu bénéficier de l'assistance d'un avocat, d'une audience publique, de la notification du jugement ou d'un tribunal impartial<sup>1871</sup>.

763. **Solution de l'arrêt *Pellegrini***. La Cour européenne des droits de l'homme modifia profondément cette solution dans la décision *Pellegrini*<sup>1872</sup> qui a été évoquée précédemment<sup>1873</sup>. Dans cette affaire, la Cour a reproché aux juridictions italiennes d'avoir accordé l'*exequatur* à un arrêt rendu par le tribunal de la Rote romaine<sup>1874</sup>, sans avoir vérifié que la requérante avait bénéficié d'un procès équitable devant ce tribunal<sup>1875</sup>. Par cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme fait peser sur l'État requis l'obligation de contrôler que la juridiction d'origine a respecté les exigences posées par l'article 6-1 de la Convention, quand bien même il s'agirait d'une juridiction d'un État tiers. La jurisprudence *Pellegrini* rompt radicalement avec la solution retenue dans l'affaire *Drozd et Janousek*<sup>1876</sup> et conduit à une « extension considérable de l'extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>1877</sup>. Le point le plus débattu était de savoir si le contrôle qui devait être effectué par le juge de l'État requis concernait également les jugements rendus par les États tiers<sup>1878</sup>. En effectuant une

<sup>1868</sup> CEDH, 7 juil. 1989, n° 14038/88, [*Soering c/ Royaume-Uni*] : *RTDH* 1990, 5, note W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *JCP* 1990, I, 3452, H. LABAYLE ; *JDI* 1990, 734, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.

<sup>1869</sup> Arrêt *Drozd et Janousek*, préc., §110.

<sup>1870</sup> CEDH, 1 mars 2006, n° 56581/00, [*Sejdovic c/ Italie*], §84.

<sup>1871</sup> F. MARCHADIER, *Évolutions de l'exception d'ordre public sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA, Université de Limoges, 2000, p. 88, cité par J.-P. MARGUÉNAUD, « Procédure canonique d'annulation du mariage. Convention européenne des droits de l'homme et *exequatur* », *RTD civ.* 2001, pp. 986-988, spé., p. 987).

<sup>1872</sup> Arrêt *Pellegrini*, préc.

<sup>1873</sup> Cf. *supra*.

<sup>1874</sup> Il s'agit en réalité d'une juridiction ecclésiastique supérieure, et non l'une des « juridictions du Vatican » comme il est indiqué dans l'arrêt *Pellegrini* (Cf. P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318, pp. 306-307, n° 242).

<sup>1875</sup> Arrêt *Pellegrini*, préc., §47.

<sup>1876</sup> Arrêt *Drozd et Janousek*, préc.

<sup>1877</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, préc., *RTD civ.* 2001, p. 987.

<sup>1878</sup> Sur cette question: Cf. P. KINSCH, « The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments. A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions (in) *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh* (Ed. T. EINHORN and K. SIEHR), T.M.C Asser Press, 2004, pp. 197-228, spé., p. 228 ; D. SPIELMANN, préc., *RTDH* 2011, p. 767 ; L. SINOPOLI, « Droit au procès équitable et *exequatur* : Strasbourg sonne les cloches à

interprétation *a contrario*<sup>1879</sup>, il serait possible de conclure que la Cour a voulu écarter le contrôle pour les jugements rendus par les juridictions des États parties<sup>1880</sup>. Ainsi, un tel contrôle serait inutile étant donné que les juridictions des États parties respectent déjà les exigences de la Convention<sup>1881</sup>. Cependant, comme l'ont souligné certains auteurs, cette interprétation nous apparaît comme « douteuse »<sup>1882</sup> pour au moins deux raisons. Premièrement, elle pourrait entraîner un traitement différencié entre les États parties selon leur appartenance, ou non, à l'Union européenne<sup>1883</sup>, et, deuxièmement, elle conduit « à présumer de manière irréfragable »<sup>1884</sup> que les États contractants assurent le respect de l'article 6 de la Convention, ce qui est loin d'être le cas<sup>1885</sup>.

764. **Intensité du contrôle de l'ordre public international.** Si la jurisprudence *Drozdz et Janousek*<sup>1886</sup> permettait à un État contractant d'accorder l'*exequatur* à une décision rendue par un État tiers qui violerait la Convention<sup>1887</sup>, la jurisprudence *Pellegrini*<sup>1888</sup> rend ce même État contractant coupable de violation de la Convention s'il accordait l'*exequatur* à cette

---

Rome », *Gaz. Pal.* 2002, 4, doct. pp. 1157-1166, spéc., p. 1161 et s. ; du même auteur, « Le procès équitable en droit international privé français et "européen" (in) *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs* (Dir. H. RUIZ FABRI), Société de législation comparée, 2003, pp. 159-183, spéc., p. 175 et s. ; G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI* 2001, pp. 423-457, spéc., p. 455 ; J.-F. FLAUSS, « L'*exequatur* des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avr. 2002, pp. 11-21, spéc., p. 18 et s. ; du même auteur : « L'*exequatur* des jugements étrangers à l'épreuve des exigences du procès équitable », *AJDA* 2001, pp. 1062-1064, spéc., p. 1063 ; J.-P. COSTA, « Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2002, pp. 470-476, spéc., p. 474 ; S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, pp. 381-402, spéc., p. 389 ; M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, pp. 257-258 ; L.-L. CHRISTIANS, *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 106-124, spéc., p. 119 ; C. FOCARELLI, « *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini* », *Rivista di diritto internazionale*, 2001, vol. 84, n° 4, pp. 955-977, spéc., p. 960 et s.

<sup>1879</sup> Sur cette interprétation : L. SINOPOLI, *préc.*, *Gaz. Pal.* 2002, 4, doct., p. 1162, n° 17.

<sup>1880</sup> Dans ce sens : Cf. J.-F. FLAUSS, *préc.*, *AJDA* 2001, p. 1063 ; P. KINSCH, "The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments. A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions", *op. cit.*, p. 228 ; L. SINOPOLI, *préc.*, *Gaz. Pal.* 2002, 4, doct., p. 1162 ; du même auteur, « Le procès équitable en droit international privé français et "européen" » *op. cit.*, pp. 175-176 ; *contra* : S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, p. 389 ; J.-P. COSTA, *préc.*, *RTDH* 2002, p. 474 et s. ; C. FOCARELLI, *préc.*, *Rivista di diritto internazionale*, 2001, vol. 84, n° 4, p. 961, n. b. p. n° 13 ; M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 258, n° 306-2.

<sup>1881</sup> S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, p. 389.

<sup>1882</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 258, n° 306-2.

<sup>1883</sup> L'auteur exprime son argument en ces termes : « *poussée jusqu'au bout* [cette interprétation] [...] *devrait conduire à supprimer le contrôle dans tous les États parties au Conseil de l'Europe et non pas dans les seuls États membres de l'Union européenne. Toute autre solution pourrait d'ailleurs être qualifiée de discriminatoire* » (*Ibidem*).

<sup>1884</sup> *Ibid.*

<sup>1885</sup> L'auteur appuie son argumentation sur le grand nombre de condamnations prononcées à l'encontre des États membres pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Ibid.*).

<sup>1886</sup> Arrêt *Drozdz et Janousek*, *préc.*

<sup>1887</sup> En l'absence de « *déni de justice flagrant* » (Sur ce point, Cf. *supra*).

<sup>1888</sup> Arrêt *Pellegrini*, *préc.*

décision<sup>1889</sup>. Il convient de souligner que la solution posée dans l'arrêt *Pellegrini*<sup>1890</sup> est également transposable à l'hypothèse du conflit de lois<sup>1891</sup>. Par incorporation des droits prévus par la Convention dans l'ordre public international de l'État contractant<sup>1892</sup>, l'intervention de l'ordre public international est donc requise. L'expression d'intervention « *requise* » de l'ordre public international ne présuppose pas la contrariété de la norme étrangère aux valeurs essentielles du for, elle implique seulement que l'État contractant devra mettre en œuvre l'ordre public international s'il constate que la norme étrangère peut aboutir à une violation de la Convention. L'intensité du contrôle de l'ordre public international en est donc modifiée. En effet, l'arrêt *Drozd et Janousek*<sup>1893</sup> posait une distinction entre « *État contractant* » et « *État tiers* » qui avait une influence les effets de « *l'ordre public européen* »<sup>1894</sup>. Tandis que l'ordre public européen pouvait s'opposer aux situations créées dans un État partie, il ne pouvait avoir qu'un effet atténué à l'encontre des situations créées dans un État tiers<sup>1895</sup>. L'État partie pouvait donc laisser « *produire sur son territoire les effets d'un acte étranger contraire aux droits fondamentaux, à moins que ses effets portent une trace trop visible de contrariété aux valeurs de l'ordre public européen* »<sup>1896</sup>. La solution donnée dans l'arrêt *Pellegrini*<sup>1897</sup> est la bienvenue, car elle « *abandonne l'idée de gradation de l'ordre public* »<sup>1898</sup> et écarte les raisonnements de l'ordre public de proximité<sup>1899</sup> ou de l'ordre public atténué<sup>1900</sup>. Ainsi, « *il n'existe pas aujourd'hui dans la jurisprudence de la cour des éléments imposants une modulation du jeu de l'ordre public lorsqu'il s'agit de garantir le respect de la Convention européenne des droits de l'homme dans les relations avec les États tiers* »<sup>1901</sup>.

<sup>1889</sup> JCl. Civil Code, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], § 86.

<sup>1890</sup> Arrêt *Pellegrini*, préc.

<sup>1891</sup> Comme le souligne S. CORNELOUP, la solution donnée dans l'arrêt *Pellegrini* peut être généralisée au-delà de l'hypothèse de la reconnaissance d'un jugement étranger. Ainsi : « *la solution vaut donc également lorsque le juge d'un État contractant est amené, par sa règle de conflit de lois, à trancher un litige par application de la loi d'un État tiers à la CEDH* » (S. CORNELOUP, préc., JEDH 2013/3, p. 390).

<sup>1892</sup> Cf. supra : Élaboration « *contraignante* » de l'ordre public international.

<sup>1893</sup> Arrêt *Drozd et Janousek*, préc.

<sup>1894</sup> Sur la question de l'ordre public européen : Cf. supra.

<sup>1895</sup> Sur cette question : Cf. F. SUDRE, « *Existe-t-il un ordre public européen ?* », *op. cit.*, p. 77 et s. ; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 195, n° 414. Nous pouvons citer également l'opinion concordante du juge Matscher dans l'affaire *Drozd et Janousek* selon laquelle l'article 6 de la Convention ne déploie qu'un « *effet atténué, moindre que celui qu'il déploierait s'il était directement applicable* » (F. MATSCHER, « *Opinion concordante* », Arrêt *Drozd et Janousek*, préc.).

<sup>1896</sup> F. SUDRE, « *Existe-t-il un ordre public européen ?* », *op. cit.*, pp. 77-78.

<sup>1897</sup> Arrêt *Pellegrini*, préc.

<sup>1898</sup> J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 195, n° 414.

<sup>1899</sup> Selon J.-F. FLAUSS : « *la position de la Cour européenne va certainement à contre-courant de la distinction entre un ordre public international de "proximité" et un ordre public "d'éloignement"* » (J.-F. FLAUSS, préc., LPA 18 avr. 2002, p. 20).

<sup>1900</sup> S. CORNELOUP, préc., JEDH 2013/3, p. 390 ; dans le même sens : H. FULCHIRON, « *La reconnaissance, jusqu'où ?* », *op. cit.*, p. 674.

<sup>1901</sup> S. CORNELOUP, préc., JEDH 2013/3, p. 390.

765. L'intervention de l'ordre public international de l'État partie est donc strictement encadrée par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, la jurisprudence actuelle de la Cour révèle une limitation grandissante de l'intervention de l'ordre public international lorsque l'État partie se retrouve confronté à des situations familiales constituées à l'étranger.

## **§2. Les limites de l'intervention de l'ordre public international dans le système de la CEDH**

766. Les limites de l'intervention de l'ordre public international ont été renouvelées, notamment par l'obligation de reconnaissance des liens familiaux constitués à l'étranger (A) ce qui conduit à prendre en compte la rationalité du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

### **A) L'obligation de reconnaissance des liens familiaux en contradiction avec l'ordre public international de l'État requis**

767. *Faits de l'affaire Wagner*. L'obligation de reconnaissance des liens familiaux valablement créés à l'étranger, en contradiction avec l'ordre public international de l'État requis s'est construite autour de l'application de l'article 8 de la Convention et a pour origine les arrêts *Wagner*<sup>1902</sup> et *Négrépontis*<sup>1903</sup>. Dans cette première décision, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le Luxembourg pour avoir refusé de reconnaître l'adoption d'une enfant péruvienne, prononcée par un tribunal péruvien, au bénéfice d'une femme célibataire luxembourgeoise, cette adoption étant impossible en application des règles de conflit de lois luxembourgeoises<sup>1904</sup>. Les faits d'espèce révèlent une particularité quant à la pratique des

---

<sup>1902</sup> CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, [Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg] : *D.* 2007, 2700, note F. MARCHADIER ; *AJDA* 2007, 1918, obs. J.-F. FLAUSS ; *JCP G* 2007, I, 182, chron. F. SUDRE ; *RTD civ* 2007, 738, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2007, 807, note P. KINSCH ; *JDI* 2008, 183, note L. D'AVOUT.

<sup>1903</sup> CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, [Négrépontis-Giannisis c/ Grèce] : *Rev. crit. DIP* 2011, 817, note P. KINSCH ; *JDI* 2012, 213, A. DIONISI-PEYRUSSE.

<sup>1904</sup> Dans cette affaire, une célibataire luxembourgeoise (Mme WAGNER) sollicite au Pérou l'adoption plénière d'une enfant de 3 ans placée dans un orphelinat. Un tribunal péruvien prononça cette adoption en application de la loi péruvienne et l'adoptante emmena l'enfant au Luxembourg. Cependant, la demande d'*exequatur* du jugement péruvien fut rejetée, l'adoption ayant été prononcée en violation de la loi désignée par la règle de conflit de lois luxembourgeoise. En effet, le droit luxembourgeois prévoit que « *les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des adoptants* » (Art. 370 al. 2 du C. civ) et que l'adoption plénière est réservée aux couples mariés (Art. 367 C. civ). Ainsi, en application de la loi désignée par la règle de conflit luxembourgeoise, à savoir la loi nationale de l'adoptante, l'adoption plénière par une personne célibataire ne pouvait être prononcée.

officiers d'état civil luxembourgeois<sup>1905</sup>. En effet, ces derniers ont accepté pendant plusieurs années la transcription des jugements d'adoption étrangers sans exiger l'*exequatur* et sans procéder à un contrôle d'efficacité en application du droit international luxembourgeois<sup>1906</sup>. Les requérantes n'ont pas pu bénéficier de cette pratique, car elle fût abrogée en 1994, et leur dossier fut le premier à subir le contrôle des autorités judiciaires luxembourgeoises<sup>1907</sup>.

768. **Existence d'une ingérence.** S'agissant tout particulièrement de l'article 8 de la Convention, les requérantes reprochaient aux autorités luxembourgeoises de ne pas avoir reconnu le lien familial valablement créé par le jugement d'adoption. La Cour constate de manière succincte l'applicabilité de l'article 8, au regard des liens familiaux existant « *de facto* »<sup>1908</sup> entre la requérante et l'enfant<sup>1909</sup>. Si cette première constatation ne posait pas de difficulté, il en est tout autrement de la question de savoir si le refus d'accorder l'*exequatur* au jugement étranger constituait une « *ingérence* » dans le droit au respect de la vie familiale. L'argument présenté par l'État défendeur ne manquait pas de pertinence, car il se focalisait sur l'inaction des autorités publiques<sup>1910</sup>. En effet, si les autorités luxembourgeoises n'ont rien fait pour empêcher les requérantes de vivre ensemble au Luxembourg, alors il ne peut y avoir d'ingérence dans l'exercice effectif de leur droit à une vie familiale<sup>1911</sup>. Pour rejeter cet argument, la Cour se fonde sur la théorie des obligations positives, reprochant alors à l'État défendeur son inaction, pour ne pas avoir permis le développement du lien familial et de ne pas avoir accordé une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille<sup>1912</sup>. Dès lors, l'État luxembourgeois « *aurait dû faire plus que laisser vivre ensemble et*

---

<sup>1905</sup> Concernant cette particularité administrative et les faits particuliers de l'affaire *Wagner* : Cf. P. KINSCH, *Rev. crit. DIP* 2007, pp. 807-822, spé., pp. 808-809.

<sup>1906</sup> La Cour fait état de la facilité avec laquelle des femmes célibataires ont pu, pendant plusieurs années, adopter des enfants au Pérou : « *En effet, pendant les années 1970 et jusqu'au début des années 1990, il était possible de se rendre avec une traduction du jugement péruvien d'adoption plénière auprès de l'officier de l'état civil et de faire transcrire le jugement sans en demander l'exequatur* ». Par conséquent, les décisions prononçant une adoption plénière « *faisaient l'objet d'une reconnaissance de plein droit par les officiers de l'état civil luxembourgeois* » (Arrêt *Wagner*, préc., §102).

<sup>1907</sup> Comme le révèle la Cour : « *En 1994, la pratique de la transcription des jugements péruviens d'adoptions plénières sur les registres de l'état civil luxembourgeois avait été subitement abrogée. Les requérantes n'avaient ainsi, hélas, plus été en mesure de bénéficier de ladite pratique ; leur dossier avait été le premier à être soumis au contrôle des autorités judiciaires luxembourgeoises* » (Arrêt *Wagner*, préc., §106).

<sup>1908</sup> Arrêt *Wagner*, préc., §116.

<sup>1909</sup> Sur ce point : Cf. F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D.* 2007, pp. 2700-2703, spé., pp. 2701-2702.

<sup>1910</sup> L. D'AVOUT, *JDI* 2008, comm. 5, pp. 183-198, spé., p. 191.

<sup>1911</sup> Arrêt *Wagner*, préc., §114. Comme l'a justement remarqué un auteur, l'argument de l'État défendeur se fonde sur une sorte de « *parallélisme des qualifications* » qui pourrait se synthétiser de la façon suivante : « *si la vie de famille est de fait, l'ingérence doit s'apprécier, elle aussi, en fait et en fait seulement* » (L. D'AVOUT, *JDI* 2008, comm. 5, p. 191).

<sup>1912</sup> Arrêt *Wagner*, préc., §119.

sur son sol les deux individus ; il aurait dû transformer la famille de fait en une famille de droit, et ce contrairement aux prescriptions de son ordre juridique »<sup>1913</sup> ce qui n'est pas sans « heurter l'entendement juridique »<sup>1914</sup>.

769. **Justification de l'ingérence.** La Cour conclut à l'existence d'une ingérence<sup>1915</sup> avant d'en apprécier la justification conformément à sa jurisprudence habituelle. Cette ingérence doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique<sup>1916</sup>. Si les deux premières conditions ne posaient pas de difficulté, la Cour devait encore apprécier la nécessité des mesures en examinant la pertinence et la suffisance des motifs invoqués. La Cour souligne la large marge d'appréciation de l'État défendeur, mais observe également un « stade avancé d'harmonisation en Europe »<sup>1917</sup> s'agissant de l'adoption par les personnes célibataires. Ensuite, la Cour « estime que la décision de refus d'exequatur omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation »<sup>1918</sup>. Ce concept « inédit »<sup>1919</sup>, de « réalité sociale » se fonde sur le comportement de la mère envers l'enfant, le jugement péruvien d'adoption créant le statut juridique, et la croyance légitime des requérantes dans la transcription du jugement d'adoption<sup>1920</sup>. L'intégration du « statut juridique crée valablement à l'étranger » dans la notion de « réalité sociale » implique, qu'au nom de l'intérêt supérieur

<sup>1913</sup> L. D'AVOUT, *JDI* 2008, comm. 5, p. 191.

<sup>1914</sup> *Ibidem*.

<sup>1915</sup> Comme l'a souligné F. SUDRE, l'explication donnée par la Cour ne convainc pas réellement ne serait-ce que par son laconisme. En effet, la Cour n'explique pas pourquoi elle a décidé d'analyser le refus des juridictions luxembourgeoises en une « ingérence » dans le droit au respect de la vie familiale des requérantes plutôt que de se placer définitivement sur le terrain des obligations positives (F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2007, I, 182, pp. 27-32, spé., p. 30-31).

<sup>1916</sup> Sur ce point, *Cf. supra*.

<sup>1917</sup> Arrêt *Wagner*, *préc.*, §129.

<sup>1918</sup> Arrêt *Wagner*, *préc.*, §132.

<sup>1919</sup> F. MARCHADIER, *préc.*, *D.* 2007, p. 2701.

<sup>1920</sup> La solution rendue par la Cour appelle plusieurs remarques au regard de l'importance des critiques qui ont été émises par la doctrine spécialisée. En effet, la prise en compte de la croyance légitime des requérantes dans la transcription sans *exequatur* du jugement péruvien est profondément contestable. Premièrement, cette exigence de contrôle de la croyance des individus est « quasi-irréalisable et souvent irréaliste » pour au moins deux raisons : « D'une part, elle suppose que l'individu connaisse non seulement les conditions de régularité internationale des décisions, mais également les règles de conflit de lois lorsque la situation est née sans l'intervention d'une autorité dotée d'un pouvoir décisionnel [...]. D'autre part, les individus ignoreront souvent que la situation constituée dans un État donné connaîtra des développements internationaux » (F. MARCHADIER, *préc.*, *D.* 2007, p. 2702). Deuxièmement, l'argument tiré de la croyance légitime des requérantes dans la transcription du jugement sans *exequatur* est « particulièrement fallacieux, puisqu'il confond les questions procédurales et substantielles propres à la reconnaissance des jugements étrangers » (L. D'AVOUT, *JDI* 2008, comm. 5, p. 192). En effet, « ce n'est pas parce qu'un jugement d'état et de capacité produit ses effets de plein droit, sans procédure, qu'il est pour autant reconnu de manière inconditionnelle et automatique et qu'il est insusceptible de tout contrôle ultérieur, à titre principal ou incident » (L. D'AVOUT, *JDI* 2008, comm. 5, p. 192).

de l’enfant, la situation juridique découlant du jugement péruvien doit être reconnue par l’État luxembourgeois<sup>1921</sup>.

770. **Obligation de reconnaissance.** La Cour européenne des droits de l’homme oblige l’État requis à reconnaître les effets d’un jugement prononcé à l’étranger en contradiction avec la solution donnée par ses règles de conflit de lois. Cette solution sera étendue au mécanisme de l’ordre public international, dans le célèbre arrêt *Négrépontis*<sup>1922</sup>, qui portait sur l’adoption prononcée aux États-Unis au bénéfice d’un évêque grec et de son neveu, également de nationalité grecque<sup>1923</sup>. Par cette décision, la Cour européenne des droits de l’homme a considéré que les motifs avancés par la Cour de cassation grecque pour refuser de reconnaître l’adoption du requérant ne répondaient pas à un besoin social impérieux et qu’ils n’étaient donc pas proportionnés au but légitime poursuivi<sup>1924</sup>. Il apparait que cet arrêt<sup>1925</sup> a eu des conséquences importantes sur la limitation de l’intervention de l’ordre public international de l’État requis.

771. Il est donc nécessaire de prendre en compte la rationalité du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l’homme quant à l’intervention de l’ordre public international.

---

<sup>1921</sup> Comme le précise L. D’AVOUT : « *Au nom des intérêts supérieurs de l’enfant, le droit subjectif qui lui est favorable est réputé internationalement acquis à l’étranger, si bien que la situation juridique qui en résulte devrait être unilatéralement reconnue en tant que telle par chaque État tiers* » (L. D’AVOUT, *JDI* 2008, comm. 5, p. 192).

<sup>1922</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc.

<sup>1923</sup> En l’espèce, le requérant (N. NÉGRÉPONTIS-GIANNISIS) de nationalité grecque entretenait depuis son enfance des rapports très étroits avec son oncle, également de nationalité grecque, qui était membre du clergé. Le requérant alla faire des études aux États-Unis pendant plusieurs années et résida au domicile de son oncle à Détroit, dans le Michigan, où ce dernier avait été nommé évêque. Le 28 juin 1984, un juge de l’État du Michigan prononça l’adoption entre l’oncle et son neveu. Le même jour, le service de santé publique du Michigan établit un acte de naissance ajoutant au nom de famille du requérant le nom de son père adoptif. Le requérant retourna définitivement en Grèce en 1985, suivit dix ans plus tard par son père adoptif. Le père adoptif décéda à Athènes en 1998. Un litige concernant la succession opposa le requérant et les frères et sœurs du défunt. Le tribunal de grande instance de Syros reconnut que les héritiers du défunt étaient ses trois frères et sœurs et établit un certificat d’héritier en leur faveur. Cependant, à la demande du requérant, le Tribunal de grande instance d’Athènes rendit un jugement reconnaissant que la décision américaine d’adoption avait force de chose jugée en Grèce et qu’elle pouvait produire ses effets sur le territoire grec. Le tribunal précisa que la décision américaine n’était pas contraire à l’ordre public grec ni aux bonnes mœurs. Les frères et sœurs du défunt formèrent une tierce opposition contre ce jugement, qui fut partiellement accueilli par le Tribunal de grande instance d’Athènes. Ils introduisirent également une action en justice auprès de ce même tribunal tendant à reconnaître que la décision américaine d’adoption n’avait pas autorité de la chose jugée en Grèce. Le Tribunal considéra que l’adoption d’un moine n’était pas interdite par le droit grec et qu’elle n’était pas contraire aux principes et règles d’ordre public en vigueur en Grèce. Cependant, à la suite d’un recours contre cette décision, la Cour d’appel d’Athènes jugea « *qu’il était interdit à un moine d’effectuer des actes juridiques ayant un rapport avec des activités séculières, tels que l’adoption, car celle-ci était incompatible avec la vie monacale et contraire aux principes d’ordre public grec* ».

<sup>1924</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §76.

<sup>1925</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc.

## B) La rationalité du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l’homme

772. **Contrôle de l’ingérence.** Dans l’arrêt *Négrépontis*<sup>1926</sup>, la Cour européenne des droits de l’homme considère que le refus des juridictions grecques d’accorder l’*exequatur* au jugement américain d’adoption était une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour admet sans difficulté que cette ingérence est prévue par la loi et poursuit un but légitime, à savoir la protection de l’ordre public et des bonnes mœurs<sup>1927</sup>. La Cour va ensuite apprécier la nécessité de la mesure dans une société démocratique en vérifiant la pertinence et la suffisance des motifs invoqués. L’attention se prête spécifiquement sur trois éléments : la qualité des règles sur lesquelles se fonde l’ingérence, l’opinion des juges dissidents et la durée de l’adoption.

773. **Singularité du contenu de l’ordre public international.** À ce titre, il est nécessaire de rappeler la décision rendue par la Haute juridiction grecque. La Cour de cassation grecque, en formation plénière et par seize voix contre huit, considéra que « *l’adoption réalisée par un moine ou un évêque, issu de l’ordre monacal, se heurte à l’ordre public international* »<sup>1928</sup>. Cette décision, fondée sur canons apostoliques, datant du VII<sup>e</sup> et du IX<sup>e</sup> siècle avait suscité un vaste débat au sein de la Cour de cassation<sup>1929</sup>. Les juges dissidents considéraient qu’« *il n’existait aucune disposition de loi nationale interdisant à un moine ou à un membre du clergé, tous degrés confondus, et par conséquent, à un évêque, de procéder à une adoption* »<sup>1930</sup>. Par

---

<sup>1926</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc.

<sup>1927</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §67.

<sup>1928</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §28.

<sup>1929</sup> Il est utile de reproduire l’intégralité de la décision de la Cour de cassation grecque afin de comprendre le raisonnement qui a été adopté : « [...] conformément au 6<sup>ème</sup> canon apostolique, au 3<sup>ème</sup> canon du Septième concile œcuménique et au 11<sup>ème</sup> canon du concile prime-second ainsi qu’aux traditions sacrées, les moines ne peuvent adopter d’enfant, car l’adoption entraîne la prise en charge de tâches temporelles, expressément interdites par le 3<sup>ème</sup> canon fondamental du 4<sup>ème</sup> concile œcuménique de Chalcidone, les canons apostoliques 6, 81 et 83 et le 45<sup>ème</sup> canon du concile quinisexte. Selon ces canons, ceux qui ont acquis l’état de moine, ainsi que ceux d’entre eux qui appartiennent à un quelconque degré de l’ordre cléricale, sont totalement écartés de toute tâche temporelle, puisque les « moines n’ont pas de lien sur la terre, aspirant à la vie des cieux », ayant abandonné « le monde et ses biens ». [...] Il résulte de ce qui précède que l’interdiction d’adoption pour un moine, fondée sur les canons apostoliques et les traditions sacrées, concerne également le moine ordonné clerc et consacré évêque. Eu égard au contenu des vœux monastiques, les canons apostoliques et synodaux ainsi que les traditions, qui interdisent aux moines et aux moines ordonnés clercs d’assumer des tâches temporelles, constituent, d’après les conceptions religieuses et morales de la religion de l’Église Orthodoxe Orientale du Christ, des règles d’ordre public. La reconnaissance donc de la force de chose jugée ou de l’autorité d’un jugement étranger en Grèce, qui admet l’adoption réalisée par un moine ou un évêque, issu de l’ordre monacal, se heurte à l’ordre public international de l’article 33 du code civil et n’est pas autorisée » (Arrêt *Négrépontis*, préc., §28).

<sup>1930</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §29.



conséquent, selon ces derniers, en l’absence de disposition de loi explicite, l’adoption ne pouvait être contraire à l’ordre public grec<sup>1931</sup>.

774. **Contenu incertain de l’ordre public international.** Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l’homme souligne qu’elle « *attache beaucoup d’importance à la nature des règles sur lesquelles s’est fondée la formation plénière de la Cour de cassation pour déclarer que l’adoption par un moine s’opposait à l’ordre public* »<sup>1932</sup>. Elle constate que ces règles de nature ecclésiastique datent des VII<sup>e</sup> et IX<sup>e</sup> siècles, et qu’elles ont été appliquées alors que le droit civil grec autorise aux moines de se marier depuis 1982<sup>1933</sup>. La Cour prend également en compte l’opinion des juges dissidents de la Cour de cassation grecque, selon laquelle, il n’existe aucune disposition de la loi nationale qui interdit à un membre du clergé d’adopter<sup>1934</sup>. Ces mêmes juges considèrent également que l’adoption par un évêque ne peut pas être considérée comme étant contraire à l’ordre public grec, car l’impossibilité d’une telle adoption ne se fonde pas sur une « *disposition de loi explicite* »<sup>1935</sup>. Par conséquent, comme le souligne un auteur, « *ces éléments tendent à montrer que l’interdiction de l’adoption par un moine ne reflète pas avec certitude la volonté du législateur contemporain* »<sup>1936</sup>.

775. **Contrôle de la « qualité » de la norme.** Au travers de ce raisonnement, la Cour va procéder à un contrôle de la « *qualité* » des normes sur lesquelles se sont fondés les juges grecs pour juger contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs l’adoption par un évêque [...] ou un moine »<sup>1937</sup>. Certains auteurs se sont interrogés, à juste titre, sur la légitimité de ce contrôle, soulignant qu’elle était particulièrement « *discutable* »<sup>1938</sup>. La solution retenue par la Cour européenne des droits de l’homme aurait pu se limiter à un contrôle de la « *qualité* » de la norme, bien qu’il soit particulièrement contestable. Force est de constater qu’il n’en est rien. Lorsque la Cour apprécie la violation de l’article 6§1 de la Convention, la formulation de la décision révèle que les juges strasbourgeois ont même opéré un contrôle de l’interprétation

---

<sup>1931</sup> Arrêt *Négrépontis, préc.*, §29.

<sup>1932</sup> Arrêt *Négrépontis, préc.*, §71.

<sup>1933</sup> En effet, la loi 1250/1982 avait abrogé l’article 1364 de l’ancien Code civil grec qui interdisait aux moines de se marier. L’ancien article 1364 était rédigé ainsi : « *Est prohibé le mariage des membres du clergé de tout rang et des moines de l’Église orthodoxe Orientale* » (Arrêt *Négrépontis, préc.*, §33).

<sup>1934</sup> Arrêt *Négrépontis, préc.*, §73.

<sup>1935</sup> Arrêt *Négrépontis, préc.*, §73.

<sup>1936</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, *JDI* 2012, comm. 7, pp. 213-228, spé., p. 222.

<sup>1937</sup> *Ibidem.*

<sup>1938</sup> *Ibid.*

donnée par la Cour de cassation grecque<sup>1939</sup>. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré « *que les textes sur lesquels la Cour de cassation s'était fondée [...] étaient interprétés [...] d'une manière qui ne correspondait pas au droit positif existant au moment des faits*<sup>1940</sup> [...] »<sup>1941</sup>. On ne peut qu'être surpris par cette appréciation qui est assurément « *excessive* »<sup>1942</sup>. Comme le souligne avec justesse P. KINSCH, : « *on peut raisonnablement estimer que la formation plénière de la Cour de cassation grecque sait, (encore) mieux que la Cour européenne des droits de l'homme quel est le contenu du droit civil grec* »<sup>1943</sup>. La formulation choisie par la Cour semble trahir l'opinion réelle des juges strasbourgeois quant à l'ordre public international grec. Cette formulation peut laisser penser que la Cour a voulu rectifier l'interprétation donnée par la Cour de cassation grecque quant à la teneur de son droit positif et donc, par extension, la teneur de son ordre public international. Il restait à déterminer si les motifs avancés étaient proportionnés au but légitime poursuivi.

776. **Absence de besoin social impérieux.** La Cour européenne des droits de l'homme considère que « *que les motifs avancés par la Cour de cassation pour refuser de reconnaître l'adoption du requérant ne répondent pas à un besoin social impérieux* »<sup>1944</sup> et qu'ils ne sont pas proportionnés au but légitime poursuivi<sup>1945</sup>. Cette solution est importante et révèle que l'intervention de l'ordre public international subit un contrôle européen particulièrement étroit. Les arrêts *Wagner*<sup>1946</sup> et *Négrépontis*<sup>1947</sup> permettent de déterminer la rationalité du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, l'appréciation de la nécessité de la mesure se fonde tout particulièrement sur l'existence ou l'absence d'un « *dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants* »<sup>1948</sup>. Ce critère a une importance capitale dans les deux arrêts rendus par la juridiction strasbourgeoise, car dans l'arrêt *Wagner*<sup>1949</sup>, l'adoption par les célibataires était permise par la majorité des États parties et, dans l'arrêt *Négrépontis*<sup>1950</sup>, les motifs invoqués par la juridiction grecque étaient trop anciens ou

---

<sup>1939</sup> P. KINSCH, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 817-823, spé., p. 821.

<sup>1940</sup> *C'est nous qui soulignons.*

<sup>1941</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §102.

<sup>1942</sup> P. KINSCH, préc., *Rev. crit. DIP* 2011, p. 821, n.b.p. n° 11.

<sup>1943</sup> *Ibidem.*

<sup>1944</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §76.

<sup>1945</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc., §76.

<sup>1946</sup> Arrêt, *Wagner*, préc.

<sup>1947</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc.

<sup>1948</sup> Arrêt, *Wagner*, préc., §128 ; Arrêt *Négrépontis*, préc., §69.

<sup>1949</sup> Arrêt, *Wagner*, préc.

<sup>1950</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc.

trop religieux<sup>1951</sup>. L'importance de ce critère est également confortée par une interprétation extensive de l'arrêt *Wagner*<sup>1952</sup>. En effet, si les juges luxembourgeois avaient opposé l'ordre public international à l'adoption prononcée à l'étranger, au bénéfice d'une femme célibataire, il n'est pas certain que la condition de nécessité dans une société démocratique aurait été remplie en raison de la position minoritaire du Luxembourg sur cette question<sup>1953</sup>. Ainsi, la présence d'un dénominateur commun ou le critère du « *consensus européen* » constitue l'élément déterminant quant à la marge d'appréciation de l'État partie s'agissant de l'intervention de l'ordre public international<sup>1954</sup>. L'existence d'un dénominateur commun rend très difficile l'intervention de l'ordre public international d'un État partie qui comporterait une conception minoritaire<sup>1955</sup>.

777. Les arrêts *Wagner*<sup>1956</sup> et *Négrépontis*<sup>1957</sup> pouvaient être interprétés comme étant des cas particuliers, en raison de la spécificité des pratiques administratives luxembourgeoises et de la teneur singulière de l'ordre public international grec. Néanmoins, la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, ou même celle de la Cour de justice de l'Union européenne, conduisent à un renouvellement du contrôle de l'ordre public international, passant d'un contrôle de l'intervention à une « *neutralisation* »<sup>1958</sup> de l'intervention. Dans cette hypothèse l'intervention de l'ordre public international est rendue impossible, rompant alors l'équilibre entre la protection des valeurs essentielles du for et la réalisation des objectifs de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

---

<sup>1951</sup> Dans ce sens : P. KINSCH, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 821.

<sup>1952</sup> Arrêt, *Wagner*, *préc.*

<sup>1953</sup> Cette hypothèse est évoquée par S. CORNELOUP (Cf. S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, spé., p. 398). Selon cet auteur, le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme aurait sûrement été le même si les juridictions luxembourgeoises avaient mis en œuvre l'ordre public international pour s'opposer aux effets de l'adoption plénière prononcée à l'étranger au profit de la requérante célibataire. La juridiction strasbourgeoise a pris en compte la position des États parties quant à l'adoption par les célibataires, et la position isolée du Luxembourg aurait rendu difficile le respect de la condition de nécessité dans une société démocratique. Ce même auteur suppose que l'interdiction d'adoption par les célibataires n'aurait peut-être pas fait partie de l'ordre public international luxembourgeois. Il est effectivement possible d'en douter. La lettre de l'arrêt permet de confirmer cette hypothèse. En effet, dans une affaire ayant des faits presque identiques à ceux de l'arrêt *Wagner*, une Cour d'appel luxembourgeoise avait jugé : « *La circonstance que la décision péruvienne produit les effets d'une adoption plénière luxembourgeoise notamment par la rupture du lien de filiation préexistante de l'enfant et par son caractère irrévocable ne porte pas atteinte à l'ordre public luxembourgeois* » (Arrêt, *Wagner*, *préc.*, §65). La Cour d'appel a donc considéré que le jugement d'adoption péruvien prononcé au bénéfice d'une célibataire devait être reconnu de plein droit (Arrêt, *Wagner*, *préc.*, §134). Il est donc possible d'en déduire que l'adoption prononcée à l'étranger au bénéfice d'une célibataire ne portait pas atteinte à l'ordre public international luxembourgeois.

<sup>1954</sup> Nous observerons ultérieurement comment la Cour européenne des droits de l'homme manipule ce consensus européen au détriment de l'ordre public international de l'État requis (Cf. *infra*).

<sup>1955</sup> S. CORNELOUP, *préc.*, *JEDH* 2013/3, p. 398.

<sup>1956</sup> Arrêt *Wagner*, *préc.*

<sup>1957</sup> Arrêt *Négrépontis*, *préc.*

<sup>1958</sup> Sur ce terme, Cf. *supra*.

## **Section 2 : La neutralisation de l'intervention de l'ordre public international**

778. Ce phénomène de neutralisation de l'intervention de l'ordre public international est généralisé, car il se manifeste aussi bien dans le système de l'Union européenne (Sous-section 1) que dans celui du Conseil de l'Europe (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : La neutralisation de l'intervention dans le système de l'Union européenne**

779. La neutralisation de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne est opérée sur deux fronts distincts. Tout d'abord, la neutralisation de l'intervention est effectuée « *en amont* », par la voie du droit dérivé, sur la base du développement de l'espace judiciaire européen (§1). Ensuite, la neutralisation est effectuée « *en aval* », avec le concours de la Cour justice de l'Union européenne, et par une interprétation particulièrement restrictive des règlements européens (§2).

#### **§1. La neutralisation « *en amont* » de l'intervention de l'ordre public international**

780. La neutralisation « *en amont* » de l'intervention de l'ordre public international est devenue récurrente dans certains domaines relevant de la matière civile ou commerciale. Ainsi, la suppression de la procédure d'*exequatur* dans l'espace judiciaire européen empêche l'État membre requis de faire intervenir l'ordre public international (A) et la disparition de l'ordre public comme motif dérogatoire à la reconnaissance parachève la neutralisation de l'intervention de l'ordre public international (B).

##### **A) La suppression de la procédure d'*exequatur* dans l'espace judiciaire européen**

781. ***Suppression de la procédure.*** La neutralisation de l'ordre public international s'illustre tout particulièrement par la disparition de la procédure d'*exequatur* dans l'espace judiciaire européen<sup>1959</sup>. La suppression de la procédure d'*exequatur* a été initiée par le Conseil européen

---

<sup>1959</sup> Parmi de très nombreux travaux : Cf. M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.* ; G. CUNIBERTI, « Some Remarks on the Efficiency of Exequatur » (in) *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren* (Ed. H. KRONKE, K. THORN), Ernst und Werner Gieseking, 2011, pp. 568-576 ; P. OBERHAMMER, « The Abolition of Exequatur », *IPRax*, 2010, pp. 197-203 ; G. CUNIBERTI et I. RUEDA, « Abolition of Exequatur, Addressing the Commission's Concerns », *RazbelZ*, 2011, pp. 286-316 ; P. SCHLOSSER, « The Abolition of exequatur proceedings – Including Public Policy Review ? », *IPRax*, 2010, pp. 101-104 ; V. HEUZÉ, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception

lors de la réunion de Tampere des 15 et 16 octobre 1999<sup>1960</sup>. Tout en affirmant que le principe de reconnaissance mutuelle « *devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union* »<sup>1961</sup>, le Conseil a préconisé la réduction des « *mesures intermédiaires* » quant à la reconnaissance et l'exécution des jugements dans les États membres<sup>1962</sup>. Cette réduction des mesures intermédiaires a été réalisée par l'adoption de règlements successifs relevant de la matière civile ou commerciale : le règlement « *Bruxelles II bis* »<sup>1963</sup>, le règlement portant création d'un titre exécutoire européen<sup>1964</sup>, le règlement portant création d'une procédure européenne d'injonction de payer<sup>1965</sup>, le règlement instituant une procédure européenne de règlements des petits litiges<sup>1966</sup>, le règlement sur les obligations alimentaires<sup>1967</sup> et enfin le règlement « *Bruxelles I Bis* »<sup>1968</sup>. Il est constaté que ces règlements ne prévoient pas de procédure particulière pour la reconnaissance ou l'exécution des décisions rendues par un autre État membre. La suppression de la procédure d'*exequatur* empêche l'État membre requis, de procéder au contrôle de la compatibilité du jugement étranger à l'ordre public local<sup>1969</sup>.

**782. *Suppression risquée de la procédure.*** Cette conséquence importante a été la source de nombreuses inquiétudes quant à la protection de l'ordre juridique du for et la garantie de la

---

communautaire de la justice, L'abolition de la démocratie (1<sup>re</sup> partie) », *JCP G* 2011, doct. 359, pp. 602-606 ; du même auteur, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice, La soumission à un utilitarisme obscur (2<sup>e</sup> partie), *JCP G* 2011, doct. 397, pp. 657-661 ; F.-X. ROUX-DEMARE, « Vers la suppression de l'*Exequatur* en Europe ? Approches générales de l'exécution des décisions au niveau européen », *Rev. jur. Ouest* 2012, pp. 151-182.

<sup>1960</sup> Cons. eur, Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence.

<sup>1961</sup> Cons. eur, Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, §33.

<sup>1962</sup> Cons. eur, Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, §34. Le Conseil précise également : « *Dans un premier temps, il conviendrait de supprimer ces procédures intermédiaires pour les droits concernant des demandes de faible importance en matière civile ou commerciale et pour certains jugements concernant des litiges relevant du droit de la famille [...]. Ces décisions seraient automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution* » (Cons. eur, Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence, §34).

<sup>1963</sup> Cons. UE, règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, [relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000].

<sup>1964</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004, [portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées].

<sup>1965</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 1896/2006, 12 déc. 2006, [instituant une procédure européenne d'injonction de payer].

<sup>1966</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 861/2007, 11 juil. 2007, [instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges].

<sup>1967</sup> Cons. UE, règl. n° 4/2009, 18 déc. 2008, [relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires].

<sup>1968</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012, [concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale].

<sup>1969</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 235, n° 291.

protection des droits fondamentaux<sup>1970</sup>. En effet, la simplification de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers « *s'accompagne de la renonciation partielle par l'État de reconnaissance à protéger son ordre juridique* »<sup>1971</sup>. De surcroît, l'abstention de l'intervention de l'ordre public international pourrait aboutir aussi bien à la violation de l'ordre public de fond qu'à l'ordre public de procédure, et par voie de conséquence, la violation des droits fondamentaux<sup>1972</sup>.

783. **Risques d'atteinte à l'ordre juridique du for.** S'agissant de la protection de l'ordre juridique du for, la neutralisation de l'intervention de l'ordre public international peut apparaître comme étant prématurée ou même périlleuse étant donné le caractère inachevé de l'espace judiciaire européen. Comme l'affirme un auteur, la suppression de la procédure d'*exequatur* est « *une solution irréaliste et imprudente dans un espace qui reste constituée d'une pluralité d'ordres juridiques aux traditions procédurales et substantielles très disparates* »<sup>1973</sup>. Par conséquent, les risques d'atteintes à la cohésion de l'ordre juridique de l'État membre requis n'en sont que plus élevés. En dépit de l'effet d'uniformisation des ordres publics internationaux des États membres, la pénétration de décisions contraires à l'ordre public international de l'État membre requis demeure très probable.

784. **Risques de violation des droits fondamentaux.** S'agissant des risques de violation des droits fondamentaux, force est de constater qu'ils ne sont pas purement hypothétiques. M. LÓPEZ DE TEJADA a montré avec force que la suppression de la procédure d'*exequatur* engendrait le risque d'un véritable « *sacrifice* »<sup>1974</sup> des droits fondamentaux qui seraient contenus dans l'ordre public international de l'État membre requis<sup>1975</sup>. Ce « *sacrifice* »<sup>1976</sup> des droits fondamentaux interroge également sur le respect des obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme par l'État membre requis<sup>1977</sup>. En effet, les États

---

<sup>1970</sup> Sur la question : Cf. F. MARCHADIER, *préc.*, JEDH 2013/3, pp. 348-380 ; M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 235 et s. ; P. BEAUMONT et E. JOHNSTON, « Abolition of Exequatur in Brussels I : Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights ? », *IPRax*, 2010, pp. 105-109.

<sup>1971</sup> J. LELIEUR et L. SINOPOLI, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire », *LPA* 22 fév. 2010, pp. 7-18, spé., p. 16.

<sup>1972</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 235 et s.

<sup>1973</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 235, n° 291 ; Cf. également dans la même approche : F. MARCHADIER, *préc.*, JEDH 2013/3, p. 380.

<sup>1974</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 236.

<sup>1975</sup> *Ibidem*, pp. 236-254.

<sup>1976</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>1977</sup> *Ibid.*, p. 254 et s.

membres se « trouvent pris au piège de leurs obligations internationales contradictoires »<sup>1978</sup>. Nous observerons que la disparition de l’ordre public comme motif dérogatoire n’est pas sans conséquence sur la protection des droits fondamentaux et sur la protection de l’ordre juridique du for.

785. **Impact grandissant de la « confiance mutuelle ».** L’importance des risques inhérents à la disparition de l’*exequatur*, et à la neutralisation de l’ordre public international, contraste avec la « plasticité »<sup>1979</sup> et « l’ambiguïté »<sup>1980</sup> de son fondement qui n’est autre que la « confiance mutuelle »<sup>1981</sup>. Bien que ce principe ne soit pas présent dans les traités, il est devenu « l’ADN de la construction européenne »<sup>1982</sup> ou encore la « pierre angulaire »<sup>1983</sup> de la coopération judiciaire au sein de l’Union européenne au travers d’une jurisprudence volontariste de la Cour de justice<sup>1984</sup>. La montée en puissance de ce principe est telle, qu’il a été présenté comme le fondement décisif, pour justifier le refus de l’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme<sup>1985</sup>. Selon la Cour de justice, ce principe a « importance fondamentale »<sup>1986</sup> et impose à chaque État membre « de considérer que tous les États membres respectent le droit de l’Union et les droits fondamentaux reconnus par ce droit »<sup>1987</sup>, sauf circonstances exceptionnelles<sup>1988</sup>. De plus, un État membre ne peut exiger d’un autre État membre « un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l’Union »<sup>1989</sup> et il « ne peut vérifier si cet autre État membre a effectivement

---

<sup>1978</sup> L. USUNIER, « Requiem for a dream : la Cour de justice de l’Union européenne se prononce contre l’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme », *RTD civ.* 2015, pp. 335-342, spé., p. 341.

<sup>1979</sup> S. FRANCO, « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l’imaginaire européen », *Travaux comité fr. DIP 2016-2018*, pp. 153-183, spé., p. 165.

<sup>1980</sup> *Ibidem*.

<sup>1981</sup> *Ibid.*

<sup>1982</sup> *Ibid.*

<sup>1983</sup> M. WELLER, « Mutual trust: in search of the future of European Union private international law », *Journal of Private International Law*, 2015, vol. 11, n° 1, pp. 64-102, spé., p. 65.

<sup>1984</sup> S. PRECHAL, « Mutual trust before the Court of Justice of European Union », *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, pp. 75-92.

<sup>1985</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454 : D. 2015, 75, note O TAMBOU ; *RTDE* 2015, 593, note F. BENOÎT-ROHMER ; *RFDA* 2015, 3, note H. LABAYLE et F. SUDRE ; *JCP G* 2015, act. 145, F. PICOD ; *Europe* 2015, 4, D. SIMON ; *RTD civ* 2015, 335, obs. L. USUNIER. Concernant plus particulièrement la confiance mutuelle : Cf. S. PRECHAL, *préc.*, *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, p. 81 et s. ; S. FRANCO, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP 2016-2018*, p. 162 et s. ; Sur la distinction entre « confiance mutuelle » et « reconnaissance mutuelle » : Cf. N. CAMBIEN, « Mutual recognition and Mutual Trust in the Internal Market », *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, pp. 93-115, spé., p. 99 et s.

<sup>1986</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §191.

<sup>1987</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §191.

<sup>1988</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §191.

<sup>1989</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §192.

*respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union* »<sup>1990</sup>, sauf dans des cas exceptionnels<sup>1991</sup>. Par conséquent, si les États membres ne peuvent vérifier mutuellement leur respect des droits fondamentaux, sur la base de la confiance mutuelle, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est susceptible de compromettre « *l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union* »<sup>1992</sup>. L'utilisation du principe de confiance mutuelle comme motif justifiant le refus d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet de nombreuses critiques<sup>1993</sup>. L'extension du principe de confiance mutuelle s'oriente vers une neutralisation progressive de l'intervention de l'ordre public international. La neutralisation de l'intervention de l'ordre public international se matérialise également par la suppression de l'ordre public comme motif dérogatoire au sein des règlements européens.

## B) La suppression de l'ordre public comme motif dérogatoire

786. *Genèse de la suppression de l'ordre public.* Dès le début des négociations pour la création de la Convention de Bruxelles<sup>1994</sup>, les membres de la Commission de la Communauté

<sup>1990</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §192.

<sup>1991</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §192.

<sup>1992</sup> CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454, *préc.*, §194.

<sup>1993</sup> Cf. notamment : L. USUNIER, *préc.*, *RTD civ.* 2015, pp. 335-342 ; D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe* 2015, étude 2, pp. 4-9, spé., n° 16 et s. Selon L. USUNIER, le problème identifié par la Cour préexiste à l'adhésion de l'Union européenne, car les États membres peuvent faire le choix de violer le principe de confiance mutuelle au profit du respect de la Convention européenne des droits de l'homme et l'adhésion de l'Union constitue « *la seule voie envisageable pour tenter de résoudre le problème* » (L. USUNIER, *préc.*, *RTD civ.* 2015, p. 341).

<sup>1994</sup> Il convient de rappeler que l'appartenance de la Convention de Bruxelles à la catégorie du « *droit communautaire dérivé* » est très incertaine. En effet, bien que cette Convention soit fondée sur l'article 220 du Traité C.E, elle ne peut être considérée comme un acte de droit communautaire visé par l'article 189 du Traité C.E comme les règlements ou les directives. En effet, la Convention est un instrument de droit international public dont les signataires sont des « *Hautes Parties contractantes* » et non des États membres, et dont l'élaboration et la conclusion n'a fait intervenir aucune institution communautaire (M. EKELMANS, « La Convention de Bruxelles et le droit communautaire » (in) *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, (R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS, N. WATTÉ), Bruylant, 1999, pp. 185-197, spé., pp. 187-189) ; Cf. également : H. TAGARAS, « Guidelines for the round table discussion on the relationship between the Brussels Convention and Community Law (in) *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, (R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS, N. WATTÉ), Bruylant, 1999, p.173-183. Cependant, la Cour de justice n'a cessé de rappeler le lien existant entre cette Convention et le droit communautaire comme l'illustre la jurisprudence *Tessili* du 6 Octobre 1976 (aff.12/76) dans laquelle la Cour a affirmé que « *la Convention doit être interprétée en tenant compte à la fois du système et des objectifs qui lui sont propres et de son lien avec le Traité* ». La Cour de justice a également précisé que la Convention bénéficiait du principe de primauté dans l'arrêt *Sanicentral* du 13 novembre 1979 (aff. 25/79), cette solution ayant été confirmée dans l'arrêt *Duijnste* du 15 novembre 1983 (aff. 288/82) (H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2° éd., 1996, pp. 5-6, n° 3).



Économique Européenne avaient envisagé de restreindre ou même de supprimer la réserve d'ordre public entre les États membres dans le domaine économique<sup>1995</sup>. En effet, la clause d'ordre public pouvait sembler inutile en raison du très faible nombre de cas où cette dernière pouvait intervenir<sup>1996</sup>. Si pour certains auteurs<sup>1997</sup>, « *il eut été souhaitable de supprimer toute référence à l'ordre public* »<sup>1998</sup>, force est de constater que les rédacteurs de la Convention de Bruxelles, « *n'ont pas osé, d'eux-mêmes, aller jusque-là* »<sup>1999</sup> « *par crainte de supprimer cette soupape de sécurité* »<sup>2000</sup>.

**787. *Suppression avortée de la réserve d'ordre public.*** La conversion de la Convention de Bruxelles en un règlement a fait ressurgir la proposition de supprimer l'ordre public comme motif permettant de refuser la reconnaissance ou l'exécution des jugements provenant d'autres États membres, mais elle n'a jamais abouti pour des raisons qui restent indéterminées<sup>2001</sup>. La réticence des États membres quant à la suppression de la réserve d'ordre public s'est exprimée au moment de la révision du règlement Bruxelles I<sup>2002</sup>. Alors que la Commission avait préconisé

---

<sup>1995</sup> P. BELLET, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *JDI* 1965, pp. 833-870, spé., p. 863.

<sup>1996</sup> P. BELLET, *préc.*, *JDI* 1965, pp. 862-863. Cet auteur s'était interrogé en ces termes : « [...] *l'on vient à se demander dans quels cas l'ordre public pourra s'opposer à la reconnaissance des jugements alors que les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, ainsi qu'à la faillite sont écartées du champ d'application de la Convention et que cette dernière a posé elle-même toutes les règles relatives à la compétence des Tribunaux* » (P. BELLET, *préc.*, *JDI* 1965, p. 863). M. WESER évoque un seul cas exceptionnel où l'ordre public pourrait intervenir : « *Nous songeons à l'hypothèse d'un conflit devant le juge requis, entre une décision de la Cour de justice de la Communauté Économique Européenne et une décision nationale rendue dans un autre État contractant* » (M. WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, complété par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des États contractants*, Centre interuniversitaire de droit comparé, Paris-Bruxelles, C.I.D.C, A. Pedone, 1975, p. 330, n° 274).

<sup>1997</sup> Tout en regrettant le maintien de l'ordre public, G. DROZ avait affirmé : « *Il nous suffira de remarquer que l'élaboration d'un Traité international sur l'effet des jugements est destinée à abaisser les barrières qui s'opposent à la reconnaissance d'un jugement et non pas à en dresser de nouvelles* » (G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Dalloz, 1972, p. 309, n° 487).

<sup>1998</sup> P. BELLET, *préc.*, *JDI* 1965, p. 863.

<sup>1999</sup> *Ibidem*.

<sup>2000</sup> M. WESER, *op. cit.*, p. 330, n° 274.

<sup>2001</sup> T. STRUYCKEN, « L'ordre public de la communauté européenne », *op. cit.*, p. 617.

Sur l'utilisation continue de la réserve d'ordre public par les juridictions françaises en application de la Convention de Bruxelles : Cf. M.-L. NIBOYET et L. SINOPOLI, « L'exequatur des jugements étrangers en France », *Gaz Pal.* 2004, 3, doct., pp. 1739-1779.

<sup>2002</sup> Sur la question : Cf. M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 237 et s ; A. NUYTS, « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 1-63, spé., p. 31, n° 19 ; H. GAUDEMET-TALLON et C. KESSEDJIAN, « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTDE* 2013, pp. 435-454, spé., p. 450, n° 51 ; D. SCHRAMM, « Enforcement and the Abolition of Exequatur under the 2012 Brussels I regulation », *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, vol. 15, pp. 143-174, spé., p. 160 et s ; P. BEAUMONT & E. JOHNSTON, « Can Exequatur be abolished in Brussels I whilst retaining a public policy defence ? », *Journal of Private International Law* 2010, vol. 6, n° 2, pp. 249-279.

de faire disparaître le contrôle de l’ordre public dans sa dimension substantielle<sup>2003</sup>, le Conseil et le Parlement européen ont décidé de le maintenir. Cette décision est en accord avec l’opinion de la doctrine majoritaire, certains auteurs ayant mis en perspective les dangers d’une telle disparition de la clause d’ordre public même si ce motif était rarement utilisé<sup>2004</sup>. Le maintien de la clause d’ordre public ne peut être qu’approuvé, d’autant que son interprétation restrictive par la Cour de justice limite les risques d’une utilisation intempestive<sup>2005</sup>.

788. **Suppression consacrée de la réserve d’ordre public.** En revanche, la neutralisation de l’intervention de l’ordre public international, par la suppression du motif dérogatoire de l’ordre public, a été mise en place dans un certain nombre de règlements européens. D’une part, certains règlements ne prévoient pas l’ordre public parmi les motifs permettant le refus de reconnaissance ou d’exécution, comme les règlements : « *procédure européenne d’injonction de payer* »<sup>2006</sup>, « *petits litiges* »<sup>2007</sup> et « *titre exécutoire* »<sup>2008</sup>. D’autre part, certains règlements ne permettent tout simplement pas de s’opposer à la reconnaissance d’une décision, comme le règlement « *Bruxelles II bis* »<sup>2009</sup> ou celui portant sur les obligations alimentaires<sup>2010</sup>. S’agissant

---

<sup>2003</sup> La Commission avait proposé de supprimer la procédure d’exequatur « *sauf pour les décisions rendues dans les affaires de diffamation et les actions collectives en indemnisation* » (Comm. UE, Doc. COM (2010), 748 final, (14 décembre 2010, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale), p. 5. La Commission avait également proposé de supprimer la réserve d’ordre public et de mettre en place une procédure particulière selon laquelle « *une partie a le droit demander le refus de la reconnaissance ou de l’exécution d’une décision lorsque cette reconnaissance ou cette exécution ne serait pas permise en vertu des principes fondamentaux qui sous-tendent le droit à un procès équitable* » (Comm. UE, Doc. COM (2010), 748 final, (14 décembre 2010, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale) p. 42. Pour une interprétation globale de cette proposition: Cf. J. KRAMBERGER SKERL, « The Abolition of Exequatur in the Proposal for the Review of the Brussels I Regulation », (in) *Cross-border Civil Proceedings in the EU (Conference Papers)* (Dir. V. RIJAVEC, T. IVANC), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, 2011, pp. 127-152, spé., p. 133 et s ; Pour une interprétation particulièrement critique de cette proposition : Cf. V. HEUZÉ, *préc.*, *JCP G* 2011, doct. 359, pp. 602-606 ; du même auteur, *préc.*, *JCP G* 2011, doct. 397, pp. 657-661.

<sup>2004</sup> M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 238, n° 295 ; P. OBERHAMMER, *préc.*, *IPRax*, 2010, p. 201 ; C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n°44/2001 », *RTDE* 2011, pp. 117-130, spé., pp. 129-130 ; V. HEUZÉ, *préc.*, *JCP G* 2011, doct. 359, p. 605 ; P. BEAUMONT & E. JOHNSTON, *préc.*, *Journal of Private International Law*, 2010, vol. 6, n° 2, pp. 278-279 ; J. LELIEUR et L. SINOPOLI, *préc.*, *LPA* 22 fév. 2010, p. 16, n° 16.

<sup>2005</sup> H. GAUDEMET-TALLON et C. KESSEDJIAN, *préc.*, *RTDE* 2013, p. 450, n° 51.

<sup>2006</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 1896/2006, 12 déc. 2006, *préc.*

<sup>2007</sup> PE et Cons. UE, règl. n°861/2007, 11 juil. 2007, *préc.*

<sup>2008</sup> PE et Cons. UE, règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004, *préc.*

<sup>2009</sup> Cons. UE, règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, *préc.*

<sup>2010</sup> Cons. UE, règl. n°4/2009, 18 déc. 2008, *préc.* Comme le prévoit l’article 17 du règlement : « *Une décision rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 est reconnue dans un autre État membre sans qu’il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu’il soit possible de s’opposer à sa reconnaissance* ».

en particulier du règlement « *Bruxelles II bis* »<sup>2011</sup>, nous savons qu'il n'est pas possible de s'opposer à la reconnaissance des décisions portant sur le retour de l'enfant<sup>2012</sup> ou sur le droit de visite<sup>2013</sup>.

**789. Cas particulier du Règlement Bruxelles II Bis.** La question de la compatibilité du système posé par le règlement « *Bruxelles II bis* » avec la protection des droits fondamentaux a été posée. Néanmoins, dans l'arrêt *Zarraga*<sup>2014</sup>, la Cour de justice a précisé qu'une juridiction d'un État membre ne pouvait s'opposer à l'exécution d'une décision certifiée ordonnant le

---

<sup>2011</sup> Sur l'instauration d'une « *force exécutoire immédiate* » pour les décisions relevant du droit de visite et du retour de l'enfant : Cf. P. HAMMJE, « Le règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 dit “Bruxelles II bis”. Les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution » (in) *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (Dir. H. FULCHIRON et C. NOURISSAT), Dalloz, 2005, pp. 87-103, spé., p. 100 et s.).

<sup>2012</sup> « *Le retour de l'enfant [...] résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre [...] sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance [...]* » (Article 42).

<sup>2013</sup> « *Le droit de visite [...] accordé par une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre [...] sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance [...]* » (Article 41).

<sup>2014</sup> CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-491/10, PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga : *RTDE* 2011, 481, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *Europe* 2011, comm. 118, L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2012, note H. MUIR WATT ; *Procédures* 2011, comm. 59, C. NOURISSAT. Dans cette affaire, un couple marié en Espagne avait donné naissance à un enfant dans le courant de l'année 2000. La mère, de nationalité allemande, et le père, de nationalité espagnole ont introduit une procédure en divorce quelques années plus tard devant une juridiction de Bilbao. Le droit de garde a été attribué à titre provisoire au père tandis que la mère avait obtenu un droit de visite avant de retourner s'installer en Allemagne. À la fin des vacances scolaires passées en Allemagne, l'enfant est resté avec sa mère. Néanmoins, à la demande du père, cette même juridiction de Bilbao prononça une décision provisoire interdisant à l'enfant de quitter le territoire avec sa mère et la suspension du droit de visite de la mère. S'agissant du droit de garde, le juge demanda une nouvelle expertise et une nouvelle audition qui devaient avoir lieu à Bilbao, mais ni l'enfant ni sa mère ne se sont présentés aux dates fixées. Le juge rejeta la demande de la mère visant à ce que l'enfant soit auditionné par vidéoconférence, prononça le divorce et attribua le droit de garde exclusivement au père. La mère forma un recours contre cette décision, arguant notamment que l'enfant devait être auditionné, mais son recours fut rejeté. Le contentieux se poursuivit devant les juridictions allemandes sous la forme de deux procédures. Dans le cadre de la première procédure, le père avait formé une demande tendant à obtenir le retour de sa fille en Espagne. Cette demande fut accueillie en première instance. Cependant, à la suite d'un recours formé par la mère, la juridiction allemande annula la décision prononcée et rejeta la demande du père sur la base de l'alinéa 2 de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980. La juridiction allemande avait procédé à l'audition de l'enfant, et ce dernier refusait « *catégoriquement* » de rentrer en Espagne (arrêt, §28). L'expert désigné par la juridiction avait conclu que l'opinion de l'enfant devait être prise en compte « *tant au regard de son âge que de sa maturité* » (arrêt, §28). Dans le cadre de la seconde procédure, la mère s'opposa à la reconnaissance et à l'exécution de la décision espagnole portant sur le divorce et attribuant le droit de garde exclusivement au père, qui avait été certifiée en titre d'exécution européen. Une autre juridiction allemande, (*l'Amtsgericht Celle*) fit droit à sa demande au motif que l'enfant n'avait pas été entendu par le juge espagnol. Le père forma un recours contre cette décision devant l'Oberlandesgericht. Cette juridiction constate que le juge espagnol n'a pas recueilli l'opinion de l'enfant et que la prise en compte de cette dernière est essentielle au regard de l'article 24 paragraphe 1 de la charte des droits fondamentaux. De plus, la décision espagnole indiquerait, à tort, que l'enfant a bien été entendu par la juridiction espagnole. La juridiction allemande va donc poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice visant à déterminer 1) si le tribunal de l'État membre d'exécution dispose d'un pouvoir de contrôle propre lorsque la décision de l'État membre d'origine est entachée d'une grave violation des droits fondamentaux et 2) si l'État membre d'exécution est tenu d'exécuter une décision qui comporterait, à tort, la mention de l'audition de l'enfant.

retour de l'enfant, quand bien même cet enfant n'aurait pas été auditionné, et qu'un tel manquement pouvait être interprété comme une violation de l'article 42 du règlement et de l'article 24 de la charte des droits fondamentaux<sup>2015</sup>. Ainsi, il appartenait aux seules juridictions de l'État membre d'origine de contrôler la légalité de la décision certifiée<sup>2016</sup>. Dans cette décision, la Cour se fonde sur le principe de confiance mutuelle. Elle offre une application stricte du règlement et confirme la neutralisation de l'intervention de l'ordre public international de l'État membre d'exécution. La solution demeure profondément critiquable ne serait-ce qu'en raison de l'interprétation donnée au principe de confiance mutuelle, car si les États membres doivent offrir une protection équivalente des droits fondamentaux, force est de constater que seul l'État d'origine peut s'en assurer<sup>2017</sup>. La neutralisation de l'intervention de l'ordre public international n'en apparait que plus dommageable pour l'État membre d'exécution, ce dernier devant donner effet à une décision qui serait pourtant en contradiction avec ses valeurs essentielles<sup>2018</sup>. Le système posé par le règlement Bruxelles II bis a néanmoins été validé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Povse c. Autriche*<sup>2019</sup> ce qui confirme la démarche coordinatrice des deux juridictions supranationales<sup>2020</sup>.

## §2. La neutralisation « *en aval* » de l'intervention de l'ordre public international

790. La consécration récente d'une nouvelle exigence relative à l'épuisement des voies de recours dans l'État membre d'origine (A), qui est le résultat d'une interprétation extensive du principe de « *confiance mutuelle* », engendre une neutralisation de l'intervention de l'ordre public international (B).

---

<sup>2015</sup> Arrêt *Zarraga*, préc., §75.

<sup>2016</sup> Arrêt *Zarraga*, préc., §75.

<sup>2017</sup> V. ÉGÉA, « Une source d'inspiration pour l'espace judiciaire européen : le Règlement Bruxelles II Bis » (in *La justice civile européenne en marche* (Dir M. DOUCHY-OU DOT et E. GUINCHARD), Dalloz, 2012, pp. 35-50, spé., p. 48 ; dans le même sens : M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 246, n° 300.

<sup>2018</sup> Dans ce sens : M. LÓPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, p. 245, n° 300.

<sup>2019</sup> CEDH, 18 juin 2013, n° 3890/11, [*Povse c/ Autriche*] : *AJF* 2013, 514, obs. A. BOICHÉ ; *RTDE* 2015, 157, chron. F. BENOIT-ROHMER ; *Rev. crit. DIP* 2014, 303, note G. CUNIBERTI.

Par cette décision, la Cour fait une application de la jurisprudence *Bosphorus* par laquelle elle avait posé une présomption de protection équivalente des droits fondamentaux lorsque l'État partie ne dispose pas de marge d'appréciation. En l'espèce, la Cour considère que l'exécution d'une décision italienne prononçant le retour de l'enfant par l'Autriche n'a pas abouti au renversement de la protection équivalente des droits fondamentaux. En application du règlement Bruxelles II bis, les autorités autrichiennes ne disposaient d'aucune marge d'appréciation.

<sup>2020</sup> Pour une démonstration de cette complémentarité : Cf. D. PORCHERON, *préc.*, *JDI* 2015, doct. 8, pp. 821-844.

**A) Retour sur la nouvelle exigence de « l'épuisement des voies de recours dans l'État membre d'origine »**

791. **Condition d'épuisement des voies de recours.** Les arrêts *Diageo Brands*<sup>2021</sup> et *Meroni*<sup>2022</sup> ont permis à la Cour de justice de poser une nouvelle exigence quant à la reconnaissance des décisions rendues dans le cadre du règlement *Bruxelles I*. En effet, la Cour a précisé que les justiciables sont tenus d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine<sup>2023</sup>. Cette exigence est assortie d'une exception : « *sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine* »<sup>2024</sup>. Ainsi, la Cour semble avoir mis à la charge du justiciable l'obligation d'épuiser les voies de recours dans l'État membre d'origine pour pouvoir invoquer une violation de l'ordre public international de l'État membre requis<sup>2025</sup>. Il convient de resituer la teneur exacte de cette nouvelle exigence. Dans l'affaire *Diageo Brands*<sup>2026</sup>, l'avocat général affirmait que le juge de l'État requis devait prendre en compte « *l'existence, dans l'ordre juridique de l'État d'origine, de mécanismes de réparation des violations du droit de l'Union par une juridiction nationale* »<sup>2027</sup> pour « *apprécier l'existence d'une éventuelle violation manifeste de son ordre public* »<sup>2028</sup>. Par conséquent, lorsque le juge requis vérifie l'existence d'une éventuelle violation manifeste de son ordre public il doit tenir compte du fait que les justiciables doivent faire usage, dans l'État membre d'origine, de toutes les voies de recours disponibles<sup>2029</sup>. Cette nouvelle exigence, qui serait fondée sur le principe de « *confiance mutuelle* »<sup>2030</sup>, aussi désignée sous l'expression de « *confiance réciproque* »<sup>2031</sup>, trouverait son origine dans la volonté de « *moraliser le contentieux intra-européen* »<sup>2032</sup>.

---

<sup>2021</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc.

<sup>2022</sup> Arrêt *Meroni*, préc.

<sup>2023</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc., §68 ; Arrêt *Meroni*, préc., §48.

<sup>2024</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc., §68 ; Arrêt *Meroni*, préc., §48.

<sup>2025</sup> M. NIOCHE, « Règlement Bruxelles I : l'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine est un préalable indispensable pour invoquer une violation de l'ordre public dans l'État requis », *Gaz. Pal.* 2016, 6, jurispr. pp. 3444-3445, spé., p. 3444.

<sup>2026</sup> Sur cette affaire, Cf. *supra*.

<sup>2027</sup> M. SZPUNAR, « Conclusions dans l'affaire *Diageo Brands* », §65.

<sup>2028</sup> M. SZPUNAR, « Conclusions dans l'affaire *Diageo Brands* », §65. L'avocat général y précise que « *cette prise en compte doit se faire au cas par cas en fonction des circonstances concrètes de l'espèce* ».

<sup>2029</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc., §68 ; Arrêt *Meroni*, préc., §48.

<sup>2030</sup> La Cour insiste tout particulièrement sur l'importance de cette confiance mutuelle (Cf. par ex : Arrêt *Diageo Brands*, préc., §40, §63).

<sup>2031</sup> Arrêt *Diageo Brands*, préc., §63 ; Arrêt *Meroni*, préc., §47.

<sup>2032</sup> J.-S. QUÉGUINER, préc., *JDI* 2016, chron. 10, p. 1477.

792. **Source et rationalité de cette condition.** Pour J.-S. QUÉGUINER, cette incorporation de la condition d’épuisement des voies de recours au sein de la clause générale d’ordre public n’est pas réellement surprenante, car elle ne serait que le résultat d’une longue évolution<sup>2033</sup>. L’article 27-2 de la Convention de 1968 prévoyait que « *la reconnaissance d’une décision rendue par défaut pouvait être refusée lorsque l’acte introductif d’instance n’avait “pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu’il puisse se défendre”* »<sup>2034</sup>. Cette particularité « *aliment[ait] une pratique procédurale [...] déloyale* »<sup>2035</sup> par laquelle le défendeur refusait de comparaître afin de pouvoir s’opposer à la reconnaissance dans l’État requis<sup>2036</sup>. Pour éviter cela, il a été introduit à l’article 34 point 2 du règlement Bruxelles I une exception selon laquelle le défendeur devait avoir épuisé les voies de recours dans l’État d’origine pour que la reconnaissance de la décision puisse être refusée<sup>2037</sup>. Par la suite, la Cour de justice a considéré que l’article 34 point 2 « *requiert non pas nécessairement la régularité de la signification ou de la notification de l’acte introductif d’instance, mais le respect effectif des droits de la défense* »<sup>2038</sup>. La clause prend alors les traits d’une « *clause particulière d’ordre public* »<sup>2039</sup> pour la protection des droits processuels, ce qui conduit à estomper les différences de nature entre cette clause et la clause générale d’ordre public<sup>2040</sup>. Ces circonstances ont donc conduit à l’importation de la condition d’épuisement des voies de recours au for d’origine au sein de la clause générale d’ordre public<sup>2041</sup>.

793. **Critiques de cette condition.** Cette nouvelle exigence d’épuisement des voies de recours a subi de vives critiques de la part de nombreux auteurs. Il a d’abord été reproché à la Cour de justice d’avoir ni plus ni moins « *réécrit le règlement Bruxelles I* »<sup>2042</sup>. Ensuite, cette nouvelle exigence favorise l’une des parties au détriment de l’autre. Par exemple, dans l’affaire *Diageo Brands*<sup>2043</sup>, la société *Simiramida* était accusée d’avoir porté atteinte à la marque dont était titulaire la société *Diageo Brands*. Les juridictions bulgares avaient rejeté l’action en contrefaçon dirigée contre la société *Simiramida* et la société *Diageo Brands* n’avait exercé

---

<sup>2033</sup> *Ibidem*, p. 1475 et s.

<sup>2034</sup> *Ibid.*, p. 1475.

<sup>2035</sup> *Ibid.*, p. 1475.

<sup>2036</sup> *Ibid.*, pp. 1475-1476.

<sup>2037</sup> *Ibid.*, p. 1476.

<sup>2038</sup> CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-283/05, *ASML Netherlands BV c/ Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, §20.

<sup>2039</sup> J.-S. QUÉGUINER, *préc.*, *JDI* 2016, chron. 10, p. 1476.

<sup>2040</sup> *Ibidem*, p. 1477.

<sup>2041</sup> *Ibid.*

<sup>2042</sup> C. NOURISSAT, *préc.*, *Procédures* 2015, comm. 297, p. 17.

<sup>2043</sup> Sur cette affaire, *Cf. supra*.

aucun recours. Ensuite, la société *Simiramida* avait intenté une action en réparation du préjudice subi devant les juridictions néerlandaises du fait de la saisie opérée par la société *Diageo Brands*. Par conséquent, le non-épuisement des voies de recours par la société *Diageo Brands* favorise la reconnaissance du jugement rendu par les juridictions bulgares en faveur de la société *Simiramida*. Néanmoins, selon T. AZZI, de nombreux éléments laissent à penser que la société *Simiramida*, alors placée dans une situation « *extrêmement confortable* »<sup>2044</sup>, avait réellement porté atteinte à la marque. Ainsi, comme le souligne l'auteur : « *si sanctionner l'inertie procédurale d'une partie est une chose, récompenser la mauvaise foi de son adversaire en est une autre* »<sup>2045</sup>.

794. **Ordre public substantiel et procédural.** Il convient de noter que cette « *modulation de la réaction de l'ordre public* »<sup>2046</sup> en fonction de l'épuisement des voies de recours ne semble pas se limiter au seul ordre public procédural<sup>2047</sup>. En effet, dans les affaires *Diageo Brands*<sup>2048</sup> et *Meroni*<sup>2049</sup>, l'exception d'ordre public ne concernait que l'ordre public procédural « *puisque les moyens se concentraient autour d'une prétendue iniquité procédurale devant le juge d'origine* »<sup>2050</sup>. Néanmoins, comme le souligne une partie de la doctrine, l'épuisement des voies de recours peut jouer « *le même rôle lorsqu'est alléguée une violation de l'ordre public substantiel dans la mesure où l'objectif de reconnaissance mutuelle se justifie tout autant* »<sup>2051</sup>. L'extension de la condition d'épuisement des voies de recours à l'ordre public substantiel n'échappe pas à la critique<sup>2052</sup>. L'ordre public procédural et l'ordre public substantiel expriment chacun les valeurs essentielles du for, à la différence que l'ordre public substantiel se concentre davantage sur la protection de l'intérêt général que celui des parties<sup>2053</sup>. Le niveau

<sup>2044</sup> T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 376.

<sup>2045</sup> Selon ce même auteur, il serait souhaitable d'assortir l'exigence d'épuisement des voies de recours de garde-fous afin d'éviter qu'elle se transforme en instrument de fraude (*Ibidem*).

<sup>2046</sup> P. BERLIOZ, « Affirmation de règles critiquables », *RJ com.* 2015, pp. 595-597, spé., p. 597.

<sup>2047</sup> Sur ce point : Cf. P. BERLIOZ, *préc.*, *RJ com.* 2015, pp. 595-597 ; E. BONIFAY, « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'*exequatur* des décisions judiciaires », *D.* 2016, pp. 1636-1639, spé., p. 1636 et s. ; L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, p. 1252 ; J.-S. QUÉGUINER, *préc.*, *JDI* 2016, chron. 10, p. 1479 et s.

<sup>2048</sup> Sur cette affaire, Cf. *supra*.

<sup>2049</sup> Sur cette affaire, Cf. *supra*.

<sup>2050</sup> E. BONIFAY, *préc.*, 2016, p. 1638.

<sup>2051</sup> L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, p. 1252. Dans le même sens : Cf. J.-S. QUÉGUINER, *préc.*, *JDI* 2016, chron. 10, p. 1479.

<sup>2052</sup> Dans ce sens : P. BERLIOZ, *préc.*, *RJ com.*, 2015, p. 597 ; J.-S. QUÉGUINER, *préc.*, *JDI* 2016, chron. 10, p. 1479.

<sup>2053</sup> Selon P. BERLIOZ, le contrôle de la conformité à l'ordre public substantiel « *visé essentiellement à ne pas introduire dans l'ordre juridique de l'État requis une décision dont l'application heurterait une valeur fondamentale de celui-ci, et ainsi susceptible de causer un trouble sur son territoire* » (P. BERLIOZ, *préc.*, *RJ com.* 2015, p. 597). Cependant, il est possible de considérer que le contrôle de l'ordre public international substantiel et

d'uniformisation des ordres publics des États membres n'est pas le même s'agissant de l'ordre public procédural et de l'ordre public substantiel<sup>2054</sup>. Si les ordres publics substantiels sont en voie d'uniformisation progressive, les ordres publics procéduraux présentent beaucoup moins de disparités nationales<sup>2055</sup>. Or justement, conditionner la protection de valeurs purement nationales au comportement d'une des parties au litige ne fait que consacrer la rupture d'équilibre entre la protection des valeurs essentielles du for et la libre circulation des décisions. Si le principe de confiance mutuelle explique une certaine harmonisation de la procédure et de la protection des droits fondamentaux dans les États membres, il est difficile de comprendre comment ce même principe peut empêcher la protection des valeurs essentielles des États membres qui seraient purement nationales. Il reste à déterminer les conséquences exactes de l'exigence d'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine sur l'intervention de l'ordre public international de l'État membre requis.

### **B) La « mise sous tutelle »<sup>2056</sup> de l'intervention de l'ordre public international**

795. ***Perturbation de l'intervention.*** La prise en compte, par le juge de l'État requis, de l'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine pour l'appréciation de son propre ordre public international perturbe grandement l'intervention de l'ordre public international. Deux interprétations permettent de rendre compte de cette perturbation grandissante.

796. ***Première interprétation.*** La première est de considérer que le non-épuisement des voies de recours dans l'État d'origine conduit le juge de l'État requis à s'empêcher de constater une quelconque contrariété à l'ordre public international. Il apparaît que seul l'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine permettrait de constater une violation de l'ordre public international. La lecture des conclusions de l'avocat général J. KOKOTT dans l'affaire *Meroni*<sup>2057</sup> semble favoriser cette interprétation. En effet, l'avocat général présente l'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine comme la cause de la contrariété à

---

celui de l'ordre public procédural tendent tous deux à éviter l'intrusion d'une décision qui heurterait les valeurs fondamentales du for.

<sup>2054</sup> Cf. *supra*.

<sup>2055</sup> Cf. *supra*.

<sup>2056</sup> C. NOURISSAT, « De "l'encadrement" à la "mise sous tutelle" de l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles ou commerciales...Nouvelle étape sous la plume de la CJUE », en ligne sur le site du réseau universitaire européen Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice, 28 novembre 2015 [<http://www.gdr-elsj.eu/2015/11/28/cooperation-judiciaire-civile/de-l-encadrement-a-la-mise-sous-tutelle-de-l-exception-d-ordre-public-en-matiere-de-reconnaissance-des-decisions-civiles-o/>].

<sup>2057</sup> Sur cette affaire, Cf. *supra*.



l'ordre public international : « *on peut conclure à l'absence de violation de l'ordre public, étant donné*<sup>2058</sup> *que les recours ne sont pas encore épuisés dans l'État membre d'origine* »<sup>2059</sup>. Comme le souligne un auteur, l'arrêt *Diageo Brands*<sup>2060</sup> « *refuse [...] au juge requis la possibilité de s'opposer à la reconnaissance* » de la décision litigieuse en l'absence d'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine<sup>2061</sup>.

797. **Seconde interprétation.** La seconde interprétation est de considérer que le non-épuisement des voies de recours dans l'État d'origine ne priverait pas le juge de l'État requis de constater une contrariété à l'ordre public international. Cette interprétation est défendue par certains auteurs à la lecture de la décision *Meroni*<sup>2062</sup> de telle sorte que l'absence d'épuisement des voies de recours « *est sans incidence sur la mise en œuvre de l'examen de l'allégation de la violation de l'ordre public* »<sup>2063</sup>. Ainsi, « *l'épuisement des voies de recours permet simplement d'apprécier le caractère manifeste, évident, grossier de l'atteinte alléguée à l'ordre public procédural* »<sup>2064</sup>. La jurisprudence postérieure permettra de privilégier une de ses interprétations. Néanmoins, quelle que soit l'interprétation choisie, l'intervention de l'ordre public international, et donc sa mise en œuvre, est devenue particulièrement difficile. En effet, selon la première interprétation, le juge de l'État requis se retrouverait tout simplement privé de la possibilité de constater une contrariété à l'ordre public international. L'ordre public international serait donc neutralisé au stade de sa mise en œuvre. Selon la seconde interprétation, force est de constater que seule une violation d'une particulière gravité de l'ordre public international permettrait d'assurer la mise en œuvre de ce mécanisme exceptionnel.

798. **De « l'encadrement » à la « mise sous tutelle ».** Cette réduction de la possibilité offerte au juge de l'État requis de mettre en œuvre l'ordre public international a été largement observée par la doctrine selon divers degrés d'intensité. Certains auteurs considèrent que la nécessité d'épuiser les voies de recours dans l'État d'origine a pour effet de priver l'État d'accueil de la possibilité d'invoquer l'exception d'ordre public en fonction de l'attitude procédurale d'une

---

<sup>2058</sup> *C'est nous qui soulignons.*

<sup>2059</sup> J. KOKOTT « Conclusions dans l'affaire Meroni », § 49.

<sup>2060</sup> Arrêt, *Diageo Brands*, préc.

<sup>2061</sup> S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « La reconnaissance et l'exécution des décisions », *Dr. famille* 2017, dossier 34, pp. 37-40, spé., p. 39, n° 7.

<sup>2062</sup> Arrêt *Meroni*, préc.

<sup>2063</sup> L. PAILLER, préc., *JDI* 2016, comm. 20, p. 1250.

<sup>2064</sup> *Ibidem*.

des parties<sup>2065</sup>. D'autres utilisent même l'expression de « *neutralisation de la clause d'ordre public* »<sup>2066</sup>. Selon C. NOURISSAT, il s'opère un glissement d'une logique « d'encadrement » de l'ordre public international à une logique de « *mise sous tutelle* »<sup>2067</sup>. Cette « *mise sous tutelle* » de l'ordre public international confirme la neutralisation de la mise en œuvre de ce mécanisme exceptionnel. Il convient de noter que cette neutralisation ne se limite pas au seul cas du règlement *Bruxelles I*. En effet, l'exigence de l'épuisement des voies de recours trouverait autant à s'appliquer dans d'autres instruments comme le règlement *Bruxelles II bis*, le nouveau règlement « *successions* »<sup>2068</sup>, ou encore les « *règlements Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés* »<sup>2069</sup>. Ainsi, la neutralisation de l'intervention de l'ordre public international pourrait se généraliser au fil de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Par conséquent, les solutions récentes proposées par la Cour de justice confirment une « *neutralisation* »<sup>2070</sup> progressive de l'intervention de l'ordre public international. Comme le souligne un auteur : « *la Cour de justice s'est insidieusement encouragée à poursuivre sa démarche de réduction de la marge d'appréciation des États membres dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public* »<sup>2071</sup>.

799. Ce phénomène récent de neutralisation de l'ordre public international traduit une interprétation extensive et excessive de la confiance mutuelle. L'émergence d'un tel phénomène pourrait s'expliquer par la particularité du système de l'Union européenne et la volonté de rationaliser le contentieux européen. Néanmoins, ce phénomène se manifeste également, avec une certaine acuité, dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

<sup>2065</sup> D. BERLIN, « Ordre public international de l'État membre et violation du droit de l'Union » *JCP G* 2015, note 873, p. 1426.

<sup>2066</sup> T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 376.

<sup>2067</sup> C. NOURISSAT, « De "l'encadrement" à la "mise sous tutelle" de l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles ou commerciales...Nouvelle étape sous la plume de la CJUE, *préc.*, .

<sup>2068</sup> L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, pp. 1251-1252 ; Dans le même sens : C. NOURISSAT, « De "l'encadrement" à la "mise sous tutelle" de l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles ou commerciales...Nouvelle étape sous la plume de la CJUE, *préc.*, . Il est utile de reproduire les propos de C. NOURISSAT : « *La Cour de justice a tout simplement réécrit les règlements "Bruxelles I" et – partant – "Bruxelles I bis", mais aussi "Bruxelles II bis" mais encore et probablement tous les autres textes qui s'en inspirent ("aliments", "successions"...) selon une perspective que la Commission européenne ne reniera pas, elle qui avait dû déchanter il y a quelques mois en voyant sa proposition de suppression de la procédure d'"exequatur" à l'occasion de la refonte du règlement "Bruxelles I" fustigée tant par les États membres que par le Parlement européen* » (C. NOURISSAT, « Jeu de l'exception d'ordre public en matière d'exécution transfrontière dans l'espace intra-européen : inversion ou perversion du contentieux après l'arrêt Meroni », *op. cit.*, p. 72).

<sup>2069</sup> S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *préc.*, *Dr. famille* 2017, dossier 34, p. 39, n° 7.

<sup>2070</sup> Pour l'utilisation de ce terme : Cf. par ex, T. AZZI, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 376.

<sup>2071</sup> L. PAILLER, *préc.*, *JDI* 2016, comm. 20, p. 1252.

## **Sous-section 2 : La neutralisation de l'intervention dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme**

800. Le contrôle particulièrement étroit de la mise en œuvre de l'ordre public international dans le domaine des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger (§1) a engendré une neutralisation de l'ordre public international français (§2).

### **§1. Le contrôle supranational de la mise en œuvre de l'ordre public international en matière de gestation pour autrui**

801. Les affaires *Menesson*<sup>2072</sup> et *Labassée*<sup>2073</sup> sont l'illustration du conflit opposant les principes essentiels du droit français, incarnant les valeurs fondamentales du for, et l'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. La mise en œuvre de l'ordre public international était donc inévitable (A), ce qui engendrait mécaniquement un contrôle de cette mise en œuvre par les juges strasbourgeois (B).

#### **A) L'inévitable mise en œuvre de l'ordre public international**

802. **Rappel des affaires *Menesson et Labassée*.** Dans la première affaire, les époux Mennesson avaient conclu une convention de gestation pour autrui en Californie qui avait permis la naissance de jumelles. Les époux avaient sollicité la transcription des actes de naissance étrangers, qui avaient été établis à la suite d'une décision de Cour suprême de Californie<sup>2074</sup>, ce qui engendra un premier litige relatif à la compétence du ministère public<sup>2075</sup>.

---

<sup>2072</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>2073</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>2074</sup> Dans une décision du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie indiqua, entre autres, que les actes de naissance devaient mentionner les époux comme « père » et « mère ». De manière plus précise, la décision californienne indiquait que D. MENNESSON était le père génétique des jumelles tandis que S. MENNESSON était « la mère légale de tout enfant devant naître de (la gestatrice), entre le 15 août et le 15 décembre 2000 ».

<sup>2075</sup> La stratégie adoptée par le ministère public consistait à faire transcrire les actes de naissance sur les registres d'état civil pour en solliciter ensuite l'annulation. L'adoption de cette stratégie s'explique par l'incompétence des tribunaux français « pour apprécier la validité d'un acte public étranger ou pour ordonner sa rectification à l'autorité étrangère qui l'a dressé » (G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Gaz. Pal.* 2008, 1, jurispr. pp. 308-314, spé., p. 310). Dans un jugement du 13 décembre 2005, le Tribunal de grande instance de Créteil avait considéré que le ministère public était irrecevable en sa demande d'annulation de la transcription des actes de naissance. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt remarqué du 25 octobre 2007, confirma cette solution (CA [Paris], 1re ch. sect. C, 25 oct. 2007, n°06/00507 : *D.* 2007, 2953, obs. F. LUXEMBOURG ; *JDI* 2008, 145, note G. CUNIBERTI ; *RTD civ* 2008, 93, obs. J. HAUSER). La décision rendue par la Cour d'appel mérite une attention particulière. La Cour souligne que le ministère public « ne conteste ni l'opposabilité en France du jugement américain ni la foi à accorder à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil aux actes dressés en Californie ».

Dans un arrêt du 17 décembre 2008<sup>2076</sup>, la Cour de cassation affirma que le ministère public « *justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions* »<sup>2077</sup>. Dans un arrêt du 18 mars 2010<sup>2078</sup>, la Cour d'appel de Paris annula la transcription des actes de naissance, et cette décision fut confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt déjà évoqué du 6 avril 2011<sup>2079</sup>. Dans la deuxième affaire, les époux Labassée avaient également conclu une convention de gestation dans l'État du Minnesota (États-Unis), qui permit la naissance d'une petite fille. L'acte de naissance dressé dans cet État indiquait que cette enfant était la fille des époux Labassée. Les époux parvinrent à obtenir l'établissement d'un acte de notoriété par le tribunal

---

*dans les formes usitées dans cet État* ». Les juges parisiens ont donc considéré que le ministère public était « *irrecevable, au regard de l'ordre public international, à solliciter l'annulation des actes transcrits sur les registres du service central de l'état civil de Nantes* ». Selon ces mêmes magistrats, l'absence de « *transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants* ». La référence à l'ordre public international doit être soulignée. En effet, le ministère public avait sollicité l'annulation de la transcription des actes de naissance sans pour autant s'opposer à l'accueil de ces actes en France. Pour le ministère public, la contrariété des actes de naissance étrangers à l'ordre public international justifiait cette annulation. Selon G. CUNIBERTI, l'argumentation « *maladroite* » du ministère public permit à la Cour d'appel « *de souligner que le ministère public n'ayant pas contesté l'accueil en France des actes étrangers, il ne pouvait demander l'annulation de leur transcription sur le fondement de leur contrariété à l'ordre public international* ». Comme cet auteur l'a souligné, la motivation choisie par la Cour est « *ingénieuse* », car elle lui a permis d'esquiver la question du contenu de l'ordre public international tout en permettant l'accueil des actes étrangers (G. CUNIBERTI, *JDI* 2008, comm. 1, pp. 145-153, spé., p. 151).

<sup>2076</sup> Cass. 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468 [Proc. Gén. CA Paris c/ X.] : *D.* 2009, 332, avis D. SARCELET, *ibid.*, 340, note L. BRUNET ; *JCP G* 2009, II 10020, note A. MIRKOVIC ; *ibid.*, II 10021 ; note L. D'AVOUT ; *Dr. famille* 2009, comm. 15, P. MURAT ; *Rev. crit. DIP* 2009, 320, note P. LAGARDE ; *RTD civ.* 2009, 106, obs. J. HAUSER.

<sup>2077</sup> Au visa des articles 423 du Code de procédure civile et 16-7 du Code civil, la Cour de cassation considère que l'action du ministère public, en annulation de la transcription des actes de naissance établis en Californie sur les registres de l'état civil, est recevable. Comme le souligne P. LAGARDE, la Cour de cassation s'est uniquement prononcée sur la recevabilité de l'action du ministère public et s'est bien gardée de prononcer la nullité des transcriptions (P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 320-331, spé., p. 323, n° 4 ; *comp.* L. BRUNET, « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.* 2009, pp. 340-344 ; A. MIRKOVIC, « Mères porteuses : analyse de droit de la famille », *JCP G* 2009, II, 10020, pp. 37-39 ; L. D'AVOULT, « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G* 2009, II, 10021, pp. 39-41 ; *contra.* M. BRUSORIO-AILLAUD, « Refus de transcrire les actes de naissance d'enfants issus d'une convention de mère porteuse conclue à l'étranger », *JCP G* 2009, act. 10, p. 10). En effet, l'article 423 du Code de procédure civile peut prêter à confusion, en laissant croire que seule une atteinte à l'ordre public permet de rendre recevable l'action du ministère public mais une telle interprétation procéderait d'une confusion de la « *recevabilité* » de l'action et du « *bien-fondé* » de l'action (P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 320-331, spé., p. 323, n° 4). En rappelant la jurisprudence *Bodin* (Cass. civ. 17 décembre 1913 : *DP* 1914, 1, p. 261, note P. BINET ; *S.* 1914, 1, p. 153, note RUBEN DE COUDER ; *RTD civ.* 1915, p. 207, obs. R. JAPIOT). P. LAGARDE souligne que la recevabilité de l'action du ministère public implique seulement que l'ordre public soit « *intéressé* » (P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 320-331, spé., p. 323, n° 4). Ainsi, le recours à l'article 423 du Code de procédure civile et à l'article 16-7 du Code civil « *veut simplement dire que l'interdiction par la loi française des conventions de mère porteuse autorise le ministère public à développer devant les tribunaux français l'argumentation selon laquelle une telle convention conclue à l'étranger porterait atteinte à l'ordre public, mais ne signifie pas que cette argumentation doit être reçue par le juge français* » (*Ibid.*).

<sup>2078</sup> CA [Paris], Pôle 1, ch. 1., 18 mars 2010, n° 09/11017 : *D.* 2010, 1210, note V. EGÉA ; *ibid.*, 1683, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE ; *Dr. famille* 2010, étude 29, M. FARGE ; *RTD civ.* 2010, 317, chron. J. HAUSER.

<sup>2079</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *préc.*

d’instance de Tourcoing. Dans un arrêt confirmatif<sup>2080</sup>, la Cour d’appel de Douai rejeta la demande de transcription de cet acte à l’état civil et refusa également de constater l’établissement de la filiation paternelle par la possession d’état<sup>2081</sup>. Dans un des arrêts du 6 avril 2011<sup>2082</sup> précité, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par les époux Labassée. Nous savons que dans les deux affaires, la Cour de cassation s’était fondée sur la contrariété de la gestation pour autrui avec le principe essentiel de l’indisponibilité de l’état des personnes pour mettre en œuvre l’ordre public international et s’opposer aux effets des gestations pour autrui en France<sup>2083</sup>. Ainsi, l’ordre public international s’opposait aussi bien à la transcription des actes de naissance étrangers qu’à la transcription de l’acte de notoriété, tout en empêchant l’établissement de la filiation paternelle par la possession d’état.

**803. Enjeux de la transcription des actes de naissance.** Si la transcription de l’acte de naissance étranger sur les registres de l’état civil français était sollicitée avec tant d’insistance dans les affaires précitées, c’est parce qu’elle « *facilite la preuve de l’état de la personne, en permettant de présenter un acte français* »<sup>2084</sup>. En effet, les actes de naissance étrangers permettent de prouver l’état de la personne et ils bénéficient de la force probante s’ils respectent les conditions posées par l’article 47 du Code civil<sup>2085</sup>. Cependant, ces actes peuvent être rejetés ou contestés par les administrations françaises, notamment en cas de suspicion de fraude<sup>2086</sup>.

---

<sup>2080</sup> TGI [Lille], 1<sup>re</sup> ch., 22 mars 2007 : *D.* 2007, 1251, note X. LABBÉE ; *Dr. famille* 2007, comm. 122, P. MURAT ; *RTD civ* 2007, 557, chron. J. HAUSER.

<sup>2081</sup> CA [Douai], 1<sup>re</sup> ch.1., 14 sept. 2009, n° 07/02201 : *D.* 2009, 2845, note A. MIRKOVIC ; *RTD civ.* 2010, 96, chron. J. HAUSER ;

<sup>2082</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *préc.*

<sup>2083</sup> *Cf. supra.*

<sup>2084</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2017, comm. 14, pp. 1291-1314, spé., p. 1307. On rappellera à cet égard que : « *L’acte de l’état civil doit être distingué de l’état de la personne : il en est, en l’état actuel du droit, uniquement le mode de preuve* » (H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l’homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42, spé., p. 15).

<sup>2085</sup> L’article 47 du Code civil confère une force probante aux actes de l’état civil qui sont dressés à l’étranger, mais à la condition qu’ils soient traduits et légalisés (ou apostillés) (CE, *La révision des lois de bioéthique*, La Documentation française, 2009, p. 64).

<sup>2086</sup> En effet, l’utilisation des actes de naissance étrangers n’est pas sans risque, car les administrations peuvent suspecter une fraude et les rejeter ou même les contester (I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité*, Odile Jacob, 2014, p. 221). Ainsi, la force probante de l’acte étranger peut donc être « *remise en cause de façon régulière* » (J. GUILLAUMÉ, « Le statut juridique des enfants nés à l’étranger d’une mère porteuse » (in) *Les fondements de la filiation* (Dir. A. DIONISI-PEYRUSSE, et L. MAUGER-VIELPEAU), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 239-254, spé., p. 246). Au moment où la Cour de cassation rend les arrêts du 6 avril 2011, les parents d’intention étaient alors confrontés à de sérieuses difficultés administratives. Ils doivent obtenir « *un titre de voyage et de séjour puisque l’enfant n’a pas la nationalité française* », ils n’ont « *aucun titre à exercer l’autorité parentale* », et, « *en l’absence de legs ou de testament* », l’enfant n’a « *aucune vocation successorale* » (I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *op. cit.*, pp. 221-222). On notera à cet égard la circulaire dite « *Taubira* » dans laquelle la garde des Sceaux enjoint les tribunaux à délivrer des certificats de nationalité française « *aux enfants nés à l’étranger de Français, lorsqu’il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu’il a été fait recours à une*

Par conséquent, si l'opération<sup>2087</sup> de transcription de l'acte de naissance étranger est facultative<sup>2088</sup>, et si elle ne permet pas l'établissement de la filiation<sup>2089</sup>, elle autorise la création d'actes de l'état civil français, qui pourront être utilisés en lieu et place des actes étrangers<sup>2090</sup>.

---

*convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* » (Circ. NOR : JUSC1301528C, 25 janv. 2013 [relative à la délivrance des certificats de nationalité française-convention de mère porteuse-état civil étranger]). Cette circulaire suscita à juste titre de nombreuses critiques (Cf. par ex : C. NEIRINCK, « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. famille* 2013, comm. 42, pp. 28-30). Néanmoins, elle a été validée par le Conseil d'État dans un arrêt du 12 décembre 2014 (CE, 12 déc. 2014, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, Association Juristes pour l'enfance *et autres* : *AJDA* 2015, 357, note J. LEPOUTRE ; *D.* 2015, 352, concl. X. DOMINO ; *ibid.*, 357, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; *AJF* 2015, 53, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE). La formule choisie par le Conseil d'État pour exprimer sa décision est particulièrement « *alambiquée* » (Cf. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « La circulaire "Taubira" sur les certificats de nationalité française validée », *D.* 2015, pp. 357-352, spé., p. 361). Cependant, elle mérite d'être reproduite *in extenso* tant elle reflète, à la fois l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les difficultés de la juridiction administrative pour justifier sa décision : « *la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat qui est entaché de nullité au regard de l'ordre public français ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée à ce qu'il implique, en termes de nationalité, le droit à l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire, lorsque sa filiation avec un français est établie* ». Même les auteurs ayant salué cette décision, en ce qu'elle permet de « *stabiliser la situation* » des enfants n'ont pu s'empêcher de souligner qu'elle était « *juridiquement contestable* » (H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, *D.* 2015, p. 361).

<sup>2087</sup> « *La transcription est l'opération par laquelle un officier de l'état civil recopie sur ses registres un acte de l'état civil reçu ailleurs que dans sa circonscription, ou une décision judiciaire relative à l'état civil. Elle a pour objet, soit d'assurer aux actes et jugements une meilleure publicité, soit de remplacer ou de rectifier des actes omis ou erronés* » (Circ. Garde des sceaux, 21 sept. 1955 [Instruction générale relative à l'état civil], JO 22 septembre 1955, p. 9345).

<sup>2088</sup> Selon l'article 7 du décret du 3 août 1962 : « *Les actes de l'état civil dressés en pays étranger qui concernent des français sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil* » (D. n° 62-921, 3 août 1962, [modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil], art. 7). Il convient de noter que ce décret a été abrogé par un décret du 6 mai 2017 (D. n° 2017-890, 6 mai 2017, [relatif à l'état civil], art. 59). En effet, l'article 24 de ce décret prévoit désormais que « *les actes de l'état civil des personnes de nationalité française dressés en pays étranger par les autorités locales sont transcrits d'office ou à la demande des intéressés sur les registres de l'état civil* » (D. n° 2017-890, 6 mai 2017, [relatif à l'état civil], art. 24). Ainsi, comme le prévoit l'instruction générale relative à l'état civil : « *En l'absence de texte prévoyant l'obligation de transcription, les officiers de l'état civil et les administrations ne peuvent exiger des Français dont les actes de l'état civil ont été dressés par des autorités étrangères qu'ils fassent procéder à la transcription de ces actes sur les registres consulaires français* » (IGEC, §509).

<sup>2089</sup> C. MÉCARY, « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui » (in) *Les fondements de la filiation* (Dir. A. DIONISI-PEYRUSSE, et L. MAUGER-VIELPEAU), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 115-133, spé., p. 122. Comme le précise J. GUILLAUMÉ : « *La filiation ne peut être établie qu'en vertu des règles qui la régissent* », et par conséquent, « *un acte de naissance étranger transcrit sur les registres français de l'état civil ne permet pas d'établir la filiation* » (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2017, comm. 14, pp. 1291-1314, spé., p. 1307).

<sup>2089</sup> « *La transcription est l'opération par laquelle un officier de l'état civil recopie sur ses registres un acte de l'état civil reçu ailleurs que dans sa circonscription, ou une décision judiciaire relative à l'état civil. Elle a pour objet, soit d'assurer aux actes et jugements une meilleure publicité, soit de remplacer ou de rectifier des actes omis ou erronés* » (Circ. Garde des sceaux, 21 sept. 1955 [Instruction générale relative à l'état civil], JO 22 septembre 1955, p. 9345).

<sup>2090</sup> Ce véritable « *enjeu* » est mis en perspective H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON. Ces auteurs précisent que la transcription permet « *l'inscription de "l'évènement étranger" intéressant l'état civil dans les registres français de l'état civil* » et donc « *qu'il peut être délivré aux intéressés des actes de l'état civil français relatif à cet évènement* » (H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 15-16). Cette opération est particulièrement utile car « *les intéressés n'ont plus à utiliser leurs actes étrangers pour prouver leur état*

Par conséquent, l'utilisation d'actes français permet d'évacuer nombre de difficultés administratives tout en écartant les soupçons de gestation pour autrui<sup>2091</sup>. La transcription de l'acte étranger demeure soumise à trois conditions : « *l'acte étranger doit exister réellement, il doit répondre aux conditions de l'article 47 du Code civil* » et « *la transcription de l'acte "tel qu'il se présente ne doit pas être contraire au droit français"* »<sup>2092</sup>. À cet égard, les officiers d'état civil « *doivent refuser la transcription si l'acte est contraire à l'ordre public* »<sup>2093</sup>, cette contrariété pouvant s'apprécier « *par rapport à l'acte lui-même ou par rapport à l'état de la personne inscrit dans l'acte* »<sup>2094</sup>. Comme le souligne un auteur : « *Cette dernière interprétation permettrait de refuser la transcription en considération de l'illicéité de la convention de mère porteuse au regard de l'ordre public international français* »<sup>2095</sup>.

804. **Mise en œuvre de l'ordre public international.** Face à de tels enjeux, on comprend le refus de transcription des actes de naissance opposé par la Cour de cassation dans les arrêts du 6 avril 2011<sup>2096</sup>. Pour justifier ce refus, la Cour pouvait se placer sur le « *terrain instrumentaire* »<sup>2097</sup>, en contrôlant la régularité et la véracité de l'acte de naissance sur le fondement de l'article 47 du Code civil, ou se placer sur le « *terrain substantiel* »<sup>2098</sup>, qui a « *trait non pas à l'acte lui-même mais à la situation qui y est consignée* »<sup>2099</sup>, en vérifiant qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public international<sup>2100</sup>. La Cour privilégia cette dernière

---

*puisque'ils peuvent obtenir autant de copie et d'extrait qu'ils souhaitent des actes français établis par transcription des actes étrangers* » (*Ibid.* spé., p. 16). Ainsi, dans les affaires *Menesson* et *Labassée*, l'objectif de la demande de transcription « *était évidemment d'obtenir d'une autorité française, c'est-à-dire de l'ordre juridique français, un document officiel français qui entérine la relation ressortant du jugement américain et consignée dans les certificats de naissance établis en Californie ou au Minnesota* » (B. ANCEL, « L'épreuve de vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 1-9, spé., p. 3).

<sup>2091</sup> Sur cette facilitation des démarches administratives : Cf. C. MÉCARY, « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui » (in) *op. cit.*, pp. 115-133 ; du même auteur : « Pour en finir avec la ségrégation qui frappe les enfants nés dans le cadre d'une gestation pour autrui à l'étranger », *Revue de droit d'Assas*, 2014, n° 9, pp. 96-99, spé., p. 97 et s.)

<sup>2092</sup> J. GUILLAUMÉ, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse » (in) *op. cit.*, p. 247.

<sup>2093</sup> *Ibidem*, p. 247. L'auteur cite l'article 5 alinéa 2 du décret n° 2008-521 du 2 juin 2008 relatif aux attributions des autorités diplomatiques et consulaires françaises en matière d'état civil.

<sup>2094</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>2095</sup> *Ibid.*

<sup>2096</sup> Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053, *préc.*

<sup>2097</sup> B. ANCEL, « L'épreuve de vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », *op. cit.*, p. 6.

<sup>2098</sup> *Ibidem*.

<sup>2099</sup> D. SINDRES, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, doct. 4, pp. 429-504, spé., p. 450.

<sup>2100</sup> L'existence de ce choix, entre le contrôle « *instrumentaire* » ou « *substantiel* » peut être discutée. D. SINDRES met en perspective deux interprétations divergentes émises par P. LAGARDE et B. ANCEL (Cf. D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2015, doct. 4, pp. 429-504, n.b.p. n° 112). Selon une première interprétation, émise par P. LAGARDE, l'acte de naissance établi dans l'affaire *Menesson* est régulier et il ne dissimule rien, étant donné qu'il ne présente

approche, mais elle devait choisir entre deux méthodes disponibles<sup>2101</sup>. La première impliquait de contrôler la conformité des actes de naissance, demeurant des actes publics étrangers<sup>2102</sup>, à l'ordre public international<sup>2103</sup>. La conformité à l'ordre public international de la situation constatée dans l'acte public étranger est considérée, aussi bien par les juridictions<sup>2104</sup> que par la doctrine<sup>2105</sup>, comme une condition de reconnaissance, et donc d'accueil, de ces actes<sup>2106</sup>. La deuxième méthode, empruntant cette fois-ci la voie du conflit de juridiction, consistait à

---

pas la mère commanditaire comme la femme ayant accouché, mais seulement comme la « mère légale ». Par conséquent, seul l'ordre public international pouvait servir de fondement au refus de transcription. Selon une seconde opinion, émise par B. ANCEL, la transcription de l'acte de naissance américain aurait fait écran entre la situation créée aux États-Unis et la situation publiée en France et par conséquent elle aurait été « trompeuse ». Ainsi, l'acte de naissance n'est pas conforme à la réalité, telle qu'elle est interprétée par la loi française. Par conséquent, une des conditions posées par l'article 47 du Code civil fait bien défaut et le refus de transcription pouvait se fonder sur un simple contrôle « instrumentaire » de l'acte (Cf. D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2015, doct. 4, pp. 429-504, n.b.p. n° 112).

<sup>2101</sup> Sur la question de la méthode applicable pour contrôler la conformité de la situation étrangère à l'ordre public international : Cf. G. CUNIBERTI, *JDI* 2008, comm. 1, pp. 145-153, spé., p. 150 et s. ; L. BRUNET, *préc.*, *D.* 2009, p. 342 ; J. GUILLAUMÉ, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », *op. cit.*, p. 250 et s.

<sup>2102</sup> Il peut être utile de rappeler une classification originale des actes de l'état civil proposée par C. PAMBOUKIS (Cf. C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993 ; Cf. également du même auteur : « L'acte quasi public en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1993, pp. 565-590). C. PAMBOUKIS a introduit la catégorie d'« acte quasi public » en prenant en compte la fonction de l'organe public étranger (Cf. C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, *op. cit.*, p. 24, n° 26 et s.). Ces « actes quasi publics » sont répartis en deux sous-catégories comprenant : « les actes quasi publics réceptifs » et « les actes quasi publics constatatifs ». Ainsi l'organe public va réceptionner la volonté qui émane de personnes privées (actes quasi publics réceptifs) ou constater l'existence d'un fait juridique (actes quasi publics constatatifs). S'agissant de cette dernière catégorie, l'auteur s'exprime plus précisément en ces termes : « L'opération à laquelle se livre l'organe est d'ailleurs relativement simple, car il ne s'agit pas d'établir une réalité, mais d'établir une présomption » (C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993, p. 26, n° 27). Ainsi, les actes de l'état civil constituent « l'archétype » des actes quasi publics constatatifs. (J.-M. BISCHOFF, « Compte rendu de la thèse de : Charalambos Pamboukis. - *L'acte public étranger en droit international privé*, coll. "Bibliothèque de droit privé". t. 219. Paris. L.G.D.J. 1993. 360 pages », *RID comp.* 1995, pp. 1059-1061, spé., p. 1060).

<sup>2103</sup> La question du contrôle de l'acte public étranger dans le cadre de la méthode de la reconnaissance sera abordé ultérieurement (Cf. *infra*).

<sup>2104</sup> Deux exemples sont généralement donnés par la doctrine spécialisée. Le premier concerne le contrôle d'un acte, établi par une autorité administrative japonaise constatant le divorce entre deux époux de nationalité française, à l'ordre public international (TGI [Paris], 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 17 oct. 1991 : *Rev. crit. DIP* 1992, 508, note H. MUIR WATT). Le second concerne le contrôle de conformité à l'ordre public international d'une déclaration commune, semblable à un divorce par consentement mutuel, faite par une thaïlandaise et un français devant un officier d'état civil de l'Ambassade de Thaïlande à Londres (TGI [Paris], 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 10 mai 1990 : *Rev. crit. DIP* 1991, 391, note H. MUIR WATT).

<sup>2105</sup> La doctrine fait preuve d'un si large consensus sur cette question qu'il serait possible d'y déceler une unanimité (dans ce sens : Cf. G. CUNIBERTI, *JDI* 2008, comm. 1, pp. 145-153, spé., p. 151). En effet, nombreux sont les auteurs présentant la possibilité de contrôler la conformité de l'acte public étranger à l'ordre public international indépendamment de sa régularité intrinsèque (Cf. par ex : P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd, Montchrestien, 2010, p. 353, n° 471 ; P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004, p. 254, n° 494 ; N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1047, n° 1 ; C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, *op. cit.*, p. 275, n° 414 ; L. BRUNET, *préc.*, *D.* 2009, p. 343 ; T. VIGNAL, « Ordre public et reconnaissance » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 527-548, spé., p. 537, n° 13).

<sup>2106</sup> Nous observerons ultérieurement comment la Cour de cassation a écarté le contrôle de la conformité à l'ordre public international des actes de naissance établis à la suite d'une gestation pour autrui à l'étranger (Cf. *infra*).



contrôler la conformité du jugement étranger, ayant permis l'établissement des actes publics étrangers, à l'ordre public international. Le jugement étranger et l'acte public étranger étant « *indissociable* »<sup>2107</sup>, la contrariété à l'ordre public international du premier empêche la transcription du second<sup>2108</sup>. Cette dernière méthode sera utilisée explicitement par la Cour de cassation dans l'arrêt *Menesson* du 6 avril 2011<sup>2109</sup>. La méthode adoptée dans l'arrêt *Labassée*<sup>2110</sup> est plus subtile, car la Cour s'est directement prononcée sur la contrariété de la convention de gestation pour autrui à l'ordre public international pour s'opposer à la transcription de l'acte de notoriété et à l'établissement de la filiation paternelle par la possession d'état<sup>2111</sup>. La mise en œuvre de l'ordre public international fera l'objet d'un contrôle dans les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014.

## B) Le contrôle du résultat obtenu par la mise en œuvre de l'ordre public international

805. *Contrôle de la mise en œuvre de l'ordre public international.* Selon la Cour, en faisant obstacle tant à la reconnaissance, qu'à l'établissement en droit interne, du lien de filiation des

<sup>2107</sup> H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 349-354, spé., p. 352, n° 2.

<sup>2108</sup> Il s'agit ici de la solution retenue par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt « *Époux Wallon* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juil. 2000, n° 99-10.848, [Époux Wallon c. Ministère public] : *Rev. crit. DIP* 2001, 349, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 2001, II, 10588, note A. MORENO). Dans cette affaire, un jugement polonais d'adoption, rendu au profit d'un couple de français, avait permis l'établissement d'un acte de naissance « *reconstitué* » par les autorités polonaises. Les adoptants ont délaissé les procédures habituelles, consistant à solliciter l'*exequatur* du jugement étranger ou introduire une nouvelle demande d'adoption en France, et ont demandé aux juridictions françaises que l'acte de naissance étranger se voit conférer un caractère exécutoire (A. MORENO, « L'absence de consentement des représentants légaux à l'adoption est contraire à l'ordre public », *JCP G* 2001, II, 10588, pp. 1683-1686, spé., p. 1684). L'acte de naissance étranger avait été établi conformément à la loi polonaise et il s'agissait donc de déterminer si cet acte, en lui-même, pouvait avoir force probante ou être transcrit sur les registres de l'état civil. Cependant, la Cour de cassation va considérer que le jugement étranger est contraire à l'ordre public international car l'adoption a été prononcée « *sans le consentement des parents légaux de l'enfant* ». Par conséquent, la Cour va s'opposer à la transcription de l'acte de naissance. Comme le souligne un commentateur : « *La réponse négative donnée par la Cour de cassation est fondée sur le caractère indissociable des deux actes ; l'acte de naissance ayant été établi en exécution du jugement d'adoption, son sort est inexorablement lié à celui de ce dernier* » (H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 349-354, spé., p. 352, n° 2). L'acte de naissance « *tombe ainsi avec son socle* » (H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 349-354, spé., p. 352, n° 2).

<sup>2109</sup> Comme le souligne la Cour de cassation : « *la cour d'appel a retenu à bon droit que dans la mesure où il donnait effet à une convention [de gestation pour autrui], le jugement "américain" du 14 juillet 2000 était contraire à la conception française de l'ordre public international, en sorte que les actes de naissance litigieux ayant été établis en application de cette décision, leur transcription sur les registres de l'état civil français devait être annulée* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *préc.*).

<sup>2110</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*

<sup>2111</sup> La Cour adopte néanmoins le même raisonnement que dans l'affaire *Menesson* pour faire appel à l'ordre public international, car elle raisonne « *en termes d'effets en France de la situation étrangère, en voyant la possession d'état comme l'aboutissement d'un processus d'ensemble débutant par la recherche d'une gestation pour autrui à l'étranger* » (P. HAMMJE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 733, n° 9). D. SINDRES distingue une question principale et une question préalable. La première, à savoir l'établissement de la filiation entre les époux et l'enfant par la possession d'état, étant « *placée sous la dépendance* » de la seconde, qui n'autre que « *la licéité de la convention de gestation pour autrui* » (D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2015, doct. 4, pp. 440-441).

enfants, à l'égard de leur père biologique, l'État français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation<sup>2112</sup>. L'une des questions qui devait être tranchée par les juges strasbourgeois était précisément de savoir si la mise en œuvre de l'ordre public international était conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour y répondre, la Cour européenne des droits de l'homme se prêta à un véritable contrôle de la mise en œuvre de l'ordre public international<sup>2113</sup>. Au sein des deux décisions, la Cour constate que le refus de transcrire les actes de naissance des enfants nés d'une mère porteuse « *se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé* »<sup>2114</sup>. La Cour affirme clairement « *qu'elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle* »<sup>2115</sup>. La Cour doit néanmoins vérifier si : « *en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale* »<sup>2116</sup>. Par conséquent, la Cour n'entend pas remettre en cause la liberté du juge étatique de mettre en œuvre l'ordre public international. Elle se contente de vérifier que le juge de l'État d'accueil a bien respecté un certain équilibre entre l'intérêt de la collectivité et l'intérêt des requérants, de manière à ce que le résultat obtenu par la mise en œuvre de l'ordre public international soit conforme à l'article 8 de la Convention<sup>2117</sup>. Pour contrôler le résultat obtenu par la mise en œuvre de l'ordre public international, la Cour opère une distinction peu « *courante* »<sup>2118</sup> entre le droit au respect de la vie familiale et le droit au respect de la vie privée. Si la Cour apprécie le droit au respect de la

---

<sup>2112</sup> CEDH, arrêt *Menesson préc* ; Arrêt *Labassée, préc.*

<sup>2113</sup> Sur ce point : Cf. J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2014, comm. 16, pp. 1265-1281, spé., p. 1275 et s.

La Cour rappelle néanmoins, avant tout contrôle de la mise en œuvre de l'ordre public international, l'avis de l'avocat général M. DOMINGO dans l'affaire *Menesson*. En effet, l'avocat général avait affirmé : « *que l'ordre public international, fût-il de "proximité" ne saurait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction étrangère de produire en France les effets juridiques qui en dérivent – notamment au regard de la transcription des actes d'état-civil – lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par notre pays* » (M. DOMINGO, *préc.*, *Gaz. Pal.* 2011, 3, jurispr. p. 1497). Nous observerons ultérieurement comment cette proposition de M. DOMINGO s'inscrit dans le cadre de la méthode de la reconnaissance (Cf. *infra*).

<sup>2114</sup> Arrêt *Menesson, préc.*, §84 ; Arrêt *Labassée, préc.*, §63.

<sup>2115</sup> Arrêt *Menesson, préc.*, §84 ; Arrêt *Labassée, préc.*, §63.

<sup>2116</sup> Arrêt *Menesson, préc.*, §84 ; Arrêt *Labassée, préc.*, §63. *C'est nous qui soulignons.*

<sup>2117</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2014, comm. 16, pp. 1265-1281, spé., p. 1274.

<sup>2118</sup> Comme le souligne un auteur, « *cette "summa divisio" entre vie familiale et vie privée n'est pas si courante dans le contentieux tiré de l'article 8* » (L. BURGORGUE-LARSEN, « *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme* », *AJDA* 2014, pp. 1763-1772, spé., p. 1772).

vie familiale à l’égard des parents et des enfants, elle n’apprécie le droit au respect de la vie privée qu’à l’égard des enfants.

806. **Absence de violation du droit au respect de la vie familiale.** S’agissant du droit au respect de la vie familiale, la Cour considère que l’État d’accueil n’a pas outrepassé sa marge d’appréciation<sup>2119</sup>, car la Cour de cassation a « ménag[é] un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l’État »<sup>2120</sup>. Tout en permettant d’éviter la consécration d’un droit à l’enfant<sup>2121</sup>, cette décision réduit la portée de la théorie de la reconnaissance<sup>2122</sup>.

807. **Violation du droit au respect de la vie privée.** L’appréciation du droit au respect de la vie privée, qui s’effectue seulement à l’égard des enfants, ne conduit pas à la même solution. La Cour va tout d’abord préciser que « la vie privée », au sens de l’article 8 de la Convention, intègre des « aspects de l’identité non seulement physique mais aussi sociale de l’individu »<sup>2123</sup> comme la filiation<sup>2124</sup>. La Cour en déduit que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain, ce qui inclut la filiation »<sup>2125</sup>. La Cour va donc conclure à l’applicabilité de l’article 8 dans son volet « vie privée »<sup>2126</sup>. L’intégration

---

<sup>2119</sup> En effet, si le refus de reconnaître le lien de filiation établi à l’étranger engendre des difficultés dans la vie quotidienne, en matière de succession ou de droit de séjour, il n’empêche pas les requérants de vivre « dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles (Arrêt Labassée, préc. §71, Arrêt Mennesson, préc., §92).

<sup>2120</sup> Arrêt Labassée, préc., §73 ; Arrêt Mennesson, préc. §94.

<sup>2121</sup> En effet, « la Cour refuse d’imposer aux États la reconnaissance juridique de la vie familiale lorsque cette reconnaissance impliquerait une violation d’une règle impérative de leur ordre juridique. Ce faisant, la Cour écarte tout risque de consacrer de près ou de loin un droit à l’enfant » (A. GOUTTENOIRE, « Convention de gestation pour autrui. Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l’intérêt supérieur de l’enfant », *JCP G* 2014, note 877, pp. 1486-1489, spé., p. 1488).

<sup>2122</sup> La méthode de la reconnaissance sera abordée ultérieurement. Néanmoins, nous pouvons d’ores et déjà constater que la solution proposée par la Cour européenne des droits de l’homme peut être saluée. En effet, la jurisprudence *Wagner* pouvait être interprétée comme mettant à la charge de l’État défendeur l’obligation de consacrer juridiquement une vie familiale constituée de fait à l’étranger, mettant alors en péril l’exception d’ordre public international (Cf. *supra*). Or, comme le souligne L. D’AVOUT : la jurisprudence *Wagner* est « tempérée dans une large mesure, pour la double raison de la distinction opérée entre les requérants et de l’absence d’obligation positive de transformation de la famille de fait en une famille de droit » (L. D’AVOUT, « La “reconnaissance” de la filiation issue d’une gestation pour autrui à l’étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, pp. 1806-1810, spé., p. 1807). Cette solution renvoie à l’opinion dissidente des juges G. RAIMONDI et R. SPANO dans l’affaire *Paradiso Campanelli* : « En outre, la position de la majorité revient, en substance, à nier la légitimité du choix de l’État de ne pas reconnaître d’effet à la gestation pour autrui. S’il suffit de créer illégalement un lien avec l’enfant à l’étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l’existence d’une “vie familiale”, il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d’effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (Mennesson et Labassée), est réduite à néant » (CEDH, 27 janv. 2015, n°25358/12, [Paradiso et Campanelli c. Italie], opinion en partie dissidente commune des juges Raimondi et Spano, § 15).

<sup>2123</sup> Arrêt Labassée, préc., §38 ; Arrêt Mennesson, préc., §46.

<sup>2124</sup> Arrêt Labassée, préc., §38 ; Arrêt Mennesson, préc., §46.

<sup>2125</sup> Arrêt Labassée, préc., §38 ; Arrêt Mennesson, préc., §46.

<sup>2126</sup> Arrêt Labassée, préc., §38 ; Arrêt Mennesson, préc., §46.

de la notion « *d'identité* » dans le raisonnement de la Cour va avoir un impact décisif sur la marge d'appréciation laissée à l'État d'accueil. Ainsi, en l'absence de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, la marge d'appréciation laissée aux États est large<sup>2127</sup>. Cependant, la Cour va aussitôt préciser que : « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte* »<sup>2128</sup>. Par conséquent, la Cour prend en compte « *la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation* »<sup>2129</sup> et qu'« *il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce* »<sup>2130</sup>. La Cour va constater l'existence d'une ingérence dans le droit à la vie privée des enfants en se fondant sur trois éléments principaux. Le premier est l'atteinte à l'identité des enfants étant donné que le lien de filiation biologique établi dans l'État d'origine n'est pas reconnu par l'ordre juridique français<sup>2131</sup>. Le deuxième est une atteinte à « *l'identité nationale* »<sup>2132</sup> des enfants, car « *ils sont privés de la certitude de pouvoir acquérir la nationalité française* »<sup>2133</sup>. Le troisième concerne l'atteinte à « *l'identité filiale* »<sup>2134</sup> des enfants « *résultant du fait que les enfants n'ont pas les mêmes droits successoraux à l'égard de leur parent d'intention que si leur filiation avait été établie en France* »<sup>2135</sup>. Bien qu'il soit concevable que « *la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire* »<sup>2136</sup>, l'État défendeur est allé au-delà de sa marge d'appréciation en refusant de reconnaître ou d'établir le lien de filiation biologique<sup>2137</sup>. En définitive, la Cour conclut à une violation du droit au respect de la vie privée, mais seulement à l'égard des enfants<sup>2138</sup>.

<sup>2127</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §56 ; Arrêt *Mennesson, préc.*, §77.

<sup>2128</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §56 ; Arrêt *Mennesson, préc.*, §77.

<sup>2129</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §59 ; Arrêt *Mennesson, préc.*, §80.

<sup>2130</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §59 ; Arrêt *Mennesson, préc.*, §80.

<sup>2131</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §75 ; Arrêt *Mennesson, préc.*, §96.

<sup>2132</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2014, comm. 16, pp. 1265-1281, spé., p. 1276.

<sup>2133</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2014, comm. 16, pp. 1265-1281, spé., p. 1276.

<sup>2134</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §77, Arrêt *Mennesson, préc.*, §97.

<sup>2135</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2014, comm. 16, pp. 1265-1281, spé., p. 1274.

<sup>2136</sup> Arrêt *Labassée, préc.*, §78 ; Arrêt *Mennesson, préc.*, §99.

<sup>2137</sup> Les conséquences d'une telle solution sont importantes si l'on considère qu'elle ne souffre d'aucune exception. Ainsi, selon certains auteurs, cette solution conduit, entre autres, à rendre obligatoire l'établissement ou la reconnaissance de la filiation biologique d'un enfant qui serait issu d'une relation incestueuse (dans ce sens : Cf. M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, pp. 224-229, spé., p. 225 ; G. PUPPINCK et C. DE LA HOUGUE, « Cour européenne des droits de l'homme : vers la libéralisation de la GPA », *Rev. Lamy. dr. civ.* sept. 2014, n° 118, pp. 78-84, spé., p. 82).

<sup>2138</sup> Selon M. FARGE, le remède préconisé par la Cour conduit à rendre artificielle la distinction proposée entre le droit au respect de la vie familiale du père et le droit au respect de la vie privée de l'enfant (M. FARGE, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. 21, p. 6). Comme le souligne l'auteur, la Cour laisse croire « *qu'il est possible, via la reconnaissance de la filiation paternelle, de satisfaire l'intérêt de l'enfant*

808. Cette solution interroge directement sur la capacité du juge étatique à mettre en œuvre l'ordre public international pour s'opposer aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger.

## **§2. La neutralisation de la mise en œuvre de l'ordre public international en matière de gestation pour autrui**

809. La solution rendue par la Cour européenne des droits de l'homme produit une neutralisation de l'ordre public international français. Cette neutralisation, qui peut être contestée (A) a été entérinée par les juridictions françaises (B).

### **A) Une neutralisation contestable**

810. *Neutralisation fondée sur l'identité.* Certains auteurs avaient conclu à une « *neutralisation* » de l'ordre public international à la lecture de l'arrêt *Négrépontis*<sup>2139</sup>. En effet, l'État grec avait été obligé de reconnaître l'effet d'une décision étrangère pourtant contraire à son ordre public international. Cette neutralisation de l'ordre public international pourrait être considérée comme renouvelée à la lecture des arrêts *Labassée*<sup>2140</sup> et *Menesson*<sup>2141</sup>. En effet, l'ordre juridique du for ne peut plus s'opposer aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, du moins en ce qui concerne la filiation paternelle biologique de l'enfant. Par conséquent, et dans ce cas précis, la marge de manœuvre du juge étatique pour faire intervenir l'ordre public international semble bien être réduite à néant. Le fondement d'une telle solution repose sur « *l'identité* »<sup>2142</sup>, qui est devenue un « *facteur de restriction de la marge*

---

*et son droit au respect de sa vie privée sans que la démarche n'ait une incidence sur le droit à la vie familiale du père » Ibid).* L'auteur note alors le « *décalage entre la condamnation mesurée de la Cour et le remède qu'elle prescrit : la reconnaissance de la filiation ne répare pas exclusivement l'atteinte à la vie privée de l'enfant ; elle profite aussi au père puisque l'institution crée un lien réciproque* » (Ibid).

<sup>2139</sup> L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture », *RCADI* 2013, t. 357, p. 376, n° 184.

<sup>2140</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>2141</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>2142</sup> Sur cette notion, Cf. *L'identité, un singulier au pluriel* (Dir. B. MALLET-BRICOURT et T. FAVARIO), Dalloz, 2015. Sur le « *droit de connaître des origines* » : Cf. F. RIGAUD, « Le droit de connaître ses origines » (in) *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (Dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), Bruylant, 2008, pp. 105-111.

*d'appréciation des États* »<sup>2143</sup>. Comme le souligne un auteur, l'invocation de « *l'identité* » par la Cour de Strasbourg dans le cadre de l'article 8 de la Convention « *constitue un outil justifiant la remise en cause des solutions retenues par un ordre juridique conformément à la mise en œuvre de ses outils de droit international privé* »<sup>2144</sup>. Ce même auteur considère que : « *L'identité individuelle constitue, pour la Cour de Strasbourg, un outil permettant de neutraliser le contenu de l'outil de défense de l'identité collective qu'est l'ordre public international* »<sup>2145</sup>. Dès lors, le sort de l'ordre public international semble définitivement scellé, au détriment de la protection des valeurs essentielles du for, et le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas à l'abri des critiques.

811. **Manipulation critiquable du « consensus européen ».** Un élément contestable concerne la « *manipulation* »<sup>2146</sup> du consensus européen<sup>2147</sup>. En effet, des auteurs ont montré que le juge européen « *instrumentalise le “consensus” selon qu'il entend préserver ou réduire la marge d'appréciation de l'État au vu de la fin qu'il poursuit* », venant ainsi fausser le jeu de la balance des intérêts »<sup>2148</sup>. Cette instrumentalisation peut prendre la forme d'une « *neutralisation de l'absence de consensus* »<sup>2149</sup>. Ainsi, de manière plus précise, la Cour européenne des droits de l'homme aurait « *contourn[é] l'absence de consensus* »<sup>2150</sup> dans l'arrêt *Menesson*<sup>2151</sup>. En

<sup>2143</sup> P. MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité » (in) *L'identité, un singulier au pluriel* (Dir. B. MALLET-BRICOURT et T. FAVARIO), Dalloz, 2015, pp. 51-73, spé., p. 63.

<sup>2144</sup> M. LAZOUZI, « L'identité en droit international privé » », *op. cit.*, p. 191.

<sup>2145</sup> *Ibidem*. Cette conclusion pourrait être nuancée. En effet, la neutralisation du « *contenu* » de l'ordre public international laisserait suggérer que les principes composant l'ordre public international, dans leur ensemble, ne peuvent plus du tout être opposés aux situations constituées à l'étranger. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme s'est seulement prononcée sur la filiation paternelle biologique de l'enfant, laissant alors en suspens la question de la parenté d'intention. De plus, la Cour a conclu à une absence de violation du droit au respect de la vie familiale des parents. Par conséquent, le « *contenu* » de l'ordre public international pourrait hypothétiquement continuer de se déployer à l'international pour faire obstacle aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger en ce qui concerne la parenté d'intention (Sur ce point, *Cf. infra*). Ainsi, plutôt qu'une neutralisation du « *contenu* » de l'ordre public international, la Cour semble avoir seulement neutralisé sa mise en œuvre, lorsque ce dernier empêche la consécration juridique de la filiation paternelle biologique de l'enfant issu d'une gestation pour autrui.

<sup>2146</sup> F. SUDRE, « La mystification du “consensus” européen », *JCP G* 2015, doct. 1369, pp. 2293-2299, spé., p. 2295, n° 9.

<sup>2147</sup> *Ibidem*.

<sup>2148</sup> F. SUDRE, *préc.*, *JCP G* 2015, doct. 1369, p. 2295. Cet auteur cite également les travaux de H. SURREL qui confirment cette tendance (*Cf.* H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (in) *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (Dir. M. LEVINET), Nemesis, Bruylant, 2010, pp. 61-86).

<sup>2149</sup> F. SUDRE, *préc.*, *JCP G* 2015, doct. 1369, p. 2296. Selon F. SUDRE, cette neutralisation de l'absence de consensus se décrit de la façon suivante : « *Il s'agit pour la Cour, malgré l'absence de consensus européen, de juger que les États ne disposent plus de nos jours que d'une marge d'appréciation réduite dans le domaine considéré afin de promouvoir une interprétation évolutive de la Convention et d'imposer une “règle commune”* » (F. SUDRE, *préc.*, *JCP G* 2015, doct. 1369, p. 2296, n° 15).

<sup>2150</sup> *Ibidem*, p. 2297, n° 17.

<sup>2151</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

effet, la Cour a considéré qu'il fallait réduire la marge d'appréciation des États, dans le domaine de la gestation pour autrui, en dépit de l'absence de consensus « *tant sur la légalité de la gestation pour autrui (que) sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger* »<sup>2152</sup>. Comme l'évoque F. SUDRE, il serait possible de conclure que la Cour a subtilement « *contourné* »<sup>2153</sup> l'absence de consensus pour atténuer la marge d'appréciation des États<sup>2154</sup>. Ainsi, selon une partie de la doctrine, la manœuvre adoptée par la Cour masque difficilement « *son désir [...] de condamner la position française* »<sup>2155</sup>.

812. **Balance « faussée » des intérêts.** Ce contournement de l'absence de consensus, sur un sujet aussi sensible que la gestation pour autrui, tend à suggérer que la Cour a bien « *fauss[é] le jeu de la balance des intérêts* »<sup>2156</sup>. Cette conclusion est confortée par un autre élément qui concerne directement l'identification des intérêts en présence. En effet, on peut s'étonner que la Cour réduise « *l'intérêt légitime des autorités* »<sup>2157</sup> au « *simple respect de la norme positive* »<sup>2158</sup>. La Cour considère que l'intérêt public légitime réside uniquement dans le respect de la prohibition de la gestation pour autrui, alors que justement, cette prohibition est une expression de valeurs<sup>2159</sup>. En effet, il semble que l'intérêt public pertinent concerne davantage

---

<sup>2152</sup> F. SUDRE, *préc.*, JCP G 2015, doct. 1369, p. 2297, n° 17 ; Comp. L. AUDOUY, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2015, p. 314, n° 456. Au soutien d'une telle réduction de la marge d'appréciation en dépit de l'absence de consensus : Cf. J.-P. MARGUÉNAUD, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.* 2014, pp. 835-839, spé., p. 838.

<sup>2153</sup> F. SUDRE utilise le terme de « *contournement* » (Cf. F. SUDRE, *préc.*, JCP G 2015, doct. 1369, p. 2297).

<sup>2154</sup> F. SUDRE s'exprime en ces termes : « À vrai dire, le sentiment prévaut que la Cour, par un raisonnement contourné, manipule le "consensus" afin de le neutraliser, embarrassée qu'elle est par le fait que seuls 11 États sur 35 autorisent ou tolèrent la GPA mais que 24 États sur 35 permettent la reconnaissance ou l'établissement juridiques du lien de filiation » (*Ibidem*, p. 2297, n° 17).

<sup>2155</sup> F. CHÉNEDÉ, « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.* 2014, pp. 1797-1805, spé., p. 1800, n° 5. La position de cet auteur est particulièrement critique à l'égard de la stratégie adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme. L'auteur souligne : « Ne se contentant pas, en effet, de réduire la marge d'appréciation des autorités nationales, la CEDH l'"évince" ensuite purement et simplement en déclarant que "les choix opérés par l'État, "même dans les limites de cette marge", n'échappent pas au contrôle de la Cour" ! ». L'auteur poursuit en ces termes : « Mais qu'est-ce donc qu'une "marge d'appréciation" qui ne permet pas à l'État de faire prévaloir son appréciation dans les limites de celle-ci ? Rien. Quelle réalité – et utilité – pour cet ultime rempart démocratique si la Cour s'autorise, une fois son existence admise, à contrôler son exercice ? Aucune ». Ainsi, la Cour aurait « *violé ouvertement le principe de subsidiarité et la marge d'appréciation reconnue aux États* » (F. CHÉNEDÉ, « État civil des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger : reconnaissance ? », *Rev. Lamy. dr. civ.* juin. 2015, n° 128, pp. 59-63, spé., p. 61, n° 6).

<sup>2156</sup> F. SUDRE, *préc.*, JCP G 2015, doct. 1369, p. 2295, n° 8.

<sup>2157</sup> G. PUPPINCK et C. DE LA HOUGUE, *préc.*, *Rev. Lamy. dr. civ.* sept. 2014, n° 118, p. 84.

<sup>2158</sup> *Ibidem*.

<sup>2159</sup> Comme le soulignent certains auteurs : « Pour la Cour, l'intérêt légitime des autorités vise le respect de la norme positive (se plier au choix effectué) et non pas le respect des intérêts et valeurs que cette norme vise à protéger » (*Ibid.*).

la protection des valeurs essentielles qui sont exprimées par la prohibition de la gestation pour autrui, que le simple respect de cette prohibition par les membres de la collectivité. Le choix opéré par la Cour de cassation de matérialiser la défense de l'intérêt public par la mise en œuvre de l'ordre public international, plutôt que par le mécanisme de la fraude, tend à confirmer cette interprétation. Cette identification parcellaire de l'intérêt public concerné semble préfigurer un désavantage certain pour la défense de l'ordre public international du for lors de la mise en balance des intérêts. Ce désavantage se cumule avec la particularité du contrôle de proportionnalité, dans lequel l'intérêt public n'est qu'un « *élément parmi d'autres* »<sup>2160</sup> dans la mise en balance. Avec la méthode de l'ordre public international, les principes d'ordre public « *jouent [...] seul contre tous* »<sup>2161</sup>, alors que dans le contrôle de proportionnalité, ces mêmes principes peuvent « *ne pas peser suffisamment [...] pour que l'atteinte portée par l'État requis aux droits et libertés du requérant soit jugée proportionnée au but légitime recherché* »<sup>2162</sup>. Ainsi, les arrêts *Labassée*<sup>2163</sup> et *Menesson*<sup>2164</sup> illustrent la prépondérance d'un intérêt privé sur l'ordre public international de l'État défendeur.

813. ***Prépondérance de l'intérêt privé sur l'ordre public.*** Dans le cadre de la pesée des intérêts, la Cour a été amenée à évaluer leur poids respectif, et elle a accordé un poids supérieur à l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie ou reconnue<sup>2165</sup>. Il apparaît que l'ordre public international n'est pas ressorti vainqueur du conflit qui l'opposait à l'intérêt supérieur de l'enfant, de sorte que ce dernier devait « *désormais prévaloir sur l'ordre public français dans la grille de raisonnement des juges confrontés à des demandes de transcription d'actes de naissance d'enfants issus d'une GPA réalisée à l'étranger* »<sup>2166</sup>. Nous observerons que cette « *défaite* »<sup>2167</sup> de l'ordre public international interroge directement sur la portée de l'impérativité de la prohibition de la gestation pour autrui<sup>2168</sup>. Cette « *défaite* »<sup>2169</sup> laisse également entrevoir un bouleversement de la hiérarchie des valeurs. Comme le suggère un

<sup>2160</sup> H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 674.

<sup>2161</sup> *Ibidem.*

<sup>2162</sup> *Ibid.*

<sup>2163</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*

<sup>2164</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

<sup>2165</sup> Le poids accordé à l'intérêt de l'enfant par la Cour a eu un impact important sur la solution finale. Après avoir affirmé que l'État défendeur avait dépassé sa marge d'appréciation, la Cour rajoute la justification suivante : « *Étant donné aussi le poids qu'il a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut [à une violation du droit au respect de la vie privée]* » (Arrêt *Menesson*, *préc.*, §101 ; Arrêt *Labassée*, *préc.*, §80).

<sup>2166</sup> L. BRUNET, *préc.*, *AJF* 2018, p. 573.

<sup>2167</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>2168</sup> Nous évaluerons ultérieurement le déclin de l'impérativité promue par l'ordre public international (Cf. *infra*).

<sup>2169</sup> L. BRUNET, *préc.*, *AJF* 2018, p. 572.



auteur, le juge français, se voit indiquer par la Cour de Strasbourg une nouvelle hiérarchie des valeurs selon laquelle « *la certitude de l'identité et le droit d'établir la filiation biologique [...] priment la prohibition de la gestation pour autrui et la mise à l'écart de ses effets* »<sup>2170</sup>. Contre toute attente, l'État français n'a pas exercé de recours contre les décisions *Labassée*<sup>2171</sup> et *Menesson*<sup>2172</sup>. Bien que ces arrêts soient devenus définitifs, certains auteurs ont appelé à la résistance des juridictions nationales<sup>2173</sup>. Cet appel restera sans écho, la Cour de cassation ayant entériné, à sa façon, la solution proposée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2174</sup>.

## B) Une neutralisation entérinée en droit français

814. *Transcription des actes de naissance*. La Cour de cassation procéda à un revirement de jurisprudence dans les deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>2175</sup> en acceptant la transcription des actes de naissance d'enfants nés à Moscou à la suite d'une gestation pour autrui<sup>2176</sup>. Dans les deux affaires, ces actes de naissance mentionnaient comme père l'homme de nationalité française ayant eu recours à une gestation pour autrui en Russie, et comme mère, la femme ayant porté et accouché de l'enfant, à savoir une ressortissante russe. La Cour d'appel de Rennes adopta des solutions différentes dans les deux arrêts soumis à la Cour régulatrice<sup>2177</sup>. Dans la première

<sup>2170</sup> M. LAAZOUZI, « L'identité en droit international privé », *op. cit.*, p. 191.

<sup>2171</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*

<sup>2172</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

<sup>2173</sup> On notera à cet égard la position de F. CHÉNEDÉ (Cf. F. CHÉNEDÉ, *préc.*, *Rev. Lamy. dr. civ.*, juin. 2015, n° 128, p. 61 et s). Cet auteur appelle l'assemblée plénière à ne pas céder devant l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme en adoptant un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle amènerait « à considérer [...] que l'atteinte portée aux droits des enfants – et des parents qui se cachent derrière eux – n'est nullement disproportionnée au regard de l'objectif légitime poursuivi par le législateur français » (F. CHÉNEDÉ, *préc.*, *Rev. Lamy. dr. civ.* juin. 2015, n° 128, p. 62, n° 7).

<sup>2174</sup> Notons que certaines juridictions du fond avaient pris en compte la solution posée dans les arrêts *Labassée* et *Menesson* avant les arrêts du 3 juillet 2015 rendus par l'assemblée plénière. Par exemple, dans trois jugements différents, le Tribunal de grande instance de Nantes avait accueilli la demande de transcription des actes de naissance concernant des enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui (TGI [Nantes], 1re ch., 13 mai 2015, n°14/07497, n°14/07503, n°14/07499 : *Dr famille* 2015, comm. 145, C. NEIRINCK ; *Rev. Lamy dr. civ.* juil.-août 2015, 3, obs. E. POULIQUEN ; *ibid.*, 41, obs. M. DESOLNEUX ; *RJPF* juin 2015, 16, note I. CORPART). Selon ce tribunal : « le fait que la naissance [des enfants] soit la suite de la conclusion par les parents d'une convention prohibée au sens de l'article 16-7 du code civil ne saurait faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte et ce dans l'intérêt des enfants qui ne sauraient se voir opposer les conditions de leur naissance » (TGI [Nantes], 1re ch., 13 mai 2015, n°14/07497, *préc.*).

<sup>2175</sup> Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323 ; Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 15-50.002, *préc.*

<sup>2176</sup> Pour une triple lecture de ces arrêts (littérale, politique et au travers du récit de l'audience), il est possible de se référer aux travaux de M.-A. FRISON-ROCHE (Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, « Comprendre la Cour de cassation », *LPA* 8 oct. 2015, pp. 4-20).

<sup>2177</sup> CA [Rennes], 6e ch. A., 15 avr. 2014, n°13/01047 ; CA [Rennes], 6e ch. A., 16 déc. 2014, n° 13/08461.

décision<sup>2178</sup>, rendue antérieurement aux arrêts *Labassée*<sup>2179</sup> et *Menesson*<sup>2180</sup>, la Cour d'appel fit une application de la jurisprudence classique de la Cour de cassation en considérant que le refus de transcription était justifié par l'existence d'une fraude à la loi française<sup>2181</sup>. La seconde décision<sup>2182</sup>, rendue postérieurement aux arrêts *Labassée*<sup>2183</sup> et *Menesson*<sup>2184</sup>, fait état d'une solution opposée, la Cour d'appel ayant accepté la transcription des actes de naissance. La décision rendue illustre la volonté de prendre en compte, de manière immédiate, la position de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour souligne « *qu'en présence de la réalité biologique du lien de filiation et afin de réparer l'atteinte au droit à la vie privée de l'enfant [...] il convient à la suite de la condamnation de la Cour EDH de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3 §1 de la CIDE sur la fraude* »<sup>2185</sup> et d'ordonner la transcription de l'acte de naissance étranger, car il satisfait aux exigences de l'article 47 du Code civil.

815. **Analyse formelle des actes de naissance.** En prononçant la cassation de la première décision rendue par la Cour d'appel de Rennes et en rejetant le pourvoi formé contre la seconde, la Cour de cassation accepte de faire produire effets à des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger<sup>2186</sup>. En effet, l'assemblée plénière affirme, en substance, que le recours à une gestation pour autrui à l'étranger ne permet pas, à elle seule, de faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français<sup>2187</sup>. Dès lors, en accord avec les conditions posées par l'article 47 du Code civil, la transcription peut seulement être refusée si l'acte est « irrégulier », « falsifié » ou si « les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité »<sup>2188</sup>. En l'espèce, les actes de naissance remplissaient les trois conditions

---

<sup>2178</sup> CA [Rennes], 6e ch. A., 15 avr. 2014, n°13/01047, *préc.*

<sup>2179</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*

<sup>2180</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

<sup>2181</sup> La Cour d'appel considéra : « *qu'en l'état du droit positif est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* ». Cette solution reprend celle qui avait été retenue par la Cour de cassation dans les arrêts du 13 septembre 2013.

<sup>2182</sup> CA [Rennes], 6e ch. A., 16 déc. 2014, n° 13/08461, *préc.*

<sup>2183</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*

<sup>2184</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

<sup>2185</sup> CA [Rennes], 6e ch. A., 16 déc. 2014, n° 13/08461, *préc.*

<sup>2186</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*, LPA 8 oct. 2015, p. 7.

<sup>2187</sup> On notera à cet égard que le communiqué de la Cour de cassation, en contradiction avec son titre, insiste sur le fait que l'acte de naissance concerne un enfant « *ayant un parent français* » (Cour de cassation, Communiqué [arrêts relatifs à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA]). Cependant, la Cour se montre particulièrement laconique sur ce point dans les arrêts commentés.

<sup>2188</sup> Sur ces conditions, *Cf. supra*.

précitées<sup>2189</sup>. La condition de régularité désigne le respect « *des formes locales ou des formes jugées impératives par le droit français* »<sup>2190</sup>. Les actes de naissance ont été réalisés par les autorités russes, en accord avec les règles de formes prévues par la loi locale, et il apparaît que des règles impératives du droit français n'ont pas été méconnues<sup>2191</sup>. L'absence de falsification concerne l'absence de fraude, prise dans le sens de la circulaire du 1<sup>er</sup> avril 2003<sup>2192</sup>. Cette circulaire<sup>2193</sup> prévoit plusieurs cas de fraude comme « *la fraude par altération de copies ou d'extrait d'actes régulièrement délivrés par les autorités locales voir par altération des registres de l'état civil par surcharges, ratures, découpage et collage* »<sup>2194</sup>. Les actes de naissance concernés en l'espèce ne présentaient aucune trace de falsification. La dernière condition, concernant la conformité des faits contenus dans les actes de naissance avec la « *réalité* »<sup>2195</sup>, était, elle aussi, remplie. En effet, les actes de naissance mentionnaient bien le

---

<sup>2189</sup> Pour une étude approfondie de ces trois conditions et pour la démonstration de leur respect : Cf. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.* 2015, pp. 1819-1827, spé., p. 1822 et s.

<sup>2190</sup> C. BIDAUD-GARON, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 49-83, spé., p. 67. Cet auteur cite la « *Recommandation (n°9) relative à la lutte contre la fraude documentaire en matière d'état civil* » prise par la Commission internationale de l'état civil. Cette recommandation énumère des indices « *susceptibles de révéler le caractère defectueux, erroné ou frauduleux d'un acte de l'état civil* » (Recommandation (n°9) relative à la lutte contre la fraude documentaire en matière d'état civil, p. 1). Parmi ces indices, l'auteur évoque l'hypothèse dans laquelle « *de nombreuses irrégularités dans la tenue des registres d'état civil ou la délivrance d'extraits des registres dans l'État d'origine du document produit ont été "portées officiellement à la connaissance de l'autorité saisie"* » (C. BIDAUD-GARON, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 67-68).

<sup>2191</sup> Dans ce sens : H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, *D.* 2015, p. 1822.

<sup>2192</sup> Dans ce sens : Cf. D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2015, doct. 4, p. 448 ; C. BIDAUD-GARON, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 68 ; J. GUILLAUMÉ, « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », *op. cit.*, p. 246.

<sup>2193</sup> Circ. Direction des affaires civiles et du sceau, NOR : JUSC0320085C, 1<sup>er</sup> avr. 2003 [Fraude en matière d'actes de l'état civil étranger produits aux autorités françaises], BOMJ n°90, 1<sup>er</sup> avril-30 juin 2003.

<sup>2194</sup> *Ibidem*.

<sup>2195</sup> La détermination de ce que recouvre exactement cette notion de « *réalité* » constitue une des plus grandes problématiques des décisions commentées (sur la question : Cf. A. DIONISI-PEYRUSSE, « Les fondements de la filiation, tentatives de synthèse du colloque des 10 et 11 mars 2016 à l'université du Havre », *Dr. famille* 2016, étude 13, pp. 52-56, spé., p. 55, n° 27 ; J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spé., p. 110 et s. ; du même auteur : « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse », *op. cit.*, p. 248 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*, *LPA* 8 oct.2015, p. 8. En effet, la « *réalité* » peut renvoyer à une réalité « *juridique* » ou une réalité « *factuelle* ». D'un côté, la réalité « *juridique* » correspond à l'hypothèse où le contenu des actes de naissance est conforme à la norme étrangère applicable pour l'établissement de la filiation (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spé., p. 110). La réalité « *factuelle* » quant à elle renvoie à l'hypothèse où l'acte de naissance fait état d'une situation qui correspond à la réalité biologique, le « *père* » étant le géniteur et la « *mère* » étant la femme qui a accouché de l'enfant (H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, *D.* 2015, p. 1823). S'agissant de la « *mère* », une seconde problématique intervient lorsqu'il s'agit de savoir si la réalité biologique concerne seulement la gestation ou si elle concerne également la transmission des gènes (A. DIONISI-PEYRUSSE, *préc.*, *Dr. famille* 2016, étude 13, p. 55, n° 27). Dans les arrêts commentés, il est difficile de déterminer avec certitude le choix effectué par la Cour de cassation (M.-A. FRISON-ROCHE, *préc.*, *LPA* 8 oct. 2015, p. 8). Cependant, plusieurs indices permettent d'affirmer que la Cour a privilégié la réalité « *factuelle* », et donc la réalité biologique. Par exemple, la référence à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans un des arrêts commentés (Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323, *préc.*), tendrait à insister sur l'importance de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son père biologique (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spé., p. 111).

père biologique de l’enfant comme étant le « *père* » et la mère porteuse ayant accouché comme étant la « *mère* »<sup>2196</sup>. En se « *réfugiant* »<sup>2197</sup> derrière une « *analyse formelle* »<sup>2198</sup> de l’acte de naissance, la Cour de cassation entend rompre avec la jurisprudence antérieure qui préconisait une « *analyse “globale”* »<sup>2199</sup> de l’ensemble du processus, qui avait pour point de départ le recours à une gestation pour autrui. Cette analyse du « *seul acte instrumentaire* »<sup>2200</sup> implique l’abandon de toute référence à l’ordre public et donc à l’ordre public international<sup>2201</sup>.

816. ***Abandon de toute référence à l’ordre public.*** L’arrêt de rejet<sup>2202</sup> rendu par l’assemblée plénière permet de confirmer que l’ordre public international ne peut plus être utilement invoqué pour s’opposer aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l’étranger. Pour demander la cassation de l’arrêt d’appel ayant ordonné la transcription de l’acte de naissance étranger, le procureur général avait invoqué la contrariété à l’ordre public international<sup>2203</sup>. Le moyen se focalisait sur deux éléments : le premier<sup>2204</sup>, concernait la contrariété de la gestation pour autrui au principe de l’indisponibilité de l’état des personnes, et le second<sup>2205</sup>, évoquait la conformité du refus de transcription de l’acte de naissance avec les droits fondamentaux. L’assemblée plénière a considéré que le moyen n’était pas fondé. Il est possible de déceler une autre illustration de ce rejet de l’ordre public international. Dans son avis, le procureur général

<sup>2196</sup> H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, D. 2015, p. 1823.

<sup>2197</sup> A. GOUTTENOIRE, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l’étranger : un revirement *a minima* », *JCP G* 2015, note 965, pp. 1614-1617, spé., p. 1615 ; Cf. également : H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, D. 2015, p. 1821.

<sup>2198</sup> A. GOUTTENOIRE, *préc.*, *JCP G* 2015, note 965, p. 1615.

<sup>2199</sup> H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, D. 2015, p. 1820. J. GUILLAUMÉ évoque « [l’abandon] d’un “raisonnement global” consistant à tenir compte de la situation source » (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spé., p. 109).

<sup>2200</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spé., p. 107.

<sup>2201</sup> Sur la question : Cf. C. LENGRAND et C. ESCUILLIÉ, « Statut juridique de l’enfant issu d’une GPA à l’étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *La Revue des Droits de l’Homme* 2016, p. 4, n° 16 et s.

<sup>2202</sup> Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n°15-50.002, *préc.*

<sup>2203</sup> Comme le soulignent certains auteurs, ce procédé était « *habile* », car il permettait de centrer le débat sur la contrariété de la gestation pour autrui à l’ordre public international, plutôt que sur celui de la fraude, ce mécanisme semblant avoir été condamné ou du moins désapprouvé (H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, D. 2015, p. 1821).

<sup>2204</sup> « *qu’en l’état du droit positif, il est contraire au principe de l’indisponibilité de l’état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d’autrui, qui, fût-elle licite à l’étranger, est nulle d’une nullité d’ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil* ».

<sup>2205</sup> « *qu’est justifié le refus de transcription d’un acte de naissance établi en exécution d’une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l’ordre public international français de cette décision. Cette solution ne prive pas l’enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l’État étranger lui reconnaît, ni ne l’empêche de vivre au foyer [du père], ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, non plus qu’à son intérêt supérieur garanti par l’article 3§1 de la Convention internationale des droits de l’enfant* ».

avait présenté la réalité de la filiation biologique comme une exception au principe de contrariété de la gestation pour autrui à l'ordre public international français. Le raisonnement était présenté en deux temps : l'affirmation des valeurs qui fondent l'ordre public dans sa dimension internationale rendant légitime la prohibition de la gestation pour autrui, « *mais* »<sup>2206</sup>, lorsque le lien biologique paternel d'un enfant né d'une telle pratique est établi, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, qui protège l'ordre public international, ne fait pas obstacle à l'indication du lien de filiation entre l'enfant et son père sur les registres d'état civil français<sup>2207</sup>. L'assemblée plénière rejette cette solution<sup>2208</sup> qui avait pourtant l'avantage de présenter la transcription de l'acte de naissance comme une exception au principe, selon lequel, il est contraire à l'ordre public international de laisser une gestation pour autrui produire ses effets en France.

817. **Neutralisation confirmée de l'ordre public.** La solution proposée par l'assemblée plénière, à savoir « *le simple contrôle de la régularité et de la véracité de l'acte de naissance étranger* »<sup>2209</sup> a pu surprendre<sup>2210</sup>. Certains auteurs ont regretté une telle approche, consistant à ne plus subordonner la transcription de l'acte de naissance au respect des conditions propres à la reconnaissance des décisions étrangères, et en particulier la conformité à l'ordre public international<sup>2211</sup>. Le respect de cette condition pouvait, en effet, éviter d'aboutir à des solutions

<sup>2206</sup> J.-C. MARIN, « Avis de Monsieur le Procureur Général », p. 56.

<sup>2207</sup> Il peut être utile de reproduire les propos exacts de J.-C. MARIN : « *En somme, hors la réserve conventionnelle tenant au droit à l'identité de l'enfant à l'égard de son père biologique, l'affirmation de nos valeurs qui fondent également notre ordre public dans sa dimension internationale doit toujours légitimer la prohibition de la GPA. Mais lorsque le lien biologique paternel d'un enfant né par GPA est établi, le principe du respect dû à la vie privée, posé à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales justifie que son état civil français indique désormais le lien de filiation à l'égard de son père, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes que protège notre ordre public international ne faisant pas obstacle à une telle indication* » (J.-C. MARIN, « Avis de Monsieur le Procureur Général », pp. 56-57).

<sup>2208</sup> L'attendu formulé par le procureur général était rédigé ainsi : « *Attendu qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil et, en conséquence, de transcrire sur les registres d'état civil français l'acte de naissance d'un enfant né à la suite d'une telle convention ; que toutefois, le principe dû au respect de la vie privée, posé à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales justifie que l'état civil français d'un tel enfant mentionne le lien de filiation biologique à l'égard de son père français à condition qu'il soit incontestablement établi ; qu'en conséquence, le juge ne peut faire droit à une demande de transcription d'un tel acte qu'après s'être assuré de l'établissement judiciaire de cette filiation biologique* » (J.-C. MARIN, « Avis de Monsieur le Procureur Général », p. 57).

<sup>2209</sup> J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spée., p. 109.

<sup>2210</sup> Cf. par ex : J. GUILLAUMÉ qui regrette cette solution étant donné qu'elle aboutit à se désintéresser du mode de conception de l'enfant, alors que, justement, la France ne s'en désintéresse pas puisqu'elle prohibe le recours aux mères porteuses (J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117, spée., p. 109).

<sup>2211</sup> D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.* 2015, n° 29, point de vue, pp. 1773-1774, spée., p. 1774.

« *absurdes* »<sup>2212</sup>, comme la transcription d’un acte de naissance étranger alors que le jugement qui en est la source demeure contraire à l’ordre public international<sup>2213</sup>. Cette disparition de l’ordre public international est regrettable. Ainsi, ces arrêts « *dénotent de ce point de vue, outre une absence de bon sens, un mépris évident pour la loi votée par la représentation nationale et une ignorance de ce que pour quoi le droit est fait* »<sup>2214</sup>. Nous pouvons alors mesurer la neutralisation de l’ordre public international. En se rangeant derrière les prescriptions de l’article 47 du Code civil, « *l’assemblée plénière de la Cour de cassation sonne également le glas de l’exception d’ordre public comme obstacle absolu à la reconnaissance de la situation créée sur la base d’un contrat de gestation pour autrui* »<sup>2215</sup>. Les auteurs qui adoptent cette conclusion apportent toutefois une nuance : « *Là encore, il serait faux d’en déduire que l’ordre public ne peut en “aucun cas” être invoqué. Mais il ne peut l’être à titre général* »<sup>2216</sup>. La Cour de cassation déjoue l’intervention systématique de l’ordre public international confirmant alors une neutralisation de ce mécanisme.

---

<sup>2212</sup> *Ibidem*.

<sup>2213</sup> *Ibid*. L’auteur fait ici référence à l’arrêt *Époux Wallon*, *préc.*

<sup>2214</sup> *Ibid*.

<sup>2215</sup> H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *préc.*, D. 2015, p. 1821.

<sup>2216</sup> *Ibidem*. Ces auteurs évoquent l’intervention de l’ordre public international à l’égard de la parenté d’intention. Cette question sera abordée ultérieurement (*Cf. infra*).



## CONCLUSION DU CHAPITRE

818. L’intervention de l’ordre public international est l’illustration de la quête d’un équilibre entre les objectifs de l’Union européenne et du Conseil de l’Europe avec la souveraineté des États membres. La mise en place de conditions strictes et l’existence d’un contrôle supranational sont justifiées par la réalisation de ces objectifs. Cependant, l’intervention de l’ordre public international subit des limitations grandissantes qui sont le résultat de phénomènes croisés parmi lesquels se trouvent le droit de l’Union européenne et la jurisprudence des juridictions supranationales.

819. D’une part, le droit de l’Union européenne réduit progressivement les possibilités pour l’État membre de faire intervenir l’ordre public international. Cette réduction se combine avec la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne qui tend à paralyser l’intervention de l’ordre public international de l’État membre requis. D’autre part, la Cour européenne des droits de l’homme a fait état de sa capacité de manipuler le consensus européen, comme le montrent les arrêts *Labassée*<sup>2217</sup> et *Menesson*<sup>2218</sup>. Ces arrêts ont participé à la neutralisation de l’ordre public international français. La prédominance de l’intérêt de l’enfant sur l’ordre public international, qui demeure pourtant l’expression des valeurs essentielles du for, provoque une modification profonde de ce mécanisme exceptionnel. Comme le soulignait M.-A. FRISON-ROCHE à la lecture de ces arrêts du 3 juillet 2015<sup>2219</sup> rendus par la Cour de cassation : « *L’État français n’a donc plus la parole : la parole du père biologique a voix prépondérante sur l’État et son ordre public* »<sup>2220</sup>. S’il était encore possible d’en douter à la lecture des arrêts *Wagner*<sup>2221</sup> et *Négrépontis*<sup>2222</sup>, le bouleversement est pourtant bien réel. Ainsi, « *la violation de l’ordre public international n’est pas [ou plus] une raison suffisante pour refuser l’intégration dans l’ordre juridique du for de solutions étrangères* »<sup>2223</sup>. Dès lors, le phénomène de raréfaction de l’intervention de l’ordre public international se concrétise par l’accroissement des limites, aussi bien textuelles que jurisprudentielles, rendant impossible la mise en œuvre de ce mécanisme par le juge du for.

---

<sup>2217</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>2218</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>2219</sup> Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323 ; Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 15-50.002, préc.

<sup>2220</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, préc., *LPA* 8 oct.2015, p. 11.

<sup>2221</sup> Arrêt, *Wagner*, préc.

<sup>2222</sup> Arrêt *Négrépontis*, préc.

<sup>2223</sup> S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Le concept d’ordre public et ses mutations », *Dr. famille* 2015, dossier 45, pp. 33-36, spé., p. 35, n° 16.





## CHAPITRE 2 : LA RARÉFACTION-MUTATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

820. Les jurisprudences précitées relatives aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger ont montré que l'ordre public international du for pouvait être neutralisé, permettant alors l'infiltration de solutions contraires aux valeurs essentielles du for. Ce phénomène tend à s'accroître et ne se limite pas aux solutions proposées par la Cour européenne des droits de l'homme.

821. L'objet de notre étude est dual. Il convient tout d'abord de constater la raréfaction grandissante de l'intervention de l'ordre public international. Il convient ensuite d'observer que cette raréfaction engendre des conséquences importantes sur le mécanisme de l'ordre public international pris en tant que mécanisme exceptionnel de droit international privé. En effet, l'ordre public international subit une mutation profonde. Cette mutation s'accélère au contact des nouvelles méthodes, dont en particulier deux d'entre elles, à savoir la « *méthode de la reconnaissance* » et la méthode dite de la « *proportionnalité* ». Certains auteurs appellent à un renouvellement de l'ordre public international, c'est-à-dire : « *un ordre public qui n'apparaît pas comme une arme (épée ou bouclier) au service exclusif d'un État, mais comme l'expression de ses principes essentiels dans le cadre d'une mise en œuvre globale des intérêts en présence* »<sup>2224</sup>. Ainsi, pour reprendre l'expression utilisée par H. FULCHIRON : « *l'épée cède à la balance* »<sup>2225</sup>.

822. Il apparaît que le mécanisme de l'ordre public international est en voie de transformation (Section 1) et son évolution au contact des nouvelles méthodes pourrait permettre de redynamiser son élaboration et son intervention par le juge du for (Section 2).

---

<sup>2224</sup> H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 677.

<sup>2225</sup> *Ibidem*.

## **Section 1 : La transformation de l'ordre public international**

823. Cette transformation se manifeste par un phénomène de « *démantèlement de l'ordre public international français* »<sup>2226</sup> (Sous-section 1) et par une « *altération* »<sup>2227</sup> de ce mécanisme exceptionnel (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Le « *démantèlement* »<sup>2228</sup> de l'ordre public international**

824. Le terme « *démantèlement* » renvoie à l'action de « *démanteler* » c'est-à-dire « *démolir les murailles, les fortifications* »<sup>2229</sup> d'une forteresse ou d'une ville. Étant donné que l'ordre public international est traditionnellement considéré comme un « *rempart* »<sup>2230</sup>, le terme de « *démantèlement* » est particulièrement adapté au regard des solutions récentes en matière de gestation pour autrui<sup>2231</sup>. En effet, l'ordre public international a été mis à l'écart face à la parenté d'intention (§1) avant de « *capituler* »<sup>2232</sup> totalement face aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger (§2).

#### **§1. La mise à l'écart de l'ordre public international face à la parenté d'intention**

825. Après avoir refusé la transcription totale de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger (A), la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en acceptant l'adoption par le parent d'intention (B).

---

<sup>2226</sup> G. LOISEAU, « La gestation pour autrui et le syndrome de la loi imparfaite », *D.* 2019, p. 1985.

<sup>2227</sup> Sur l'utilisation de ce terme, *Cf. infra*.

<sup>2228</sup> Sur l'utilisation de ce terme, *Cf. infra*

<sup>2229</sup> *Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 189.

<sup>2230</sup> Par ex : J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations », *RCADI* 1988, t. 211, p. 265, n° 129 ; *Cf.* également l'introduction de notre étude.

<sup>2231</sup> L'utilisation du terme « *démantèlement* » pour désigner le phénomène par lequel l'ordre public international a cédé face aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger est attribuée à G. LOISEAU (*Cf.* G. LOISEAU, *préc.*, *D.* 2019, p. 1985).

<sup>2232</sup> Sur l'utilisation du terme « *capitulation* », *Cf. infra*.

### A) Le refus « *proportionné* » de transcription totale de l'acte de naissance

826. **Refus de transcription totale de l'acte de naissance.** La série d'arrêts rendus par la Cour de cassation le 5 juillet 2017<sup>2233</sup> a permis à la Haute juridiction de se prononcer à la fois sur la transcription de l'acte de naissance concernant la mère d'intention et l'adoption par le parent d'intention lorsque l'enfant était issu d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. Dans les deux premiers arrêts<sup>2234</sup>, les actes de naissance mentionnaient comme « *père* » et « *mère* » un homme et son épouse, tous deux de nationalité française<sup>2235</sup>. Dans ces décisions, la Cour de cassation accepte la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français, mais seulement en ce qui concerne la « *mention attribuant la paternité au père biologique* »<sup>2236</sup>. Ainsi, sur le fondement de l'article 47 du Code civil, la Cour refuse la transcription des actes de naissance, s'agissant de la mère d'intention, car ces actes ne seraient pas conformes à la réalité, cette dernière devant être comprise comme « *la réalité de l'accouchement* »<sup>2237</sup>. Ce

<sup>2233</sup> La Cour a rendu cinq arrêts concernant les effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger : (Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017 ; n° 16-16.455 (n° 826) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.495 (n° 827) – Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-20.052 (n° 828) : *D.* 2017, 1737, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *JCP G* 2017, 1691, note A. GOUTTENOIRE ; *AJF* 2017, 375, point de vue F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.*, 431, point de vue P. SALVAGE-GEREST ; *ibid.*, 483, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JDI* 2017, 1291, note J. GUILLAUMÉ ; *Rev. crit. DIP* 2018, 143, note S. BOLLÉE ; *LPA* août 2017, 8, note V. LEGRAND. Parmi ces arrêts, le n° 827 s'écarte de l'objet de notre étude car il abordait seulement la question de l'annulation d'un acte de naissance français dressé par un officier de l'état civil du consulat de France à Bombay. Cet acte de naissance indiquait que l'enfant était né d'un couple marié composé d'un homme et d'une femme de nationalité française. Le couple avait fourni au consulat de France de faux documents de grossesse, un faux certificat médical d'accouchement et avaient modifié les échographies et les examens médicaux de la mère porteuse pour confirmer la grossesse de l'épouse. La Cour de cassation se rangea du côté de la Cour d'appel de Rennes en confirmant l'annulation de cet acte de naissance. D'autre part, l'arrêt n° 828 concernait l'affaire *Menesson* et il sera abordé ultérieurement. Par conséquent, il convient d'aborder uniquement les arrêts n° 824, 825 et n° 826.

<sup>2234</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825), *préc.*

<sup>2235</sup> Dans le premier arrêt (n° 824), la mère porteuse avait donné naissance à des jumeaux le 4 novembre 2010 à Whittier (États-Unis). Les actes de naissance, dressés à la suite d'un jugement rendu par la cour supérieure de l'État de Californie le 17 septembre 2010, indiquaient que les enfants étaient nés d'un homme et de son épouse, tous deux de nationalité française. Le procureur de la République s'était opposé à la demande de transcription des actes de naissance en raison de l'existence d'une convention de gestation pour autrui. La cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 28 septembre 2015, s'opposa à la transcription des actes de naissance. S'agissant de la maternité d'intention, la cour a considéré que les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité, car ils désignaient comme « *mère* » la femme qui n'a pas accouché. S'agissant des mentions relatives au père, la cour a considéré que les preuves apportées pour établir la filiation biologique étaient insuffisantes. Dans le deuxième arrêt (n° 825), deux enfants étaient nés à Kiev à la suite d'une gestation pour autrui. Les actes de naissance, qui avaient été établis en Ukraine, désignaient comme « *père* » et comme « *mère* » un homme et une femme mariés et de nationalité française. La Cour d'appel de Rennes avait ordonné la transcription des actes de naissance, mais seulement en ce qui concerne la mention du père.

<sup>2236</sup> J.-R. BINET, « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. famille*, 2017, étude 13, pp. 10-14, *spéc.*, p. 10.

<sup>2237</sup> Comme il a été observé précédemment (*Cf. supra*), la notion de « *réalité* », visée par l'article 47 du Code civil pouvait faire l'objet d'interprétations divergentes, oscillant entre réalités « *factuelle* », « *sociologique* », « *juridique* ». Dans les arrêts commentés, la Cour devait choisir entre deux interprétations. La première, défendue

refus de transcription de la filiation maternelle pouvait entrer en contradiction avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

827. **Contrôle de proportionnalité.** La Cour de cassation s'est donc livrée à un véritable contrôle de proportionnalité<sup>2238</sup>. Dans cette décision, ce contrôle s'effectue en trois phases distinctes. Dans la première phrase, la Cour rappelle les exigences posées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans la seconde phase, la Cour constate que « *le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention [...] résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil* »<sup>2239</sup>. Enfin, dans la troisième phrase, la Cour considère que ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants<sup>2240</sup>. Cette proportionnalité s'explique par plusieurs éléments. Selon la Cour, « [I] 'accueil des enfants au sein du foyer constitué par [le père biologique] et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises »<sup>2241</sup>. Ensuite, « *le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle, à la transcription d'un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l'article 47 du*

---

par les « parents », était de considérer que les actes de naissance étaient conformes à la réalité, dans le sens où ils sont conformes à la « *réalité juridique étrangère* » (H. FULCHIRON, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, pp. 1737-1743, spé., p. 1739). La seconde tend davantage à la prise en compte d'une « *réalité factuelle* ». Ainsi, en considérant que la réalité est celle « *de l'accouchement* », la Cour privilégie la seconde interprétation. On notera cependant la nuance apportée par S. BOLLÉE selon laquelle l'opposition entre ces deux interprétations est une opposition entre deux « *réalités juridiques* ». Comme le souligne l'auteur : « *on observera qu'il ne s'agit pas ici de privilégier une réalité simplement factuelle – celle de l'accouchement – par rapport à une réalité juridique ; il s'agit plus exactement de faire prévaloir, entre deux réalités juridiques (celles respectivement définies par le droit étranger et par le droit français), celle qui correspond au point de vue de l'ordre juridique français* » (S. BOLLÉE, « L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 143-149, spé., p. 146, n° 4).

<sup>2238</sup> Sur ce contrôle de proportionnalité : Cf. H. FULCHIRON, « La Cour de cassation consacre la parenté d'intention par adoption », *D.* 2017, pp. 1737-1743, spé., p. 1740 et s. ; J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2017, comm. 14, pp. 1291-1314, spé., p. 1302 et s. ; A. GOUTTENOIRE, « Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger », *JCP G* 2017, note 984, pp. 1691-1696, spé., p. 1694.

<sup>2239</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825), *préc.*

<sup>2240</sup> Dans l'arrêt n° 825, le « père » et la « mère » prétendait que le refus de reconnaître la filiation maternelle était constitutif d'une « *discrimination injustifiée en raison de la naissance* » (arrêt n° 825 *préc.*). Cependant, comme l'affirme H. FULCHIRON, cet argument procède d'un « *amalgame* » entre la transcription des actes de naissance et la reconnaissance de la filiation. En effet, « *le problème n'est pas que la mère indiquée dans l'acte de naissance ne soit pas la mère biologique, mais qu'elle ne soit pas la femme qui a accouché* » (H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, p. 1742).

<sup>2241</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825), *préc.*

*code civil sont remplies, ni à l'établissement de la filiation paternelle* »<sup>2242</sup>. Enfin, l'adoption permet de créer un lien de filiation entre les enfants et l'épouse du père<sup>2243</sup>.

828. « **Révolution méthodologique** »<sup>2244</sup>. L'avènement de ce contrôle de proportionnalité marque une étape importante pour le mécanisme de l'ordre public international. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre en considération les analyses de H. FULCHIRON qui perçoit dans les arrêts du 5 juillet 2017<sup>2245</sup> « *une nouvelle étape dans la révolution méthodologique actuellement en cours* »<sup>2246</sup>. La Cour de cassation « *ne raisonne plus, comme elle l'avait fait par le passé, en termes d'ordre public [...], mais en termes de proportionnalité* »<sup>2247</sup>. En effet, si « *la justification de l'atteinte* »<sup>2248</sup> est réalisée au regard « *des principes essentiels [...] qui fondent l'ordre public français [...] le centre de gravité du raisonnement a changé* »<sup>2249</sup>. L'auteur utilise alors une métaphore particulièrement éloquente pour illustrer cette « *révolution* »<sup>2250</sup>, avec pour source d'inspiration la « *révolution copernicienne* »<sup>2251</sup> : « *le raisonnement ne place plus les principes essentiels du droit interne au centre du raisonnement, telle la terre autour de laquelle étaient censés tourner le soleil et les étoiles ; désormais, ce sont les droits et libertés de la personne [...] qui gouvernent la marche des systèmes juridiques nationaux* »<sup>2252</sup>. Le bouleversement est bien réel. Les principes essentiels du droit français et les autres composants de l'ordre public international ne sont plus considérés comme les limites posées par l'ordre juridique du for avec lesquelles les individus devraient composer. Ils deviennent des éléments parmi d'autres, dans un vaste contrôle de proportionnalité, pouvant alors être écartés si l'atteinte au droit fondamental est considérée comme trop importante au détriment de la protection des valeurs essentielles du for<sup>2253</sup>. Les bouleversements actuellement à l'œuvre prennent une tournure particulière lorsque la Cour de cassation autorise l'adoption par le parent d'intention.

---

<sup>2242</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825), *préc.*

<sup>2243</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825), *préc.*

<sup>2244</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2017, p. 1740.

<sup>2245</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, arrêts *préc.*

<sup>2246</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2017, p. 1740.

<sup>2247</sup> *Ibidem.*, p. 1740.

<sup>2248</sup> *Ibid.*, p. 1740.

<sup>2249</sup> *Ibid.*, p. 1740.

<sup>2250</sup> *Ibid.*, p. 1740.

<sup>2251</sup> *Ibid.*, p. 1740.

<sup>2252</sup> *Ibid.*, p. 1740.

<sup>2253</sup> Nous observerons ultérieurement comment ce contrôle de proportionnalité bouleverse la méthode de l'ordre public international.

## B) La consécration de l’adoption par le parent d’intention

829. **Rejet « proportionné » de l’adoption.** L’acceptation de l’adoption par le parent d’intention, lorsque l’enfant est issu d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger, est une étape décisive dans la disparition de l’ordre public international. Dans l’arrêt n° 826<sup>2254</sup>, la Cour de cassation a été saisie d’un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d’appel de Dijon<sup>2255</sup> dans lequel les juges du fond avaient rejeté la demande d’adoption simple formé par l’époux du père biologique. La Cour d’appel, qui avait écarté la fraude<sup>2256</sup> et s’était fondée sur la prohibition d’ordre public de la gestation pour autrui<sup>2257</sup>, avait estimé que le refus de faire droit à la demande d’adoption ne portait pas une atteinte disproportionnée à l’intérêt de l’enfant et à ses droits<sup>2258</sup>.

<sup>2254</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juil. 2017 ; n° 16-16.455 (n° 826), *préc.* Dans cette affaire, un enfant était né à Victorville (Californie, États-Unis) d’une mère porteuse américaine et d’un homme de nationalité française qui ont tous deux reconnu l’enfant. Le père biologique était alors pacé avec un de ses compatriotes et les deux partenaires se sont mariés le 1<sup>er</sup> novembre 2013. Le 3 juillet 2014, l’époux du père biologique a saisi le tribunal de grande instance de Dijon d’une demande d’adoption simple de l’enfant.

<sup>2255</sup> CA [Dijon], 3<sup>e</sup> ch. civ., 24 mars 2016, n° 15/00057 : *D.* 2016, 783, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2016, 423, obs. A. MIRKOVIC ; *Dr famille*, comm. 137, H. FULCHIRON ; *RTD civ* 2016, obs. J. HAUSER.

<sup>2256</sup> L’appréciation de l’existence de la fraude est effectuée de manière assez confuse (sur cette confusion : Cf. H. FULCHIRON, « Refus de l’adoption par le mari de son père d’un enfant né grâce à une mère porteuse », *Dr. famille*, 2016, comm. 137, pp. 39-41, spé., pp. 40-41.

<sup>2257</sup> Selon la Cour : « *il appartient au juge français, compte tenu de l’éminence toujours maintenue dans notre droit des principes précédemment rappelés de l’indisponibilité du corps humain et de celui de l’indisponibilité de l’état des personnes, d’examiner le bien-fondé de la demande d’adoption à l’aune du respect de ces principes* ». Il appartient également au juge français « *de décider si le refus de donner effet à un acte ou celui de faire droit à une demande au motif d’une telle violation représente ou non une atteinte disproportionnée à l’intérêt de l’enfant et plus précisément à l’exercice de ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée* » (CA [Dijon], 3<sup>e</sup> ch. civ., 24 mars 2016, n° 15/00057, *préc.*).

<sup>2258</sup> Ce contrôle de proportionnalité mérite une attention particulière. Pour effectuer ce contrôle, la cour va se baser sur une série d’éléments concrets, alternant le « *plan factuel* », le « *plan symbolique* » et le « *plan juridique* ». La cour souligne tout d’abord que « *l’enfant est considéré par tous ceux qui l’ont approché comme parfaitement épanoui* » et que le père biologique et son époux « *sont unanimement considérés comme ses “deux papas”* ». Sur le « *plan factuel* », la cour affirme que « *l’absence de lien de filiation élective, ou encore de lien juridique* » entre l’époux du père et l’enfant « *ne lui est aujourd’hui aucunement préjudiciable* ». Sur le « *plan symbolique*, priver l’enfant d’une filiation élective paternelle alors qu’il bénéficie d’une situation paternelle biologique aujourd’hui active et opérante à tous égards ne porte pas sérieusement atteinte ni à son intérêt entendu de façon générale ni à ses droits protégés au respect de sa vie familiale et de sa vie privée ». La Cour note néanmoins qu’il existe deux situations dans lesquelles l’absence de lien juridique entre l’époux du père et l’enfant pourrait être préjudiciable à ce dernier. Ainsi, l’enfant ne peut avoir la qualité d’héritier et l’époux du père ne peut exercer l’autorité parentale. Selon les juges du fond, « *cette situation ne prive pas sérieusement l’enfant de son droit à ne pas être discriminé ou encore de son droit à une vie familiale, ni de son droit à une vie privée, en présence de l’exercice effectif par son père biologique de son autorité parentale* », et sa situation « *n’est pas différente de celle de bon nombre d’autres enfants n’ayant de lien de filiation qu’avec un seul parent* ». La cour conclut en ces termes : « *le refus de faire droit à la demande d’adoption [de l’époux du père] en raison de la violation par [le père biologique] de la prohibition en droit français de la gestation pour autrui, ne porterait atteinte que dans une mesure relativement virtuelle aux droits et à l’intérêt de l’enfant, et en tout cas pas de façon disproportionnée* » (CA [Dijon], 3<sup>e</sup> ch. civ., 24 mars 2016, n° 15/00057, *préc.*).

830. *Mise à l’écart de l’ordre public international*. Ce contrôle de proportionnalité, qui tend à placer une nouvelle fois l’ordre public international dans une logique de mise en balance, devrait trouver grâce aux yeux de la Cour de cassation. Cependant, la Cour va reprocher à la Cour d’appel d’avoir retenu « *que la naissance de l’enfant résulte d’une violation [par le père biologique] des dispositions de l’article 16-7 du code civil* ». La Cour va considérer que « *le recours à la gestation pour autrui à l’étranger*<sup>2259</sup> *ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l’adoption [...] si les conditions légales de l’adoption sont réunies et si elle est conforme à l’intérêt de l’enfant* »<sup>2260</sup>. La portée de cette décision est importante. Non seulement la Cour de cassation signe « *l’acte de décès* »<sup>2261</sup> de la jurisprudence de 1991<sup>2262</sup> qui interdisait le prononcé de l’adoption après le recours à une gestation pour autrui, mais elle écarte totalement l’ordre public international, qui ne devrait même plus figurer dans la mise en balance lors du contrôle de proportionnalité<sup>2263</sup>. L’ordre public international a donc totalement disparu. Loin de se satisfaire d’une telle solution, la Cour de cassation va même assurer la « *capitulation* »<sup>2264</sup> de l’ordre public international en adoptant des décisions qui vont bien au-delà des exigences posées par la Cour européenne des droits de l’homme.

---

<sup>2259</sup> La Cour de cassation ne vise que le recours d’une gestation pour autrui à l’étranger. Une lecture *a contrario* laisserait supposer que le recours à une gestation pour autrui en France continuerait de faire obstacle au prononcé de l’adoption de l’enfant qui en serait issu (Dans ce sens : Cf. J. GUILLAUMÉ, *JDI* 2017, comm. 14, pp. 1291-1314, spé., p. 1309). Cette interprétation est vivement contestée par certains auteurs. S. BOLLÉE souligne que cette solution « *donnerait à la construction d’ensemble une allure peu cohérente* » [car peu importe que l’enfant soit conçu en France ou à l’étranger], « *le recours à la gestation pour autrui est de toute façon illicite du point de vue du droit français* » (S. BOLLÉE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 148, n° 9). Par conséquent « *on ne voit pas pourquoi le “détournement de l’institution de l’adoption” devrait être tantôt retenu, tantôt écarté, en fonction de considérations territoriales* » (*Ibid*). La critique la plus virulente est exprimée par F. CHÉNEDÉ : « *Comble de la loi du plus riche, cette solution, d’une rare hypocrisie, serait non seulement socialement détestable, mais également “fondamentalement” intenable, tant le droit à l’identité de l’enfant, et accessoirement le principe d’égalité entre parents, devrait également commander l’établissement de la filiation biologique et adoptive des enfants nés de GPA “franco-françaises”* » (F. CHÉNEDÉ, « De l’abrogation par refus d’application de l’article 16-7 du Code civil », *AJF* 2017, p. 375).

<sup>2260</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017 ; n° 16-16.455 (n° 826), *préc.*

<sup>2261</sup> S. BOLLÉE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 148, n° 8.

<sup>2262</sup> Sur cette jurisprudence, Cf. *supra*.

<sup>2263</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, p. 1743.

<sup>2264</sup> Le terme « *capitulation* » renvoie à l’action de « *se rendre à un ennemi par un pacte* ». On privilégiera le second sens de ce terme qui désigne le fait de « *s’avouer vaincu, de céder* » (*Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 102). Ce terme a déjà été utilisé par certains auteurs dans le contexte de la production d’effets en France des gestations pour autrui pratiquées à l’étranger (Cf. par ex : D. SINDRES, *préc.*, *JDI* 2015, doct. 4, p. 431 ; L. BRUNET, *préc.*, *AJF* 2018, p. 573). Nous remarquerons que ce terme est particulièrement adapté pour faire référence aux dernières décisions rendues par la Cour de cassation. En effet, la Cour de cassation a largement dépassé les exigences de la Cour européenne des droits de l’homme en acceptant la transcription totale des actes de naissance d’enfants issus de gestations pour autrui à l’étranger. L’ordre public international a donc totalement cédé face aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l’étranger.



## §2. La « capitulation » de l’ordre public international face à la parenté d’intention

831. L’admission de la transcription totale de l’acte de naissance de l’enfant issu d’une gestation pour autrui à l’étranger dans l’affaire *Menesson* (A) et la généralisation de cette solution (B) concrétisent la « capitulation »<sup>2265</sup> de l’ordre public international français.

### A) La transcription totale de l’acte de naissance

832. « *Victoire des Menesson* »<sup>2266</sup>. La « capitulation »<sup>2267</sup> de l’ordre public international se manifeste tout d’abord par la « victoire des Menesson »<sup>2268</sup>, ces derniers ayant bénéficié d’une « modification législative “sur mesure” »<sup>2269</sup> et de décisions particulièrement favorables. La procédure de réexamen<sup>2270</sup>, introduite dans la loi n° 2016-1547<sup>2271</sup> par le biais d’un amendement<sup>2272</sup> baptisé « amendement Menesson »<sup>2273</sup>, a permis d’obtenir le réexamen du pourvoi formé contre l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 18 mars 2010<sup>2274</sup>. En effet, cette dernière décision bénéficiait toujours de l’autorité de la chose jugée<sup>2275</sup>. L’assemblée plénière

<sup>2265</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra*.

<sup>2266</sup> A.-M. LEROYER, « La victoire des Menesson », *RTD civ.* 2019, pp. 841-844.

<sup>2267</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra*.

<sup>2268</sup> A.-M. LEROYER, *préc.*, *RTD civ.* 2019, pp. 841-844.

<sup>2269</sup> L. BRUNET, « Affaire Menesson : Épilogue », *AJF* 2019, p. 481.

<sup>2270</sup> Cette procédure, codifiée à l’article L. 452-1 du Code de l’organisation judiciaire, permet « le réexamen d’une décision civile définitive rendue en matière d’état des personnes ». Ce même texte prévoit que ce réexamen « peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l’instance et disposant d’un intérêt à le solliciter, lorsqu’il résulte d’un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l’homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l’article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme ».

<sup>2271</sup> L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, [de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle]. Cette loi a notamment permis la création de la cour de réexamen qui est composée de treize magistrats de la Cour de cassation, comme le prévoit l’article L. 452-3 du Code de l’organisation judiciaire.

<sup>2272</sup> Amendement n° CL373, 3 mai 2016, [action de groupe et organisation judiciaire – (n°3204), présenté par M. LE BOUILLONNEC et M. CLÉMENT.

<sup>2273</sup> Ce surnom est attribué par une partie de la doctrine à cet amendement au regard de la parfaite adéquation existante entre son contenu et la situation juridique des époux Menesson. Sur l’attribution de ce surnom, *Cf. par ex* : J. GUILLAUMÉ, « La Cour de réexamen des décisions civiles rend ses premières décisions en matière de gestation pour autrui », *D.* 2018, pp. 825-829, spé., p. 826 ; C. LATLIL, *JDI* 2019, comm. 1, pp. 99-117, spé., p. 110 ; H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, p. 1739.

<sup>2274</sup> Sur cet arrêt rendu par la Cour d’appel de Paris, *Cf. supra*. La Cour de réexamen fit droit à la demande de réexamen du pourvoi formé contre cet arrêt dans une décision du 16 février 2018 (Cass. Cour de réexamen., 16 fév. 2018, n° 17 RDH 001 : *D.* 2018, 825, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2018, 178, note A. DIONISI-PEYRUSSE).

<sup>2275</sup> Dans un des arrêts rendus le 5 juillet 2017, (arrêt n°828, *préc.*) la Cour de cassation s’était prononcée dans le cadre de l’affaire Menesson. Le 27 août 2015, les époux Menesson avaient assigné en référé le procureur de la République afin d’obtenir la transcription des actes de naissance sur les registres de l’état civil. La cour d’appel de Rennes, dans un arrêt du 27 juin 2016, s’était opposée à cette demande. Saisie d’un pourvoi sur cette question, la Cour de cassation a affirmé que la procédure de réexamen n’était pas applicable à la date où la cour d’appel s’est

de la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 octobre 2018<sup>2276</sup>, fit une demande d'avis<sup>2277</sup> à la Cour européenne des droits de l'homme et formula plusieurs questions. Premièrement, l'État français excède-t-il sa marge d'appréciation en refusant de transcrire l'acte de naissance d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger « *en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention" ?* »<sup>2278</sup>. Deuxièmement, et dans l'hypothèse d'une réponse positive, la possibilité offerte à la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, qui est le père biologique, « *permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 ?* »<sup>2279</sup>. Sur le fondement de l'article 8, les juges strasbourgeois<sup>2280</sup> ont forgé une nouvelle obligation positive<sup>2281</sup> : le droit interne doit offrir la possibilité de reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, cette dernière étant désignée dans l'acte de naissance étranger comme la « *mère légale* »<sup>2282</sup>. Néanmoins, cette reconnaissance ne requiert pas la transcription

---

prononcée. En effet, la procédure de réexamen est entrée en vigueur le 15 mai 2017, comme le prévoit un décret du 24 mars 2017 (D. n° 2017-396, 24 mars 2017, [portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation]). Par conséquent, la Cour estime que « *la demande de transcription des actes de naissance se heurtait à l'autorité heurtait à l'autorité de la chose jugée attachée à la décision irrévocable de la cour d'appel de Paris du 18 mars 2010* » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juil. 2017, n° 16-20.052 (n° 828), *préc.*).

<sup>2276</sup> Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 : *Dr. famille* 2019, comm. 19, J.-R. BINET ; *JCP G* 2018, 2038, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD civ* 2018, 847, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJF* 2018, 613, M. SAULIER ; *JDI* 2019, comm. 1, C. LATIL ; *RJPF* nov. 2018, 34, obs. M.-C. LE BOURSICOT.

<sup>2277</sup> En application du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018, la Cour de cassation est « *la première "Haute juridiction" d'un État partie à la Convention à adresser à la Cour EDH une demande d'avis consultatif* » (F. SUDRE, « La Cour de cassation ouvre le bal », *JCP G* 2018, act. 1071, p. 1851).

<sup>2278</sup> Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, *préc.*

Dans le cadre de cette première question, la Cour de cassation demanda également s'il y'a « *lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention"* ».

<sup>2279</sup> Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, *préc.*

<sup>2280</sup> CEDH, 10 avr. 2019, n° 16-2018-001 : *D.* 2019, 1084, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, 1016, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2019, var. 8, J. HEYMANN et F. MARCHADIER ; *JCP G* 2019, 975, F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE ; *AJF* 2019, 289, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *ibid.*, 233, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2019, 286, note J.-P. MARGUÉNAUD, *ibid.*, 307, obs. A.-M. LEROYER ; *AJDA* 2019, 1803, obs. L. BUGORGUE-LARSEN ; *Dr. famille*, comm. 139, J.-R. BINET.

<sup>2281</sup> Dans ce sens : F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP G* 2019, note 551, pp. 975-980, *spé.*, p. 979.

<sup>2282</sup> CEDH, 10 avr. 2019, n° 16-2018-001, §46. Cette réponse est le résultat d'un raisonnement qui mérite d'être rappelé tant les conséquences sont importantes. La Cour prend en compte deux facteurs essentiels qui sont « *l'intérêt supérieur de l'enfant et l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États parties* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §37). S'agissant du premier facteur, la Cour souligne que « *l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention a [...] des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de sa vie privée* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §40). La Cour précise que « *l'intérêt supérieur de l'enfant comprend [...] l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §42). La Cour souligne directement que « *l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien [entre l'enfant et la mère d'intention] n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §42). Le deuxième facteur est analysé selon un raisonnement similaire à celui qui a pu être retenu dans les arrêts *Labassée* et *Menesson* du 26 juin 2014. Après avoir rappelé que l'étendue de la marge d'appréciation des États parties varie en fonction de l'existence, ou non, d'un consensus, la Cour souligne qu'il n'existe pas de consensus européen sur la reconnaissance du lien de filiation entre les enfants nés d'une

de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français<sup>2283</sup>. Cette « reconnaissance »<sup>2284</sup> peut être effectuée par une autre voie, comme l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, sous réserve « *que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>2285</sup>. En dépit de ces précisions, la Cour de cassation accepta la transcription intégrale des actes de naissance, permettant à la fois la transcription de la filiation paternelle biologique et la transcription de la filiation maternelle d'intention<sup>2286</sup>. Cette solution n'est pas sans susciter un certain étonnement et de nombreuses interrogations.

833. **Transcription et contrôle de proportionnalité.** Selon la Cour de cassation, une convention de gestation pour autrui, « *ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance [...] en ce qui concerne le père biologique [...] ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention* »<sup>2287</sup>. La Cour affirme qu'« *eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, [...] il convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et*

---

gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §43). Cependant, la Cour prend le soin de rappeler qu'il convient d'atténuer la marge d'appréciation « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu, comme lorsque l'on touche à la filiation* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §44). Par conséquent, la Cour estime qu'il convient de réduire la marge d'appréciation des États (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §45).

<sup>2283</sup> En l'absence de consensus européen, la Cour considère que « *le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parent d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §51). Ainsi, l'intérêt de l'enfant, qui doit être apprécié *in concreto* « *requiert [...] que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé* » (CEDH, 10 avr. 2019, *préc.*, §52). Selon H. FULCHIRON, étant donné l'absence d'obligation générale de reconnaissance *ab initio* du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, la Cour offre un « *démenti à ceux qui voyaient dans les arrêts Wagner et Gianinis Negrepointis les prémises d'une obligation générale de reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger, sur le fondement du droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale* » (H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.* 2019, pp. 1084-1091, spé., p. 1088).

<sup>2284</sup> Comme l'ont révélé certains auteurs, la Cour européenne des droits de l'homme utilise les termes « reconnaissance » et « établissement » de la filiation de manière « *aléatoire* », ce qui peut prêter à confusion (Cf. C. BIDAUD, « La transcription des actes de l'état civil étranger sur les registres français. Cesser de déformer et enfin réformer... », *Rev. crit. DIP* 2020, pp. 247-265, spé., p. 256).

<sup>2285</sup> CEDH, 10 avr. 2019, n° 16-2018-001, §55.

<sup>2286</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053; *D.* 2019, 1887; *ibid.*, 2000, obs. J. GUILLAUMÉ; *ibid.*, 2228, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON; *JCP G* 2019, 2067, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE; *Dr. famille* 2019, comm. 261, J.-R. BINET; *AJF* 2019, 481, note L. BRUNET; *ibid.*, 487, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *ibid.*, 592, obs. G. KESSLER; *LPA* avr. 2020, 10, note F. CHALTIEL; *JDI* 2020, comm. 8, J. HEYMANN et F. MARCHADIER.

<sup>2287</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*, §6.

*d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant* »<sup>2288</sup>. La Cour opère un contrôle de proportionnalité, pour exclure le recours à l'adoption par la mère d'intention et la possession d'état, afin de prononcer la transcription totale des actes de naissance. Tout d'abord, et contre toute attente, la Cour affirme que le recours à l'adoption aurait « *au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée* »<sup>2289</sup> des enfants<sup>2290</sup>. L'exclusion de la possession d'état, qui était pourtant demandée par les enfants<sup>2291</sup>, répond à la même logique, car « *à supposer que les conditions légales [...] soient réunies* »<sup>2292</sup>, elle « *ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes* »,<sup>2293</sup> car « *le lien de filiation peut être contestée en application de l'article 355 du code civil* »<sup>2294</sup>. La Cour finit par conclure que seule la transcription totale des actes de naissance est envisageable au regard de la durée du contentieux et « *en l'absence d'autre voie*

<sup>2288</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*, §16.

Certains auteurs ont souligné que la formulation adoptée par la Cour est particulièrement ambiguë et semble traduire une confusion entre la « *transcription de l'acte de naissance* », « *l'établissement de la filiation* » et la « *reconnaissance de la filiation* » (sur ce point : Cf. C. BIDAUD, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2020, p. 256 ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD, « Transcription dans l'affaire *Menesson* aujourd'hui. Et demain ? », *D.* 2019, pp. 2228-2234, spé., p. 2233 ; M.-C. LE BOURSICOT, « GPA : Un arrêt de l'Assemblée plénière ne peut pas rester un arrêt d'espèce ! », *RJPF* janv. 2020, pp. 32-28, spé., p. 35). Comme le rappellent H. FULCHIRON et C. BIDAUD, il convient de distinguer les deux hypothèses : soit la filiation a été établie à l'étranger par un acte ou un jugement et il s'agit donc de s'interroger sur sa « *reconnaissance* », soit elle n'a pas été établie à l'étranger (ou elle est privée d'effet en France) et il s'agit donc de s'interroger sur son « *établissement* » (C. BIDAUD, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2020, p. 256 ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD, *préc.*, *D.* 2019, p. 2233).

<sup>2289</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, §17.

<sup>2290</sup> L'exclusion de l'adoption par la mère d'intention est surprenante, car il s'agissait de la méthode privilégiée jusqu'ici par la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme a validé cette solution (Cf. *supra*). La Cour justifie cette décision au regard « *du temps écoulé* », ce qui laisse penser que le critère pertinent est essentiellement temporel. Cependant, on pourrait douter que le choix d'exclure l'adoption réside uniquement dans ce critère temporel. En effet, la Cour souligne que le recours à l'adoption impose « *l'introduction d'une nouvelle instance à l'initiative* » de la mère d'intention (Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, *préc.*, §17). Cependant, Mme Menesson s'est toujours opposée à l'adoption des enfants (A. GOUËZEL, « La fin de l'affaire *Menesson*, pas de questions », *RJPF* déc. 2019, pp. 27-30, spé., p. 29). La situation se trouve donc dans une impasse lorsque l'on sait que « *l'adoption ne peut être demandée que par l'adoptant* » (Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, *préc.*, §17). Ainsi, au-delà du simple critère temporel, il serait possible de penser que la Cour de cassation n'avait d'autre choix que de céder face au refus de Mme Menesson, en rejetant la procédure d'adoption.

<sup>2291</sup> En effet, les jumelles *Menesson* faisaient valoir un acte de notoriété constatant la possession d'état qui avait été dressé le 11 mai 2018 par le juge d'instance (Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, *préc.*, §18).

<sup>2292</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, §18. On notera à cet égard que les conditions n'étaient pas réunies en l'espèce car la possession d'état était viciée (dans ce sens : A. GOUËZEL, *préc.*, *RJPF* déc. 2019, p. 29 ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD, « Transcription dans l'affaire *Menesson* aujourd'hui. Et demain ? », *D.* 2019, pp. 2228-2234, spé., p. 2232). En effet, en plus de « *l'absence de caractère paisible* » les enfants n'étaient pas considérés par l'autorité publique comme ceux de la mère d'intention, comme le prévoit l'article 311-1,4° du Code civil (H. FULCHIRON et C. BIDAUD, *préc.*, *D.* 2019, p. 2232).

<sup>2293</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*, §18.

<sup>2294</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*, §18.

*permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée* »<sup>2295</sup> des enfants<sup>2296</sup>.

834. Cette solution est étonnante à plusieurs titres. Tout d'abord, elle implique que les actes de naissance seraient conformes à la « *réalité* »<sup>2297</sup>, alors que cette réalité était jusqu'ici interprétée par la Cour de cassation comme la « *réalité de l'accouchement* »<sup>2298</sup>. Ensuite, certains auteurs ont noté que la transcription de l'acte de naissance n'exclut pas les risques d'une contestation de la filiation<sup>2299</sup>. Enfin, et c'est un point essentiel : la Cour semble avoir fait émerger une « *nouvelle maternité de troisième type* »<sup>2300</sup> qui ne repose « *ni sur la naissance, ni sur un jugement* »<sup>2301</sup>, mais uniquement sur la volonté<sup>2302</sup>. La « *victoire des Mennesson* »<sup>2303</sup> est donc totale et bien que la Cour ait vigoureusement affirmé qu'il s'agissait d'une décision d'espèce<sup>2304</sup>, il était possible d'en douter<sup>2305</sup>. Les jurisprudences récentes viennent confirmer ces doutes, car elles aboutissent à une généralisation de la solution.

<sup>2295</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*, §19.

<sup>2296</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*, §19.

<sup>2297</sup> Sur cette notion, *Cf. supra*.

<sup>2298</sup> En effet, dans les arrêts rendus précédemment, la Cour de cassation interprétait la notion de « *réalité* » prévue à l'article 47 du Code civil comme « *la réalité de l'accouchement* », ce qui empêchait la transcription de la filiation maternelle d'intention (*Cf. supra*). L'acceptation de la transcription totale de l'acte de naissance dans l'affaire Mennesson est donc en décalage avec les solutions précédentes (sur ce point : *Cf. A.-M. LEROYER, préc., RTD civ. 2019, p. 843 ; M.-C. LE BOURSICOT, préc., RJPF janv. 2020, p. 36 ; A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « La réception par la Cour de cassation du standard européen en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », JCP G 2019, note 1184, pp. 2067-2071, spé., p. 2070*). Cette évolution jurisprudentielle peut être interprétée de deux façons différentes. Premièrement, la Cour a volontairement écarté l'application de l'article 47 du Code civil (dans ce sens : *Cf. M.-C. LE BOURSICOT, préc., RJPF janv. 2020, p. 36*). Deuxièmement, la Cour, de manière implicite, a interprété, la notion de réalité de manière à s'écarter de la « *réalité biologique* ».

<sup>2299</sup> Comme le souligne J. GUILLAUMÉ : « *Une action en non-reconnaissance de la filiation aurait des chances d'aboutir sur le fondement de la fraude à la loi ou sur celui de l'exception d'ordre public (l'effet atténué ne permettant éventuellement d'accueillir la situation non conforme aux valeurs essentielles du for que si elle a été acquise sans fraude à l'étranger)* » (J. GUILLAUMÉ, « La saga Mennesson : les premières fois... », *D. 2019, n° 36, point de vue, pp. 2000-2001, spé., p. 2001*).

<sup>2300</sup> M.-C. LE BOURSICOT, *préc.*, *RJPF*, janv. 2020, p. 36.

<sup>2301</sup> *Ibidem*.

<sup>2302</sup> *Ibid.* Comme le soulignent également d'autres auteurs : la Cour admet « *de manière inédite une forme de filiation particulière, fondée sur les liens affectifs et sociaux entre l'enfant et la femme qui lui tient lieu de mère, combinés avec la mention du nom de celle-ci sur l'acte de naissance étranger [...]* » (A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *préc.*, *JCP G 2019, note 1184, p. 2070*).

<sup>2303</sup> A.-M. LEROYER, *préc.*, *RTD civ. 2019, pp. 841-844*.

<sup>2304</sup> Le communiqué de l'arrêt insiste tout particulièrement sur ce point, accumulant les expressions telles que : « *dans cette affaire spécifique* », « *dans ce cas particulier* » etc. (Cour de cassation, Communiqué [GPA faite à l'étranger et lien de filiation avec la mère d'intention]).

<sup>2305</sup> Certains auteurs doutaient déjà que la transcription totale de l'acte de naissance soit limitée au seul cas d'espèce de l'affaire Mennesson (Dans ce sens : L. BRUNET, *préc.*, *AJF 2019, p. 481 ; H. FULCHIRON et C. BIDAUD, préc.*, *D. 2019, p. 2234*). Les premières décisions rendues par les juges du fond ont confirmé ces doutes. Par exemple, la Cour d'appel de Rennes a accepté la transcription des actes de naissance d'enfants issus d'une gestation pour autrui aux États-Unis, qui mentionnaient comme parents un couple d'hommes mariés, en estimant que le recours à l'adoption porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants (CA [Rennes], 6e ch. A., 18 nov. 2019, n° 18/04404).

## B) La généralisation de la transcription totale de l'acte de naissance

835. **Transcription généralisée.** Dans deux arrêts du 18 décembre 2019<sup>2306</sup>, la Cour de cassation a écarté le principe de l'adoption par le parent d'intention, en acceptant la transcription totale d'actes de naissance étrangers qui mentionnaient comme « *parents* » un couple d'hommes, l'un d'eux étant le père biologique de l'enfant issu de la gestation pour autrui<sup>2307</sup>. La Cour assume de prendre cette décision, en opposition avec celle retenue par l'assemblée plénière dans l'affaire *Mennesson*<sup>2308</sup>, sur le fondement de l'article 3, §1 de la Convention de New York et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2309</sup>. En effet, la Cour prend soin de préciser que l'assemblée plénière, « *en présence d'un vide juridique et dans une recherche d'équilibre entre l'interdit d'ordre public de la gestation pour autrui et l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>2310</sup>, avait refusé la transcription totale des actes de naissance<sup>2311</sup>. Néanmoins, la Cour affirme qu'« *au regard des mêmes impératifs et afin d'unifier des situations, il convient de faire évoluer la jurisprudence* »<sup>2312</sup> en admettant que ni la gestation pour autrui ni le fait que l'acte de naissance désigne le père biologique et un deuxième homme ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte, lorsque celui-ci est probant, au sens de l'article 47 du Code civil<sup>2313</sup>.

836. **Disparition du contrôle de proportionnalité.** On ne peut qu'être surpris par le libéralisme de cette décision, qui s'écarte de la solution préconisée par la Cour européenne des droits de

---

<sup>2306</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, 18-12.237 : *D.* 2020, 426, obs. S. PARICARD ; *ibid.*, 506, obs. M. DOUCHY-OU DOT ; *Rev. crit. DIP* 2020, 267, note S. BOLLÉE et B. HAFTEL ; *JDI* 2020, comm. 9, D. SINDRES ; *Dr. famille* 2020, comm. 39, J.-R. BINET. Dans la première affaire, deux enfants étaient nés à Roseville (Californie, États-Unis) à la suite d'une gestation pour autrui avec pour « *père* » un citoyen français et comme « *parent* » un citoyen belge. Dans la seconde affaire, un enfant est né à Las Vegas (Nevada, États-Unis) avec pour « *père* » et pour « *parent* » les membres d'un couple marié de même sexe. Dans les deux affaires, la Cour d'appel de Rennes avait ordonné la transcription partielle des actes de naissance en ce qui concerne le père biologique. La Cour de cassation confirma cette transcription partielle des actes de naissance et préféra surseoir à statuer dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'arrêt de l'assemblée plénière qui concernait l'affaire *Mennesson* (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2019, n° 18-11.815 et 18-50.006 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2019, n° 18-12.327 et 18-50.008 : *Dr. famille* 2019, comm. 104, H. FULCHIRON).

<sup>2307</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

<sup>2308</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, *préc.*

<sup>2309</sup> Nous pouvons rappeler que l'article 3 § 1 de la Convention de New York prévoit que « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

<sup>2310</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

<sup>2311</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

<sup>2312</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

<sup>2313</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

l'homme selon laquelle la transcription totale de l'acte de naissance n'est pas obligatoire<sup>2314</sup>. Ce libéralisme appelle deux remarques particulières. La Cour affirme désormais que la notion de réalité prévue à l'article 47 du Code civil n'est plus définie par le droit français, mais bien « *par référence au point de vue de l'ordre juridique étranger* »<sup>2315</sup> qui donne « *la qualité de parent [...] au parent d'intention* »<sup>2316</sup>. Le point le plus surprenant est que la Cour s'écarte totalement d'une appréciation au cas d'espèce, et de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité<sup>2317</sup>. En l'absence de contrôle de proportionnalité, l'impératif que constitue l'interdiction d'ordre public des gestations pour autrui est une nouvelle fois mis à l'écart. Ce raisonnement traduit donc une « *capitulation* »<sup>2318</sup> de l'ordre public international au profit de l'intérêt de l'enfant. Dès lors, « *le dernier bastion de l'ordre public, arrimé à une conception exclusivement naturaliste de la maternité, n'est-il pas [...] voué à céder ?* »<sup>2319</sup>. Cette évolution majeure de l'ordre public international illustre le phénomène « *d'altération* »<sup>2320</sup> de ce mécanisme.

## Sous-section 2 : L'altération de l'ordre public international

837. L'« *altération* » de l'ordre public international doit être comprise comme un changement affectant de manière négative ce mécanisme<sup>2321</sup>. Ces changements affectent les éléments essentiels de ce mécanisme comme ses effets ou sa fonction, et ont été mis en perspective par une partie de la doctrine. Ainsi, nous regroupons sous le terme « *altération* » le phénomène de

---

<sup>2314</sup> On notera que la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé cette solution entre l'arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2019, concernant l'affaire *Menesson*, et la décision commentée (Cf. CEDH, 19 nov. 2019, n° 1462/18 et 17348/18 [C. c/ France et E. c/ France] : *AJF* 2020, 131, obs. F. BERDEAUX ; *Dr. famille* 2020, comm. 24, H. FULCHIRON ; *ibid.*, comm. 38, J.-R. BINET ; *JCP G* 2020, 184, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE).

<sup>2315</sup> S. BOLLÉE et B. HAFTEL, « L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2020, pp. 267-283, spé., p. 274, n° 11.

<sup>2316</sup> *Ibidem*.

<sup>2317</sup> D. SINDRES, *JDI* 2020, comm. 9, pp. 626-666, spé., p. 652.

<sup>2318</sup> Sur le sens de ce terme, Cf. *supra*.

<sup>2319</sup> L. BRUNET, *préc.*, *AJF* 2018, p. 574.

<sup>2320</sup> Sur le sens de ce terme, Cf. *infra*.

<sup>2321</sup> *Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008, p. 22

« *déconstruction* »<sup>2322</sup> des règles nationales, parmi lesquelles se trouve l’ordre public international (§1) et la « *désactivation* »<sup>2323</sup> de l’impérativité garantie par ce mécanisme (§2).

### §1. La « *déconstruction* » de l’ordre public international

838. La « *déconstruction* »<sup>2324</sup> de l’ordre public international procède d’une perturbation des effets de ce mécanisme exceptionnel (A) et de l’affaiblissement de sa fonction traditionnelle qui n’est autre que la protection de la cohésion de l’ordre juridique du for (B).

#### A) La perturbation des effets de l’ordre public international

839. « *Stérilisation* »<sup>2325</sup> de l’ordre public international. La « *déconstruction* »<sup>2326</sup> de l’ordre public international est tout d’abord matérialisée par la « *stérilisation* »<sup>2327</sup> de ce mécanisme exceptionnel. Selon P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, l’arrêt *Négrépontis*<sup>2328</sup> illustre « *que*

---

<sup>2322</sup> Nous utilisons ici le terme employé par P. WAUTELET lorsque ce dernier insiste sur le phénomène de « *déconstruction [des règles nationales]* » engendrée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme comme les arrêts *Labassée* et *Menesson*. Selon cet auteur « *le citoyen a trouvé dans les droits fondamentaux un bouclier lui permettant de faire valoir certains droits à l’égard de l’État, même si cela dérange* » (M.-L. NIBOYET, R. CYRIL, P. WAUTELET, « L’avocat accompagnateur de la mobilité internationale des familles », *Gaz. Pal*, 2018, hors-série, 14<sup>e</sup> édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine, pp. 7-19, spé., p. 9). Cette métaphore est particulièrement éclairante étant donné que c’est l’ordre public international qui est classiquement désigné comme un « *bouclier* » permettant de protéger les valeurs essentielles du for face aux normes étrangères considérées comme intolérables. Ce changement de paradigme permet d’illustrer le phénomène de « *déconstruction* » de l’ordre public international.

<sup>2323</sup> Le terme « *désactivation* » a été utilisé pour faire référence à deux objets différents. Le premier concerne la « *désactivation de l’exception d’ordre public* ». Par exemple, à la lecture de l’arrêt *Coman*, G. KESSLER affirme que l’exception d’ordre public pourrait être « *désactiv[ée] au profit d’une nouvelle méthode de raisonnement impliquant que la vie familiale menée dans l’État d’origine puisse être poursuivie dans l’État d’accueil* » (G. KESSLER, *préc.*, *JDI* 2019, doct. 2, p. 27). D’autre part, Y. LEQUETTE a décelé l’existence d’un nouveau paradigme du droit international privé [volonté et reconnaissance] qui pourrait « *désactiver* » les moyens de contrôle parmi lesquels se trouve l’exception d’ordre public (Y. LEQUETTE, « De la “proximité” au “fait accompli” », *op. cit.*, p. 511, n° 28). D’autres exemples peuvent être cités : Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 333, n° 774. Le deuxième concerne la « *désactivation de l’impérativité* ». Par ex, s’agissant de la « *désactivation de l’impérativité* » des lois de police (Cf. D. BUREAU et H. MUIR WATT, « L’impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008), *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 1-27). Dans le contexte de l’exception d’ordre public international, K. BIHANNIC aborde la « *possible désactivation des impérativités du for* » (K. BIHANNIC, *Repenser l’ordre public de proximité : d’une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 250, n° 579). Ainsi, au regard de ces deux possibilités, nous évoquerons la question de la désactivation de l’impérativité qui est incarnée par l’exception d’ordre public.

<sup>2324</sup> Sur l’utilisation de ce terme, Cf. *supra*.

<sup>2325</sup> Sur l’utilisation de ce terme, Cf. *infra*.

<sup>2326</sup> Sur l’utilisation de ce terme, Cf. *supra*.

<sup>2327</sup> Cette expression est attribuée à P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES qui utilise le verbe « *stériliser* » (Cf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 258, n° 100).

<sup>2328</sup> Arrêt *Négrépontis.*, *préc.*



*les considérations tirées des droits de l'homme sont susceptibles d'interférer avec le jeu de l'exception d'ordre public en bloquant le résultat lorsque ce dernier les affecte* »<sup>2329</sup>. Ainsi, la violation des droits de l'homme peut constituer un « motif d'inhibition de la sanction de l'irrégularité substantielle internationale que constitue l'atteinte à l'ordre public international »<sup>2330</sup>, à savoir l'éviction de la norme étrangère<sup>2331</sup>. Si l'arrêt *Négrépontis*<sup>2332</sup> concernait l'effet des jugements étrangers, l'auteur n'exclut pas une « extrapolation »<sup>2333</sup> de la solution au domaine des conflits de lois. Dès lors, le juge d'un État partie à la Convention pourrait décider de « stériliser l'exception d'ordre public elle-même, en refusant d'évincer la loi étrangère compétente et contraire à l'ordre public du for, de façon à garantir un droit au respect de la vie privée et familiale du requérant »<sup>2334</sup>.

840. Les arrêts rendus par la Cour de cassation, en matière de gestation pour autrui, ont montré progressivement une « neutralisation »<sup>2335</sup>, « disparition »<sup>2336</sup> et « capitulation »<sup>2337</sup> de l'ordre public international face à l'intérêt de l'enfant. Si ces jurisprudences ne concernaient que la transcription des actes de naissance étrangers, il n'est pas inenvisageable d'extrapoler les solutions rendues en matière d'effet des jugements étrangers. En effet, le juge du for pourrait être tenté de « stériliser »<sup>2338</sup> l'exception d'ordre public, face à un jugement étranger qui serait contraire à l'ordre public international, mais qui permettrait à un enfant issu d'une gestation pour autrui de voir sa filiation reconnue à l'égard de la mère d'intention. Ce choix serait en adéquation avec la décision libérale rendue par la Cour de cassation le 18 décembre 2019<sup>2339</sup> dans laquelle les juges voulaient « unifier les situations »<sup>2340</sup> et « faire évoluer la jurisprudence »<sup>2341</sup>.

---

<sup>2329</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 257, n° 100.

<sup>2330</sup> *Ibidem*.

<sup>2331</sup> *Ibid.*

<sup>2332</sup> Arrêt *Négrépontis*, *préc.*

<sup>2333</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 257, n° 100.

<sup>2334</sup> *Ibidem*.

<sup>2335</sup> Sur ce phénomène de « neutralisation », *Cf. supra*.

<sup>2336</sup> Sur ce phénomène de « disparition », *Cf. supra*.

<sup>2337</sup> Sur ce phénomène de « capitulation », *Cf. supra*.

<sup>2338</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra*.

<sup>2339</sup> Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

<sup>2340</sup> Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

<sup>2341</sup> Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, 18-12.237, *préc.*

841. Ce phénomène de « *stérilisation* »<sup>2342</sup> de l’ordre public international ne semble pas être limité à la protection des droits de l’homme. En effet, les libertés de circulation peuvent anéantir les effets de l’ordre public international lorsque sa mise en œuvre serait contraire à une liberté de circulation. Dans l’arrêt *Coman*<sup>2343</sup>, la Cour de justice de l’Union européenne a obligé les États membres à reconnaître un mariage de personnes de même sexe, valablement conclu dans un autre États membre, aux fins de l’octroi d’un droit de séjour dérivé pour le ressortissant d’un État tiers<sup>2344</sup>. À la lecture de cet arrêt, P. HAMMJE s’était interrogée en ces termes : « *Que reste-t-il alors de l’ordre public international ? On croirait une variante de l’effet atténué de l’ordre public ici devenu effet nul* »<sup>2345</sup>. La « *stérilisation* »<sup>2346</sup> de l’ordre public international, engendrée par les phénomènes de « *neutralisation* », « *disparition* »<sup>2347</sup> et « *capitulation* »<sup>2348</sup> de ce mécanisme engendre une perméabilité de l’ordre juridique du for. Cette perméabilité est une autre illustration de la « *déconstruction* »<sup>2349</sup> de l’ordre public international.

## B) L’affaiblissement de la fonction de l’ordre public international

842. ***Perméabilité de l’ordre juridique du for.*** Les solutions récentes proposées par les juridictions supranationales, comme les arrêts *Labassée*<sup>2350</sup> et *Menesson*<sup>2351</sup>, ont rendu l’ordre juridique du for perméable à certaines solutions étrangères qui sont pourtant contraires à l’ordre public international. Dès la publication de ces arrêts, un auteur avait affirmé que « *la véritable nouveauté [...] tient au fait que l’ordre public international n’est plus le saint des saints des ordres juridiques étatiques. Il n’est plus la limite infranchissable pour les voyageurs apportant avec eux des solutions juridiques “exotiques”* »<sup>2352</sup>. Les solutions proposées depuis par la Cour de cassation, en matière de gestation pour autrui, ne sont pas venues contredire cette conclusion. Bien au contraire. Notons également que la création d’obligations positives à la charge des États, par la Cour européenne des droits de l’homme, accroît cette perméabilité de l’ordre juridique du for. L’obligation de reconnaissance du lien de filiation entre la mère d’intention et

<sup>2342</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra.*

<sup>2343</sup> Arrêt *Coman*, *préc.*

<sup>2344</sup> Sur cet arrêt, *Cf. supra.*

<sup>2345</sup> P. HAMMJE, « Obligation de reconnaissance d’un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un État membre aux fins d’octroi d’un droit de séjour dérivé », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 816-834, *spé.*, p. 831, n° 20.

<sup>2346</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra.*

<sup>2347</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra.*

<sup>2348</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra.*

<sup>2349</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra.*

<sup>2350</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*

<sup>2351</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

<sup>2352</sup> S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *préc.*, *Dr. famille* 2015, dossier 45, p. 35, n° 16.

l’enfant issu d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger en fournit une illustration convaincante.

843. « *Dysfonction* » de l’ordre public international. Cette perméabilité de l’ordre juridique du for interroge sur la pérennité de la fonction de l’ordre public international, à savoir la protection de la cohésion de l’ordre juridique du for<sup>2353</sup>. L’objet de cette « *cohésion* » peut être interprété dans une dimension « *organique* »<sup>2354</sup> ou « *normative* »<sup>2355</sup>. Dans le premier cas, l’ordre public international permet une harmonie entre les normes, et dans le second cas, il empêche que le juge du for ne vienne « *prêter main-forte* »<sup>2356</sup> aux normes étrangères qui seraient contraires aux valeurs essentielles du for<sup>2357</sup>. L’interprétation choisie, qu’elle soit « *organique* »<sup>2358</sup> ou « *normative* »<sup>2359</sup>, ne modifie pas le constat qui peut être dressé. Les évolutions jurisprudentielles actuelles illustrent que l’ordre public international peut difficilement assurer la fonction qui lui est attribuée. Sous l’effet de certains facteurs, comme la prédominance de l’intérêt de l’enfant sur le fondement de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, le juge du for doit accueillir des situations constituées à l’étranger et appliquer des normes étrangères qui seraient contraires aux valeurs essentielles du for. La « *victoire des Mennesson* »<sup>2360</sup> constitue sûrement l’exemple le plus révélateur de ce phénomène. Face à de telles évolutions, force est de constater que l’exception d’ordre public international ne peut plus « *jouer le rôle d’une digue* »<sup>2361</sup>, pour reprendre l’expression utilisée par J.-P. NIBOYET. Comme l’ont affirmé certains auteurs, l’évolution actuelle de la jurisprudence, surtout en matière de gestation pour autrui, menace « *la stabilité des ordres juridiques internes* »<sup>2362</sup>. La « *déconstruction* »<sup>2363</sup> de l’ordre public international, en tant que mécanisme exceptionnel de droit international privé remet en question le respect de la souveraineté étatique.

---

<sup>2353</sup> Sur la question de la « *cohésion de l’ordre du for* » face aux gestations pour autrui pratiquées à l’étranger, nous pouvons nous référer tout particulièrement aux travaux d’Y. LEQUETTE : Cf. « De la “proximité” au “fait accompli” », *op. cit.*, p. 503 et s.).

<sup>2354</sup> Sur ce point : Cf. Introduction de l’étude.

<sup>2355</sup> Sur ce point : Cf. Introduction de l’étude.

<sup>2356</sup> Sur l’utilisation de cette expression : Cf. Introduction de l’étude.

<sup>2357</sup> Sur ce point : Cf. Introduction de l’étude.

<sup>2358</sup> Sur ce point : Cf. Introduction de l’étude.

<sup>2359</sup> Sur ce point : Cf. Introduction de l’étude.

<sup>2360</sup> Sur ce point : Cf. *supra*.

<sup>2361</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. 3, 1944, p. 564, n° 1042.

<sup>2362</sup> S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 767-791, spé., p. 779.

<sup>2363</sup> Sur l’utilisation de ce terme, Cf. *infra*.

844. **Limitation de la souveraineté étatique.** Le caractère consubstantiel de la souveraineté étatique et de l’ordre public international a déjà été évoqué, car ce mécanisme « [révèle] *le seuil de tolérance du for vis-à-vis des normes étrangères* »<sup>2364</sup> et ce seuil est « *déterminé souverainement par chaque État* »<sup>2365</sup>. Si des limitations peuvent être apportées à « *l’élaboration* » et l’intervention de l’ordre public international<sup>2366</sup>, le juge du for conserve théoriquement la maîtrise souveraine de ce mécanisme. Cependant, la jurisprudence récente des juridictions supranationales révèle, de manière assez nette, que ce postulat n’a jamais été aussi compromis. Les juridictions des États européens n’ont plus « *un exercice souverain* »<sup>2367</sup> sur l’exception d’ordre public<sup>2368</sup>. Les solutions données en matière de gestation pour autrui font « *apparaître de façon flagrante les limites de la souveraineté étatique face à la Cour européenne des droits de l’homme* »<sup>2369</sup>. Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l’homme sur la mise en œuvre de l’exception d’ordre public est tel que « *les États [contractants] perdent progressivement leur souveraineté dans la gestion des rapports privés internationaux* »,<sup>2370</sup> car ils sont obligés d’accueillir des situations étrangères contraires aux valeurs essentielles du for<sup>2371</sup>. Si l’impact des solutions proposées par la Cour de justice de l’Union est moindre, nous avons observé qu’elles participaient au phénomène de « *neutralisation* »<sup>2372</sup> de l’ordre public international<sup>2373</sup>. Par conséquent, l’affaiblissement de la souveraineté étatique s’illustre également dans le domaine du droit de l’Union européenne.

845. L’« *altération* »<sup>2374</sup> de l’ordre public international ne se limite pas à une « *déconstruction* »<sup>2375</sup> de l’ordre public international étant donné que l’impérativité promue par ce mécanisme exceptionnel est également compromise. En effet, il est possible de déceler un phénomène de « *désactivation* »<sup>2376</sup> de l’impérativité défendue par l’ordre public international.

---

<sup>2364</sup> JCl. *Civil Code*, Art. 3, fasc. 40, [par J. GUILLAUMÉ], § 18.

<sup>2365</sup> JCl. *Civil Code*, Art. 3, fasc. 40, [par J. GUILLAUMÉ], § 18.

<sup>2366</sup> Sur ces limitations, *Cf. supra*.

<sup>2367</sup> S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *préc.*, *Dr. famille* 2015, dossier 45, p. 36, n° 16.

<sup>2368</sup> *Ibidem*.

<sup>2369</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2019, n° 36, point de vue, p. 2000.

<sup>2370</sup> JCl. *Civil Code*, Art. 3, fasc. 42, [par J. GUILLAUMÉ], § 89.

<sup>2371</sup> *Ibidem*.

<sup>2372</sup> Sur l’utilisation de ce terme, *Cf. supra*.

<sup>2373</sup> Sur ce point : *Cf. supra*.

<sup>2374</sup> Sur l’utilisation de ce terme, *Cf. supra*.

<sup>2375</sup> Sur l’utilisation de ce terme, *Cf. supra*.

<sup>2376</sup> Sur l’utilisation de ce terme, *Cf. supra*.

## §2. La « désactivation » de l’impérativité garantie par l’ordre public international

846. La diminution de la portée de l’impérativité incarnée par l’ordre public international (A) se synchronise avec l’expansion d’une impérativité antagoniste qui n’est autre que l’impérativité de reconnaissance (B).

### A) La diminution de la portée de l’impérativité

847. **Diminution de la portée de l’impérativité internationale.** Dès la publication des arrêts *Labassée*<sup>2377</sup> et *Menesson*<sup>2378</sup>, la portée de la prohibition de la gestation pour autrui semblait déjà précaire. V. DEPADT affirmait par exemple que l’article 16-7 du Code civil « *n’aura plus d’autre valeur que celle d’un symbole pour les couples qui décident de se rendre à l’étranger* »<sup>2379</sup>. L’évolution des décisions en matière de gestation pour autrui pratiquées à l’étranger est venue confirmer cette tendance. Par exemple, F. CHÉNEDÉ avait perçu dans les arrêts du 5 juillet 2017<sup>2380</sup>, une « *abrogation par refus d’application de l’article 16-7* »<sup>2381</sup> du Code civil, en concluant qu’il n’en restait « *absolument rien* »<sup>2382</sup>. La « *victoire des Menesson* »<sup>2383</sup> et les arrêts du 18 décembre 2019<sup>2384</sup> indiquent que l’article 16-7 du Code civil « *n’a plus aucun sens, ni aucune force* »<sup>2385</sup>.

848. **Déclin du principe d’indisponibilité de l’état des personnes.** De la même manière, la diminution de la portée de l’impérativité de certains principes d’ordre public international s’est accentuée au fil de la jurisprudence de la Cour régulatrice. Le principe de l’indisponibilité de l’état des personnes constitue l’exemple le plus révélateur, alors qu’il avait été qualifié de « *principes essentiels du droit français* »<sup>2386</sup> et qu’il s’était vu doté d’une « *super-impérativité* »<sup>2387</sup>. Selon A. SÉRIAUX, les arrêts rendus par l’assemblée plénière le 3 juillet

<sup>2377</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>2378</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>2379</sup> V. DEPADT, « La Cour européenne à l’aide des enfants nés d’une GPA », *RJPF* sept. 2014, pp. 8-10, spé., p. 10.

<sup>2380</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, plusieurs arrêts, préc.

<sup>2381</sup> F. CHÉNEDÉ, préc., *AJF* 2017, p. 375.

<sup>2382</sup> *Ibidem*.

<sup>2383</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>2384</sup> Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-12.237, préc.

<sup>2385</sup> P. LE MAIGAT, « Gestation pour autrui : la fin de l’interdit ? », *Gaz. Pal.* 2020, 1, jurispr. pp. 190-192, spé., p. 191.

<sup>2386</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>2387</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

2015<sup>2388</sup> constituaient un « *acte de soumission aux verdicts de la Cour EDH* »<sup>2389</sup>, qui « *signait par avance l’arrêt de mort du principe de l’indisponibilité de l’état des personnes* »<sup>2390</sup>. Les arrêts postérieurs sont venus confirmer ce pronostic. Il était possible de s’interroger sur la « *désactivation* »<sup>2391</sup> de ce principe avec les arrêts du 5 juillet 2017<sup>2392</sup>, qui renvoyaient la mère d’intention à la procédure d’adoption<sup>2393</sup>. Néanmoins, l’arrêt *Mennesson* du 4 octobre 2019<sup>2394</sup> et les arrêts du 18 décembre 2019<sup>2395</sup>, qui prévoient la transcription totale des actes de naissance, laissent suggérer que le principe de l’indisponibilité de l’état des personnes « *ne paraît manifestement plus à l’ordre du jour* »<sup>2396</sup>.

849. ***Tentatives de renforcement de l’impérativité.*** Une tentative de renforcement de l’impérativité de la prohibition de la gestation pour autrui pourrait être trouvée dans les propositions récentes du législateur français. Dans le cadre des discussions portant sur projet de loi bioéthique<sup>2397</sup>, les sénateurs avaient adopté un amendement<sup>2398</sup> prévoyant l’insertion d’un nouvel article 47-1 du Code civil. Cet article visait à empêcher la transcription d’un acte de l’état civil ou d’un jugement étranger établissant la filiation d’un enfant issu d’une gestation pour autrui, « *en ce qu’il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu’il mentionne deux pères* »<sup>2399</sup>. Comme le soulignent les auteurs de cet amendement, le

<sup>2388</sup> Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, deux arrêts, *préc.*

<sup>2389</sup> A. SÉRIAUX, « Maternités de substitution : grandeur et décadence de deux principes d’ordre public », *Dr. famille*, 2019, étude 14, pp. 21-24, spé., p. 23, n° 16.

<sup>2390</sup> *Ibidem.*

<sup>2391</sup> Sur le sens de ce terme, *Cf. supra.*

<sup>2392</sup> Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, plusieurs arrêts, *préc.*

<sup>2393</sup> M. PICHARD s’est interrogé sur la « *désactivation* » du principe de l’indisponibilité de l’état des personnes à la lecture des arrêts du 5 juillet 2017. Selon cet auteur, l’existence de cette « *désactivation* » dépend du type d’adoption prononcée. Étant donné que l’adoption simple n’instaure qu’une filiation « *additive* », sans exclusion du lien de filiation avec la gestatrice, ce type d’adoption « *n’est donc pas incompatible avec l’indisponibilité de l’état des personnes* ». En revanche, l’adoption plénière consiste à substituer la filiation d’origine par une nouvelle filiation. Par conséquent « *cette substitution est précisément ce qui est prohibé par l’article 16-7 du Code civil, dont l’objet premier voir exclusif est de protéger la place de la gestatrice contre une maternité – voire une paternité – concurrente* » (M. PICHARD, « Gestation pour autrui : le principe d’indisponibilité de l’état des personnes “désactivé” ? », *LPA* 25-26 sept. 2017, pp. 6-14, spé., p. 9).

<sup>2394</sup> Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *préc.*

<sup>2395</sup> Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-12.237, *préc.*

<sup>2396</sup> A. SÉRIAUX, *préc.*, *Dr. famille*, 2019, étude 14, p. 24, n° 21.

<sup>2397</sup> Projet de loi AN, n° 2187, 2019, [relatif à la *bioéthique*].

<sup>2398</sup> Amendement n° COM-99 rect. ter, 7 janv. 2020, [Article additionnel après article 4], présenté par B. RETAILLEAU, B. FOURNIER, et *autres*. Notons que la rédaction de l’article 47-1 du Code civil prévue par cet amendement a été modifiée par un autre amendement : Amendement n° 333, 23 janv. 2020, [Article 4 bis], présenté par M. JOURDA.

<sup>2399</sup> Cet article était rédigé en ces termes : « *Tout acte de l’état civil ou jugement étranger, à l’exception des jugements d’adoption, établissant la filiation d’un enfant né à l’issue d’une convention de gestation pour le compte d’autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu’il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu’il mentionne deux pères* ».

but était « *de donner une portée pleine et entière à l’interdiction de la gestation pour autrui en France* »<sup>2400</sup>. Néanmoins, cet article a été supprimé par l’Assemblée nationale qui privilégia une autre approche<sup>2401</sup>. Ainsi, les députés ont adopté, le 2 juillet 2020, un amendement<sup>2402</sup> qui prévoit une réécriture de l’article 47 du Code civil visant à ce que la notion de « *réalité* » soit « *appréciée au regard de la loi française* »<sup>2403</sup>. Le but de cet amendement est de « *rétablir l’équilibre antérieur dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation avant son revirement du 18 décembre 2019* »<sup>2404</sup>. Cette démarche illustre la quête d’un compromis entre les exigences posées par la Cour européenne des droits de l’homme et la prohibition des conventions de gestation pour autrui. Cependant, elle confirme le déclin de l’ordre public international au profit d’une application littérale de l’article 47 du Code civil.

## B) L’expansion antagoniste de l’impérativité de reconnaissance

850. « *L’impératif de reconnaissance* »<sup>2405</sup>. L’affaiblissement de la portée de l’impérativité véhiculée par l’ordre public international se synchronise avec l’expansion antagoniste d’une autre d’impérativité, prise sous la forme d’un « *impératif* »<sup>2406</sup>. Cet impératif est celui de la

---

<sup>2400</sup> Amendement n° COM-99 rect. ter, 7 janv. 2020, [Article additionnel après article 4], présenté par B. RETAILLEAU, B. FOURNIER, et autres.

<sup>2401</sup> Il peut être utile de rappeler intégralement les raisons d’une telle suppression. Selon les députés : « *La suppression de l’article 47-1 est justifiée car cet article soulève des difficultés importantes : - l’interdiction de toute transcription d’un jugement de l’état civil étranger “ établissant la filiation d’un enfant né à l’issue d’une convention de gestation pour le compte d’autrui en ce qu’il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu’il mentionne deux pères”, rend impossible la transcription d’un jugement d’adoption, pourtant valablement prononcé à l’étranger, pour un enfant né de GPA alors que cette transcription est aujourd’hui acceptée en droit français ; - l’introduction de dispositions spécifiques réglementant une situation particulière (les conventions de gestation pour autrui) dans un chapitre relatif aux dispositions générales applicables à l’ensemble des actes de l’état civil risque d’être source d’incohérence et d’illisibilité* » (Amendement n° 1528, 29 juin 2020, [Article 4 bis], présenté par C. DUBOST).

<sup>2402</sup> Amendement n° 1528, 29 juin 2020, [Article 4 bis], présenté par C. DUBOST.

<sup>2403</sup> Amendement n° 1528, 29 juin 2020, [Article 4 bis], présenté par C. DUBOST.

<sup>2404</sup> Une nouvelle fois, il peut être utile de rappeler intégralement le but de cet amendement : « *L’amendement proposé rappelle que c’est au regard des règles françaises applicables qu’il convient d’apprécier “la réalité” visée par l’article 47 du code civil. En matière de filiation, s’agissant de la maternité, la réalité au sens de l’article 325 du code civil, est celle de l’accouchement. Il permet de rétablir l’équilibre antérieur dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation avant son revirement du 18 décembre 2019 tout en optant pour une rédaction suffisamment générale et conforme aux engagements internationaux de la France et de s’opposer à des transcriptions qui seraient contraires aux règles françaises pour d’autres raisons (trafic d’enfants par exemple)* » (Amendement n° 1528, 29 juin 2020, [Article 4 bis], présenté par C. DUBOST).

<sup>2405</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l’épreuve de l’impératif de reconnaissance des situations*, thèse dactyl., Paris II, 2017.

<sup>2406</sup> *Ibidem*.

reconnaissance des situations<sup>2407</sup>, comme l'illustrent l'arrêt *Coman*<sup>2408</sup> ou les arrêts *Labassée*<sup>2409</sup> et *Menesson*<sup>2410</sup>. Selon S. FULLI-LEMAIRE, l'émergence de cet impératif s'inscrit dans un « *changement de contexte* »<sup>2411</sup>, dont les principaux facteurs sont l'accroissement de la mobilité des personnes privées<sup>2412</sup>, qui explique une multiplication des relations familiales internationales<sup>2413</sup>, et l'essor de l'individualisme<sup>2414</sup>, qui implique une remise en cause de l'intérêt collectif<sup>2415</sup>. Ce changement de contexte suggère alors un « *changement de perspective* »<sup>2416</sup>. L'auteur souligne les limites des principes directeurs du droit international privé chargés de protéger les intérêts individuels, à savoir l'harmonie internationale des solutions et la prévisibilité des solutions<sup>2417</sup>. Alors que l'harmonie internationale des solutions serait en déclin<sup>2418</sup>, la prévisibilité des solutions, quant à elle, serait en voie de mutation vers le seul « *respect des prévisions des parties* »<sup>2419</sup>. Face aux difficultés existantes dans la refonte de ces deux principes directeurs, S. FULLI-LEMAIRE privilégie la reconnaissance d'un nouvel objectif du droit international privé, qui n'est autre que celui de « *l'impératif de reconnaissance des situations familiales* »<sup>2420</sup>. Néanmoins, cet impératif ne saurait à lui seul remettre en cause la nécessité de protection de la cohésion de l'ordre juridique du for, qui implique de refuser l'accueil de certaines situations<sup>2421</sup>. Au regard des développements précédents, il apparaît que la capacité de l'ordre public international de faire obstacle à l'accueil de certaines situations étrangères semble particulièrement compromise.

---

<sup>2407</sup> Sur l'impératif de reconnaissance des situations : Cf. notamment : S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit. ; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'impérativité européenne, du malaise du mouvement à la solidité du fondement », *D.* 2019, pp. 448-452.

<sup>2408</sup> Arrêt *Coman*, préc.

<sup>2409</sup> Arrêt *Labassée*, préc.

<sup>2410</sup> Arrêt *Menesson*, préc.

<sup>2411</sup> S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., p. 42 et s.

<sup>2412</sup> *Ibidem.*, p. 43 et s.

<sup>2413</sup> *Ibid.*, p. 43 et s.

<sup>2414</sup> *Ibid.*, p. 61 et s.

<sup>2415</sup> *Ibid.*, p. 48 et s.

<sup>2416</sup> *Ibid.*, p. 123 et s.

<sup>2417</sup> *Ibid.*, p. 145 et s.

<sup>2418</sup> *Ibid.*, p. 147 et s.

<sup>2419</sup> *Ibid.*, p. 172 et s.

<sup>2420</sup> *Ibid.*, p. 204 et s.

<sup>2421</sup> L'auteur insiste sur l'idée que la reconnaissance doit rester un impératif, plutôt qu'un « *principe* » ou un « *objectif* » (Cf. plus précisément : S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, op. cit., pp. 215-219).



851. « *Translation de la fixation du seuil de tolérance* ». L'ensemble de ces résultats interroge sur la fixation du « *seuil de tolérance* »<sup>2422</sup> du for à l'égard des normes et situations étrangères. La fixation de ce seuil de tolérance est traditionnellement attribuée au juge du for sous réserve des objectifs de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, comme les libertés de circulation ou la protection des droits de l'homme. Cependant, au regard des solutions dégagées par les juridictions supranationales et tout particulièrement par la Cour européenne des droits de l'homme, il apparaît que la fixation de ce seuil de tolérance ne relève plus totalement du juge du for. La manipulation du consensus européen<sup>2423</sup>, la limitation de la marge d'appréciation des États parties<sup>2424</sup>, l'émergence d'obligations positives à la charge de ces derniers<sup>2425</sup> et l'impossibilité de faire obstacle à l'accueil de certaines situations étrangères<sup>2426</sup> sont autant d'indices qui indiquent que le juge du for n'a plus la maîtrise quant à la fixation du seuil de tolérance. Si ce constat a déjà été dressé par une partie de la doctrine<sup>2427</sup>, on peut s'interroger sur le rôle même du juge étatique dans la fixation de ce seuil de tolérance. Ainsi, dans certains domaines comme celui des effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, la fixation du seuil de tolérance semble avoir été placée à un niveau supranational. Par conséquent, la tendance actuelle de l'ordre public international sur ce sujet semble traduire une « *translation* »<sup>2428</sup> de la fixation du seuil de tolérance au niveau supranational.

852. Les évolutions actuelles de l'ordre public international traduisent une limitation de la performance de ce mécanisme exceptionnel. Cette limitation indique que l'ordre public international est en voie de mutation en tant que mécanisme exceptionnel de droit international privé. Cette mutation s'accélère au contact de nouvelles méthodes.

## **Section 2 : L'évolution de l'ordre public international au contact des nouvelles méthodes**

853. L'ordre public international accélère sa mutation au contact de nouvelles méthodes, comme la méthode de la « *reconnaissance* » et la méthode de la « *proportionnalité* ». L'étude

---

<sup>2422</sup> Sur l'utilisation de cette expression, Cf. par ex : N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, op. cit., p. 153, n° 165 ; L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 2013, t. 357, p. 331, n° 124 ; JCl. *Civil Code*, Art. 3, fasc. 40, [par J. GUILLAUMÉ], § 18.

<sup>2423</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>2424</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>2425</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>2426</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

<sup>2427</sup> Sur ce point, Cf. *supra*. « *La limitation de la souveraineté étatique* ».

<sup>2428</sup> À notre connaissance, ce terme n'est pas utilisé par la doctrine.

de ces méthodes (Sous-section 1) peut servir de base au développement d'une « *double méthode de proportionnalité* » dont le but est de redynamiser l'élaboration et l'intervention de l'ordre public international (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : L'ordre public international face aux méthodes de « *reconnaissance* » et de « *proportionnalité* »**

854. La méthode de la « *reconnaissance* » qui porte sur les situations constituées à l'étranger (§1) et la méthode dite de la « *proportionnalité* » (§2) ont des influences déterminantes sur l'ordre public international et participent au renouvellement de ce mécanisme exceptionnel.

#### **§1. Renouvellement de l'ordre public international dans le cadre de la méthode de la « *reconnaissance* »**

855. La méthode de la reconnaissance des situations, qui a connu un regain d'attention sous l'effet croisé de la liberté de circulation et des droits fondamentaux, ne présuppose pas la disparition de l'ordre public international (A), mais la place accordée à ce mécanisme exceptionnel reste profondément débattue (B).

##### **A) L'ordre public international dans le cadre de la méthode de la reconnaissance des situations**

856. *Méthode de reconnaissance des situations.* Peu de sujets relatifs aux méthodes du droit international privé n'ont suscité autant de débats que celui de la méthode de la

reconnaissance<sup>2429</sup>. Cette méthode aurait pour objet les décisions ou les situations<sup>2430</sup>, et dans cette dernière hypothèse, elle serait une « concurrente de la méthode des conflits de lois »<sup>2431</sup>. Il a été observé que la reconnaissance des situations, favorisée par la liberté de circulation et les droits fondamentaux, demeure le terrain privilégié des évolutions de l'ordre public international. Ainsi, seule la méthode de reconnaissance des situations sera l'objet de notre étude. Cette méthode a été présentée en ces termes : « *Le trait caractéristique de la méthode de la reconnaissance des situations est que l'État dans lequel une situation est invoquée renonce à l'application de sa propre règle de conflit pour vérifier la validité de cette situation au profit*

---

<sup>2429</sup> Parmi de très nombreux travaux : *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013 ; R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2011, t. 348, p. 253 et s. ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, pp. 307-355 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 359-381 ; du même auteur : « La reconnaissance, jusqu'où ? » *op. cit.*, pp. 647-677 ; P. LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi » : *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, pp. 481-501 ; du même auteur : « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, pp. 225-243 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 547-573 ; C. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, pp. 513-560 ; A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne ? » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir : H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 239-253 ; G.-P. ROMANO, « La bilatéralité éclipée par l'autorité », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 457-519.

<sup>2430</sup> Selon P. MAYER, il existerait « des » méthodes de reconnaissance : la méthode de reconnaissance des décisions et la méthode de reconnaissance des situations. Reprenant la distinction opérée entre la décision et la règle, l'auteur traça les oppositions entre les deux méthodes selon que la situation résulte de la première ou de la seconde. Lorsque la situation est créée (ou constatée) par un jugement, l'auteur note : « *Il est certain que la situation est, au moins indirectement, reconnue : elle est, lorsque les conditions de la reconnaissance sont remplies, appréciée par l'ordre juridique du for dans les termes où elle a été énoncée par l'ordre juridique étranger. Mais cette appréciation est déduite du contenu du jugement étranger, auquel l'ordre juridique du for accepte, à des conditions déterminées, de conférer ce rôle* ». L'auteur en déduit qu'il y a « reconnaissance directe du jugement et indirecte de la situation qu'il a énoncée » (P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 550, n° 7). La méthode est alors différente lorsque la situation résulte d'une règle. Comme le précise P. MAYER : « *lorsqu'elle n'a pas pour objet une décision étrangère, la méthode de la reconnaissance ne peut être que l'une des méthodes de résolution du conflit de lois : une fois écartée l'idée, inspiratrice de la théorie des droits acquis, qu'une situation existe "en fait", il n'y a place que pour une alternative : ou bien la situation résulte d'une décision, ou bien elle résulte d'une règle, et dans le second cas il faut déterminer parmi les divers ordres juridiques celui auquel appartient cette règle* » (P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 560, n° 26). L'opposition entre les deux méthodes est alors très nette : « *en présence d'une décision véritable, la méthode de la reconnaissance élimine presque totalement le conflit de lois* », tandis qu'en l'absence de décision, « *la question de la loi applicable se pose* » (P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 573). Ce dualisme méthodologique est nuancé par S. BOLLÉE lorsque ce dernier considère que la méthode de reconnaissance des décisions et la méthode de reconnaissance des situations « *ne sont que les deux faces d'une même pièce* » qui ont les mêmes traits et répondent aux mêmes considérations (S. BOLLÉE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 325, n° 15).

<sup>2431</sup> P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, pp. 547-573 ; Cf. également J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010, p. 232, n° 320.

de la loi qui a fait surgir la situation »<sup>2432</sup>. Cette méthode aurait pour fondement le respect des attentes (ou prévisions) légitimes des parties<sup>2433</sup> et elle permettrait de favoriser « l'alignement de la réalité juridique sur la situation de fait »<sup>2434</sup>. Son objectif est donc clairement défini : « favoriser le respect d'une situation pour la simple raison qu'elle existe et que les personnes privées ont légitimement pu avoir confiance en sa validité »<sup>2435</sup>.

857. **Domaine de la méthode.** Le domaine de la méthode de la reconnaissance est particulièrement débattu. Selon la majorité de la doctrine, seules les situations « cristallisées »<sup>2436</sup> à l'étranger peuvent relever de cette méthode<sup>2437</sup>. Cette « cristallisation »<sup>2438</sup> s'opère par l'intervention d'une autorité publique « dans la création ou dans l'opposabilité aux tiers de la situation »<sup>2439</sup>. Cette intervention prend notamment la forme d'un acte public, la doctrine portant une attention particulière au degré d'intervention de l'autorité publique<sup>2440</sup>. Cependant, une partie de la doctrine considère que certaines situations

---

<sup>2432</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés » (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 19-25, spé., p. 19.

<sup>2433</sup> *Ibidem.*, p. 24.

<sup>2434</sup> P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 564, n° 33.

<sup>2435</sup> S. BOLLÉE, « Les conditions de la reconnaissance notamment à la lumière des conventions internationales » (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 113-120, spé., p. 115.

<sup>2436</sup> La paternité de cette expression revient à P. MAYER (Cf. P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 562, n° 29).

<sup>2437</sup> Dans ce sens : P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.*, p. 21 ; A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne ? », *op. cit.*, p. 250.

<sup>2438</sup> Sur l'origine de ce terme, Cf. *supra*.

<sup>2439</sup> P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 562, n° 29.

<sup>2440</sup> La question la plus débattue en doctrine est très certainement la suivante : tous les actes publics peuvent-ils bénéficier de la méthode de la reconnaissance ? Le débat s'articule autour des classifications proposées par la doctrine, notamment celle de C. PAMBOUKIS et de P. CALLÉ. Nous avons observé que C. PAMBOUKIS avait proposé de distinguer les actes « quasi-publics » selon la fonction de l'organe public étranger, cette fonction étant alors purement réceptive (Cf. *supra*). L'approche proposée par P. CALLÉ est totalement différente. Rejetant la distinction fondée sur les fonctions « volitive » ou « réceptive » de l'organe public, l'auteur adopte une classification fondée sur les effets des actes publics qui sont substantiels ou procéduraux. S'agissant des effets procéduraux des actes publics étrangers (la force exécutoire ou la force probante), l'auteur préconise l'application de la loi française. S'agissant des effets substantiels des actes publics étrangers, l'auteur distingue les effets décisionnels et l'effet de titre. Tandis que les premiers peuvent se voir appliquer la méthode de la reconnaissance, l'effet de titre doit se voir appliquer la méthode du conflit de lois (H. MUIR-WATT. « Compte rendu de la thèse de : Pierre Callé. - L'acte public en droit international privé. Economica. 2004. 411 pages », *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 905-913, spé., p. 910). Cette variation du champ d'application de la méthode de la reconnaissance en fonction des effets a été critiquée par C. PAMBOUKIS, notamment en ce qui concerne l'effet de titre. Selon C. PAMBOUKIS : « Cette idée d'une division de l'efficacité normative de l'acte en cause, selon ses effets, conduit à des résultats peu satisfaisants. Quel sens peut avoir, en effet, la reconnaissance d'un titre, si elle ne s'accompagne d'une présomption de validité du même rapport ? Le contenant peut-il subsister sans le contenu ? » (C. PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 133-146, spé., p. 137). C. PAMBOUKIS soutient cette « objection majeure » de l'impossibilité de dissocier le titre de son contenu, en invoquant le contrôle de l'ordre public international : « La preuve de la considération de l'acte public "in toto" est que le contrôle de

peuvent bénéficier de la méthode de la reconnaissance en dehors de toute cristallisation par un acte public<sup>2441</sup>.

858. **Condition de conformité à l'ordre public international.** Les conditions relatives à la reconnaissance des situations sont également discutées. Il semble néanmoins que les situations ne peuvent bénéficier de la méthode de la reconnaissance qu'en raison d'une certaine proximité<sup>2442</sup> avec l'État d'origine et que les parties aient pu s'attendre à ce que cette situation soit reconnue dans un autre État. L'absence de fraude à la loi est également requise pour une grande partie de la doctrine. Cette condition permet d'éviter toute « *instrumentalisation* »<sup>2443</sup> de la méthode « *dans des cas où les intéressés se seraient adressés à une autorité étrangère dans "le seul" but de constituer un état de droit qui n'aurait pu être valablement créé en France, et de l'invoquer ensuite dans ce dernier pays* »<sup>2444</sup>. Cependant, le maintien de cette condition se heurte à l'expansion de l'autonomie de la volonté dans le cadre de la méthode de la reconnaissance<sup>2445</sup>. Si le maintien du mécanisme de la fraude à la loi est incertain, il en est

---

*l'ordre public international ne porte pas sur le titre (la façon d'instrumenter au sens large) mais concerne aussi l'efficacité substantielle* » (C. PAMBOUKIS, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 549). En définitive, la distinction majoritairement retenue est celle relative au rôle actif ou passif de l'autorité publique. Dans le premier cas, l'autorité publique « *intervient activement dans la création de la situation* » (par exemple un mariage) tandis que dans le second, l'autorité publique a un rôle passif, « *se bornant à recevoir ou à enregistrer une situation sans contribuer autrement à la réalisation* » (par exemple un acte notarié) (P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.*, p. 21). Ainsi, selon C. PAMBOUKIS, il serait ainsi possible de distinguer les actes publics « *décisionnels* » (premier cas) et les actes publics « *formels* » (second cas) (C. PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », *op. cit.*, spé., pp. 133-134, n° 3). Tandis que la doctrine s'accorde à soumettre les actes publics relevant du premier cas à la méthode de la reconnaissance, les auteurs sont beaucoup moins consensuels s'agissant des actes relevant du second cas. (P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.*, p. 21).

<sup>2441</sup> C. PAMBOUKIS considère qu'une situation créée en dehors de toute intervention d'une autorité publique peut bénéficier de la méthode de la reconnaissance si elle est « *effective* ». L'auteur donne alors un « *indice* » permettant de déterminer cette effectivité : « [...] *la création d'un état (marié, divorcé, etc.) reconnu effectif en raison de l'apparence créée. Et cette apparence est due essentiellement à l'association du temps et à la production des effets dans un ordre juridique donné* » (C. PAMBOUKIS, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 553). D'autres auteurs considèrent que l'intervention d'une autorité publique n'est pas pour autant « *décisive* » (Cf. par ex : A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* 2009, t. 341, p. 340, n° 206).

<sup>2442</sup> Cette condition de proximité avec l'État d'origine est cardinale. P. LAGARDE appelait au développement de la méthode de la reconnaissance des situations, « *afin que les situations créées dans un État présentant avec celles-ci des liens étroits (à définir matière après matière) soient reconnues dans les autres États* » (P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243, spé., p. 242).

<sup>2443</sup> S. BOLLÉE, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 339, n° 26.

<sup>2444</sup> *Ibidem*.

<sup>2445</sup> Certains auteurs ont pu constater que l'admission de la méthode de la reconnaissance « *coïncidait* » avec une extension de l'autonomie de la volonté (Cf. P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.*, p. 24). Selon G.-P. ROMANO, le retrait de la règle de conflit classique a deux conséquences : la possibilité de choisir la loi applicable pour les individus ayant un lien avec plusieurs pays (*option de législation*), et la possibilité de choisir la loi qui présente les conditions les moins rigoureuses (*principe de faveur*) (G.-P. ROMANO, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 512-517). Ainsi, toute la question

tout autrement de l'exception d'ordre public<sup>2446</sup>. En effet, le maintien de l'ordre public international, en tant que mécanisme permettant de s'opposer à la reconnaissance d'une situation, est soutenu de manière quasi unanime<sup>2447</sup>. Présentée comme la condition « *dont on ne peut faire l'impasse* »<sup>2448</sup> ou « *dont on ne peut faire l'économie* »<sup>2449</sup>, l'absence de contrariété à l'ordre public international nous apparaît également comme étant essentielle. Ce maintien de l'ordre public international s'explique ne serait-ce que par un argument *a fortiori* : si la conformité à l'ordre public international conditionne la reconnaissance d'un jugement étranger, elle devrait, de surcroît, conditionner la reconnaissance d'un rapport de de droit consacré, ou

---

est de déterminer si le mécanisme de la fraude à la loi demeure pertinent dans le cadre de la méthode de la reconnaissance. Cette interrogation est d'autant plus importante dans le cadre de l'Union européenne, comme le souligne A. PANET : « *Dès lors que la neutralité et la rigidité de la règle de conflit de lois en matière de statut personnel sont remises en cause au sein de l'Union européenne, non seulement par le développement de l'autonomie de la volonté et des règles de conflit à finalité matérielle, mais encore par la suppression dans nombre de législations du contrôle de la loi appliquée dans le cadre de la reconnaissance, l'exception de fraude à la loi a naturellement vocation à se restreindre, voire à disparaître* » (A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne ? », *op. cit.*, pp. 252-253).

<sup>2446</sup> La possibilité pour un État membre de s'opposer à la reconnaissance d'une situation constituée dans un autre État membre pour des considérations d'ordre public a été affirmée par la Cour de justice dans deux décisions connues : CJCE, 14 oct. 2008, aff. C-353/06 (*Grunkin-Paul*) et CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*).

<sup>2447</sup> Certains auteurs s'interrogent sur la compatibilité théorique entre l'ordre public international et la méthode de la reconnaissance. Cette interrogation porte soit sur l'ordre public de proximité (Cf. S. GODECHOT-PATRIS, « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit comparé : alliance ou mésalliance ? » : *Mélanges C. JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, 2013, pp. 501-518, spé., p. 515, n° 28) soit sur l'ordre public international dans son ensemble (Cf. A. PANET, « Une méthode de reconnaissance européenne ? », *op. cit.*, p. 253). Cependant aucun d'entre eux ne soutient « *l'existence d'une "incompatibilité fondamentale" entre l'ordre public et les principes inhérents à la méthode de la reconnaissance* » comme il a pu être suggéré par la doctrine (Cf. K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 282, n° 642, Cf. également n.b.p. n° 1367). À notre connaissance, seul le Procureur général M. DOMINGO a soutenu la thèse d'un effacement total de l'ordre public international pour permettre à une situation régulièrement acquise à l'étranger de produire des effets en France. Il convient de citer les propos exacts de M. DOMINGO, qui ont été présentés dans un avis concernant l'affaire *Mennesson* (Cass. 1re civ., 6 avril 2011, n°10-19053, *préc.*) : « *Mais lorsqu'il s'agit seulement de faire produire à de telles situations régulièrement acquises à l'étranger – fût-ce au prix de l'intention de s'affranchir des rigueurs d'une loi impérative – des effets juridiques sur le territoire de ceux-ci rien ne s'oppose absolument à ce que l'ordre public international, même de proximité, s'efface pour permettre à des familles de mener une vie conforme aux conditions de droit dans lesquelles elles se sont constituées et aux conditions de fait dans lesquelles elles vivent désormais* ». Si nous avons déjà évoqué que M. DOMINGO avait préconisé la cassation (Cf. *infra*), il peut être utile de rappeler les termes exacts de ses propos : « *que l'ordre public international, fût-il de « proximité » ne saurait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger ou une décision étrangère régulièrement prononcée par une juridiction étrangère de produire en France les effets juridiques qui en dérivent – notamment au regard de la transcription des actes d'état-civil – lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par notre pays* » (M. DOMINGO, *préc.*, *Gaz. Pal.* 2011, 3, *jurispr.*, p. 1497). Dans le cadre d'une interview, M. DOMINGO ne se cache pas d'avoir voulu adopter « *une position délibérément novatrice* » (« Interview de M. DOMINGO », *AJF* 2011, p. 266). L'auteur s'exprime en ces termes : « *Mon analyse était que l'ordre public, qui prohibe, en droit interne, toute reconnaissance d'une filiation par mère porteuse, pouvait s'effacer lorsque la situation interdite en France a été acquise conformément à une loi étrangère et qu'il s'agit seulement de lui faire produire des effets sur le territoire national* » (*Ibid.*).

<sup>2448</sup> P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.*, p. 23.

<sup>2449</sup> S. BOLLÉE, « Les conditions de la reconnaissance notamment à la lumière des conventions internationales », *op. cit.*, p. 114.

non, par un acte public<sup>2450</sup>. La condition de conformité à l'ordre public international est d'autant plus essentielle qu'elle tend à devenir la dernière limite à la reconnaissance des situations<sup>2451</sup>.

859. **Contrôle de l'ordre public international.** Ce n'est qu'après avoir déterminé si l'acte public étranger peut être soumis à la méthode de la reconnaissance qu'intervient le contrôle de l'ordre public international<sup>2452</sup>. Ce contrôle s'opère différemment selon qu'il s'agit d'un « *acte public titre* »<sup>2453</sup> ou un « *acte public substantiel* »<sup>2454</sup>. Étant donné que ce dernier type d'acte permet la « *cristallisation* »<sup>2455</sup> de la situation juridique concernée<sup>2456</sup>, un simple « *contrôle de régularité formelle* [...] *ne saurait suffire* »<sup>2457</sup>. Pour ce type d'acte, il est nécessaire d'effectuer un « *contrôle substantiel* »<sup>2458</sup> qui prend la forme d'un « *contrôle ad hoc de proportionnalité* »<sup>2459</sup>. Ce contrôle de proportionnalité est « *une mise en balance des intérêts du for de la reconnaissance par rapport à l'exigence légitime privée (et attente légitime des parties) de la cohérence internationale de leur rapport* »<sup>2460</sup>. Il y'a donc d'un côté les intérêts du for et de l'autre « *la permanence du statut personnel, l'attente légitime des parties (lorsque la situation juridique a été créée légalement selon la *lex auctoris*), l'intérêt légitime et donc l'absence d'intention frauduleuse du rapport [...] et l'apparence à l'égard des tiers dans l'ordre juridique d'origine ainsi [...] que la durée de la situation en cause* »<sup>2461</sup>. Il convient de

<sup>2450</sup> Cet argument « *a fortiori* », largement repris par la doctrine, est présenté par T. VIGNAL en ces termes : « *si l'on pose des conditions de reconnaissance d'un jugement étranger, il serait pour le moins surprenant que l'on n'en posât aucune à la reconnaissance d'un rapport de droit qui ne présente pas les mêmes garanties de sérieux qu'un jugement, soit parce qu'il résulte d'un acte public ou quasi public, soit même parce qu'il s'agit d'une simple "situation" qui n'a été constatée par aucun acte "stricto sensu"* » (T. VIGNAL, « *Ordre public et reconnaissance* », *op. cit.*, pp. 528-529, n° 2). Sur l'utilisation de cet argument *a fortiori* en doctrine, Cf. par ex : K. BIHANNIC *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 282, n° 643.

<sup>2451</sup> S. BOLLÉE, « *Débats* » (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 167-176, spé., p. 167.

<sup>2452</sup> C. PAMBOUKIS, « *Les actes publics et la méthode de reconnaissance* », *op. cit.*, p. 143, n° 21.

<sup>2453</sup> *Rep. Int. Dalloz*, V° Acte public étranger [par C. PAMBOUKIS], § 33 et s.

<sup>2454</sup> Sur cette distinction, Cf. *Rep. Int. Dalloz*, V° Acte public étranger [par C. PAMBOUKIS], § 33 et s.

<sup>2455</sup> Sur l'origine et le sens de ce terme, Cf. *supra*.

<sup>2456</sup> *Rep. Int. Dalloz*, V° Acte public étranger [par C. PAMBOUKIS], § 78.

<sup>2457</sup> *Ibidem*, § 75.

<sup>2458</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>2459</sup> *Ibid.*

<sup>2460</sup> *Rep. Int. Dalloz*, V° Acte public étranger [par C. PAMBOUKIS], § 79. Dans un autre ouvrage, C. PAMBOUKIS présente ce contrôle en des termes plus généraux : « *Il faut, d'une part, mettre en balance les intérêts essentiels du for de la reconnaissance (impérativité sous la forme de compétence exclusive, lois de police, ordre public), les conditions afférant au rapport concerné lui-même (lien sérieux et non frauduleux) et, d'autre part, les implications de la non-reconnaissance qui conduiront à un morcellement de principe du rapport juridique concerné par l'acte public* » (C. PAMBOUKIS, « *Les actes publics et la méthode de reconnaissance* », *op. cit.*, p. 143, n° 21).

<sup>2461</sup> *Rep. Int. Dalloz*, V° Acte public étranger [par C. PAMBOUKIS], § 81.

noter qu'il existe une étape supplémentaire de « *proportionnalité corrective* »<sup>2462</sup> s'agissant des actes publics européens : « *il convient de mesurer les raisons de refus de la reconnaissance propres aux idiosyncrasies nationales par rapport aux objectifs supérieurs du droit européen, soit en vue de son intégration juridique en raison des libertés communautaires fondamentales, soit en raison de la protection des droits de l'homme* »<sup>2463</sup>.

860. Ce maintien de l'ordre public international, dans le cadre de la méthode de la reconnaissance des situations cristallisées à l'étranger laisse en suspens la question de l'amplitude de son intervention.

## **B) L'intervention de l'ordre public international dans le cadre de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques**

861. ***Intervention mesurée.*** Nombreux sont les auteurs qui insistent tout particulièrement sur la nécessité de restreindre ou de limiter l'ordre public international dans le cadre de la méthode de la reconnaissance<sup>2464</sup>. Ce « *devoir de discipline de l'exception d'ordre public* »<sup>2465</sup> s'explique par l'objectif même de la méthode de la reconnaissance et se concrétise par un usage mesuré de ce mécanisme exceptionnel. Cette restriction dans l'utilisation de l'ordre public international prend des formes différentes.

862. ***Modulation de l'intervention.*** Tout d'abord, il serait possible de moduler l'intervention de l'ordre public international en fonction de l'espace concerné<sup>2466</sup>, c'est-à-dire du lieu de localisation de la situation qu'il s'agisse de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe ou d'un État tiers. Cette modulation fait intervenir deux problématiques. La première n'est autre que le *contenu* de l'ordre public international c'est-à-dire des valeurs qui pourraient être

---

<sup>2462</sup> C. PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », *op. cit.*, p 143, n° 21.

<sup>2463</sup> *Ibidem*, pp. 143-144, n° 21.

<sup>2464</sup> Dans ce sens : S. BOLLÉE, « Les conditions de la reconnaissance notamment à la lumière des conventions internationales », *op. cit.*, pp. 114-115 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 377 ; R. BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2011, t. 348, p. 458, n° 178.

<sup>2465</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 273, n° 628.

<sup>2466</sup> Dans ce sens : H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 376 et s. ; K. BIHANNIC *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 283, n° 648 ; *Contra* : G. KESSLER, *préc.*, *JDI* 2019, doct. 2, p. 43.



invoquées pour s'opposer à la reconnaissance. La seconde concerne les éléments devant être mis en balance dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

863. S'agissant de la première problématique, il apparaît que le contenu de l'ordre public international qui peut être mobilisé sera particulièrement restreint, puisqu'il devra être en adéquation avec les valeurs défendues par l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe. Ainsi, dans le cadre de l'Union européenne, les valeurs défendues devront être en adéquation avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>2467</sup>. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'atteinte au droit fondamental, comme le droit au respect de la vie privée et familiale, doit répondre à un « *besoin social impérieux* »<sup>2468</sup>.

864. S'agissant de la deuxième problématique, le contrôle de proportionnalité impose en lui-même une certaine casuistique qui dépendra également de l'espace concerné et des principes qui les structurent. Comme le suggère H. FULCHIRON : « *dans un espace intégré tel que celui de l'Union européenne, le seuil de tolérance devrait être particulièrement élevé, compte tenu des libertés en cause et de la confiance mutuelle que doivent se faire les États* »<sup>2469</sup>. Dans l'espace du Conseil de l'Europe, le principe de confiance mutuelle n'a pas la même intensité<sup>2470</sup>. Ainsi, « *le seuil de tolérance pourrait être abaissé, avec la prise en compte d'autres impératifs, dans le cadre d'une pesée globale des intérêts en présence : droits et libertés des intéressés, mais aussi confiance mutuelle entre États, attentes légitimes des parties, sécurité juridique (pour les personnes concernées et pour les tiers), respect des principes essentiels du pays d'accueil* »<sup>2471</sup>.

865. **Création d'une « exception européenne d'ordre public »**<sup>2472</sup>. Ensuite, il serait possible de formuler une véritable « *exception européenne d'ordre public* »<sup>2473</sup>. S. PFEIFF a proposé de tracer les contours d'une « *méthode européenne de la reconnaissance* »<sup>2474</sup> qui répondrait aux

---

<sup>2467</sup> Cf. *supra*. Notamment l'arrêt *Coman*.

<sup>2468</sup> Cf. *supra*.

<sup>2469</sup> H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *op. cit.*, p. 378.

<sup>2470</sup> *Ibidem*, p. 379.

<sup>2471</sup> *Ibid.*

<sup>2472</sup> S. PFEIFF, *op. cit.*, p. 406.

<sup>2473</sup> *Ibidem*.

<sup>2474</sup> L'auteur définit cette méthode de la façon suivante : « *Un élément du statut personnel, cristallisé dans un acte émanant d'une autorité publique d'un État membre matériellement compétente pour ce faire, doit être reconnu dans tous les autres États membres, à moins que le refus de reconnaissance ne soit nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public de l'État d'accueil* » (*Ibid.*, p. 47, n° 29).

exigences de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour de justice de l’Union européenne. Le but ultime de cette méthode est de « *favoriser la permanence transfrontière du statut personnel du citoyen européen* »<sup>2475</sup>. Dans le cadre de cette méthode, l’auteur propose d’abandonner l’exception de fraude<sup>2476</sup> et de maintenir l’exception d’ordre public en l’adaptant aux exigences européennes, au premier plan desquelles nous retrouvons la liberté de circulation du citoyen et les droits fondamentaux<sup>2477</sup>. Ces exigences impliquent « *d’intégrer le critère de proportionnalité dans l’application de l’exception d’ordre public* »<sup>2478</sup>. S. PFEIFF précise que le critère de proportionnalité est « *indispensable à la justification du refus de reconnaissance au regard du droit européen* »<sup>2479</sup>. « *L’exception européenne d’ordre public* »<sup>2480</sup> est alors présentée comme :

*« un mécanisme d’exception qui permet de refuser la reconnaissance d’un élément du statut personnel cristallisé dans un autre État membre, si ce refus est nécessaire à la sauvegarde d’un intérêt fondamental de l’État d’accueil. L’évaluation du critère de nécessité implique de mettre en balance, d’une part, l’atteinte à l’intérêt fondamental protégé par l’État d’accueil en cas de reconnaissance de l’élément du statut personnel litigieux et, d’autre part, l’atteinte au droit à la permanence du statut personnel subie par la personne concernée en cas de refus de reconnaissance de son statut. Cette mise en balance doit tenir compte de l’adéquation du refus de reconnaissance à la protection de l’intérêt fondamental en jeu »*<sup>2481</sup>.

866. Ce mécanisme est assorti de quelques « *balises* »<sup>2482</sup> afin de guider l’autorité d’accueil dans cette recherche de proportionnalité. Ainsi, il convient d’accorder un poids important à : la protection de l’intérêt supérieur de l’enfant<sup>2483</sup>, au respect des autres droits fondamentaux ou aux droits des tiers<sup>2484</sup>, à la protection du statut du citoyen européen<sup>2485</sup>. Il convient également de prendre en compte : l’inexistence d’une situation équivalente dans l’ordre juridique du

---

<sup>2475</sup> *Ibid.*

<sup>2476</sup> *Ibid.*, p. 406, n° 416.

<sup>2477</sup> *Ibid.*, p. 407, n° 417.

<sup>2478</sup> *Ibid.*, p. 414, n° 424.

<sup>2479</sup> *Ibid.*, p. 417, n° 428.

<sup>2480</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>2481</sup> *Ibid.*, pp. 417-418, n° 428. Nous reproduisons l’intégralité de cette citation au regard de son intérêt pour nos développements.

<sup>2482</sup> *Ibid.*, p. 419, n° 430.

<sup>2483</sup> *Ibid.*, p. 420, n° 431.

<sup>2484</sup> *Ibid.*, p. 423, n° 432.

<sup>2485</sup> *Ibid.*, p. 424, n° 433.

for<sup>2486</sup>, la proximité avec l'État d'origine<sup>2487</sup>, la durée du statut personnel<sup>2488</sup>, ou encore l'existence d'un certain consensus<sup>2489</sup>.

867. Des pistes d'évolutions de l'ordre public international sont également perceptibles dans le domaine de la « *méthode* » dite de la « *proportionnalité* ».

## §2. Renouveau dans le cadre de la « *méthode* » de la proportionnalité

868. La méthode utilisée dans le cadre du « *nouveau* » contrôle de proportionnalité n'est pas sans rappeler celle qui gouverne l'intervention de l'ordre public international. Néanmoins, si ces deux méthodes sont fondées sur un raisonnement similaire, elles ne sauraient se réduire l'une à l'autre (A), et il convient de mesurer l'influence de ce nouveau contrôle de proportionnalité sur la méthode traditionnelle de l'ordre public international (B).

### A) L'ordre public international et la nouvelle méthode du contrôle de proportionnalité

869. *Avènement du contrôle de proportionnalité*. Depuis le « *coup de tonnerre* »<sup>2490</sup> provoqué par l'arrêt du 4 décembre 2013<sup>2491</sup>, dans lequel la Cour de cassation avait écarté l'application

---

<sup>2486</sup> *Ibid.*, p. 424, n° 434.

<sup>2487</sup> *Ibid.*, p. 425, n° 435.

<sup>2488</sup> *Ibid.*, p. 426, n° 436.

<sup>2489</sup> *Ibid.*, p. 426, n° 437.

<sup>2490</sup> T. MARZAL, « La Cour de cassation à “l'âge de la balance”, Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, pp. 789-810, spé., p. 789.

<sup>2491</sup> Cass. Ire civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *D.* 2014, 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.*, 179, note F. CHÉNEDÉ ; *Dr. famille* 2014, comm. 1, J.-R. BINET ; *AJF* 2014, 124, obs. S. THOURET ; *RTD civ.* 2014, 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 307, note J.-P. MARGUÉNAUD. Dans cette affaire devenue célèbre, une femme avait épousé le père de son ancien mari bien que cette union soit interdite sur le fondement de l'article 161 du Code civil qui prévoit qu'« *en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* ». L'épouse fut instituée légataire universelle à la suite du décès de son mari, ce qui ne manqua pas de créer un litige avec le fils du défunt. Ainsi, la veuve fut assignée par celui-ci en annulation du mariage qu'elle avait contracté. La Cour d'appel trancha en faveur du fils du défunt et prononça la nullité du mariage. Cependant, la Cour de cassation considéra que « *le prononcé de la nullité du mariage revêtait, à l'égard de [l'épouse], le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ». Cette décision est en harmonie avec la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni* (CEDH, 13 sept. 2005, n°36536/02 [B. et L. c/ Royaume-Uni]) cette dernière ayant considéré que l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa belle-fille constituait une atteinte au droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention (Cf. J.-R. BINET, « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Dr. famille* 2014, comm. 1, pp. 11-12, spé., p. 12 ; H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014, point de vue, pp. 153-154, spé. p. 153 ; F. CHÉNEDÉ, « De l'équité aux droits de l'homme », *AJF*, 2013, p. 663). Cependant, comme l'a rappelé avec force H. FULCHIRON, cette décision est

de l'article 161 du Code civil sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour empêcher l'annulation d'un mariage entre un homme et sa belle-fille qui avait duré vingt ans, la Haute juridiction s'est engagée volontairement<sup>2492</sup> dans la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. Ce contrôle de proportionnalité consiste à mettre en balance les intérêts en présence lors de l'application de la règle de droit et d'écarter cette application, dans le cas d'espèce, si elle entraîne une atteinte disproportionnée aux droits et aux libertés de l'une des parties au litige<sup>2493</sup>. L'« *audace* »<sup>2494</sup> d'une telle décision, par laquelle les juges avaient écarté l'application d'une « *loi claire et précise* »<sup>2495</sup>, alors que cette dernière « *n'invitait pas à réaliser une pesée des intérêts contradictoires des parties* »<sup>2496</sup>, ne pouvait rester sans conséquence. L'adoption de ce raisonnement par la Cour de cassation<sup>2497</sup> et sa reproduction dans de nouvelles décisions<sup>2498</sup> ont fait l'objet d'un débat particulièrement intense

---

« *doublement innovante* » : d'une part, la Cour de cassation statue au seul visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (et non l'article 12) et, d'autre part, elle reprend « *la méthode de raisonnement utilisée par la CEDH, c'est-à-dire la pesée des intérêts en présence, intérêts individuels et intérêt collectif* » (H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2014, p. 153).

<sup>2492</sup> La Cour de cassation ne cache plus sa volonté de mettre en place ce contrôle de proportionnalité et la démarche est donc pleinement assumée (Cf. J. BONNET, *préc.*, JCP G 2019, doctr. 903, p. 1600, n° 27-n° 28 ; B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, n° 23, point de vue, pp. 1326-1327).

<sup>2493</sup> Cette définition synthétise les différentes propositions de la doctrine pour exprimer ce que recouvre ce contrôle de proportionnalité. En effet, les définitions ont des caractéristiques communes mais également des différences intéressantes. S'agissant des caractéristiques communes, les auteurs s'accordent sur l'idée que le juge national, après avoir mis en balance les intérêts en présence, s'autorise à écarter l'application d'une règle s'il estime que son application, *in casu*, conduit à une atteinte disproportionnée à un droit de l'une des parties au litige. S'agissant des différences, certains auteurs mettent en perspective que l'atteinte porterait sur des droits et des libertés, là ou d'autres auteurs ne font référence qu'à un droit fondamental. Par ex., dans le premier cas : « [le contrôle de proportionnalité] peut conduire à écarter l'application [de la règle] *in casu*, lorsque celle-ci porterait une atteinte excessive aux droits et libertés reconnus à l'individu » (H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions et méthodes », D. 2017, pp. 656-662, spé., pp. 656-657), ou encore, le juge se refuse à appliquer « *une loi claire et précise* » [si son application] « *porterait excessivement atteinte aux droits et libertés de l'une des parties au litige* » (F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, pp. 796-806, spé., p. 797). Par ex., dans le second cas : l'application de la règle est écartée, en cas d'atteinte disproportionnée « *à un ou des droits fondamentaux* » (V. VIGNEAU et C. SIFFREIN-BLANC, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille » (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 81-92, spé., pp. 82-83), ou encore, si cette application a des effets disproportionnés sur « *un droit fondamental* » (B. LOUVEL, *préc.*, D. 2015, n° 23, point de vue, p. 1326). Il convient donc de rappeler la précision donnée par H. FULCHIRON : « *Ce contrôle doit s'effectuer au regard des droits et libertés tels que garantis par les normes internes comme par les normes européennes et internationales* » (H. FULCHIRON, *préc.*, D. 2017, p. 657).

<sup>2494</sup> V. VIGNEAU, « Propos introductifs » (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 11-17, spé., p. 12 ; Cf. également : P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, pp. 2061-2070, spé., p. 2067.

<sup>2495</sup> V. VIGNEAU, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12.

<sup>2496</sup> *Ibidem*.

<sup>2497</sup> Ce contrôle de proportionnalité est également exercé par le Conseil d'État, Cf. par ex : CE, 31 mai 2016, n° 396848 : RFDA 2016, 740, concl. A BRETONNEAU, note P. DEVOLVÉ ; AJDA 2016, 1092 ; *ibid.*, 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; D. 2016, 1470, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *ibid.*, 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, 1477, note B. HAFTEL ; JCP G 2016, 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; AJF 2016, 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

<sup>2498</sup> Cf. concernant le mariage entre un homme et la fille de son ex-femme : Cass. 1re civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201

dans lequel la doctrine « *oscille entre critiques exacerbées et arguments de légitimité* »<sup>2499</sup>. Les reproches adressés à l'encontre de ce contrôle de proportionnalité sont bien connus : « *insécurité juridique, arbitraire du juge, remise en cause des équilibres démocratiques, altération de la méthode syllogistique* »<sup>2500</sup>. Ses avantages le sont tout autant : une protection accrue des droits fondamentaux, une « *nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne* »<sup>2501</sup>, une meilleure prise en compte des intérêts pour éviter une « *application aveugle ou mécanique* »<sup>2502</sup> de la règle de droit.

870. **Proportionnalité et « fonction de juger »**. Cette infiltration du contrôle de proportionnalité interroge sur la « *fonction de juger* », « *la question [étant] de savoir si la Cour [de cassation] doit se contenter de contrôler le contrôle de proportionnalité opéré par les juges du fond ou s'il lui revient en propre d'opérer le dit contrôle* »<sup>2503</sup>. La réponse à cette question est déterminante et si la crainte que la Cour de cassation ne se limite plus à juger « *en droit* » était bien réelle, l'étude de la jurisprudence fait apparaître une réalité plus nuancée. En effet, il a été souligné que la Cour se contente d'effectuer le « *contrôle du contrôle* »<sup>2504</sup>, qui consiste à s'assurer que les juges du fond ont réellement mis en balance les droits et intérêts en cause, ces derniers devant être clairement définis et sous-pesés, et que les conclusions de cette mise en balance demeurent « *acceptables* »<sup>2505</sup>. Ainsi, rejetant la mise en place d'un contrôle de

---

concernant le domaine de la filiation : Cass. 1re civ., 6 juil. 2016, n° 15-19.853.

<sup>2499</sup> V. VIGNEAU et C. SIFFREIN-BLANC, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », *op. cit.*, p. 86. Pour une approche critique, Cf. A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, n° 3, point de vue, p. 137 ; F. CHÉNEDÉ, *préc.*, *D.* 2016, pp. 796-806 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, pp. 70-75 ; *contra* : P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, *préc.*, *D.* 2014, pp. 2061-2070.

<sup>2500</sup> S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 769.

<sup>2501</sup> P. CHAUVIN, « Contrôle de proportionnalité : "Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne" », *Gaz. Pal.* 2016, 6, pp. 3222-3225 ; Cf. également : B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015, act. 1122, pp. 1906-1912, spé., p. 1907 et s.

<sup>2502</sup> S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *Rev. Lamy dr. civ.*, nov. 2017, n° 153, pp. 48-55, spé., p. 51.

<sup>2503</sup> V. VIGNEAU et C. SIFFREIN-BLANC, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », *op. cit.*, p. 85. Sur la question, Cf. notamment : P. CHAUVIN, *préc.*, *Gaz. Pal.* 2016, 6, p. 3223 ; Cour de cassation, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, p. 167 et s.).

<sup>2504</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, p. 656.

<sup>2505</sup> *Ibidem*, p. 661. Nous reprenons ici les conclusions de H. FULCHIRON formulées à la suite d'une étude de la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon cet auteur, la Cour de cassation « *reprend les formules qu'elle utilise pour caractériser un "contrôle léger" dans le cadre du contrôle normatif* », comme « *en l'état de ces constatations* » ou « *en l'état de ces énonciations* », la Cour d'appel « *a pu décider* » ou « *a pu déduire* ». Ce même auteur affirme que le contrôle exercé par la Cour pourrait se développer autour de quatre questions : 1° « *le contrôle a-t-il été effectué ?* » [...] ; 2° « *le contrôle a-t-il été effectivement effectué ?* » [...] ; 3° « *le contrôle a-t-il été correctement effectué ?* » Les droits et intérêts mis en balance ont-ils été clairement définis, s'agit-il vraiment des droits et intérêts pertinents, ont-ils été pris en compte dans leur juste dimension [...] ; 4° « *le contrôle a-t-il*

proportionnalité uniformisé qui devrait s’imposer à tous les juges du fond, la Cour « *préfère leur laisser une marge importante d’appréciation au regard des situations concrètes de chaque espèce* »<sup>2506</sup>.

871. « **Méthode** » de **proportionnalité**. L’assimilation du contrôle de proportionnalité à une « *méthode du droit* » constitue la pierre angulaire de la controverse doctrinale. En effet, les auteurs sont divisés entre deux conceptions : soit « *le contrôle de proportionnalité relève d’un raisonnement au cas par cas qui constitue l’anti modèle du raisonnement juridique* »<sup>2507</sup>, soit il « *peut être analysé comme une méthode d’interprétation juridique pouvant donner lieu à des solutions généralisables pour les cas futurs* »<sup>2508</sup>. Cette dernière analyse emporte l’adhésion, car le contrôle de proportionnalité possède les traits caractéristiques d’une « *méthode* »<sup>2509</sup>. À n’en pas douter, la détermination de cette « *méthode* » est loin d’être aisée, car elle présuppose l’identification préalable des données et des modalités de ce contrôle<sup>2510</sup>. La systématisation des critères utilisés par les juges pour délimiter la proportionnalité de la solution est également source d’incertitudes<sup>2511</sup>. Si la systématisation de ces critères peut s’opérer au travers de la méthode inductive, seule la multiplication des solutions de la Cour de cassation permettra de la réaliser. Cependant, la révélation de ces critères peut s’avérer difficile au regard de la technique de la cassation qui ne semble pas réellement adaptée au contrôle de proportionnalité<sup>2512</sup>.

---

*été justement effectué ? » Les conclusions que les juges du fond ont tirées de la mise en balance des droits et intérêts en cause, dans les circonstances de l’espèce, sont-elles, sinon exactes [...] du moins acceptables compte tenu à la fois des droits et intérêts en jeu, des données de l’espèce et du contexte juridique et social dans lequel s’inscrit l’affaire ? » (Ibid., pp. 660-661).*

<sup>2506</sup> V. VIGNEAU et C. SIFFREIN-BLANC, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », *op. cit.*, p. 86.

<sup>2507</sup> V. FOURMENT, « La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d’une controverse sur les méthodes du droit », *RRJ* 2018-5, pp. 2051-2069, spé., p. 2056.

<sup>2508</sup> *Ibidem*.

<sup>2509</sup> Le contrôle de proportionnalité ne se limite pas à un simple raisonnement au cas par cas, étant donné qu’il porte les traits caractéristiques d’une « *méthode* ». (Sur la question, Cf. notamment : T. MARZAL, *préc.*, *RTD civ.* 2017, pp. 789-810 ; F. ROUVIÈRE, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 75-80) ; P. DUCOULOMBIER, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, pp. 1778-1783. Nous adhérons à l’analyse proposée par T. MARZAL qui perçoit dans le contrôle de proportionnalité une « *une méthode contraignante* » (T. MARZAL, *préc.*, *RTD civ.* 2017, p. 794). Selon cet auteur, « *la proportionnalité possède cinq caractéristiques principales en tant que forme de raisonnement qui conditionnent très lourdement la prise de décision* ». Ces cinq caractéristiques sont : « *le conséquentialisme* », « *la commensurabilité* », « *l’instrumentalisme* », « *l’universalité* » et « *le factualisme* » (T. MARZAL, *préc.*, *RTD civ.* 2017, pp. 795-796). Ainsi, « *[c]es cinq caractéristiques de la proportionnalité en font une méthode de raisonnement très particulière, qui contraint le juge fortement et ne saurait donc être assimilée à un raisonnement “ex aequo et bono” ou un exercice général de prudence* » (T. MARZAL, *préc.*, *RTD civ.*, 2017, p. 797).

<sup>2510</sup> H. FULCHIRON, *préc.*, *D.* 2017, pp. 656-662.

<sup>2511</sup> Pour une tentative de systématisation : Cf. S. LE GAC-PECH, *préc.*, *Rev. Lamy dr. civ. nov.* 2017, n° 153, p. 53 et s.

<sup>2512</sup> Dans ce sens : Cf. T. MARZAL, *préc.*, *RTD civ.* 2017, pp. 809-810 ; F. ZÉNATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, pp. 511-530, spé., p. 518.

L'amélioration de la rédaction des décisions, afin de les rendre plus compréhensibles, permettra, peut-être, de pallier cette difficulté<sup>2513</sup>.

872. **Proportionnalité et ordre public international.** Ces premiers développements nous amènent directement à s'interroger sur la pénétration de ce contrôle de proportionnalité, et de sa méthode, dans la « *sphère du droit international privé* »<sup>2514</sup>. Les dissensions doctrinales s'orientent sur la prétendue « *révolution méthodologique* »<sup>2515</sup> du contrôle de proportionnalité par rapport à la méthode utilisée dans le cadre de l'ordre public international. En effet, il est acquis que la mise en œuvre de l'ordre public international repose sur une « *rationalité* » ou une « *logique* » de mise en balance des intérêts en cause, ce qui n'est pas sans rappeler la méthode utilisée dans le cadre du contrôle de proportionnalité<sup>2516</sup>. Ainsi, B. HAFTEL conteste le caractère « *nouveau* »<sup>2517</sup> du contrôle de proportionnalité, car il serait pratiqué « *depuis toujours par les juridictions françaises, lorsqu'il s'agit d'évaluer la conformité d'une norme étrangère à l'ordre public international* »<sup>2518</sup>. Cette affirmation a pu surprendre<sup>2519</sup>, à juste titre, car la méthode utilisée dans le cadre du contrôle de proportionnalité n'est pas réductible à celle

<sup>2513</sup> P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, *préc.*, D. 2014, pp. 2061-2070, spé., p. 2068 et s. ; T. MARZAL, *préc.*, RTD civ. 2017, p. 810.

<sup>2514</sup> S. GODECHOT-PATRIS, JDI 2018, comm. 11, pp. 875-883, spé., p. 881. Sur la question, Cf. notamment : J. GUILLAUMÉ, « La loi étrangère qui prive l'enfant de son à établir sa filiation paternelle est (en elle-même) contraire à l'ordre public international français », D. 2017, pp. 2518-2522 ; B. HAFTEL, « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », D. 2016, pp. 1477-1480 ; K. BIHANNIC, *préc.*, RDLF 2018, chron. n° 06 ; S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, pp. 767-791 ; M. FARGE, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », RDLF, 2017, chron. n° 29 ; P. MAYER, « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », RDLF 2020, chron. n° 53 ; J. HEYMANN, « Importing Proportionality to the Conflict of Laws » (in) *Private International Law and Global Governance* (Dir. H. MUIR WATT et D.-P. FERNÁNDEZ ARROYO), Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 2014, pp. 277-289.

<sup>2515</sup> B. HAFTEL, *préc.*, D. 2016, p. 1480.

<sup>2516</sup> Nombreux sont les auteurs qui rappellent que la méthode de l'ordre public international repose sur une logique de mise en balance des intérêts en présence, qui serait très proche de la méthode de la proportionnalité. Par exemple, H. MUIR WATT souligne que « *l'exception d'ordre public relève indubitablement, au regard de la forme de raisonnement qu'il implique, d'une rationalité de "mise en balance" ; très proche à cet égard de la proportionnalité [...]* » (H. MUIR WATT, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? », (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 85-95, spé., p. 92, n° 8. K. BIHANNIC souligne quant à lui : « *En deuxième lieu, ce qui découle directement de la logique de mise en balance, la proportionnalité fait un écho direct à la méthodologie traditionnelle de l'exception d'ordre public* » (K. BIHANNIC, *préc.*, RDLF 2018, chron. n° 06, n° 21).

<sup>2517</sup> B. HAFTEL, *préc.*, D. 2016, p. 1480.

<sup>2518</sup> *Ibidem.*

<sup>2519</sup> Comme le souligne S. GODECHOT-PATRIS : « *Plus perturbant est l'argument que d'aucuns ont avancé arguant de la similitude de raisonnement entre le contrôle "in concreto" de l'ordre public et le contrôle de proportionnalité pour relativiser la nouveauté de ce dernier* » (S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 772).

utilisée dans le cadre du contrôle *in concreto* de l’ordre public international<sup>2520</sup>. En effet, au-delà de la différence de l’objet contrôlé, à savoir la norme nationale et la norme étrangère, le raisonnement adopté dans le cadre du contrôle de proportionnalité et du contrôle *in concreto* diverge<sup>2521</sup>. Le premier consiste à repousser l’application d’une norme nationale si son application porte une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté, alors que le second, conduit à évincer l’application d’une norme étrangère si son application est contraire à un cadre référentiel de valeurs. Tandis que le contrôle de proportionnalité implique d’évaluer le poids respectif des éléments en présence, pour apprécier l’existence d’un équilibre entre eux<sup>2522</sup>, le contrôle *in concreto* implique d’évaluer la conformité d’un résultat par rapport à un « *standard* »<sup>2523</sup>. En définitive, la vérification de la contrariété d’un résultat avec un cadre référentiel de valeurs se distingue de la mise en rapport de plusieurs éléments afin de rechercher un équilibre entre eux.

873. Le contrôle de proportionnalité récemment effectué par la Cour de cassation n’est pas réductible au contrôle *in concreto* qui est effectué dans le cadre du mécanisme de l’ordre public international. Le caractère irréductible du contrôle de proportionnalité et du contrôle *in concreto* ouvre de nouvelles perspectives. L’infiltration de ce contrôle de proportionnalité dans la matière du droit international privé interroge sur de l’identification du mécanisme le plus adapté pour assurer ce type de contrôle.

<sup>2520</sup> Dans ce sens : J. GUILLAUMÉ, *préc.*, D. 2017, p. 2521.

<sup>2521</sup> J. GUILLAUMÉ affirme que « l’appréciation “*in concreto*” consiste simplement à se demander si l’application de la loi étrangère au cas d’espèce donne lieu à une solution contraire à l’ordre public international » (*Ibidem*).

<sup>2522</sup> Au travers d’une étude terminologique, un auteur a su mettre en perspective le sens de la « *proportionnalité* » (Cf. S. LE GAC-PECH, « Retour sur la proportionnalité » : *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, pp. 473-500, spé., p. 477 et s.). Cet auteur distingue tout d’abord les termes « *égalité* », « *équivalence* » et « *équilibre* ». Ainsi, le premier correspond à « un “*équilibre absolu*”, “*parfait*” puisqu’il s’agit de parvenir à une stricte identité », le second, renvoie à une « *égalité en valeur* », et le dernier, « signifie “*de justes proportions*” » (S. LE GAC-PECH, « Retour sur la proportionnalité », *op. cit.*, pp. 477-478, n° 11). L’auteur insiste sur les « *racines du terme proportionnalité* », car « *établir une proportion signifie “mettre en relation”, mettre en balance. Seule l’analyse des proportions permet de révéler l’existence ou l’absence d’un équilibre* » (S. LE GAC-PECH, « Retour sur la proportionnalité », *op. cit.*, p. 479, n° 16). Ainsi, « *la proportionnalité est un instrument permettant d’apprécier l’équilibre et de détecter les déséquilibres significatifs, c’est-à-dire graves et manifestes* » (S. LE GAC-PECH, « Retour sur la proportionnalité », *op. cit.*, p. 479, n° 19). Pour parfaire sa démonstration, l’auteur s’intéresse à « l’adjectif “*proportionné*” » qui « renvoie [...] à la mesure, à une exigence minimale d’adéquation, à l’absence d’excès manifeste. Il correspond à l’objectif aristotélicien du juste milieu et sous-entend un rapport, une comparaison entre deux termes » (S. LE GAC-PECH, « Retour sur la proportionnalité », *op. cit.*, p. 480, n° 20). La démonstration de l’auteur est utile pour remarquer que l’élément déterminant de la proportionnalité n’est autre que la mise en relation des éléments ayant par hypothèses des poids différents afin d’apprécier l’équilibre entre ces mêmes éléments.

<sup>2523</sup> Sur la précision selon laquelle l’ordre public international doit être considéré comme un « *standard* », Cf. *supra*.



## **B) Le fonctionnement de l’ordre public international dans le cadre de la méthode de la proportionnalité**

874. **Contrôle de proportionnalité.** L’ordre public international demeure le mécanisme le plus adapté pour assurer le contrôle de proportionnalité, sachant que ce contrôle « *ne porterait pas seulement sur les situations d’ores et déjà constituées, mais également sur les situations à constituer* »<sup>2524</sup>. C’est en ce sens que se prononcent certains auteurs<sup>2525</sup>, dont J. GUILLAUMÉ qui considère que ce contrôle « *pourrait être mis en œuvre par la Cour de cassation lorsqu’elle apprécie la conformité de la loi étrangère à l’ordre public international* »<sup>2526</sup>. Ce même auteur précise que « *le contrôle de proportionnalité prendrait alors place au sein du contrôle “in concreto” de la conformité de la loi étrangère à l’ordre public, sans se confondre avec celui-ci* »<sup>2527</sup>. Cette proposition doctrinale est déterminante, car elle permet d’optimiser les avantages inhérents de l’ordre public international lorsqu’il s’agit d’assurer la protection des droits fondamentaux et plus particulièrement les droits garantis par la Convention européenne des droits de l’homme. Elle permet une application universelle de ces droits tout en écartant les dangers de leur impérialisme, dans une « *démarche coordinatrice* »<sup>2528</sup>.

875. **Étapes du contrôle de proportionnalité.** La méthode comporte différentes étapes : 1) l’identification du droit fondamental non absolu ayant subi une atteinte, 2) l’appréciation du but légitime de la loi à l’origine de cette atteinte, et 3) la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par la mise en rapport du droit fondamental, la loi à l’origine de l’atteinte et les « *autres éléments de fait et de droit pertinents permettant d’apprécier les intérêts en cause* »<sup>2529</sup>. L’originalité de la méthode réside dans la mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité lorsque la loi à l’origine de l’atteinte est une loi étrangère et que le rapport de droit doit être créé en France<sup>2530</sup>.

---

<sup>2524</sup> S. GODECHOT-PATRIS, *JDI* 2018, comm. 11, pp. 875-883, spé., p. 882.

<sup>2525</sup> Cf. K. BIHANNIC, *préc.*, *RDLF*, 2018, chron. n° 06 ; *Contra* : S. GODECHOT-PATRIS qui envisage une « *exception des droits de l’homme* » (Cf. S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 787 et s.) ; R. LEGENDRE, qui propose de « *dissocier l’application des droits fondamentaux du mécanisme d’ordre public international* » (Cf. R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé*, Dalloz, 2020, p. 273 et s.).

<sup>2526</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2017, p. 2521.

<sup>2527</sup> *Ibidem.*

<sup>2528</sup> *Ibid.*, p. 2522.

<sup>2529</sup> *Ibid.*, p. 2521.

<sup>2530</sup> *Ibid.*

876. Notons que toute appréciation de la légitimité du but poursuivi par la loi étrangère est à exclure puisque l'ordre public international n'a pas pour fonction de protéger les valeurs essentielles étrangères<sup>2531</sup>. Ainsi : « [i]l s'agirait, pour le juge français qui constate que la loi étrangère désignée par sa règle de conflit porte atteinte à un droit fondamental non absolu [...] de se demander s'il est légitime de ne pas déclencher l'exception d'ordre public ; l'ingérence se caractérisant ici par l'absence d'éviction de la loi étrangère »<sup>2532</sup>.

877. J. GUILLAUMÉ prend pour exemple l'établissement de la filiation naturelle. Ainsi, le contrôle de proportionnalité permet de mettre en rapport : le droit fondamental atteint, le but légitime des règles de droit international privé (comme l'harmonie internationale des solutions), les intérêts individuels en présence et certains éléments factuels, comme l'identification de l'ordre juridique dans lequel la situation déploiera ses effets<sup>2533</sup>. À l'évidence, l'étape préalable indispensable de la méthode est de déterminer si le droit fondamental qui subit l'ingérence fait partie de l'ordre public international du for<sup>2534</sup>.

878. **Précisions sur le « droit fondamental non absolu ».** La présentation de cette méthode nécessite de mettre en perspective ce que recouvre la notion de « *droit fondamental non absolu* ». Pour opérer la distinction entre droits absolus et non absolus, J. GUILLAUMÉ se fonde notamment sur les travaux de H. GAUDEMET-TALLON<sup>2535</sup> qui ont pour objet la « *hiérarchisation des droits de l'homme* »<sup>2536</sup>. Cette « *hiérarchisation* » avait été proposée en vue de pallier « *l'extension démesurée de la catégorie des droits fondamentaux* »<sup>2537</sup> et illustre

---

<sup>2531</sup> *Ibid.*

<sup>2532</sup> *Ibid.*

<sup>2533</sup> Il convient de reproduire les propos exacts de J. GUILLAUMÉ : « Si l'on prend l'exemple de l'établissement de la filiation naturelle, le contrôle de proportionnalité à proprement parler devrait mettre en rapport le droit fondamental atteint et le but légitime des règles de droit international privé (à savoir l'harmonie internationale des solutions, qui implique notamment l'absence de statut boiteux, ainsi que les différents intérêts individus en présence (l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie, l'intérêt du prétendu père, l'intérêt des enfants du prétendu père etc.). Parmi les éléments factuels à prendre en considération, le rattachement de la situation, avec la France et d'autres pays, permettrait d'identifier l'ordre juridique étranger compétent, c'est-à-dire l'ordre juridique (ou les ordres juridiques) dans lequel la situation déploiera ses effets » (*Ibid.*, pp. 2521-2522).

<sup>2534</sup> *Ibid.*, p. 2522.

<sup>2535</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312, p. 409 et s. ; *comp.* du même auteur : « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme » : *Festschrift für ERIK JAYME*, Band 1, München : Sellier, 2004, pp. 205-222, spé., p. 219 et s.

<sup>2536</sup> La « *hiérarchisation des droits de l'homme* » a été proposée par H. GAUDEMET-TALLON et soutenue par L. GANNAGÉ (Cf. L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2013, t. 357, p. 386 et s). Certains auteurs ont rejeté cette hiérarchisation des droits fondamentaux pour des raisons techniques, à savoir le caractère « *arbitraire dans le choix des critères de hiérarchisation* » et des raisons plus politiques comme l'absence de « *légitimité* » d'une telle pratique (R. LEGENDRE, *op. cit.*, p. 288).

<sup>2537</sup> L. GANNAGÉ, « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2013, t. 357, p. 386, n° 198.

une « certaine réticence » à l'égard de « l'interprétation dynamique » de la Cour européenne des droits de l'homme notamment en ce qui concerne l'article 8 de la Convention<sup>2538</sup>.

879. Ainsi, H. GAUDEMET-TALLON distingue les « valeurs absolues » et « les droits fondamentaux “moins absolus” »<sup>2539</sup>. Les trois « valeurs absolues » sont : « le droit de se défendre en justice », « le droit à l'égalité entre homme et femme » et « le droit à la liberté inhérente à la dignité humaine »<sup>2540</sup>. Les « droits fondamentaux “moins absolus” »<sup>2541</sup> sont « l'égalité entre les filiations »<sup>2542</sup> et « certains droits récemment proclamés »<sup>2543</sup>. Cette présentation permet de comprendre l'exemple choisi par J. GUILLAUMÉ, à savoir l'établissement de la filiation naturelle.

880. **Proportionnalité et condition de proximité.** La mise en œuvre de cette méthode, et plus largement du contrôle de proportionnalité, dans le cadre du raisonnement de l'ordre public international, interroge sur le sort de l'ordre public de proximité. Nous avons observé que l'ordre public de proximité était en voie de raréfaction<sup>2544</sup>, mais cela n'a pas empêché certains auteurs de promouvoir son maintien lors du contrôle de proportionnalité. Selon K. BIHANNIC, « la condition de proximité doit être maintenue »<sup>2545</sup>. De manière plus précise, l'auteur affirme que ce critère doit être « mis sur un pied d'égalité avec l'ensemble des autres éléments en vue de procéder à la mise en balance »<sup>2546</sup>. La raison principale avancée pour le maintien de cette condition est qu'elle « pourrait renforcer la légitimité du déclenchement de l'exception d'ordre public »<sup>2547</sup> lorsqu'il s'agit de défendre des « principes purement nationaux, y compris au sein de l'Union européenne »<sup>2548</sup>.

---

<sup>2538</sup> De manière plus précise, P. MAYER souligne que cette hiérarchisation « témoigne d'une certaine réticence [...] à l'endroit de certains droits tirés de l'interprétation dynamique que la Cour européenne des droits de l'Homme confère aux dispositions conventionnelles européennes, en particulier à l'article 8 qui protège la vie privée et familiale » (P. MAYER, *préc.*, *RDLF* 2020, chron. n° 53).

<sup>2539</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312, p. 411 et s.

<sup>2540</sup> *Ibidem.* p. 411, n° 571.

<sup>2541</sup> *Ibid.*, p. 418 et s.

<sup>2542</sup> *Ibid.*, p. 418.

<sup>2543</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>2544</sup> Sur la question, *Cf. supra.*

<sup>2545</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 417, n° 985 ; *Cf.* également du même auteur : *préc.*, *RDLF* 2018, chron. n° 06, n° 26.

<sup>2546</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 417, n° 985.

<sup>2547</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 417, n° 985 ; *Cf. préc.*, *RDLF* 2018, chron. n° 06, n° 26.

<sup>2548</sup> K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, *op. cit.*, p. 417, n° 985 ; *Cf.* également du même auteur : « L'exception d'ordre public à la croisée

881. **Rejet de la condition de proximité.** Cependant, le maintien de cette condition de proximité se révèle être en contradiction avec la méthode exposée précédemment. Comme l'a souligné D. BODEN, K. BIHANNIC se fonde sur les travaux de J. GUILLAUMÉ pour justifier le maintien de l'ordre public de proximité<sup>2549</sup>. Or, une lecture croisée des travaux de K. BIHANNIC et de J. GUILLAUMÉ révèle que le maintien de la condition de proximité, et donc de l'ordre public de proximité, est à exclure<sup>2550</sup>. En effet, J. GUILLAUMÉ précise que « [l]a relativité fondée sur les liens avec la France et intervenant au stade de la définition du contenu de l'ordre public international serait ainsi remplacée par une relativité fondée sur la proportionnalité appréciée au stade du contrôle de conformité de la loi étrangère »<sup>2551</sup>. Ainsi, comme l'a montré D. BODEN : « Un remplacement est une mise à l'écart : il faut donc comprendre que, dans une telle description, la théorie de l'ordre public de proximité n'est plus de droit positif »<sup>2552</sup>. Le contrôle de proportionnalité au stade de la création des situations pourrait donc accentuer la mise à l'écart de l'ordre public de proximité. Cette mise à l'écart doit être saluée, car elle permettrait d'éviter les nombreuses « dérives » attribuées à l'ordre public de proximité<sup>2553</sup>.

882. L'adoption du contrôle de proportionnalité au sein du contrôle *in concreto* offre une nouvelle piste d'évolution de l'ordre public international. Cette évolution permet d'adapter la mutation de ce mécanisme exceptionnel, notamment au contact des droits fondamentaux. Il a été observé que c'est dans le contexte de la protection des droits fondamentaux garantis conventionnellement que les mutations de l'ordre public international sont les plus importantes. Ce contrôle de proportionnalité pourrait être intégré au sein d'une « double méthode »<sup>2554</sup> de proportionnalité pour maximiser l'élaboration de l'ordre public international et assurer l'intervention de ce mécanisme.

---

des chemins... Digressions méthodologiques au départ de l'arrêt du 27 septembre 2017, n° 16-19.654, *RDLF* 2018, chron. n° 06, n° 26.

<sup>2549</sup> D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 897, n° 31.

<sup>2550</sup> *Ibidem*.

<sup>2551</sup> J. GUILLAUMÉ, *préc.*, *D.* 2017, p. 2522.

<sup>2552</sup> D. BODEN, *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 897, n° 31.

<sup>2553</sup> Dans ce sens : S. GODECHOT-PATRIS, *JDI* 2018, comm. 11, pp. 875-883, spé., p. 882.

<sup>2554</sup> Nous proposons la mise en place d'une double méthode de proportionnalité pour pallier les deux phénomènes mis en perspective dans le cadre de notre étude : la raréfaction de l'élaboration et de l'intervention de l'ordre public international.

## **Sous-section 2 : L'adoption d'une « double méthode » de proportionnalité**

883. Une présentation de la « double méthode » de proportionnalité, qui permet notamment de mettre en perspective son but et son fonctionnement (§1) est un préalable indispensable à sa mise en œuvre (§2).

### **§1. La « double méthode » de proportionnalité**

884. La « double méthode » de proportionnalité, qui s'inscrit dans le contexte de mutation de l'ordre public international, a pour objectif de redynamiser le processus d'*élaboration* et d'*intervention* de l'ordre public international (A). Les caractéristiques de cette « double méthode » prennent en compte les travaux réalisés par la doctrine sur la méthode de proportionnalité (B).

#### **A) Le cadre de la « double méthode » de proportionnalité**

885. *Caractère inadapté de « l'exception » d'ordre public international.* La « double méthode » de proportionnalité s'inscrit dans le contexte de mutation profonde de l'ordre public international au contact des droits fondamentaux et de l'impérativité de reconnaissance des situations étrangères. Le caractère exceptionnel de l'ordre public international a montré ses limites et les modalités de mise en œuvre de ce mécanisme ne semblent plus adaptées aux évolutions actuelles<sup>2555</sup>. Ainsi, la « *solution [...] passe sans doute par l'abandon de la prise en compte des considérations d'ordre public par voie d'exception, au profit d'une balance globale des intérêts en présence* »<sup>2556</sup>. Cette « *mise en balance globale des intérêts* »<sup>2557</sup> reproduit celle qui est effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme, d'autant que cette juridiction a affirmé « *qu'il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné* »<sup>2558</sup>. Ainsi, la « double méthode » de proportionnalité s'inscrit dans la logique de mise en balance qui est déjà utilisée par les juridictions nationales et européennes. Cette « double méthode » se situe dans la continuité des propositions

---

<sup>2555</sup> H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 672 et s.

<sup>2556</sup> *Ibidem.* p. 677.

<sup>2557</sup> *Ibid.*

<sup>2558</sup> F. SUDRE, *préc.*, *JCP G*, 2017, doct. 289, p. 512, n° 50.

doctrinales préconisant un contrôle de proportionnalité dans lequel les composants de l'ordre public international seraient mis en balance avec les autres éléments pertinents.

886. **Nécessité d'une « méthode ».** Il a été observé que la doctrine était partagée entre deux interprétations différentes du contrôle de proportionnalité : soit il s'agit d'un « *raisonnement au cas par cas* »<sup>2559</sup>, soit il s'agit d'une « *méthode d'interprétation juridique* »<sup>2560</sup>. La mise en œuvre d'un raisonnement au cas par cas entraîne mécaniquement certains risques, comme l'imprévisibilité de la solution ou encore la divergence des solutions. Ce type de raisonnement engendre deux autres risques lorsque des composants de l'ordre public international sont impliqués. Le premier risque est que ces composants peuvent être sous-évalués alors qu'ils ont une importance capitale. Le second est que ces composants soient exclus du raisonnement. Face à ces risques, il est nécessaire de privilégier l'adoption d'une « *méthode* » qui permettrait de replacer les intérêts du for, matérialisés par les composants de l'ordre public international, au cœur du raisonnement adopté lors du contrôle de proportionnalité. Comme le rappelle un auteur : « *Tout raisonnement proportionnel suppose [...] l'existence d'une "métrique" qui peut être plus ou moins intense et précise et postule une organisation particulière et logique des données* »<sup>2561</sup>. La mise en place d'une « *méthode* » permet d'établir préalablement cette organisation des données et le poids respectif de certains éléments en présence. Ce n'est que dans un second temps que le poids respectif de ces éléments peut varier en fonction de chaque situation et donc de chaque mise en balance. Ainsi, l'adoption d'une « *méthode* » permet de limiter l'émergence des risques propres au raisonnement au cas par cas, tout en autorisant une approche circonstanciée en fonction de la situation d'espèce.

887. **Objectifs de la double méthode de proportionnalité.** La « *double méthode* » de proportionnalité a plusieurs objectifs. Le premier est de redynamiser le processus d'élaboration de l'ordre public international, du moins dans sa dimension substantielle, et d'augmenter l'intervention de l'ordre public international. En effet, il a été observé une *raréfaction de l'élaboration et de l'intervention de l'ordre public international*<sup>2562</sup>.

---

<sup>2559</sup> V. FOURMENT, *préc.*, *RRJ* 2018-5, p. 2056.

<sup>2560</sup> *Ibidem.*

<sup>2561</sup> S. LE GAC-PECH, *préc.*, *Rev. Lamy dr. civ. nov.* 2017, n° 153, p. 48.

<sup>2562</sup> *Cf. supra.*

888. Le deuxième objectif de permettre un meilleur équilibre des objectifs du droit international privé, car il apparaît que l’harmonie internationale des solutions a tendance à prévaloir largement sur la cohésion de l’ordre juridique du for<sup>2563</sup>. Enfin, le dernier objectif est d’assurer une mise en balance équitable des intérêts en présence. Comme le souligne un auteur : « *il est évident que si le contrôle de proportionnalité doit systématiquement tourner en faveur du droit au respect de la vie privée de l’individu, au détriment des intérêts collectifs que l’État prend à sa charge, l’avenir paraît particulièrement sombre* »<sup>2564</sup>. Il convient de noter que cette « *double méthode* » de proportionnalité s’applique aussi bien pour les situations à constituer que pour les situations déjà constituées.

### **B) Les caractéristiques de la « double méthode » de proportionnalité**

889. ***Deux types de mise en balance.*** La double méthode de proportionnalité s’oriente vers deux différents types de mise en balance. La première méthode de proportionnalité postule la parfaite équivalence entre les éléments qui sont mis en balance lors du contrôle de proportionnalité. La deuxième méthode de proportionnalité, à l’inverse, postule l’absence d’équivalence entre les éléments qui sont mis en balance lors du contrôle de proportionnalité. Dans le premier cas, il s’agit d’une « *proportionnalité équivalente* » et dans le deuxième cas une « *proportionnalité non équivalente* ».

890. ***Critère de distinction entre les deux méthodes :*** La distinction entre ces deux méthodes est fondée sur deux critères différents. Dans l’hypothèse d’une situation à constituer, c’est-à-dire dans le cas où l’application d’une loi étrangère porterait atteinte à un droit fondamental, le critère pertinent est le partage des valeurs. Dans l’hypothèse d’une situation déjà constituée, c’est-à-dire dans le cas où il faudrait s’interroger sur sa reconnaissance, le critère pertinent est l’existence d’un consensus européen sur la question posée. Il convient de développer les différents raisonnements à adopter en cas de situations à constituer ou de situations déjà constituées.

891. ***Raisonnement pour les situations à constituer.*** Dans l’hypothèse d’une situation à constituer, la « *double méthode* » de proportionnalité doit être placée au centre du contrôle de

---

<sup>2563</sup> Cf. *supra*.

<sup>2564</sup> S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 780.

proportionnalité tel qu'il a été évoqué par J. GUILLAUMÉ. Ainsi, la première phase du raisonnement est de constater l'ingérence à un droit fondamental non absolu par l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois. La seconde phase du raisonnement consiste, pour le juge du for, à se demander s'il est légitime de ne pas déclencher l'exception d'ordre public. Pour ce faire, il doit mettre en balance le droit fondamental qui subit l'ingérence, le but légitime des règles de droit international privé et les différents intérêts en présence. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'ordre public de proximité doit être mis à l'écart lors du contrôle de proportionnalité<sup>2565</sup>. La double méthode de proportionnalité intervient au stade de la détermination du contenu de l'ordre public international. Ainsi, lorsque l'application de la loi étrangère porterait atteinte à un droit fondamental non absolu, le juge étatique doit s'assurer que ce droit fondamental fait bien partie de l'ordre public international. Cette étape indispensable peut être l'occasion, pour le juge du for, de déployer le *processus d'élaboration* de l'ordre public international.

892. *Étapes de la « double méthode »*. L'application de la « double méthode » de proportionnalité s'opère en quatre étapes.

893. La première étape du raisonnement consiste à s'interroger sur la présence du droit fondamental non absolu qui subit l'ingérence au sein de l'ordre public international du for.

894. La deuxième étape du raisonnement fait apparaître deux cas : soit le droit fondamental fait partie de l'ordre public international (*Cas 1*), soit il n'en fait pas partie (*Cas 2*).

895. La troisième étape consiste à tirer les conséquences de ces deux cas.

Cas 1 : Dans le premier cas, le droit fondamental fait partie de l'ordre public international. Ainsi, le juge du for doit rechercher si ce droit fondamental est partagé à l'échelle européenne. S'il est partagé, le juge applique la « *proportionnalité non équivalente* ». Si ce droit est purement national, le juge passe à la quatrième étape.

Cas 2 : Dans le second cas, le droit fondamental ne fait pas partie de l'ordre public international. Il existe alors deux hypothèses : soit le juge du for estime que ce droit

---

<sup>2565</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.



fondamental devrait faire partie de l'ordre public international (*Hypothèse 1*), soit il estime qu'il devrait ne pas en faire partie (*Hypothèse 2*).

*Hypothèse 1* : Le juge du for estime que ce droit fondamental devrait faire partie de l'ordre public international. Il convient donc de passer à la quatrième étape.

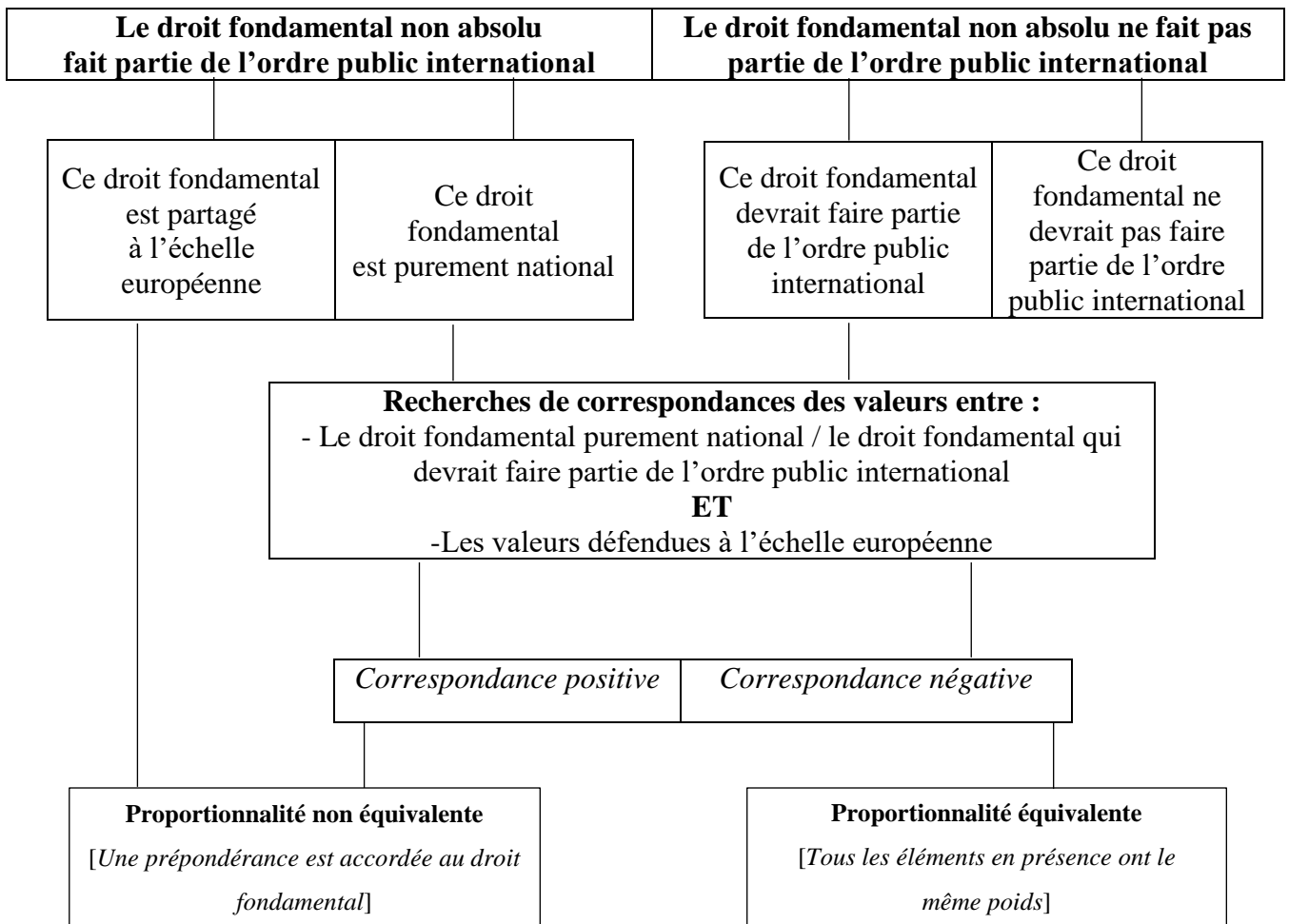
*Hypothèse 2* : Le juge du for estime que ce droit fondamental ne devrait pas faire partie de l'ordre public international. Dans cette hypothèse, le raisonnement de proportionnalité doit s'interrompre.

896. La quatrième étape du raisonnement doit être opérée si le droit fondamental est purement national ou si le juge du for estime que le droit fondamental devrait être protégé au titre de l'ordre public international. Dans cette dernière étape, le juge du for doit rechercher la correspondance des valeurs entre le droit fondamental concerné et les valeurs défendues à l'échelle européenne. En cas de réponse positive, il convient d'appliquer la « *méthode de proportionnalité non équivalente* ». En cas de réponse négative, il convient d'appliquer la « *méthode de proportionnalité équivalente* ».

897. La mise en place de cette double méthode permet de conférer un poids différent aux éléments en présence. En effet, si le droit fondamental qui subit l'ingérence a le même socle de valeurs que celles qui sont défendues par d'autres États membres ou parties, alors ce droit est partagé, et il convient de lui assurer une protection adéquate en considérant que son poids est supérieur.

898. À l'inverse, si le droit qui subit l'ingérence est un droit fondamental purement national, ou si le juge estime qu'il devrait faire partie de l'ordre public international, sa protection excessive pourrait mettre à mal les objectifs du droit international privé et les intérêts en présence. Par conséquent, il convient de ne pas lui accorder de poids supérieur et tous les éléments mis en balance sont donc dotés du même poids.

899. ***Schéma explicatif*** : *Postulat* : *L'application de la loi étrangère risque de provoquer une atteinte à un droit fondamental non absolu. L'absence d'éviction de la loi étrangère pourrait entraîner une ingérence dans ce droit fondamental.*



900. **Raisonnement pour les situations constituées.** La « double méthode » de proportionnalité peut également être appliquée pour les situations constituées à l’étranger et tout particulièrement lorsque le refus de reconnaissance peut engendrer une violation des droits défendus par la Convention européenne des droits de l’homme. S’agissant des situations constituées à l’étranger, le critère permettant d’opérer un choix entre les deux méthodes [proportionnalité équivalente et proportionnalité non équivalente] demeure l’existence d’un consensus européen. En effet, il a été observé que le consensus européen pouvait être manipulé par la Cour européenne des droits de l’homme pour moduler la marge d’appréciation des États parties<sup>2566</sup>. Cette manipulation est d’autant plus problématique qu’elle intervient dans les domaines de prédilection de l’ordre public international. Par conséquent, l’adoption du critère de l’existence ou non d’un consensus permet de replacer le consensus européen au centre du raisonnement.

<sup>2566</sup> Sur ce point, Cf. *supra*.

901. Le raisonnement applicable pour les situations constituées à l'étranger consiste en un contrôle de proportionnalité de l'ensemble des éléments pertinents comme il a déjà pu être mis en œuvre dans le domaine des gestations pour autrui. Si le juge constate qu'il n'existe aucun consensus européen sur la question qui lui est soumise, il possède une plus grande marge de manœuvre et il doit donc appliquer la méthode de *proportionnalité équivalente*. En cas d'existence d'un consensus européen, il convient de réduire la marge d'appréciation et accorder un poids supplémentaire au droit fondamental en cause. Il convient donc d'appliquer la méthode de *proportionnalité non équivalente*.

## §2. Application de la « double méthode » de proportionnalité

902. La double méthode de proportionnalité peut s'appliquer à l'égard des situations à constituer (A) et des situations constituées (B).

### A) Application de la « double méthode » aux situations à constituer

903. *Exemple d'application de méthode de proportionnalité non équivalente.* L'établissement de la filiation naturelle peut servir d'exemple à l'application de la méthode de proportionnalité non équivalente. Par hypothèse, nous envisagerons l'application d'une loi étrangère qui prohibe l'établissement de la filiation naturelle à l'égard d'un enfant qui serait né en France. Le juge du for constate l'ingérence au droit fondamental de l'enfant à voir sa filiation établie. L'étape suivante est de déterminer si ce droit fondamental non absolu relève de l'ordre public international du for. Dans le premier cas, ce droit relève de l'ordre public international (Cas 1) et dans le second, il ne fait pas partie de l'ordre public international (Cas 2).

*Cas 1* : Le droit fondamental fait donc partie de l'ordre public international. Dans le cadre de l'étape suivante, le juge du for doit chercher la correspondance des valeurs entre ce droit fondamental et les valeurs défendues à l'échelle européenne. En d'autres termes, le juge du for doit déterminer si ce droit est partagé à l'échelle européenne ou s'il est purement national. Le droit fondamental à voir sa filiation établie peut être considéré comme partagé à l'échelle européenne. Par conséquent, le juge doit appliquer la méthode de la *proportionnalité non équivalente*. Dans le cadre de cette méthode, les éléments qui

sont mis en balance lors du contrôle de proportionnalité n’ont pas le même poids. Le droit fondamental qui subit l’ingérence possède un poids supplémentaire.

*Cas 2* : Le droit fondamental ne fait pas partie de l’ordre public international. Cependant, le juge du for va très vraisemblablement considérer que ce droit devrait faire partie de l’ordre public international. En effet, les lois étrangères interdisant l’établissement de la filiation naturelle sont écartées au nom de l’ordre public de proximité<sup>2567</sup>. Cependant, comme nous l’avons évoqué, « *la relativité fondée sur les liens avec la France* » doit être « *remplacée* » par une « *relativité fondée sur la proportionnalité* »<sup>2568</sup>. Ainsi, la condition de proximité disparaît. Dans le cadre de l’étape suivante, le juge du for va devoir rechercher la correspondance entre les valeurs qui sous-tendent ce droit fondamental et celles qui sont partagées et défendues à l’échelle européenne. Cette recherche fait ressortir une correspondance de valeurs assez nette. Par conséquent, le juge devra appliquer la méthode de *proportionnalité non équivalente* qui postule d’accorder un poids supplémentaire au droit fondamental qui subit l’ingérence.

904. Dans les deux cas, le juge devra mettre en œuvre la méthode de *proportionnalité non équivalente*. L’application de cette méthode confère certains bénéfices : une protection accrue du droit fondamental qui subit l’ingérence, et l’accroissement de la liberté du juge du for dans le processus d’élaboration et une meilleure intervention de l’ordre public international.

905. *Exemple de l’application de la méthode de proportionnalité équivalente*. Le droit de grève peut être utilisé pour illustrer l’application de la méthode de la proportionnalité équivalente. D’une part, il est acquis que le droit de grève est un droit fondamental de source constitutionnelle, qui peut être considéré comme étant de source purement nationale. D’autre part, la Cour de cassation a précisé qu’il ne relevait pas de l’ordre public international. En effet, dans un arrêt remarqué du 16 juin 1983<sup>2569</sup> la Cour de cassation n’a pas opposé l’exception d’ordre public international à la loi sud-africaine qui interdisait le droit de grève<sup>2570</sup>. Par cette

---

<sup>2567</sup> Cf. *supra*.

<sup>2568</sup> Cf. *supra*.

<sup>2569</sup> Cass. soc., 16 juin 1983, n° 81-40.092, 81-40.551, [Soc. Spie Batignolles c. Henri Mattiesen] : *Rev. crit. DIP* 1985, 85, note M. SIMON-DEPITRE.

<sup>2570</sup> Dans cette affaire, un salarié français a été envoyé sur un chantier situé en Afrique du Sud. Avant son départ, le salarié s’était engagé, par un avenant à son contrat de travail, à respecter les lois du pays et à ne pas remettre en cause pendant la durée de son déplacement les conditions qui avaient été convenues. Il convient de noter que l’inexécution de ces obligations devait être considérée comme une faute grave. Le salarié a tout de même participé

décision, la Cour considère qu'il « *est possible, sans contrevenir à l'ordre public international, de prononcer le licenciement sans indemnité d'un salarié en raison de sa participation à une grève* »<sup>2571</sup>. Cette solution a été largement critiquée<sup>2572</sup>, certains auteurs ayant appelé à l'utilisation de la technique des lois de police<sup>2573</sup>, d'autres encore ayant préconisé l'application de l'ordre public de proximité<sup>2574</sup>.

906. Dans le cadre de notre hypothèse, nous envisagerons l'application de la loi d'un État qui prohibe le droit de grève à l'égard d'un salarié français. En accord avec la méthode de proportionnalité, le juge du for constate l'ingérence au droit de grève. Ce droit fondamental ne fait pas partie de l'ordre public international du for, mais il peut apparaître opportun, pour le juge étatique de l'intégrer au sein de l'ordre public international par le biais du processus d'élaboration. Dans cette hypothèse, le juge du for doit rechercher la correspondance entre les valeurs qui sous-tendent le droit de grève et les valeurs qui sont partagées et défendues à l'échelle européenne. Cette recherche fait apparaître, de manière très probable, que le droit de grève est un droit qui n'est pas partagé à l'échelle européenne. Le caractère fondamental de ce droit est spécifique à l'ordre juridique du for.

---

à une grève et il a été licencié pour faute grave après avoir été rapatrié. Dans un arrêt du 28 octobre 1980, la Cour d'appel de Nîmes a alloué des indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse « *au motif que si la grève était interdite en Afrique du Sud, toute stipulation ayant pour effet de supprimer le droit de grève est contraire à l'ordre public français* ».

<sup>2571</sup> J.-F. CESARO, « Les ordres publics en droit du travail : de l'international au supranational » *JCP S* 2017, 1129, pp. 25-29, spéc., p. 26, n° 11.

<sup>2572</sup> Par ex., A. SINAY-CYTERMANN s'était interrogée en ce sens : « *Quand même, je me demande si la contrariété à l'ordre public, d'une loi étrangère du fait de l'interdiction de la grève ne pourrait pas être envisagée. Je sais bien que l'arrêt "Spie Batignolles" l'a refusée, mais est-ce qu'il n'y a pas des dérogations à faire avec l'ordre public car très souvent les dérogations ont un lien de rattachement avec la France et pourrait-on tirer des conclusions selon le cas d'espèce* » (A. SINAY-CYTERMANN, « Débats du 24 janvier 1997 (M. Jean-Pierre LABORDE) », *Travaux comité fr. DIP*, 1995-1998, A. Pedone, pp. 165-174, spéc., p. 167. Un auteur a pu regretter que le juge français se mette « *au service d'une politique étrangère aussi contestable* » (J.-P. LABORDE, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *Travaux comité fr. DIP*, 1996-1997, A. Pedone, pp. 153-164, spéc., p. 158).

<sup>2573</sup> Pour un appel à l'utilisation de la méthode des lois de police : Cf. J.-P. RÉMERY, « Comité français de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1998, pp. 182-191, spéc., p. 185 ; J.-P. LABORDE, *préc.*, *Travaux comité fr. DIP*, 1996-1997, A. Pedone, pp. 157-158).

<sup>2574</sup> Par exemple, dans le cadre de sa thèse de doctorat, C. LAURICHESSE avait préconisé « *d'utiliser la notion de liens suffisants comme critère de la relativité de l'ordre public* » pour « *faire intervenir l'exception d'ordre public de manière légitime et mesurée* ». À cette fin, l'auteur proposait deux critères de rattachement avec le territoire du for : « *le critère du lieu d'exécution habituelle du travail* » et « *celui de la résidence habituelle du salarié à titre subsidiaire* ». L'auteur précisait que ces critères devaient « *être mis en corrélation avec l'intensité de l'atteinte portée au droit fondamental de grève du for pour établir la quantité de liens de rattachement requis au déclenchement de l'exception d'ordre public* » (C. LAURICHESSE, *La grève en droit international privé*, thèse dactyl., Université de Bourgogne, 2014, p. 290, n° 303).

907. Par conséquent, le juge étatique doit mettre en application la méthode *de proportionnalité équivalente*. Dans le cadre de cette méthode, tous les éléments qui doivent être pris en compte lors du contrôle de proportionnalité ont exactement la même valeur, le même poids. Ainsi, seul un contrôle de proportionnalité permettra de sous-peser tous les éléments en présence pour déterminer si la loi étrangère heurte l'ordre public international français. Ainsi, et en toute hypothèse, seule une violation particulièrement grave du droit de grève permettra d'écarter la loi étrangère applicable.

908. Cette méthode permet de conférer au juge étatique une liberté dans le processus d'élaboration de l'ordre public international. Elle permet également à l'ordre public international d'intervenir si le juge estime que la loi étrangère est contraire à l'ordre public international. Enfin, elle permet d'assurer une mise en balance des différents éléments en présence pour que l'intervention de l'ordre public international soit mesurée et que la protection du droit fondamental soit effective.

#### **B) Application de la « double méthode » aux situations constituées**

909. *Exemple de l'application de la méthode de proportionnalité non équivalente.* Une situation a été constituée à l'étranger par le biais d'un jugement. Par hypothèse, la mise en œuvre de l'ordre public international pour s'opposer aux effets de ce jugement étranger pourrait aboutir à une ingérence injustifiée dans un droit fondamental consacré par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre d'un contrôle de conformité à l'ordre public international, le juge du for devra procéder à une mise en balance des éléments en présence. Cette mise en balance se manifeste notamment par une mise en balance des intérêts, à savoir les intérêts privés et les intérêts du for. Dans le cadre de cette mise en balance, le juge du for doit vérifier l'existence d'un consensus européen sur la question posée. En cas de consensus sur la question, la marge d'appréciation de l'État partie à la Convention européenne des droits de l'homme est plus réduite. Par conséquent, le juge du for devra appliquer la méthode de proportionnalité non équivalente en conférant un poids supplémentaire au droit qui subirait l'ingérence. Ainsi, une seule atteinte particulièrement importante aux valeurs essentielles du for permettra la mise en œuvre de l'ordre public international.

910. *Exemple de l'application de la méthode de proportionnalité équivalente.* De la même façon, une situation a été constituée à l'étranger par le biais d'un jugement et la mise en œuvre

de l'ordre public international pourrait aboutir à une ingérence injustifiée à un droit fondamental garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, le juge doit mettre en balance les intérêts en présence. Cependant, il est possible que les intérêts du for soient matérialisés par un principe d'ordre public international qui serait purement national. Il est également possible que le juge du for décide de modifier le contenu de l'ordre public international pour y faire figurer un nouvel élément. Dans ces deux hypothèses, le juge du for doit rechercher s'il existe un consensus européen sur la question posée. Par hypothèse, il apparaît qu'il n'existe pas de consensus européen. Par conséquent, le juge du for devra appliquer la méthode de proportionnalité équivalente en conférant un poids similaire à tous les éléments en présence lors du contrôle de proportionnalité.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

911. La raréfaction de l'intervention de l'ordre public international a engendré une mutation de ce mécanisme exceptionnel. Les phénomènes de « *neutralisation* »<sup>2575</sup>, « *disparition* »<sup>2576</sup> et « *capitulation* »<sup>2577</sup> de l'ordre public international ont montré les limites de ce mécanisme face aux effets des situations créées à l'étranger. Ces phénomènes sont d'autant plus problématiques qu'ils ont été constatés dans des domaines qui touchent au cœur de l'ordre public international et aux valeurs les plus essentielles du for. En conséquence, les effets et la fonction de l'ordre public international peinent à se réaliser au détriment de la protection des valeurs essentielles du for et de la cohésion de l'ordre juridique interne. Le maintien de l'équilibre entre la réalisation des objectifs supranationaux et le respect des particularités nationales semble difficile à réaliser. La prolifération d'obligations positives à la charge des États dans des domaines aussi chargés de valeurs que celui de la gestation pour autrui laisse en suspens la question du respect de la souveraineté étatique.

912. La mutation de l'ordre public international s'accélère au contact des nouvelles méthodes que sont la méthode de la reconnaissance et la méthode de proportionnalité. Ces deux méthodes impliquent un raisonnement fondé sur la proportionnalité, mais à des niveaux différents. L'intégration de ce raisonnement de proportionnalité au sein de celui propre à l'ordre public international a déjà été proposée par la doctrine. Cette intégration offre des avantages importants et pourrait permettre de redynamiser l'exception d'ordre public. Dans cette perspective, la mise en place d'une « *double méthode de proportionnalité* » pourrait assurer l'équilibre entre la protection des valeurs essentielles du for et la protection des droits fondamentaux. De plus, elle pourrait permettre de pallier les deux phénomènes mis en perspective dans le cadre de notre étude : la raréfaction de *l'élaboration* et de *l'intervention* de l'ordre public international.

---

<sup>2575</sup> Sur ce point, *Cf. supra.*

<sup>2576</sup> Sur ce point, *Cf. supra.*

<sup>2577</sup> Sur ce point, *Cf. supra.*





## CONCLUSION DU TITRE

913. La perturbation de l'intervention de l'ordre public international a atteint un niveau particulièrement élevé. Les solutions jurisprudentielles émanant des juridictions supranationales ont bouleversé le mécanisme de l'ordre public international. À cet égard, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme ont contraint la Cour de cassation à neutraliser l'ordre public international. Cette neutralisation ne fut que la première étape d'un mouvement plus général de capitulation de l'ordre public international qui dépassait les obligations posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, la raréfaction de l'intervention de l'ordre public international est un phénomène qui a pu être observé.

914. Les voies offertes pour permettre d'assurer une meilleure intervention de l'ordre public international ont été évoquées. Une meilleure protection des valeurs essentielles du for est nécessaire notamment au regard de la facilité avec laquelle les personnes privées peuvent se rendre à l'étranger pour obtenir ce qui leur est prohibé en France. S'agissant des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, une solution pourrait être de créer une nouvelle action concernant les actes de l'état civil étranger. Comme le précisent deux auteurs : « *On l'a dit, il est urgent qu'une action visant à la fois la réception de l'acte de l'état civil étranger et la reconnaissance de l'état des personnes constitué ou constaté à l'étranger sans acte décisionnel soit créée. Ce serait l'occasion d'explicitier de véritables conditions de régularité internationale distinguant bien, d'une part, l'instrument de preuve de l'état : l'acte de l'état civil et, d'autre part, l'état de la personne lui-même : filiation, mariage, etc.* »<sup>2578</sup>.

915. Ainsi, la raréfaction de l'intervention de l'ordre public international est un phénomène qui bouleverse ce mécanisme exceptionnel et laisse augurer des solutions jurisprudentielles imprévisibles.

---

<sup>2578</sup> H. FULCHIRON et C. BIDAUD, *préc.*, D. 2019, p. 2234.



## CONCLUSION DE PARTIE

916. La seconde phase de notre étude nous a permis d'observer la raréfaction de l'intervention de l'ordre public international. Cette raréfaction se manifeste tout d'abord par la raréfaction des modalités de mise en œuvre, notamment au contact des principes essentiels du droit français.

917. Elle se manifeste ensuite par la disparition progressive de l'ordre public de proximité, que ce soit par l'intervention de la Cour de cassation ou par l'évolution du droit de l'Union européenne.

918. Enfin, il a été possible de percevoir la perturbation progressive de l'intervention de l'ordre public international. À cet égard, les solutions récentes quant aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger demeurent l'exemple le plus pertinent. Cette perturbation est le signe d'une mutation profonde de l'ordre public international, qui s'accroît au contact des nouvelles méthodes. À cet égard, la méthode de la proportionnalité pourrait être utilisée pour accroître l'élaboration et l'intervention de l'ordre public international.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

« *L'étude des problèmes que comprend notre science n'est pas sans rapport avec l'ascension d'une montagne. On suit dans les deux cas la même illusion. Il semble à chaque instant que l'on va toucher au but et toujours le chemin paraît renaître sous les pas du marcheur* »<sup>2579</sup>.

919. Nous tenons à rappeler l'ensemble des résultats de cette étude. Nous avons initialement proposé de mettre en perspective la raréfaction de l'ordre public international. Cette démonstration s'est orientée autour de deux axes complémentaires : la raréfaction de l'*élaboration* et la raréfaction de l'*intervention* de l'ordre public international.

920. **Raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international.** L'élaboration de l'ordre public international a été envisagée comme un processus complexe comprenant deux dimensions : l'élaboration *substantielle* et l'élaboration *structurelle*. Tandis que l'élaboration substantielle concerne le façonnement des composants de l'ordre public international, l'élaboration structurelle renvoie à l'ordonnancement de ces composants en fonction de leur impérativité respective. En effet, les « *principes essentiels du droit français* », récemment créés par la Cour de cassation, sont dotés d'une « *super-impérativité* ». Nous avons par ailleurs souligné que la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international se comprend comme un processus. Cette définition implique de souligner les différents facteurs, ou causes, qui provoquent cette raréfaction et d'en analyser les conséquences.

921. Ces facteurs ont été regroupés en deux groupes distincts selon qu'ils conduisent directement ou indirectement à la raréfaction de l'élaboration. S'agissant tout d'abord des causes directes de la raréfaction de l'élaboration, il a été constaté, dans la continuité des conclusions doctrinales préexistantes, qu'il existait une limitation grandissante de la liberté d'élaboration du juge étatique. Cette limitation grandissante s'observait aussi bien au sein de l'Union européenne qu'au contact de la Convention européenne des droits de l'homme, par un contrôle de plus en plus étroit du processus d'élaboration. Elle se présentait avec une certaine acuité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les décisions récentes ont montré un encadrement renforcé de l'ordre public international et l'influence grandissante

---

<sup>2579</sup> A. PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, op. cit., p. 94.

de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. S'agissant ensuite des causes indirectes, il a été souligné que le contrôle de l'élaboration de l'ordre public international était imprégné d'une certaine idéologie, comme l'idéologie néolibérale et celle de l'individualisme. Ces deux idéologies ont conduit à limiter le processus d'élaboration de l'ordre public international. Enfin, il a été remarqué l'influence grandissante de l'Union européenne sur le contenu de l'ordre public international des États membres et l'expansion des droits fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme.

922. Il a été constaté que cette raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international a des conséquences importantes. Tout d'abord, cette raréfaction a un impact sur le pouvoir d'élaboration du juge étatique, ce dernier pouvant entrer en concurrence avec les juridictions supranationales quant au façonnement des composants de l'ordre public international. Cette concurrence est telle que le pouvoir d'élaboration des juridictions nationales peut l'emporter sur celui du juge national, laissant entrevoir une disparition progressive de la source nationale de l'ordre public international. Par la suite, les effets de la raréfaction de l'élaboration sur les différents composants de l'ordre public international ont été pris en compte. Nous avons pu souligner l'eupéanisation progressive de ces composants entraînant à la fois une raréfaction des conceptions particulières du for et des difficultés quant à l'expression identitaire des États. Enfin, les effets de la raréfaction de l'élaboration sur la coexistence des différentes impérativités qui sont incarnées par les différents « *ordres publics* » ont été observés. Dans cette perspective, les différentes hypothèses d'absorption, substitution ou d'éviction de l'ordre public international du for, par un ordre public de source européenne, ont été évaluées. Ces hypothèses se présentent avec beaucoup plus de pertinence dans le domaine du droit de l'Union européenne.

923. ***Raréfaction de l'intervention de l'ordre public international.*** Après avoir constaté la raréfaction de l'élaboration de l'ordre public international, il était essentiel de prendre en compte un phénomène plus récent, à savoir la raréfaction progressive de l'intervention de ce mécanisme exceptionnel. Pour ce faire, il a été nécessaire de scinder la démonstration en deux phases distinctes. La première phase concernait la raréfaction des modalités de mise en œuvre de l'ordre public international, tandis que la seconde portait sur la raréfaction de l'intervention de ce mécanisme en tant que telle.

924. Dans le cadre de cette première phase, il est apparu que l'émergence des principes essentiels du droit français avait bouleversé les modalités de mise en œuvre de l'ordre public international. En effet, ces principes étant dotés d'une « *super-impérativité* »<sup>2580</sup>, la Cour de cassation en a déduit que leur violation impliquait la seule mise en œuvre de l'ordre public plein. Cette logique tendait à conférer une protection supérieure à ces différents principes qui sont de source purement nationale. Cependant, cette modulation de l'intervention de l'ordre public international, en fonction de la source du principe devant être protégé, pouvait bouleverser les modalités de mise en œuvre et faire disparaître à la fois l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité. Il a donc été nécessaire d'évaluer le caractère hégémonique de l'ordre public plein en cas d'atteinte à un principe essentiel du droit français. Il a été observé que cette hégémonie était réelle mais qu'elle était à la fois « *imparfaite* » et « *précaire* » au regard des solutions jurisprudentielles proposées par la Cour de cassation. Enfin, dans la continuité des travaux ayant déjà été réalisés sur ce point, nous avons souligné la raréfaction de l'ordre public de proximité. Cette raréfaction s'accroît au fil des solutions jurisprudentielles françaises et de l'évolution du droit dérivé.

925. Lors de la seconde phrase, il était essentiel d'insister sur la perturbation grandissante de l'intervention de l'ordre public international. Cette perturbation se réalise à la fois dans le système de l'Union européenne et dans celui de la protection européenne des droits de l'homme. À cet égard, il a été possible d'observer le phénomène de neutralisation de l'ordre public international. Ce phénomène se présente tout d'abord au sein du droit dérivé de l'Union européenne au regard de l'impossibilité pour le juge du for d'opposer son ordre public international notamment en raison de l'expansion de la confiance mutuelle. De plus la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne tend à suggérer une possible « *mise sous tutelle* »<sup>2581</sup> de l'ordre public international. Ce phénomène se présente également à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme notamment quant à la question des effets, en France, des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. Les arrêts *Menesson*<sup>2582</sup> et *Labassée*<sup>2583</sup> ont été la source d'une neutralisation de l'ordre public international du for, cette neutralisation ayant été largement entérinée par la Cour de cassation. Les jurisprudences récentes sur ce sujet illustrent que l'ordre public international ne peut plus

---

<sup>2580</sup> Sur le sens de cette expression dont la paternité revient à J. GUILLAUMÉ, Cf. *supra*.

<sup>2581</sup> C. NOURISSAT, « De "l'encadrement" à la "mise sous tutelle" de l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles ou commerciales...Nouvelle étape sous la plume de la CJUE », *préc.*

<sup>2582</sup> Arrêt *Menesson*, *préc.*

<sup>2583</sup> Arrêt *Labassée*, *préc.*



faire obstacle aux effets des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger. Ces solutions affaiblissent la portée de l'impérativité de source nationale incarnée dans la prohibition gestations pour autrui. Enfin, il a été observé une infiltration progressive du contrôle de proportionnalité au sein de la jurisprudence française notamment en ce qui concerne les effets des gestations pour autrui.

926. C'est à l'aune de l'ensemble de ces développements que nous pouvons observer le processus de raréfaction de l'ordre public international. Les conclusions relatives à ce processus de raréfaction doivent être rappelées.

927. **L'épée et le bouclier.** L'ordre public international se situe désormais à la croisée des chemins. La conception traditionnelle, tendant à considérer ce mécanisme comme une « *arme permettant d'éviter les débordements que notre société n'est pas prête à accepter* »<sup>2584</sup>, se renouvelle progressivement. « *L'épée* » et le « *bouclier* » qui lui sont associés semblent avoir évolué inéluctablement vers une balance qui serait plus à même d'apporter l'équilibre entre la protection de la cohésion de l'ordre juridique du for, la continuité des situations juridiques, l'harmonie des solutions et la protection des droits fondamentaux<sup>2585</sup>. Cette mutation de l'ordre public international trouve notamment ses origines dans l'expansion des droits fondamentaux et une interprétation toujours plus dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Ainsi, comme l'a déjà évoqué un auteur, les droits fondamentaux, toujours plus nombreux, peuvent servir de bouclier au citoyen pour faire valoir ses droits au détriment de la protection des valeurs essentielles du for<sup>2586</sup>.

928. **Solutions alternatives.** Face à cette mutation de l'ordre public international, les solutions doctrinales se sont polarisées. Certains auteurs avaient proposé de « *dissocier l'application des droits fondamentaux du mécanisme d'ordre public international* »<sup>2587</sup>. D'autres auteurs consentaient à réaliser le contrôle de proportionnalité au sein même de l'ordre public international. Face à ces deux propositions opposées, il est apparu que seule la réalisation d'un contrôle de proportionnalité au sein de l'ordre public international pouvait conduire à endiguer

---

<sup>2584</sup> A. SINAY-CYTERMANN, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », *op. cit.*, pp. 635-655.

<sup>2585</sup> H. FULCHIRON, « La reconnaissance, jusqu'où ? » *op. cit.*, p. 677

<sup>2586</sup> M.-L. NIBOYET, R. CYRIL, P. WAUTELET, *préc.*, *Gaz. Pal.*, 2018, hors-série, 14<sup>e</sup> édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine, p. 9

<sup>2587</sup> R. LEGENDRE, *op. cit.*, p. 273 et s.

les deux phénomènes qui ont été observés au sein de notre étude : la raréfaction de l'*élaboration* et la raréfaction de l'*intervention* de l'ordre public international.

929. ***Solution retenue.*** Pour apporter des solutions aux phénomènes précités, il a été envisagé de mettre en place une *double méthode de proportionnalité* dans la continuité des propositions doctrinales. Cette double méthode de proportionnalité peut être adoptée à la fois pour les situations à constituer et pour les situations déjà constituées. Cette double méthode conduit à conférer un poids différent aux différents éléments en présence lors du contrôle de proportionnalité. De manière plus précise, un poids supplémentaire est accordé au droit fondamental non absolu subissant une atteinte potentiel selon que ce droit fondamental fait partie de l'ordre public international ou s'il existe une correspondance des valeurs avec les systèmes européens.

930. ***Avantages de la solution retenue.*** Cette double méthode permet de redynamiser le processus d'élaboration de l'ordre public international. En effet, le juge étatique peut façonner plus librement les composants de l'ordre public international du moins en ce qui concerne la protection d'un droit fondamental. Ainsi, cette méthode offre l'avantage de laisser plus de place aux particularités nationales qui connaissent une limitation grandissante au contact des systèmes européens. Cette méthode accroît également l'intervention de l'ordre public international. Cette intervention ne se retrouve plus conditionnée par les modalités de mise en œuvre traditionnelles de l'ordre public international. La mise à l'écart de l'ordre public de proximité permet d'exclure les nombreuses dérives souvent associées à ce mécanisme. Dès lors, la double méthode de proportionnalité assure la pérennité de l'ordre public international tout en conférant à l'ordre juridique du for la possibilité de se défendre face à l'intrusion de solutions intolérables.



## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- **AUDIT (B.) et AVOUT (L. D'),**
  - *Droit international privé*, Economica, 7<sup>e</sup> éd., refondue, 2013.
  - *Droit international privé*, LGDJ Lextenso, 8<sup>e</sup> éd., 2018.
- **BAR (C.-L. VON)**, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. 1, Hannover, 1889.
- **BARTIN (É.)**,
  - *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, 1899.
  - *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. 1, 1930.
- **BATIFFOL (H.)**,
  - *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1967.
  - *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 1949.
- **BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)**, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993.
- **BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE), LOUSSOUARN (Y.)**, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013.
- **BUCHER (A.)**, *Droit international privé suisse*, Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1992.
- **BUREAU (D.) et H. MUIR WATT (H.)**, *Droit international privé*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 2017.
- **CACHARD (O.)**, *Droit international privé*, Larcier, 4<sup>e</sup> éd., 2015.
- **CLAVEL (S.)**,
  - *Droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2018.
  - *Droit international privé*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2016.
  - *Droit international privé*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2012.
- **DEMOLOMBE (C.)**, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Auguste Durand, L. Hachette et C<sup>ie</sup>, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1860.
- **DICEY (A.-V.) et MORRIS (J.-H.-C.)**, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Sweet & Maxwell, London, vol. 1, 12<sup>th</sup> éd., 1993.
- **GUTMANN (D.)**, *Droit international privé*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2009.
- **HENNEBEL (L.) et TIGROUDJA (H.)**, *Traité de droit international des droits de l'homme*, A. Pedone, 2016.

- **KNOEPFLER (K.) et SCHWEIZER (P.)**, *Précis de droit international privé suisse*, Staempfli, 1990.
- **LAINÉ (A.)**, *Introduction au droit international privé*, t. 1, Detlev Auvermann, 1970.
- **LAVELLE (L.)**, *Traité des valeurs*, t. 1, PUF, 1991.
- **LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE)**, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013.
- **MAYER (P.) et HEUZÉ (V.)**,
  - *Droit international privé*, Montchrestien, 11<sup>e</sup> éd., 2014.
  - *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2010.
- **MELCHIOR (G.)**, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Walter de Gruyter & Co, 1932.
- **NIBOYET (J.-P.)**, *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. 3, 1944.
- **NIBOYET (M.-L.) et GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G. DE)**,
  - *Droit international privé*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2017.
  - *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013.
- **PILLET (A.)**, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903.
- **RENUCCI (J.-F.)**, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2012.
- **RIGAUX (F.)**, *Droit international privé*, Larcier, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1987.
- **SAVIGNY (F.-K. VON)**, *Traité de droit romain*, trad. C. GUÉNOUX, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, Fils et C<sup>ie</sup>, t. 8, 2<sup>e</sup> éd., 1860.
- **VIGNAL (T.)**, *Droit international privé*, Sirey, 4<sup>e</sup> éd., 2017.
- **WEISS (A.)**, *Manuel de droit international privé*, J.-B. Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1909.
- **ZITELMANN (E.)**, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1897.

## II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES, COURS

- **AGO (R.)**, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, t. 58.
- **ANCEL (B.)**, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Panthéon-Assas, 2017.

- **ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006.
- **ARCHER (D.)**, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et en droit international privé des contrats*, *Étude de conflits de lois*, thèse dactyl., Cergy-Pontoise, 2006.
- **ARMINJON (P.)**, « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI* 1933, t. 44.
- **AUDIT (B.)**, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974.
- **AUDOUY (L.)**, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2015.
- **BARATTA (R.)**, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2011, t. 348.
- **BATIFFOL (H.)**,
  - *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réédition, 2002.
  - *Le respect international des droits acquis*, IHEI, 1968-1969.
- **BEDIER (L.)**, *La chanson de Roland*, L'Édition d'Art, 1922.
- **BERGÉ (J.-S.)**, **PORCHERON (D.)** **VIERA DA COSTA CERQUEIRA (G.)**, *Rép. Dr. international privé et dr. de l'Union européenne*, Dalloz.
- **BERGQUIST (U.)**, **FRIMSTON (R.)**, *et autres*, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Dalloz, 2015.
- **BIASUTTI (J.-P.) et BRAQUET (L.)**, *Comprendre le capitalisme*, Bréal, 2<sup>e</sup> éd., 2014.
- **BIHANNIC (K.)**, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse dactyl., Paris I, 2017.
- **BLANC-FILY (C.)**, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, thèse dactyl., Université Montpellier I, 2014.
- **BODEN (D.)**, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse dactyl., Paris I, 2002.
- **BORRAS (A.)**, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI* 2005, t. 317.

- **BOS (Y.-É. LE)**, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010.
- **BOSKOVIC (O.)**, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003.
- **BRIÈRE (C.)**, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001.
- **BUCHER (A.)**,
  - « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* 2009, t. 341.
  - « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239.
- **CABANNES (M.)**, *La trajectoire néolibérale, histoire d'un dérèglement sans fin*, Le bord de l'eau, 2013.
- **CADET (F.)**, *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, 2001.
- **CALLÉ (P.)**, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004.
- **CAMUS (C.)**, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, LGDJ, 2015.
- **CARMELI (S.)**, *La constitution italienne et le droit communautaire. Étude de droit comparé*, L'Harmattan, 2002.
- **CARRÉ DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 et 1922, rééd., Dalloz, 2004.
- **CASSIN (R.)**, « La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme » *RCADI* 1951, t. 79.
- **CHABERT (C.)**, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de loi*, PUAM, 2001.
- **COHEN-JONATHAN (G.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, Economica, 1989.
- **CORBION (L.)**, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004.
- **COURBE (P.)**, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, PUF, 1981.
- **DEBY-GERARD (F.)**, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973.

- **DELMAS-MARTY (M.)**, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, éditions du Seuil, 2004.
- **DÉPREZ (J.)**, « Droit international privé et conflits de civilisations », *RCADI* 1988, t. 211.
- **DROOGHENBROECK (S. VAN)**, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.
- **DROZ (G.)**, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, 1972.
- **ÉGÉA (V.)**, « Une source d'inspiration pour l'espace judiciaire européen : le Règlement Bruxelles II Bis » (in) *La justice civile européenne en marche* (Dir M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD), Dalloz, 2012, pp. 35-50.
- **EL HUSSEINI BEGDACHE (R.)**, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, 2002.
- **FALLON (M.)**, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, L'expérience de la communautaire européenne », *RCADI* 1995, t. 253.
- **FOHRER (E.)**, *L'incidence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur l'ordre public international français*, Bruylant, 1999.
- **FORGET (L.)**, *Les conflits de lois en matière d'accident de la circulation routière*, Dalloz, 1973.
- **FRAGISTAS (N.)**, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI* 1967, t. 104.
- **FULLI-LEMAIRE (S.)**, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse dactyl., Paris II, 2017.
- **GANNAGÉ (L.)**,
  - *La hiérarchie ses normes et les méthodes du droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001.
  - « La méthode du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2011, t. 357.
- **GAUDEMET-TALLON (H.)**,
  - *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2015.
  - « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312.
  - *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1996.
- **GAUTIER (L.)**, *La chanson de Roland*, Alfred Mame et Fils, 1872.



- **GODECHOT-PATRIS (S.)**, *JCl Civil Code, Art. 370-3 à 370-5, Fasc. Unique*.
- **GREER (S.)**, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000.
- **GRZEGORCZYK (C.)**, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982.
- **GUILLAUMÉ (J.)**,
  - *JCl. Civil Code, Art. 3, fasc. 40.*
  - *JCl. Civil Code, Art. 3, fasc. 42.*
  - *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011.
- **HAQUET (A.)**, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004.
- **HALPÉRIN (J.-L.)**, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.
- **HAMMJE (P.)**, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 1994.
- **HEALY (T.-H.)**, « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI* 1925, t. 9.
- **HEYMANN (J.)**, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010.
- **HOLLEAUX (D.)**, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.
- **HUSSON-ROCHCONGAR (C.)**, *Droit international des droits de l'Homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, 2012.
- **JACQUET (J.-M.)**, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *RCADI* 2001, t. 292.
- **JEAUNEAU (A.)**, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, thèse dactyl., Paris I, 2015.
- **JOBARD-BACHELLIER (M.-J.) et TRAIN (F.-X.)**, *JCl. Droit international, Fasc. 534-2*.
- **JOUBERT (N.)**, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Lexis Nexis, 2007.
- **KINSCH (P.)**,
  - « Le rôle du politique en droit international privé », *RCADI* 2019, t. 402.
  - « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 2005, t. 318.

- **KROKHALEV (S.)**, *L'ordre public en droit international privé comparé français et russe*, thèse dactyl., Paris XII, 2006.
- **LABAYLE (S.)**, *Les valeurs de l'Union européenne*, thèse dactyl., Université de Laval et Université Aix-Marseille, 2017.
- **LAGARDE (P.)**,
  - « Public Policy » (in) *International Encyclopedia of Comparative Law*, Ch. 11, vol. III, Private International Law, J. C. B. MOHR, Martinus Nijhoff publishers, 1994.
  - *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.
  - « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1987, t. 196, p. 110.
  - (*Dir.*) *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone, 2013
- **LAHLOU (N.)**, *L'accès au droit dans la société de l'information*, thèse dactyl., Paris I, 2020.
- **LAURICHESSE (C.)**, *La grève en droit international privé*, thèse dactyl., Université de Bourgogne, 2014.
- **LECUYER (S.)**, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel, Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, LGDJ, 2007.
- **LEGENDRE (R.)**, *Droits fondamentaux et droit international privé*, Dalloz, 2020.
- **LEMIEUX (P.)**, *La souveraineté de l'individu : essai sur les fondements et les conséquences du nouveau libéralisme*, PUF, 1987.
- **LENGLART (É.)**, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, thèse dactyl., Paris II, 2019.
- **LEQUETTE (Y.)**, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2016, t. 387.
- **LÓPEZ DE TEJADA (M.)**, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, 2013.
- **MALHIÈRE (F.)**, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, 2013.
- **MALLET-BRICOURT (B.) et T. FAVARIO (T.) (Dir.)**, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015

- **MARCHADIER (F.),**
  - *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse dactyl., Université de Limoges, 2005.
  - *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007.
  - *Évolutions de l'exception d'ordre public sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA, Université de Limoges, 2000.
  
- **MARS (A.),** *La prévalence des intérêts : Contribution à l'étude du droit international privé dans un contexte néolibéral*, thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2017.
  
- **MAURY (J.),** *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Casa Martin, Valladolid, 1952.
  
- **MEIJERS (E.-M.),** « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI* 1934, t. 49.
  
- **MILLIOT (L.),** *Introduction à l'étude du droit musulman*, Recueil Sirey, 1971.
  
- **MINOIS (M.),** *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, thèse dactyl., Paris Descartes, 2016.
  
- **MOLDOVAN (M.-C.),** *L'ordre public en droit international privé*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, É. DUCHEMIN, L. CHAUNY et L. QUINSAC, 1932.
  
- **MOLINIER (J.) (Dir.),** *Les principes fondateurs de l'Union européenne* PUF, 2005.
  
- **MUIR WATT (H.),** *La fonction de règle de conflit de lois*, Université Paris II, 1985
  
- **NAJM (M.-C.),** *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005.
  
- **NORD (N.),** *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse dactyl., Strasbourg III, 2003.
  
- **PAMBOUKIS (C.),**
  - *Rep. Int. Dalloz*, V° Acte public étranger.
  - *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, 1993.
  
- **PARTSCH (P.-E.),** *Le droit international privé européen : De Rome à Nice*, Larcier, 2003.
  
- **PASQUIER (A.),** *Psychopathologie des émotions* (Dir. J.-L. PEDINIELLI, Armand Colin, 2012.
  
- **PATAUT (É.),** *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Étude de droit international privé*, LGDJ, 1999.

- **PERALDI LENEUF (F.) (Dir.)**, *Les valeurs de l'Union européenne*, Pedone, 2020.
- **PFEIFF (S.)**, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017.
- **PICHERAL (C.)**, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, 2001.
- **PILLET (A.)**,
  - « La théorie générale des droits acquis », *RCADI* 1925, t. 8.
  - *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble, F. Allier Père et Fils, Paris, L. Larose et Forcel, 1890.
- **POTVIN-SOLIS (L.) (Dir.)**, *Les valeurs communes dans l'Union européenne* Bruylant, 2014.
- **RABEL (E.)**, *The Conflict of Laws: A comparative study*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2<sup>nd</sup> ed., vol. I, 1958, vol. II, 1960, vol. III, 1964.
- **RACHO (T.)**, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, thèse dactyl., Paris II, 2018.
- **RASS-MASSON (L.)**, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse dactyl., Paris II, 2015.
- **REMY (B.)**, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.
- **RIDEAU (J.)**, *JCl. Europe Traité*, Fasc. 110.
- **ROBERT (L.) et SURREL (H.) (Dir.)**, *Quel avenir pour le système européen de protection des droits de l'homme ?* Anthemis, 2020.
- **SALAMÉ (S.)**, *Le devenir de la famille en droit international privé*, PUAM, 2006.
- **SALIN (P.)**, *Libéralisme*, Odile Jacob, 2000.
- **SIFFREIN-BLANC (C.)**, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, PUAM, 2009.
- **SOLODOVNIKOFF (P.)**, *La notion de l'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Domat-Montchrestien, F. Loviton, 1936.
- **SOULEAU-BERTRAND (M.)**, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005.
- **THERY (P.)**, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Université Paris II, 1981.
- **THÉRY (I.) et LEROYER (A.-M.)**, *Filiation, origines, parentalité*, Odile Jacob, 2014.

- **VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE),**
  - « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2015, t. 371.
  - *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé, droit international public et droit international privé*, LDGJ, 1997.
- **VIANGALLI (F.),** *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004.
- **VRELLIS (S.),** « Conflit ou coordination des valeurs en droit international privé. À la recherche de la justice », *RCADI* 2007, t. 328.
- **WALINE (M.),** *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2007.
- **WENGLER (W.),** « The general principles of private international law », *RCADI* 1961.
- **WESER (M.),** *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, complétée par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des États contractants*, Centre interuniversitaire de droit comparé, Paris-Bruxelles, C.I.D.C, A. Pedone, 1975.
- **ZAHER (Z.),** *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, 2009.
- *Quelles valeurs pour l'Union européenne ? Les entretiens européens d'Épernay*, 4<sup>e</sup> éd., La documentation française, 2005.

### III. ARTICLES, CHRONIQUES

- **ALEXANDRE (D.),** « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français » (in) *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours* », Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 105-118.
- **ANCEL (B.),**
  - « Le commentaire de Bartole *Ad Legem Cunctos Populos* sur la glose *Quod Si Bononiensis* mis en français » : *Mélanges A. LEFEBVRE-TEILLARD*, Panthéon-Assas, 2009, pp. 53-74.
  - « L'épreuve de vérité, propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 1-9.
- **ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.),** « Du statut prohibitif (Droit savant et tendances régressives) » : *Mélanges B. OPPETIT*, Lexis Nexis, 2010, pp. 7-31.
- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.),**
  - « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *Cah. dr. eur.* 2000, pp. 657-718.

- « “Chronique Droits de l'Homme” L'élaboration progressive d'un ordre public européen des Droits de l'Homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *Cah. dr. eur.* 1997, pp. 655-739 ».
- **ANTOINE (A.) et FAIGRIEVE (D.)**, « *Écrire les décisions de justice...une comparaison franco-britannique* », *RDP* 2014, pp. 759-783.
- **ARTICLES COLLECTIFS :**
  - « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G* 2006, act. 586, p. 2313 et s.
  - « Observations sur la lettre ouverte au président de la République intitulée “L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit” », *JCP G* 2007, act. 18, pp. 13-14.
- **AUBERT (A.)**, « Psychologie et neuro-anatomie de la délibération », *Procédures* 2011, dossier 4, pp. 19-22.
- **AVOUT (L D'),**
  - « La “reconnaissance” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, pp. 1806-1810.
  - « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.* 2012, Point de vue pp. 1973-1974.
  - « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé » (in) *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques* (Dir. E. DUBOUT et S. TOUZÉ), A. Pedone, 2010, pp. 165-198.
- **AZAVANT (M.)**, « L'ordre public successoral », *Dr. famille*, 2013, dossier 38, pp. 17-23.
- **BAILLEUX (A.)**, Préambule (In) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (Dir. F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK, avec la collaboration de C. RIZCALLAH), Bruylant, 2018.
- **BARRIÈRE-BROUSSE (I.)**, « Les incidences des arrêts du 27 septembre 2017 en droit international privé », *Dr. famille* 2018, dossier 25, pp. 25-27.
- **BARTIN (É.)**, « Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi, et l'idée de communauté internationale », *RDILC* 1897, p. 383 et s., et pp. 613-658.
- **BASEDOW (J.)**, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 55-74.
- **BATIFFOL (H.)**, « Les intérêts de droit international privé » : *Mélanges G. KEGEL*, Frankfurt am Main : A. Metzner, 1977, pp. 11-21.

- **BEAUMONT (P.) et JOHNSTON (E.),**
  - « Abolition of Exequatur in Brussels I : Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights ? », *IPRax*, 2010, pp. 105-109.
  - « Can Exequatur be abolished in Brussels I whilst retaining a public policy defence ? », *Journal of Private International Law* 2010, vol. 6, n° 2, pp. 249-279.
  
- **BELLET (P.),** « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *JDI* 1965, pp. 833-870.
  
- **BÉNABENT (A.),** « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, n° 3, point de vue, p. 137.
  
- **BIDAUD (C.),** « La transcription des actes de l'état civil étranger sur les registres français. Cesser de déformer et enfin réformer... », *Rev. crit. DIP* 2020, pp. 247-265.
  
- **BIDAUD-GARON (C.),**
  - « Le rôle des instruments et des techniques de coordination : garanties d'application effective des règlements ou facteurs d'harmonisation des droits internes ? » *Mélanges C. NEIRINCK*, Lexis nexis, 2015, pp. 201-212.
  - « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 49-83.
  
- **BIHR (A.),** « L'idéologie néolibérale », *Semen*, 2011, pp. 43-56.
  
- **BINET (J.-R.),** « Gestation pour autrui : le droit français à la croisée des chemins », *Dr. famille*, 2017, étude 13, pp. 10-14.
  
- **BISCHOFF (J.-M.),**
  - « Le mariage polygamique en droit international privé », *Travaux comité fr. DIP* 1980-1981, A. Pedone, pp. 91-116.
  - « Compte rendu de la thèse de : Charalambos Pamboukis. - *L'acte public étranger en droit international privé*, coll. "Bibliothèque de droit privé". t. 219. Paris. L.G.D.J. 1993. 360 pages », *RID comp.* 1995, pp. 1059-1061.
  
- **BODEN (B.),**
  - « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 882-898.
  - « Débats », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, A. Pedone, pp. 233-241.
  
- **BOER (T.-M. DE),** «Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community» (in) *The external dimension of EC private international law in family and succession matters* (Ed: A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR), CEDAM, 2008, pp. 295-330.

- **BOICHÉ (A.)**, « Présentation du règlement “Rome III” sur la loi applicable au divorce », *AJF* 2012, pp. 370-375, spé., p. 370.
- **BOLLÉE (S.)**,
  - « Les conditions de la reconnaissance notamment à la lumière des conventions internationales » (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 113-120.
  - « Débats » (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 167-176.
  - « L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, pp. 307-355.
- **BONNET (J.)**, « La politique de rupture de la Cour de cassation », *JCP G* 2019, doct. 903, pp. 1594-1601.
- **BOSSUAT (G.)**, « Valeurs communautaires européennes. L’héritage et l’invention » (in) *Les valeurs communes dans l’Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014, pp. 29-45.
- **BOUTARD-LABARDE (M.)**, « L'ordre public en droit communautaire » (in) *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, pp. 83-88.
- **BRIGGS (A.)**, « Public Policy in the Conflict of Laws: a Sword and a Shield? », *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2002, 6, pp. 953-979.
- **BRUN (P.)**, « Le lobbying doctrinal ou l’art de se cacher derrière son (petit ?) droit », *JCP G* 2013, act. 404, pp. 702-704.
- **BRUNET (L.)**, « Le recul de l’ordre public face aux pratiques transfrontières de gestation pour autrui : trop...ou pas assez ? », *AJF* 2018, pp. 572-574.
- **BRUNET (P.)**, **CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et autres**, « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit” ? » *D.* 2013, n° 12, point de vue, pp. 784-785.
- **BUCHER (A.)** « Vers l’adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux comité fr. DIP* 1993-1995, pp. 209-237.
- **BUREAU (D.)**, « Le mariage international pour tous à l’aune de la diversité » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 155-184.
- **BURGORGUE-LARSEN (L.)**, « Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme », *AJDA* 2014, pp. 1763-1772.
- **CALLEWAERT (J.)**, « Quel avenir pour la marge d’appréciation ? » : *Mélanges R. RYSSDAL*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 147-166.



- **CAMBIEN (N.)**, « Mutual recognition and Mutual Trust in the Internal Market, *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, pp. 93-115.
- **CANIVET (G.)**, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RID comp.* 2003, pp. 7-21.
- **CARMELI (S.)**, « La réception du droit communautaire dans l'ordre juridique italien », *RID comp.* 2001, pp. 339-382.
- **CASTEL (P.-H.)**, « Émotions, sentiments et affects : un point de vue philosophique puis psychanalytique », *Les Nouvelles d'Archimède*, 2003, n° 35, p. 7.
- **CESARO (J.-F.)**, « Les ordres publics en droit du travail : de l'international au supranational » *JCP S* 2017, 1129, pp. 25-29.
- **CHAUVIN (P.)**, « Contrôle de proportionnalité : “Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne” », *Gaz. Pal.* 2016, 6, pp. 3222-3225.
- **CHÉNEDÉ (F.)**,
  - « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, pp. 796-806, spé., p. 797.
  - « De l'équité aux droits de l'homme », *AJF*, 2013, p. 663
- **CHEVALIER (P.)**, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », *Rev. crit. DIP* 2014, pp. 1-41.
- **CICILE DELFOSSE (M.-L.)**, « Droit et anthropologie à propos de “l'homoparentalité” : *Mélanges M.-S. PAYET*, Dalloz, 2012, pp. 113-128.
- **CLAVEL (S.)** « Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale » : *Mélanges P. MAYER*, LGDJ, 2015, pp. 119-132.
- **CLAVIÈRE-BONNAMOUR (B. DE)**, « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 189-200.
- **COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.)**, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI* 2001, pp. 423-457.
- **CONSTANTINESCO (V.)**, « Les valeurs dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe » (in) *Les valeurs communes dans l'Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014, pp. 47-69.
- **CORNELOUP (S.)**,
  - « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *JEDH* 2013/3, pp. 381-402.

- « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé », *Travaux comité fr. DIP* 2011-2012, pp. 189-222.
- **CORPART (I.)**,
  - « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJF* 2013, pp. 340-344.
  - « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RPJF* avr.2012, pp. 6-11.
- **COURBE (P.)**, « L'ordre public de proximité » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 227-239.
- **CUNIBERTI (G.)**, « Some Remarks on the Efficiency of Exequatur » (in) *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren* (Ed. H. KRONKE, K. THORN), Ernst un Werner Giesecking, 2011, pp. 568 576.
- **CUNIBERTI (G.) et I. RUEDA (I.)**, « Abolition of Exequatur, Addressing the Commission's Concerns », *RazbelZ*, 2011, pp. 286-316.
- **DAN GLAUSER (E.)**, « Chapitre 7. Le sentiment subjectif. Intégration et représentation consciente des composantes émotionnelles » (in) *Traité de psychologie des émotions* (Dir. D. SANDER et K.-R. SCHERER), Dunod, 2014.
- **DECAUX (E.)**, « L'intérêt général "peau de chagrin" du droit international des droits de l'homme ? » : *Mélanges D. TRUCHET*, Dalloz, 2015, pp. 119-129.
- **DEHAUSSY (J.)**, « Les conditions d'application des normes conventionnelles sur le for interne français », *JDI* 1960, pp. 704-729.
- **DELMAS-MARTY (M.) et IZORCHE (M.-L.)**, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RID. comp.* 2000, pp. 753-780.
- **DEUMIER (P.)**,
  - « "Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée" », *RTD civ.* 2019, pp. 67-72.
  - « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, pp. 1783-1788.
  - « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, pp. 2022-2030.
- **DEVERS (A.)**, « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines (de 1957 et 1981) », *Dr. famille* 2012, étude 1, pp. 8-12.

- **DEVERS (A.) et FARGE (M.)**, « Le nouveau droit international privé du divorce », *JCP G* 2012, doct. 778, pp. 1277-1289, spéc., p. 1278, n° 2 ; publié également à : *Dr. famille* 2012, étude 13, pp. 7-16.
- **DIONISI-PEYRUSSE (A.)**,
  - « Les fondements de la filiation, tentatives de synthèse du colloque des 10 et 11 mars 2016 à l'université du Havre », *Dr. famille* 2016, étude 13, pp. 52-56.
  - « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 159-177.
- **DOCQUIR (B.)**, Le droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, *Annales de droit de Louvain*, 1999, vol. 59, n° 4, pp. 473-522.
- **DONDERO (B.)**, « Nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : panique à l'Université ! », *D.* 2020, p. 145.
- **DUCOULOMBIER (P.)**, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, pp. 1778-1783.
- **DURKHEIM (É.)**, « Jugements et valeur et jugement de réalité », *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, n° 4, pp. 437-453.
- **DUTOIT (B.)**, « L'ordre public : caméléon du droit international privé ? » : *Mélanges G. FLATTET*, Payot Lausanne, 1985, pp. 455-472.
- **EKELMANS (M.)**,
  - « La Convention de Bruxelles et le droit communautaire » (in) *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, (R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS, N. WATTÉ), Bruylant, 1999, pp. 185-197.
  - « L'ordre public international et ses effets atténués » (in) *L'ordre public, Concept et applications*, Bruylant, 1995, pp. 285-303.
- **EL HUSSEINI BEGDACHE (R.)**, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit. DIP* 1999, pp. 427-468.
- **EPAILLY (D.)**, « Réforme de la réserve héréditaire, retour sur le rapport du groupe de travail », *JCP N* 2021, 1012, pp. 33-40.
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, pp. 224-229.
- **FALLON (M.) & MEEUSEN (J.)**, "Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition" (in) *Yearbook of Private International Law*, Kluwer Law International, 2002, pp. 37-66.

- **FARGE (M.),**
  - « L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », *RDLF*, 2017, chron. n° 29.
  - « La confusion législative des méthodes de règlement du conflit de lois : l'exemple de l'article 202-1 du code civil » : *Mélanges C. NEIRINCK*, Lexis Nexis, 2015, pp. 349-367.
  - « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? L'apport du droit privé », *RDLF* 2012, chron.19.
  
- **FIORINI (A.),** « Rome III- Un modèle à suivre ? » (in) *La justice civile européenne en marche* (Dir. M. DOUCHY-LOUDOT et E. GUINCHARD), Dalloz, 2012, pp. 79-93.
  
- **FORTEAU (M.),** « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" *JDI* 2011, doctr. 1, pp. 3-49.
  
- **FOURMENT (V.),** « La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit », *RRJ* 2018-5, pp. 2051-2069.
  
- **FOYER (J.),**
  - « Bertrand Ancel et la théorie des Statuts » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 593-624.
  - « Lois de police et principe de souveraineté » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 339-358.
  - « L'ordre public international est-il toujours français ? » : *Mélanges S. GUINCHARD*, Dalloz, 2010, pp. 267-280.
  - « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 285-302.
  - « Droits internationaux de l'Homme et ordre public international » : *Mélanges R. GOY*, Presses universitaires de Rouen, 1998, pp. 333-348.
  
- **FRANCESCAKIS (P.),**
  - « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux comité fr. DIP* 1966-1969, Dalloz, pp. 149-159.
  - « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelZ* 1958, pp. 466-497.
  - « Droit naturel et droit international privé » : *Mélanges J. MAURY*, Dalloz Sirey, 1960, pp.113-152.
  - « Compte rendu de "Begriffs - und Interessen jurisprudenzen im internationalen Privatrecht", *Rev. crit. DIP* 1954, pp. 238-243.
  
- **FRANCQ (S.),** « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique. Les limites de l'imaginaire européen », *Travaux comité fr. DIP* 2016-2018, pp. 153-183.
  
- **FULCHIRON (H.),**
  - « La reconnaissance, jusqu'où ? » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 647-677.

- « Le contrôle de proportionnalité : questions et méthodes », *D.* 2017, pp. 656-662.
- « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et “dynamique des normes”, *RTD civ.* 2017, pp. 271-303.
- « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, pp. 2310-2311.
- « Règles de conflit de lois et lutte contre les mariages forcés, Qui mal embrasse, trop étroit », *JCP G* 2015, doct. 171, pp. 267-270.
- « Vers un droit vraiment “européen” de la famille ? À propos de la construction d’un Jus Commune Familialis dans le cadre de l’Union européenne » : *Mélanges C. NEIRINCK*, Lexis nexis, 2015, pp. 245-260.
- « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l’espace européen » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 359-381.
- « La Cour de cassation, juge des droits de l’homme ? », *D.* 2014, point de vue, pp. 153-154.
- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », *JDI* 2013, doct. 9, pp. 1055-1113.
- « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, doct. 658, pp. 1123-1133.
- Homoparenté v. homoparentalité ? Le droit français face à la question homoparentale », *RID comp* 2012, pp. 93-111.
- « Le “mariage pour tous” en droit international privé : le législateur français à la peine... », *JCP G* 2012, doct. 1317, pp. 2215-2222.
- « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? » (in) *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l’homme* (Dir. F. SUDRE), Némésis, Bruylant, 2002, pp. 353-386.
- **FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.)**,
  - « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l’homme », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 1-42.
- **GAC-PECH (S. LE)**,
  - « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s’invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *Rev. Lamy dr. civ.*, nov. 2017, n° 153, pp. 48-55.
  - « Retour sur la proportionnalité » : *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, pp. 473-500.
- **GALLANT (E.)**, « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* 2017, étude 3, pp. 5-10.
- **GANNAGÉ (L.)**,
  - « L’ordre public international à l’épreuve du relativisme des valeurs », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, A. Pedone, pp. 205-232.
  - « Débats », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, pp. 233-241.

- **GARDEY DE SOOS (B.)**, « L'influence du droit européen sur le droit de la famille : vers la fin du droit français de la filiation ? » *RJPF* sept. 2015, pp. 6-12.
- **GASSIOT (O.)**, « Une révolution juridique dans les vallées d'Andorre : la Constitution du 14 mars 1993 » (in) *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit* (Dir. M. HÉCQUARD-THÉRON, J. KRYNEN), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, t. 2, 2005, pp. 685-7.
- **GAUDEMÉT-TALLON (H.)**,
  - « La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : 50 ans », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 411-424.
  - « Le divorce international depuis la communication de Patrick Courbe au comité français de droit international privé » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 245-266.
  - « De quelques sources internationales du droit international privé : ordre ou désordre ? » (in) *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, (Coord. P. COURBE et autres), Economica, 2008, pp. 463-486.
  - « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme » : *Festschrift für ERIK JAYME*, Band 1, München : Sellier, 2004, pp. 205-222.
- **GAUDEMÉT-TALLON (H.) et KESSEDJIAN (C.)**, « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTDE* 2013, pp. 435-454.
- **GIL (R.) INGRAND, (I.) PLUCHON (C.) et autres**, « Entre éthique et droit : le jugement moral, facteurs cognitifs et émotionnels. Une enquête chez 938 sujets », *RGDM* 2014, n° 53, pp. 165-192.
- **GODECHOT-PATRIS (S.)**,
  - « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 767-791.
  - « Abandon de la méthode conflictuelle pour apprécier la réalité de l'intention matrimoniale », *RJPF* nov. 2014, pp. 30-31.
  - GODECHOT-PATRIS, « Le droit international privé comme vecteur d'influence pour le droit comparé : alliance ou mésalliance ? » : *Mélanges C. JAUFFRET-SPINOSI*, Dalloz, 2013, pp. 501-518.
- **GODECHOT-PATRIS (S.) et GUILLAUMÉ (J.)**, « La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, pp. 1756-1763.
- **GOLDMAN (B.)**, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois » (in) *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, t. I, A. Pédone, 1969, pp. 449-466.
- **GOSSELIN-GORAND (A.)**, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de personnes de même sexe », *LPA* 4 juil. 2013, pp. 24-28.

- **GRIDEL (J.-P.)**, « La motivation aux défis de la modernité. Entre le Charybde de l'hermétisme et le Scylla du bavardage », *JCP G* 2020, doct. 141, pp. 242-249.
- **GUILLAUMÉ (J.)**,
  - « La saga Mennesson : les premières fois... », *D.* 2019, n° 36, point de vue, pp. 2000-2001.
  - « Le statut juridique des enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse » (in) *Les fondements de la filiation* (Dir. A. DIONISI-PEYRUSSE, et L. MAUGER-VIELPEAU), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 239-254.
  - « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, pp. 2121-2128.
  - « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 295-310.
- **GUTMANN (D.)**, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? » : *Mélanges F. TERRÉ*, PUF, 1999, pp. 329-341.
- **GYSEL (A.-C. VAN) et ROMAIN (J.-F.)**, « Conclusions générales : L'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité » (in) *L'ordre public, concept et applications*, vol III, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 307-327.
- **HAMMJE (P.)**,
  - « Ordre public et lois de police. Limites à l'autonomie de la volonté ? » (in) *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales* (Dir. A. PANET, H. FULCHIRON et P. WAUTELET), Bruylant, 2017, pp. 111-138.
  - « “Mariages pour tous” et droit international privé, Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 773-806.
  - « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 291-338.
  - « L'ordre public et la distinction entre États membres et États tiers » (in) *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers* (Dir. S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ), Lexis Nexis, 2009, pp. 65-80.
  - « L'ordre public de rattachement », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, pp. 153-172.
  - « Le règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 dit “Bruxelles II bis”. Les règles relatives à la reconnaissance et l'exécution » (in) *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* (Dir. H. FULCHIRON et C. NOURISSAT), Dalloz, 2005, pp. 87-103.
  - « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997, pp. 1-31.
  - « L'effet atténué de l'ordre public » (in) *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 (Dir. E. WYLER et A. PAPAUX), A. Pedone, 1997, pp. 87-110.

- **HENNEBEL (L.)**, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'homme » (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 53-61.
- **HEUZÉ (V.)**,
  - « L'honneur des professeurs de droit. Explications d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP G* 2007, doct. 116, pp. 17-22.
  - « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice, L'abolition de la démocratie (1<sup>re</sup> partie) », *JCP G* 2011, doct. 359, pp. 602-606.
  - « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice, La soumission à un utilitarisme obscur (2<sup>e</sup> partie) », *JCP G* 2011, doct. 397, pp. 657-661.
- **HEYMANN (J.)**, « Importing Proportionality to the Conflict of Laws » (in) *Private International Law and Global Governance* (Dir. H. MUIR WATT et D.-P. FERNÁNDEZ ARROYO), Oxford University Press, 1<sup>st</sup> ed., 2014, pp. 277-289.
- **HEYRAUD (Y.)**, « Ordre public international et mariage : entre tradition et instrumentalisation », *Rev. jur. Ouest* 2016, pp. 83-108.
- **HOUTCIEFF (D.)**, « Motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation : sans commentaire ? », *D.* 2020, p. 662.
- **JACQUÉ (J.-P.)**, « Crise des valeurs dans l'Union européenne ? », *RTDE* 2016, pp. 213-218.
- **JEAUNEAU (A.)**, « Existe-t-il un "ordre public de l'Union européenne ? " », *Revue de droit international d'Assas*, 2018, n° 1, pp. 203-219.
- **JESTAZ (P.)**, **MARGUÉNAUD (J.-P.)**, et **JAMIN (C.)**, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, pp. 2061-2070.
- **JOUBERT (N.)**,
  - « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale », *Rev. crit. DIP* 2017, pp. 1-26
  - « Article 12, Ordre Public » (in) *Droit européen du divorce, European Divorce Law*, (Dir. S. CORNELOUP), Lexis Nexis, 2013, pp. 615-629.
  - « Article 10, Application de la loi du for » (in) *Droit européen du divorce, European Divorce Law*, (Dir. S. CORNELOUP), Lexis Nexis, 2013, pp. 593-603.
- **KAHN (F.)**, « Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze) » (in) *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Duncker & Humblot, Müncher, Leipzig, t. 1, 1928, pp. 161-252.
- **KARYDIS (G.)**, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE* 2002, pp. 1-26.



- **KEGEL (G.)**, « Begriffs - und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht » : *Mélanges H. LEWALD*, Helbing et Lichtenhahn, 1953, pp. 259-288.
- **KESSEDJIAN (C.)**, « Commentaire de la refonte du règlement n°44/2001 », *RTDE* 2011, pp. 117-130, spéc., pp. 129-130.
- **KINSCH (P.)**,
  - « Trois visions de l'avenir d'un droit international privé néolibéral » (in) *Liber Amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. 1, Napoli Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193.
  - « Le droit étranger face à la hiérarchie des normes en droit international privé allemand et suisse » (in) *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger* (Dir. G. CERQUIERA et N. NORD) Société de Législation Comparée, 2017, pp. 223-240.
  - « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? » *Mélanges P. MAYER*, LGDJ, 2015, pp. 377-390.
  - « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Convention européenne des droits de l'homme » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 147-157.
  - « La "sauvegarde de certaines politiques législatives", cas d'intervention de l'ordre public international ? » : *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, pp. 447-458.
  - « The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments. A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions (in) *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh* (Ed. T. EINHORN and K. SIEHR), T.M.C Asser Press, 2004, pp. 197-228.
- **KRAMBERGER SKERL (J.)**, « The Abolition of Exequatur in the Proposal for the Review of the Brussels I Regulation », (in) *Cross-border Civil Proceedings in the EU (Conference Papers)* (Dir. V. RIJAVEC, T. IVANC), Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, 2011, pp. 127-152.
- **LAZOUZI (M.)**, « L'identité en droit international privé » (in) *L'identité, un singulier au pluriel*, (Dir. B. MALLET-BRICOURT et T. FAVARIO), Dalloz, 2015, pp. 185-197.
- **LABAYLE (S.)**,
  - « Les valeurs de l'Union européenne », *RDLF* 2017.
  - « Les valeurs européennes (1992/2012) – Deux décennies d'une Union de valeurs », *Revue Québécoise de droit international* déc. 2012, hors-série, pp. 39-63.
- **LABORDE (J.-P.)**, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », *Travaux comité fr. DIP*, 1996-1997, A. Pedone, pp. 153-164, spéc., p. 158.

- **LACABARATS (A.)**, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation » (in) *Comment rédiger une décision de justice au XXI<sup>e</sup> siècle ?* (Dir. F. MALHIÈRE), Dalloz, 2018, pp. 67-72.
- **LACAMP-LEPLAË (O.)**, « La sauvegarde des droits fondamentaux en Andorre », *RID comp.*, 2001, pp. 483-493.
- **LAGARDE (P.)**,
  - « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés » (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 19-25.
  - « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, pp. 691-732.
  - « La reconnaissance, mode d'emploi » : *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, pp. 481-501.
  - « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial » : *Festschrift für H.-J. SONNENBERGER*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, pp. 481-496.
  - « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, pp. 225-243.
  - « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française » : *Mélanges F. RIGAUX*, Bruylant, 1993, pp. 263-282.
  - « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. DIP* 1960, pp. 459-481.
- **LALIVE (P.)**, « Réflexions sur un ordre public culturel » (in) *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (Dir. E. WYLER et A. PAPAUX), Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997, A. Pedone Paris, 1997, pp. 154-195.
- **LARDEUX (G.)**, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, pp. 1835-1841, spé., p. 1840.
- **LÉGIER (G.)**, « Les rapports familiaux et l'ordre public au sens du droit international privé », *RRJ* 1999-1, pp. 293-311.
- **LEGRAND (V.)**, « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en droit international privé », *LPA* 21 août 2013, pp. 6-10.
- **LELIEUR (J.) et SINOPOLI (L.)**, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire », *LPA* 22 fév. 2010, pp. 7-18.
- **LENGRAND (C.) et ESCULLIÉ (C.)**, « Statut juridique de l'enfant issu d'une GPA à l'étranger : Une avancée jurisprudentielle en demi-teinte », *La Revue des Droits de l'Homme* 2016.

- **LEQUETTE (Y.),**
  - « De la “proximité” au “fait accompli” » : *Mélanges P. MAYER*, LGDJ, 2015, pp. 481-518.
  - « Des juges littéralement irresponsables... » : *Mélanges J. HÉRON*, LGDJ, 2009, pp. 309-330.
  - « Débats », *Travaux comité fr. DIP 2006-2008*, pp. 233-241.
  
- **LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.),** « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français » (in) *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, pp. 254-270.
  
- **LEROYER (A.-M.),** « La loi n°2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, pp. 1697-1705.
  
- **LIBCHABER (R.),**
  - « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, doct. 632, pp. 1088-1094.
  - « L'exception d'ordre public en droit international privé » (in) *L'ordre public à la fin du XXe siècle* (Coord. T. REVET), Dalloz, 1996, pp. 65-81.
  
- **LOISEAU (G.),** « La gestation pour autrui et le syndrome de la loi imparfaite », *D.* 2019, p. 1985.
  
- **LOUIS-LUCAS (P.),** « Remarques sur l'ordre public », *RDIP* 1933, pp. 393-442.
  
- **LOUVEL (B.),**
  - « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015, act. 1122, pp. 1906-1912.
  - « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, n° 23, point de vue, pp. 1326-1327
  
- **MANCINI (M. P.-S.),** « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, pp. 221-239 et 285-304.
  
- **MARCHADIER (F.),** « La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ? », *JEDH* 2013/3, pp. 348-380.
  
- **MARTIN (S.),** « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre “identité nationale” et “identité constitutionnelle” », *RFD const.* 2012, pp. 13-44.
  
- **MARZAL (T.),** « La Cour de cassation à “l'âge de la balance”, Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, pp. 789-810.

- **MAURY (J.)**, « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand », *Rev. crit. DIP* 1954, pp. 7-27.
- **MAYER (P.)**,
  - « La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales », *RDLF* 2020, chron. n° 53.
  - « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » : *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 547-573.
  - « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 651-665.
- **MÉCARY (C.)**,
  - « Les fondements juridiques de la filiation en cas de naissance de l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui » (in) *Les fondements de la filiation* (Dir. A. DIONISI-PEYRUSSE, et L. MAUGER-VIELPEAU), Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 115-133.
  - « Pour en finir avec la ségrégation qui frappe les enfants nés dans le cadre d'une gestation pour autrui à l'étranger », *Revue de droit d'Assas*, 2014, n° 9, pp. 96-99.
- **MEEUSEN (J.)**, "Public policy in European Private International Law: In response to the contribution of Professor Th. M. de Boer on "Unwelcome Foreign Law" (in) *The external dimension of EC private international law in family and succession matters* (Ed: A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR), CEDAM, 2008, pp. 331-336.
- **MEIDANIS (H.-P.)**, « Public policy and "ordre public" in the private international law of the EC/EU : Traditionnal positions of the Members States and modern trends », *European Law Review*, vol. 30, n° 1, 2005, pp. 95-110.
- **MOLINIER (J.)**, « D'un traité à l'autre : les principes fondateurs de l'Union européenne, de Maastricht à Amsterdam » : *Mélanges J. MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 439-455.
- **MONÉGER (F.) et PLUYETTE (G.)**, « Exequatur et principes essentiels du droit français » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 447-457.
- **MORAND (C.-A.)**, « Pesée d'intérêts et décisions complexes », (in) *La pesée globale des intérêts : droits de l'environnement et de l'aménagement du territoire* (Dir. C.-A. MORAND, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 41-86.
- **MOYA (D.)**, « Conflits intra-européens de lois et conflits de souveraineté », *JDI* 2020, doct. 5, pp. 529-569.
- **MUIR WATT (H.)**,
  - « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? », (in) *La Reconnaissance des*

- situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 85-95.
- « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » (in) *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* » (Dir. M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO), Dalloz, 2009, pp. 77-92.
  - « Compte rendu de la thèse de B. REMY, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008, préface Pierre Mayer, p. 466 », *Rev. crit. DIP* 2008, pp. 717-719.
  - « Compte rendu de la thèse de : Pierre Callé. - L'acte public en droit international privé. Economica. 2004. 411 pages », *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 905-913.
  - "Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions", *Texas International Law Journal* 2001, vol. 36, pp. 539-554.
  - « Droit judiciaire international », *RGDP* 1999, pp. 747-763.
  - « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. DIP* 1986, pp. 425-455.
- **MURAT (P.)**, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité » (in) *L'identité, un singulier au pluriel* (Dir. B. MALLET-BRICOURT et T. FAVARIO), Dalloz, 2015, pp. 51-73.
- **NAJM (M.-C.)**, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s) », *Droit et cultures*, 2010, n° 59, pp. 209-229.
- **NEIRINCK (C.)**, « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. famille* 2013, comm. 42, pp. 28-30.
- **NIBOYET (M.-L.)**, « Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes », *RID comp.* 2006, pp. 27-46.
- **NIBOYET-HOEGY (M.-L.)**, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel » : *Mélanges R. PERROT*, Dalloz, 1996, pp. 313-332.
- **NIBOYET (M.-L.) et SINOPOLI (L.)**, « L'exequatur des jugements étrangers en France », *Gaz. Pal.* 2004, 3, doct., pp. 1739-1779.
- **NIBOYET (M.-L.), CYRIL (R.) WAUTELET (P.)**, « L'avocat accompagnateur de la mobilité internationale des familles », *Gaz. Pal.*, 2018, hors-série, 14<sup>e</sup> édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine, pp. 7-19.
- **NORD (N.)**,
- « Quelles limites dans l'optimisation d'une succession internationale ? », *Dr. et patrimoine* juin 2013, pp. 56-60.

- « Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge » : *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, pp. 581-592.
- **NOURISSAT (C.)**, « Jeu de l'exception d'ordre public en matière d'exécution transfrontière dans l'espace intra-européen : inversion ou perversion du contentieux après l'arrêt Meroni ? » (in) *Les crises de l'espace de liberté, sécurité, justice* (Dir. H. LABAYLE et J.-I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA), Instituto Vasco de Administración Pública, 2017, pp. 71-76.
- **NUYTS (A.)**, « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 1-63.
- **OBERHAMMER (O.)**, « The Abolition of Exequatur », *IPRax*, 2010, pp. 197-203.
- **OLINGA (A.-D.) et PICALER (C.)**, « la théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 1995, pp. 587-604.
- **PAMBOUKIS (C.)**,
  - « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », (in) *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (Dir. P. LAGARDE), A. Pedone, 2013, pp. 133-146.
  - « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, pp. 513-560.
- **PANET (A.)**,
  - « Une méthode de reconnaissance européenne ? » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir : H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 239-253.
  - « Le mariage homosexuel en France : célébration et reconnaissance », *Dr. famille* 2013, dossier 29, pp. 47-50.
- **PATAUT (É.)**,
  - « Chronique Citoyenneté de l'UE – Intégration, ordres publics et mariage », *RTDE* 2018, pp. 673-678.
  - « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux comité fr. DIP* 2006-2008, pp. 71-114.
- **PICHARD (M.)**, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », *LPA* 25-26 sept. 2017, pp. 6-14.
- **PIERRÉ-CAPS (S.)**, « Crise des valeurs de l'Union européenne ou crise des valeurs nationales ? », *Rev. UE* 2017, pp. 402-407.
- **PHILONENKO (M.)**, « La notion de l'ordre public international », *JDI* 1952, pp. 780-818.

- **PICHERAL (C.)**, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation » (in) *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Dir. F. SUDRE), Nemesis, Anthemis, 2014, pp. 87-114.
- **PINGEL (I.)**, « Les valeurs dans les traités européens. Consécration, contestations », *JDI* 2020, doct. 6, pp. 845-854.
- **PIOLAT (A.) et LATCHIMY (I.)**, « Cognitions et émotions morales : de l'intérêt de l'étude exploitant le dilemme du trolley » (in) *Psychologie du jugement moral* (Dir. L. BÈGUE et autres) Dunod, 2013, pp. 59-84.
- **PIREYRE (B.)**, « L'arbre qui cachait la forêt », *JCP G* 2019, act. 656, pp. 1178-1179.
- **PLUYETTE (G.)**, « La jurisprudence du Tribunal de Paris en matière d'exequatur des jugements étrangers (1964-1988) », *Travaux comité fr. DIP* 1988-1990, pp. 27-57.
- **PRECHAL (S.)**, « Mutual trust before the Court of Justice of European Union », *European Papers*, 2017, vol. 2, n° 1, pp. 75-92.
- **POILLOT-PERUZZETTO (S.)**,
  - « L'impérativité européenne, du malaise du mouvement à la solidité du fondement », *D.* 2019, pp. 448-452.
  - « Les contours d'un ordre public européen : l'apport du droit de l'Union européenne » (in) *Vers un statut européen de la famille* (Dir. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON), Dalloz, 2014, pp. 159-169.
  - « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Travaux comité fr. DIP* 2002-2004, A. Pedone, 2005, pp. 65-106.
  - « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, pp. 177-182.
- **PORCHERON (D.)**, « La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI* 2015, doct. 8, pp. 821-844.
- **PUIG (P.)**, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, pp.70-75.
- **RABEL (E.)**, « Private Laws of Western Civilization: Part IV. Civil Law and Common Law », *Louisiana Law Review* 1950, vol. 10, n° 4, pp. 431-460.
- **RADICATI DI BROZOLO (L.-G.)**, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP* 1993, pp. 401-424.
- **RASS-MASSON (L.)**, « La contribution de la doctrine particulariste au droit international privé. (Analyse critique des théories de Bartin et de Kahn au regard de l'érosion contemporaine du paradigme juridique) » : *Mélanges B. ANCEL*, LGDJ, 2018, pp. 1350-1378.

- **RÉMERY (J.-P.)**, « Comité français de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1998, pp. 182-191
- **REMY (B.)**, « La réforme et le droit international privé » (in) *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe* (Dir. Y. LEQUETTE et D. MAZEAUD), Panthéon-Assas, 2014, pp. 183-192.
- **RIGAUX (F.)**,
  - « Le droit de connaître ses origines » (in) *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme* (Dir. F. KRENC et M. PUÉCHAVY), Bruylant, 2008, pp. 105-111.
  - « Droit constitutionnel et droit international privé » : *Mélanges M. WAELBROECK*, Bruylant, 1999, pp. 111-137.
- **ROBLOT-TROIZIER (A.)**, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 2013, pp. 945-951.
- **ROLIN (H.)**, « Vers un ordre public réellement international » (in) *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, A. Pedone, 1960, pp. 441-462.
- **ROMANO (G.-P.)**, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP* 2006, pp. 457-519.
- **ROSSI (L.-S.)**, « La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TFUE : relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels », *RTDE* 2020, pp. 639-658.
- **ROUVIÈRE (F.)**, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 75-80.
- **ROUX-DEMARE (F.-X.)**, « Vers la suppression de l'*Exequatur* en Europe ? Approches générales de l'exécution des décisions au niveau européen », *Rev. jur. Ouest* 2012, pp. 151-182.
- **SALORD (M.)**, « L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce », *AJ famille* 2011, pp. 97-99.
- **SALVAGE-GEREST (P.)**, « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale », *Dr. famille* 2013, dossier 33, pp. 60-61.
- **SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.)**,
  - « La reconnaissance et l'exécution des décisions », *Dr. famille* 2017, dossier 34, pp. 37-40.



- « Les questions préliminaires » (in) *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois* (Dir. T. AZZI et O. BOSKOVIC), Bruylant, 2015, pp. 123-138.
- « Le concept d'ordre public et ses mutations », *Dr. famille* 2015, dossier 45, pp. 33-36.
  
- **SCHIRMANN (S.)**, « Sur quelles valeurs construire l'Europe ? Le débat des années Vingt » (in) *Les valeurs communes dans l'Union européenne* (Dir. L. POTVIN-SOLIS), Bruylant, 2014, pp. 21-27.
  
- **SCHLOSSER (P.)**, « The Abolition of exequatur proceedings – Including Public Policy Review ? », *IPRax*, 2010, pp. 101-104.
  
- **SCHÖNBERGER (C.)**, « Mi attendu, mi dissertation. Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. et société* 2015, n° 91, pp. 505-519.
  
- **SCHRAMM (D.)**, « Enforcement and the Abolition of Exequatur under the 2012 Brussels I regulation », *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, vol. 15, pp. 143-174.
  
- **SÉRIAUX (A.)**,
  - « La réserve à la croisée des chemins », *Dr. famille* 2020, étude 14, pp. 24-27.
  - « Maternités de substitution : grandeur et décadence de deux principes d'ordre public », *Dr. famille*, 2019, étude 14, pp. 21-24.
  
- **SIMON (D.)**, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe* 2015, étude 2, pp. 4-9.
  
- **SINAY-CYTERMANN (A.)**,
  - « Présentation des facteurs de perturbation affectant la règle de conflit (lois de police, questions préliminaires, renvoi) » (in) *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois* (Dir. T. AZZI et O. BOSKOVIC), Bruylant, 2015, pp. 83-89.
  - « Les tendances actuelles de l'ordre public international » : *Mélanges B. AUDIT*, LGDJ, 2014, pp. 635-655.
  - « Débats du 24 janvier 1997 (M. Jean-Pierre LABORDE) », *Travaux comité fr. DIP*, 1995-1998, A. Pedone, pp. 165-174.
  
- **SINDRES (D.)**,
  - « Les délices de l'hubris, réflexions à partir de quelques arrêts récents de la Cour de cassation en droit international privé », *D.* 2017, pp. 2544-2545.
  - « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, doct. 4, pp. 429-504.
  - « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.* 2015, n° 29, point de vue, pp. 1773-1774.

- « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* 2012, doct. 10, pp. 887-901.
- **SINOPOLI (L.)**, « Le procès équitable en droit international privé français et “européen” (in) *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs* (Dir. H. RUIZ FABRI), Société de législation comparée, 2003, pp. 159-183.
- **SOULARD (C.)**, « Arrêts mieux motivés, jurisprudence plus cohérente », *Dr. pén.* 2019, entretien 5, pp. 7-9.
- **SPIELMANN (S.)**, « La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la convention européenne des droits de l'homme. Un essai de synthèse », *RTDH* 2011, pp. 761-786.
- **STRUYCKEN (T.)**, « L'ordre public de la communauté européenne » : *Mélanges GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, pp. 617-632.
- **SUDRE (F.)**,
  - « La mystification du “consensus” européen », *JCP G* 2015, doct. 1369, pp. 2293-2299.
  - « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2010, doct. 289, pp. 502-513.
  - « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme » (in) *L'office du juge*, Colloque du Sénat du 29 et 30 septembre 2006, pp. 224-243.
  - « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, doct. I 335, pp. 1365-1368.
  - « L'ordre public européen » (in) *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux* (Dir. M.-J. REDOR), Bruylant, 2001, pp. 109-131.
  - « Existe-t-il un ordre public européen ? » (in) *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?* (Dir. P. TAVERNIER), Bruylant, 1996, pp. 39-80.
- **SURREL (H.)**, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (in) *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme* (Dir. M. LEVINET), Nemesis, Bruylant, 2010, pp. 61-86.
- **SUTTON (G.)**, « Les articles 311-14 et suivants du code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande instance de Paris », *Travaux. comité fr. DIP* 1982-1984, A. Pedone, pp. 193-211.
- **TAGARAS (H.)**, « Guidelines for the round table discussion on the relationship between the Brussels Convention and Community Law (in) *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, (R. FENTIMAN, A. NUYTS, H. TAGARAS, N. WATTÉ), Bruylant, 1999, p.173-183.
- **TALLON (D.)**, « Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais » : *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, pp. 883-891.

- **THÉRY (I.)**, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. famille* 2013, dossier 17, pp. 9-12.
- **TOUFFAIT (A.) et TUNC (A.)**, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, pp. 487-508.
- **TULKENS (F.) et DONNAY (L.)**, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme : paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Rev. sc. crim.* 2006, pp. 3-23.
- **USUNIER (L.)**, « Requiem for a dream : la Cour de justice de l'Union européenne se prononce contre l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 2015, pp. 335-342.
- **VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE)**,
  - « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016, doct. 4, pp. 409-453.
  - « L'ordre public » (in) *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?* (Dir. T. AZZI et O. BOSKOVIC), Bruylant, 2015, pp. 169-188.
- **VIGNAL (T.)**, « Ordre public et reconnaissance » : *Mélanges P. COURBE*, Dalloz, 2012, pp. 527-548.
- **VIGNEAU (V.)**, « Propos introductifs » (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 11-17.
- **VIGNEAU (V.) et SIFFREIN-BLANC (C.)**, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille » (in) *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (Dir. J.-P. AGRESTI), PUAM, 2018, pp. 81-92.
- **VINCENT (D.)**, « Réserve héréditaire et ordre public international : mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 », *Dr. famille* 2018, étude 13, pp. 16-19.
- **WATTÉ (N.)**, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », *Mélanges J. KIRKPATRICK*, Bruylant, 2004, pp. 147-1071.
- **WAUTELET (P.)**, « Les couples de personnes de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé » (in) *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht* (Dir. Y.-E. LELEU), Bruylant, 2006, pp. 307-328.
- **WELLER (M.)**, « Mutual trust: in search of the future of European Union private international law », *Journal of Private International Law*, 2015, vol. 11, n° 1, pp. 64-102.

- **WENGLER (W.)**,
  - « Nouvelles réflexions sur les “questions préalables” », *Rev. crit. DIP* 1966, pp. 165-215.
  - *Die Vorfrage im Kollisionrecht, RabelsZ* 1934, pp. 148-251.
- **WILDERSPIN (M.) et. ROUCHAUD-JOËT (A.-M.)**, « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 2-48.
- **XIAO (Y.) et HUO (Z.)**, « *Ordre Public in China's Private International Law* », *The American Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 53, n° 3, pp. 653-677.
- **ZÉNATI-CASTAING (F.)**, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, pp. 511-530.

#### IV. ARTICLES EN LIGNE :

- **Cour de cassation**, *Travaux de réforme 2014 – 2019* [[https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/travaux\\_reforme\\_2014\\_2019\\_9706/](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/)].
- **NOURISSAT (C.)**, *De « l'encadrement » à la « mise sous tutelle » de l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles ou commerciales...Nouvelle étape sous la plume de la CJUE, en ligne sur le site du réseau universitaire européen Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice*, Réseau Universitaire européen, 28 novembre 2015 [<http://www.gdr-elsj.eu/2015/11/28/cooperation-judiciaire-civile/de-l-encadrement-a-la-mise-sous-tutelle-de-lexception-dordre-public-en-matiere-de-reconnaissance-des-decisions-civiles-o/>].

#### V. RAPPORTS, GUIDES, RECOMMANDATIONS

- **BADINTER (R.) (Prés.)**, Rapport au Premier ministre, *Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, 2016.
- **BIoulac (B.)**, *Rapport de la mission d'information sur la bioéthique de l'Assemblée nationale*, Doc AN n° 2871, 2<sup>ème</sup> session ordinaire, déposé le 30 juin 1992.
- **CE**, *La révision des lois de bioéthique*, La Documentation française, 2009.
- **Commission internationale de l'état civil**, « *Recommandation (n°9) relative à la lutte contre la fraude documentaire en matière d'état civil* ».
- **Communauté européenne du charbon et de l'acier**, Haute autorité, « *14<sup>e</sup> rapport général sur l'activité de la Communauté, (1<sup>er</sup> février 1965 – 31 janvier 1966)* », Mars 1966.

- **Comm. UE**, Doc. COM (2010), 748 final, , 14 décembre 2010, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).
- **C. Cass.**,
  - Rapport annuel, Étude : *L'ordre public*, 2013, pp. 97- 489.
  - *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, 2017.
  - *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, 2019.
  - *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, 2018.
- **GUILIANO (M.) et LAGARDE (P.)**, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE n° C282, 31 octobre 1980, p. 37.
- **IHEJ**, Rapport, « La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle », 2013.
- **JENARD (M.-P.)**, *Rapport sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, J.O.C.E 1979, C 59, pp. 1-65.
- **MICHEL (J.-P.)**, Rapp. Sénat n° 437, 2012-2013, [sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe].
- **PE**,
  - Direction générale des politiques internes, Département thématique Droits des citoyens et affaires constitutionnelles, Étude : *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne*, 2011.
  - « *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (Com (2009)154)* », 2010.
- **PÉRÈS (C.) et POTENTIER (P.) (Dir.)**, Rapport du groupe de travail, *La réserve héréditaire* (Dir.), 2019.

## VI. DICTIONNAIRES, LEXIQUES

- **BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.) et DRAI (A.-M.)** *Dictionnaire des sciences économiques*, 2<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2007.
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007.
- *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2015.

- *Dictionnaire Le Robert de poche*, 2008.
- *Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert*, 2003.
- *Dictionnaire de la langue française*, Lexis, Larousse, 1999.
- **DUBOIS (J.), MITTERAND (H.), DAUZAT (A.)**,
  - *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2011.
  - *Dictionnaire d'étymologie*, Larousse, 2001.
- **ECHAUDEMAISON (C.-D.) (Dir.)**, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, 9<sup>e</sup> éd., Nathan, 2014.
- *Encyclopedia Universalis, Dictionnaire de sociologie*, Albin Michel.
- *Le Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., 1992.
- *Le Grand Robert de la langue française, Dictionnaires Le Robert*, t. 2, 1996.
- **GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.)**, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017.
- *Dictionnaire de la langue française*, Lexis, Larousse, 1999.
- **MIJOLLA (A. DE) (Dir.)** *Dictionnaire international de la psychanalyse* Hachette Littératures, Nouvelle édition revue et augmentée, 2005.
- **PAPINOT (E.)**, *Dictionnaire d'histoire et de géographie du Japon*, Tōkiō, Sansaisha Meiji, 1906.
- **RUSS (J.)**, *Dictionnaire de philosophie*, Bordas, 1996.

## VII. NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

- **ANCEL (B.)**, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 87-98.
- **AUDIT (B.)**,
  - *D.* 1999, pp. 290-291.
  - « Compétence des juridictions française et marocaine en matière de contribution aux charges du mariage en cas de répudiation », *D.* 1990, pp. 263-265.
- **AVOUT (L. D')**,
  - « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G* 2009, II, 10021, pp. 39-41.

- *JDI* 2008, comm. 5, pp. 183-198.
- **AZZI (T.)**, « Circulation des jugements, droit des marques et ordre public », *Rev. crit. DIP* 2016, pp. 367-377.
- **BARET (B.)**, « Filiation et ordre public en matière internationale », *Dr. famille* 2016, comm. 203, p. 55.
- **BATIFFOL (H.)**, *Rev. crit. DIP* 1949, pp. 89-94.
- **BENDELAC (E.)**,
  - « Conflits de lois », *JDI* 2018 comm. 3, pp. 113-124.
  - « Une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français », *LPA* 15 déc. 2017, pp. 16-21.
- **BERLIN (D.)**, « Ordre public international de l'État membre et violation du droit de l'Union » *JCP G* 2015, note 873, p. 1426.
- **BERLIOZ (P.)**, « Affirmation de règles critiquables », *RJ com.* 2015, pp. 595-597.
- **BERNARD (J.)**, *JCP G* 1991, II, n° 21752, pp. 377-378.
- **BERTHIAU (D.) et BRUNET (L.)**, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, 1522-1529.
- **BIHANNIC (K.)**, « L'exception d'ordre public à la croisée des chemins... Digressions méthodologiques au départ de l'arrêt du 27 Septembre 2017, n°16-19.654 », *RDLF* 2018, chron. 6.
- **BINET (J.-R.)**,
  - « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Dr. famille* 2014, comm. 1, pp. 11-12.
  - « Un mariage homosexuel franco-marocain autorisé en France », *Dr. famille* 2013, comm. 158, pp. 39-41.
- **BODEN (D.), BOLLÉE (S.), HAFTTEL (B.), HAMMJE (H.) et VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE)**, « Mariage de personnes de même sexe : exception d'ordre public », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 400-412.
- **BOICHÉ (A.)**, « Aspects de droit international privé », *AJF* 2013, pp. 362-365.
- **BOLLÉE (S.)**,
  - « L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 143-149.

- « N'est pas contraire à l'ordre public international français la décision de justice étrangère qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant », *JDI* 2011, comm. 4, pp. 119-124.
- **BOLLÉE (S.) et HAFTEL (B.)**, « L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2020, pp. 267-283.
- **BONIFAY (E.)**, « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'*exequatur* des décisions judiciaires », *D.* 2016, pp. 1636-1639.
- **BOULANGER (F.)**, *D.* 1990, jurispr, pp. 540-544.
- **BOUREL (P.)**, *Rev. crit. DIP* 1967, pp. 728-733.
- **BOURSIKOT (M.-C. LE)**,
  - « GPA : Un arrêt de l'Assemblée plénière ne peut pas rester un arrêt d'espèce ! », *RJPF* janv. 2020, pp. 32-28.
  - « Semer n'est pas récolter. Les déboires des géniteurs ayant recours à une "mère porteuse" », *RJPF* nov. 2013, pp. 6-11.
- **BRUNET (L.)**,
  - « Affaire Mennesson : Épilogue », *AJF* 2019, p. 481.
  - « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », *D.* 2009, pp. 340-344.
- **BRUSORIO-AILLAUD (M.)**, « Refus de transcrire les actes de naissance d'enfants issus d'une convention de mère porteuse conclue à l'étranger », *JCP G* 2009, act. 10, p. 10.
- **BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 1-27.
- **CHÉNEDÉ (F.)**,
  - « De l'abrogation par refus d'application de l'article 16-7 du Code civil », *AJF* 2017, p. 375.
  - « État civil des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger : reconnaissance ? », *Rev. Lamy. dr. civ.* juin. 2015, n° 128, pp. 59-63.
  - « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.* 2014, pp. 1797-1805.
  - « Confirmation de la non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger », *AJF* 2014, pp. 244-246.
  - « Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJF* 2011, pp. 262-265.
  - « Couple homosexuel : refus de l'adoption », *AJF* 2007, pp. 182-183.
- **CHRISTIANS (L.-L.)**, *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 106-124.



- **CORNELOUP (S.)**, « Actualité du règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2016, pp. 479-484
- **COSTA (J.-P.)**, « Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2002, pp. 470-476.
- **COT (J.-P.)**, « La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre », *RTDH* 1998, pp. 77-116.
- **COURBE (P.)**, « Des conditions de reconnaissance en France d'un jugement de répudiation », *Rev. crit. DIP* 1991, pp. 593-605.
- **CUNIBERTI (G.)**, *JDI* 2008, comm. 1, pp. 145-153.
- **DEPADT (V.)**, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* sept. 2014, pp. 8-10.
- **DEUMIER (P.)**, « Une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », *JCP G* 2016, note 324, pp. 554-556.
- **DEVERS (A.)**,
  - « Mariage pour tous : même pour les couples franco-marocains ! », *JCP G* 2013, act. 1159, p. 2056.
  - « Abandon de l'ordre public de proximité en matière d'établissement de la filiation », *Gaz. Pal.* 2012, 2, jurispr. pp. 916-917.
- **DEVERS (A.) et FARGE (F.)**, « Mariage homosexuel franco-marocain : contradiction entre les motifs et le communiqué de la Cour de cassation ! », *Dr. famille* 2015, comm. 63, pp. 66-69.
- **DIMITROV (L.) et NIBOYET (M.-L.)**, « Réserve héréditaire et ordre public international : les arrêts tant attendus n'ont pas tenu toutes leurs promesses », *Gaz Pal.* 2018, 1, jurispr. pp. 81-83.
- **DIONISI-PEYRUSSE (A.)**, *JDI* 2012, comm. 7, pp. 213-228.
- **DOMINGO (M.)**,
  - « Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille », *Gaz. Pal.* 2011, 3, jurispr., pp. 1489-1497.
  - « Interview », *AJF* 2011, p. 266.
- **DROZ (G.)**, *Rev. crit. DIP* 1998, pp. 637-644.
- **DUBARRY (J.)**, « Le mariage pour tous au nom de l'ordre public international de proximité ! », *RJPF* fév. 2015, pp. 20-24.

- **EDELMAN (B.) et LABRUSSE-RIOU (C.)**, *JCP G* 1991, II, n° 21653, pp. 107-115
- **FABRE-MAGNAN (M.)**, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », *D.* 2013, pp. 2384-2388.
- **FARGE (M.)**,
  - « Validité d'un mariage sans comparution du conjoint célébré à l'étranger », *Dr. famille* 2020, comm. 114, pp. 34-36.
  - « Consécration d'un ordre public européen de proximité et répudiation musulmane », *Dr. famille* 2018, comm. 270, pp. 59-60.
  - « Nouvelles incertitudes sur la permanence de l'ordre public de proximité en matière de filiation », *Dr. famille* 2017, comm. 234, pp. 33-34.
  - « Feu l'ordre public de proximité en matière d'établissement forcée de la filiation paternelle hors mariage ? » *Dr. famille* 2012, comm. 19, pp. 46-48.
  - « L'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français », *Dr. famille* 2010, comm. 156, pp. 42-45.
  - « Conflits de lois », *JDI* 2016, comm. 7, pp. 554-567.
  - « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. 21.
- **FLAUSS (J.-F.)**,
  - « L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *LPA* 18 avr. 2002, pp. 11-21.
  - « L'exequatur des jugements étrangers à l'épreuve des exigences du procès équitable », *AJDA* 2001, pp. 1062-1064, spé., p. 1063.
- **FOCARELLI (C.)**, « Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso *Pellegrini* », *Rivista di diritto internazionale*, 2001, vol. 84, n° 4, pp. 955-977.
- **FONGARO (É.)**, « La réserve héréditaire ne relève pas, en principe, de l'ordre public international », *JCP N* 2017, 1305, pp. 43-46.
- **FOYER (J.)**,
  - « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français », *Rev. crit. DIP* 1993, pp. 620-632, spé., pp. 629-630.
  - *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 495-502.
- **FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Comprendre la Cour de cassation », *LPA* 8 oct. 2015, pp. 4-20.
- **FULCHIRON (H.)**,
  - « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.* 2019, pp. 1084-1091.

- « La Cour de cassation consacre la parenté d’intention par adoption », *D.* 2017, pp. 1737-1743.
- « Refus de l’adoption par le mari de son père d’un enfant né grâce à une mère porteuse », *Dr. famille*, 2016, comm. 137, pp. 39-41.
- « Le “mariage pour tous” est d’ordre public en matière internationale », *D.* 2015, pp. 464-469.
- « Reconnaissance en France de l’adoption de l’enfant du partenaire de même sexe prononcée à l’étranger », *JCP G* 2010, note 1173, pp. 2216-2218.
- « Reconnaissance en France de l’adoption de l’enfant du partenaire de même sexe prononcée à l’étranger », *JCP G* 2010, note 1173, pp. 2216-2218.
- « “Ne répudiez point...” Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *RID comp.* 2006, pp. 7-26.
- *JCP* 1993, I, 3688, pp. 302-303.
  
- **FULCHIRON (H.) et PANET (A.)**, « Citoyenneté européenne, liberté de circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.* 2018, pp. 1674-1680.
  
- **FULCHIRON (H.) et BIDAUD-GARON (C.)**,
  - « Transcription dans l’affaire *Mennesson* aujourd’hui. Et demain ? », *D.* 2019, pp. 2228-2234.
  - « La circulaire “Taubira” sur les certificats de nationalité française validée », *D.* 2015, pp. 357-352
  - « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *D.* 2015, pp. 1819-1827.
  - « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l’étranger avec l’assistance d’une mère porteuse », *D.* 2013, pp. 2349-2357.
  
- **GALLANT (E.)**, « Contrariété à l’ordre public international de la loi étrangère qui empêche l’établissement de la filiation paternelle », *JCP G* 2017, note 1311, pp. 2260-2262.
  
- **GALLMEISTER (I.)**,
  - « Mariage de personnes de même sexe : exception d’ordre public international, *D.* 2015, p. 464.
  - « Gestation pour autrui : transcription à l’état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, p. 2170.
  
- **GANNAGÉ (L.)**,
  - « L’ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP G* 2015, note 318, pp. 525-529.
  - « Deux arrêts mort-nés. À propos des décisions rendues par la première chambre civile le 7 juin 2012 », *Rev. crit. DIP* 2013, pp. 587-594.
  - « L’ordre public ne s’oppose pas à la reconnaissance en France d’une répudiation unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 704-716.

- « Nullité du mariage d'un français célébré à l'étranger par procuration », *Rev. crit. DIP* 2000, pp. 207-218.
- **GANNAGÉ (P.)**, « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille » : *Mélanges L. BOYER*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 209-219.
- **GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G. DE)**, *Gaz. Pal.* 2008, 1, jurispr. pp. 308-314, spé., p. 310.
- **GODECHOT-PATRIS (S.)**, *JDI* 2018, comm. 11, pp. 875-883.
- **GODECHOT-PATRIS (S.) et POTENTIER (S.)**, « Nouveau coup dur pour la réserve héréditaire ! » *RJPF*, déc. 2017, pp. 44-48.
- **GOLDMAN (B.)**,
  - *JDI* 1967, pp. 622-624.
  - *JDI* 1966, pp. 117-138.
- **GORÉ (M.)**, « Requiem pour la réserve héréditaire », *Defrénois* 2017, n°22, pp. 23-25.
- **GOUËZEL (A.)**, « La fin de l'affaire Mennesson, pas de questions », *RJPF* déc. 2019, pp. 27-30.
- **GOUTTENOIRE (A.)**,
  - « Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger », *JCP G* 2017, note 984, pp. 1691-1696.
  - « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement *a minima* », *JCP G* 2015, note 965, pp. 1614-1617.
  - « Convention de gestation pour autrui. Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant », *JCP G* 2014, note 877, pp. 1486-1489.
- **GUILLAUMÉ (J.)**,
  - « La Cour de réexamen des décisions civiles rend ses premières décisions en matière de gestation pour autrui », *D.* 2018, pp. 825-829.
  - « La loi étrangère qui prive l'enfant de son à établir sa filiation paternelle est (en elle-même) contraire à l'ordre public international français », *D.* 2017, pp. 2518-2522.
  - « La loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international », *D.* 2017, pp. 2185-2191.
  - *JDI* 2017, comm. 14, pp. 1291-1314.
  - *JDI* 2016, comm. 1, pp. 103-117.
  - *JDI* 2014, comm. 16, pp. 1265-1281.
  - *JDI* 2012, comm. 4, pp. 176-186.

- **GUILLAUMÉ (J.) et GODECHOT-PATRIS (S.)**, « Autour de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015 », *JDI* 2015, comm. 6, pp. 597-613.
- **HAFTEL (B.)**,
  - « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, pp. 1477-1480.
  - « Gestation pour autrui : éclairage de droit international privé », *AJF* 2011, pp. 265-266.
  - « Éclairage de droit international privé », *AJF* 2010, pp. 387-389.
- **HAMMJE (P.)**,
  - « Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un État membre aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *Rev. crit. DIP* 2018, pp. 816-834.
  - « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 722-742.
  - « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP* 2010, pp. 747-761.
- **HEYMANN (J.)**, « Reconnaissance et exécution des décisions », *JDI* 2016, comm. 5, pp. 155-171.
- **HUET (A.)**, *JDI* 2001, comm. pp. 690-696.
- **HYDE (A.-A.)**, « Le caractère fondamental de la liberté de se marier entre personnes de même sexe », *Rev. Lamy. dr. civ.* juin. 2015, pp. 38-42.
- **IDOT (L.)**,
  - *Rev. arb.* 1999, pp. 631-653.
  - « Contempt of court et refus de reconnaissance pour atteinte à l'ordre public », *Europe* 2009, comm. 261, p. 41.
- **KERCHOVE (É.)**,
  - « La règle selon laquelle le mariage d'un français à l'étranger requiert sa présence est une condition de fond du mariage », *RJPF* déc. 1999, pp. 15-16.
  - « La loi étrangère doit être écartée lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation », *D.* 1994, somm. p. 32.
- **KESSLER (G.)**, « La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen : un pas supplémentaire vers la libre circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne ? », *JDI* 2019, doct. 2, pp. 27-47.
- **KINSCH (P.)**,

- « La non-conformité du jugement étranger à l’ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l’homme », *Rev. crit. DIP* 2011, pp. 817-823.
- *Rev. crit. DIP* 2007, pp. 807-822.
  
- **KOKOTT (J.)**, « Conclusions dans l’affaire Meroni ».
  
- **LAGARDE (P.)**,
  - « Refus d’une pension de réversion opposé à la seconde épouse d’un étranger polygame », *Rev. crit. DIP* 2012, pp. 339-343.
  - *Rev. crit. DIP* 2009, pp. 320-331.
  - *Rev. crit. DIP* 1980, pp. 83-91.
  - *Rev. crit. DIP* 1967, pp. 85-109.
  
- **LAGARDE (P.)**, **MEIER-BOURDEAU (A.)**, **SAVOURÉ (B.)** et **KESSLER (G.)**, *AJF* 2018, pp. 598-599
  
- **LATLIL (C.)**, *JDI* 2019, comm. 1, pp. 99-117.
  
- **LEGRAND (V.)**, « Mariage entre personnes de même sexe et ordre public international français », *LPA* 27 fév. 2015, pp. 6-8.
  
- **LEMOULAND (J.-J.)**, « La présence des époux lors de la célébration est une condition de fond du mariage », *D.* 2000, p. 414.
  
- **LEQUETTE (Y.)**,
  - « Recevabilité de la demande en rectification d’état civil d’un transsexuel argentin résidant en France », *Rev. crit. DIP* 1995, pp. 308-319.
  - *Rev. crit. DIP*, 1989, pp. 71-81.
  
- **LEROYER (A.-M.)**, « La victoire des Mennesson », *RTD civ.* 2019, pp. 841-844.
  
- **LOUIS-LUCAS (P.)**, *Rev. crit. DIP* 1966, pp. 264-272.
  
- **MAIGAT (P. LE)**, « Gestation pour autrui : la fin de l’interdit ? », *Gaz. Pal.* 2020, 1, jurispr. pp. 190-192.
  
- **MARCHADIER (F.)**, « « La protection européenne des situations constituées à l’étranger », *D.* 2007, pp. 2700-2703.
  
- **MARGUÉNAUD (J.-P.)**
  - « La revalorisation de l’intérêt de l’enfant né à l’étranger d’une gestation pour autrui », *RTD civ.* 2014, pp. 835-839.

- « Procédure canonique d'annulation du mariage. Convention européenne des droits de l'homme et *exequatur* », *RTD civ.* 2001, pp. 986-988, spé., p. 987.
- **MARIN (J.-C.)**, « Avis de Monsieur le Procureur Général ».
- **MASSIP (J.)**,
  - « Est contraire à l'ordre public international la répudiation intervenue au Maroc hors la présence de l'épouse non appelée à la procédure », *D.* 1994 pp. 263-264.
  - « La loi étrangère doit être écartée lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation », *D.* 1994, jurispr. pp. 66-68.
- **MATHIEU (B.)**, « Conflit de lois », *JDI* 2015, comm. 8, pp. 622-634.
- **MÉLIN (F.)**, « Mariage célébré au Maroc sans la présence de l'épouse », *Daloz Actualité*, 5 mai 2020.
- **MIRKOVIC (A.)**, « Mères porteuses : analyse de droit de la famille », *JCP G* 2009, II, 10020, pp. 37-39.
- **MOLFESSIS (N.)**, « Le chameau vu pour la première fois », *JCP G* 2019, act. 528, pp. 946-947.
- **MONÉGER (F.)**, « Filiation naturelle », *JDI* 1989, pp. 703-707.
- **MORENO (A.)**, « L'absence de consentement des représentants légaux à l'adoption est contraire à l'ordre public », *JCP G* 2001, II, 10588, pp. 1683-1686.
- **MUIR WATT (H.)**, *Rev. crit. DIP* 2001, pp. 349-354.
- **NEIRINCK (C.)**,
  - « La Cour de cassation refuse l'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe », *JCP G* 2007, II, 10068, pp. 27-30.
  - « Homoparentalité et ordre public », *RD sanit. soc.* 2010, pp.1128-1131.
- **NIBOYET (M.-L.)**,
  - « La première Chambre civile répudie sa propre jurisprudence sur les répudiations musulmanes », *D.* 2001, pp. 3378-3379.
  - « La contrariété des répudiations marocaines au principe d'égalité des époux (une bonne illustration du règlement d'un conflit de conventions internationales) », *D.* 1997, pp. 400-403.
- **NICOD (M.)**, « La réserve héréditaire et l'ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », *Dr. famille* 2017, comm. 230, pp. 28-29.

- **NIOCHE (M.)**, « Règlement Bruxelles I : l'épuisement des voies de recours dans l'État d'origine est un préalable indispensable pour invoquer une violation de l'ordre public dans l'État requis », *Gaz. Pal.* 2016, 6, jurispr. pp. 3444-3445.
- **NOURISSAT (C.)**,
  - « Exception d'ordre public en matière de reconnaissance des décisions civiles : un arrêt de confirmation ? », *Procédures* 2016, comm. 16, p. 28.
  - « Refus d'*exequatur* pour contrariété à l'ordre public d'une décision prononcée dans un autre État membre : quand la CJUE réécrit le règlement "Bruxelles I" ... », *Procédures* 2015, comm. 297, pp. 17-18.
  - « Le divorce privé et le droit de l'Union : illustration d'une rencontre avortée », *Procédures* 2016, comm. 229. p. 22.
- **PAILLER (L.)**, « Jurisprudence CJUE : coopération judiciaire en matière civile », *JDI* 2016, comm. 20, pp. 1235-1252.
- **PARICARD (S.)**, « La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui : une autre voie possible pour la Cour de cassation », *Médecine et droit* 2014, pp. 52-55.
- **PÉROZ (H.)**, « Absence de contrariété à l'ordre public international français d'un mariage par procuration célébré à l'étranger », *JCP G* 2020, act. 484, p. 790.
- **PINTO (R.)**, *JDI* 1961, pp. 404-407.
- **POILLOT-PERUZZETTO (S.)**,
  - « L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1<sup>er</sup> juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI* 2000, var., pp. 299-307.
  - « Arbitrabilité des litiges en matière de concurrence », *RTD com.* 2000, pp. 232-235.
- **PUIG (P.)**, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.* 2015, pp. 91-96.
- **PUPPINCK (G.) et HOUGUE (C. DE LA)**, « Cour européenne des droits de l'homme : vers la libéralisation de la GPA », *Rev. Lamy. dr. civ.* sept. 2014, n° 118, pp. 78-84.
- **QUÉGUINER (J.-S.)**, « Exception d'ordre public et épuisement des voies de recours au for d'origine », *JDI* 2016, chron. 10, pp. 1473-1481.
- **RALSER (É.)**, « Mariage : effet de la polygamie sur l'attribution d'une pension de réversion », *Rev. crit. DIP* 2015, pp. 621-631.
- **REIN-LESCASTEREYRES (I.)**, « Mariage franco-marocain : l'ordre public international commande d'écarter la loi marocaine applicable qui prohibe le mariage entre les personnes du même sexe », *Gaz. Pal.* 2015, 2, jurispr. pp. 1119-1121.



- **SAGOT-DUVAUROUX (J.)**, « Au nom de la continuité de la situation, une adoption sans le consentement du père peut priver l'enfant de la succession en France », *Rev. Lamy dr. civ.* juin. 2020, pp. 47-51.
- **SAINTE-ROSE (J.)**, *Gaz. Pal* 2006, 6, jurispr, pp. 3976-3978.
- **SARCELET (J.-D.)**, « Une convention devenue, en matière de mariage, manifestement incompatible avec l'ordre public de proximité », *Gaz. Pal.* 2015, n° 35-36, jurispr. pp. 11-16.
- **SINDRES (D.)**, *JDI* 2020, comm. 9, pp. 626-666.
- **SINOPOLI (L.)**,
  - « Ordre public international et convention bilatérale devant la Cour de cassation. Droit au mariage des couples de même sexe », *La Revue des Droits de l'Homme* 2015.
  - « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome », *Gaz. Pal.* 2002, 4, doct. pp. 1157-1166.
- **SUDRE (F.)**,
  - « La Cour de cassation ouvre le bal », *JCP G* 2018, act. 1071, p. 1851.
  - « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2007, I, 182, pp. 27-32.
- **SUDRE (F.) et GOUTTENOIRE (A.)**,
  - « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP G* 2019, note 551, pp. 975-980.
  - « La réception par la Cour de cassation du standard européen en matière de filiation de l'enfant né d'une GPA », *JCP G* 2019, note 1184, pp. 2067-207.
- **SYNVET (H.)**, *Rev. crit. DIP* 1985, pp. 526-533.
- **SZPUNAR (M.)**, « Conclusions dans l'affaire *Diageo Brands* ».
- **TORRICELLI-CHIFRI (S.)**, « Ordre public international : le "dépeçage" de la réserve héréditaire », *Rev. Lamy. dr. civ.* nov 2017, n° 153, pp. 30-35.
- **USUNIER (L.)**,
  - « Libre circulation des personnes et reconnaissance mutuelle des situations familiales », *RTD civ.* 2018, pp. 858-862.
  - « L'exception d'ordre public au secours du mariage pour tous », *RTD civ.* 2015, pp. 343-348.
- **VAREILLES-SOMMIÈRES (P. DE)**, « Taux d'intérêts et contrôle concret de l'ordre public international », *Rev. crit. DIP* 2019, pp. 982-990.

- **VIGANOTTI (E.),**
  - « Filiation et ordre public international : vers la consécration d'un droit à la filiation ? », *AJF* 2012, pp. 50-52.
  - « Divorce et ordre public international : piqûre de rappel de la Cour de cassation », *Dr. famille* 2011, comm. 47, pp. 42-44.

## VIII. JURIDICTIONS

### a. CEDH

- CEDH, 19 nov. 2019, n° 1462/18 et 17348/18 [C. c/ France et E. c/ France] : *AJF* 2020, 131, obs. F. BERDEAUX ; *Dr. famille* 2020, comm. 24, H. FULCHIRON ; *ibid.*, comm. 38, J.-R. BINET ; *JCP G* 2020, 184, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.
- CEDH, 10 avr. 2019, n° 16-2018-001 : *D.* 2019, 1084, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, 1016, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *JDI* 2019, var. 8, J. HEYMANN et F. MARCHADIER ; *JCP G* 2019, 975, F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE ; *AJF* 2019, 289, obs. P. SALVAGE-GEREST ; *ibid.*, 233, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2019, 286, note J.-P. MARGUÉNAUD, *ibid.*, 307, obs. A.-M. LEROYER ; *AJDA* 2019, 1803, obs. L. BUGORGUE-LARSEN ; *Dr. famille*, comm. 139, J.-R. BINET.
- CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, [Paradiso et Campanelli c/ Italie] : *D.* 2015, 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJF* 2015, 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.*, 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2015, 325, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RJPF* 2015, 16, note I. CORPART
- CEDH, 1 juil. 2014, n° 43835/11, [S.A.S c/ France] : *D.* 2014, 1451 ; *ibid.*, 1701, chron. C. CHASSANG ; *RTD civ.* 2014, 620, obs. J. HAUSER ; *AJDA* 2014, 1348 ; *ibid.*, 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *ibid.*, 1866, étude P. GERVIER.
- CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, [Mennesson c. France] : *D.* 2014, 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.*, 1806, note L. D'AVOUT ; *AJF* 2014, 499, obs. B. HAFTTEL ; *ibid.*, 396, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *RD sanit. soc.* 2014, note C. BERGOIGNAN ESPER ; *RTD civ.* 2014, 616, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 835, chron. J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2015, 144, note S. BOLLÉE ; *JCP G* 2014, note A. GOUTTENOIRE ; *JDI* 2014, comm. 16, J. GUILLAUMÉ.
- CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, [Labassee c. France].
- CEDH, 18 juin 2013, n° 3890/11, [Povse c/ Autriche] : *AJF* 2013, 514, obs. A. BOICHÉ ; *RTDE* 2015, 157, chron. F. BENOIT-ROHMER ; *Rev. crit. DIP* 2014, 303, note G. CUNIBERTI.
- CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, [Négrépontis-Giannisis c/ Grèce] : *Rev. crit. DIP* 2011, 817, note P. KINSCH ; *JDI* 2012, 213, A. DIONISI-PEYRUSSE.
- CEDH, 6 juil. 2010, n° 38797/07, [Green et Farhat c/ Malte] : *Rev. crit. DIP* 2011, 665, note L. D'AVOUT.
- CEDH, 29 avr. 2008, n° 18648/04, [Mc Donald c/ France] : *Rev. crit. DIP* 2008, 830, note P. KINSCH ; *JDI* 2009, 193, note F. MARCHADIER.
- CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, [Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg] : *D.* 2007, 2700, note F. MARCHADIER ; *AJDA* 2007, 1918, obs. J.-F. FLAUSS ; *JCP G* 2007, I, 182, chron. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2007, 738, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2007, 807, note P. KINSCH ; *JDI* 2008, 183, note L. D'AVOUT.
- CEDH, 1 mars 2006, n° 56581/00, [Sejdovic c/ Italie].

- CEDH, 13 sept. 2005, n°36536/02 [B. et L. c/ Royaume-Uni]).
- CEDH, 20 juil. 2001, n° 30882/96, [Pellegrini c/ Italie] : *RTD civ.* 2001, 986, J.-P. MARGUÉNAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, 106, note L.-L. CHRISTIAN ; *LPA* 18 avr. 2002, 11, obs. J.-F. FLAUSS.
- CEDH, 23 mars 1995, n° 15318/89, [Loizidou c/ Turquie] : *D.* 1996, 201, note S. PEREZ.
- CEDH, 26 juin 1992, n° 12747/87, [Drozd et Janousek c/ France et Espagne] : *RUDH* 1993, 6, obs. F. SUDRE ; *AJDA* 1993, 105, chron. J.-F. FLAUSS ; *RTDH* 1994, 87, note G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS.
- CEDH, 7 juil. 1989, n° 14038/88, [Soering c/ Royaume-Uni] : *RTDH* 1990, 5, note W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *JCP* 1990, I, 3452, H. LABAYLE ; *JDI* 1990, 734, obs. P. ROLLAND et P. TAVERNIER.
- CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, [Sunday times c/ Royaume Uni].
- CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, [Handyside c/ Royaume-Uni].
- CEDH, 18 juin 1971, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66 [Affaire de Wilde, Ooms et Versyp (“vagabondage”) c/ Belgique (Au principal)].
- CEDH, 23 juil. 1968, n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, [Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c/ Belgique].

## b. CJUE et CJCE

- CJUE, 5 juin 2018, aff.C-673/16, Relu Adrian Coman *et autres* c/ Inspectoratul General pentru Imigrari. Ministerul Afacerilor Interne : *D.* 2018, 1764, note H. FULCHIRON et A. PANET ; *AJF* 2018, 404, note G. KESSLER ; *RTD civ* 2018, 858, obs L. USUNIER ; *RTDE* 2018, 673, obs. É. PATAUT.
- CJUE, 25 mai 2016, aff. C-559/14, Rudolfs Meroni c/ Reoletos Limited : *D.* 2016, 1636, note E. BONIFAY ; *Europe* 2016, comm. 254, L. IDOT ; *JDI* 2016, 1325, L. PAILLER ; *Procédures* 2016, comm. 231, C. NOURISSAT.
- CJUE, ord., 12 mai 2016, aff. C-281/15, Soha Sahyouni : *Procédures* 2015, comm. 229, note C. NOURISSAT ; *Europe* 2016, 24, obs. F. GAZIN ; *JDI* 2018, 1449, note M. WILDERSPIN.
- CJUE, 19 nov. 2015, aff. C-455/15, P c/ Q : *RTDE* 2016, 444, note V. ÉGÉA ; *Europe* 2016, comm. 35, L. IDOT, *Procédures* 2016, comm. 16, C. NOURISSAT ; *AJF* 2016, 48, note É. VIGANOTTI.
- CJUE, 16 juil. 2015, aff. C-681/13, Diageo Brands BV c/ Simiramida-04 EOOD : *Rev. crit. DIP* 2016, 367, note T. AZZI ; *JCP G* 2015, note 873, D. BERLIN ; *RTDE* 2015, 872, note E. TREPPOZ ; *Procédures* 2015, comm. 297, C. NOURISSAT.
- CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU :C :2014 :2454 : *D.* 2015, 75, note O TAMBOU ; *RTDE* 2015, 593, note F. BENOÎT-ROHMER ; *RFDA* 2015, 3, note H. LABAYLE et F. SUDRE ; *JCP G* 2015, act. 145, F. PICOD ; *Europe* 2015, 4, D. SIMON ; *RTD civ* 2015, 335, obs. L. USUNIER.
- CJUE, 23 oct. 2014, aff. C-302/13, flyLAL-Lithuanian Airlines AS c/ Starptautiskā lidosta Rīga VAS et Air Baltic Corporation AS : *Europe* 2014, comm. 560, L. IDOT ; *Procédures* 2015, comm. 14, C. NOURISSAT.

- CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-491/10, PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga : *RTDE* 2011, 481, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Europe* 2011, comm. 118, L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2012, note H. MUIR WATT ; *Procédures* 2011, comm. 59, C. NOURISSAT.
- CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein c/ Landeshauptmann von Wien.
- CJUE, 28 avr. 2009, aff. C-420/07, Meletis Apostolides c/ David Charles Orams et Linda Elizabeth Orams : *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2009, 75, note E. BERNADSKAYA ; *Europe* 2009, comm. 262, L. IDOT.
- CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-394/07, Marco Gambazzi c/ DaimlerChrysler Canada Inc. et CIBC Mellon Trust Company : *Europe* 2009, comm. 261, note L. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2009, 685, note G. CUNIBERTI.
- CJCE, 14 oct. 2008, aff. C-353/06, Stefan Grunkin et Dorothe Regina Paul.
- CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-283/05, ASML Netherlands BV c/ Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS).
- CJCE 2 mai 2006, aff. C-341/04, Eurofood IFSC Ltd : *JDI* 2007, 151, note, G. KHAIRALLAH.
- CJCE, 11 mai 2000, aff. C-38/98, Régie nationale des usines Renault SA c/ Maxicar SpA et Orazio Formento : *Rev. crit. DIP* 2000, 497, note G. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2001, 696, note A. HUET.
- CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, Krombach c/ Bangerski : *JDI* 2001, 690, note A. HUET ; *Europe* 2000, 22, note L. IDOT ; *JCP G* 2001, II 10607, comm. C. NOURISSAT.
- CJCE, 1 juin 1999, aff. C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV : *Rev. arb.* 1999, 631, note L. IDOT ; *RTD com.* 1999, 232, obs S. POILLOT-PERUZZETTO.
- CJCE, 2 juin 1994, aff. C-414/92, Solo Kleinmotoren GmbH c/ Emilio Boch.
- CJCE, 4 fév. 1988, aff. C-145/86, Horst Ludwig Martin Hoffmann c/ Adelheid Krieg : *Rec.*, p. 645 ; *Rev. crit. DIP* 1988, 605, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, 449, obs. A. HUET.
- CJCE, 15 nov. 1983, aff. 288/82, Ferdinand M.J.J Duijnsteet c/ Lodewijk Goderbauder.
- CJCE, 13 nov. 1979, aff. 25/79, Sanicentral GmbH c/ René Collin.
- CJCE, 20 fév. 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, *Rec.*, p. 649.
- CJCE, 24 oct. 1978, aff. 15/78, Société générale alsacienne de banque SA c/ Walter Koestler : *RJ com.* 1979, 70, note L. DE MONTBLANC.
- CJCE, 6 oct. 1976, aff. 12/76, Industrie Tessili Italiana Como c/ Dunlop AG : *D.* 1977, 287, G. DROZ ; *Rev. crit. DIP* 1977, note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX ; *JDI* 1977, 704, J.-M. BISCHOFF et A. HUET.
- CJCE, 28 oct. 1975, aff. 36/75, Roland Rutili c/ Ministre de l'intérieur.
- CJCE, 4 déc 1974, aff. 47/74, Yvonne van Duyn c/ Home Office.

- CJCE, ord., 2 juin 1965, aff. 9/65, Faillite des Accierie San Michele Spa c/ Haute autorité de la CECA, Rec. 1967, p. 35.

### c. CPJI

- CPJI, 12 juil. 1929, [Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France], *Publications de la Cour permanente de justice internationale*, Série A, n° 20/21/, Arrêt n° 14, Leyde Société d'éditions, A. W. Sijthoff, 1929, p. 4 et s.

### d. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 : *D.* 2013, 1643, chron, F. DIEU ; *AJF* 2013, 332, étude F. CHÉNÉDÉ, *RFDA* 2013, 923, étude P. DELVOLVÉ ; *RD. sanit. soc.* 2013, 908, note L. BRUNET ; *RTD civ.* 2013, obs. J. HAUSER.
- Cons. const., « Commentaire de la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 ».

### e. COUR DE CASSATION

#### i. Assemblée plénière

- Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053 : *D.* 2019, 1887 ; *ibid.*, 2000, obs. J. GUILLAUMÉ ; *ibid.*, 2228, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *JCP G* 2019, 2067, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *Dr. famille* 2019, comm. 261, J.-R. BINET ; *AJF* 2019, 481, note L. BRUNET ; *ibid.*, 487, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, 592, obs. G. KESSLER ; *LPA* avr. 2020, 10, note F. CHALTIEL ; *JDI* 2020, comm. 8, J. HEYMANN et F. MARCHADIER.
- Communiqué [GPA faite à l'étranger et lien de filiation avec la mère d'intention].
- Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 : *Dr. famille* 2019, comm. 19, J.-R. BINET ; *JCP G* 2018, 2038, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTD civ* 2018, 847, note. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJF* 2018, 613, M. SAULIER ; *JDI* 2019, comm. 1, C. LATIL ; *RJPF* nov. 2018, 34, obs. M.-C. LE BOURSICOT.
- Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323, [Dominique X c/ Monsieur le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes] ; Cass. ass. plén., 3 juil. 2015, n° 15-50.002, [Monsieur le Procureur général près la Cour d'appel de Rennes c/ Patrice Y] : *D.* 2015, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 1773, note. D. SINDRES ; *Dr. famille* 2015, repère 8, J.-R. BINET ; *RJPF* sept. 2015, 34, note I. CORPART ; *AJF* 2015, 364, obs. DIONISI-PEYRUSSE ; *LPA* oct. 2015, 4, note M.-A. FRISON-ROCHE ; *JCP G* 2015, 1614, note A. GOUTTENOIRE ; *JDI* 2016, 103, note J. GUILLAUMÉ ; *RTD civ.* 2015, 581, obs. J. HAUSER ; *Rev. Lamy. dr. civ.* sept. 2015, 40, note M.-C. LE BOURSICOT.
- Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : *D.* 1991, 318, note J.-L. AUBERT ; 417, note, D. THOUVENIN ; *Rev. crit. DIP* 1991, 711, note C. LABRUSSE-RIOU ; *RTD civ.* 1991, 517, note D. HUET-WEILLER.

## ii. Cass.

- Cass., avis, 29 févr. 2016, n° 16002 : *JCP G* 2016, 554, P. DEUMIER ; *RTD civ.* 2016, 317, obs. J. HAUSER.

## iii. Cass. civ.

- Cass. civ., 25 mai 1948 [Lautour c/ Veuve Guiraud] : *Rev. crit. DIP* 1949, 89, note H. BATIFFOL ; *D.* 1948, 357, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; *S.* 1949, 1, 21, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1948, II, 4532, note M. VASSEUR.
- Cass. civ., 11 avr. 1945, [Bach] ; Cass. civ., 1<sup>er</sup> mai 1945, [Schabel] : *D.* 1945, 245, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; *S.* 1945, 1, 121, note H. BATIFFOL ; *JCP* 1945, II, 2985, note R. SAVATIER.
- Cass. civ., 22 mars 1944 : *DC.* 1944, jurispr. 145, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.
- Cass. civ. 17 décembre 1913 : *DP* 1914, 1, p. 261, note P. BINET ; *S.* 1914, 1, p. 153, note RUBEN DE COUDER ; *RTD civ.* 1915, p. 207, obs. R. JAPIOT.
- Cass. civ., 28 fév. 1860, [Buckley c. Desfresne] : *S.* 1860. 1. 210, *DP* 1860. 1. 57, *GAJFDIP* 2006, p. 30.
- Cass. civ., 21 janv. 1936 : *Rev. crit. DIP* 1936, 510, note J.-P. NIBOYET.

## iv. Cass. 1re civ.

- Cass. 1re civ., 18 mars 2020, n° 19-11.573 : *Dr. famille* 2020, 34, note M. FARGE ; *JCP G* 2020, 790, note H. PÉROZ.
- Cass. 1re civ., 15 janv. 2020, n° 18-24.261 : *JCP G* 2020, note 583, N. NORD.
- Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-11.815 ; Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, 18-12.237 : *D.* 2020, 426, obs. S. PARICARD ; *ibid.*, 506, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Rev. crit. DIP* 2020, 267, note S. BOLLÉE et B. HAFTTEL ; *JDI* 2020, comm. 9, D. SINDRES ; *Dr. famille* 2020, comm. 39, J.-R. BINET.
- Cass. 1re civ., 20 mars 2019, n° 18-11.815 et 18-50.006 ; Cass. 1re civ., 20 mars 2019, n° 18-12.327 et 18-50.008 : *Dr. famille* 2019, comm. 104, H. FULCHIRON.
- Cass. 1re civ., 4 juil. 2018, n° 17-16.102 : *Dr. famille* 2018, comm. 270, note M. FARGE
- Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-13.151, n° 16-17.198 : *D.* 2017, 2185, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2017, 598, obs. P. LAGARDE, A. MEIER-BOURDEAU, B. SAVOURÉ et G. KESSLER ; *JDI* 2018, comm. 3, E. BENDELAC ; *JCP N* 2017, 1305, note É. FONGARO ; *RTD civ* 2018, 189, note M. GRIMALDI ; *Dr. famille* 2018, étude 13, D. VINCENT.
- Cass. 1re civ., 27 sept. 2017, n° 16-19.654 : *D.* 2017, 2518, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2018, 41, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. famille* 2017, comm. 234, M. FARGE ; *JCP G.* 2017, 2260, note

E. GALLANT ; *JDI* 2018, 875, note S. GODECHOT-PATRIS ; *RJPF* nov. 2017, 33, obs. S. MAUCLAIR ; *LPA* 8 fév. 2018, 7, note C. GUILLARD ; *ibid.*, 31 janv. 2018, note P.-L. NIEL et M. MORIN.

- Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 15-28.597 (n° 824) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.901, 16-50.025 (n° 825) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017 ; n° 16-16.455 (n° 826) - Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n° 16-16.495 (n° 827) – Cass. 1re civ., 5 juil. 2017, n°16-20.052 (n° 828) : *D.* 2017, 1737, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *JCP G* 2017, 1691, note A. GOUTTENOIRE ; *AJF* 2017, 375, point de vue F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.*, 431, point de vue P. SALVAGE-GEREST ; *ibid.*, 483, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JDI* 2017, 1291, note J. GUILLAUMÉ ; *Rev. crit. DIP* 2018, 143, note S. BOLLÉE ; *LPA* août 2017, 8, note V. LEGRAND.
- Cass. 1re civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201.
- Cass. 1re civ., 8 juil. 2015, n° 14-17.880 : *JCP G* 2015, 1728, note É FONGARO ; *RJPF* oct. 2015, 20, note S. GODECHOT-PATRIS ; *JDI* 2015, 1147, note P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *Rev. crit. DIP* 2016, 126, note U.-P. GRUBER.
- Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, n° 13-50.059 : *D.* 2015, 264, obs. I. GALLMEISTER, 464, note H. FULCHIRON ; *AJF* 2015, 172, obs. A. BOICHÉ ; *Dr. famille* 2015, comm. 63, A. DEVERS et M. FARGE ; *RPJF* fév. 2015, 20, note J. DUBARRY ; *JCP G* 2015, note 318, L. GANNAGÉ ; *RTD civ* 2015, 343, note L. USUNIER ; *Rev. crit. DIP* 2015, 400, note D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *LPA* fév. 2015, 6, V. LEGRAND ; *Rev. Lamy dr. civ.* juin. 2015, 38, note A.-A HYDE ; *JDI* 2015, comm. 6, J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS ; *RTD civ.* 2015, 359, note J. HAUSER.
- Cass. Communiqué, « Arrêt dit du mariage franco-marocain entre personnes de même sexe », 25 janvier 2015.
- Cass. 1re civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005 : *D.* 2014, 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 901, avis J.-P. JEAN ; *ibid.*, 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJF* 2014, 244, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.*, 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2014, 330, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2014, 619, note S. BOLLÉE ; *RJPF* mai 2014, obs. I. CORPART.
- Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *D.* 2014, 153, point de vue H. FULCHIRON ; *ibid.*, 179, note F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. famille* 2014, comm. 1, J.-R. BINET ; *AJF* 2014, 124, obs. S. THOURET ; *RTD civ.* 2014, 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.*, 307, note J.-P. MARGUÉNAUD.
- Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, n° 12-18.315 ; n° 12-30.138 : *D.* 2013, 2382, obs. I. GALLMEISTER, *ibid.*, 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, 2377, avis C. PETIT ; *ibid.*, 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; *Rev. Lamy. dr. civ.* nov 2013, 47, note C. BRUNETTI-PONS ; *AJF* 2013, 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.*, 579, note F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. J. HAUSER ; *Dr. famille* 2013, comm. 151, C. NEIRINCK.
- Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; n° 11-30.262 : *D.* 2012, 1546, obs. I. GALLMEISTER, 1992, note D. VIGNEAU ; *AJF* 2012, 397, obs. B. HAFTEL ; *Rev. crit. DIP* 2013, 587, note L. GANNAGÉ ; *JCP G* 2012, act. 728, A. DEVERS ; *ibid.*, note 857, F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ* 2012, 522, obs. J. HAUSER ; *Rev. Lamy dr. civ.* sept. 2012, 43, obs. E. POULIQUEN.
- Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369 [Jérémy] : *Dr. famille* 2012, comm. 19, M. FARGE ; *RJPF* déc. 2011, 28, note T. GARÉ ; *JDI* 2012, 176, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2012, 50, note E. VIGANOTTI ; *Rev. Lamy. dr. civ.* avr. 2012, 32, note. M.-C. MEYZEAUD-GARAUD.

- Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; n° 09-66.486 ; n° 10-19.053 : *D.* 2011, 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET, 1064, entretien, X. LABBÉE, 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 1995, obs. A. GOUTTENNOIRE ; *Rev. crit. DIP* 2011, 722, note P. HAMMJE ; *AJF* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ, 265, obs. B. HAFTTEL, 266, interview M. DOMINGO ; *RTD civ.* 2011, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1re civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-13.303, [Schlenzka c/ SA Fontaine Pajot et autres] : *D.* 2011, 423, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, 423, note F.-X. LICARI ; *ibid.*, 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.* 2011, 122, obs. B. FAGES ; *ibid.*, 317, note P. REMY-CORLAY ; *Rev. crit. DIP* 2011, 93, note. H. GAUDEMET-TALLON ; *Rev. Lamy. dr. civ* fév. 2011, 15, note A. PAULIN ; *JDI* 2011, 614, note O. BOSKOVIC.
- Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302 : *D.* 2010, 2649 ; *AJF* 2011, 46, note A. BOICHÉ ; *JDI* 2011, 124, note I. BARRIÈRE-BROUSSE ; *Dr. famille* 2011, 42, obs. E. VIGANOTTI ; *RTD civ* 2011, 115, obs. J. HAUSER ; *RJPF* janv. 2011, 23, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. Lamy dr. civ.* janv. 2011, 46, obs. J. GALLOIS.
- Cass. 1re civ., 8 juil. 2010, n° 08-21.740 : *D.* 2010, 1787, obs. I. GALLMEISTER ; *AJF* 2010, 387, obs. A. MIRKOVIC ; *RTD civ* 2010, 547, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2010, 2216, note H. FULCHIRON ; *Dr. famille* 2010, 42, M. FARGE ; *JDI* 2011, 119, S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2010, 747, note P. HAMMJE.
- Cass. 1re civ., 17 déc. 2008, n° 07-20.468 [Proc. Gén. CA Paris c/ X.] : *D.* 2009, 332, avis D. SARCELET, *ibid.*, 340, note L. BRUNET ; *JCP G* 2009, II 10020, note A. MIRKOVIC ; *ibid.*, II 10021 ; note L. D'AVOUT ; *Dr. famille* 2009, comm. 15, P. MURAT ; *Rev. crit. DIP* 2009, 320, note P. LAGARDE ; *RTD civ.* 2009, 106, obs. J. HAUSER.
- Cass. 1re civ., 20 fév. 2007, n° 06-15.647, n° 04-15.676 : *AJF* 2007, 182, note F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2007, 721, obs. C. DELAPORTE-CARRE ; *JCP G* 2007, II, 10068, note, C. NEIRINCK ; *Dr. famille* 2007, comm. 80, P. MURAT.
- Cass. 1re civ., 10 mai 2006, n° 05-10.299 : *JCP G* 2006, II 10165, note T. AZZI ; *AJF* 2006, 290, note A. BOICHÉ ; *Dr. famille* 2006, comm. 177, note M. FARGE ; *D.* 2006, 2890, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, 2890, note G. KESSLER et G. SALAMÉ ; *Gaz. Pal* 2006, 6, jurispr., 3976, avis J. SAINTE-ROSE.
- Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 : *D.* 2004, 815, note P. COURBE ; *JCP G* 2004, II 101128, obs. H. FULCHIRON ; *Rev. crit. DIP* 2004, 423, note P. HAMMJE ; *RTD Civ* 2004, 367, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.
- Cass. 1re civ., 3 juil. 2001 [Dame Djamilia Douibi c/ Sieur Djemai Ghalem] : *Rev. crit. DIP* 2001, 704, note L. GANNAGÉ ; *JDI* 2002, 182, note P. KAHN ; *D.* 2001, 3378, note M.-L. NIBOYET.
- Cass. 1re civ., 18 juil. 2000, n° 99-10.848, [Époux Wallon c. Ministère public] : *Rev. crit. DIP* 2001, 349, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 2001, II, 10588, note A. MORENO.
- Cass. 1re civ., 16 mars 1999, n° 97-17.598 [Pordéa c/ Société Times News-Paper Limited] : *Rev. crit. DIP* 2000, 181, note G. DROZ ; *JDI* 1999, 773, note A. HUET ; *RGDP* 1999, 747, note H. MUIR WATT.
- Cass. 1re civ., 15 juil. 1999, n° 99-10.269.
- Cass. 1re civ., 6 juil. 1998, [Baaziz] : *Rev. crit. DIP* 1989, 71, note Y. LEQUETTE.



- Cass. 1re civ., 24 fév. 1998, n° 95-18.646, 95-18.647, [Consorts Vialaron c/ M. Guillermin] : *Rev. crit. DIP* 1998, 637, note G. DROZ ; *JCP G* 1998, II, 10175, note T. VIGNAL ; *D.* 1999, 290, note B. AUDIT.
- Cass. 1re civ., 11 mars 1997 [Bahri] : *D.* 1997, 400, note M.-L. NIBOYET ; *JCP G* 1998, I 101, obs. H. FULCHIRON.
- Cass. 1re civ., 19 déc. 1995 [Fazouane].
- Cass. 1re civ., 31 janv. 1995 [Kari] : *Rev. crit. DIP* 1995, 569, note J. DÉPREZ.
- Cass. 1re civ., 1 juin 1994, [Chaoui c/ El Madani] : *D.* 1995, 263, note J. MASSIP.
- Cass. 1re civ., 10 fév. 1993, n° 89-21.997 [Latouz] : *JDI* 1994, 124, note I. BARRIERE-BROUSSE ; *Rev. crit. DIP* 1993, 620, note J. FOYER ; *D.* 1994, 32, note E. KERCHOVE ; *ibid.*, 66, note J. MASSIP ; *JCP* 1993, I, 3688, obs. H. FULCHIRON.
- Cass. 1re civ., 16 juil. 1992 [Nori] : *Rev. crit. DIP* 1993, 269, note P. COURBE ; *JCP G* 1993, II 22138, note J. DÉPREZ.
- Cass. 1re civ., 10 juil. 1990, n° 89-11.724.
- Cass. 1re civ., 31 janv. 1990, n° 87-18.955 : *Rev. crit. DIP* 1990, 519, note E. POISSON-DROCOURT.
- Cass. 1re., 3 nov. 1988, n° 87-11.568 : *JDI* 1989, 703, note F. MONÉGER ; *Rev. crit. DIP* 1989, 495, note J. FOYER.
- Cass. 1re civ., 6 juil. 1988 [Baaziz] : *Rev. crit. DIP* 1989, 71, note Y. LEQUETTE.
- Cass. 1re civ., 1 mars 1988 [Senoussi c/ Senoussi] : *Rev. crit. DIP* 1989, 721, note A. SINAY-CYTERMANN.
- Cass. 1re civ., 1<sup>er</sup> avr. 1981, [De Itturalde De Pedro] : *JDI* 1981, 812, note D. ALEXANDRE.
- Cass. 1re civ., 3 nov. 1983 [Rohbi c. Dame Kharkhouch] : *Rev. crit. DIP* 1981, 325, note I. FADLALLAH ; *JDI* 1984, 329, note P. KAHN.
- Cass. 1re civ., 18 déc. 1979 [Dahar c/ Dame Benmaghni] : *Rev. crit. DIP* 1981, 88, 2<sup>e</sup> espèce ; *D.* 1980, 546, note E. POISSON-DROCOURT, *JDI* 1981, 597, note P. KAHN.
- Cass. 1re civ., 13 nov. 1979, n° 78-12.634 ; *Rev. crit. DIP*, 1980, 753, note M. SIMON-DEPITRE.
- Cass. 1re civ., 10 juil. 1979, n° 78-12.956, [Van der Plassche] : *Rev. crit. DIP* 1980, 91, note H. GAUDEMET-TALLON.
- Cass. 1re civ., 20 juin 1978, [Ferroudji c/ Dame Medjani] : *Rev. crit. DIP* 1981, 88, 1<sup>e</sup> espèce.

- Cass. 1re civ., 30 mai 1967, [Kieger c/ Amigues] : *D.* 1967, 629, note P. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1967, 728, note P. BOUREL ; *JDI* 1967, 622, note B. GOLDMAN.
- Cass. 1re civ., 3 juin 1966, [Domino c/ Veuve Ginesty], *JDI* 1967, 614, note P. MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1968, 64, note J. DERRUPPÉ.
- Cass. 1re civ., 7 janv. 1964, [Munzer] : *Rev. crit. DIP* 1964, 344, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1964, 302, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note M. ANCEL ; *GAJFDIP*, n° 41.

#### **v. Cass. 2e civ.**

- Cass. 1re civ., 7 janv. 1964, [Munzer] : *Rev. crit. DIP* 1964, 344, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1964, 302, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note M. ANCEL ; *GAJFDIP*, n° 41.
- Cass. 2e civ., 5 nov. 2015, n° 14-25.565 : *JDI* 2016, 554, note M. FARGE.
- Cass. 2e civ., 12 fév. 2015, n° 13-19.751, [Caisse d'assurance retraite et de la santé au travail d'Auvergne c. Mme Sadia. X.] : *Rev. crit. DIP* 2015, 621, note E. RALSER.
- Cass. 2e civ., 1<sup>er</sup> déc. 2011, n° 10-27.864 : *Rev. crit. DIP* 2012, 339, note P. LAGARDE.

#### **vi. Cass. crim.**

- Cass.crim., 16 juin 1993, n° 92-83.871
- Cass. crim., 26 avril 1990, n° 88-84.586

#### **vii. Cass. soc.**

- Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593.
- Cass. soc., 16 juin 1983, n° 81-40.092, 81-40.551, [Soc. Spie Batignolles c. Henri Mattiesen] : *Rev. crit. DIP* 1985, 85, note M. SIMON-DEPITRE.

#### **viii. Cass. Cour de réexamen.**

- Cass. Cour de réexamen., 16 fév. 2018, n° 17 RDH 001 : *D.* 2018, 825, note J. GUILLAUMÉ ; *AJF* 2018, 178, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

#### **f. CONSEIL D'ÉTAT**

- CE, 31 mai 2016, n° 396848 : *RFDA* 2016, 740, concl. A BRETONNEAU, note P. DEVOLVÉ ; *AJDA* 2016, 1092 ; *ibid.*, 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *D.* 2016, 1470, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *ibid.*, 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, 1477, note B. HAFTEL ; *JCP G* 2016, 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *AJF* 2016, 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

- CE, 12 déc. 2014, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861, Association Juristes pour l'enfance *et autres* : *AJDA* 2015, 357, note J. LEPOUTRE ; *D.* 2015, 352, concl. X. DOMINO ; *ibid.*, 357, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.*, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; *AJF* 2015, 53, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.
- CE, 11 mai 1960 : *JDI* 1961, 404, note R. PINTO.

### g. COURS D'APPEL

- CA [Paris] :
  - Pôle 1, ch. 1., 28 juin 2016, 15/09537 : *Dr. famille* 2016, comm. 203, B. BARET.
  - Pôle 3, ch. 11., 11 mai 2016, n° 14/26247 : *JCP N* 2016, 1280, note P. BONDUELLE, G. MICHAUX et J. LEFORESTIER.
  - Pôle 3, ch. 1., 16 déc. 2015, n° 13/17078 : *JCP N* 2016, 1290, obs. É FONGARO.
  - Pôle 1, ch. 1., 18 mars 2010, n° 09/11017 : *D.* 2010, 1210, note V. EGÉA ; *ibid.*, 1683, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE ; *Dr. famille* 2010, étude 29, M. FARGE ; *RTD civ.* 2010, 317, chron. J. HAUSER.
  - 14 avr. 2015.
  - 19 fév. 2009, n° 08/01988.
  - 1<sup>re</sup> ch. C., 9 oct. 2008 : *AJF* 2008, 475, obs. F. CHÉNEDÉ.
  - Pôle 1, 1<sup>re</sup> ch., 4 juin 2009, 07/11015.
  - 1<sup>re</sup> ch. sect. C, 25 oct. 2007, n°06/00507 : *D.* 2007, 2953, obs. F. LUXEMBOURG ; *JDI* 2008, 145, note G. CUNIBERTI ; *RTD civ* 2008, 93, obs. J. HAUSER.
  - 14 juin 1994, [Osmar B. c/ Procureur général près de la Cour d'appel de Paris] : *Rev. crit. DIP* 1995, 308, note Y. LEQUETTE.
  - 1<sup>re</sup> ch. sect. A., 3 oct. 1984 : *Rev. crit. DIP* 1985, 526, note H. SYNDET.
  - 3<sup>e</sup> ch., 19 mars 1965 : *JDI* 1966, 117, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1967, 85, note P. LAGARDE.
  - 29 avr. 1959 : *JDI* 1960, 128, obs. B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1959, 434, note Y. LOUSSOUARN ; *D.* 1959, 402, note G. LYON-CAEN)
  - 13 juin 1814, [Busqueta], S. 1814. 2. 393 ; *GAJFDIP* 2006, p. 1.
- CA [Chambéry]:
  - 3<sup>e</sup> ch., 22 oct. 2013, n° 13/02258 : *D.* 2013, 2576, obs. H. FULCHIRON ; *JCP G* 2013, 2056, note A. DEVERS ; *Dr. famille* 2013, 39, note. J-R. BINET.
- CA [Rouen] :
  - 13 mars 2013, n° 11/02718.
- CA [Douai] :
  - 1<sup>re</sup> ch.1., 14 sept. 2009, n° 07/02201 : *D.* 2009, 2845, note A. MIRKOVIC ; *RTD civ.* 2010, 96, chron. J. HAUSER.
- CA [Rennes] :
  - 6<sup>e</sup> ch. A., 18 nov. 2019, n° 18/04404.
  - 6<sup>e</sup> ch. A., 15 avr. 2014, n°13/01047.
  - 6<sup>e</sup> ch. A., 16 déc. 2014, n° 13/08461.
- CA [Dijon] :
  - 3<sup>e</sup> ch. civ., 24 mars 2016, n° 15/00057 : *D.* 2016, 783, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.*, 1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2016, 423, obs. A. MIRKOVIC ; *Dr famille*, comm. 137, H. FULCHIRON ; *RTD civ* 2016, obs. J. HAUSER.

## **h. JURIDICTIONS DE PREMIÈRE INSTANCE**

- T. civ de la Seine :
  - 9<sup>e</sup> Ch., 15 fév. 1922 : *Clunet* 1922, pp. 396-399.
  
- TGI [Paris] :
  - 23 mai 2007 : *Gaz. Pal.* 2007, 3247, Note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE.
  - 24 jan. 2006, n° 03/07377.
  - 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 17 oct. 1991 : *Rev. crit. DIP* 1992, 508, note H. MUIR WATT.
  - 1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 10 mai 1990 : *Rev. crit. DIP* 1991, 391, note H. MUIR WATT.
  - 9 fév. 1982.
  - 3 juin 1980.
  - 5 déc. 1979, Dame Bonnereau c/ M. El Amrani et Dame Vanquathem c/ M. Belarbi : *Rev. crit. DIP*, 1981, 81, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> espèce.
  - 1<sup>re</sup> ch., 23 avr. 1979 : *Rev. crit. DIP* 1980, 83, note P. LAGARDE.
  
- TGI [Chambéry] :
  - 11 oct. 2013, n° 13/01631.
  
- TGI [Lille] :
  - 1<sup>re</sup> ch., 22 mars 2007 : *D.* 2007, 1251, note X. LABBÉE ; *Dr. famille* 2007, comm. 122, P. MURAT ; *RTD civ* 2007, 557, chron. J. HAUSER.
  
- TGI [Nantes] :
  - 1<sup>re</sup> ch., 13 mai 2015, n°14/07497, n°14/07503, n°14/07499 : *Dr famille* 2015, comm. 145, C. NEIRINCK ; *Rev. Lamy dr. civ.* juil-août 2015, 3, obs. E. POULIQUEN ; *ibid.*, 41, obs. M. DESOLNEUX ; *RJPF* juin 2015, 16, note I. CORPART

## **i. JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES**

- Cout of Common pleas, *Richardson v. Mellish* du 2 juillet 1824 (2 Bing 229 / 130 E.R. 294).
  
- BVerfG, 4 mai 1971 : *Rev. crit. DIP* 1974, 1, note C. LABRUSSE.
  
- Cour Constitutionnelle Italienne, 26 févr. 1987 : *Rev. crit. DIP* 1987, 563, note B. ANCEL.

## **LEGISLATIONS**

### **o CONVENTIONS :**

- Prot. n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.

- Conv., 10 août 1981, [entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire], JORF 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643.

○ **DROIT DE L'UNION EUROPEENNE :**

**Cons. eur :**

- Cons. eur, Tampere, 15 et 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence.

**Cons. CE :**

- Cons. CE, dir. 89/104/CEE, 21 déc. 1988 [rapprochant les législations des États membres sur les marques].

**Cons. UE (règlements) :**

- Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1104, 24 juin 2016, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés].
- Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/1103, 24 juin 2016, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux].
- Cons. UE, règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, [mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps].
- Cons. UE, règl. n° 4/2009, 18 déc. 2008, [relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires].
- Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003 [relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières matrimoniales et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000].
- Cons. UE, règl. (CE) n° 1206/2001, 28 mai 2001, [relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale].
- Cons. UE, règl. (CE) n° 44/2001, 22 déc. 2000, [concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale].
- Cons. UE, règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000, [relatif aux procédures d'insolvabilité].

**PE et Cons. UE (règlements) :**

- PE et Cons. UE, règl. n° 650/2012, [relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen].
- PE et Cons. UE, règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012, [concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale].
- PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, [sur la loi applicable aux obligations contractuelles].
- PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 864/2007, 11 juil. 2007, [sur la loi applicable aux obligations non contractuelles].

- PE et Cons. UE, règl. n°861/2007, 11 juil. 2007, [instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges].
- PE et Cons. UE, règl. n° 1896/2006, 12 déc. 2006, [instituant une procédure européenne d'injonction de payer].
- PE et Cons. UE, règl. n° 805/2004, 21 avr. 2004, [portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées].

○ **DROIT FRANÇAIS :**

Lois :

- L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, [de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle]. Cette loi a notamment permis la création de la cour de réexamen qui est composée de treize magistrats de la Cour de cassation, comme le prévoit l'article L. 452-3 du Code de l'organisation judiciaire.
- L. n° 2014-873, 4 août 2014, [pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes].
- L. n° 2013-404, 17 mai 2013, [ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe], JORF n° 01114 du 18 mai 2013.
- L. n° 94-653, 29 juil. 1994, [relative au respect du corps humain] ; L. n° 94-654, 29 juil. 1994, [relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal].
- L. n° 67-523, 3 juil. 1967, [relative à la Cour de cassation, art 17].

Décrets :

- D. n°2017-890, 6 mai 2017, [relatif à l'état civil].
- D. n° 2017-396, 24 mars 2017, [portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation]).
- D. n° 62-921, 3 août 1962, [modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil].

Circulaires :

- Circ. NOR : JUSC1312445C, 29 mai 2013, [de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)], BOMJ n° 2013-05, 31 mai 2013.
- Circ. NOR : JUSC1301528C, 25 janv. 2013 [relative à la délivrance des certificats de nationalité française-convention de mère porteuse-état civil étranger.
- Circ. Direction des affaires civiles et du sceau, NOR : JUSC0320085C, 1<sup>er</sup> avr. 2003 [Fraude en matière d'actes de l'état civil étranger produits aux autorités françaises], BOMJ n°90, 1<sup>er</sup> avril-30 juin 2003.
- Circ. Garde des sceaux, 21 sept. 1955 [Instruction générale relative à l'état civil], JO 22 septembre 1955, p. 9345.

Amendements :

- Amendement n° CL373, 3 mai 2016, [action de groupe et organisation judiciaire – (n°3204), présenté par M. LE BOUILLONNEC et M. CLÉMENT.
- Amendement n° 1528, 29 juin 2020, [Article 4 bis], présenté par C. DUBOST

- Amendement n° 333, 23 janv. 2020, [Article 4 bis], présenté par M. JOURDA.
  
- Amendement n° COM-99 rect. ter, 7 janv. 2020, [Article additionnel après article 4], présenté par B. RETAILLEAU, B. FOURNIER, et *autres*.

- DROIT IVOIRIEN

- L. n° 64-377 du 7 octobre 1964 [modifiée par la loi n°83-799 du 2 août 1983 relative à la paternité et à la filiation].

## TABLE DES MATIÈRES

<b>AVERTISSEMENT</b>	<b>3</b>
<b>REMERCIEMENTS</b>	<b>5</b>
<b>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</b>	<b>7</b>
<b>SOMMAIRE</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b>	<b>13</b>
<b>PARTIE 1 : LA RARÉFACTION DE L'ÉLABORATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</b>	<b>25</b>
<b>TITRE 1 : L'ÉLABORATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</b>	<b>27</b>
<b>CHAPITRE 1 : L'ÉLABORATION SUBSTANTIELLE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</b>	<b>29</b>
Section 1 : Le processus d'élaboration substantielle	30
Sous-section 1 : L'objet de l'élaboration substantielle	30
§1. L'élément de référence comme « <i>objet</i> » de l'élaboration substantielle	30
A) Le contenu de l'ordre public international comme « <i>élément de référence</i> »	30
B) L'élément de référence et la notion de <i>standard</i> »	34
§2. L'objet de l'élaboration substantielle face aux tentatives de classifications	35
A) Le foisonnement des classifications doctrinales	35
B) Une nouvelle classification prétorienne	38
Sous-section 2 : Les opérations successives du processus d'élaboration substantielle	42
§1. Le versant « <i>émotionnel</i> » de l'élaboration substantielle	42
A) L'élaboration substantielle initiée par un « <i>jugement de valeur</i> »	42
B) L'élaboration substantielle amplifiée par l'intervention du juge	47
§2. Le versant « <i>juridique</i> » de l'élaboration substantielle	50
A) La « <i>concrétisation</i> » de l'objet de l'élaboration substantielle	51
B) La « <i>révélation</i> » de l'objet de l'élaboration substantielle	53
Section 2 : Le processus d'élaboration substantielle au contact des « <i>systèmes européens</i> »	58
Sous-section 1 : Approches axiologique et normative des « <i>systèmes européens</i> »	59
§1. L'incarnation de valeurs par les « <i>systèmes européens</i> »	59
A) Les valeurs de l'Union européenne	59
B) Les valeurs relatives à la protection des droits de l'homme par le Conseil de l'Europe	62
§2. L'émission d'une « <i>impérativité</i> » par les « <i>systèmes européens</i> »	63
A) La construction d'un « <i>ordre public européen</i> »	64
B) Les « <i>ordres publics</i> » de l'Union européenne	67
Sous-section 2 : L'influence des « <i>systèmes européens</i> » sur le processus d'élaboration substantielle	71
§1. Le maintien d'un mécanisme national de protection des valeurs	71
A) La conservation de l'ordre public international pour la défense des droits de l'homme et des droits fondamentaux	72
B) La conservation de l'ordre public international pour la protection des valeurs nationales	77
§2. Les systèmes européens comme « <i>source</i> » de l'élaboration substantielle	79
A) La Convention européenne des droits de l'homme comme source de l'élaboration substantielle	79
B) Le droit de l'Union comme source de l'élaboration substantielle	83
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE</b>	<b>85</b>



<i>CHAPITRE 2 : L'ÉLABORATION STRUCTURELLE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</i>	87
Section 1 : L'élaboration structurelle de l'ordre public international	88
Sous-section 1 : L'émergence de la notion des « <i>principes essentiels du droit français</i> »	88
§1. La définition de l'ordre public international contenue dans l'arrêt <i>Lautour</i>	88
A) Le sens de la définition de la jurisprudence <i>Lautour</i>	88
B) Les limites de la définition de la jurisprudence <i>Lautour</i>	92
§2. La création jurisprudentielle de la notion de « <i>principes essentiels du droit français</i> »	94
A) La naissance de la notion de « <i>principes essentiels du droit français</i> »	94
B) L'identification des « <i>principes essentiels du droit français</i> »	97
Sous-section 2 : Les contours de la notion de « <i>principes essentiels du droit français</i> »	101
§1. La définition de la notion de « <i>principes essentiels du droit français</i> »	102
A) Les tentatives de définition de la notion de « <i>principes essentiels du droit français</i> »	102
B) Approche comparative des définitions de l'ordre public international et des principes essentiels du droit français	103
§2 : La distinction entre les principes essentiels du droit français et les autres composants de l'ordre public international	106
A) Les propositions doctrinales relatives à cette distinction	107
B) Pour une nouvelle articulation entre « <i>ordre public international</i> » et « <i>principes essentiels du droit français</i> »	109
Section 2 : Les incidences de l'élaboration structurelle de l'ordre public international	113
Sous-section 1 : La modification structurelle de l'ordre public international	113
§1. La création jurisprudentielle d'un « <i>sous-ensemble</i> » de l'ordre public international	114
A) Les principes essentiels du droit français comme « <i>noyau dur</i> » de l'ordre public international	114
B) Un « <i>noyau dur</i> » fondé sur la « <i>super-impérativité</i> » des principes essentiels du droit français	117
§2. La porosité de la frontière existante entre les « <i>principes essentiels du droit français</i> » et « <i>l'ordre public international</i> »	119
A) Le passage de « <i>l'ordre public alimentaire</i> », « <i>ordre public international</i> » à « <i>l'ordre public alimentaire</i> », « <i>principes essentiels du droit français</i> »	120
B) De « <i>l'altérité sexuelle du couple parental</i> », « <i>principe essentiel du droit français</i> », à « <i>l'homoparenté</i> », composante de « <i>l'ordre public international</i> »	122
Sous-section 2 : La portée de la modification structurelle de l'ordre public international	127
§1. L'utilisation « <i>parallèle</i> » de « <i>l'ordre public international</i> » et des « <i>principes essentiels du droit français</i> »	127
A) La jurisprudence relative à l'utilisation « <i>parallèle</i> » de l'ordre public international et des « <i>principes essentiels du droit français</i> »	128
B) L'appréciation et la cause de l'utilisation « <i>parallèle</i> » des principes essentiels du droit français et de l'ordre public international	131
§2. L'utilisation cumulative de « <i>l'ordre public international</i> » et des « <i>principes essentiels du droit français</i> »	132
A) La jurisprudence relative à l'utilisation cumulative de l'ordre public international des principes essentiels du droit français	132
B) Appréciation de l'utilisation cumulative de la notion de principes essentiels du droit français et d'ordre public international	135
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE</i>	137
CONCLUSION DU TITRE	139

TITRE 2 : LE PROCESSUS DE RARÉFACTION DE L’ÉLABORATION _____	141
CHAPITRE 1 : APPROCHES CAUSALES DE LA RARÉFACTION DE L’ÉLABORATION _____	143
Section 1 : Approche causale « directe » de la raréfaction de l’élaboration de l’ordre public international _____	144
Sous-section 1 : Détermination préalable de la « liberté d’élaboration » du juge national _____	144
§1. Le fondement de la liberté d’élaboration de l’ordre public international _____	144
A) La détermination du fondement de la « liberté d’élaboration » _____	145
B) Appréciation du fondement de la « liberté d’élaboration » _____	148
§2. L’exercice de la « liberté d’élaboration » dans le double contexte de l’Union européenne et du Conseil de l’Europe _____	149
A) La « liberté d’élaboration » et le système de l’Union européenne _____	149
B) La « liberté d’élaboration » et le système de protection des droits de l’homme _____	153
Sous-section 2 : La limitation grandissante de la « liberté d’élaboration » du juge national _____	155
§1. L’élaboration « contrôlée » de l’ordre public international _____	156
A) L’« encadrement » de l’ordre public international par la Cour de justice _____	156
B) L’encadrement « renforcé » de l’ordre public international par la Cour de justice _____	159
§2. L’élaboration « contraignante » de l’ordre public international _____	164
A) La « contrainte » opérée par la Cour européenne des droits de l’homme sur l’élaboration de l’ordre public international _____	164
B) La « contrainte » opérée par le droit de l’Union et la Cour de justice de l’Union européenne sur l’élaboration de l’ordre public international _____	166
Section 2 : Approche causale « indirecte » de la raréfaction de l’élaboration _____	169
Sous-section 1 : Le contexte idéologique du contrôle de l’élaboration de l’ordre public international _____	170
§1. Le contrôle de l’élaboration de l’ordre public international au prisme d’une « idéologie néolibérale » _____	170
A) L’« idéologie néolibérale » face aux conceptions classiques du droit international privé _____	171
B) L’influence du néolibéralisme sur le contrôle de l’élaboration de l’ordre public international _____	174
§2. Le contrôle de l’élaboration de l’ordre public international à la lumière de l’individualisme _____	175
A) « La montée en puissance de l’individualisme » par la promotion des droits fondamentaux _____	175
B) L’impact de la « montée en puissance de l’individualisme » sur le contrôle de l’élaboration de l’ordre public international _____	178
Sous-section 2 : L’influence croissante exercée sur le contenu de l’ordre public international par les systèmes supranationaux _____	179
§1. L’influence de l’Union sur le contenu de l’ordre public international _____	179
A) L’influence du droit dérivé sur le contenu de l’ordre public international des États membres _____	180
B) L’emprise croissante du droit de l’Union sur le droit international privé _____	183
§2. L’influence de l’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme sur le contenu de l’ordre public international _____	186
A) L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme comme outil de prolifération des droits fondamentaux _____	186
B) L’impact des méthodes d’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme sur le contenu de l’ordre public international _____	189
CONCLUSION DU CHAPITRE _____	191
CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA RARÉFACTION DE L’ÉLABORATION _____	193
Section 1 : Les effets de la raréfaction sur le processus et l’objet de l’élaboration _____	194
Sous-section 1 : Les effets de la raréfaction sur le processus d’élaboration _____	194
§1. Les effets de la raréfaction sur le « pouvoir » d’élaboration _____	194

A) La « <i>captation</i> » du pouvoir d’élaboration substantielle _____	194
B) La place résiduelle du pouvoir d’élaboration du juge national _____	199
§2. Les effets de la raréfaction sur la « <i>méthode</i> » de l’élaboration _____	202
A) La « <i>dénationalisation</i> » des sources de l’ordre public international _____	203
B) La « <i>dénationalisation</i> » de la « <i>conception nationale</i> » de l’ordre public international _____	205
Sous-section 2 : L’analyse des effets de la raréfaction sur l’objet de l’élaboration _____	209
§1. La modification « <i>substantielle</i> » supranationale de l’objet de l’élaboration _____	210
A) La « <i>dénationalisation</i> » des valeurs de l’ordre public international _____	210
B) Le bouleversement de la hiérarchie et de l’harmonie des valeurs _____	211
§2. L’uniformisation « <i>substantielle</i> » grandissante de l’objet de l’élaboration _____	213
A) La raréfaction des « <i>conceptions particulières</i> » de l’ordre public international du for _____	213
B) La délicate « <i>expression identitaire</i> » des États _____	215
Section 2 : Les effets de la raréfaction de l’élaboration sur la coexistence des impérativités _____	219
Sous-section 1 : Retour sur la coexistence des impérativités _____	219
§1. La coexistence de différentes impérativités au sein de l’ordre public international _____	219
A) La coexistence de différents « <i>ordres publics</i> » _____	220
B) L’hypothèse des conflits entre les différents « <i>ordres publics</i> » _____	221
§2. La « <i>substitution</i> », « <i>éviction</i> », « <i>absorption</i> » de l’ordre public international du for _____	223
A) Les éléments de définition quant aux termes utilisés _____	223
B) Les précisions doctrinales quant aux termes utilisés _____	224
Sous-section 2 : Les effets de la raréfaction de l’élaboration sur l’impérativité nationale et l’impérativité européenne _____	227
§1. Le nivellement de l’ordre public international du for au niveau de « <i>l’ordre public de l’Union européenne</i> » _____	227
A) L’hypothèse d’un ordre public international devenu uniquement un « <i>ordre public de l’Union européenne</i> » _____	228
B) La vérification de l’hypothèse _____	231
§2. Le nivellement de l’ordre public international du for au niveau d’un « <i>ordre public européen</i> » _____	234
A) L’hypothèse de l’ordre public international devenu uniquement un « <i>ordre public européen</i> » _____	235
B) La vérification de l’hypothèse _____	236
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE</b> _____	<b>239</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE</b> _____	<b>241</b>
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE</b> _____	<b>243</b>
<b>PARTIE 2 : LA RARÉFACTION DE L’INTERVENTION DE L’ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</b> _____	<b>245</b>
<hr/>	
TITRE 1 : LA RARÉFACTION DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE DE L’ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL _____	247
<b>CHAPITRE 1 : LE BOULEVERSEMENT DES MODALITÉS DE MISE EN ŒUVRE PAR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT FRANÇAIS</b> _____	<b>249</b>
Section 1 : L’étude des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international _____	250
Sous-section 1 : Le diptyque initial de « <i>l’ordre public plein</i> » et de « <i>l’ordre public atténué</i> » _____	250
§1. La distinction entre « <i>ordre public plein</i> » et « <i>ordre public atténué</i> » _____	250
A) Le sens de la distinction entre « <i>l’ordre public plein</i> » et « <i>l’ordre public atténué</i> » _____	250

B)	L’affirmation de la distinction entre « l’ordre public plein » et « l’ordre public atténué »	254
§2.	Les fondements et les limites de la distinction entre « ordre public plein » et « ordre public atténué »	256
A)	La variation du fondement de « l’effet atténué » de l’ordre public	256
B)	Les limites de la distinction entre « effet plein » et « effet atténué » de l’ordre public	259
Sous-section 2 : La modification du dualisme initial par l’émergence de « l’ordre public de proximité »		261
§1.	L’intégration de l’ <i>Inlandsbeziehung</i> en droit international privé français	261
A)	La recherche de l’« <i>Inlandsbeziehung</i> » au soutien de l’ordre public international français	262
B)	La recherche de l’ <i>Inlandsbeziehung</i> « au détriment » de l’ordre public international français	265
§2.	Les méthodes de rénovation de l’ordre public de proximité	269
A)	La conception hiérarchique de l’effet atténué de l’ordre public	270
B)	La conception proportionnelle « égalitaire » de l’effet atténué	272
Section 2 : La perturbation des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international		275
Sous-section 1 : L’hégémonie de l’ordre public plein en présence de principes essentiels de droit français		276
§1.	La mise à l’écart de l’ordre public atténué et de l’ordre public de proximité en cas d’atteinte à un principe essentiel du droit français	276
A)	L’affirmation de la seule mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public	276
B)	La confirmation de la seule mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public	279
§2.	La refonte des modalités de mise en œuvre de l’ordre public international face aux objectifs du droit international privé	281
A)	La détermination des objectifs du droit international privé	281
B)	La prévalence de la protection de la collectivité et de la cohésion de l’ordre juridique du for	284
Sous-section 2 : La portée de l’hégémonie de l’ordre public plein en cas d’atteinte aux principes essentiels du droit français		286
§1.	L’hégémonie « imparfaite » de l’effet plein de l’ordre public international	286
A)	Le rejet de la mise en œuvre de l’ordre public de proximité	287
B)	Une mise en œuvre délicate de l’effet plein de l’ordre public international	290
§2.	L’hégémonie « précaire » de l’effet plein de l’ordre public international	292
A)	La mise en œuvre de l’effet plein de l’ordre public international	293
B)	La disparition de l’effet plein de l’ordre public international	296
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE</b>		<b>301</b>
<b>CHAPITRE 2 : LA RARÉFACTION DE L’ORDRE PUBLIC DE PROXIMITÉ</b>		<b>303</b>
Section 1 : L’inertie de l’ordre public de proximité face aux nouvelles formes de conjugalités		304
Sous-section 1 : La rencontre avortée entre l’ordre public de proximité et la loi portant sur le mariage de personne de même sexe		304
§1.	L’hypothèse de l’intégration d’une exception d’ordre public de proximité au sein de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil	305
A)	Analyse préalable de la structure de l’article 202-1 du Code civil	305
B)	L’hypothèse de l’existence d’une exception d’ordre public au sein de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil	308
§2.	La critique de l’hypothèse de l’intégration d’une exception d’ordre public de proximité au sein de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil	310
A)	La confrontation de l’article 202-1 alinéa 2 du Code civil à la méthode classique de l’ordre public international	310
B)	La méthode privilégiée de la règle matérielle	312

Sous-section 2 : La mise en œuvre inexistante de l'ordre public de proximité à l'encontre des lois étrangères interdisant le mariage de personnes de même sexe _____	314
§1. La jurisprudence dite du « <i>mariage franco-marocain</i> » de personnes de même sexe _____	314
A) L'impossible célébration du mariage franco-marocain de personnes de même sexe _____	314
B) La contrariété de la loi marocaine à l'ordre public international français _____	316
§2. Le rejet de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité à l'égard de la loi marocaine prohibant le mariage de même sexe _____	318
A) La contradiction entre la méthode classique de l'ordre public de proximité et la solution proposée par la Cour de cassation _____	319
B) L'adoption d'une nouvelle méthode par la Cour de cassation _____	322
Section 2 : La raréfaction progressive de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité _____	325
Sous-section 1 : La mise à l'écart de l'ordre public de proximité en droit international privé français _____	325
§1. Le déclin de l'ordre public de proximité pour l'établissement de la filiation naturelle _____	326
A) La mise en œuvre initiale de l'ordre public de proximité _____	326
B) La pérennité fragile de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité _____	332
§2. La raréfaction du domaine de l'ordre public de proximité face à la polygamie _____	338
A) L'absence d'effet du mariage polygamique à l'encontre d'une épouse française _____	338
B) La production d'effet du mariage polygamique à l'encontre d'une épouse française _____	340
Sous-section 2 : L'effacement de l'ordre public de proximité en droit international privé européen _____	343
§1. La raréfaction de l'ordre public de proximité en matière de successions internationales _____	343
A) « <i>L'hostilité</i> » affichée du règlement « <i>Successions</i> » à la mise en œuvre de l'ordre public de proximité _____	343
B) La raréfaction de la mise en œuvre de l'ordre public de proximité en raison de la nationalité _____	345
§2. La mise à l'écart de l'ordre public de proximité par le règlement « <i>Rome III</i> » sur le divorce et la séparation de corps _____	346
A) La mise en concurrence de l'exception d'ordre public international avec d'autres mécanismes de protection des conceptions de l'ordre juridique du for _____	346
B) L'impact du règlement « <i>Rome III</i> » sur la mise en œuvre de l'ordre public de proximité _____	350
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE</b> _____	353
<b>CONCLUSION DU TITRE</b> _____	355
<b>TITRE 2 : LA RARÉFACTION DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</b> _____	357
<b>CHAPITRE 1 : LA PERTURBATION DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL</b> _____	359
Section 1 : Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international _____	360
Sous-section 1 : Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne _____	360
§1. L'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union européenne _____	360
A) L'intervention « <i>perturbatrice</i> » de l'ordre public international _____	360
B) L'intervention « <i>exceptionnelle</i> » de l'ordre public international _____	363
§2. Les limites de l'intervention de l'ordre public international dans le système de l'Union _____	365
A) Les limites de l'intervention dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution _____	365
B) Les limites de l'intervention dans le domaine des conflits de lois _____	368
Sous-section 2 : Le contrôle de l'intervention de l'ordre public international dans le système de la CEDH _____	371
§1. L'intervention de l'ordre public international dans le système de la CEDH _____	371

A)	L'intervention proportionnée de l'ordre public international _____	371
B)	L'intervention « <i>requis</i> » de l'ordre public international _____	375
§2.	Les limites de l'intervention de l'ordre public international dans le système de la CEDH _____	379
A)	L'obligation de reconnaissance des liens familiaux en contradiction avec l'ordre public international de l'État requis _____	379
B)	La rationalité du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme _____	383
Section 2 :	La neutralisation de l'intervention de l'ordre public international _____	387
Sous-section 1 :	La neutralisation de l'intervention dans le système de l'Union européenne _____	387
§1.	La neutralisation « <i>en amont</i> » de l'intervention de l'ordre public international _____	387
A)	La suppression de la procédure d' <i>exequatur</i> dans l'espace judiciaire européen _____	387
B)	La suppression de l'ordre public comme motif dérogatoire _____	391
§2.	La neutralisation « <i>en aval</i> » de l'intervention de l'ordre public international _____	395
A)	Retour sur la nouvelle exigence de « <i>l'épuisement des voies de recours dans l'État membre d'origine</i> » _____	396
B)	La « <i>mise sous tutelle</i> » de l'intervention de l'ordre public international _____	399
Sous-section 2 :	La neutralisation de l'intervention dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme _____	402
§1.	Le contrôle supranational de la mise en œuvre de l'ordre public international en matière de gestation pour autrui _____	402
A)	L'inévitable mise en œuvre de l'ordre public international _____	402
B)	Le contrôle du résultat obtenu par la mise en œuvre de l'ordre public international _____	408
§2.	La neutralisation de la mise en œuvre de l'ordre public international en matière de gestation pour autrui _____	412
A)	Une neutralisation contestable _____	412
B)	Une neutralisation entérinée en droit français _____	416
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE _____</b>		<b>423</b>
<b>CHAPITRE 2 : LA RARÉFACTION-MUTATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL _____</b>		<b>425</b>
Section 1 :	La transformation de l'ordre public international _____	426
Sous-section 1 :	Le « <i>démantèlement</i> » de l'ordre public international _____	426
§1.	La mise à l'écart de l'ordre public international face à la parenté d'intention _____	426
A)	Le refus « <i>proportionné</i> » de transcription totale de l'acte de naissance _____	427
B)	La consécration de l'adoption par le parent d'intention _____	430
§2.	La « <i>capitulation</i> » de l'ordre public international face à la parenté d'intention _____	432
A)	La transcription totale de l'acte de naissance _____	432
B)	La généralisation de la transcription totale de l'acte de naissance _____	437
Sous-section 2 :	L'altération de l'ordre public international _____	438
§1.	La « <i>déconstruction</i> » de l'ordre public international _____	439
A)	La perturbation des effets de l'ordre public international _____	439
B)	L'affaiblissement de la fonction de l'ordre public international _____	441
§2.	La « <i>désactivation</i> » de l'impérativité garantie par l'ordre public international _____	444
A)	La diminution de la portée de l'impérativité _____	444
B)	L'expansion antagoniste de l'impérativité de reconnaissance _____	446
Section 2 :	L'évolution de l'ordre public international au contact des nouvelles méthodes _____	448
Sous-section 1 :	L'ordre public international face aux méthodes de « <i>reconnaissance</i> » et de « <i>proportionnalité</i> » _____	449

§1. Renouveaulement de l’ordre public international dans le cadre de la méthode de la « <i>reconnaissance</i> »	449
A) L’ordre public international dans le cadre de la méthode de la reconnaissance des situations	449
B) L’intervention de l’ordre public international dans le cadre de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques	455
§2. Renouveaulement dans le cadre de la « <i>méthode</i> » de la proportionnalité	458
A) L’ordre public international et la nouvelle méthode du contrôle de proportionnalité	458
B) Le fonctionnement de l’ordre public international dans le cadre de la méthode de la proportionnalité	464
Sous-section 2 : L’adoption d’une « <i>double méthode</i> » de proportionnalité	468
§1. La « <i>double méthode</i> » de proportionnalité	468
A) Le cadre de la « <i>double méthode</i> » de proportionnalité	468
B) Les caractéristiques de la « <i>double méthode</i> » de proportionnalité	470
§2. Application de la « <i>double méthode</i> » de proportionnalité	474
A) Application de la « <i>double méthode</i> » aux situations à constituer	474
B) Application de la « <i>double méthode</i> » aux situations constituées	477
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE</i>	479
CONCLUSION DU TITRE	481
<b>CONCLUSION DE PARTIE</b>	<b>483</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	<b>485</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>491</b>
<b>TABLES DES MATIÈRES</b>	<b>551</b>