

**LA PROTECTION INTERNATIONALE
DES DROITS DE L'HOMME
ET L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL
DANS LE FONCTIONNEMENT DE LA REGLE
DE CONFLIT DE LOIS**

par

Berthold GOLDMAN

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris

1. Paul Lerebours-Pigeonnière écrivait, en tête de la belle étude publiée en 1950, dans les *Mélanges Ripert*, sur « la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le droit international privé français¹ » qu'il entendait considérer cette Déclaration, non pas dans le détail de son contenu, mais « comme un élément de la 'communauté de droit' sur laquelle est fondé le règlement du conflit de lois² »; et il précisait que par l'effet de la Charte des Nations Unies, et de la Déclaration, l'exception d'ordre public pourrait « perdre son caractère national et revêtir un caractère universel dans deux cas », car il appartiendrait désormais à chaque Etat « de refuser de recevoir chez lui une loi étrangère qui contredit l'idéal de la civilisation universelle, ou qui refuse de reconnaître l'un des droits de l'homme déterminé par la Déclaration³ ».

Sans même envisager l'incidence, en ce domaine, de la Charte des Nations Unies, nous voudrions tenter d'esquisser ici à notre tour quelques-unes des questions que soulève cette intervention dans le fonctionnement de la règle de conflit, par le mécanisme traditionnel de l'exception d'ordre public, des instruments internationaux, à vocation universelle ou européenne, dont l'objet est de définir les droits de l'homme et d'en assurer la mise en œuvre et la protection. Le champ de l'exploration est vaste, et nous ne

(1) Paul Lerebours-Pigeonnière, La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le droit international privé français, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris 1950, pp. 255 s.

(2) *Op. cit.*, p. 255.

(3) *Op. cit.*, pp. 262-263.

pourrons que le survoler. Le « Recueil d'instruments internationaux des Nations Unies⁴ » préparé par la Division des droits de l'homme du Secrétariat de l'O.N.U. et publié en 1967 sous la rubrique générale « Droits de l'homme » ne contient en effet pas moins de trente-quatre documents de nature diverse (6 « Déclarations », 1 « Statut », 1 « Résolution », 1 « Recommandation », 2 « Conventions », 2 « Pactes », 4 « Protocoles ») adoptés par l'Organisation jusqu'au 31 décembre 1966; parmi les Conventions et Protocoles, beaucoup étaient en vigueur le 15 juillet 1967, et il faut bien entendu y ajouter la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, et ses Protocoles additionnels.

2. La multiplicité même de ces documents, et la variété des droits qu'ils proclament, ou dont il y est convenu qu'ils devront être assurés et respectés, invite à s'interroger d'abord sur l'étendue de leur apport au contenu de l'ordre public, envisagé comme barrière à l'application d'une loi étrangère normalement compétente; ce contenu, contribuent-ils tous, et dans toutes leurs parties, à le former, soit en confirmant ses éléments antérieurs, soit en y ajoutant de nouveaux ?

A supposer que soient tracées, par la réponse à ces questions, les frontières de l'ordre public fondé sur la protection internationale des droits de l'homme (et nous nous bornerons, quant à nous, à suggérer les méthodes qui permettraient d'y parvenir), il sera permis de scruter à nouveau le caractère de cet ordre public : est-il réellement international (et dans ce cas, universel ou « régional ») ou bien demeure-t-il national, à cela près qu'il est commun à un certain nombre de nations, et lesquelles ? Surtout, on essaiera d'amorcer, à ce propos, une première recherche des différences qui séparent concrètement en cette matière l'ordre public international ou pluri-national.

I. — CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC

FONDÉ SUR LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

3. Précisons dès l'abord que la recherche que nous allons proposer se limite à une confrontation entre les instruments des Nations

(4) Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux des Nations Unies, Doc. A/CONF. 32/4, New York 1967 (cité ci-dessous : « Recueil »).

Unies et du Conseil de l'Europe, d'une part, et la notion d'ordre public au sens du droit international privé, d'autre part, de manière à sélectionner, s'il y a lieu, parmi ces instruments et à l'intérieur de chacun d'eux, les principes et solutions d'ordre public. Cela ne signifie bien entendu pas que tous les droits fondamentaux de l'homme aient dû attendre cette consécration internationale, pour être considérés comme d'ordre public dans de nombreux systèmes nationaux de règlements de conflits. Voici un exemple : selon l'article 16 de la Déclaration universelle « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille⁵ »; mais depuis fort longtemps, le droit international privé français regardait déjà les empêchements au mariage, fondés sur des distinctions de race ou de religion, comme contraires à l'ordre public; et l'on observe que la même solution est généralement admise à l'étranger⁶. Dans les pays qui l'admettent, cette solution pourrait par conséquent se passer de l'appui de la Déclaration universelle, ou des autres instruments internationaux qui la consacrent; mais on devra se demander si même dans ces pays, ces instruments n'en interdisent pas désormais l'abandon (que la mobilité bien connue de l'ordre public « international » de source nationale rendrait au contraire parfaitement possible), et n'en modifient pas le caractère, en la faisant passer de l'ordre public national à l'ordre public « réellement international ». A plus forte raison, faudra-t-il décider si désormais, et du fait de cette consécration internationale, la solution s'imposera aux pays qui ne l'admettaient pas jusqu'ici, en ce sens que ces pays seront tenus de refuser l'application, sur leur territoire, d'une loi étrangère édictant de tels empêchements à mariage⁷. Dans un domaine voisin, le droit international privé français illustre cette deuxième question : on

(5) V. aussi : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature le 16 décembre 1966 (*Recueil*, pp. 8 s.), art. 22-1, 23-2; cf. Convention européenne des Droits de l'Homme, art. 12, qui malgré la référence aux lois nationales quant à l'exercice du droit de se marier, aboutit au même résultat, par sa combinaison avec l'article 14 de la Convention, quant à la jouissance de ce droit.

(6) V. Batiffol, *Dr. int. pr.*, 4^e éd., n° 416 et les références, p. 462, notes 6 et 8; adde, pour l'Angleterre : Dicey, 8th ed., ch. 7, Rule 2, p. 75.

(7) Nous n'abordons pas ici la question, différente, de l'obligation pour les Etats membres des Nations Unies d'adapter, le cas échéant, leur propre législation à l'interdiction de tout empêchement à mariage de caractère discriminatoire; mais on verra que faute de cette adaptation, l'Etat dont la législation connaît de tels empêchements ne pourra pas refuser d'appliquer la loi semblable d'un autre Etat, au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public international (v. *infra*, n° 15).

sait que la jurisprudence admet très libéralement l'effet, en France, d'une répudiation conforme à la loi compétente, pourvu qu'elle puisse être assimilée, en fait, à un divorce par consentement mutuel (au motif que la femme l'a acceptée) et sans se demander si la loi en question ouvre la faculté de répudiation à la femme aussi bien qu'au mari, ce qui n'est souvent pas le cas⁸; or, l'art. 23, § 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹ prévoit que « les Etats parties... prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Si cette application du principe d'égalité entre les sexes dans le domaine de la dissolution du mariage était désormais considérée comme d'ordre public en France, cela devrait conduire la jurisprudence à refuser l'application d'une loi étrangère n'accordant la faculté de répudiation qu'au mari¹⁰.

4. Le plus rapide coup d'œil sur le Recueil précité des Nations Unies permet de deviner que l'exception d'ordre public en droit international privé ne trouvera pas une consécration ou un nouvel élément dans tous les textes qui y sont réunis, sans exception : ainsi, point n'est besoin d'une analyse minutieuse pour décider que la « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux », du 14 décembre 1960¹¹ est étrangère à ce mécanisme de fonctionnement de la règle de conflit. Une première sélection doit donc porter sur ces divers instruments, chacun globalement envisagé; mais on se demandera également si une seconde ventilation ne devrait pas être faite à l'intérieur de ceux de ces documents qui peuvent comme tels, mais peut-être pas dans toutes leurs dispositions, avoir une incidence sur l'ordre public dans les conflits de lois.

(8) V. notamment : Trib. gr. inst. Seine, 26 octobre 1959, *Clunet* 1960. 814, 1^{re} esp., obs. Sialelli; 23 mai 1960, *Clunet* 1961. 750, 1^{re} esp., note J.D. Bredin; 17 avril 1962, *Clunet* 1963. 150, obs. signées B. G.

(9) V. réf. *supra*, note 5.

(10) On pourrait même se demander si la répudiation unilatérale n'est pas de toute manière condamnée par les premières lignes du Préambule de la Déclaration Universelle (*Recueil*, p. 1) : « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »; n'a-t-on pas écrit, en effet — et à juste titre croyons-nous — que la répudiation « (répugnait) invinciblement au sentiment que nous avons en France du sérieux, de la dignité et de la permanence du lien conjugal » (Ph. Francescakis, note sous Paris, 15 décembre 1948 : *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1949, 113) ? Mais sans même entrer dans la discussion des effets de droit du Préambule de la Déclaration, on peut aussi penser qu'il ne vise pas telle institution particulière déterminée.

(11) *Recueil*, p. 19.

A. — *Les instruments relatifs à la protection internationale des droits de l'homme, contribuant à la formation de l'ordre public en droit international privé.*

5. *Objet des instruments internationaux.* — L'exemple de la « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux » montre que certains instruments internationaux des Nations Unies se situent, par leur objet, en dehors du domaine de l'ordre public en droit international privé. A première vue, la même observation semblerait pouvoir être faite au sujet d'un autre document, que le Recueil des Nations Unies classe avec le précédent sous la rubrique commune « droit à l'autodétermination » : il s'agit de la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962, intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ». Mais cette Résolution contient un § 4, ainsi conçu :

« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains, et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international. »

On s'aperçoit que par son contenu, cette disposition pourrait directement mettre en jeu l'ordre public, s'il était admis qu'elle dût désormais faire obstacle à l'application de toute loi étrangère nationalisant l'exploitation des ressources naturelles sans observer les exigences du texte : ici encore, cette solution ne ferait du reste que confirmer celle qui est déjà admise, précisément en vertu de l'ordre public, dans divers pays et en particulier en France¹².

Aussi bien il est peu de ces instruments internationaux qui ne puissent intéresser, par l'un ou l'autre de leurs aspects, l'ordre

(12) V. en dernier lieu : Cass. civ. I, 23 avril 1969 : *Gaz. Pal.* 1969, 1, 276, concl. av. gén. Blondeau.

public dans le conflit de lois; sans doute en est-il cependant ainsi de la « Déclaration concernant la promotion parmi les jeunes des idéaux de paix¹³ » ou de la « Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale¹⁴ », non pas tant parce que l'on ne pourrait pas concevoir que les lois d'un Etat méconnaissent les principes qu'elles affirment, mais parce qu'il est difficile d'imaginer comment, en pratique, les juridictions d'autres Etats statuant sur les rapports entre particuliers pourraient être appelées à appliquer de telles lois, et par conséquent, à opposer à leur application l'exception d'ordre public¹⁴. De même, mais pour un motif différent, n'auront sans doute pas à intervenir directement en ce domaine les instruments « opératoires », qui tendent à assurer la mise en œuvre des principes et des règles de fond : ainsi, le Statut du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, du 14 décembre 1950¹⁵, et le Protocole instituant une Commission de Conciliation et de bons offices en matière de discrimination dans le domaine de l'enseignement¹⁶.

Peut-on aller au-delà dans cette première « sélection » en fonction de l'objet ? Et peut-on surtout en dégager le critère général ? Si on laisse de côté les deux instruments d'application que nous venons de citer, on sera tenté par les classifications pédagogiques traditionnelles, et l'on dira que les instruments concernant le droit international pénal — comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948¹⁷ — ou le droit international public (comme ceux, déjà cités, relatifs aux peuples coloniaux, à la souveraineté sur les ressources naturelles et à la coopération culturelle internationale) n'interviendront pas dans l'enrichissement de l'exception d'ordre public. Mais l'obser-

(13) Déclaration concernant la promotion parmi les jeunes des idéaux de paix, de respect mutuel et de compréhension entre les peuples, du 7 décembre 1965 : *Recueil*, p. 93; Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, du 4 novembre 1966 : *Recueil*, p. 95.

(14) La question pourrait cependant se poser au regard de l'article V de la Déclaration sur la coopération culturelle internationale (réf. *supra*, note 13), qui prescrit à toutes les nations de « partager leur savoir et leurs connaissances »; combiné avec l'article 27-2 de la Déclaration universelle, qui garantit la protection des intérêts moraux des auteurs, ce texte pourrait rendre contraire à l'ordre public la loi d'un Etat interdisant, par exemple, la diffusion à l'étranger des productions scientifiques de ses ressortissants.

(15) *Recueil*, p. 75.

(16) *Recueil*, p. 31.

(17) Approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion le 9 décembre 1948, entrée en vigueur le 12 janvier 1951 : *Recueil*, p. 41.

vation est plus exacte pratiquement que théoriquement; car dans une hypothèse d'école, la Convention sur le génocide pourrait être opposée à la demande d'exécution d'un contrat par lequel un mercenaire se serait engagé à participer à des opérations d'extermination, moyennant un salaire demeuré impayé, même si cette convention était « licite » dans le pays où elle a été conclue. De manière moins imaginaire, on a vu (*supra*, note 14) que la Déclaration sur la coopération culturelle internationale pourrait, par l'objet d'une de ses dispositions, contribuer à empêcher l'application d'une loi étrangère portant atteinte au droit moral de l'auteur à la diffusion de son œuvre.

Finalement, c'est dans quelques rares cas seulement que l'objet des instruments de protection internationale des droits de l'homme permet d'affirmer *a priori* qu'ils demeureront nécessairement étrangers à l'élaboration de l'ordre public en droit international privé. Et il est à peine besoin d'ajouter que de toute manière ceux de ces instruments qui tendent directement à la protection de droits individuels sont indiscutablement aptes, par leur objet, à développer le contenu de l'ordre public ainsi entendu : tel est notamment le cas, dans le cadre des Nations Unies, de la Déclaration Universelle et des deux Pactes relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, et aux droits civils et politiques; des Conventions contre la discrimination, et de celles concernant l'esclavage, la nationalité, l'apatridie et les réfugiés; sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages; et bien entendu aussi de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses Protocoles additionnels.

6. *Nature juridique des instruments internationaux.* — Faut-il alors distinguer selon la *nature juridique* de l'instrument international considéré, telle que révélée, *prima facie*, par sa qualification « officielle » (Déclaration, Résolution, Recommandation, Pacte, Convention ou Protocole ?).

Il est certain que pour des raisons techniques, le rôle des documents de *caractère conventionnel* pose des questions qui ne sont pas identiques à celles que soulèvent les *Déclarations*, *Recommandations* ou *Résolutions*.

a) Pour les premiers (Pactes, Conventions, Protocoles, entre lesquels il ne paraît pas indispensable de distinguer, du moins de

ce point de vue) doit-on considérer que les règles qu'elles édictent ne peuvent former l'ordre public que s'ils sont *entrés en vigueur* — ce qui suppose, on le sait, le dépôt d'un certain nombre de ratifications ou d'adhésions ?

S'il s'agissait d'une Convention bilatérale, voire multilatérale, mais élaborée hors du cadre des Nations Unies, la réponse affirmative s'imposerait sans doute : on voit difficilement comment les Etats qui ont participé à cette élaboration, et à plus forte raison des Etats tiers, pourraient prétendre qu'elle exprime l'ordre public international, alors qu'elle est restée un simple projet. Mais l'hésitation est permise pour les Conventions des Nations Unies, qui sont adoptées et ouvertes à la signature, avant toute entrée en vigueur, par une résolution de l'Assemblée générale; cette adoption ne devrait-elle pas suffire à en faire l'expression d'un *consensus* collectif des nations au caractère d'ordre public des principes et des règles qu'elles édictent ? Nous ne le pensons finalement pas, car lorsque l'O. N. U. choisit l'instrument conventionnel, on peut supposer qu'elle n'entend pas lui conférer des effets de droit aussi longtemps qu'il n'a pas recueilli le nombre minimum — et généralement assez substantiel — de ratifications ou d'adhésions nécessaire à son entrée en vigueur; or, se fonder sur une convention pour refuser l'application d'une loi étrangère qui la contredit, c'est bien lui faire produire un effet de droit. Pareille attitude serait particulièrement paradoxale si elle venait d'un Etat qui n'est même pas parmi ceux, par hypothèse en nombre insuffisant, qui ont ratifié la convention.

En revanche, aussitôt entrée en vigueur, la convention peut certainement être source d'ordre public international pour les Etats contractants, même à l'égard d'Etats qu'elle ne lie pas : si sa provenance ne suffit pas, en effet, à la rendre efficace avant son entrée en vigueur, elle autorise en revanche les Etats contractants à lui conférer une portée universelle dès lors qu'elle remplit les conditions requises pour avoir des effets de droit. Mais ici encore, il est difficile d'aller plus loin, et d'admettre qu'en raison de son entrée en vigueur, la convention peut constituer l'ordre public des Etats qui ne l'auront pas ratifiée : car si un Etat ne s'engage pas lui-même à respecter la convention, on ne voit pas comment il pourrait considérer comme « odieuse » la loi d'un autre Etat qui y contrevient (sans préjudice, bien entendu, d'une exception d'ordre public opposée par cet Etat en raison de ses propres principes nationaux, qui peuvent coïncider avec ceux de la convention qu'il

n'a pas ratifiée; mais ce n'est pas celle-ci qui sera dans ce cas la source de l'ordre public, qui restera purement national¹⁸.

b) La question nous paraît plus simple pour les « Déclarations », de même que pour la Résolution relative à la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles¹⁹, voire pour la Recommandation en matière de mariage²⁰.

Pour raisonner d'abord sur les Déclarations, et en particulier sur la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, rappelons que l'on s'était demandé, en France notamment, si celle-ci avait force de loi dans l'ordre juridique interne. La Cour d'appel de Paris l'avait nettement admis, dans les motifs de son arrêt du 29 avril 1959 relatif au film « The Kid »²¹, rappelant (pour conférer un fondement supplémentaire à l'assimilation de l'étranger au national quant à la protection des droits d'auteur) que « la Déclaration des Droits de l'Homme, votée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée des Nations Unies et publiée au *Journal Officiel* du 19 février 1949, *ce qui en fait une loi de l'Etat 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' ». Mais ce motif n'a pas été repris par l'arrêt de rejet du pourvoi formé contre cette décision²², et peu de temps après, le Conseil d'Etat a nettement affirmé la solution opposée²³.

A la vérité, cette controverse n'a guère d'intérêt pour notre propos. Nous ne recherchons pas ici si les textes de la Déclaration sont des « règles d'application immédiate » du droit français²⁴, mais bien s'ils imposent (en même temps qu'ils légitiment) — pour ceux d'entre eux qui peuvent pratiquement faire surgir le problème — le refus d'application d'une loi étrangère qui les méconnaîtrait.

(18) La question pourrait se poser différemment pour les Etats qui, n'étant pas membres des Nations Unies, ne peuvent devenir Parties Contractantes aux Conventions de l'Organisation; cela ne les empêcherait peut-être pas de considérer ces Conventions comme une expression de l'ordre public universel, et d'en tenir compte comme telles.

(19) V. *supra*, n° 5; *Recueil*, p. 20.

(20) *Recueil*, p. 91.

(21) *Clunet* 1960, 128, note Goldman; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1959, 434, note Loussouarn; *D.* 1959, 402, note G. Lyon-Caen.

(22) *Clunet* 1963, 1004, note Goldman.

(23) *Cons. d'Et.*, 11 mai 1960 : *Clunet* 1961, 404, note R. Pinto.

(24) V. Ph. Francescakis, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1966, 1 s.

Nous pensons, après Lerebours-Pigeonnière²⁵, que la réponse affirmative ne fait pas de doute, et qu'elle s'impose à *tout le moins* dans tous les Etats membres des Nations Unies, à l'égard des lois d'autres Etats, membres ou non de l'Organisation. C'est que la Déclaration est un acte juridique *se suffisant à lui-même*; elle n'est soumise ni à signature, ni à ratification, et l'on doit ou bien lui refuser tout effet juridique (ce qui est exclu), ou bien admettre qu'elle fait obstacle à l'application sur les territoires des Etats membres, des lois étrangères qui la méconnaissent²⁶. Allant plus loin, nous estimons que même les Etats non membres de l'O.N.U. pourraient y trouver une source de leur ordre public en droit international privé, car il est difficile de nier qu'elle exprime la conception fondamentale des droits de l'homme d'une très large partie de l'humanité.

Techniquement, le même raisonnement s'applique, croyons-nous, à la Déclaration des droits de l'enfant, du 20 novembre 1959²⁷, à la Résolution sur la souveraineté permanente sur les ressources nationales²⁸ et à la Recommandation en matière de mariage²⁹; mais bien entendu si chacun de ces instruments peut alimenter l'ordre public dans le conflit de lois, cela ne signifie pas que ce rôle appartient à toutes leurs dispositions. L'observation est aussi vraie pour la Déclaration Universelle et pour les instruments conventionnels; on tentera à présent de la préciser.

B. — *Les dispositions des instruments internationaux pouvant effectivement alimenter l'exception d'ordre public international, dans le fonctionnement de la règle de conflit.*

7. Il n'est bien entendu pas question de se livrer ici à une analyse exhaustive de ces dispositions, en vue de jauger leur aptitude à enrichir le contenu de l'ordre public dans le conflit de lois; on voudrait seulement choisir quelques exemples — essentiellement

(25) V. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, pp. 261 s.

(26) L'adoption, par les Nations Unies, des deux Pactes de mise en œuvre de la Déclaration ne fait pas obstacle, à notre sens, à l'effet immédiat de la Déclaration elle-même : les Pactes ont pour objet d'en préciser les termes, et de définir les obligations de faire que les Etats assument pour satisfaire aux exigences de la Déclaration.

(27) *Recueil*, p. 92.

(28) V. *supra*, n° 5.

(29) *Recueil*, p. 91.

dans la Déclaration universelle — correspondant à des hypothèses-type, où cette aptitude est soit manifeste, soit douteuse, soit exclue.

a) 8. Les exemples du premier type se rencontreront lorsque trois conditions sont réunies : l'instrument international garantit un *droit subjectif*, pouvant être, par sa nature, directement revendiqué par un individu déterminé; le *contenu* de ce droit est suffisamment précis pour qu'il soit possible de décider, sans grande hésitation, qu'une loi étatique déterminée le méconnaît; enfin, il est pratiquement concevable que les juges d'un Etat autre que celui qui a édicté cette loi aient à intervenir, et leur intervention ne se heurte pas à d'autres principes généraux, en particulier du droit international public.

Ces conditions sont remplies, par exemple, par l'article 16, §§ 1^{er} et 2, de la Déclaration universelle (droit de se marier; nécessité du « libre et plein consentement des époux » pour que le mariage puisse être conclu³⁰). Ces textes doivent conduire à considérer comme contraire à l'ordre public toute loi prohibant le mariage en raison de différences de race, de nationalité ou de religion, ou autorisant un mariage sans le consentement de l'un ou l'autre des époux; pratiquement, cela se traduira, dans le premier cas, par le refus d'exequatur ou d'autorité de chose jugée à une décision étrangère ayant annulé le mariage, et dans le second, par l'annulation du mariage conclu sans consentement (pourvu, bien entendu, que la juridiction à qui il est demandé de la prononcer se considère comme internationalement compétente).

D'autres exemples du même type sont fournis par les articles 17, § 1 (« toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété ») et 27, § 2, déjà évoqué (« chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »). La seconde disposition devrait exclure, par exemple, l'application d'une loi étrangère qui refuse à l'auteur la protection du droit moral³¹. Quant à la première, il convient de bien préciser sa portée : elle marque, tout d'abord, de contrariété à l'ordre public

(30) On a déjà dit que la combinaison des articles 12 et 14 de la Convention européenne paraissait aboutir au même résultat (*supra*, note 5).

(31) Cela étant, il est permis de se demander si la loi française du 8 juillet 1964, sur l'application du principe de réciprocité en matière de droit d'auteur (J.O. 9 juillet 1964; Clunet 1964, 963) est conforme à l'ordre public international ainsi défini; mais de toute manière, l'exception d'ordre public ne pourrait pas être opposée par le juge français à l'application de sa propre loi (v. *infra*, n° 15).

une loi qui refuserait l'accès à la propriété à un groupe de personnes (car il est difficile de concevoir, hors le cas de condamnation pénale qui demeure certainement possible, qu'une telle mesure vise *légalement* une personne déterminée), ce en quoi elle ne fait qu'appliquer le principe plus général de non discrimination; mais condamne-t-elle aussi une loi qui ignorerait toute appropriation individuelle quelconque, en ne laissant place qu'à la propriété collective? Littéralement, il le semble, car le texte reconnaît le droit à la propriété individuelle « *aussi bien* que collective » (non à la propriété individuelle ou collective); mais pratiquement, si l'on peut imaginer le fonctionnement de l'ordre public en cas de discrimination quant à l'accès à la propriété (par la nullité, à l'étranger, de l'expropriation discriminatoire), on ne voit pas comment se traduirait, hors de l'Etat qui l'édicte, la contrariété à l'ordre public d'une loi qui exclurait toute propriété individuelle, sans discrimination.

b) 9. On touche ainsi, avec un exemple il est vrai théorique, au type d'hypothèse où l'intervention des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans le conflit de lois est pour le moins douteuse. Mais il existe, de cette hypothèse, des illustrations plus concrètes, que l'on peut tenter de grouper autour d'au moins deux idées directrices.

Il se peut, tout d'abord, que le texte protecteur laisse une grande marge d'incertitude quant à ses exigences. Lerebours-Pigeonnière a distingué à cet égard entre la *jouissance* des droits de l'homme, qui est internationalement garantie, et leur *exercice*, qu'il appartient à chaque Etat d'aménager, pourvu seulement que cet aménagement ne se traduise pas par la suppression du droit, ou son attribution discriminatoire³². Mais on peut ajouter que la règle internationale laisse quelquefois dans le vague le contenu même du droit protégé, ou bien se réfère, pour le déterminer, à la loi d'un Etat ou au « droit international » (sans en préciser les exigences). Ainsi, selon l'article 17, § 2 de la Déclaration universelle « nul ne peut être *arbitrairement* privé de sa propriété »; mais rien n'est dit sur la notion d'arbitraire, et l'on peut par exemple se demander si la nationalisation sans indemnité peut être ainsi qualifiée, lorsqu'elle repose sur une conception économique et sociale appliquée sans discrimination par l'Etat en cause. De même, l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des

(32) *Op. cit.*, p. 267.

Droits de l'Homme³³ dispose que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». La loi, c'est celle de l'Etat qui exproprie; quant aux « principes généraux du droit international », ils ont déjà été, selon les pays, diversement interprétés en ce domaine.

10. La difficulté de transposer le texte international de protection en un élément du mécanisme de fonctionnement de la règle de conflit apparaît d'autre part dans tous les cas où pareille transposition se heurterait, précisément, à un principe du droit international par ailleurs généralement admis, et en particulier, au respect mutuel, par les Etats, de leur souveraineté.

Voici un premier exemple : selon l'article 15, § 1^{er}, de la Déclaration universelle, « tout individu a droit à une nationalité »; est-ce à dire que si un individu est déchu, dans son pays, de sa nationalité (sans que cette déchéance se fonde sur la possession ou la pratique effective, par l'intéressé, d'une autre nationalité), cette déchéance devra être tenue pour non-avenue par les juges des autres Etats? Ne heurterait-on pas ainsi le principe que chaque Etat détermine ses propres nationaux? Ce n'est pas certain, car ce principe n'est pas absolu³⁴, et d'autre part, il ne s'agirait pas, pour le juge, d'attribuer à l'intéressé la nationalité dont il a été déchu, mais seulement d'en tenir compte (malgré cette déchéance) dans le règlement d'un litige de droit privé (pratiquement, pour désigner la loi personnelle de l'intéressé).

Plus grave serait la difficulté venant de l'obligation pour toute personne régie par la loi d'un Etat, de s'y soumettre effectivement. Il est clair, en effet, que la majeure partie des droits garantis par les instruments internationaux débouchent pratiquement sur des devoirs imposés aux Etats. Il n'en est pas ainsi seulement des « droits » qui ne font que traduire la participation de l'individu à une institution que les pouvoirs publics doivent créer ou organiser (par exemple : droit à la sécurité sociale, Déclaration universelle, art. 22; droit à un niveau de vie suffisant, art. 25); avec de tels textes, on sort en réalité entièrement, nous le verrons, du domaine du fonctionnement de la règle de conflit. Mais considérons, par

(33) V. texte : La Convention européenne des Droits de l'Homme, publ. Cons. de l'Europe, Strasbourg 1968, p. 42.

(34) V. arrêt Nottebohm, C.I.J., 6 avril 1955 : *Recueil C.I.J.* 1955, p. 4; et sur l'ensemble de la question : Batiffol, *op. cit.*, n° 71 s. et les références.

exemple, l'article 23, § 2 de la Déclaration : « tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal³⁵ » ; si la loi d'un Etat prévoit qu'à l'emploi égal, le salaire de la femme sera inférieur à celui de l'homme, une salariée française, et invoquant comme telle l'article 14 du Code civil, pourra-t-elle réclamer à son employeur étranger, devant le juge français, le complément de salaire destiné à rétablir l'égalité ? Cela ne paraît guère admissible, car l'employeur étranger est tenu de se soumettre aux lois de son pays. A moins de considérer que celles-ci sont « odieuses » au point d'exclure « l'exception d'obéissance » ; mais cela non plus n'est pas sérieusement soutenable, en dehors du domaine des crimes contre l'humanité, ou des crimes de guerre.

c) 11. On passe ainsi des cas douteux à ceux où le jeu de l'ordre public, au sens du droit international privé, paraît franchement exclu. Ici, les exemples peuvent être trouvés dans tous les textes qui en proclamant des droits, ne font qu'affirmer des idéaux dont le passage au réel dépend de l'évolution législative (qui elle-même traduit les progrès politiques, sociaux et économiques) de chaque Etat. Il suffirait de reprendre un seul exemple, déjà mentionné : selon l'article 26 de la Déclaration universelle « toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental ». Pour tirer de ce texte une exception d'ordre public dans le fonctionnement de la règle de conflit, il faudrait supposer qu'un Etat étranger réclame, devant le juge français, le paiement de droits de scolarité à la famille qui les doit, selon sa loi, et que le juge refuse d'appliquer celle-ci, comme contraire à l'ordre public. Nous nous gardons bien de pousser si loin l'imagination, — et on devrait la pousser plus loin encore pour « inventer » une intervention, en droit international privé, de l'article 25 de la Déclaration (« droit à un niveau de vie suffisant »).

*
**

12. Ce réalisme paraîtra à d'aucuns bien restrictif, et peut-être ne permet-il pas, en effet, d'étendre le caractère d'ordre public des droits de l'homme, en droit international privé, bien au-delà du

(35) V. aussi : Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée le 25 juin 1958, entrée en vigueur le 15 juin 1960 (*Recueil*, p. 30), art. 1^{er}-1-a.

domaine qui lui était déjà pratiquement reconnu dans un certain nombre d'Etats, dont la France. Une analyse plus complète, et faite pays par pays, montrerait cependant que même de ce point de vue « quantitatif », les instruments internationaux de protection devraient être source de sérieux progrès ; mais il reste aussi à montrer l'apport qualitatif que l'on en peut attendre, par l'internationalisation de l'ordre public en cette matière.

II. — LE CARACTÈRE INTERNATIONAL DE L'ORDRE PUBLIC FONDÉ SUR LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

13. Point n'est besoin de s'attarder sur le caractère *national*, par sa source et par son contenu, que revêt l'ordre public *dit* international, parce qu'il est projeté dans les relations internationales³⁶. Même lorsqu'il est affirmé, par exemple, par la Cour de Cassation française³⁷ que l'ordre public interne français ne doit intervenir que pour la sauvegarde des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue », la formule indique bien que le caractère « universel » et « international » de l'ordre public dépend, en définitive, d'une appréciation nationale. De même, l'ordre public « international » peut être non seulement plus restreint, mais opposé à l'ordre public interne, comme en matière monétaire³⁸ ; mais là encore, il est de source nationale, et traduit la politique économique du pays qui le définit.

Les conséquences de ce caractère national de l'ordre public « international » sont également bien connues, et deux mots suffisent à les rappeler : *diversité* dans l'espace, *mobilité* dans le temps. 14. Tout autre est, à notre sens, le caractère de l'ordre public fondé sur la protection internationale des droits de l'homme : non

(36) V. Batiffol, *op. cit.*, nos 366 et 356 ; cf. Dicey, *op. cit.* Chap. 7, Rule 2 ; Kegel, *Das internationale Privatrecht im Einführungsgesetz zum BGB*, Stuttgart 1961, pp. 980 s., 981 ; il est caractéristique, à cet égard qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris (du 19 mars 1965 : *Clunet* 1966, 117, note Goldman ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1965, 85, note P. Lagarde) ait parlé « 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 ».

(37) Cass. civ., 25 mai 1948 : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1949, 89 ; *Clunet* 1946-49, 38.

(38) Cass. civ. 21 juin 1950, D. 52, 749, note Hamel ; S. 51, I. 1, note Niboyet ; *Rev. crit. dr. int. pr.* 1950, 609, note Batiffol ; v. P. Lerebours-Pigeonnière, A propos du contrat international : *Clunet* 1951. 1.

seulement par sa source, mais aussi parce qu'il exprime les conceptions communes à un grand nombre de nations, il est, selon une expression déjà employée dans un autre contexte, *réellement international*³⁹. Il ne s'agit pas de la juxtaposition d'ordres publics nationaux semblables, mais bien d'un *ordre public de la collectivité internationale*.

Cette observation doit-elle être nuancée, lorsqu'il s'agit d'instruments internationaux qui n'ont pas vocation universelle, mais seulement régionale, comme la Convention européenne des Droits de l'Homme et les Protocoles additionnels ? Cela n'est pas certain, car même territorialement limitée dans son effet obligatoire, la Convention est l'œuvre d'un groupe de nations, et exprime leur conscience commune; elle est donc internationale dans sa source, tant formelle que substantielle, et tel est aussi le caractère de l'ordre public qu'elle institue. On pourra seulement se demander si dans les rapports entre Etats non membres du Conseil de l'Europe, cet ordre public pourra être aussi légitimement opposé, en tant qu'*ordre public vraiment international*, que le serait, à notre avis, l'ordre public institué par les instruments des Nations Unies, même entre des Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation⁴⁰. La vocation territoriale des instruments de protection, régionale dans un cas, universelle dans l'autre, pourrait entraîner ici une différence d'appréciation.

15. Au niveau du juge national, ce caractère nouveau de l'ordre public ne peut évidemment avoir que des conséquences limitées, par rapport à sa propre loi nationale : si celle-ci est directement contraire aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, le juge n'en sera pas moins tenu de l'appliquer (sous la réserve, importante, du contrôle de sa constitutionnalité, dans les pays où ce contrôle est organisé, et à condition que la supériorité du droit international sur le droit interne y soit consacrée par la Constitution, coutumière ou écrite).

Seulement, on peut espérer que cette contrariété manifeste ne surviendra qu'exceptionnellement. Hors cette hypothèse, et notam-

(39) V. Henri Rolin, *Vers un ordre public réellement international*, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris 1960, pp. 441 s.; et bien antérieurement : Niboyet, *Le rôle de la justice internationale en droit international privé*, *Rec. Cours Acad. dr. int.* La Haye, 1932, II, 157, n° 26; cf. Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, *Rec. Cours Acad. dr. int.* La Haye, 1963, I, 347, pp. 430 s.

(40) V. *supra*, n° 6.

ment en cas d'ambiguïté de la loi interne, Lerebours-Pigeonnière avait déjà noté que la Déclaration universelle devrait guider l'interprétation de celle-ci par le juge national⁴¹; l'observation doit être étendue aux autres instruments internationaux de protection, dans la mesure où ils sont aptes, par leur objet ou par leur contenu, à produire effet au niveau des droits subjectifs d'une personne déterminée⁴².

Le caractère international de l'ordre public se manifestera en revanche pleinement dans le fonctionnement de la règle de conflit, c'est-à-dire lorsque l'ordre public viendra écarter une loi étrangère contraire : il perdra, ici, sa diversité (parmi les nations qui y ont adhéré, voire, s'il est à vocation universelle, pour des nations « tierces ») et sa mobilité. Il en résulte en particulier, de ce dernier point de vue, que le juge national ne pourra pas modifier l'ordre public au gré de l'évolution philosophique, sociale ou économique de son propre pays, à moins que celui-ci ne rompe délibérément avec le groupe de nations qui l'a collectivement institué. A la vérité, cette rupture pourrait résulter de l'adoption, par un pays, d'une loi contraire à l'ordre public international des droits de l'homme : il sera alors difficile aux juges de ce pays, non seulement de refuser d'appliquer cette loi, mais aussi d'écarter une loi étrangère entachée de la même contrariété. Mais l'hypothèse est extrême, et ne met pas en cause le progrès réalisé par la modification du caractère de l'ordre public, du fait de sa définition internationale.

16. A peine est-il besoin d'ajouter enfin que cet ordre public sera pleinement applicable, à l'encontre de toute loi nationale, par les juridictions qui ne connaissent pas une « loi du for », s'imposant à elles : Cour Internationale de Justice, Tribunaux arbitraux internationaux — sans parler des juridictions spécialement destinées à la sauvegarde des droits de l'homme, comme la Cour européenne.

*
**

17. Le lecteur aura peut-être eu le sentiment, en parcourant ces quelques pages, que nous sommes fort restrictif quant à l'apport quantitatif et qualitatif fait par la protection internationale des droits de l'homme au fonctionnement de la règle de conflit. Nous

(41) *Op. cit. supra*, note 1, pp. 258 s.

(42) V. *supra*, n° 5 s.

pensons cependant que si la recherche était poursuivie sur les lignes esquissées, on découvrirait que cet apport est substantiel, tant quant aux droits protégés par ce moyen, que par la stabilité de cette protection. Encore avons-nous raisonné en supposant qu'il est possible d'apprécier la légitimité internationale de l'exception d'ordre public; nous savons bien, cependant, que le caractère national de l'ordre public traditionnel peut s'opposer à une telle appréciation. Mais là encore, ce serait un grand progrès que de l'admettre, même si l'on aboutissait ainsi, en d'autres domaines, à limiter le contenu de l'ordre public; car il faut pas oublier que de manière générale, c'est cette limitation qui doit être recherchée. Dans la mesure où les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ont le double effet d'élargir le contenu de l'ordre public (dans un domaine particulier où cet élargissement est souhaitable), tout en contribuant à tempérer son caractère discrétionnaire, parce que national, ils sont un facteur de progrès du droit international privé.