

La Convergence des Systèmes Juridiques du Point de Vue du Droit Privé Français

GUY CANIVET*

Introduction

La «convergence» est un terme dont on ne trouve nulle trace dans le vocabulaire juridique français. Nos souvenirs de classe de mathématiques évoquent la convergence de deux droites, qui se rapprochent d'un point de convergence plus ou moins proche; c'est alors une figure géométrique. Si on s'attache au sens le plus commun du mot, la convergence s'entend de l'action de *tendre* vers un but commun.¹ C'est alors une notion dynamique. Mais tendre n'est pas parvenir, c'est pourquoi la convergence s'observe nécessairement *en amont* d'un hypothétique point de rencontre. En cela, la convergence est un phénomène paradoxal: le but commun qu'elle suppose doit nécessairement s'accommoder des caractéristiques différentes de chaque objet en convergence.

Etudier la convergence des droits, c'est donc s'interroger sur le rapprochement de systèmes juridiques qui, par hypothèse, existent de manière indépendante les uns des autres. C'est pourquoi la convergence est un thème de prédilection de la science comparative qui s'attache à saisir ce qui, dans la culture ou dans la technique, prédispose au rapprochement des droits ou, au contraire, le limite ou l'empêche de se réaliser. C'est donc observer des rapports de forces antagonistes. A ce titre, cependant, la convergence des systèmes juridiques est loin d'être un thème paisible. Elle suscite même, en France, à l'heure actuelle, des conflits passionnels, provoqués notamment par la perspective d'une codification européenne du droit privé, dont on ne sait, à ce jour, si elle prendra la forme de droit «*dur*» ou de *soft law*, d'une assimilation ou d'un simple rapprochement.

Pour les uns, le droit étant d'essence culturelle, la convergence supposerait la fusion préalable des «mentalités» juridiques nationales, elles-mêmes irréductibles, on dit encore incommensurables. C'est ainsi que Pierre Legrand, dans un article consacré précisément au phénomène de la convergence dans les rapports entre les différents droits de l'Europe communautaire, démontre que le rapprochement apparent des droits nationaux lié à la densité des sources communautaires n'est pas de nature à effacer les divergences profondes dans la façon de raisonner du *common lawyer* et du juriste civiliste.² Comment alors imposer le rapprochement de la tech-

* Premier Président de la Cour de cassation ((XVIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 14-20 juillet 2002). L'auteur remercie Monsieur Grégory Maître et Mademoiselle Lydie Reiss, élèves à l'Ecole doctorale de droit comparé de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), pour leur collaboration à la réalisation de cet article.

¹ Dictionnaire *Le Petit Robert*, v° convergence.

² P. LEGRAND, 'European Legal Systems are not Converging', 45 *ICLQ* 1996, 52-81.

nique juridique si subsistent des différences épistémologiques profondes entre les divers droits en cause?³

La réponse réside, sans doute, dans un approfondissement de la notion même de culture ou de tradition juridique, notion qui fait l'objet des travaux comparatistes contemporains les plus novateurs.⁴ Pour Patrick Glenn, la tradition est essentiellement information, et comme telle, en constante évolution.⁵ Et les grandes traditions sont celles qui savent accueillir de nouvelles sources et pratiques sociales, en rejetant tout absolutisme, au rebours du discours de l'incommensurabilité ou de l'irréductibilité. Comme l'explique Alan Watson, les emprunts et mimétismes que l'on trouve de tous temps dans l'évolution des traditions juridiques démontrent bien que le contenu d'un droit donné est façonné autant par des circonstances politiques et économiques extrinsèques que par un lien d'ordre quasi-mystique avec l'identité d'un peuple.⁶

Il ne faut pas pour autant en conclure que la convergence des droits va de soi, même lorsque le terrain est le plus propice, à savoir lorsqu'il existe une communauté juridique⁷ faite de valeurs et de méthodes partagées. Du point de vue de l'expérience française, le parcours de l'intégration européenne le montre suffisamment. C'est précisément parce que l'identité des droits s'est avérée un objectif trop ambitieux que les autorités communautaires optent aujourd'hui pour la voie plus flexible de l'harmonisation dans le domaine du droit privé, qui consiste à articuler les différences autour d'un standard commun plutôt que de chercher à supprimer les spécificités de chacun. Les rapports parfois tendus entre la Cour Européenne des Droits de l'Homme et les autorités nationales attestent cependant que, même lorsque celles-ci disposent d'une marge d'appréciation quant à la façon dont il convient d'intégrer des principes communs, la convergence ne peut se faire qu'au prix de concessions parfois difficiles à accepter lorsqu'elles atteignent des pratiques fortement enracinées. Mais au-delà de l'harmonisation des droits sur le plan régional, on peut se demander si le rapprochement apparent des droits qu'induit la mondialisation, puissant moteur du développement de nouvelles normes sans frontières, ne cache pas, en même temps, l'existence de césures culturelles plus profondes qu'accentue la tendance contempo

³ G. SAMUEL, 'English Private Law in the Context of the Codes', in *The Harmonisation of European Private Law*, dir. M. Van Hoecke et F. Ost, p 47.

⁴ R. SEFTON-GREEN, 'Compare and Contrast: Monstre à deux têtes', RIDC 2002.85; P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, OUP 2000; P.G. MONATÉRI, 'Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition"', *Hastings Law Journal* 2000, 479; D. NELKEN, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, in *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, 2001, p 9.

⁵ P. GLENN, *op cit*, p 12 et seq.

⁶ A. WATSON, «Legal Change: Sources of law and Legal Culture», 131 *Univ. Pennsylvania Law Rev* 1121.

⁷ L'expression est de Savigny (*Traité de droit romain*, tVIII). Elle implique des catégories juridiques partagées, un droit structuré sur le modèle du droit romain (v. également *infra*, sous II).

raîne aux fondamentalismes de toutes sortes, y compris des fondamentalismes juridiques.

Quel est donc le regard que porte le juriste privatiste français sur ce phénomène de convergence? Il sera certainement bienveillant car la convergence dégage un doux parfum d'harmonisation évocateur d'entente internationale et de sécurité juridique. Or, nous savons que la compréhension mutuelle, la simplification des échanges interculturels sont des bénéfices réels qu'il faut rechercher dans l'aplanissement des différences. On illustrera, en premier lieu, cette démarche compréhensive par quelques exemples d'ordre technique qui montrent comment le droit privé français évolue aujourd'hui sous l'effet de la convergence soit au sein de l'Europe, soit en conséquence de la mondialisation des marchés. Mais l'œil du juriste se doit d'être également circonspect. La convergence n'est pas l'unité et suppose donc une cohabitation qui confine parfois à l'affrontement. On abordera ici, en second lieu, le terrain plus polémique des droits de l'homme.

Ce qui nous conduit à étudier la convergence tout à la fois sous l'angle de l'évidence et du paradoxe. L'évidence est celle de la convergence par le rapprochement (I), le paradoxe est celui de la convergence dans l'affrontement (II).

1 L'évidence: la convergence par le rapprochement

D'abord l'évidence. Du point de vue de l'expérience française, il apparaît que le rapprochement des droits peut prendre deux formes.

Tout d'abord, il peut se manifester sous une forme *imposée*: une autorité supra-nationale, un texte international vont dicter une vision identique là où existaient des positions diverses à l'origine (A).

Mais la convergence peut également être *spontanée* (B). Alors, elle résultera non pas d'une volonté normative, mais de circonstances de fait qui rendent nécessaire un rapprochement.

Dans les deux hypothèses, on constatera que la convergence peut se réaliser par un rapprochement des solutions juridiques, mais aussi, dans un registre plus subtil, par un rapprochement des raisonnements juridiques.

1.1 Le rapprochement imposé: l'exemple des directives européennes

La directive européenne est un bon exemple de rapprochement obligé. On sait que la construction européenne n'a pas emprunté la voie de l'unification des droits internes. Elle a préféré, selon l'expression consacrée, le recours à l'harmonisation. Cette harmonisation se manifeste essentiellement au travers de directives communautaires, directives dont la principale originalité est, faut-il le rappeler, de n'être pas directement applicables sur le territoire des Etats Membres, puisqu'elles nécessitent une loi interne de transposition. Il n'en reste pas moins que, comme tout texte normatif, les directives s'imposent aux Etats membres.

Cette harmonisation peut conduire au rapprochement de conceptions nationales différentes: le droit de la vente en est un exemple. Elle peut même confiner à

l'unification lorsqu'elle impose des solutions identiques, comme c'est le cas en droit des sociétés.

1.1.1 Le rapprochement imposé par le raisonnement: le droit français de la vente

La directive du 25 mai 1999 relative à la garantie de conformité offerte par le professionnel au consommateur offre un exemple très actuel du rapprochement des législations par le *raisonnement*.

En 1804, le droit français a opté pour une approche dite “dualiste” des garanties de la vente, qui distingue la conformité du produit vendu et le vice caché dont il est atteint. Cette distinction s'avère pertinente d'un point de vue conceptuel: la non-conformité aux stipulations contractuelles n'est pas l'anormalité de la chose par rapport à l'usage habituellement attendu. Pour logique qu'elle soit, cette approche suscite pourtant de délicats problèmes de mise en œuvre en raison notamment de l'existence de délais de prescription très différents entre l'une et l'autre des actions combinée à une difficulté de délimitation des deux notions.

A l'inverse, la position moniste adoptée par la directive confond les deux notions. Sans s'attarder sur les avantages et inconvénients pratiques d'une telle simplification, on constatera surtout à quel point cette conception change notre approche de la garantie en matière de vente.

En effet, le contrôle de la conformité relevait jusqu'à présent du droit de la responsabilité contractuelle. Une place importante était accordée à l'éventuel octroi de dommages et intérêts. Désormais intégré dans la garantie du vendeur, davantage centrée sur la réparation ou le remplacement de la chose objet du contrat, il n'est pas certain que persiste à terme la dimension indemnitrice développée en droit français de la vente.

En outre, le groupe de travail constitué afin d'élaborer un avant-projet de loi de transposition de la directive s'est interrogé sur le domaine d'application de la transposition. La directive ne concerne que les contrats passés entre professionnel et consommateur. Toutefois, compte tenu des trop grandes disparités qu'engendrerait une transposition *a minima*,⁸ le groupe de travail a décidé, à l'instar de la solution retenue en Allemagne ou en Italie, de procéder à une refonte intégrale du droit de la garantie dans la vente. C'est là un exemple frappant de convergence des droits qui inévitablement induit un rapprochement important en dépit du principe de spécialité communautaire.

Un autre exemple de convergence imposée des raisonnements juridiques réside dans le texte de la directive du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

⁸ Pourtant souhaitée par certains auteurs: G. PAISANT et L. LEVENEUR, ‘Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation?’, *JCP* 2002, I, 135; O. TOURNAFOND, ‘La transposition de la directive du 25 mai 1999’, *D.* 2001, p 3051.

Cette directive implique un profond bouleversement de notre conception des contrats entre absents. On sait qu'en ce domaine, le droit français, bien que parfois très casuistique, s'agissant de déterminer la date du contrat, privilégie le critère de l'émission.⁹ Or, la directive pose de nombreuses règles qui subordonnent, au contraire, la possibilité pour le consommateur de donner son consentement à la réception par celui-ci d'informations écrites. C'est donc le critère de la réception qui semble l'emporter dans le texte de la directive.

En outre, il n'est nécessaire de transposer la directive qu'en droit de la consommation, qui représente toutefois un pan important de notre activité économique. On peut néanmoins légitimement s'interroger sur l'opportunité de maintenir un système dualiste; si on y renonçait, il faudrait alors procéder à une unification de notre droit, en adéquation avec les principes posés par la directive.

1.1.2 *Le rapprochement imposé par la solution: le droit des sociétés*

Imposé par le raisonnement, le rapprochement peut l'être aussi par la solution. C'est ce que nous montre le droit des sociétés. Le droit français des sociétés a été dans une large mesure harmonisé voire unifié par différents règlements et directives communautaires.¹⁰ Ce phénomène a atteint un tel point que souvent on évoque le droit interne sans se douter qu'il résulte entièrement de dispositions communautaires. On prendra deux exemples de l'harmonisation réalisée par le droit communautaire des sociétés.

Tout d'abord, dans les Etats membres de l'Union européenne, le régime des nullités des sociétés était à l'origine très disparate. Une directive du 9 mars 1968 (dite «première directive») a ordonné un régime uniforme, inspiré par une idée force: limiter le plus possible la nullité des sociétés. La directive pose ainsi une liste limitative des cas de nullités des sociétés dans le but d'assurer la sécurité des transactions commerciales.

Une telle approche reste contestée par certains auteurs, qui refusent de voir écarter certaines règles issues de leur droit interne.¹¹ Il n'en reste pas moins que, abstraction faite d'une éventuelle résistance nationale, il y a bien ici une solution imposée par le législateur communautaire qui contraint les droits des Etats membres à converger.

On peut ensuite évoquer le domaine de l'information financière et des règles comptables, couvert par une directive de 1978, dite «quatrième directive». Celle-ci, s'agissant de l'établissement du bilan comptable, introduit en droit communautaire la notion d'«image fidèle» (*true and fair view*). A l'origine inconnue d'autres droits

⁹ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations: l'acte juridique*, 1997, Armand Colin, n° 180.

¹⁰ V. sur ce point: V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union Européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, thèse LGDJ, 1999.

¹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 2001, n° 204.

(tel le droit français), cette notion impose bien un rapprochement des législations nationales.

Plus récemment, le droit communautaire s'est doté de règles régissant la «société européenne», qui entreront en vigueur en 2004. Ces règles sont pour l'essentiel une copie fidèle de celles qui régissent la société anonyme, ainsi qu'on vient de le dire, déjà largement harmonisées.

On relèvera que l'harmonisation communautaire du droit des sociétés a été pour l'essentiel commandée par le texte même du Traité de Rome. En effet, celui-ci se fixe pour objectif premier l'établissement d'un marché unique fonctionnant dans des conditions optimales de concurrence. Dans ce but, il était donc nécessaire de faire en sorte que les règles régissant les sociétés soient équivalentes d'un Etat membre à l'autre afin d'éviter que les disparités de législation ne conduisent à des distorsions de concurrence néfastes au bon fonctionnement du marché.

La réalité du marché est, sans aucun doute, un des exemples les plus marquants de la convergence des droits. Certes, le rapprochement des droits peut s'effectuer dans ce domaine par le biais de normes imposées, comme on vient de l'exposer. Toutefois, la dynamique propre du marché peut également, en tant qu'il représente un donné de nature économique que le droit doit appréhender, conduire à un rapprochement des droits par un mécanisme spontané.

1.2 *Le rapprochement spontané*

Si on se réfère à l'expression commune «la loi du marché», parler de rapprochement «spontané» à propos du marché n'est pas tout à fait exact. La spontanéité vient en réalité de ce que le rapprochement observé n'est pas dû à une volonté normative expresse et identifiée, mais tout simplement de ce que des préoccupations similaires dans les différents droits ou tout simplement la logique économique déterminent une convergence de solutions.

Le concept de marché mérite donc à cet égard une attention particulière comme exemple du rapprochement spontané par le raisonnement, tandis que l'hypothèse des principes généraux du droit est l'illustration caractéristique d'un rapprochement spontané par la solution.

1.2.1 *Le rapprochement spontané par le raisonnement: le concept de «marché»*

Le concept de marché est aujourd'hui très présent dans l'univers du juriste, à tel point qu'on le qualifie parfois d'invasif.¹² Son contenu juridique doit être distingué du marché en tant que réalité économique: résultant de l'analyse économique, il sous-tend un certain nombre de notions cadres qui trouvent un terrain d'accueil en droit. D'une manière générale, le concept de marché a une influence sur l'interpré-

¹² M.-A. FRISON-ROCHE, 'Le modèle de marché', *Archives de philosophie du droit*, n° 40, 1995, p 286.

tation donnée par le juriste de la règle de droit. Il introduit, en effet, dans la compréhension de la loi une idéologie spécifique, d'inspiration libérale.

La jurisprudence la plus récente de la Cour de justice des communautés européennes en donne un exemple éclairant. La France vient d'être condamnée par une décision du 25 avril 2002¹³ pour «mauvaise» transposition de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux. La loi de transposition prévoyait à cet égard des dispositions trop favorables au consommateur, au détriment du vendeur. Si l'unique objet de la directive était, comme on l'a longtemps cru, la protection du consommateur, il n'y aurait eu aucun inconvénient à transposer en accordant plus de protection que le «socle minimal» prévu par la directive. Mais si, au contraire, il est nécessaire d'assurer une homogénéité dans chaque système national afin de permettre le maintien de conditions de concurrence équivalentes dans chaque Etat membre, comme l'a retenu la Cour de Luxembourg, la marge de transposition est beaucoup plus faible.

C'est évidemment le droit de la concurrence qui fournit l'illustration la plus marquante de l'influence du concept de marché sur notre système juridique. Cette branche particulière du droit s'est bâtie sur le fondement d'une économie libérale: sans s'être soumis à l'économie, le droit s'est forgé en ce domaine en épousant les contours déterminés par l'analyse économique. On en donnera deux exemples.

La première illustration est tirée des pratiques dites «anticoncurrentielles». Il s'agit, on le sait, de pratiques qui, bien que non prohibées en tant que telles, le sont lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de porter atteinte à la libre concurrence. Dans ce cadre très général, essentiellement constitué des sanctions relatives aux ententes ou aux abus de position dominante, l'illicéité de certains agissements a été révélée par l'analyse économique. Ainsi, la pratique de «prix prédateurs», c'est-à-dire le fait d'offrir des biens ou services à des prix inférieurs à leurs coûts de production dans le but d'évincer les concurrents plus fragiles financièrement, est désormais sanctionnée par notre droit national ou communautaire. A l'origine, cette approche n'était cependant pas évidente pour les juristes essentiellement inspirés d'une doctrine de libre fixation des prix.¹⁴ Elle fait désormais partie du paysage juridique français et européen où les applications sont désormais nombreuses et indiscutées.

Le second exemple provient du contrôle des concentrations. A l'origine, ce contrôle s'opérait de manière plutôt sommaire, articulée autour d'un critère principal: la concentration devait aboutir à une position de monopole ou quasi-monopole. La diversité des techniques de concentration (par exemple le mécanisme du *joint venture*, qui n'est pas aussi abouti qu'une fusion) a conduit les autorités de contrôle à affiner leur examen, notamment par le dialogue avec des économistes et

¹³ JCP 2002, Actualité, 243.

¹⁴ C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, Thémis, 2002, p 542 et seq.

des juges d'autres Etats. Il en a résulté l'émergence du concept de «pouvoir de marché». Son application conduit désormais à ce que le contrôle s'étend aux entreprises capables, par leur puissance, d'influer sur le marché, et non plus seulement de le subir, alors même qu'elles ne sont pas nécessairement en position de monopole ou quasi monopole.

Ce concept de «pouvoir de marché» a été mis à jour aux Etats-Unis d'Amérique, pionniers dans le domaine du droit de la concurrence. Sa reprise par les autorités françaises et européennes de la concurrence procède moins d'une «américanisation du droit» que d'un dialogue des juges de la concurrence qui, dans un contexte mondialisé, unifient les contrôles afin d'assurer une certaine homogénéité des conditions de concurrence.

1.2.2 *Le rapprochement spontané par la solution: les «principes généraux du droit»*

Le marché n'est pas le seul phénomène extra-juridique à avoir irrigué différents systèmes de droit au point d'en assurer le rapprochement. Par exemple, diverses conférences internationales sont aujourd'hui organisées pour examiner l'influence des concepts de développement, de développement durable ou de protection de l'environnement dans l'évolution des législations nationales ou supranationales.

D'un autre point de vue, celui de la théorie générale du droit, les solutions issues de la mise en œuvre de «principes généraux» permettent, elles- aussi, un rapprochement des droits. Des principes tels que la loyauté, la proportionnalité ou la cohérence sont, en eux-mêmes, suffisamment compréhensifs pour assurer l'intégration des solutions issues de différentes traditions juridiques.

Dans cette perspective, deux exemples topiques peuvent être pris successivement: celui du principe de proportionnalité, d'une part, celui du principe de cohérence, d'autre part.

La proportionnalité, qui désigne «un rapport d'adéquation entre un moyen et un but»¹⁵ mais aussi un mode d'appréciation des avantages attendus et des inconvénients possibles du lien contractuel, est désormais érigée au rang de principe en raison de sa fonction régulatrice et fédératrice du contrat. Elle est, en effet, un instrument de contrôle unitaire et cohérent du lien contractuel, ouvrant celui-ci à la réfaction à hauteur du déséquilibre. Les applications jurisprudentielles de ce principe sont aujourd'hui fréquentes. Il n'est d'ailleurs pas absent des *Principes européens du droit des contrats*.

Le principe de cohérence permet, lui aussi, d'illustrer de manière particulièrement pertinente la convergence des systèmes de droit par la convergence des solutions. Selon une définition sommaire, ce principe proscriit «la contradiction d'un comportement ou d'un système normatif».¹⁶ Il est donc fondé sur le postulat selon

¹⁵ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, 2000, p 20.

¹⁶ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2000, n° 57.

lequel la cohérence est une condition de la validité d'un raisonnement. Appréhendé de la sorte, le principe de cohérence se prête au phénomène de convergence d'un double point de vue: à la fois *rationae materiae* et *rationae loci*.

Rationae materiae, il est désormais acquis tant en doctrine qu'en jurisprudence que le principe de cohérence innerve l'ensemble de la matière contractuelle à laquelle il restitue son harmonie, sans avoir recours à des règles spéciales de protection – ce qui est un point commun avec le principe de proportionnalité. Il s'applique tant au contrat lui-même qu'au comportement du contractant. En ce qui concerne ce dernier, il justifie que la jurisprudence sanctionne l'inconstance du comportement du contractant au profit de la restitution de la cohérence d'ensemble du contrat. Ainsi encore récemment, la Cour de cassation a rendu une décision¹⁷ refusant au consommateur le droit d'invoquer, plus de deux ans après, le défaut de livraison d'un bien acheté à crédit, afin de se dégager de son emprunt, dès lors qu'il avait signé un bordereau prétendant le contraire. Cette solution n'est évidemment pas sans rappeler l'institution de droit contractuel anglais dénommée *estoppel*, dont la théorie repose sur l'idée que «nul ne peut se contredire au détriment d'autrui» et prive d'effet la prétention contraire. Il dépasse même la matière contractuelle pour s'appliquer, de manière générique, à la matière juridique envisagée dans son ensemble, où il est alors consubstantiel à la notion de raisonnable.

Rationae loci, ce principe est présent à la fois dans de nombreux systèmes juridiques et en droit communautaire, et pour revenir au système juridique français, dans le droit international privé.

Proches des «principes généraux» au point parfois de se confondre avec eux, les droits dits «fondamentaux» oeuvrent à la protection de l'être humain au-delà du cadre strictement national, à la faveur de ce que l'on nomme «l'universalité des droits de l'homme». Comme le montre le rayonnement, en Europe, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg, ces derniers sont un très puissant facteur de convergence des droits des Etats contractants, dont il est cependant parfois difficile de déterminer s'ils en sont simplement le révélateur ou la force motrice, à moins qu'ils ne soient l'un et l'autre. Mais l'universalité n'impose pas pour autant un droit uniforme. Les travaux comparatifs les plus récents, s'interrogeant sur l'impact de la mondialisation sur les traditions nationales, démontrent l'importance du pluralisme juridique.¹⁸ La quête du pluralisme est partagée au demeurant par des disciplines voisines, toutes tournées, comme le droit comparé, vers la connaissance de l'*Autre*. C'est ainsi que la nouvelle éthique dialogique du droit international public rejette l'essentialisme unificateur des droits de

¹⁷ JCP.

¹⁸ V. notamment, en France, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Que sais-je, PUF, 1999; M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, éd. Seuil, 1998; H. MUIR WATT, 'Le droit comparé', *Encycl. Universalis*, 2000.

l'homme en faveur d'une approche plus respectueuse de l'identité historique des peuples.¹⁹ La doctrine contemporaine de droit international privé poursuit une recherche identique des méthodes de raisonnement les plus aptes à exprimer la tolérance à l'égard des différences.²⁰ C'est d'ailleurs dans ce dernier domaine que la convergence des droits nationaux apparaît sous sa forme la moins attendue: c'est au sein de l'exception d'ordre public international – mécanisme nationaliste entre tous ! – que le rapprochement des droits nationaux tend aujourd'hui à naître de l'affirmation de leur diversité; c'est le paradoxe de la convergence dans l'affrontement.

2 Le paradoxe: la convergence dans l'affrontement

Traditionnellement, l'exception d'ordre public représente un mécanisme défensif, protecteur des valeurs nationales. C'est elle qui dicte le rejet des lois étrangères réputées dites «odieuses»,²¹ ou, selon la formule consacrée par le grand arrêt de la Cour de cassation, *Lautour*, de 1948, qui «heurtent des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue».²² Sous une forme «atténuée», l'exception d'ordre public joue également comme filtre des jugements et autres actes publics étrangers, dont les effets doivent s'insérer harmonieusement dans l'ordre juridique du for. Le concept de *forum public policy* remplit un rôle identique de sentinelle des valeurs nationales devant les juges de *common law*.²³ On pourrait dire qu'en marquant les limites de la tolérance de l'ordre juridique du for à l'égard des lois et actes étrangers, l'ordre public de droit international privé repose sur une analyse qui se situe aux antipodes du droit comparé inspiré d'une pensée d'ouverture tournée, au contraire, vers l'accueil de l'autre.

Renforçant la vocation à l'universalité de certaines valeurs de la société nationale, l'essor contemporain de l'idéologie des droits de l'homme semblerait devoir exacerber le clivage entre la loi du for et les lois étrangères. Si l'existence de valeurs partagées doit fédérer les systèmes juridiques qui y souscrivent, elle conduirait en revanche à souligner l'incommensurabilité entre la tradition européenne occidentale et les autres. En réalité, pareille évolution n'est pas inéluctable. D'abord, les meilleurs travaux comparatifs contemporains mettent en garde contre toute velléité d'allier la notion de tradition juridique à celle de l'incommensurabilité;²⁴ ils inter-

19 A. PAPAUX et E. WYLER, *L'éthique du droit international*, Que sais-je, PUF, 1997.

20 V. notamment la très récente thèse de doctorat de Didier Boden, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance (Recherches sur le pluralisme juridique)*, Paris 1, 2002, démontrant que l'exception d'ordre juridique appartient à un raisonnement unilatéraliste – pluraliste, impliquant, à la différence de l'impérativité utilisée par la théorie bilatéraliste, une véritable comparaison des droits.

21 Les post-glossateurs distinguaient les statuts «odieux» des statuts «favorables», seuls susceptibles d'application par le juge du for.

22 Cass civ 25 mai 1948, *Rev crit DIP* 1949.89, note Batiffol.

23 V. TILBURY, DAVIS, OPESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, OUP 2002, p 375.

24 P. GLENN, *op cit*, p 327 et seq.

disent de représenter le monde comme divisé entre «moi» et «les autres», entre centre et épiceutre.²⁵ D'autre part – en tout cas du point de vue du droit français – les modes de fonctionnement de l'ordre public, réceptacle des droits de l'homme, en font davantage aujourd'hui un instrument d'ouverture et de communication que de combat et de repli protectionniste. On le constate aussi bien dans le contexte plus propice de la «communauté juridique»²⁶ des rapports intra-européens que dans celui, moins favorable, a priori, du «conflit de civilisations». Doté, dans le premier cas, d'une fonction véritablement constructive d'un nouvel ordre international de partage (A), l'ordre public n'en assume pas moins, dans le second, un rôle dialogique ou de médiation entre traditions juridiques très éloignées les unes des autres (B).

2.1 A. La fonction constructive de l'ordre public: l'hypothèse de l'intégration européenne

Pour illustrer la fonction constructive de l'ordre public, on prendra un exemple tiré du régime des jugements étrangers dans les rapports intra-européens. Il peut évidemment sembler étrange de mettre en avant l'exception d'ordre public, qui représenterait plutôt une entrave indésirable à la libre circulation des décisions nationales, comme facteur de convergence et d'intégration de l'Europe judiciaire. En réalité cependant, on assiste à une transformation de la fonction de ce mécanisme, surtout dans sa composante procédurale, qui explique qu'il est bien moins un obstacle qu'une véritable pierre angulaire de la mise en place de cet espace de justice promis par le traité d'Amsterdam. Relais des exigences des normes supranationales (1), l'ordre public incite en même temps à un dialogue comparatif exigeant (2).

2.1.1 Ordre public procédural, relais des exigences de l'article 6-1° de la CEDH

Le 28 mars 2000, la Cour de justice des communautés européennes a rendu un arrêt préjudiciel intégrant le principe du procès équitable tiré de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans la Convention de Bruxelles. Il s'agissait, selon le mécanisme de la Convention de Bruxelles, d'ordonner l'exécution en Allemagne d'une décision française de condamnation à des dommages et intérêts fondée sur une sentence pénale prononcée par contumace. Or, la procédure française de contumace, qui permet de condamner pénalement une personne accusée d'un crime qui ne comparait pas devant une Cour criminelle sans possibilité de défense, est jugée contraire au principe du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

²⁵ P.G. MONATERI, *op cit.*

²⁶ On sait que, pour Savigny, les racines communes romano-chrétiennes des droits européens conditionnaient le jeu des règles de conflits de lois.

En faisant obstacle à l'exécution d'une telle décision, cet arrêt *Krombach c. Bamberski*²⁷ marque un véritable tournant dans l'interprétation de la Convention de Bruxelles, puisqu'il se prononce en faveur de l'opposabilité des droits fondamentaux de la procédure (en l'occurrence, celui du contumax d'être représenté) lors de la reconnaissance et l'exécution des décisions dans l'espace judiciaire européen, alors que l'architecture de l'article 27 (aujourd'hui l'article 34 du Règlement «Bruxelles 1») semblait l'interdire. C'est par une lecture conciliatrice, qui frôle pour la première fois l'interprétation *contra legem*, que la Cour de justice désamorce ainsi le conflit apparent entre cette dernière disposition et les exigences de l'article 6-1° de la CEDH.²⁸ Confiant désormais la sauvegarde du procès équitable à l'exception d'ordre public de l'article 27-1°, tout en refusant d'en réduire la portée à la seule protection du défendeur défaillant prévue à l'article 27-2°, elle confirme le rôle cardinal de l'équité procédurale au sein du régime de l'efficacité des jugements étrangers et fait de l'exception d'ordre public, dans ce contexte, le point de jonction entre l'espace judiciaire commun et l'Europe des droits de l'homme. Elle n'hésite pas, ce faisant, à définir les contours de l'ordre public des Etats membres; les valeurs invoquées à ce titre subiront désormais le contrôle de qualification au regard de la notion véritablement communautaire de «l'ordre public de l'Etat requis».²⁹

Relais des exigences du procès équitable, comme en l'espèce évoquée, l'ordre public peut aussi être le lieu d'un dialogue comparatif.

2.1.2 L'ordre public, lieu de dialogue comparatif

On sait que l'ordre public procédural ne peut souffrir d'être soumis à plusieurs vitesses, de sorte que les exigences issues de l'article 6, § 1 de la CEDH doivent être les mêmes quelle que soit l'origine nationale du jugement étranger.³⁰ Cependant, il

²⁷ CJCE 28 mars 2000, *Rev crit DIP* 2000.481, note Muir Watt. Cet arrêt estime contraire aux exigences de l'article 6-1° de la CEDH la procédure de la contumace de l'article 630 du Code de procédure pénale, qui prive le contumax du droit d'être représenté devant la cour d'assises. Dans un sens (heureusement!) convergent, v. Cour EDH, 13 déc 2001, D2001.3302, note Marguénaud.

²⁸ La même lecture a été faite par la Cour de cassation française, à l'occasion d'une action en exequatur d'un jugement anglais condamnant un résident français au paiement de la *cautio judicatum solvi*, acquise sans procès: Cass civ 1^{re}, 19 mars 1999, *Rev gén proc* 1999.747, obs. Muir Watt et sur lequel, GAL DROZ, «Variations Pordea», *Rev crit DIP* 2000. 181.

²⁹ La méthode est analogue à celle qui apparaît dans les affaires *Eco Suisse* (1999) et *Régie Renault* (2000) à ceci près que les normes visées ici ne proviennent pas du droit communautaire dérivé mais de la CEDH.

³⁰ V. à cet égard Cass civ 1, 3 déc. 1996, *Rev crit DIP* 1997.328, note Muir Watt). En effet, la France est complice d'une violation de la CEDH en accueillant un jugement étranger issu d'une procédure inéquitable, peu important que ce jugement provienne d'un Etat non partie à cette Convention. Sur cette question, v. P. MAYER, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *Rev crit DIP* 1991. 651; L SINOPOLI, *Le procès équitable dans les rapports privés internationaux*, thèse Paris I, 2000.

est incontestable aussi que les jugements relevant du titre III de la Convention de Bruxelles de 1968 (ou du Chapitre III du Règlement «Bruxelles 1») représentent dans une certaine mesure l'objet privilégié de son élaboration, en ce sens que le refus de reconnaître un tel jugement au nom de l'ordre public national peut donner lieu à un dialogue par voie d'interprétation préjudicielle entre l'Etat requis et la Cour de Luxembourg, laquelle agit également, comme le montrent les motifs de l'arrêt *Krombach*, en qualité de gardienne des droits fondamentaux de la procédure tels que les définit l'article 6, § 1, de la CEDH Or, pareil dialogue encourage à s'interroger sur des principes ou des pratiques enracinés le cas échéant dans une tradition ancienne de l'Etat requis, que celui-ci ne perçoit pas comme attentatoire à un droit fondamental. Il offre ainsi ce que les comparatistes appellent les «outsiders' insights»,³¹ c'est-à-dire l'éclairage irremplaçable qu'offre un regard extérieur au système concerné.³² C'est, par exemple, ce regard extérieur qui fait prendre conscience au juge français de l'incongruité de la procédure de contumace. On retrouve de la sorte, sur le terrain apparemment peu propice de l'exception de l'ordre public, la fonction épistémologique du droit comparé. Comme le montre l'affaire *Krombach*, la confrontation des droits nationaux est alors source de dialogue, d'une meilleure compréhension de l'autre.³³ Mais pareille voie est-elle encore praticable lorsque la communauté culturelle entre les droits nationaux concernés fait défaut?

2.2 *La fonction médiatrice de l'ordre public: l'hypothèse du conflit de civilisations*

Le sort réservé par les tribunaux français à la répudiation islamique suggère que l'existence d'un conflit de civilisations n'empêche pas l'ordre public de remplir, tout aussi remarquablement, une fonction médiatrice. La présence en France, comme dans bien d'autres pays européens, d'une forte population musulmane soulève en effet la difficile question du sort à réserver, en matière de statut personnel, aux lois et aux jugements de tradition islamique, porteurs de solutions qui heurtent les valeurs fondatrices de la société nationale. Le cas le plus courant est celui de la répudiation unilatérale obtenue au Maroc ou en Algérie et opposée ensuite devant les tribunaux français par le mari à une demande en contribution aux charges du mariage introduite par la femme, les deux époux étant, par hypothèse, l'un et l'autre domiciliés dans l'Etat du for. Au nom de l'ex-

³¹ B. MARKESINIS, 'The Comparatist', *Yearbook of European Law*, Oxford 1995, p 263.

³² Sans ce regard extérieur, l'article 630 du Code de proc. pénale n'aurait pas été remis en question. On peut dire la même chose de la caution *judicatum solvi* du droit anglais, dans l'affaire *Pordea*.

³³ Il est vrai que l'inversion du contentieux de l'exequatur opéré par le règlement «Bruxelles 1», puis la perspective de la suppression même de l'exequatur dans l'Union européenne, inscrite à l'agenda de la Commission, sont de nature à diminuer les occasions de ce dialogue. Il faut espérer cependant qu'il se poursuivra alors dans d'autres lieux, extra-contentieux ceux-là et en cercle élargi. On ne peut que souligner l'importance à cet égard des travaux comparatifs, tels ceux qu'organise le Centre français de droit comparé à Brisbane, comme facteur de convergence - via la confrontation - des traditions nationales.

ception d'ordre public elle-même, deux voies se présentent. La première, qui consiste à affirmer l'incommensurabilité entre les deux séries de valeurs en présence, conduit à invoquer le principe fondamental de l'égalité des époux pour refuser tout effet à la répudiation étrangère (1). Mais la voie du dialogue, moins absolutiste, plus attentive aux effets concrets de l'acte étranger et à la signification propre de celui-ci dans le droit étranger considéré, semble à nouveau préférable (2).

2.2.1 *La tentation universaliste des droits de l'homme*

La première voie est donc celle de l'incommensurabilité. Tout effet est refusé à la répudiation marocaine au nom du principe fondamental de l'égalité des époux. L'arrêt *Nori*, rendu récemment par la Cour de cassation française par référence au Protocole n° 6 de la CEDH, a pu être interprété comme adhérant à cette solution.³⁴ Pareille voie a des implications à la fois méthodologiques et de fond. Sur le terrain de la méthode, l'ordre public devient instrument d'affrontement. Les liens étroits entre les époux et l'Etat du for – ici, du fait de leur domicile – justifient ainsi le déclenchement de valeurs de combat à l'encontre du jugement obtenu à l'étranger en application d'une loi et selon une procédure jugées inacceptables. En effet, l'une des transformations les plus spectaculaires de l'ordre public dans le droit international privé des Etats occidentaux sous l'impulsion des droits fondamentaux réside en l'apparition de l'*Inlandsbeziehung*.³⁵ La frontière devient alors difficile à tracer entre la seule défense des valeurs nationales et l'utilisation offensive du mécanisme de l'ordre public en vue d'assurer que les standards impératifs de la loi du for se trouvent en toute hypothèse respectés.³⁶

Cette transformation des modes d'intervention de l'ordre public ne se conçoit que parce que l'exception se pare de l'autorité que lui conférerait désormais l'universalité des droits qu'elle a pour mission de défendre. Imposer à l'encontre de jugements venus d'ailleurs des valeurs perçues comme impératives suppose en effet qu'elles aient une égale vocation à s'appliquer dans toutes les traditions juridiques. La légitimité d'une position aussi absolutiste est discutable. Elle revient à postuler l'universalité des droits de l'homme, à s'opposer au relativisme culturel, à refuser toute concession à la diversité.³⁷ Or, l'arrêt *Lautour* avait vu plus juste lorsqu'il a précisé que les principes de justice que l'exception d'ordre public avait pour fonction de protéger étaient bien ceux qui revêtaient une valeur universelle *dans l'opinion*

³⁴ Cass civ I, 11 mars 1997, D1997.400, note Niboyet-Hoegy.

³⁵ Pour une illustration en matière d'établissement de la filiation, Cass civ 1^{re}, 10 février 1993, Rev crit 1993.620, note Foyer). Pour une excellente analyse comparative sur ce point, v. P. HAMMJE, «Droits fondamentaux et ordre public», *Rev crit DIP* 1997.1)

³⁶ Le glissement est bien illustré par l'arrêt du 10 février 1993, précité. V. dénonçant la confusion entre impérativité et détermination d'un seuil de tolérance, D. BODEN, *op cit*.

³⁷ Sur ce débat et prenant position pour l'universalité, THOMAS M. FRANCK, «Are Human Rights Universal?» *Foreign Affairs*, Jan./Feb.2001, p 191.

française. On ne saurait mieux dire que les droits de l'homme affirmés par la CEDH ne sont que l'expression d'une certaine culture régionale et n'ont pas vocation à faire systématiquement obstacle à toute reconnaissance de situations acquises sous l'empire d'une loi ou par le truchement d'un jugement provenant d'une culture profondément différente. Ce n'est évidemment pas à dire que l'ordre juridique français devrait approuver en quoi que ce soit l'inégalité des sexes ! Ce n'est pas non plus faire preuve d'une foi naïve en une convergence possible de traditions aussi diverses. Simplement, la pratique jurisprudentielle montre que la mise en oeuvre de l'ordre public n'induit pas nécessairement la fermeture et l'affrontement, et que la voie du dialogue, toujours préférable, est encore possible. Comme l'écrit si bien Patrick Glenn, la diversité ne devrait pas exclure la commensurabilité.³⁸

2.2.2 *La voie du dialogue*

Un examen attentif de la jurisprudence de la Cour de cassation française témoigne du caractère éminemment concret de l'analyse sur laquelle repose la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public en matière de reconnaissance des répudiations islamiques. A l'absolutisme des droits de l'homme, elle a préféré la recherche de la solution la plus juste dans chaque cas. Certes, son récent arrêt *Douibi*,³⁹ estimant conforme à l'ordre public français un jugement algérien offrant des «avantages financiers» à la femme répudiée, a pu être interprété comme un revirement par rapport à la position qu'elle avait précédemment adoptée au nom du principe fondamental de l'égalité des époux.⁴⁰ Mais 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. En effet, quelques jours plus tard, les juges de la cour régulatrice se sont opposés à nouveau à une répudiation offrant à cet égard une protection amoindrie.⁴¹

Se plaçant ainsi du point de vue de l'intérêt individuel de la femme répudiée, la voie du dialogue et de l'appréciation concrète s'oppose au refus systématique des effets de la répudiation qu'entraîne une lecture absolutiste des droits fondamentaux, et dont la conséquence concrète est de mettre l'épouse répudiée dans l'obligation – le plus souvent dissuasive – d'avoir à prendre l'initiative d'une action en divorce devant les tribunaux français. Ce n'est pas à dire qu'il faudrait pour autant tout accepter de la décision étrangère qui homologue la dissolution ! La voie la plus adéquate consisterait sans doute à distinguer la désunion elle-même de ses effets.⁴² Elle est indiquée

³⁸ P. GLENN, *op cit.*

³⁹ Cass. civ. 1re, 3 juillet 2001, D. 2001.3978, note M.L. NIBOYET, *JCP* 2001.II.10039, note Vignal, cette *Revue* 2001.704, note L. Gannagé.

⁴⁰ Pour une telle lecture, M.-L. NIBOYET, *op. cit.*

⁴¹ Cass. civ 1re, 12 juillet 2001, *Bull.* I, n° 217, p 138.

⁴² Cette distinction a été excellemment développée par Mme Roula EL-HOSSEINI, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, Préf. J. Foyer.

au demeurant par l'analyse comparative, qui révèle que dans les droits islamiques, l'acte unilatéral du répudiateur ne règle aucunement les effets de la désunion.⁴³ Par conséquent, la meilleure voie serait certainement celle de l'exequatur partiel, limité au seul principe de la dissolution et laissant place – au nom de l'ordre public et conformément à la jurisprudence *Nori* – aux conséquences rigoureuses qu'impose la loi française pour la rupture de la vie commune.⁴⁴

Assistée d'une analyse comparative, la voie choisie par la jurisprudence française pour résoudre les difficultés issues du conflit de civilisations est donc celle du relativisme et de l'appréciation *in concreto*.

L'absolutisme des droits de l'homme est mal adapté aux exigences de la justice dans les cas individuels. Il me semble, en effet, que l'essentiel réside moins dans la convergence que dans le dialogue, fait de tolérance et de pluralisme et qu'il n'y a pas lieu plus approprié de l'affirmer que ces journées consacrées à l'analyse comparative des droits.

Telles sont les quelques réflexions que le thème de votre congrès sur la "Convergence des systèmes juridiques au XXI^{ème} siècle" inspire à un juriste français, praticien du droit privé. Entre universalisme et tolérance, l'angle de vision est étroit mais c'est celui du guetteur.

⁴³ Pour que l'exception d'ordre public remplisse ainsi une fonction médiatrice entre traditions très différentes, sa mise en oeuvre ne peut se passer d'une analyse de droit comparé. Celle-ci révèle ainsi que les caractéristiques essentielles de la répudiation islamique sont trop souvent déformées dans la représentation que s'en font les systèmes occidentaux en raison de l'insuffisante attention portée aux expressions multiples auxquelles elle donne lieu dans les différents pays de droit musulman. Tout d'abord, si l'acte unilatéral du répudiateur a pour effet de dissoudre le mariage, il ne règle aucunement les effets de la désunion, qui relèvent de la seule compétence des tribunaux. Cette distinction devrait conduire à différencier les conditions de régularité internationale applicables, selon que sont en cause les effets de la dissolution ou seulement le principe de la désunion. Ensuite, s'agissant de cette dernière, si la «formule répudiaire» est toujours une solennité dont l'accomplissement conditionne la validité même de l'acte de répudiation, le recours au juge, prévu pourtant sous peine de lourdes sanctions dans certains droits, n'a jamais qu'une fonction probatoire. Par conséquent, traiter la répudiation comme un acte juridictionnel revient à méconnaître la nature véritable de son «enveloppe» publique, qui se borne à recevoir une volonté privée. L'accueil de la répudiation en France ne nécessiterait que la vérification de l'enracinement de l'autorité réceptrice dans un ordre juridique compétent et le contrôle de l'ordre public.

⁴⁴ Il reviendrait au juge de l'exequatur, compétent au titre de la connexité, d'accorder ces effets à l'occasion de l'action en reconnaissance engagée par le mari répudiateur.