

COUR DE CASSATION
(2^e Chambre Civile)

Asistant Dr. Ata SAKMAR

2 juillet 1973

COMPETENCE. — Puissance paternelle. — Epoux et enfants de nationalité allemande. — Exception d'incompétence (non). — Ordre public. — Jugement étranger. — Effet en Turquie (non). — Compétence internationale des tribunaux turcs. —

CONFLITS DE LOIS. — Conflit entre les lois allemande et turque. — Loi applicable. — Ordre public. — Loi du for. —

— Comme la puissance paternelle concerne l'ordre public, les juridictions turques sont compétentes pour connaître des litiges qui opposent les étrangers en cette matière et les dispositions du Code Civil Turc sont applicables. —

A R R E T

“Les litiges dans lesquels les parties peuvent rendre compétents les tribunaux turcs par leur volonté, sont indiquées dans l'article 4 de La Loi Provisoire du 23 février 1915 sur les droits et les devoirs des étrangers en Turquie, qui est actuellement en vigueur. Ce sont des actions qui n'intéressent pas l'ordre public; mais comme l'institution de la puissance paternelle, tout en concernant le statut personnel, est en relation directe avec l'ordre public, les tribunaux turcs doivent trancher le différend relatif à cette matière. (I/1).

L'obtention judiciaire de l'attribution de la puissance paternelle sur les enfants par la femme défenderesse, à la suite d'une

instance en Allemagne pendant le déroulement du présent procès, ne constitue pas non plus un obstacle à ce que l'affaire soit jugée par les juridictions turques. D'ailleurs l'exécution du jugement rendu par le tribunal allemand n'étant pas possible et permis en Turquie (l'article 540/4 du Code de Procédure Civile), il est indispensable de prononcer sur la présente action en remise des enfants. Il s'ensuit que le moyen du pourvoi relatif à la compétence n'est pas fondé. (I/2).

L'existence d'un conflit entre la loi nationale des parties et le Code Civil Turc n'est pas établie, déjà comme la puissance paternelle concerne l'ordre public, il est naturel que le Code Civil Turc s'applique en cas de conflit. En conséquence le moyen touchant à cette question n'est pas fondé. (II/1 et 2)"

Par ces motifs, rejette tous les moyens du pourvoi et confirme l'arrêt attaqué¹.

Note. —

Avant d'aborder l'examen de cet arrêt de la Cour de Cassation, dominé par la notion de l'ordre public et qui attire l'attention sur plusieurs points, il convient de résumer brièvement les faits de la cause.

Le sieur R.Z. et la dame S.Z. tous deux de nationalité allemande et domiciliés à Istanbul, ont des enfants mineurs issus de leur mariage. La femme ayant manifesté l'intention de quitter le domicile conjugal et tenté d'emmener ses enfants avec elle, le mari saisit le Tribunal de grande instance d'Istanbul et demande la déchéance de la puissance paternelle de la mère. La défenderesse soulève alors l'exception d'incompétence des tribunaux turcs en invoquant l'article 4 de La Loi Provisoire du 23 février 1915 sur les droits et les devoirs des étrangers en Turquie.

Aucune des conditions prévues par cette article n'est en effet remplie dans l'affaire en question. Mais le Tribunal d'Istanbul accueille l'action intentée par le mari, en utilisant la notion de l'ordre

1) Voir pour le texte en turc de cet arrêt : Revue du Barreau d'Istanbul, v. 47, nos 7 - 8, juillet - août 1973, 827.

public comme chef de compétence internationale et ordonne la remise des enfants à leur père en appliquant les dispositions du Code Civil Turc. Malgré le pourvoi de la femme qui a obtenu entre-temps le divorce et l'attribution de la puissance paternelle en Allemagne, la Cour de Cassation confirme le jugement du Tribunal de grande instance.

Le jugement et l'arrêt ci-dessus rapporté ont eu donc à statuer, d'une part sur la compétence internationale des tribunaux turcs et d'autre part sur la loi applicable en matière de puissance paternelle. Nous examinerons successivement ces deux questions et les arguments retenus par la Cour de Cassation.

I — COMPÉTENCE INTERNATIONALE DES TRIBUNAUX TURCS

La première difficulté que la Cour de Cassation devait trancher dans cette affaire, était le point de savoir si les juridictions turques pouvaient accueillir une action en déchéance de la puissance paternelle intentée par un étranger contre sa femme de même nationalité. La défenderesse ayant invoqué l'article 4 de La Loi Provisoire du 23 février 1915, la compétence générale des tribunaux turcs paraissait douteuse. En effet, cet article subordonne la compétence internationale de nos juridictions dans les litiges concernant le statut personnel des étrangers à l'existence d'une des trois conditions qu'il énumère. Comme aucune de ces conditions, à savoir, le consentement des parties, le lien de la cause avec un ressortissant turc et la connexité avec une action pendante devant un tribunal turc, n'était remplie dans l'espèce, l'exception d'incompétence soulevée par la défenderesse semblait fondée.

1) Cependant l'un des deux autres chefs complémentaires de compétence internationale admis par la jurisprudence pouvait entrer ici en ligne de compte². La Cour de Cassation avait eu, en effet,

2) Voir pour l'autre chef de compétence internationale admis par la jurisprudence : Cass. Civ. 6 Avril 1945, *Clunet* 1969, 449, note V. R. SEVIĞ.

l'occasion de recourir à la notion de l'ordre public dans plusieurs arrêts pour justifier la compétence de nos tribunaux³. Il s'agissait dans toutes ces espèces des actions alimentaires opposant des demandeurs étrangers à des parents également étrangers et la Cour Suprême avait décidé que, même si les conditions prévues par La Loi Provisoire n'étaient pas remplies, les tribunaux turcs devaient connaître de ces litiges qui concernaient l'ordre public⁴.

A ce sujet, un attendu de l'arrêt du 22 novembre 1967 rendu par la Cour de Cassation toutes chambres civiles réunies, était particulièrement clair:

"La requête en pension alimentaire du demandeur est en relation avec l'ordre public. La présence en Turquie d'une personne tombée dans le besoin est un fait qui trouble l'ordre public, même si cette personne est un étranger. Les tribunaux doivent statuer sur les questions touchant à l'ordre public sans chercher le consentement de l'autre partie, même si ces questions concernent le droit de la famille. L'admission du contraire est incompatible avec les principes du droit international privé turc."⁵

Le présent arrêt n'a fait donc qu'étendre cette solution acquise en jurisprudence à la matière de la puissance paternelle. Il est en effet contraire à l'ordre public qu'une question aussi délicate que l'exercice de la puissance paternelle reste en suspens sans que les tribunaux ne puissent intervenir. Les autorités publiques sont tenues de prendre les mesures nécessaires pour la protection des enfants, lorsque les parents ne remplissent pas leurs devoirs ou abusent de

3) Voir pour la critique de ces décisions: E. NOMER, Devletler Hususî Hukukunda Nafaka (Obligations alimentaires en droit international privé) 1967, 117 et s.

4) Cass. Civ. 30 novembre 1951, 1 Mars 1952, 25 décembre 1952, 2 Mars 1961, BERKİ - ERGÜNEY, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları (Recueil des arrêts de la Cour de Cassation relatifs aux conflits de lois) 1963, pages 90, 78, 87, 84 et Cass. Civ. 5 juillet 1965, YAZICI - ATASOY, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İlgili Yargıtay Kararları (Recueil des arrêts de la Cour de Cassation), 1970, n. 1200.

5) Cass. Civ. 22 novembre 1967, YAZICI - ATASOY, n. 1184.

leur autorité. Il est inadmissible que la puissance paternelle soit exercée par une personne qui par son attitude négligente ou abusive s'avère indigne de cette autorité. C'est donc, à juste titre que la Cour de Cassation a écarté le principe de l'incompétence de nos tribunaux et affirmé une fois de plus, la nécessité de prendre l'ordre public en considération quand les circonstances l'exigent.

On remarquera cependant que la formulation des arguments avancés pour justifier la compétence internationale des tribunaux turcs, n'est pas entièrement satisfaisante. Le libellé de l'arrêt laisse en effet supposer que La Cour de Cassation considère que les actions relatives au statut personnel prévues dans l'article 4 de La Loi Provisoire ne concernent pas l'ordre public, et que l'institution de la puissance paternelle constitue une exception à cet égard. On se demande alors, d'une part, ce qu'il faut entendre par une action concernant l'ordre public, et d'autre part, pourquoi les actions relatives au statut personnel n'intéresseraient pas l'ordre public?

Sans entrer dans une discussion détaillée de ces questions, nous observerons simplement que ce n'est pas le caractère des dispositions sur la puissance paternelle, ni la relation directe de cette institution avec l'ordre public, qui constituent le fondement de la compétence internationale en cette matière. La compétence de nos tribunaux découle en effet de la nécessité d'intervenir pour ne pas laisser les personnes se trouvant en Turquie sans protection et de la nécessité d'éviter les abus inadmissibles. En d'autres termes, les juridictions turques doivent statuer en cette matière, non pas à cause du caractère d'ordre public de l'action, mais parce que le fait de priver les étrangers qui ont un lien avec notre pays, de tout recours est contraire à l'ordre public.

Il se pose alors la question de la portée de ce chef de compétence. Peut-on saisir les tribunaux turcs en se basant sur la notion de l'ordre public dans tous les cas où les intéressés se trouvent en Turquie, ou doit-on au contraire exiger la présence d'un domicile ou d'une résidence effective dans notre pays? Autrement dit, la compétence internationale doit-elle dépendre de la compétence territoriale interne? L'affirmative de cette question nous semble s'imposer, car pour que l'ordre public soit concerné, il est néces-

saire que la cause présente un lien réel avec le pays du juge saisi. Ainsi l'ordre public ne doit être pris en considération pour écarter l'incompétence internationale de nos juridictions, que dans les cas où il existe un tribunal turc territorialement compétent. C'était justement le cas dans la présente espèce, puisque les parties avaient leur domicile à Istanbul, mais l'arrêt a omis de préciser ce point en utilisant des termes trop généraux.

2) L'argument supplémentaire relatif à l'inefficacité du jugement étranger en Turquie, mérite également d'être approuvé. Le fait que la défenderesse ait obtenu le divorce et un jugement statuant sur la remise des enfants à l'étranger, ne constitue pas en effet un obstacle au déroulement du procès en Turquie.

Car si le jugement de divorce rendu par le tribunal allemand est reconnu en Turquie, il n'en est pas de même en ce qui concerne la remise des enfants. Cette décision consistant à obtenir qu'une personne accomplisse un acte comportant donc une coercition sur les personnes, l'octroi de l'exequatur est indispensable pour qu'elle ait un effet en Turquie. Or l'article 540/4 de Code de Procédure Civile dispose expressément que les jugements étrangers rendus en matière de statut personnel ne sont pas susceptibles d'exequatur. Il est donc clair que l'inefficacité du jugement étranger entraîne également la nécessité de l'intervention du tribunal turc pour statuer en cette matière.

On observera que l'arrêt emploi des termes catégoriques et semble considérer que le jugement étranger est dénué de tout effet en Turquie. Toutefois il est permis de penser que ce jugement puisse avoir une force probante, un effet de titre, à condition que cela ne revienne pas à lui connaître l'autorité de la chose jugée. Autrement dit, les juges du fond ayant un pouvoir souverain d'appréciation, doivent avoir la possibilité de vérifier la portée du jugement étranger et prendre en considération sa force probante s'ils l'estiment nécessaire.

II — CONFLITS DE LOIS

La deuxième question qui se posait à la Cour de Cassation dans cette affaire, était la détermination de la loi applicable à la

puissance paternelle. La Cour a fini par admettre la compétence de la loi du for en partant de deux idées différentes: l'inexistence d'un conflit matériel entre la loi nationale des parties et la loi turque d'une part, la notion de l'ordre public d'autre part.

1) L'argument relatif à la preuve de l'existence d'un conflit entre la loi allemande et le Code Civil Turc est tout à fait déconcertant. Il est évident en effet, qu'un problème de conflit de lois se pose, dès lors qu'une loi étrangère possède un titre à s'appliquer, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si les dispositions de cette loi et celles de la loi du for contiennent des règles similaires ou contradictoires. Si la preuve du contenu de la loi étrangère incombe en général aux parties qui l'invoquent, celles-ci ne sont nullement tenues de prouver qu'il existe un conflit matériel entre les dispositions de cette loi et celles de la loi du juge saisi. Le tribunal détermine la loi applicable selon les propres règles de conflit et rend son jugement au nom de cette loi compétente. Il importe peu que la loi étrangère contient des règles similaires ou identiques à celles de la loi du for.

La Cour de Cassation a elle-même affirmé, dans son arrêt du 24 décembre 1963 rendu par sa 2^e chambre civile en matière de divorce, que l'application du Code Civil Turc au motif qu'il n'existait pas de contradiction entre les dispositions de la loi albanaise et celles de la loi turque n'était pas fondée⁶.

Il est donc regrettable que le présent arrêt ait employé ce motif erroné qui peut donner lieu à des confusions.

2) Le second argument retenu par la Cour de Cassation pour justifier la compétence de la loi du for en cette matière est également critiquable. En effet, l'arrêt déclare applicables les dispositions du Code Civil Turc, au motif que l'institution de la puissance paternelle concerne l'ordre public, sans se soucier de la règle précise prévue par La Loi Provisoire du 23 février 1915. Or l'article 4 de

6) Cass. Civ. 24 décembre 1963, NİHAT İNAL, Uygulamada Nafaka ve Boşanma (Obligations alimentaires et divorce en pratique) 1970, 545.

cette loi dispose clairement, que les actions relatives à la capacité "comme" la tutelle et l'interdiction sont régies par la loi nationale des intéressés, et ne prévoit l'éviction de la loi étrangère compétente qu'en cas de son incompatibilité avec l'ordre public. La doctrine turque admet unanimement que les actions prévues dans cette article ne sont pas énumérées d'une manière limitative, qu'au contraire l'adverbe "comme" montre que les institutions figurant dans le texte sont citées à titre d'exemple. Il est donc clair que la puissance paternelle qui est une institution concernant la capacité, est régie par la loi nationale comme la tutelle et l'interdiction. Motif qui affirme le compétence directe de la loi turque fondée sur la notion de l'ordre public, est donc contraire à la lettre et à l'esprit de la Loi Provisoire que le juge était tenu d'appliquer d'office⁷.

Aussi la confusion faite entre l'ordre public international et les lois de police et de sûreté nous semble évidente. Effectivement une différence fondamentale existe entre ces deux notions quant à leur fonction et leur mise en oeuvre. Il s'agit d'une compétence directe et normale en ce qui concerne les lois de police et de sûreté, et d'une exception qui ne pourra agir qu'après, l'examen du contenu de la loi étrangère lorsqu'il est question de l'ordre public.

Abstraction faite de cette confusion, on aurait pu peut-être considérer les dispositions du Code Civil Turc relatives à la puissance paternelle, comme des lois de police et de sûreté et les appliquer de ce chef. L'application de la *lex fori* présente en effet des avantages d'ordre pratique, du point de vue de la détermination et de la mise en oeuvre de la loi compétente en cette matière. Mais en dépit de ces avantages, la substitution de la loi du for à la loi nationale commune des parties nous semble inadmissible. Car celle-ci présente elle-même des mérites certains dont le principal est celui d'assurer la permanence du régime de cette institution. En outre, la puissance paternelle étant étroitement liée aux autres relations familiales, il est impossible de la soumettre à la *lex fori* sans

7) Article 76 du Code de Procédure Civile; voir aussi, E. NOMER, *Dávada Yabancı Kanun*, (La condition de la loi étrangère dans le procès).

s'opposer de nouvelles difficultés⁸. D'autre part, la disposition expresse de l'article 4 de La Loi Provisoire ne permet pas, à notre avis, de considérer les articles du Code Civil relatifs à cette matière comme des lois de police et de sûreté.

Ainsi la prise en considération de la notion de l'ordre public pour fonder la compétence directe de la loi du for, nous paraît comme un cas typique de la tendance fâcheuse de la jurisprudence à invoquer à tout propos cette notion fuyante et arbitraire du droit international privé. L'application de la loi du for ne se justifierait qu'en ce qui concerne les mesures de protection provisoires et urgentes. Ainsi il était possible de confier provisoirement la garde des enfants à leur père en appliquant la loi interne turque qui donne au juge pouvoir souverain d'appréciation et statuer en définitif selon la loi allemande normalement compétente.

CONCLUSION

L'arrêt appelle donc, à notre avis, de sérieuses réserves surtout quant à la loi applicable. Il est regrettable en effet que La Cour de Cassation dont les décisions sont d'une importance capitale pour le droit international privé turc, s'engage dans une voie dangereuse et influence les juges du fond, au sujet de l'emploi abusif ou imprécis de la théorie de l'ordre public en matière de conflit de lois.

Par contre, la solution concernant la compétence juridictionnelle mérite en général d'être approuvée et donne l'espoir de voir un jour disparaître définitivement le principe anachronique de l'incompétence internationale des tribunaux turcs en matière de statut personnel des étrangers.

8) L. TOPOR, Les conflits de lois en matière de puissance parentale, 1971, 123.