

UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE

FACULTÉ DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET DE GESTION

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088



LA CIRCULATION INTERNATIONALE DES SITUATIONS JURIDIQUES

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 12 janvier 2016
par

Alexey BILYACHENKO

DIRECTEURS DE RECHERCHE :

M. André GIUDICELLI

*Professeur à l'Université de Corse Pasquale Paoli,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de La Rochelle*

M. François-Xavier MORISSET

Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

SUFFRAGANTS :

M. Paul LAGARDE

Professeur émérite à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

M. Gian Paolo ROMANO

*Professeur à l'Université de Genève
Rapporteur*

M^{me} Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ

*Professeur à l'Université de Bordeaux
Rapporteur*

**LA CIRCULATION INTERNATIONALE
DES SITUATIONS JURIDIQUES**

UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE

FACULTÉ DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET DE GESTION

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED088



LA CIRCULATION INTERNATIONALE DES SITUATIONS JURIDIQUES

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 12 janvier 2016
par

Alexey BILYACHENKO

DIRECTEURS DE RECHERCHE :

M. André GIUDICELLI

*Professeur à l'Université de Corse Pasquale Paoli,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de La Rochelle*

M. François-Xavier MORISSET

Maître de conférences à l'Université de La Rochelle

SUFFRAGANTS :

M. Paul LAGARDE

Professeur émérite à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

M. Gian Paolo ROMANO

*Professeur à l'Université de Genève
Rapporteur*

M^{me} Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ

*Professeur à l'Université de Bordeaux
Rapporteur*

*L'université de La Rochelle n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse ;
elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

*Je suis sincèrement reconnaissant à tous les
enseignants-chercheurs de l'Université de La Rochelle
m'ayant aidé et soutenu durant toutes ces années.*

*Je tiens à remercier également
mes collègues et voisins qui ont gentiment accepté
de relire cet ouvrage.*

*Et je suis surtout reconnaissant à ma famille,
sans qui je ne serais pas là où je suis.*

Les décisions de la CEDH sont citées conformément au mode de citation préconisé par cette juridiction. Les décisions de la CJCE/CJUE ainsi que celles des juridictions françaises sont citées conformément aux usages français.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ fam.	Actualité juridique famille
APD	Archives de philosophie du droit
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CSDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice (Union européenne)
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
Dr. fam.	Revue Droit de la famille
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
JCP	La Semaine juridique, Jurisclasseur périodique
JCP E	La Semaine juridique – Entreprise et affaires
JCP G	La Semaine juridique – Édition générale
JDI	Journal du droit international (Clunet), Journal du droit international privé
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux
LPA	Les Petites affiches
RCADI	Recueil de cours de l'Académie de droit international
RCDIP	Revue critique de droit international privé
Rec.	Recueil
RFDA	Revue française de droit administratif
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
S.	Recueil Sirey
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé

- AUDIT & D'AVOUT B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd.,
Economica, 2013
- BATIFFOL & LAGARDE .. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I,
8^e éd., LGDJ, 1993
- BUREAU & MUIR WATT . D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3^e éd.,
PUF, 2014
- GA B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence
française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006
- GACEDH F. SUDRE (dir.), J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA,
A. GOUTTENOIRE, avec la collaboration de F. MARCHADIER et
C. PICHERAL, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de
l'homme*, 7^e éd., PUF, 2015
- GAJC H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la
jurisprudence civile*, 12^e éd., Dalloz, t. I, 2007 et t. II, 2008
- LOUSSOUARN, BOUREL
&
VAREILLES-SOMMIÈRES .. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit
international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013
- MAYER & HEUZÉ P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., Montchrestien,
2014
- NIBOYET & GEOUFFRE
DE LA PRADELLE M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit
international privé*, 4^e éd., LGDJ, 2013

*Si vous saviez ce que vous cherchiez et vous l'avez trouvé
— vous n'avez rien appris.
L'important c'est de trouver ce que vous n'attendiez pas
— c'est comme ça que la science avance.*

(Samuel TING, prix Nobel de physique 1976)

INTRODUCTION

1. Imaginons une situation. Voulant échapper à la guerre civile, un couple de chrétiens de Syrie fuit en Turquie. Face à un avenir incertain, ils décident de se marier sans plus tarder, avant de repartir vers l'Europe. Le mariage est célébré par un prêtre dans un camp de réfugiés. Au terme d'une traversée périlleuse, ils s'installent en Grèce. Après 20 ans de vie familiale, le mari vient travailler en France, où il obtient un contrat de travail à durée indéterminée, et décide de rompre avec son épouse. Celle-ci, restée en Grèce, l'assigne devant le juge français de son nouveau domicile, en contribution aux charges du mariage, sachant que le droit grec reconnaît leur union. Mais le mari soulève sa nullité. En effet, selon le droit français (art. 202-2 du Code civil), la forme du mariage est soumise à la loi du pays de célébration, c'est-à-dire la Turquie, et le droit turc (art. 13, §2, de la loi n° 5718 du 27 novembre 2007 sur le droit international privé) contient la règle de conflit identique, sans renvoyer à aucun droit tiers. Or, le Code civil turc ne connaît que le mariage civil, qui doit nécessairement précéder toute cérémonie religieuse éventuelle. Dans un tel cas, devrait-on appliquer la règle de conflit de lois et tenir le mariage pour inexistant en dépit des 20 ans de vie conjugale ?¹

¹ La situation fait écho, dans une certaine mesure, à l'affaire canadienne concernant un divorce selon le rite juif *Schwebel v. Ungar* (ONCA 1963), [1964] 1 OR 430 ; 42 DLR (2d) 622 ; *Schwebel v. Ungar* (SCC 1964), [1965] SCR 148 ; 48 DLR (2d) 644 ; LYSYK, 43 *Can Bar Rev* 363 (1965) ; WEBB, 14 *ICLQ* 659 (1965). — Sur l'arrêt de la cour d'appel d'Ontario, en langue française, v. *RCDIP* 1965, 321, n. W. WENGLER.

Imaginons une autre situation. Un contentieux d'inexécution contractuelle oppose une société française défenderesse à une société étrangère demanderesse dont le lieu d'immatriculation, ou *place of incorporation*, ainsi que le siège réel se trouvent à Singapour. Après la survenance du différend, une personne physique domiciliée en France rachète la majorité qualifiée des actions de la demanderesse et en acquiert ainsi le contrôle effectif. L'avocat de la défenderesse excipe alors de l'absence de personnalité juridique de la demanderesse et donc de sa capacité d'ester en justice². En effet, selon la règle de conflit de lois française, la loi de « nationalité » d'une société est celle du lieu de son siège réel, c'est-à-dire de son centre de décision, qui se trouve en l'occurrence en France³ ; or une société française accède à la personnalité juridique seulement après les formalités d'immatriculation de droit français, qui n'ont pas eu lieu en l'espèce, et sous condition de respect de certaines exigences légales, qui n'ont naturellement pas été observées puisque la société était constituée à l'étranger et conformément au droit local. Dans une pareille situation, devrait-on appliquer la règle de conflit de lois et nier la personnalité juridique de cette société en plein litige alors qu'elle en bénéficiait au moment de la conclusion du contrat litigieux ?

Dans chacune des deux hypothèses ci-dessus, les considérations de justice, d'harmonie internationale des solutions, de cohérence des rapports privés internationaux militent en faveur de la reconnaissance dans le for de la situation juridique étrangère. Plusieurs méthodes ont été imaginées pour parvenir à cet objectif, dont la méthode de la reconnaissance des situations juridiques.

2. Le contexte. En France, la réflexion sur la reconnaissance unilatérale des situations juridiques a débuté avec un article de M. Paul Lagarde publié en 2004⁴. Depuis, plusieurs articles ont paru sur le sujet, et la discussion, très nourrie, s'est diversifiée et s'est

² Une hypothèse inspirée de la jurisprudence *Überseering* de la CJCE, *infra*, n° 333.

³ Cass. plén., 21 décembre 1990, *Roval*, n° 88-15744, *Bull.*, n° 12 : « le rattachement à un État [...] pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire ».

⁴ « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjonctures », *RebelsZ* 68 (2004) 225. — Malheureusement, les compétences linguistiques limitées de l'auteur de la présente Thèse ne lui permettent pas, pour l'instant, de faire état de la réflexion menée sur le même sujet dans certains autres pays européens, dont l'Allemagne.

internationalisée⁵. Mais pour un sujet présenté souvent comme révolutionnaire, les thèses ou monographies y consacrées sont plutôt rares⁶.

Il existe presque autant de méthodes de la reconnaissance que d'auteurs qui travaillent sur le sujet. Même si des rapprochements sont possibles entre certaines opinions doctrinales, on n'arrivera pas à en dégager une méthode qui ferait l'unanimité. C'est en ce sens qu'il est possible de dire que la doctrine contemporaine propose plusieurs méthodes nouvelles qui visent toutes à la reconnaissance des situations juridiques étrangères.

3. Le choix du titre de la Thèse. Par ailleurs, il a été souligné que plusieurs méthodes déjà existantes aboutissent, dans certains cas de figure, au même résultat (la reconnaissance des situations juridiques étrangères) et que le raisonnement caractéristique de cette méthode peut-être présent dans d'autres mécanismes du droit international privé⁷.

C'est pour ramener toutes ces théories à un dénominateur commun et pour se focaliser sur les processus fondamentaux canalisés par les diverses méthodes, qu'il a été décidé de définir l'objet de la présente étude d'une manière très extensive comme « la circulation internationale des situations juridiques ». Ainsi, le phénomène de circulation internationale des situations juridiques sera étudié à travers des multiples méthodes qui ont été proposées, débattues, appliquées ou encore celles qui font partie du droit positif en son

⁵ Parmi les publications principales, dans l'ordre chronologique : P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP* 2006, 457 ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, 307 ; P. LAGARDE, « Reconnaissance, mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 479 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP* 2008, 513 ; P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance, est-elle l'avenir du droit international privé? », *RCADI* 371 (2014) p. 9. — Un colloque international a été entièrement consacré à ce thème : P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé*, Pedone, 2013.

⁶ À notre connaissance, deux thèses sont actuellement en préparation concernant la reconnaissance *unilatérale* : l'une par M. Samuel Fulli Lemaire à l'Université Paris II et l'autre par M. Christophe Tse à l'Université de Cergy-Pontoise. — Deux thèses sur la reconnaissance *mutuelle* dans le contexte du droit de l'Union européenne ont été soutenues récemment : M. HODAC, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne : Analyse sous l'angle du droit international privé*, préf. S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Bruylant, 2012 et A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse Lyon 3, 2014.

⁷ P. MAYER, « La reconnaissance : notions et méthodes » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 27.

état actuel, avant de se lancer dans l'élaboration d'une méthode de reconnaissance qui serait la mieux adaptée à la circulation internationale des situations juridiques.

4. Le point de départ de la recherche. Le point commun à toutes les méthodes de reconnaissance avancées dans la doctrine du début du XXI^e siècle, semble être la non application de la règle de conflit de lois. Aussi le postulat de départ de notre recherche, sans préjudice du résultat auquel celle-ci pourrait aboutir, est-il l'hypothèse de l'inadéquation de la méthode classique de conflit de lois à la reconnaissance des situations juridiques déjà créées à l'étranger, contrairement à la création des mêmes situations juridiques dans le for.

5. Le champ d'étude. La présente étude est limitée au droit international privé commun et ne concerne donc pas directement le droit international privé de l'Union européenne. La raison principale d'un tel choix est le besoin d'étudier le droit international privé « pur », avant que des éléments dus à l'intégration régionale viennent compliquer la matière. Mais les résultats de cette recherche méthodologique devraient être applicables dans tous les domaines, y compris ceux relevant du droit européen.

En revanche, le droit primaire de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'Homme rentrent dans le cadre de cette recherche, car ils exercent des influences notables sur le droit international privé, qu'il soit interne aux États membres ou qu'il fasse partie du droit dérivé de l'Union.

Il n'a pas semblé souhaitable de limiter l'étude *ratione materiae* (par exemple, au statut personnel ou familial), car ce doit être une recherche méthodologique générale qui aboutirait à la proposition d'une méthode applicable à toutes les catégories de rapports privés internationaux. Néanmoins, aux fins de la démonstration, il sera nécessaire de choisir quelques exemples particuliers.

6. Les cas de figure pratiques concernés. La méthode de la reconnaissance des situations pourrait être appliquée dans divers domaines dont le cercle reste à déterminer. Cependant plusieurs cas qui paraissent propices à l'application de cette méthode ont d'ores

et déjà été identifiés. Il s'agit du nom de famille⁸, de la filiation adoptive ou concernant l'assistance médicale à la procréation au sens large⁹, ainsi que de la nationalité et de la personnalité juridique des sociétés dans un contexte de leur mobilité internationale¹⁰.

7. Les objectifs du travail. Le but de la recherche consiste à étudier le phénomène de circulation internationale des situations juridiques et de conceptualiser une méthode d'application du droit qui pourrait remplacer la méthode classique, dite de conflit de lois, dans l'hypothèse de la circulation internationale.

L'enjeu pratique est triple. D'abord, une nouvelle méthode devrait être de nature à favoriser la prévisibilité pour les parties. Ensuite, cette méthode devrait assurer la continuité des situations juridiques et la cohérence des rapports privés internationaux. En effet, la reconnaissance n'est pas une reconstitution : accueillir dans le for une situation juridique déjà existante à l'étranger n'est pas la même chose que de créer le double national de la situation étrangère, voire un reflet national très approximatif de celle-ci. Enfin, une méthode de droit international privé plus simple que celle de conflit de lois pourrait non seulement favoriser les parties mais aussi alléger, simplifier et accélérer le travail de tous les acteurs du procès civil et commercial, magistrats comme avocats.

Une méthode de reconnaissance des situations doit être en adéquation avec ces nécessités pratiques. Mais surtout, il faudra vérifier l'hypothèse de départ et établir si une telle méthode est théoriquement envisageable, et si elle serait en adéquation avec le système général du droit et notamment du droit international privé.

8. L'approche adoptée. La circulation des situations juridiques peut être étudiée sous divers angles : juridique, politique, sociologique, philosophique, économique. Notamment, la reconnaissance occupe une place très importante dans la philosophie

⁸ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, *infra*, n° 324 ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, *infra*, n° 325 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, *infra*, n° 326 et CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, *infra*, n° 323.

⁹ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, *infra*, n° 267 ; CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, *infra*, n° 268 ; CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France et Labassée c. France*, *infra*, n° 269 ; CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *infra*, n° 300.

¹⁰ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *infra*, n° 331 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, *infra*, n° 333 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, *infra*, n° 332 ; CJCE, 13 décembre 2005, *SEVIC Systems*, *infra*, n° 334 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio*, *infra*, n° 333 ; CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, *infra*, n° 335.

politique contemporaine et dans la sociologie juridique¹¹. Mais la recherche qui suit sera consacrée uniquement à l'aspect juridique et ne concernera pas les facteurs politiques et idéologiques qui militent en faveur de l'application d'une méthode de la reconnaissance en droit international privé. Le simple fait que cette nouvelle méthode pourrait rendre le système entier du droit international privé plus cohérent suffirait pour justifier l'utilité des recherches sur le sujet. D'ailleurs, le seul domaine dans lequel l'auteur de la présente Étude possède certaines compétences, aussi modestes soient-elles, c'est le domaine juridique ; nous laissons donc le développement des autres aspects aux spécialistes de ces domaines respectifs.

Outre l'analyse du droit positif et les considérations théoriques sous-jacentes, il sera également nécessaire de mobiliser d'autres outils comme l'histoire du droit et le droit comparé. C'est une sorte de réservoir tridimensionnel (l'histoire ajoutant la profondeur à la carte des systèmes juridiques des pays différents) dans lequel on peut puiser des idées qui ont été expérimentées ou tout au moins débattues, concernant la circulation internationale des situations juridiques. Certains de ces mécanismes, méthodes ou idées ont déjà prouvé leur efficacité et l'on aurait tort de ne pas s'en servir dans sa propre construction théorique. D'autres sont empreints de certains défauts dont on aurait tort de ne pas tenir compte.

Puisque la présente Thèse est consacrée au droit positif actuel et ambitionne contribuer (fût-ce d'une manière très modeste) à son développement futur, les aspects historiques n'auront qu'un rôle secondaire. Les méthodes du passé seront analysées non pas dans leur contexte historique mais en tant qu'idées théoriques abstraites. La même limitation s'appliquera aux éléments du droit comparé. Il ne s'agira ni de l'étude d'histoire du droit, ni du droit comparé mais de l'analyse des méthodes du droit international des pays et époques différents, intéressant la circulation internationale des situations juridiques.

Malgré certaines inspirations venues parfois des autres systèmes juridiques, la recherche touche principalement au droit international privé français. Néanmoins, les

¹¹ Sur cette question, v. A. HONNETH, « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du MAUSS* 23 (2004/1) p. 133 ; N. FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du MAUSS* 23 (2004/1) p. 152 ; H. MUIR WATT, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 85.

conclusions pourraient être directement utilisables dans d'autres pays européens, notamment en ce qui concerne l'influence du droit primaire de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme sur la circulation internationale des situations juridiques. De surcroît, le caractère général et méthodologique du présent travail devrait rendre ses conclusions transposables à d'autres systèmes juridiques, moyennant quelques ajustements en fonction des spécificités nationales des systèmes respectifs.

9. Le plan de l'ouvrage. Avant de rechercher un fondement théorique, une explication technique et les contours précis de la méthode de la reconnaissance (Seconde Partie), il est nécessaire d'étudier l'objet même de la circulation internationale et de le définir (Première Partie).

PREMIÈRE PARTIE

**L'OBJET DE LA CIRCULATION
INTERNATIONALE**

10. La reconnaissance des phénomènes juridiques étrangers afin de permettre leur circulation internationale n'a rien de nouveau dans son principe. Depuis des siècles l'idée revient périodiquement sous divers avatars. En revanche, on cherche toujours à définir précisément l'objet de la reconnaissance.

Plusieurs voies ont été envisagées ; il convient d'abord d'analyser les pistes déjà étudiées dans la doctrine et expérimentées dans la jurisprudence (Titre I), avant de passer à la redéfinition de l'objet de la circulation internationale (Titre II).

TITRE I

LES ANTÉCÉDENTS DE LA CIRCULATION INTERNATIONALE DES SITUATIONS JURIDIQUES

11. Il s'agira ici de l'étude des théories et techniques juridiques qui ont été imaginées par la doctrine et par la jurisprudence des divers pays, depuis plusieurs siècles et jusqu'à l'époque contemporaine. Le propos ne se limitera pas à une simple description de ces idées et mécanismes : leur analyse servira à rechercher les problèmes qui se posent en droit international privé en matière de reconnaissance. L'identification des problèmes qui appellent la circulation internationale des situations juridiques ainsi que de ceux qui y constituent des obstacles orientera la réflexion pour la suite de l'ouvrage.

La circulation internationale a d'abord été pensée comme portant sur les droits subjectifs (Chapitre I). Ensuite, plusieurs mécanismes apparurent pour permettre la circulation des situations juridiques, mais la reconnaissance ne portait alors pas directement sur celles-ci (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'IDÉE DE CIRCULATION DES DROITS SUBJECTIFS EN TANT QUE TELS

12. Le concept même de droit subjectif et *a fortiori* l'idée de sa circulation internationale sont inséparables de la question du rôle de la loi dans sa création et dans sa circulation : est-ce qu'un droit subjectif peut exister indépendamment de la loi ? Peut-il sortir de l'empire d'une loi et se placer sous l'empire d'une autre ? S'agit-il de la circulation d'un droit subjectif franchissant les frontières de lois nationales différentes, ou plutôt de l'action extraterritoriale de la loi ayant présidé à sa création ?

Avant de présenter et d'analyser les diverses théories des droits acquis (Section 2), il est nécessaire d'en rappeler les fondements et, pour ce faire, de remonter aux conceptions doctrinales premières se focalisant tantôt sur la loi, tantôt sur les droits subjectifs (Section 1^{re}).

Section 1^{re} : Les rôles respectifs de la loi et de la situation juridique dans différentes doctrines du droit international privé

13. Il ne s'agit pas ici de faire une présentation exhaustive et détaillée de toutes les écoles du droit international privé qui ont précédé les théories des droits acquis, ce qui dépasserait largement le cadre de la présente étude, mais plutôt de donner un aperçu des grandes tendances sous-jacentes aux théories des droits acquis, qui ne sont d'ailleurs pas sans influence sur le débat contemporain autour de la reconnaissance des situations juridiques¹².

Certains courants du droit international privé plaçaient le droit objectif au centre de leur attention, que l'on peut ainsi désigner comme « légicentristes » (§ 1^{er}) ; d'autres, en revanche, construisaient leur raisonnement à partir de situations juridiques subjectives, que l'on peut appeler « réicentristes »¹³ (§ 2).

§ 1^{er} — Le raisonnement à partir de droit objectif

14. Ne seront pas abordés ici les courants du droit international privé qui, bien que résolument légicentristes, n'ont pas contribué aux théories des droits acquis, tel que le fonctionnalisme états-unien¹⁴. Dans les autres approches légicentristes du conflit de lois deux aspects sont particulièrement importants pour la suite de notre recherche : le rôle de la souveraineté de l'État sur son territoire (A) et de sa souveraineté sur ses sujets (B).

¹² Nous reviendrons au sujet des rapports entre la loi et les situations juridiques, ou entre le conflit de lois et la reconnaissance des situations, dans le Titre dernier.

¹³ Cette distinction méthodologique s'inscrit dans le débat philosophique sur la fonction publiciste ou privatiste du droit international privé. Sur ce débat, v. BUREAU & MUIR WATT, p. 12 (n° 8), p. 382 (n° 333) et s. — Sur la polysémie du terme « *res* » en droit romain, v. Y. THOMAS, « *Res*, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *APD* 1980, 413.

¹⁴ Sur ce courant de la science du droit international privé, v. S. SYMEONIDES, « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow », *RCADI* 298 (2002) p. 25.

A/ Le conflit de lois comme un conflit de souverainetés

15. Au commencement de l'ère doctrinale du droit international privé¹⁵, le problème du conflit de lois (des *statuta*) était perçu comme celui de l'interprétation des volontés souveraines qui les avaient édictées.

En 1228, Accurse écrivit sa célèbre *Glossa Magna* sur la première constitution de Justinien, la glose qui donna naissance au courant doctrinal connu sous le nom de statutisme¹⁶. Au début de la constitution commentée par Accurse, l'empereur s'adresse à « *cunctos populos quos nostrae clementiae regit imperium* » (« tous les peuples régis par l'autorité de notre clémence »). Accurse en tira la conclusion que l'empereur ne régissait pas tous les peuples et donc qu'un étranger devrait, au moins dans certains cas, rester soumis à son *statutum* d'origine¹⁷. D'où fut dégagée la règle que *statutum non ligat nisi subditos* (« la loi ne lie que les sujets »)¹⁸. Les statutaires subdivisèrent les « statuts », selon leurs objets, en statuts réels et statuts personnels, les premiers étant d'application territoriale, les seconds étant extraterritoriaux¹⁹. Ainsi, tout le raisonnement du droit international privé était articulé autour de la question de l'applicabilité des lois dans l'espace, voulue par le souverain-législateur.

16. L'œuvre majeure du statutisme fut *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* du juriste hollandais Ulrich Huber, dont les deux premières éditions parurent en 1684 et la troisième en 1689²⁰. Inspirée des travaux des juristes français, dont d'Argentré, et de la conception de l'État souverain développée par Bodin et Grotius, cette dissertation

¹⁵ Des éléments de droit international privé existaient même dans l'Antiquité, mais c'est durant le Moyen-Âge qu'apparurent les travaux doctrinaux les plus anciens qui nous soient parvenus. C'est pour cette raison que nous avons fait le choix de remonter dans notre étude à cette époque.

¹⁶ Certains auteurs trouvent la première trace de la doctrine statutaire chez Aldricus (XII^e siècle) : J.-P. NIBOYET, *Traité du droit international privé français*, t. III, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1944, p. 44-45 (n° 863).

¹⁷ MAYER & HEUZÉ, p. 57 (n° 61).

¹⁸ Parfois la règle « *statutum non ligat nisi subditos* » est attribuée à Carolus de Tocco (XII^e siècle) : B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, cours Paris II, 2008, p. 93.

¹⁹ La distinction et ses conséquences furent développées par les statutaires français et parachevées par d'Argentré : BATIFFOL & LAGARDE, p. 378 (n° 220).

²⁰ La réflexion qui suit sera faite à partir de cette dernière version, traduite en français par B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du conflit des lois différentes dans des États différents », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2008, p. 1.

influença largement la pensée statutaire au-delà des frontières de son pays et de son époque, et elle donna naissance à une théorie des droits acquis qui connut un grand succès. Il est communément admis que le titre de cette œuvre de Huber fut le premier emploi de l'expression de « conflit de lois »²¹. La vision que l'auteur a du droit international privé s'exprime dès l'intitulé : il s'agit, pour lui, d'un conflit des lois donc des actes de souveraineté.

La dissertation s'articule autour de trois axiomes : « (1) les lois de chaque État ont autorité dans les limites de son territoire et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà ; (2) sont réputés sujets d'un État tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières, qu'ils y demeurent à titre permanent ou à titre temporaire ; (3) les autorités des États, [comiter], font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, sous la réserve que ni les autres États, ni leurs sujets n'en subissent aucune atteinte dans leur pouvoir et dans leurs droits »²².

17. La « courtoisie » de Huber — *comitas* — n'est pas une simple bienséance internationale, que l'on peut trouver chez ses prédécesseurs Voet²³, mais une véritable règle du droit international public, du *jus gentium* dans le sens que lui attribuait Grotius. La raison de cette règle est pragmatique : « même si les lois d'une nation ne peuvent avoir aucune force directement dans une autre, rien ne serait plus néfaste pour le commerce et les rapports de voisinage entre les nations que des actes valables en un lieu soient dépourvus d'effet ailleurs en raison de la différence de législation »²⁴. La règle a une double fonction : positivement elle sert de fondement pour l'application du troisième axiome, négativement elle fonde la réserve à ce même axiome (l'exception d'ordre public international).

18. Sous réserve de l'ordre public international, trois conclusions découlent de ces axiomes. D'abord, « tous les actes et opérations, judiciaires ou extrajudiciaires, à cause de mort ou entre vifs, régulièrement passés selon la loi d'un certain lieu, sont valables même

²¹ *Ibid.*, p. 5.

²² *Ibid.*, p. 10-11.

²³ B. ANCEL, *Histoire...*, précité, p. 140 et s.

²⁴ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du conflit des lois... », précité, p. 11.

là où prévaut une loi différente et où ils n'auraient donc pas été valables s'ils y avaient été passés. Inversement, les actes et opérations faits en violation de la loi locale, nuls *ab initio*, ne peuvent valoir nulle part »²⁵. Ensuite, « les qualités personnelles conférées par le droit à la personne en un lieu déterminé circulent en tout lieu et accompagnent la personne avec cet effet que celle-ci jouira et pâtira n'importe où de la condition dont les personnes semblables jouissent ou pâtissent ailleurs »²⁶. Enfin, Huber fait distinction entre d'une part la capacité d'une personne de disposer de choses, régie par la loi du lieu de l'acte de disposition et éventuellement avec un appui sur la loi de son statut personnel, et d'autre part la « capacité » de la chose à « être disposée », laquelle est régie par la loi de sa situation²⁷.

19. La doctrine de Huber fut reçue en droit anglais par Lord Justice Mansfield dans sa célèbre décision rendue en 1760 dans l'affaire *Robinson v. Bland*²⁸. Quinze ans plus tard, dans l'affaire *Holman v. Johnson*, le même juge se référa explicitement à Huber : « La doctrine que Huber formule est fondée en bon sens et sur les principes généraux de la justice. Je suis entièrement d'accord avec lui »²⁹.

Le statutisme connut son développement ultérieur dans l'œuvre de Joseph Story, professeur à Harvard et juge à la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique. Sa vision du statutisme est exposée dans les *Commentaries on the conflict of laws*, dont la première édition parut en 1834. Il construit sa version de cette théorie, à l'instar de Huber, autour de trois maximes. La première, déjà largement partagée dans la doctrine, est que « chaque nation possède une souveraineté exclusive et juridiction sur son propre territoire »³⁰. La

²⁵ *Ibid.*, p. 11-12.

²⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁷ *Ibid.*, p. 20-21.

²⁸ *Robinson v. Bland* (1760) 1 Wm Bl 234, 2 Burr 1077. — Ce fut la première affaire où les juges anglais étaient confrontés à l'application en Angleterre d'une loi étrangère (française en l'espèce). Toutefois, l'action étant composée de plusieurs prétentions subsidiaires, la satisfaction fut donnée au demandeur sur le fondement d'une prétention qui avait des solutions identiques en droit français et en droit anglais, et le droit français n'eut pas l'occasion d'être appliqué : CHESHIRE, NORTH, FAWCETT, *Private International Law*, 14^e éd. par J. FAWCETT et J. M. CARRUTHERS, Oxford University Press, 2008, p. 21-22.

²⁹ *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp 341 ; c'est nous qui traduisons, cité en anglais dans B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du conflit des lois... », précité, p. 4 : « *The doctrine Huberus lays down is founded in good sense and upon general principles of justice. I entirely agree with him* ».

³⁰ J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, 8^e éd. par M. M. BIGELOW, Boston, 1883, n° 18 : « *every nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its own territory* ». — Ici

deuxième, et que « aucun État ou nation ne peuvent par ses lois régir directement ou grever les biens hors de son territoire, ou contraindre les personnes n'y résidant pas »³¹ ; le contraire équivaudrait à dire, remarque Story, que chaque État pourrait légiférer pour les autres et aucun pour soi, que chacun pourrait établir des règles qui ne seraient obligatoires pour personne³². L'exception à cette deuxième maxime est constituée par la compétence de chaque État concernant ses propres sujets, « à tout moment et en tout lieu »³³. La troisième maxime dégagée par Story dispose que chaque État a le pouvoir de décider, même au cas par cas, quel effet donner dans le for aux lois étrangères³⁴. Et c'est la *comity* qui est, pour Story, « le vrai fondement et mesure de l'efficacité des lois d'une nation dans les domaines des autres »³⁵.

20. Donc, le courant statutaire, des premiers glossateurs italiens du XIII^e siècle et jusqu'à Story au XIX^e, concevait le problème du droit international privé comme un conflit de souverainetés et y apportait la réponse en termes de reconnaissance dans le for des lois étrangères ; il s'agissait de la décision souveraine de l'État du for de faire produire à une loi étrangère tous ou certains de ses effets, dont la création et la validité des droits subjectifs. La circulation des droits subjectifs était, d'une certaine manière, un effet collatéral du règlement souverainiste des rapports internationaux.

B/ La souveraineté et la nationalité en droit international privé

21. Si les doctrines mentionnées dans la première partie de ce Paragraphe considéraient surtout la souveraineté de l'État sur son territoire, sa souveraineté sur sa population a pris un relief particulier au cours du XIX^e siècle³⁶.

En 1851, au lendemain de la première guerre d'indépendance contre l'Empire

et *infra*, les numéros correspondent à la 3^e édition de l'ouvrage, la dernière faite par Story lui-même. — Ici et *infra*, pour cet ouvrage comme pour les autres, c'est nous qui traduisons.

³¹ *Ibid.*, n° 20 : « *no state or nation can by its laws directly affect or bind property out of its own territory, or bind persons not resident within* ».

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, n^{os} 21-22.

³⁴ *Ibid.*, n° 23 et s.

³⁵ *Ibid.*, n° 38, en s'appuyant, entre autre, sur *Robinson v. Bland*.

³⁶ Les notions, publicistes, de souveraineté et de nationalité dépassent le cadre du présent travail et ne seront pas développées ici.

Austro-Hongrois, l'Italien Pasquale Stanislao Mancini prononça à l'Université de Turin, qui était à l'épicentre du mouvement national connu sous le nom de *Risorgimento*, son introduction au cours du droit international et maritime intitulée « De la nationalité comme fondement du droit des gens »³⁷. Pour Mancini, la famille et la Nation sont des phénomènes cruciaux et naturels dans la vie de l'Homme : dès sa naissance l'Homme acquerrait la conscience d'appartenance à une famille et à une société et développerait un certain attachement pour eux³⁸. Chaque nation se déterminerait par certains critères dont les principaux sont la région géographique, la race, la langue, les mœurs et usages, l'histoire, les lois, la (les) religion(s)³⁹, mais son existence même serait subordonnée à l'existence d'une conscience d'appartenance nationale de ses membres⁴⁰.

La nation, affirme Mancini, est « une société naturelle d'hommes des mêmes territoire, origine, coutumes et langue, s'étant conformés à une communauté de vie et de conscience sociale »⁴¹, et il en tire une conclusion, pour lui inattaquable, que « la préservation et le développement de la nationalité devient [...] non seulement un droit mais aussi un devoir juridique »⁴². Selon l'auteur, c'est la Nation et non pas l'État qui constitue la cellule de base de la société internationale et donc le fondement de la science du droit international tout entier⁴³.

La différence de législation qui existe entre les diverses nations ne serait pas le fruit du hasard mais une conséquence du développement historique de la nation dans un certain cadre géographique, culturel etc. Ces critères qui déterminent naturellement le visage d'une nation déterminent également les lois par lesquelles celle-ci est régie. Les lois seraient faites à la mesure de la nation qui les édicte. Sur ce point, Mancini ne fait que mettre en relief une affirmation par ailleurs assez répandue à l'époque⁴⁴. C'est dans les conclusions

³⁷ P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, in P. S. MANCINI, *Diritto internazionale: prelezioni, con un saggio sul Machiavelli*, Naples, Giuseppe Marghieri Editore, 1873, p. 1 et s.

³⁸ *Ibid.*, p. 26.

³⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 35.

⁴¹ *Ibid.*, p. 37 : « ...una società naturale di uomini da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale ». — Ici et infra, c'est nous qui traduisons.

⁴² *Ibid.* : « la conservazione e lo sviluppo della nazionalità addivenga per gli uomini non solamente un diritto, ma un dovere giuridico ».

⁴³ *Ibid.*, p. 42.

⁴⁴ Dans le même sens, déjà J. STORY, *op. cit.*, n° 1.

qu'il en tire qu'apparaît l'originalité de sa vision.

22. Il expose sa vision du droit international privé sous une forme suffisamment structurée dans son article « De la nécessité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles »⁴⁵. Elle est basée sur les prémisses suivantes. D'abord, « l'ordre juridique consiste dans l'accord de la liberté privée et individuelle, avec l'exercice du pouvoir social, c'est-à-dire des rapports entre la loi de l'État et les prérogatives de l'individu, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés. L'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers. En conséquence, l'autorité sociale ne peut, sans commettre un injuste excès, envahir la sphère inaccessible et inviolable dans laquelle se répand et s'exerce cette liberté inoffensive »⁴⁶. Ensuite, la somme des libertés individuelles inoffensives des individus constitue la physionomie juridique de la nation à laquelle ils appartiennent. L'auteur poursuit qu'« à côté de cette libre activité des particuliers se développe l'action du pouvoir public, auquel sont confiées la tutelle et la garantie de l'ordre public et le développement du progrès social sur toute l'étendue de son territoire politique. Les lois d'ordre privé répondent à la liberté individuelle ; les lois qui garantissent l'ordre public et l'organisation du pouvoir public répondent à la souveraineté de l'État »⁴⁷.

Ainsi, les lois de droit public ou intéressant l'ordre public (et aujourd'hui on y ajouterait celles mettant en œuvre certaines politiques législatives jugées cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique et sociale de l'État) expriment la souveraineté d'un État et sont applicables sur son territoire à l'exclusion des lois étrangères de la même nature. En revanche, les lois relevant du droit privé et n'intéressant pas l'ordre public de l'État du for, expriment la liberté des individus et des nations ; les lois étrangères de ce genre devraient pouvoir être appliquées dans le for. Mais de quelle loi étrangère s'agit-il ? — De la loi nationale de l'intéressé, puisque le droit civil serait conditionné dans une grande mesure par les caractéristiques particulières de la nation qui l'édicte.

⁴⁵ *JDI* 1874, 221 et 285.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 292.

⁴⁷ *Ibid.*

Mancini propose de « distinguer dans le *droit privé* de l'individu étranger deux parties, l'une *nécessaire*, l'autre *volontaire* ». Il fait rentrer dans la « partie nécessaire les lois qui régissent l'*état personnel*, l'*ordre* et les *rappports de famille*. En effet, il ne dépend pas de la volonté de l'homme d'altérer ou de modifier cette partie nécessaire »⁴⁸. Partant, dans ces domaines, la loi nationale s'appliquerait à l'individu en toutes circonstances et le suivrait partout où qu'il aille. En ce qui concerne la partie volontaire du droit privé (biens, contrats etc.), l'individu est libre de choisir soit sa loi nationale, soit la loi territoriale, soit une loi tierce⁴⁹.

Le but essentiel de cet article de Mancini était de proposer sa vision des conflits de lois et aussi de proposer des rattachements qui devraient, selon lui, être universels puisque naturels.

23. Au cœur de la théorie mancinienne se trouve le respect de la liberté individuelle qui s'exprimerait dans la liberté de la nation, dans ses lois. Cette vision du droit international privé favorise la continuité des situations juridiques personnelles, la permanence de l'état des personnes. Un tel fondement de la reconnaissance des situations personnelles des étrangers créées dans leur pays d'origine semble plus solide que la simple « courtoisie internationale » des statutaires évoqués plus haut. Ce principe de permanence du statut est au fondement de la règle de conflit de lois qui rattache l'état et la capacité des personnes à leur loi nationale. Néanmoins, dans l'approche proposée par Mancini il s'agit encore une fois de détermination du domaine d'application des lois d'un État, l'expression de sa souveraineté.

Cette tendance légicentriste se trouve complétée par celle réicentriste, dans la dialectique du droit international privé.

§ 2 — Le raisonnement à partir de situations juridiques

24. Une doctrine du droit international privé a replacé le rapport de droit au centre de la méthode de solution du conflit de lois (A). Cependant, certains éléments de cette approche réicentriste se trouvaient déjà incorporés dans les doctrines légicentristes (B).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 294.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 295.

A/ La méthode de Savigny

25. Une nouvelle approche fut initiée par l'Allemand Friedrich-Carl von Savigny. En dehors du droit international privé, Savigny est connu comme l'un des fondateurs de l'approche historique du droit. Selon le postulat principal de cette théorie, le droit n'est pas issu d'un contrat social, ni créé fortuitement selon le désir du souverain, mais se présente comme un produit logique d'une évolution historique d'une société, reflétant le *Volksgeist*, l'« esprit du peuple ». Savigny ne s'oppose pas, à proprement parler, à l'idée du droit naturel, mais il réfute les théories selon lesquelles ce droit est déterminé par l'harmonie du cosmos ou par un contrat social. Donc en écartant l'hypothèse contractuelle aussi bien que l'hypothèse métaphysique, Savigny se présente quand même en tant que « naturaliste ». À cette position philosophique correspondait une approche adéquate du droit : pour parler de sa conception du droit contemporain, il se tournait vers l'histoire du droit. On retrouve ces deux marques distinctives de la pensée de Savigny dans son *Traité du droit romain contemporain*, tome VIII, livre III : « Empire des règles de droit sur les rapports de droit », paru en 1849⁵⁰.

26. La méthode savignienne peut être résumée en ces termes : elle consiste à classer chaque question de droit au sein d'une catégorie (c'est-à-dire d'une classe de rapports de droit)⁵¹ et « assigner à chaque classe de rapports de droit un siège déterminé »⁵². Savigny précise le trait distinctif de sa méthode en disant que « le problème à résoudre pour les deux espèces de collisions » (c'est-à-dire à l'intérieur d'un État avec plusieurs systèmes de droit et entre plusieurs États souverains) « peut donc se poser en ces termes : déterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport »⁵³. Mais il avoue lui-même que la rupture avec l'approche statutaire n'est pas si importante : « ces deux manières d'envisager la question ne diffèrent

⁵⁰ Sur la méthode de Savigny, v. notamment P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois » in *Le droit international privé : Esprits et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 343.

⁵¹ F.-C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, 2^e éd., trad. Ch. GUÉNOUX, Paris, 1860, réimpr. Éd. Panthéon-Assas, avant-propos de H. SYNVEIT, 2002, § 361 (p. 118 et s.).

⁵² *Ibid.*, § 360 (p. 109).

⁵³ *Ibid.*, § 348 (p. 30-31).

que par leur point de départ. La question à résoudre reste toujours la même, et sa solution ne peut varier d'un cas à l'autre »⁵⁴. Il ne sous-estime pas l'importance de la question du conflit de lois (« collision de lois », dans la terminologie allemande) en droit international privé, mais il affirme que « la question relative aux limites de l'empire des règles, et aux difficultés que peut soulever la démarcation de ces limites, ou les collisions, sont de leurs nature des questions subordonnées et secondaires »⁵⁵.

Il est important de souligner que Savigny parle de la détermination *in abstracto* du « siège naturel » d'une catégorie de rapports de droit et non pas de la détermination des points de contact d'un rapport de droit concret qui se baserait sur les faits générateurs de celui-ci avec un ordre juridique, comme ce sera le cas, par exemple, de Jean-Paulin Niboyet⁵⁶.

C'est sans doute en raison de la complication grandissante des situations juridiques de droit privé que Savigny souligne la nécessité de partir de l'étude du rapport de droit en cause avant de déterminer sous l'empire de quel droit il se place. Il met ainsi en exergue les questions quelque peu occultées par Huber et d'autres statutaires.

27. La méthode savignienne est basée sur les règles de conflit de lois bilatérales, les lois d'application nécessaire et l'exception d'ordre public se présentant comme des limites et non comme une partie organique de la méthode savignienne⁵⁷. Savigny explique le choix de méthode de la règle de conflit bilatérale tantôt par la réciprocité entre États souverains et l'égalité de traitement, dans l'intérêt de la justice, des nationaux et des étrangers⁵⁸, tantôt par une nécessité rationnelle⁵⁹.

⁵⁴ *Ibid.*, § 344 (p. 7).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 226-233 (n° 929).

⁵⁷ F.-C. von SAVIGNY, *Traité...*, t. VIII, précité, § 349 (p. 35). — La méthode développée par Savigny reçoit exception dans le cas des « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, par là même n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas égard aux limites de divers États ».

⁵⁸ F.-C. von SAVIGNY, *Traité...*, t. VIII, précité, § 348 (p. 29 et p. 31).

⁵⁹ Il a été reproché à la règle de conflit bilatérale de méconnaître les souverainetés étrangères en définissant les domaines d'application des lois étrangères. Pourtant le champ d'application spatial d'une loi n'est qu'une métaphore qui est utilisée pour expliquer l'application des lois à des faits localisés dans des différents points de l'espace. Or, alors même que les faits pourraient se situer à l'étranger, c'est toujours dans le for que la loi est appliquée par le juge pour trancher le litige élevé dans le for par les parties. Et c'est le souverain du for seul qui peut dire à ses juges où puiser des règles pour rendre les jugements en son nom et ayant vocation principale à être exécutés sur son

28. Savigny justifie de manière suivante la possibilité d'utiliser les règles bilatérales : « le point de vue où nous placent ces considérations est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples ; et par la suite des temps ce point de vue a été de plus en plus généralement adopté sous l'influence des idées chrétiennes et des avantages réels qu'il procure à toutes les parties »⁶⁰. Ce passage pourrait être interprété en ce sens que, selon Savigny, la possibilité pour un État de classer des rapports de droit dans des catégories précises et de déterminer la loi de quel pays les régira est fondée sur une certaine proximité et une fongibilité fonctionnelle des lois des différents États. Autrement dit, c'est cette communauté de droit matériel qui rendrait, d'une part, possible la catégorisation des rapports de droit, et d'autre part, logique et prévisible le choix des rattachements. Pourtant, pour Antoine Pillet, par exemple, la « communauté de droit » de Savigny doit s'entendre d'une « communauté d'opinion tendant à régler d'une manière uniforme les différends entre les lois des États, en d'autres termes d'un système commun de droit international privé »⁶¹. Cette dernière interprétation semble tout à fait exacte, notamment à la lumière des lignes où Savigny précise que « cette assimilation peut être regardée comme un accord amiable entre les États souverains qui admettent des lois originaires étrangères au nombre des sources où leurs tribunaux doivent chercher le jugement de nombreux rapports de droit [...] Seulement il ne faut pas voir dans cet accord l'effet d'une pure bienveillance, mais bien plutôt un développement propre du droit, suivant dans son cours la même marche que les règles sur la collision entre les droits particuliers d'un même État »⁶². Néanmoins, sans une certaine proximité de systèmes de droit matériel, l'application du droit étranger ne serait pas possible selon Savigny : c'est en ce sens qu'il parle du cas des « institutions d'un État étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans le nôtre, et qui par conséquent n'y peuvent pas prétendre à la protection des tribunaux »⁶³.

29. L'illustre juriste allemand souligne que « pour reconnaître le lien qui unit une

territoire. En même temps, la règle de conflit de lois du for ne dit rien sur l'application de ses propres lois à l'étranger par les juges étrangers. Vue sous cet angle, la règle de conflit de type bilatéral n'est pas irrespectueuse des souverainetés étrangères et du pluralisme juridique mondial. En revanche, la situation est radicalement différente dans le cas où une loi aurait déjà été appliquée à l'étranger. Sur la distinction entre ordre juridique et système normatif, v. *infra*, n° 303.

⁶⁰ *Ibid.*, § 348 (p. 30).

⁶¹ A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Grenoble, Paris, 1923, p. 81-82.

⁶² F.-C. von SAVIGNY, *Traité...*, t. VIII, précité, § 348 (p. 31).

⁶³ *Ibid.*, § 349 (p. 35).

personne à un droit positif déterminé, il faut se rappeler que le droit positif lui-même a son siège dans le peuple [...] On exprime cette vérité en d'autres termes, quand on dit : le droit positif a son siège dans l'État ou dans une partie organique de l'État ; car le peuple n'a de réalité que dans l'État, puisque là seulement les volontés individuelles se traduisent en une volonté générale »⁶⁴. Et il accorde une importance toute particulière à l'individu en droit international privé : « l'objet direct et immédiat régi par les règles du droit est la personne, et d'abord la personne dans son existence générale, comme sujet de tous les droits ; puis ensuite la personne en tant que par ses actes libres, dans les cas les plus nombreux et les plus importants, elle forme les rapports de droit ou contribue à les former »⁶⁵. C'est un autre point de rupture avec les doctrines statutaires pour qui une loi pouvait avoir pour objet soit une personne, soit une chose.

Il est également important de noter que ce qui compte pour Savigny, ce n'est pas la volonté des souverains quant à la territorialité ou l'extraterritorialité de leurs propres lois, mais la localisation des situations juridiques selon leur nature dans le domaine territorial de tel ou tel souverain. C'est cette localisation (purement intellectuelle et aprioristique, il est vrai) d'une situation juridique dans un certain État qui sert, dans le cadre de cette approche, de vecteur d'application du droit étranger.

B/ La considération de la situation juridique dans la méthode statutaire classique

30. La méthode formulée par Savigny n'était pas vraiment révolutionnaire⁶⁶. Même si les statutaires qui l'ont précédé se focalisaient sur le conflit des lois et partant des souverainetés, il serait une erreur de dire que leur approche du droit international privé était toujours purement publiciste et qu'ils ne s'intéressaient point aux rapports de droit privé en cause.

Par exemple, on procédait à la qualification du rapport de droit préalablement à la détermination du champ d'application d'une coutume ou d'un statut. Cette technique est

⁶⁴ *ibid.*, § 346 (p. 17-18).

⁶⁵ *Ibid.*, § 345 (p. 16-17) ; ceci est le leitmotiv de tout son raisonnement.

⁶⁶ En ce sens, BATIFFOL & LAGARDE, p. 398 (n° 237) et s., soulignant que Savigny avait opéré une synthèse des règles de conflits préexistantes.

illustrée par la célèbre *Consultation 53* de Charles Du Moulin, rédigée en 1525. Le jurisconsulte était invité à donner son opinion sur la coutume applicable aux immeubles successoraux des époux parisiens sis dans la province de Lyon. Pour répondre à la question, il rattache les immeubles litigieux à la catégorie « régime matrimonial » celle-ci entrant, selon lui, dans la catégorie « contrat » (société entre époux), ce qui le conduit à affirmer que les biens lyonnais sont régis indirectement par la coutume de Paris puisque les dispositions en cause constituent une coutume personnelle (*statutum contractus*) et donc extraterritoriale⁶⁷. Dans ses *Conclusions sur les statuts et coutumes locaux* (1553), Du Moulin pousse encore plus loin que dans sa *Consultation 53* aussi bien l'importance de la volonté des parties que l'abandon de la catégorisation des statuts (en réels et personnels) selon les termes du statut même, au profit de la catégorisation des statuts selon leur objet⁶⁸.

Sur ce dernier point, Du Moulin dans ses *Conclusions...* affirme que ce ne sont pas les termes dans lesquels le statut est rédigé qu'il faut retenir pour le qualifier de réel ou de personnel, mais l'objet du statut, voire même le but par lui poursuivi (le « motif »)⁶⁹.

Sur le premier point, Du Moulin écrit qu'en matière de statuts qui déterminent « ce qui dépend de la volonté des parties » (c'est-à-dire statuts contractuels), « le droit est, tacitement, dans l'esprit des contractants »⁷⁰. La recherche du *locus contracti* doit s'effectuer à l'aune de la prévisibilité de la solution de ce conflit de lois. Et voici comment il propose, en s'appuyant sur le droit romain en vigueur à l'époque, d'y parvenir. « La coutume du lieu du contrat [de vente de l'immeuble] s'entend non pas du lieu où le contrat s'est formé fortuitement — écrit Du Moulin —, mais du lieu du domicile dans la mesure où d'ordinaire les immeubles sont vendus, non pas dans le cours d'un voyage, mais au lieu du domicile et que la loi doit être rapportée aux cas ou hypothèses qui adviennent couramment : et non être pliée aux cas qui se présentent rarement [...] Ainsi la loi [...] exclut le pays étranger où la chose est située, mais où les parties n'ont pas leur domicile, et à plus forte raison le lieu où les parties contractent fortuitement. [...] Mais, dans le cas où

⁶⁷ La consultation fit l'objet d'une traduction française : B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Annotations sur la *Consultation 53* de Du Moulin traduite en français » in *Monde du Droit : Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1 et s.

⁶⁸ Les *Conclusions...* sont également traduites en français : B. ANCEL, « Les *Conclusions sur les statuts et coutumes locaux* du Du Moulin, traduites en français », *RCDIP* 2011, 21.

⁶⁹ B. ANCEL, « Les *Conclusions...* », précité, p. 34 et s., spéc. p. 37.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 28.

le vendeur s'engage à effectuer la délivrance ou la tradition réelle, personnellement ou par l'intermédiaire d'autrui, dans le lieu où le fonds est situé, c'est là qu'il est réputé avoir contracté. Et pourtant, dans le doute, il ne faut pas considérer la coutume du lieu du contrat ; le vendeur n'y est pas soumis et il n'est pas présumé la connaître — donc moins encore la coutume du lieu fortuit qu'il ignore davantage [...] Mais que faire si [les contractants] relèvent de fors différents? Il faut alors recourir à d'autres circonstances qu'on appréciera *ex æquo et bono* de manière à éviter qu'il n'en résulte une surprise du fait de l'indétermination de la loi, lequel ne doit créer aucune occasion de tromperie [...] [Par exemple,] s'il est prouvé que le vendeur n'était pas [dans le lieu de conclusion du contrat] par hasard, mais que c'est à dessein qu'il s'est déplacé [...] pour y trouver un acquéreur, [le statut du lieu régira le contrat] parce qu'alors il est présumé s'être informé de la coutume du lieu »⁷¹.

31. La doctrine de Huber, qui sera formulée un siècle et demi plus tard, ne vint pas contredire totalement l'œuvre de Du Moulin qui eut bien pris soin d'inscrire sa vision du droit international privé dans le cadre de la doctrine statutaire de l'époque. Par exemple, Du Moulin anticipe ainsi les critiques possibles contre sa thèse sur l'application de la coutume parisienne des régimes matrimoniaux aux immeubles successoraux lyonnais, formulée dans sa *Consultation 53* : les objections se basant sur la stricte territorialité des statuts réels (c'est-à-dire ceux régissant les biens se trouvant sous son empire) « seraient pertinentes si la société résultait de la coutume même, mais tel n'est pas le cas : parce qu'elle procède et est établie du consentement même et véritable des parties, lesquelles en effet, d'avoir contracté simplement dans le lieu de leur domicile, sont réputées être engagées et convenues selon les mœurs et la coutume de ce lieu »⁷².

Huber assimile dans son approche la technique de qualification du rapport juridique. Par exemple, il procède à la distinction du rapport litigieux et de l'action en justice, c'est-à-dire du fond et de la procédure⁷³. Plus encore, il parle de la localisation du contrat en tant que rapport de droit et non pas en tant qu'acte juridique, en affirmant que « ce n'est pas le lieu de conclusion du contrat qu'il convient de considérer exclusivement, car ce lieu n'est

⁷¹ *Ibid.*, p. 28-29.

⁷² B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Annotations sur la *Consultation 53...* », précité, p. 7.

⁷³ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du conflit des lois... », précité, p. 14 ; une distinction classique depuis l'école italienne.

pas à privilégier si les parties en ont envisagé un autre en contractant [...] Dès lors, le lieu du mariage n'est pas tant celui où la célébration s'est accomplie que le lieu où les contractants ont entendu vivre leur union »⁷⁴.

Par ailleurs, le statutisme était également compatible avec la distinction de la validité de l'acte, soumise à la *lex loci acti*, et des modalités de son exécution, soumises à la loi du lieu d'exécution⁷⁵.

32. Les développements qui précèdent démontrent donc que la pensée statutaire du XVI^e-XVII^e siècles présentait déjà, quoique d'une manière encore imparfaite, les deux éléments clefs, considérés comme caractéristiques de la méthode savignienne : la détermination de la catégorie de rattachement dans laquelle entre un rapport de droit et la recherche du « siège naturel » de ce rapport de droit dans l'espace. Ce qui montre que la situation juridique occupait une place plus ou moins importante même dans un droit international privé conçu comme le droit des conflits de souverainetés. C'est facilement compréhensible car ce qui est soumis au juge c'est une situation juridique litigieuse et non pas des lois. Il serait impossible de trancher un litige concret uniquement par un contrôle de l'applicabilité des lois dans l'espace, sans situer les litiges dans cet espace même.

Par ailleurs, il est permis d'affirmer que l'idée d'appliquer aux étrangers le *statutum* de leur Cité d'origine, avancée par les glossateurs et ayant donné naissance à la théorie médiévale du droit international privé, résultait finalement en la reconnaissance de certaines situations juridiques créées à l'étranger, à savoir l'état et la capacité des personnes.

Savigny n'a pas élaboré une nouvelle théorie de droit international privé, mais plutôt une nouvelle méthode de raisonnement sur les bases théoriques tout à fait classiques.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 16-17.

⁷⁵ B. ANCEL, « Les *Conclusions...* », précité, p. 26.

33. Ce bref aperçu des doctrines dominantes du XII^e au XIX^e siècles montre un lien dialectique entre le droit subjectif et le droit objectif en droit international privé. Même si l'un d'eux est clairement privilégié par telle ou telle approche, l'autre n'est jamais absent de l'équation du conflit de lois. Dans aucun des grands courants doctrinaux présentés ci-dessus, le règlement du conflit de lois ne s'affranchit totalement des considérations de la souveraineté, qu'elle soit territoriale ou personnelle. La considération du territoire est également très importante dans chacune de ces théories, y compris dans celle de Savigny dont la règle de conflit bilatérale ne sert qu'à localiser (d'une manière purement intellectuelle, certes) un rapport de droit dans le ressort territorial d'un souverain. D'ailleurs, quand Mancini affranchit certaines catégories de lois de la souveraineté territoriale, ce n'est qu'au nom de la souveraineté des États sur leurs nationaux⁷⁶.

Néanmoins, les rôles respectifs de la loi et des droits subjectifs, de la souveraineté des États et de la valeur des situations juridiques individuelles, sont perçus différemment par les diverses écoles, et ces différences vont influencer sur les théories des droits acquis et aussi sur leurs critiques.

⁷⁶ Les règles de conflit soumettant certaines catégories de rapports de droit à la loi nationale des intéressés existaient avant l'œuvre de Mancini, comme par exemple l'article 3, alinéa 3, du Code civil français.

Section 2 : Les différentes théories des droits acquis

34. L'analyse des grandes théories de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger est d'une importance capitale pour l'élaboration de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques. La parenté intellectuelle entre les théories des droits acquis et celles de la reconnaissance des situations juridiques semble évidente, et certains auteurs contemporains vont jusqu'à affirmer l'existence entre les deux d'« une unité de méthode [...] et de la politique, celle de l'harmonie internationale des solutions »⁷⁷. Il convient donc d'étudier la consistance et les défauts éventuels de ces théories des droits acquis dans la perspective d'élaboration d'une méthode de reconnaissance des situations ou, en revanche, dans celle de réfutation de sa possibilité.

L'idée des droits acquis eut une influence certaine sur les droits anglais et nord-américain (§ 1^{er}) ; en revanche, son succès fut quasi inexistant sur le continent européen, bien que plusieurs théories de droits acquis y aient vu le jour (§ 2).

§ 1^{er} — Le concept de *vested rights*

35. Le concept de *vested rights* connut un développement important et durable en droit anglo-américain (B) mais son origine remonte au statutisme hollandais (A).

A/ Les origines du concept de *vested rights*

36. On retrouve les droits acquis dans la pensée des statutaires hollandais, notamment celle d'Ulrich Uber⁷⁸. Chez Huber, l'expression apparaît vers la fin de la dissertation *De conflictu legum* : « les effets des contrats conclus dans un certain lieu

⁷⁷ É. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP* 2006-2008, 71, spéc. p. 81.

⁷⁸ *Supra*, n° 16 et s.

doivent être reconnus tels quels partout ailleurs, *en tant que droits acquis si nul préjudice n'en résulte pour les ressortissants des autres pays* ; à ces *droits acquis* la souveraineté étrangère n'a ni le droit ni le pouvoir d'étendre le droit d'un autre territoire »⁷⁹.

L'idée même est omniprésente dans *De conflictu legum*. Le passage précité est introduit par l'affirmation que ce n'est que l'une des applications de la limitation « maintes fois évoquée » : il s'agit de territorialité de l'application des lois. Pour s'en convaincre, rappelons-nous le premier axiome de la théorie de Huber — « les lois de chaque État ont autorité dans les limites de son territoire et obligent tous ses sujets »⁸⁰ — et sa limite annoncée comme le troisième axiome : « les autorités des États, [par *comitas*], font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu »⁸¹. La même idée peut être identifiée dans les développements de Huber concernant la validité des actes juridiques en général⁸² et le statut personnel, sous réserve des effets attachés à ce statut⁸³.

Ainsi, la reconnaissance des droits acquis dans la méthode de Huber se présente comme le gage d'effectivité de la délimitation spatiale des souverainetés : l'on ne remet pas en cause la manifestation de la souveraineté étrangère survenue dans les limites spatiales de celle-ci et l'on peut légitimement s'attendre à ce que sa propre souveraineté, exprimée dans la loi et dans l'application de celle-ci à une situation donnée, sera respectée ailleurs.

37. Du rapprochement du passage précité qui emploie explicitement l'expression de droits acquis avec le troisième axiome de la construction théorique de Huber, à laquelle il renvoie, il résulte que la reconnaissance d'un droit acquis à l'étranger est dictée par le respect que le for doit à la loi de l'État de son acquisition, laquelle a déjà été appliquée dans le territoire de ce dernier. Or le troisième axiome dit expressément que ce devoir de respect de la souveraineté étrangère se fonde sur la *comitas gentium*.

Ce dernier concept est la clef de voûte de la construction hubérienne, et on le rencontre déjà chez Paul et Jean Voet. Elle survécut à ses concepteurs et se répandit à

⁷⁹ B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Du conflit des lois... », précité, p. 17.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 10.

⁸¹ *Ibid.*, p. 10-11.

⁸² *Ibid.*, p. 11.

⁸³ *Ibid.*, p. 18.

travers les pays différents mais n'eut pas toujours la même interprétation. Pour mieux comprendre le fondement et le mécanisme de la circulation internationale des droits acquis, il convient de s'arrêter un instant sur la notion de *comitas*⁸⁴.

Elle jouait le rôle non seulement de fondement de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger, mais plus généralement celui de fondement de la possibilité d'appliquer une loi étrangère, c'est-à-dire qu'elle était le fondement du droit international privé tout entier. Certains auteurs contemporains interprètent l'œuvre de Jean Voet en ce sens que pour lui « la *comity* constitue une exception au principe de la souveraineté territoriale, les lois étrangères étant appliquées *ex comitate* sur la base de considérations de bon sens, sans qu'aucune règle juridique ne l'oblige »⁸⁵. Les mêmes auteurs affirment néanmoins que contrairement à Paul et Jean Voet, Huber concevait la *comitas gentium* comme une règle positive du droit international⁸⁶. Ils y voient une « réminiscence d'un droit naturel ou universaliste des conflits de lois »⁸⁷.

La juridicité de la *comitas* chez Huber ressort clairement du rapprochement de ce concept avec celui de droits acquis (lequel était, semble-t-il, le seul à en profiter dans la construction hubérienne) : « à ces droits acquis la souveraineté étrangère n'a *ni le droit ni le pouvoir* d'étendre le droit d'un autre territoire »⁸⁸. Quant à l'origine de la norme juridique de *comitas*, à la lecture des trois axiomes de Huber on s'aperçoit que leur rédaction est résolument universaliste, de sorte que la conclusion s'impose que pour Huber la *comitas* est un concept du droit international et non du droit interne. L'auteur hollandais n'étant pas explicite sur la source de cette règle du droit international, il n'est pas possible de dire avec certitude s'il s'agit de droit international naturel.

38. La nature de la *comitas* était, semble-t-il, différemment interprétée en droit anglais. Dans *Holman v. Johnson* (1775, préc.), Lord Justice Mansfield, qui déclara

⁸⁴ Il n'est pas aisé de traduire en français l'expression de « *comitas gentium* ». C'est l'expression latine qui sera utilisée ci-après, mais si l'on devait la traduire en français, à la « courtoisie internationale », largement usitée, on préférerait de loin la « convenance réciproque des nations » de M. Paul Lagarde : « Principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 196 (1986) p. 9 et s., spéc. p. 27.

⁸⁵ Th. SCHULTZ et D. HOLLOWAY, « Retour sur la *comity*. Deuxième partie : La *comity* dans l'histoire du droit international privé », *JDI* 2012, doctr. 6 (p. 863), spéc. n° 15 (p. 871).

⁸⁶ *Ibid.*, *passim*, spéc. n° 24 (p. 875).

⁸⁷ *Ibid.*, n° 4 (p. 866).

⁸⁸ Cité *supra*, n° 36, souligné par nous.

pourtant adhérer aux idées de Huber⁸⁹, juge que « toute action doit être jugée ici [en Angleterre] selon le droit d'Angleterre, or le droit d'Angleterre dispose que dans certaines circonstances, concernant les contrats légalement conclus à l'étranger, le droit du pays où se situe la cause de l'action régira l'affaire »⁹⁰. Cela veut dire que pour lui la reconnaissance des droits acquis à l'étranger, bien que restant un concept de nature normative, ne relèverait plus du droit international mais du droit interne du for.

39. Joseph Story s'éloigne encore plus du concept hubérien, n'en conservant que le terme. Pour lui, la *comity* n'est pas, semble-t-il, une règle du droit international comme pour Huber, ni même du droit du for comme pour Mansfield. Pour le célèbre auteur états-unien, elle relève plutôt de la discrétion souveraine du for : « en ce qui concerne la nature, l'étendue et l'utilité de cette reconnaissance des lois étrangères [...] chaque nation doit en juger elle-même, et n'est certainement pas tenue de les reconnaître là où elles seraient préjudiciables à ses propres intérêts [...] L'utilité mutuelle présuppose que soient considérés les intérêts de toutes les nations et non pas d'une seule. Ce qui démontre que la théorie [de la reconnaissance des lois étrangères] tient son origine de, et doit son autorité à, l'acceptation volontaire et au consentement des nations. C'est donc une question de courtoisie des nations, au sens le plus strict, et non d'une obligation absolue et supérieure qui éliminerait toute discrétion dans ce domaine »⁹¹.

40. Une telle conception de la *comitas* fut critiquée notamment par Jean-Paulin Niboyet, un siècle plus tard. En analysant notamment l'utilisation de ce terme et des termes voisins tout au long de l'histoire de la doctrine du droit international privé, il parvient aux conclusions suivantes. Il serait possible, au vu de leur utilisation dans de nombreux textes de l'époque, de faire le parallèle entre les mots *comitas* et *urbanitas*, ce dernier ayant été classiquement opposé à l'expression de *necessitas juris*. « La *necessitas* a le sens de ce à quoi le droit oblige, tandis que l'*urbanitas* ne repose que sur un motif pratique [...] La

⁸⁹ *Supra*, n° 19.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ J. STORY, *op. cit.*, n° 36 : « *But of the nature, and extent, and utility of this recognition of foreign laws [...] every nation must judge for itself, and certainly is not bound to recognize them, when they would be prejudicial to its own interests [...] Mutual utility presupposes, that the interest of all nations is consulted and not that of one only. Now this demonstrates that the doctrine owes its origin and authority to the voluntary adoption and consent of nations. It is therefore, in the strictest sense, a matter of the comity of nations and not of any absolute paramount obligation, superseding all discretion on the subject [...]* ».

meilleure base possible de l'application des lois dans l'espace n'est pas un impératif catégorique et abstrait, une *necessitas*, mais l'intérêt pratique ou *urbanitas* ; et cela ne signifie pas pour cela que l'on abandonne tout au bon vouloir arbitraire de l'interprète, car bien des règles de droit positif les mieux établies du droit interne et les plus traditionnelles ont pour base l'intérêt pratique »⁹². L'idée est que la règle de conflit ou la règle de reconnaissance d'un droit acquis ne sont pas imposées par une règle supérieure qui lierait les États (par exemple une norme de droit naturel ou divin), c'est-à-dire qu'elle n'est pas conditionnée par une *necessitas juris*. Chaque État — et cela serait, selon Niboyet, l'idée profonde de l'école hollandaise — est libre d'établir les règles d'application des lois étrangères, suivant les considérations de *necessitas facti*, de cette *urbanitas* ou *comitas* qui n'est pas indispensable du point de vue de la technique juridique mais qui est nécessaire au bon équilibre des rapports internationaux⁹³. Niboyet comprend donc la *comitas* des auteurs hollandais, dont Huber, comme une discrétion fondée sur la nécessité sociale et qui intervient au stade de l'élaboration des règles de conflit (comme de toute autre règle de droit positif, d'ailleurs), tandis que la mise en œuvre de cette règle ainsi élaborée est obligatoire (là aussi comme de toute autre règle de droit positif)⁹⁴.

41. Cette explication de Niboyet, assortie notamment d'exemples de droit privé interne, est très convaincante, en ce sens qu'il serait difficile de dire qu'elle est erronée. Pourtant il est possible de soutenir qu'elle nécessite d'être nuancée.

Il peut sembler que la notion de *comitas*, employée par Huber par exemple, n'est pas utilisée pour répondre à la question de savoir pourquoi telle règle de conflit a tel ou tel contenu, mais pour répondre à celle du phénomène même de l'application de la loi étrangère ou de l'octroi d'effet juridique dans le for à un droit acquis à l'étranger. Or l'explication de Niboyet est pertinente uniquement pour la première question. Concernant la seconde, le doute est permis.

À notre sens, le caractère normatif de la *comitas* elle-même, et pas seulement des règles qui se fondent sur celle-ci, peut être admis même dans le cadre d'un positivisme juridique rigoureux. En effet, on peut dire que la source de ce concept n'était pas un

⁹² J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 87 (n° 881).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Cf. BATIFFOL & LAGARDE, p. 384-385 (n° 226).

hypothétique Droit naturel mais la coutume internationale, laquelle était et reste l'une des sources du droit international public⁹⁵.

Si toutefois, dans un esprit d'un positivisme d'autrefois, on y rétorquait que sans sanction efficace il n'y a pas de norme juridique⁹⁶, nous pourrions donner deux justifications. D'abord, l'absence de sanction *centralisée* ne signifie pas l'absence de toute sanction. Pendant très longtemps, et notamment à l'époque de Huber et de Story, les sanctions du droit international public général furent essentiellement décentralisées⁹⁷, tout comme elles le furent parfois, dans une certaine mesure, en droit médiéval⁹⁸. Le non-respect d'un « principe de *comitas gentium* » par un État pouvait conduire à un comportement symétrique de la part d'un autre ce qui équivaudrait aux rétorsions, une sanction classique de droit international public. Ensuite, il n'est même pas certain que la sanction, sous quelque forme que ce soit, soit indispensable à toute norme de droit, même en droit contemporain. Ainsi, Hart plaide le contraire d'une manière très convaincante sur l'exemple de ce qu'il appelle « règles conférant les pouvoirs », autrement dit les règles de validité des actes juridiques⁹⁹.

L'affirmation selon laquelle la *comitas* des statutaires était une norme de droit international public n'est pas inconciliable avec la position de Niboyet. La coutume en général et la coutume internationale en particulier se fondent sur les considérations de l'*urbanitas*. Mais une fois établie, la coutume devient une règle de droit. Ainsi, la *comitas gentium* pourrait être un principe du droit international basé sur l'*urbanitas*.

42. Certains passages des *Commentaries*... indiquent que même pour Story la *comity* n'était pas qu'une simple discrétion souveraine : « chaque nation doit juger pour elle-même

⁹⁵ D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET avec collaboration de D. MÜLLER, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009, p. 353 (n° 207) ; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012, p. 24-25.

⁹⁶ En ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Neuchâtel, Éd. de la Baconnière, 1988, p. 71.

⁹⁷ D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET avec collaboration de D. MÜLLER, *op. cit.*, p. 103 (n° 46).

⁹⁸ R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international : Problèmes fondamentaux du droit international public. Théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, p. 400 et s.

⁹⁹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 1994, p. 35 ; — résumé très brièvement : alors que la sanction d'un comportement prohibé peut être logiquement dissociée de la prohibition elle-même, la conséquence du non-respect des conditions d'un acte juridique est indissociable de la règle qui les pose et n'est donc pas une sanction mais l'application de la règle même.

ce qui est en vérité *son devoir* dans l'administration de la justice dans ses tribunaux nationaux »¹⁰⁰. Par ailleurs, il précise que « ce n'est pas la *comity* des tribunaux mais la *comity* de la nation, qui est régie et déterminée de la même manière et selon le même raisonnement, que tous les principes du droit »¹⁰¹. Donc même dans la vision de Story, la *comity* ne pourrait pas être réduite à une simple bienveillance, volonté d'agréer à un souverain étranger.

La Cour suprême des États-Unis la définit de manière suivante : « “*Comity*”, au sens juridique, n'est ni une question d'obligation absolue, d'une part, ni celle de pure courtoisie et du bon vouloir, d'autre part. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation concède, sur son territoire, aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, en considération aussi bien de devoir et opportunités internationales que des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui se trouvent sous la protection de ses lois »¹⁰². La même définition reste suivie aujourd'hui, reprise notamment par la Cour suprême du Canada un siècle après sa formulation par la Cour suprême des États-Unis¹⁰³.

Pourtant, dans l'esprit des juristes des XIX^e – début XX^e siècles, la *comity* perdit presque toute coloration juridique et fut interprétée plutôt dans des termes de pure opportunité, ce qui lui a valu des critiques sévères, qui seront présentées plus loin.

43. Dans la pensée de Story, qui influença grandement le droit international privé de la seconde moitié du XIX^e siècle, la *comity* reçut un rôle si important que le concept de droits acquis devint secondaire, alors qu'il était primordial dans la théorie de Huber concernant la possibilité de principe et les conditions concrètes de l'application des lois étrangères. Avec Story, la question du droit international privé se posait désormais en termes de la reconnaissance des lois étrangères directement sur le fondement de la

¹⁰⁰ J. STORY, *op. cit.*, n° 34, souligné par nous : « *every nation must judge for itself what it sits true duty in the administration of justice in its domestic tribunals* ».

¹⁰¹ *Ibid.*, n° 38 : « *It is not comity of the courts, but the comity of the nation, which is administered and ascertained in the same way, and guided by the same reasoning, by which all other principles of the municipal law are ascertained and guided* ».

¹⁰² *Hilton v. Guyot* (1895) 159 U.S. 113, 163-64, 16 S.Ct. 139, 143 : « ‘*Comity*’, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws ».

¹⁰³ *Morguard Investments Ltd v. De Savoye* (1990), 3 SCR 1077 ; 76 DLR (4th) 256 ; *BLOM* 70 *Can Bar Rev* 733 (1991) ; *GLENN* 37 *McGill LJ* 537 (1992).

*comity*¹⁰⁴.

B/ Le développement du concept de *vested rights* en droit anglo-américain

44. Paradoxalement, le concept de droits acquis (*vested*, ou *acquired, rights*) revint dans la doctrine et dans le droit anglais, puis états-uniens pour remplacer, totalement ou partiellement, la *comity* qui naguère lui servit de base.

Dans son *Recueil des lois d'Angleterre concernant le conflit de lois* paru en 1896¹⁰⁵, Albert Dicey formule une nouvelle théorie des droits acquis. Il ouvre son *Digest* par les six principes généraux du droit international privé anglais (tels qu'il les a dégagés du droit positif), dont le premier énonce : « tout droit qui est dûment acquis selon la loi d'un pays civilisé est reconnu et, en principe, protégé par les tribunaux anglais, et aucun droit qui n'est dûment acquis n'est protégé ni, en principe, reconnu par les tribunaux anglais »¹⁰⁶. Et dans le principe général n° V il est précisé que « la nature d'un droit acquis selon la loi d'un pays civilisé doit être déterminée conformément à la loi selon laquelle ce droit a été acquis »¹⁰⁷.

45. Dicey emploie le terme de *comity* seulement deux fois, dans l'introduction de son ouvrage, et uniquement afin de la critiquer : « l'application du droit étranger n'est pas une question de caprice ou de choix, elle ne résulte pas du désir du souverain d'Angleterre ou d'un autre souverain de faire signe de courtoisie envers les autres États. Elle découle de l'impossibilité de résoudre autrement des catégories entières de litiges, sans de graves inconvénients et injustice pour les parties, qu'elles soient ressortissantes nationales ou

¹⁰⁴ La conception de la *comity* en *common law* contemporain semble différente ; sur la question, surtout du point de vue du droit anglais, v. A. BRIGGS, « The Principle of Comity in Private International Law », *RCADI* 354 (2012) p. 77.

¹⁰⁵ A. V. DICEY, *A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, Londres, Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, 1896.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 22 : « Any right which has been duly acquired under the law of any civilised country is recognised and, in general, enforced by english courts, and no right which has not been duly acquired is enforced or, in general, recognised by english courts ».

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 56 : « The nature of a right acquired under the law of any civilised country must be determined in accordance with the law under which the right is acquired ».

étrangères »¹⁰⁸.

Donc contrairement à Story, Dicey refuse l'idée d'une « courtoisie internationale » comme fondement du droit international privé et de l'application du droit étranger ; et il reviendrait en ce faisant à l'affirmation de l'idée de la mise en œuvre dans le for des droits acquis à l'étranger au lieu de la mise en œuvre dans le for d'une loi étrangère. Or contrairement à Huber, il n'y voit pas, semble-t-il, une règle de droit international public mais une règle internationale par son objet, cependant nationale par son origine¹⁰⁹.

46. La raison d'être de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger semble être ici le souci de justice matérielle nonobstant l'impossibilité d'application en Angleterre des lois des souverains étrangers. Dans cette approche, ce serait la situation substantielle des parties qui est reconnue dans le for et non la loi ni le jugement éventuel étrangers. Néanmoins, dire que le droit anglais de Dicey serait resté fidèle au territorialisme strict de Huber serait prendre un raccourci qui fausserait la perspective : l'un des fondements de la non reconnaissance d'un droit par ailleurs dûment acquis est, selon lui, sa contrariété à une loi du for conçue pour s'appliquer sur le plan extraterritorial¹¹⁰. Mais la territorialité reste cependant stricte pour le droit étranger.

Dans la doctrine de Dicey, bien que les lois nationales restent enfermées dans les limites territoriales des souverainetés qui les édictent, les droits acquis dans un ordre juridique étranger sont, en principe, reconnus dans le for.

Il est à noter que sous l'expression de « droit étranger », Dicey comprend non seulement le droit matériel mais tout le droit applicable par un État étranger¹¹¹. Il parle également de la détermination du « système de droit » applicable, lorsqu'il définit l'objet du droit international privé¹¹².

¹⁰⁸ A. V. DICEY, *op. cit.*, p. 10 : « *The application of foreign law is not a matter of caprice or option, it does not arise from the desire of the sovereign of England, or any other sovereign, to show courtesies to other states. It flows from the impossibility of otherwise determining whole classes of cases without gross inconvenience and injustice to litigants, whether natives or foreigners* ». — L'auteur utilise l'expression de *comity* une seconde fois à la p. 14, dans le même esprit.

¹⁰⁹ Cela dit, l'existence en droit anglais d'une règle de reconnaissance des droits acquis à l'étranger ne pourrait pas être de nature à contredire l'existence en droit international d'une règle de même contenu.

¹¹⁰ *General Principle* n° II, (A) : A. V. DICEY, *op. cit.*, p. 32.

¹¹¹ *Ibid.*, p. XLVI.

¹¹² *Ibid.*, p. 15. — Sur le « conflit de systèmes » et la « *foreign court theory* », v. *infra*, n° 82 et s. ; sur les liens entre ces théories et la théorie anglaise des *vested rights*, v. H. MUIR WATT,

47. On se réfère usuellement à la décision *Dalrymple v. Dalrymple* (1811) en tant que jurisprudence inaugurale de cette approche : « la cause étant portée devant un tribunal anglais, elle doit être jugée selon les principes du droit anglais applicables à cette affaire. Mais le seul principe du droit d'Angleterre applicable à une telle affaire est que la validité des droits de Mademoiselle Gordon issus du mariage doit être jugée en se référant au droit du pays où, s'ils existent, ils ont leur origine. Ce principe fourni, le droit d'Angleterre se retire en même temps et laisse la question de droit au jugement exclusif du droit d'Écosse »¹¹³. Il serait plus exact cependant de dire que c'est avec cette jurisprudence que l'idée des *acquired rights* est devenue suffisamment explicite, bien que l'on puisse la trouver en germe déjà dans la décision *Holman v. Johnson* dont une partie de la formule a été reprise dans *Dalrymple v. Dalrymple*¹¹⁴.

48. Dicey n'omet pas de préciser quels droits sont considérés comme acquis et dûment acquis. L'acquisition d'un droit à l'étranger doit être démontrée selon la loi du pays d'acquisition¹¹⁵. « Si ce droit existe effectivement, c'est-à-dire si A a un "droit acquis" — c'est une question de fait qui dépend du droit [du pays étranger en cause] et des circonstances de l'affaire »¹¹⁶.

Le mot « dûment » pourrait faire penser un juriste continental à l'acquisition régulière mais l'idée de la *common law* interprétée par Dicey est un peu plus complexe. Selon lui, le simple fait qu'un droit ait été valablement acquis dans un pays étranger ne suffit pas pour qu'il soit reconnu dans le for anglais. Les tribunaux anglais donneraient effet à un droit, par ailleurs parfaitement et régulièrement acquis à l'étranger, seulement si

« Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP* 1986, 425, spéc. p. 440 (n° 12) et s.

¹¹³ « *The cause being entertained in an English court it must be adjudicated according to the principles of English law applicable to such a case. But the only principle applicable to such a case by the laws of England is, that the validity of Miss Gordon's marriage rights must be tried by reference to the law of the country where, if they exist at all, they had their origin. Having furnished this principle, the law of England withdraws altogether and leaves the legal question to the exclusive judgment of the law of Scotland* ».

¹¹⁴ *Dalrymple v. Dalrymple* (1811) 2 Hag Con 54. — Il est intéressant de noter que Story se réfère au même arrêt *Dalrymple v. Dalrymple* là où on le croit argumenter une théorie de *comity*, qui a été prise pour cible par Dicey : J. STORY, *op. cit.*, § 37 (p. 34-35).

¹¹⁵ A.V. DICEY, *op. cit.*, p. 25-26.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 26 : « *Whether such a right actually exists, i.e., whether A has an "acquired right", is a matter of fact depending upon the law of France — dans l'exemple choisi par Dicey — and upon the circumstances of the case* ».

cette acquisition était jugée « appropriée et juste » par le juge anglais¹¹⁷. Un droit acquis à l'étranger est présumé dûment acquis, mais le juge pourrait parvenir à une conclusion contraire dans des cas suivants : a) le souverain étranger, en tant que législateur ou en tant que juge, a agi *ultra vires*, du point de vue du droit des gens, b) il y a eu fraude dans l'acquisition de ce droit. La première limite à la due acquisition d'un droit se manifeste soit en ce que le souverain étranger a légiféré sur un plan extraterritorial, soit en ce qu'il a usé de sa compétence juridictionnelle pour statuer sur un plan extraterritorial¹¹⁸.

49. Dans les « règles » qui sont tirées de la jurisprudence anglaise et censées développer les « principes généraux », on a l'impression que Dicey se contredit dans une certaine mesure. Ainsi, en parlant du statut personnel (règle 123) il énonce que « tout statut existant sous l'empire de la loi du domicile de la personne est reconnu... »¹¹⁹. On retrouve les rattachements à la loi du domicile également en matière de capacité contractuelle, par exemple (règle 139)¹²⁰. Des deux choses l'une : soit pour Dicey le statut personnel et la capacité relèvent des « droits légaux » (« *statutory rights* ») qui ne peuvent pas, selon lui (ou selon la *common law* telle qu'il l'interprète) être des « droit acquis », soit un droit ne peut pas être acquis selon la loi de « tout pays civilisé », mais uniquement selon, et dans, l'ordre juridique désigné comme compétent par le droit international privé anglais.

Plus généralement, les règles du *Digest* contiennent des normes de conflit de lois, ou de *choice of law*, et ne parlent pas des droits acquis. L'auteur lui-même avoue que ce principe est plutôt « assumé tacitement que reconnu explicitement en tant que fondement des décisions judiciaires » anglaises¹²¹. Il semble que la théorie des droits acquis formulée par Dicey ne pose ni propose de règles applicables à un litige donné, ce qui suit d'ailleurs de la structure de son *Digest*, avec la distinction des principes généraux et des règles. Ce n'est pas une méthode du droit international privé applicable par les juges. C'est une explication, une justification théorique des règles de conflit élaborées par la jurisprudence de la *common law* et un principe directeur pour l'élaboration des nouvelles règles. C'est une réponse à la question de savoir comment une loi ou un jugement peuvent produire

¹¹⁷ A. V. DICEY, *op. cit.*, p. 26-27.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 27-29.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. LXXXIV et 477-478.

¹²⁰ *Ibid.*, p. LXXXVIII et 529-530.

¹²¹ *Ibid.*, p. 24 : « *the principle of the general recognition of acquired rights [...] is now far more often tacitly assumed than expressly acknowledged as the foundation of judicial decisions* ».

leurs effets au-delà des frontières de leur ordre juridique d'origine, mais pas à la question « quand ? » ni « pourquoi ? ».

50. La valeur explicative du concept des droits acquis de Dicey se manifeste notamment dans le domaine de la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers : ce ne sont pas les jugements provenant des souverains étrangers qui reçoivent leur application dans le for, mais les droits consacrés par le jugement étranger et donc acquis à l'étranger qui sont reconnus par un jugement du for¹²².

51. La « renaissance-métamorphose »¹²³ de l'idée des droits acquis, amorcée par Dicey, fut reçue Outre-Atlantique et promue par Joseph Beale, professeur à Harvard qui a façonné le droit international privé états-unien « classique » dont le premier *Restatement* de 1934¹²⁴. Selon Beale, « quand un droit a été créé par la loi, ce droit devient un fait ; et son existence peut être comprise dans une situation de fait que la même ou une autre loi tient pour la condition de création d'un nouveau droit subjectif. En d'autres mots, un droit subjectif peut être changé par la loi qui l'a créé, ou par une autre loi qui a l'emprise sur lui. Si aucune loi qui avait le pouvoir de le faire n'a modifié le droit subjectif, ce droit existant devrait être reconnu partout ; puisque ainsi faire c'est seulement reconnaître l'existence d'un fait »¹²⁵.

52. Une certaine élégance intellectuelle de l'idée de droits acquis et l'objectif d'équité qu'elle poursuit séduisirent également plusieurs juristes de la tradition romano-germanique.

¹²² *Ibid.*, p. 24-25.

¹²³ L'expression est employée par M. Pamboukis au sujet de la méthode de la reconnaissance : Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP* 2008, 513.

¹²⁴ Il présente la version la plus aboutie de son œuvre dans *A treatise on the conflict of laws*, New York, Baker, Voorhis & C^o, 1935.

¹²⁵ J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws, or Private International Law*, vol. I, Harvard University Press, 1916, § 73 (p. 107) : « *When a right has been created by law, this right itself becomes a fact ; and its existence may be a factor in an event which the same or some other law makes the condition of a new right. In other words, a right may be changed by the law that created it, or by any other law having power over it. If no law having power to do so has changed a right, the existing right should everywhere be recognized; since to do so is merely to recognize the existence of a fact* ».

§ 2 — L'idée des droits acquis dans la doctrine continentale européenne

53. Certains auteurs essayèrent d'introduire le concept de droits acquis en droit français (A), mais ces tentatives n'eurent pas beaucoup de succès (B).

A/ La conception continentale des droits acquis

54. Après la théorie hollandaise des droits acquis, après ou en parallèle avec plusieurs théories des *vested rights* du *common law*, Antoine Pillet élaborà, au début du XX^e siècle une nouvelle conception continentale européenne des droits acquis¹²⁶. Il ne fonde pas sa théorie sur l'idée de la *comitas*, ou de la *comity*, ni sur les idées de Dicey. Pillet conçoit tout le droit international privé comme un règlement national des conflits de souverainetés, comme un « rameau issu du tronc du droit international public »¹²⁷. Et il s'efforce donc de trouver des principes de solution des problèmes de droit international privé susceptibles d'établir une harmonie internationale.

55. La formulation du principe central de sa théorie n'est guère originale comparée aux idées de Huber et de Dicey : « toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays, faisant partie comme le premier de la communauté internationale »¹²⁸. Deux remarques s'imposent cependant à propos de cette définition. D'abord, contrairement à Huber, Pillet croit que non seulement le statut juridique, par exemple d'« époux », compris comme une simple qualification juridique mais aussi les effets qui y sont attachés doivent faire objet de la reconnaissance à l'étranger. Ensuite, Pillet s'appuie sur le concept de communauté de droit, qu'il emprunte à Savigny, pour définir les limites mais peut-être aussi la raison de la reconnaissance des droits acquis.

¹²⁶ Sur les droits acquis, v. not. H. BATIFFOL, *Le respect international des droits acquis*, cours IHEI (Paris II), 1969.

¹²⁷ A. PILLET, *Traité...*, précité, p. 21.

¹²⁸ A. PILLET, « Théorie générale des droits acquis », *RCADI* 8 (1925) p. 485 et s., spéc. p. 492.

Quant à la question de savoir quel droit peut être considéré comme acquis, Pillet écrit qu' « il représente le droit constitué suivant les conditions légales de son existence, le droit réunissant tout ce qui contribue à sa perfection et poussé à un point tel qu'il peut produire son effet ou qu'il l'ait déjà produit ou qu'il ait pu le produire sur l'aire nationale. Pratiquement, c'est donc à ce signe que le droit est assez complet pour avoir pu produire ou pour avoir produit son effet, que l'on reconnaîtra un droit régulièrement acquis »¹²⁹. Cette affirmation de Pillet contient deux aspects : d'un côté, pour que l'on reconnaisse à un droit subjectif étranger son effet dans le for, il faut que ce droit soit achevé dans sa constitution et qu'il produise ses effets dans son pays d'origine. De l'autre côté, ce droit subjectif doit suivre dans sa formation la loi compétente.

56. Pillet s'arrête un peu plus longtemps que Dicey sur l'acquisition régulière d'un droit selon la loi compétente. Sur ce dernier point Pillet distingue le cas d'un droit subjectif qui, au moment de sa naissance, ne comportait aucun élément d'extranéité, et le cas d'un droit subjectif qui en était imprimé dès le début¹³⁰. Dans le premier cas, il est clair que la loi compétente pour créer le droit subjectif est la loi du pays d'origine — la seule et unique loi avec laquelle le droit subjectif avait des contacts. L'application d'une règle de conflit est alors inutile car par définition tous les rattachements envisageables se sont réalisés dans le même pays. Dans le second cas, il revient aux règles de conflit de lois du for de déterminer quelle loi était compétente pour présider à la création du droit subjectif en cause¹³¹.

Rappelons-nous que selon Dicey, le droit est régulièrement acquis s'il est acquis selon le Droit du pays d'acquisition¹³². Plus précisément, cela signifie que le droit subjectif est dûment acquis s'il l'est selon le système de droit du pays d'acquisition, en ce compris les règles de droit international privé. De ce point de vue, la véritable différence entre les doctrines de Pillet et de Dicey résiderait en ce que le premier apprécie la régularité de l'acquisition d'un droit selon les règles de conflits de lois du for, tandis que le second utilise ses règles de conflit comme désignant l'ordre juridique compétent, le juge anglais de Dicey s'en remettant ensuite aux règles de conflit de cet État désigné.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 496.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 496-497.

¹³¹ *Ibid.* — Déjà, sur les deux cas de figure, A. PILLET, *Traité...*, précité, p. 122.

¹³² *Supra*, n° 48.

57. La question centrale concernant le concept des droits acquis de Pillet est celle des effets de ces droits et de la continuité des situations juridiques : « dans le pays où on l'importe, le droit ne se transforme pas, il ne devient pas un nouveau droit, mais reste tel qu'il était dans le pays étranger où il a pris naissance. De là deux conséquences surgiront : 1° le droit acquis dans un pays produira à l'étranger les effets mêmes qu'il produit dans le pays où il a d'abord été obtenu ; 2° ce droit n'aura d'effet à l'étranger que pour autant qu'il en possédera dans le pays de son origine »¹³³. En appliquant cette deuxième conséquence de l'unité spatiale du droit subjectif en droit international privé, Pillet écrit que puisque, dans sa théorie, il n'y a pas autant de droits subjectifs que d'ordres juridiques où ils existent mais un seul droit, né dans un ordre juridique donné et reconnu dans les autres, l'extinction de ce droit subjectif dans son ordre juridique d'origine implique son extinction dans tous les autres¹³⁴. Concernant la première conséquence, l'auteur souligne qu'un droit ne doit produire à l'étranger plus d'effets qu'il ne produit dans son pays d'origine. En revanche, exceptionnellement, il peut produire dans le for moins d'effets que dans son pays d'origine, voire n'en produire point. Pillet explique que « ces exceptions sont au nombre de deux : c'est le cas où le droit acquis à l'étranger ne correspond à aucun droit organisé dans le pays où l'on prétend le faire valoir ; c'est ensuite le cas, beaucoup plus fréquent et beaucoup plus important pratiquement, où le droit régulièrement acquis à l'étranger est contraire à l'ordre public dans le pays où on demande son exécution »¹³⁵.

Ainsi, Pillet utilise le concept de droits acquis pour expliquer l'unité spatiale d'un droit subjectif en droit international privé et ses effets juridiques. Selon l'auteur, par exemple dans les domaines de la propriété intellectuelle ou industrielle, « le principe du respect international des droits acquis est la charpente de l'édifice ; sans le secours de ce principe, il est impossible de comprendre comment un certain droit acquis dans un certain pays peut être transporté à l'étranger et y produire, au profit de l'auteur ou du commerçant, un monopole pareil à celui qu'il possède dans le pays d'origine »¹³⁶. Cette technique lui est utile également dans les questions de la nationalité des sociétés et de leur personnalité.

58. Jean-Paulin Niboyet prit le relais de Pillet dans l'élaboration et le développement

¹³³ A. PILLET, « Théorie générale... », précité, p. 503.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 504-507, spéc. p. 505.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 520.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 507.

de la notion de droits acquis. Or il préféra l'expression de « l'efficacité des droits définitivement constitués » à celle des « droits régulièrement acquis » de Pillet¹³⁷. La construction théorique de Niboyet est basée sur la distinction de la création des droits et de leurs effets.

Niboyet part de l'affirmation de la territorialité des lois et du monopole du for quant au règlement des conflits de lois¹³⁸. Afin de tempérer la territorialité des lois, il se déplace en quelque sorte du terrain spatial sur le terrain temporel : sa distinction de la création des droits et de leurs effets « limite l'application de la territorialité à ce qui lui convient, en déterminant son domaine d'intervention, non plus dans l'espace [...] mais dans le temps »¹³⁹. Selon une expression restée célèbre, « il s'agit de savoir quel est le moment dans la vie d'un droit où s'intercale le phénomène de la frontière, et de faire, en somme, une localisation temporelle des lois en présence selon que ce phénomène se présente lors de la phase de la création d'un droit, ou bien celle de son efficacité »¹⁴⁰. Pour Niboyet le « conflit est mixte en quelque sorte ; il est, en effet, à la fois dans l'espace et dans le temps. Il est dans l'espace puisqu'il s'agit des lois de divers États, mais il est dans le temps parce qu'elles agissent de façon chronologique aux diverses périodes de la vie d'un droit »¹⁴¹.

59. En ce qui concerne la reconnaissance de l'efficacité en France d'un droit définitivement créé à l'étranger, « il convient — écrit Niboyet — seulement de constater un fait qui s'est produit hors de France. Or, nous pensons qu'en France, par exemple, il y a une obligation morale de constater les faits pertinents et de ne pas les dénaturer »¹⁴². Son raisonnement sur le caractère factuel d'un droit acquis à l'étranger se rapproche ici de celui de Dicey et surtout de celui de Beale.

La reconnaissance n'est pas automatique, elle exige quatre conditions : « 1° tout d'abord, il faut que la question posée soit bien celle de l'efficacité d'un droit, et non pas de sa création ; 2° ensuite, que le droit dont on se prévaut, soit définitivement constitué

¹³⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 284 (n° 936) et s.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 196 (n° 917) et s.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 287 (n° 936). — Dans le sens similaire mais en insistant sur l'unité de l'espace-temps, v. F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 213 (1989) p. 9 et s., spéc. p. 157 (n° 109).

¹⁴⁰ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 287-288 (n° 936).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 290 (n° 937).

¹⁴² *Ibid.*, p. 293 (n° 937 bis).

d'après la loi étrangère ; 3° ensuite, il convient que celle-ci ait été compétente sur le plan international dans le cas concret envisagé ; 4° enfin, il doit s'agir d'une matière où l'efficacité des droits n'est pas exclue »¹⁴³.

60. Ces conditions d'admission dans le for des effets des droits définitivement constitués à l'étranger ne révolutionnent en rien la méthode de Pillet mais en présentent un exposé plus rigoureux. Or, la construction de Niboyet contient également des traits originaux.

D'abord, il a une approche différente de la détermination de la loi compétente pour la constitution d'un droit. Adoptant la théorie unilatéraliste du droit international privé, il explique cette condition d'efficacité d'un droit subjectif en affirmant qu'aucun droit définitivement constitué à l'étranger selon une loi étrangère ne devrait être admis à déployer ses effets en France si la loi française était la seule compétente pour constituer ce droit, en vertu des règles françaises de conflit¹⁴⁴. Réciproquement, si la compétence de la loi française n'est pas atteinte, toute loi effectivement appliquée à l'étranger est compétente pour l'acquisition régulière du droit subjectif¹⁴⁵.

Ensuite, il fait remarquer que certains droits subjectifs définitivement constitués à l'étranger peuvent ne pas avoir d'effet en dehors des frontières de l'État d'origine en vertu d'une limitation imposée par la loi constitutive elle-même¹⁴⁶.

Enfin, concernant l'extinction d'un droit, bien qu'adhérant en général à la position de Pillet sur cette question, laquelle s'enracine dans l'esprit même de la notion de droits acquis, il y apporte une nuance très importante : « il se peut qu'un droit, créé à l'étranger, disparaisse ultérieurement selon la loi même du pays qui lui a donné l'existence. Lorsqu'il en est ainsi, aucune efficacité internationale ne lui appartient plus ; sa source se trouve en effet tarie. Cela suppose évidemment — et c'est une originalité de Niboyet — qu'aucune autre loi n'a pu, dans l'intervalle, se substituer à la loi primitive pour prendre en quelque

¹⁴³ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 299-300 (n° 940).

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 324 (n° 945) et p. 328 (n° 945 bis).

¹⁴⁵ Cf. la règle de compétence juridictionnelle indirecte adoptée par Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Simitch*, n° 83-11241 [*Bull.*, n° 55 ; *GA*, n° 70 ; *RCDIP* 1985, 369 et 243, obs. Ph. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1985, 460, n. A. HUET ; *D.* 1985, 469, n. J. MASSIP et IR, 497, obs. B. AUDIT].

¹⁴⁶ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 338. — Cf. R. DE NOVA, « Conflit de lois et normes fixant leur propre domaine d'application » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I : *Droit international privé et public*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 377 ; et Cf. P. KINSCH, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP* 2003, 403.

sorte le droit en compte et le régir désormais »¹⁴⁷. Sur ce point, Niboyet prend une position plus proche de celle de Beale que de celle de Pillet¹⁴⁸.

Le respect de Niboyet pour la loi étrangère appliquée à l'étranger (les droits sont par hypothèse effectivement constitués à l'étranger par une loi) correspond parfaitement au respect de la volonté des lois étrangères de s'appliquer, qui constitue le trait distinctif de la méthode unilatéraliste en général. C'est en ce sens que Pierre Gothot écrit que « mieux que tout autre, le système unilatéraliste intègre [...] le respect dû aux droits acquis »¹⁴⁹.

B/ Les critiques du concept de droits acquis

61. La théorie de Pillet, et plus généralement la notion de droits acquis, firent l'objet des critiques virulentes. Par exemple, Pierre Arminjon y consacra un cours, professé à l'Académie de La Haye en 1933¹⁵⁰.

Il ouvre son cours par l'affirmation suivante : « quoi qu'en dise un auteur moderne, [la notion de droits acquis] ne peut pas être utilisée pour résoudre les conflits de lois »¹⁵¹. Le problème c'est que, justement, si « l'auteur moderne » auquel Arminjon fait allusion est Pillet, il ne soutient point ce que Arminjon critique. Les développements qui précèdent montrent bien que résoudre le conflit de lois grâce au concept de droits acquis n'a jamais été la prétention de ses promoteurs. Au contraire, le conflit de lois intervient dans leurs constructions théoriques dans le stade du contrôle de (la régularité de) l'acquisition des droits subjectifs.

¹⁴⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 341 (n° 949).

¹⁴⁸ Les traces de cette conception des droits acquis pourraient être discernées dans l'article 12 §2 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur les réfugiés qui stipule que « les droits précédemment acquis par les réfugiés et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout État contractant ». Par ailleurs, sous réserve des cas de mutabilité du régime matrimonial, le changement de la législation du pays d'origine postérieur au changement de la nationalité et du domicile des époux n'a pas d'effet rétroactif, la nouvelle loi de la nationalité et du domicile « prenant le relais » de la loi d'origine depuis abrogée : Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2006, *Nachim*, n° 04-20621 [*Bull.*, n° 523 ; *RCDIP* 2007, 397, n. P. LAGARDE].

¹⁴⁹ P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, 1, 209 et 415, spéc. p. 8 ; dans le sens de l'absence de « spécificité des droits acquis par rapport à la mise en œuvre de l'unilatéralisme », H. MUIR WATT, *Quelques remarques...*, précité, p. 438 (n° 10).

¹⁵⁰ P. ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI* 44 (1933) p. 1.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 5-6.

62. D'autres auteurs, comme Henri Batiffol et Paul Lagarde, ont toujours vu ce lien congénital entre la méthode du conflit de lois et la notion de droits acquis¹⁵². Pillet lui-même écrit dans son *Traité* que le « principe du respect international des droits régulièrement acquis [...] n'est pas une règle de solution des conflits »¹⁵³. En effet, la théorie du droit international privé de Pillet s'articule autour de trois questions distinctes : droits des étrangers, conflits de lois et effet international des droits acquis¹⁵⁴. Ces trois questions sont distinctes pour Pillet et se posent dans cet ordre précis¹⁵⁵. La première concerne la jouissance des droits (comme par exemple la question de savoir si un étranger peut se marier dans le for ou y acheter un bien). La deuxième suppose qu'un acte juridique a déjà eu lieu et il s'agit de dire si la situation juridique est valablement créée *selon la loi compétente*. Quant à la distinction entre le problème du conflit de lois et celui de l'effet des droits acquis, Pillet explique sa pensée en disant que « pour que ce troisième type de questions se révèle, il faut, ou bien qu'il n'y ait jamais eu de conflit, c'est-à-dire que le droit ait été purement national lors de son origine et ne soit devenu international que postérieurement, ou que le conflit soulevé au moment où a été passé l'acte générateur du droit ait été très régulièrement résolu par l'application de la loi compétente. Alors seulement se présente la question de savoir si ce droit qui a été acquis dans un pays et sous l'égide des lois de ce pays peut être ramené à exécution à l'étranger, ou si au contraire il ne possède de force que sur le territoire où il a été édicté »¹⁵⁶.

Et pourtant, plusieurs auteurs contemporains qui sont critiques envers la théorie des droits acquis, en se fiant probablement à l'autorité d'Arminjon, interprètent la construction théorique de Pillet en ce sens que la reconnaissance des droits acquis à l'étranger « serait donc indépendante de toute détermination de loi applicable »¹⁵⁷, ou que « le recours à la notion de droit acquis permet d'occulter le conflit de lois dans l'espace, en le considérant comme déjà résolu avant l'intervention du juge, par l'effet de l'écoulement du temps »¹⁵⁸. En réalité, la technique de reconnaissance des droits acquis de Pillet n'ignore pas le conflit

¹⁵² BATIFFOL & LAGARDE, p. 518 (n° 318-1), se référant à Martin.

¹⁵³ A. PILLET, *Traité...*, précité, p. 121 (n° 41).

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 2 et s.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 11-12.

¹⁵⁷ É. PATAUT, *Le renouveau de la théorie des droits acquis*, précité, p. 73.

¹⁵⁸ H. MUIR WATT, *Quelques remarques...*, précité, p. 430 (n° 5).

de lois mais « suppose, au contraire, que les conflits, si jamais il y en a eu, ont été résolus antérieurement »¹⁵⁹, c'est-à-dire conformément à la règle de conflit de lois du for.

63. Toutefois, les critiques de la théorie des droits acquis méritent d'être analysées. La première est l'argument du cercle vicieux qui fut relevé déjà par Savigny. Celui-ci critique l'idée selon laquelle les droits acquis selon la loi locale devraient être reconnus internationalement : « ce n'est là qu'une pétition de principe ; car, pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition »¹⁶⁰. En effet, l'on ne peut pas juger de la régularité d'acquisition d'un droit selon la « loi locale » sans recours à une règle de conflit de lois du for, car la loi locale reste inconnue avant l'application de la règle de conflit qui sert à la désigner.

Plus précisément, cet argument du cercle vicieux se présente plutôt comme l'argument d'impossibilité de localisation qui concerne toutes les constructions juridiques, lesquelles n'ont pas d'existence matérielle. C'est notamment le cas du contrat, dans sa dimension de *negotium*, ou encore des régimes matrimoniaux. Imaginons le cas du divorce entre une épouse française et un époux italien qui se sont mariés en France mais qui ont ensuite déménagé au Maroc¹⁶¹. Quelle loi devrait être considérée comme locale pour régir leur régime matrimonial ? Un acte juridique est un fait observable du monde physique et peut être facilement localisé, sauf les actes accomplis à distance ou dans le cyberspace ; en revanche, une construction juridique n'a pas d'existence physique et ne peut donc être rattachée à un lieu, ni à une nation, que par une norme de droit.

Plus généralement c'est le rattachement à la *lex loci* qui n'est pas opérationnel concernant les constructions juridiques abstraites, même dans le cadre de la méthode classique du conflit de lois, sans l'ajout du mécanisme des droits acquis. En effet, imaginons une règle de conflit de lois bilatérale « le régime matrimonial est régi par la loi locale » ; que l'on y ajoute le raisonnement en termes des droits acquis ou pas, la règle est toutefois inopérante puisque tel est son rattachement. L'argument du cercle vicieux n'est pas une critique d'une théorie des droits acquis (celle-ci n'ayant probablement jamais pris la forme d'une méthode autonome de droit international privé) mais une critique de la

¹⁵⁹ A. PILLET, *Traité...*, précité, p. 121.

¹⁶⁰ F.-C. von SAVIGNY, *Traité...*, t. VIII, précité, § 361 (p. 131).

¹⁶¹ L'hypothèse de l'affaire *Machet*, *infra*, n° 77.

règle de conflit qui rattacherait les droits subjectifs et rapports de droit à la *lex loci*. Or une telle règle de conflit ne fait pas partie de la construction de Pillet, pas plus que de celle de Dicey avant lui ou de Niboyet après.

64. L'expression même de « théorie des droits acquis » est trompeuse : il ne s'agit pas d'une théorie d'ensemble du droit international privé et même pas d'une méthode originale, mais bien d'un « principe du respect international des droits acquis », ou d'une technique, s'inscrivant dans la méthode classique de conflit de lois. Un principe qui dans le droit anglais de Dicey guide l'élaboration des règles de conflit et qui dans la vision du droit international privé de Pillet et Niboyet sert à résoudre les conflits mobiles, par exemple¹⁶².

Par ailleurs, un rapprochement a été opéré¹⁶³ entre l'idée des droits acquis et l'effet atténué de l'ordre public¹⁶⁴, même si cette possibilité de modulation d'ordre public peut recevoir une explication différente¹⁶⁵.

65. On pourrait dire que l'idée philosophique de droits acquis signifierait une reconnaissance absolue et inconditionnelle, la consécration juridique des situations de fait. En revanche, les théories juridiques des droits acquis n'ont jamais été aussi ambitieuses.

66. En commençant son cours sur les droits acquis, Pillet affirme que sa théorie n'est rien d'autre que l'analyse de la pratique jurisprudentielle existant depuis des décennies, voire depuis des siècles : « c'est un principe nouveau, non pas qu'on ne l'ait pas appliqué de tous temps, car la nécessité qu'il représente est sans réplique, mais parce qu'on l'appliquait d'instinct et sans lui donner de formule »¹⁶⁶. « Bien qu'il n'ait été dégagé que tout récemment, en fait il a toujours été appliqué »¹⁶⁷, poursuit-il. Niboyet souligne, lui-aussi, que l'idée des droits acquis qu'il a entrepris de formuler était toujours présente,

¹⁶² Ainsi peut-on remarquer une certaine proximité entre l'idée des droits acquis de Pillet – Niboyet et la solution du conflit mobile chez BATTIFOL & LAGARDE, p. 519-521 (n° 320).

¹⁶³ P. GOTHOT, *op. cit.*, p. 428.

¹⁶⁴ Cass. civ., 17 avril 1953, *Rivière* [GA, n° 26 ; RCDIP 1953, 412, n. H. BATTIFOL ; JDI 1953, 860, n. M. PLAISANT ; JCP 1953.II.7863, n. E. BUCHET].

¹⁶⁵ *Infra*, n° 450 et s.

¹⁶⁶ A. PILLET, « Théorie générale... », précité, p. 490.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 492.

quoique sous une forme latente, en droit international privé¹⁶⁸.

Quand on observe ces réapparitions périodiques de l'idée des droits acquis, espacées dans le temps et sur le Globe, et qui sont d'ailleurs bâties sur les fondements théoriques assez éloignés les uns des autres, on se demande s'il n'y a pas quelque chose de commun à toutes ces écoles. Ce phénomène commun qui anime les juristes continentaux européens et anglo-américains, naturalistes et positivistes, universalistes et particularistes — c'est le désir de l'Homme d'être maître de quelque chose. Il semble naturel à l'Homme de vouloir être propriétaire, individuellement ou collectivement selon les cas, et de défendre sa propriété¹⁶⁹. Ce même archétype psychologique se manifeste dans le désir de l'Homme de garder aussi longtemps qu'il lui plaira les droits qu'il a un jour acquis¹⁷⁰. Comme disait Francescakis, « l'idée des droits acquis est un penchant naturel de l'esprit »¹⁷¹.

67. Toutefois, quelles que soient les méthodes et les approches proposées, aucune n'a réussi à affranchir les droits subjectifs de la loi qui les gouverne et d'un mécanisme du choix de celle-ci, ni même essayé de le faire. La loi se présentait toujours comme le vecteur de l'efficacité des droits subjectifs constitués à l'étranger.

Cependant plusieurs mécanismes ont été imaginés pour permettre indirectement la circulation des droits subjectifs ou situations juridiques.

¹⁶⁸ J.-P. NIBOYET, *Traité...*, t. III, précité, p. 284 (n° 936).

¹⁶⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 195 et s.

¹⁷⁰ Cf. « l'effet cliquet » des droits et libertés fondamentaux en droit français : C. const., 20 janvier 1984, n° 83-165 DC et 11 octobre 1984, n° 84-181 DC.

¹⁷¹ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, p. 196 (n° 207).

CHAPITRE II

LES VOIES INDIRECTES DE RECONNAISSANCE DES SITUATIONS JURIDIQUES

68. En dépit de l'échec de l'idée des droits acquis en droit international privé du continent européen, la doctrine et la jurisprudence imaginèrent d'autres techniques juridiques afin de permettre la circulation internationale des phénomènes juridiques étrangers. Contrairement aux théories qui se focalisaient sur des phénomènes juridiques d'ordre privé, à savoir les droits subjectifs, de nouvelles approches se tournèrent vers des facteurs publics.

C'est ainsi que l'on chercha à assurer la reconnaissance des situations juridiques étrangères par la manipulation des règles de conflit (Section 1) et par le biais de la reconnaissance des jugements et des actes publics (Section 2).

Section 1^{re} : La circulation des situations juridiques grâce à des manipulations de la règle de conflit

69. La doctrine et la jurisprudence se rendirent compte que l'harmonie internationale des solutions ne pouvait pas être atteinte dans tous les cas par le seul jeu des règles de conflit de lois, que celles-ci ne suffisaient pas toujours pour assurer la coordination des ordres juridiques et que le problème à résoudre se posait parfois non pas en termes du conflit de lois mais en termes du conflit de systèmes ou d'ordres juridiques. Dans cette perspective plusieurs méthodes furent élaborées favorisant l'harmonie internationale des solutions et dont l'effet consista en la validation des situations juridiques acquises à l'étranger.

Le conflit de systèmes ou d'ordres juridiques se manifeste dans de nombreux aspects particuliers comme, par exemple, le problème de la loi applicable à la question préalable¹⁷² ou encore celui du conflit de qualifications¹⁷³. Cependant, l'étude détaillée de la question dépasse le cadre du présent travail.

Les méthodes discutées dans les développements qui suivent entraînent soit une mise à l'écart ponctuelle de la règle de conflit de lois du for (§ 1^{er}), soit sa transformation profonde et systématique qui change sa nature même (§ 2).

§ 1^{er} — La correction de la règle de conflit

70. L'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit de lois du for, fut envisagée soit dans le cadre de conflit de systèmes (A), soit dans le cadre de conflit d'ordres juridiques (B).

¹⁷² Sur les questions préliminaires, v. P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préliminaires », *RCDIP* 1960, 459 ; W. WENGLER, « Nouvelles réflexions sur les "questions préliminaires" », *RCDIP* 1966, 165.

¹⁷³ Sur le conflit de systèmes et la qualification, v. É. BARTIN, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, 225, 466 et 720 ; Y. LEQUETTE, « Le renvoi de qualifications » in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249.

A/ Le renvoi et le conflit de systèmes

71. Le lien qui unit la théorie du conflit de systèmes de Francescakis à l'idée des droits acquis a été justement souligné dans la doctrine¹⁷⁴. La rupture méthodologique avec les opinions précédentes réside dans la mise à l'écart de la règle de conflit de lois du for.

72. Le mécanisme juridique principal qui permet la coordination des systèmes dans la théorie de Francescakis — le renvoi — ne fut pas inventé par l'éminent auteur mais par une jurisprudence assez ancienne¹⁷⁵ et connut un développement jurisprudentiel tout au long du XX^e et jusqu'au début du XXI^e siècles¹⁷⁶. Selon la jurisprudence française, le renvoi peut se faire vers la *lex fori* (« renvoi au premier degré », ou « renvoi-retour » : l'jurisprudence *Forgo*, précitée) ou vers un droit tiers (« renvoi au second degré », ou « renvoi-transmission » : l'arrêt *De Marchi*, précité). Il peut avoir lieu même en matière des immeubles sis à l'étranger (l'ajout de l'arrêt *Bellestrero*, précité, étendant à la totalité de la matière successorale le mécanisme inventé dans les arrêts *Forgo*), mais en matière de succession il est admis seulement dans la mesure où il favorise l'unité du règlement de

¹⁷⁴ Ainsi fut-elle qualifiée de « la nouvelle doctrine des droits acquis » : P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, 1, 209 et 415, spéc. 425.

¹⁷⁵ Cass. civ., 24 juin 1878 et Cass. req., 22 février 1882, *Forgo* [GA, n° 7 ; D. 1879.I.56 ; JDI 1879, 285 ; S. 1878.I.429 ; — GA, n° 8 ; D. 1882.I.301 ; S. 1882.I.393, n. LABBÉ].

¹⁷⁶ Les décisions les plus importantes rendues depuis les arrêts *Forgo* : Cass. req., 9 mars 1910, *Soulié* [DP 1912.I.262, rapp. DENIS ; JDI 1910, 888 ; S. 1913.I.105, n. E. A.] ; — Cass. civ., 7 mars 1938, *De Marchi della Costa* [GA, n° 16 ; RCDIP 1938, 472, n. H. BATIFFOL] ; — Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1972, *Gouthertz*, n° 70-11953 [Bull., n° 35 ; RCDIP 1972, 644, n. G. WIEDERKEHR ; JDI 1972, 594, n. Ph. KAHN ; JCP 1972.II.17096, concl. GÉGOUT ; *Defrénois* 1972, 1033, n. Ph. MALAURIE] ; — Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Ballestrero*, n° 98-15650 [Bull., n° 96 ; D. 2000, 539, n. F. BOULANGER ; RCDIP 2000, 399, n. B. ANCEL ; JDI 2001, 505, n. M. REVILLARD ; JCP 2000.II.10443, n. Th. VIGNAL ; JCP N 2000, 92, n. G. LÉGIER ; *Gaz. Pal.* 3 octobre 2000 (n° 275) p. 25, obs. M.-L. NIBOYET ; *Droit et patrimoine* 2000, 97, obs. F. MONÉGER ; *Dr. fam.* 2000/5, comm. 70 (p. 25) obs. E. FONGARO] ; — Cass. civ. 1^{re}, 21 septembre 2005, *Kenny*, n° 04-10217 [Bull., n° 336 ; D. 2006, 1726, n. F.-X. MORISSET ; *AJ Fam.* 2005, 450, obs. C. GRIMALDI ; RCDIP 2006, 100, n. H. MUIR WATT] ; — Cass. civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, *Riley*, n° 06-12140 [Bull., n° 29 ; D. 2009, 1658, obs. V. EGÉA, n. G. LARDEUX, 2010, 1585, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2009, 356, obs. A. BOICHÉ ; RCDIP 2009, 512, n. B. ANCEL ; JDI 2009, 567, n. H. PÉROZ ; JCP 2009.II.10068, n. F. BOULANGER ; *Defrénois* 2009, 1705, n. MEYZEAUD-GARAUD ; *Droit et patrimoine* 2009, 106, obs. M.-E. ANCEL ; *Dr. fam.* 2009/9, comm. 119 (p. 42) obs. É. FONGARO] ; — Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2010, *Tassel*, n° 09-11901 [Bull., n° 140 ; D. 2010, 2955, n. L. D'AVOUT, 2011, 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2010, 401, obs. A. BOICHÉ ; RCDIP 2011, 53, n. B. ANCEL ; JDI 2010, comm. 19 (p. 1263) n. H. PÉROZ ; JCP 2010, 748, obs. E. CORNUT et JCP N 2010, 1308, n. A. DEVERS ; *Defrénois* 2010, 1805, n. P. CALLÉ ; *Droit et patrimoine* 2010, 117, n. M.-E. ANCEL].

celle-ci (*Riley*, précité). Le renvoi s'opère même d'office (*De Marchi, Bellestrero*) mais ne peut concerner le cas où le droit étranger serait choisi par les parties (*Gouthertz*, précité). Le renvoi de la loi étrangère (le facteur de rattachement utilisé par celle-ci) est interprété selon la loi étrangère même et non *lege fori* (*Forgo, Kenny*, précités). Par ailleurs, le renvoi de la loi étrangère peut fonder la compétence juridictionnelle française dans la mesure où cela favorise l'unité du règlement de la succession (l'arrêt *Tassel*, précité).

La doctrine, d'abord critique ensuite séduite, s'intéressa à cette invention jurisprudentielle tout au long de son évolution¹⁷⁷. Sans prétendre décrire et systématiser toutes les solutions jurisprudentielles correspondant aux cas d'application de cette technique juridique, nous aborderons surtout les fondements théoriques du renvoi et plus généralement le conflit de systèmes. Francescakis ne fut pas le seul ni le premier à se pencher sur la question¹⁷⁸. Or, sa doctrine se présente comme la plus aboutie et sera seule étudiée ici.

73. En observant les affaires jugées par la Cour de cassation française dans lesquelles une situation juridique accède à l'efficacité dans le for alors même qu'elle est constituée en dépit de la règle de conflit de lois (c'est-à-dire que la loi qui a présidé à sa création n'était pas celle désignée compétente par la règle de conflit du for), Francescakis remarque que « puisqu'il s'agit de maintenir une situation considérée comme internationalement acquise malgré sa non conformité à la règle de conflit du for, il faut commencer par admettre que la règle de conflit du for ne s'y applique pas »¹⁷⁹.

La validation d'une situation contraire à la règle de conflit de lois du for se présente comme un objectif dicté par un souci de justice envers les parties¹⁸⁰, le renvoi en est l'instrument et la théorie du conflit de systèmes de Francescakis — un fondement

¹⁷⁷ Parmi les contributions assez récentes, v. A. DAVI, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI* 352 (2010) p. 9 ; É. AGOSTINI, « Le mécanisme du renvoi », *RCDIP* 2013, 545 ; et très récemment, G. P. ROMANO, *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, Éd. Romandes, 2015.

¹⁷⁸ Sur la théorie de renvoi de Meijers, v. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », précité, p. 425 et s. et A. V. M. STRUYKEN, « *Locus regit actum*, un nouvel avatar hollandais » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 765 et s., spéc. p. 769 et s.

¹⁷⁹ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, p. 192 (n° 200).

¹⁸⁰ En ce sens, L. RAAPE, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *RCADI* 50 (1934) p. 401 et s., spéc. p. 413.

doctrinal.

Le conflit de systèmes selon Francescakis peut être présenté comme suit. D'abord, chaque pays a ses propres lois, et leur pluralité engendre des conflits de lois. Cette pluralité des lois potentiellement applicables à un litige donné, et donc les conflits de lois, sont régis par les règles de conflit de lois du for.

Ensuite, ces dernières forment un système de conflit de lois. Or chaque pays a son propre système de conflit de lois, et encore une fois, déjà sur un plan supérieur, la pluralité engendre le conflit.

Enfin, il existe des règles spéciales qui régissent la pluralité de systèmes de conflit de lois. En d'autres mots, la règle de conflit de lois désigne la règle matérielle applicable, tandis que la règle de conflit de systèmes indique la règle de conflit de lois applicable. Ainsi, le droit international privé du for peut disposer que son système de conflit de lois est le seul applicable par les juges nationaux, mais il peut également définir les cas dans lesquels le juge national devra ou pourra appliquer un système étranger de conflit de lois pour déterminer le droit matériel applicable au litige. Si la situation juridique présente quelques liens avec le for et avec un ou plusieurs ordres juridiques étrangers, l'harmonisation des systèmes passera par le renvoi, la règle de conflit de lois du for désignant alors le système étranger de droit international privé, qui désignera à son tour la loi matérielle applicable. Ainsi les divers systèmes de conflit s'appliquent successivement et se coordonnent grâce aux règles de conflit de systèmes que sont celles sur l'admission et les modalités du renvoi.

74. Or, selon Francescakis, le juge peut (ou devrait) ne suivre que les dispositions d'un système étranger, dans les cas où le for n'aurait aucun lien avec la situation juridique constituée à l'étranger au moment de sa création : « les règles de conflit, tout comme les lois internes, doivent se voir assigner un domaine d'application dans l'espace »¹⁸¹. En effet, selon Francescakis, « la situation juridique en cause ne saurait être légitimement réglée que par des systèmes avec lesquels elle présentait des contacts »¹⁸². En conséquence, une situation juridique acquise à l'étranger et n'ayant, au moment de sa création, aucun lien avec le for, devrait être considérée valable si elle l'est selon la loi compétente en vertu des

¹⁸¹ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi...*, précité, p. 194 (n° 203).

¹⁸² *Ibid.*

règles de conflit appartenant au(x) système(s) originairement impliqué(s), même si le système de conflit de lois du for contient une règle contraire.

Dans le cas où, au moment de sa création, la situation n'aurait d'attaches qu'avec un seul pays étranger, la situation peut être considérée comme interne et la question de la loi applicable ne se pose pas¹⁸³.

Si, au contraire, deux ou plusieurs États étrangers sont concernés par cette situation juridique dès le début, deux possibilités se présentent. Soit les systèmes de conflit de lois en question s'accordent sur la loi applicable et alors, affirme Francescakis, « on voit renaître la possibilité d'invoquer la théorie traditionnelle des droits acquis, telle qu'elle a été originairement formulée par l'école hollandaise du XVII^e siècle »¹⁸⁴ ; soit les systèmes de conflit de lois des ces États désignent des lois étrangères différentes, et alors l'harmonisation des solutions passerait, en principe, par le renvoi¹⁸⁵.

75. En présence d'un conflit positif entre des systèmes étrangers en cause, c'est-à-dire lorsque deux ou plusieurs systèmes de conflit de lois « revendiquent » l'application de leurs propres règles de conflit sans faire de renvoi, le for devrait privilégier, selon Francescakis, le système de conflit (la règle de conflit) effectivement mis(e) en œuvre. Et sur ce point il rejoint parfaitement l'idée de la reconnaissance des situations juridiques effectivement créées de Niboyet. Il s'agit de respect d'un « fait international » : « si le système français n'adoptait pas cette attitude, il s'érigerait en quelque sorte en redresseur des torts des systèmes étrangers, ce qui serait [...] d'autant moins réaliste que les systèmes étrangers pourraient à leur tour intervenir postérieurement et reconsidérer la situation acquise pour la conformer à leurs propres vues »¹⁸⁶.

76. Des liens entre la théorie de Francescakis et celle de Niboyet sont identifiables à trois égards.

D'abord, nonobstant les différences méthodologiques, les approches de Niboyet et de Francescakis conduisent à des solutions généralement identiques. En effet, même si Niboyet préconise le respect de la règle du conflit de lois du for, il ne faut pas oublier que

¹⁸³ *Ibid.*, p. 192 (n° 201) ; on y reconnaît l'influence de Pillet (*supra*, n° 56).

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 193 (n° 203).

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 195 (n° 205).

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 203 (n° 214) ; l'expression de « fait étranger » se rencontre déjà chez Niboyet : *Traité...*, t. III, précité, p. 293 (n° 937 bis).

dans sa perspective unilatéraliste il ne parle que du respect des règles de conflit unilatérales, qui attribuent la compétence à la loi du for¹⁸⁷, alors que Francescakis ne parle de mise à l'écart de la règle de conflit de lois du for que dans les cas où celui-ci n'aurait aucun lien avec la situation litigieuse. En pratique, on l'a compris, les cas coïncideraient en général.

Ensuite, il est à noter que tandis que le règlement des conflits de lois selon Francescakis est bilatéral, celui du conflit de systèmes est, en revanche, unilatéral¹⁸⁸, ce que certains qualifièrent d' « unilatéralisme partiel »¹⁸⁹.

Enfin, Francescakis rejoint l'idée de Niboyet sur le conflit spatio-temporel, en le considérant comme « soulevant un problème de conflits de systèmes dans le temps »¹⁹⁰. Dans le cas d'un conflit de systèmes dans le temps, ce n'est pas le renvoi qui devrait jouer mais le raisonnement analogue à celui des droits acquis de Niboyet visant le respect d'un « fait international » qui s'est produit avant même que la situation juridique entre dans le sphère de l'application du système de conflit du for.

77. Cette idée du conflit de systèmes dans le temps, et celle de respect international des droits acquis, peuvent être discernées dans les arrêts *Machet*¹⁹¹ et *Banque ottomane*¹⁹².

Dans la première affaire, la cour d'appel de Rabat dut statuer sur la liquidation du régime matrimonial d'un couple franco-italien marié en France et ayant déménagé quelques années plus tard au Maroc. Le droit international privé du for désignait comme applicable la loi nationale du mari, la loi italienne en l'espèce. Pourtant la Cour appliqua la règle jurisprudentielle française, règle voulant que la loi du régime matrimonial soit déduite de la volonté, explicite ou implicite, des époux qui est généralement réputée être la loi du lieu du premier domicile conjugal. Le cas n'était pas celui de coordination des systèmes par le renvoi, car la loi marocaine désignait la loi italienne laquelle acceptait sa

¹⁸⁷ Par ailleurs, Francescakis ne les considérait pas comme de véritables règles de conflit de lois : Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi...*, précité, p. 14-15 (n° 10).

¹⁸⁸ Dans le même sens, P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », précité, p. 426-427.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 441.

¹⁹⁰ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi...*, précité, p. 153 (n° 149).

¹⁹¹ CA Rabat, 24 octobre 1950, *Machet* [GA, n° 23 ; JDI 1951, 898, obs. B. GOLDMAN, B. ANCEL et P. LAGARDE ; RCDIP 1952, 85, n. Ph. FRANCESCAKIS].

¹⁹² CA Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane* [JDI 1966, 118, n. B. GOLDMAN ; RCDIP 1967, 85, n. P. LAGARDE].

compétence, aucune loi ne renvoyant à la loi française.

Pour écarter la règle de conflit contenue dans la loi marocaine (article 15 du dahir sur la condition civile des Français et des étrangers) les juges affirment « [1] qu'il n'est pas douteux que l'art. 15 susvisé doive être appliquée aux situations juridiques nées dans le protectorat, mais que ce texte ne peut régir des situations déjà nées et acquises dans un autre pays [...] [2] que les effets du mariage des époux Machet, à l'égard de leurs biens, doivent être déterminés à l'époque même de la célébration du mariage ; [3] que le régime matrimonial sur lequel ils se sont placés était déjà fixé et acquis avant leur arrivé au Maroc »¹⁹³.

Le raisonnement de l'arrêt *Machet* laisse perplexe et a suscité des commentaires approfondis, dont celui de Francescakis. Sans reprendre sur tous les points les analyses faites par la doctrine de l'époque, il convient d'étudier quelques aspects de l'arrêt *Machet* intéressant notre propos.

La troisième proposition de l'arrêt citée ci-dessus contient un truisme du droit civil mais aucune réponse à la question de savoir quel était ce régime matrimonial. La deuxième n'était pas non plus de nature à écarter le système du droit international privé marocain : l'article 15 de la loi marocaine donnait compétence à la loi matérielle de la nationalité du mari au moment de la célébration du mariage, de sorte que le positionnement, et la limitation, dans le temps résultaient du système de conflit de lois marocain et ne visaient que la loi matérielle applicable. La première proposition du considérant précité exprime clairement l'idée d'autolimitation spatio-temporelle du système de conflit, dans un esprit unilatéraliste, qui se rapproche de la théorie de Niboyet et qui va inspirer celle de Francescakis.

Toutefois, même présentée en termes de conflit de systèmes dans le temps, la décision de la cour de Rabat contient de véritables apories. Le plus grave problème de l'arrêt *Machet* c'est le critère de choix entre les deux systèmes, italien et français, en conflit. La règle *prior tempore potior jure* ne donnerait aucune solution au problème car les applications virtuelles du droit italien et du droit français étaient simultanées et

¹⁹³ Nous avons ajouté les numéros entre parenthèses pour commodité d'analyse.

concurrentes¹⁹⁴. Pour les mêmes raisons, il n'était pas possible de donner préférence au système « effectivement appliqué ».

78. Ce problème de l'arrêt *Machet* renvoie à l'impossibilité de déterminer le siège des constructions juridiques sans aide de règles de conflit : le problème identique à celui évoqué précédemment à propos des théories des droits acquis¹⁹⁵. Le fait d'élever le conflit de lois en conflit de systèmes ne change rien puisque ce conflit de systèmes emprunte la logique localisatrice, ou de rattachement, au conflit de lois et avec elle la nécessité d'un moyen de localisation, ou de rattachement. Le passage du conflit de lois au conflit de systèmes de conflit de lois, entraîne ici un changement d'objet, puisque l'on passe des normes matérielles aux normes de conflit, mais non de méthode.

79. Dans un arrêt *Banque ottomane* (de 1965)¹⁹⁶, la cour d'appel de Paris consacrait expressément la théorie de Francescakis. Il s'agissait d'une banque dont le siège statutaire était en Turquie mais dont le siège réel se trouvait à Londres. Deux actionnaires de ladite banque introduisirent une action en nullité des délibérations de l'assemblée générale, en se basant sur la loi française qu'ils prétendaient applicable à l'espèce. Or, pour déterminer la « nationalité » de la banque, la règle de conflit française désignait le droit anglais lequel renvoyait au droit turc qui acceptait sa compétence. Sans surprise ni difficulté réelle, la cour de Paris retient la nationalité turque. Cependant par des motifs surabondants elle proclame les postulats de la théorie de conflit de systèmes de Francescakis.

En effet, elle énonce que : « le droit international de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts » et en tire la conclusion que « le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard des situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisées leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucune attache quelconque avec le for ».

Cette référence à la théorie de Francescakis était sans aucun intérêt réel en l'espèce et n'eut pas non plus de postérité. Dix-neuf ans après cette première décision, la cour d'appel de Paris rendit un second arrêt dans l'affaire *Banque ottomane* aux termes duquel elle

¹⁹⁴ Dans le même sens, la note sous cet arrêt de Ph. FRANCESCAKIS, *RCDIP* 1952, 85 et s., spéc. p. 93-94.

¹⁹⁵ *Supra*, n° 63.

¹⁹⁶ Cité *supra*, n° 77.

condamna cette idée du désistement de la règle de conflit française devant un « fait international » qui lui serait complètement étranger, en précisant expressément que l'affaire devait être jugée « selon les règles du droit international français auxquelles seules peut se référer le juge français dès lors qu'il se reconnaît compétent pour statuer sur le litige dont il est saisi »¹⁹⁷.

80. Le renvoi au second degré aurait suffi à la cour de Paris pour parvenir à la même conclusion dans le premier arrêt *Banque ottomane* et assurer l'harmonie internationale des solutions. Dans une autre affaire qui se prêtait pourtant aussi au raisonnement en termes de la théorie du conflit de systèmes, affaire *Moatti*, la Cour de cassation préféra la coordination des systèmes par un renvoi au second degré à la résolution du conflit de systèmes par l'abandon de celui du for¹⁹⁸. En l'espèce, deux personnes de nationalité syrienne et de confession juive se marièrent en Italie selon les formes du droit rabbinique, acceptées en Syrie. Par la suite, les époux devinrent Français et un contentieux surgit concernant la nullité de ce mariage. La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir suivi *in favorem* le renvoi de la loi italienne (*lex loci celebrationis*) à la loi syrienne (la loi nationale commune des parties au moment de la célébration du mariage).

Ainsi, dans l'affaire précitée et plus généralement dans le cas de conflit de systèmes, la jurisprudence française choisit non pas l'effacement de la règle de conflit de lois du for mais sa correction ponctuelle et exceptionnelle, assortie de conditions de droit substantiel comme la validité du mariage ou encore l'unité successorale¹⁹⁹.

81. On peut lire dans la doctrine que « le renvoi est un mécanisme de correction appelé par le caractère abstrait du rattachement utilisé par la règle de conflit du for. L'abstraction est facteur de relativité ; elle rend possibles les divergences de désignation (v. l'hésitation entre nationalité et domicile) ; il est bon de compenser cet inconvénient par la recherche ultérieure d'un accord et le renvoi s'y efforce »²⁰⁰. Or, le renvoi n'est pas le seul mécanisme de correction des règles de conflit qui ait été élaboré par la doctrine et la

¹⁹⁷ CA Paris, 3 octobre 1984, *Banque ottomane* [*JDI* 1986, 156, n. B. GOLDMAN ; *RCDIP* 1985, 526, n. H. SYNVE].

¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Moatti*, n° 81-12611 [*Bull.*, n° 224 ; *RCDIP* 1983, 300, n. J.-M. BISCHOFF ; *JDI* 1983, 595, n. R. LEHMANN].

¹⁹⁹ Il ne faut cependant pas y voir une faveur générale envers les parties, car dans un contentieux les intérêts des parties sont, par hypothèse, opposés.

²⁰⁰ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, note sous *Gouthertz*, précité, *GA*, n° 51, p. 477 (§ 13).

jurisprudence.

B/ Le for de jugement, le for de raisonnement et la *foreign court* theory

82. Alors que les règles du droit international privé relatives au renvoi ont vocation à résoudre les conflits entre divers systèmes de règles de conflit de lois, elles ne sont pas identiques dans tous les pays et, encore une fois, la pluralité engendre les conflits. Comme le souligna à juste titre Georges Droz dans son cours général à l'Académie de droit international de La Haye, « ces règlements peuvent provoquer des conflits à la troisième puissance dans la mesure non pas où ils divergent, comme [dans le cas des règles de conflits de lois], mais au contraire dans *la mesure où ils concordent dans leurs solutions* : si les deux fors intéressés acceptent le renvoi au premier degré à leur loi interne le conflit négatif se transforme, on le sait, en conflit positif, si les ordres juridiques refusent tous deux le renvoi et appliquent la loi interne de l'autre pays on est encore en présence d'un conflit positif inversé »²⁰¹. Ainsi se pose un conflit entre les règles de solution de conflits de systèmes de solution de conflits de lois, que Droz appelle « conflit d'ordres juridiques ».

83. Ayant identifié le problème, l'auteur propose plusieurs pistes de sa solution ou de sa prévention. Ainsi, tout conflit se trouve supprimé par le choix de la loi applicable opéré par les parties, dans la mesure où l'*electio juris* est admis par le droit international privé du for²⁰². Pour davantage de prévisibilité, les parties peuvent également prévoir le for compétent, dans la mesure où l'*electio fori* est possible, ce qui permet également de *prévenir* le conflit d'ordres juridiques²⁰³.

Pour les cas où c'est au juge qu'il incombe de résoudre un conflit d'ordres juridiques, Droz propose une distinction entre le « for de jugement » et le « for de raisonnement »²⁰⁴. Cette distinction signifie que dans certains cas le juge saisi devrait trancher le litige comme l'aurait fait un juge étranger, ce qui implique la mise en œuvre par

²⁰¹ G. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI* 229 (1991) p. 9 et s., spéc. p. 349.

²⁰² *Ibid.*, p. 350.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 351 et s.

le premier du règlement du conflit de systèmes du second.

84. La théorie de Droz n'est pas sans lien avec le concept de droits acquis, ce qu'il souligne en affirmant que « la distinction entre for de raisonnement et for de jugement permet aussi d'expliquer le respect des situations acquises alors qu'aucun contact n'existait avec le for actuellement saisi d'une question les concernant [...] le problème comporte un élément temporel. Il s'agit de cas où la situation litigieuse pénètre dans le système du for saisi après que ses éléments ont pris corps »²⁰⁵. Et pour citer des décisions jurisprudentielles qui pourraient être expliquées par cette approche, il cite les arrêts *Machet* et *Banque ottomane*²⁰⁶.

85. L'idée que le for saisi puisse ou doive raisonner comme l'aurait fait un for étranger renvoie à la *foreign court theory* du droit anglais. Le lien entre le conflit de systèmes et la *foreign court theory* fut déjà souligné par Francescakis²⁰⁷. Au demeurant, la théorie de for de raisonnement de Droz s'en réclame²⁰⁸. Avant de comparer la théorie du for de raisonnement et celle de *foreign court*, il est nécessaire de présenter en grandes lignes la seconde.

La première évocation de cette théorie est prêtée à l'arrêt *Collier v. Rivaz* (1841), où il fut jugé que « la cour siégeant ici [...] doit se considérer siégeant en Belgique, selon les circonstances particulières de l'espèce »²⁰⁹. Cette formule inspirera notamment Droz mais le jugement n'est pas sans équivoque²¹⁰. En l'espèce, il s'agissait de la validité formelle des dispositions testamentaires faites par sept actes différents. Le testateur était un sujet britannique qui était, au moment de sa mort, considéré par le droit anglais comme domicilié en Belgique et par le droit belge comme domicilié en Angleterre, faute d'admission au domicile en Belgique. Une partie des actes litigieux étaient valables en la forme uniquement selon le droit belge et d'autres l'étaient uniquement selon le droit anglais. Finalement, le juge anglais réussit à les valider tous (!) en appliquant tantôt le

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 364.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 365.

²⁰⁷ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi...*, précité, p. 105 (n° 106) et s.

²⁰⁸ G. DROZ, *op. cit.*, p. 353.

²⁰⁹ *Collier v. Rivaz* (1841) 2 Curt 855, cité in Ph. FRANCESCAKIS, *loc. cit.* : « *The court sitting here [...] must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case.* »

²¹⁰ Les circonstances de l'espèce et le raisonnement sont cités d'après CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, 14^e éd., par J. FAWCETT et J. CARRUTHERS, Oxford University Press, 2008, p. 66-68.

raisonnement qu'aurait eu le juge belge et qui aurait renvoyé au droit anglais, tantôt le droit matériel de la Belgique, pays du dernier domicile du défunt au sens du droit anglais, sans tenir compte du droit international privé belge ni de la position qu'aurait eu le juge de ce pays.

Les deux décisions, qui sont considérées comme de véritables décisions fondatrices de la *foreign court theory*, concernèrent la validité des dispositions testamentaires quant au fond. Dans l'affaire *Re Annesley*, il était question de la succession d'une sujette anglaise dont le dernier domicile était en France selon le droit anglais mais qui ne fut jamais admise au domicile au sens du droit français²¹¹. Par son testament, elle eut disposé de la totalité de ses biens et non pas seulement de la quotité disponible, ce qui était valable en droit anglais mais non en droit français. Selon la règle de conflit de lois anglaise, la question litigieuse était soumise au droit français, or le droit français renvoyait au droit anglais ; cependant, si le juge français était saisi du litige, il aurait accepté le renvoi du droit anglais et appliqué la loi matérielle française. Finalement, le juge anglais appliqua le droit français des successions.

L'affaire *Re Ross* concernait le testament d'une Anglaise dont le dernier domicile était en Italie selon le droit anglais et le droit italien²¹². Elle déshérita son fils, ce qui était possible selon le droit anglais mais contraire à la réserve héréditaire de droit italien. La règle de conflit de loi anglaise désignait le droit italien en tant que droit applicable, or la règle de conflit de lois italienne désignait la loi nationale de la *de cuius*, la loi anglaise ; cependant, si le juge italien était saisi du litige, il n'aurait pas accepté le renvoi. Pour cette raison, le juge anglais appliqua sa propre loi matérielle.

En résumant, la démarche des juges anglais dans les deux affaires précitées consista non pas à appliquer « simplement » la règle de conflit de lois étrangère, mais à appliquer la règle de conflit de systèmes étrangère, c'est-à-dire la règle sur l'admission du renvoi : on pourrait dire que c'est le « renvoi du renvoi ». Le terme utilisé en droit anglais pour la doctrine de *Re Annesley – Re Ross* est le « *total renvoi* » ou encore « *double renvoi* »²¹³.

86. La technique de double renvoi présente cependant un inconvénient majeur, relevé

²¹¹ *Re Annesley* [1926] Ch 692 ; *JDI* 1927, 470.

²¹² *Re Ross* [1930] 1 Ch 377 ; *JDI* 1930, 1092.

²¹³ CHESIRE, NORTH & FAWCETT, précité, p. 61.

notamment par Droz : « ce système consistant à copier la solution qui serait donnée dans le système juridique principalement désigné ne peut malheureusement marcher qu'à la condition que les autres ordres juridiques ne l'adoptent pas, et l'on retombe dans le conflit évoqué par la concordance des solutions. Si, en effet, le système auquel appartient la loi nationale admet le même mécanisme en faveur par exemple de la loi du domicile, plus rien ne marche, chacun se renvoyant la balle »²¹⁴. Ce défaut de la méthode du double renvoi n'échappe pas non plus aux auteurs anglais²¹⁵.

On peut en conclure que le double renvoi ne résout aucun problème du renvoi simple. Il n'améliore en rien la méthode de règlement du conflit de systèmes, car n'y apporte aucune originalité, se bornant à dédoubler la même démarche intellectuelle.

87. La méthode du for de raisonnement proposée par Droz est différente de celle employée dans la jurisprudence anglaise. Dans l'approche prônée par cet auteur, « le for peut estimer que dans le cas d'espèce c'est à titre exceptionnel qu'il est appelé à se prononcer sur la situation juridique et que la compétence internationale aurait dû appartenir au contraire au for d'un autre pays. Dans ces conditions il devient possible de raisonner comme l'aurait fait le juge que l'on considère comme normalement compétent et de tenir compte non seulement de ses règles de conflit de lois, mais aussi de ses règles de conflits de systèmes »²¹⁶.

Il suggère la subordination, en quelque sorte, de la compétence législative en matière de règlement des conflits de systèmes à la compétence juridictionnelle²¹⁷. Ainsi, se prononce-t-il en faveur d'effacement des règles du conflit de systèmes du for dans les cas où la compétence de celui-ci serait exorbitante ou « abusive »²¹⁸. Autrement dit, le juge saisi d'une affaire soulevant un conflit de systèmes de droit international privé devrait mettre en œuvre celui de l'État qui a la compétence juridictionnelle la plus solide.

Toutefois, l'apport positif de cette proposition doctrinale n'est pas évident.

D'abord, il serait impossible de choisir dans cette perspective entre l'ordre juridique du dernier domicile du défunt, celui de sa nationalité et celui de la situation des biens

²¹⁴ G. DROZ, *op. cit.*, p. 352.

²¹⁵ CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, précité, p. 62.

²¹⁶ G. DROZ, *op. cit.*, p. 352-353. — À rappr. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 196 (1986) p. 9 et s., spéc. p. 159 et s.

²¹⁷ G. DROZ, *op. cit.*, p. 353 et s.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 356 et s.

composant la masse héréditaire, par exemple. De sorte que l'effacement du règlement des conflits de systèmes du for ne serait envisageable que pour les cas des compétences manifestement « abusives » ...et uniquement dans la mesure où le juge saisi considère sa compétence comme telle, ce qui réduit l'intérêt pratique de la méthode. D'ailleurs, dans les pays de tradition de *common law*, le juge se trouvant dans une telle situation pourra, sous certaines conditions, refuser d'exercer sa compétence en supprimant ainsi le « conflit d'ordres juridiques »²¹⁹.

Ensuite, si un État établit un critère de compétence exorbitant, c'est souvent parce qu'il y attache une importance si grande que même en cas de liens assez ténues il entend l'exercer. En ce sens, on peut songer par exemple aux règles de compétence qui assurent la protection de la partie faible (consommateur, travailleur).

88. M^{me} Muir Watt souligne le lien qui unit la *foreign court theory* à celle des *vested rights*²²⁰. Ainsi conclue-t-elle que « la théorie des *vested rights* aboutit [...] à déplacer le conflit de lois sur le terrain du conflit de systèmes »²²¹. Cela n'avait pas échappé non plus à Dicey pour qui la règle de conflit de lois anglaise devait désigner non pas la loi matérielle mais le système juridique compétent²²².

89. Tandis que le renvoi, simple ou double, se présente plutôt comme un moyen de correction de la règle de conflit, une autre méthode conduit à en reconsidérer la nature, toujours dans le champ du conflit de systèmes et d'ordres juridiques et dans la perspective de la continuité des situations juridiques.

§ 2 — La métamorphose de la règle de conflit

90. Au milieu du XX^e – début du XXI^e siècles, naquit une vision assez originale de la fonction de la règle de conflit (A) dont on retrouve les reflets dans certaines dispositions de droit international privé comparé (B).

²¹⁹ Sur la question, v. A. NUYTS, *L'exception de « forum non conveniens » : Étude de droit international privé comparé*, préf. A. VON MEHREN, Bruylant, 2003. — Soulignant la difficulté de l'hierarchisation des fors, P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », précité, p. 162.

²²⁰ H. MUIR WATT, « Quelques remarques... », précité, p. 449 (n° 18), p. 445 (n° 16).

²²¹ *Ibid.*, p. 449 (n° 18).

²²² *Supra*, n° 46.

A/ La méthode de référence à l'ordre juridique compétent

91. Le règlement de conflits d'ordres juridiques peut également s'effectuer selon la « méthode de référence à l'ordre juridique compétent ». Cette méthode fut systématisée et promue dans la doctrine européenne par M. Paolo Picone²²³, mais certains de ses éléments étaient déjà présents dans la doctrine italienne du milieu du XX^e siècle et avaient des fondements en droit international privé positif italien dès avant la promulgation du nouvel article 65 de la loi de réforme du système du droit international privé italien²²⁴.

92. La méthode théorisée par M. Picone contient deux volets : création des situations juridiques dans le for et reconnaissance dans le for des situations juridiques étrangères. Dans l'intérêt du présent travail, les développements qui suivent se limiteront à la présentation des principaux points caractéristiques de la méthode en général et à l'étude de son second volet, sans entrer dans les détails du premier.

Puisqu'il s'agit, dans le cadre de cette méthode, de coordonner les ordres juridiques, M. Picone part du postulat que l'ordre juridique ne s'épuise pas dans ses lois, générales, abstraites et hypothétiques²²⁵ ; l'auteur attache une importance toute particulière à l'application desdites lois et au « déroulement actuel ou futur des situations juridiques en cause », à leur effectivité²²⁶.

L'objectif affiché de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, aussi bien en ce qui concerne la création des situations juridiques qu'en ce qui concerne leur reconnaissance, consiste à « éviter l'existence [...] de situations juridiques

²²³ P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 197 (1986) p. 229 ; du même auteur, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 276 (1999) p. 9.

²²⁴ Sur cette méthode dans son volet « reconnaissance des situations juridiques », v. R. LUZZATO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 1965, p. 162 et s. ; v. déjà en ce sens, G. SPERDUTI, « Riflessi, nell'ordinamento italiano, di conflitti fra leggi e sentenze di più Stati in materia matrimoniale » (note sous CA Rome, 2 juillet 1959), *Foro italiano* 1959.I.1346 ; GAJA, « Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato », *Rivista di diritto internazionale* 1964, 409. — Par ailleurs, M. Picone admet également une certaine influence de von Bar : P. PICONE, « La méthode de la référence... », précité, p. 264.

²²⁵ Sur la distinction entre ordre et système juridiques, v. *infra*, n° 303.

²²⁶ P. PICONE, « Les méthodes de coordination... », précité, p. 119-120.

“boiteuses” »²²⁷. C’est-à-dire que dans l’instance indirecte elle favorise la reconnaissance des situations juridiques et dans l’instance directe elle vise à constituer dans le for des situations susceptibles d’être reconnues à l’étranger.

La méthode promue par M. Picone « ne s’intéresse donc pas [...] aux conflits qui pourraient surgir entre *les lois* de deux ou plusieurs États, concernés par la réglementation “dans l’abstrait” d’une question déterminée, mais plutôt aux conflits qui pourrait surgir “in concreto” entre l’*ordre* juridique du for et un ou plusieurs *ordres* juridiques étrangers »²²⁸.

L’ordre juridique dans le sens de M. Picone contient en lui « les “évaluations” qu’on peut tirer des lois étrangères auxquelles il renvoie et qu’il fait valoir *en concret* »²²⁹. Ainsi, afin d’établir le point de vue normatif concret de l’ordre juridique de référence, il est nécessaire de prendre en compte toutes les techniques du droit international privé dudit ordre juridique : règles de conflit (de lois mais pas seulement), règles de reconnaissance, jugements et actes publics déjà rendus, etc.²³⁰ Ce qui compte ce ne sont donc pas des règles abstraites mais la solution concrète qui est, sera ou serait donnée à la situation en cause, par l’ordre juridique pris pour référence.

93. La situation juridique se trouve au centre de cette méthode, sur quoi insiste particulièrement M. Picone²³¹. Il définit la situation juridique étrangère, susceptible d’être soumise à la reconnaissance dans le for, comme « une situation juridique qui a une source normative appartenant à un ordre juridique étranger. Elle peut découler directement de l’application des règles abstraites et générales d’une loi étrangère, à condition évidemment que ces règles soient applicables selon la loi à laquelle elles appartiennent, ou trouver sa source normative, quelle que soit la loi qui lui a été appliquée, dans l’acte (jugement, acte administratif, etc.) d’un organe public d’un État étranger »²³².

Le choix d’un ordre juridique étranger comme un ordre juridique de référence conduit le for « à reconnaître et rendre efficaces *toutes* (voire, éventuellement, les *seules*) situations juridiques [...] qui soient valablement existantes et efficaces à l’intérieur de l’ordre juridique en question [...] aussi bien en tant que situations juridiques

²²⁷ *Ibid.*, p. 123.

²²⁸ *Ibid.*, p. 122.

²²⁹ *Ibid.*, p. 120-121.

²³⁰ *Ibid.*, p. 124.

²³¹ P. PICONE, « La méthode de la référence... », précité, p. 271.

²³² *Ibid.*, p. 287.

originaires créées dans cet ordre qu'en tant que situations juridiques provenant d'autres ordres juridiques, mais reconnues dans celui-ci »²³³. La provenance et la qualité de la source normative de la situation juridique ne sont pas à prendre en compte dans le cadre d'application de cette méthode : « les situations juridiques sont donc reconnues dans le for à la *seule* condition de produire concrètement leurs effets à l'intérieur de l'ordre juridique étranger pris comme référence et sans plus procéder à un contrôle *autonome* ni de la loi qui a été appliquée à ces situations, ni de la compétence internationale de l'organe (de l'État étranger ou d'un État tiers) qui les aurait [...] créées. Le for se remet par conséquent, en ce qui concerne le contrôle de la validité de ces situations du point de vue du droit international privé, aux appréciations effectuées par l'ordre étranger "compétent" »²³⁴.

94. La condition à laquelle se trouve donc subordonnée la reconnaissance d'une situation juridique est qu'elle produise son effet dans l'ordre juridique de référence. La proposition n'est pas révolutionnaire, car on la trouve déjà chez Pillet et Niboyet²³⁵. Or, M. Picone souligne, contrairement à ces auteurs, qu'il n'est pas nécessaire que la situation ait été créée dans l'ordre juridique de référence : selon lui, le seul fait qu'elle y produise ses effets suffit.

Une autre condition de l'efficacité internationale des situations juridiques avancée par Pillet et Niboyet était, rappelons-nous, la régularité de son acquisition, et plus précisément la condition qu'elle ait été créée conformément à la loi compétente (au moment de la création) selon la règle de conflit de lois du for²³⁶. Cette condition se trouve également présente chez M. Picone mais elle est transformée : la règle de droit international privé du for intervient au stade de désignation de l'ordre juridique compétent, sans préjudice des choix que celui-ci puisse faire quant à la loi applicable ou quant aux conditions de la reconnaissance. En effet, M. Picone parle de deux moyens techniques de la reconnaissance dans le for des situations juridiques : des « procédés *ad hoc* de reconnaissance de jugements étrangers » et des « règles de renvoi à l'ordre juridique compétent »²³⁷. Ces dernières sont des règles de conflit qui ne se distinguent de leurs

²³³ P. PICONE, « Les méthodes de coordination... », précité, p. 131.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Supra*, n° 55 et s.

²³⁶ *Supra*, n° 56 et s.

²³⁷ P. PICONE, *Les méthodes de coordination...*, précité, p. 132.

homologues traditionnels que par le fait qu'elles visent non pas la loi matérielle compétente mais l'ordre juridique compétent considéré en bloc : ses normes générales (règles) qu'elles soient matérielles, procédurales ou de droit international privé, mais également ses normes individuelles (décisions)²³⁸. De ce point de vue, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent se rapproche de la *foreign court theory*, préfigurée par Dicey et façonnée par la jurisprudence *Re Annesley – Re Ross*²³⁹. Le principe directeur étant l'harmonie internationale des solutions d'affaires judiciaires concrètes et non une harmonie internationale des règles de conflit, par nature abstraites.

95. Il découle de ces développements, que dans le cadre de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, encore plus explicitement que dans celui de la *foreign court theory*, la règle de conflit ne subit pas un ajustement ponctuel en ce qui concerne son objet (règles matérielles ou règles de conflit) mais change en profondeur : elle vise directement et globalement l'ordre juridique compétent.

Par ailleurs, le droit international privé du for peut prendre pour référence plusieurs ordres juridiques à la fois et/ou subordonner la compétence du (des) ordre(s) juridique(s) compétent(s) à un résultats substantiel, les deux variations de la méthode pouvant être utilisées pour favoriser la reconnaissance internationale des situations juridiques²⁴⁰.

B/ Les traces de cette méthode en droit positif et sa portée

96. L'exemple d'une consécration au moins partielle de cette méthode en droit positif italien est donné par l'article 65 de la loi de réforme du système du droit international privé²⁴¹ : « sont efficaces en Italie les *provvedimenti* étrangères relatives à la capacité des personnes ainsi qu'à l'existence de rapports de famille ou des droits de la personnalité lorsqu'elles ont été rendues par les autorités de l'État dont la loi est désignée par les normes de la présente loi ou qui produisent leurs effets dans l'ordre juridique de cet État, même rendus par les autorités d'un autre État, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à

²³⁸ *Ibid.*, p. 124 et 134.

²³⁹ *Infra*, n° 85.

²⁴⁰ P. PICONE, *Les méthodes de coordination...*, précité, p. 138.

²⁴¹ Loi du 31 mai 1995, n° 218/1995.

l'ordre public et que les droits essentiels de la défense soient respectés »²⁴².

Le terme de *provvedimenti* employé dans cet article vise non seulement les jugements contentieux mais aussi les actes publics décisionnels. L'article 66 précise que les décisions étrangères rendues en matière gracieuse produisent leurs effets en Italie soit lorsqu'elles correspondent aux critères de l'article 65, soit lorsqu'elles « sont prononcées par une autorité qui soit compétente sur le fondement des critères correspondant à ceux de l'ordre juridique italien »²⁴³. Dans ce dernier cas on remarquera que l'ordre juridique compétent est désigné par référence à sa compétence juridictionnelle, mais toujours considéré en bloc et quelle que soit la loi effectivement appliquée ; mais alternativement la désignation de cet ordre juridique peut toujours être faite par la règle de conflit « de lois », comme dans l'article 65.

Il est caractéristique que toutes les décisions étrangères sont reconnues *de plano* en Italie, le contrôle de leur régularité internationale n'intervenant qu'en cas de contestation ou de demande d'exécution forcée (art. 67 §1^{er}). Lorsque ce contrôle *a posteriori* a lieu, l'intervention du juge italien n'aura pour effet que de lever le doute subsistant sur la conformité de la décision étrangère aux conditions requises, c'est-à-dire qu'elle se bornera à la vérification des conditions de régularité internationale, tandis que la situation substantielle des parties découlera toujours directement de la décision étrangère et que l'autorité de la chose jugée sera attachée directement à celle-ci²⁴⁴. S'il s'agit d'exécution forcée, la force exécutoire sera attachée non pas à la décision « d'exequatur » mais à la décision étrangère ensemble avec la décision prononçant sa conformité aux conditions d'efficacité (art. 67 §2), celle-ci n'étant que la preuve de la régularité de celle-là²⁴⁵. Ce régime procédural de l'efficacité confirme qu'il s'agit de reconnaissance dans le for des

²⁴² « Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa ». — Ici et *infra*, c'est nous qui traduisons.

²⁴³ « [...] ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano ».

²⁴⁴ N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, G. Giappichelli, 1996, p. 158.

²⁴⁵ La nature du jugement d'exequatur, avant la réforme, était déjà ambiguë, de sorte que l'on le qualifiait d'une « décision de vérification constitutive » : T. BALLARINO, avec la collaboration de A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3^e éd., CEDAM, 1999, p. 153-154.

situations juridiques étrangères et non de la reconstitution dans le for de situations juridiques analogues.

97. D'autres exemples sont donnés par la loi suisse sur le droit international privé²⁴⁶. Dans certains cas, la reconnaissance en Suisse des décisions étrangères est subordonnée (sous réserve de l'ordre public, bien entendu) à la seule compétence juridictionnelle indirecte de l'État d'origine, définie par la loi suisse. Par exemple selon l'article 50, « les décisions ou mesures étrangères relatives aux effets du mariage sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'État du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux ». On retrouve la même logique en ce qui concerne les déclarations d'absence et de décès (art. 42), les décisions statuant sur la filiation par l'effet de la loi (art. 70), sur la reconnaissance de paternité (art. 73, al. 2), sur les effets de la filiation (art. 84, al. 1^{er}), les décisions rendues en matière de droits réels mobiliers (art. 108, al. 2), relatives à la violation de droits de la propriété intellectuelle (art. 111, al. 1^{er}), aux créances contractuelles (art. 149) ou encore intervenues à propos de l'émission publique de titres de participation et d'emprunts (art. 165, al. 2).

D'autres dispositions de la même loi prévoient que les décisions étrangères sont reconnues en Suisse si elle sont rendues *ou reconnues*, dans l'État désigné par les rattachements de ces articles. C'est le cas en matière des régimes matrimoniaux (art. 58, al. 1^{er}), de divorce et de séparation de corps (art. 65, al. 1^{er}), de reconnaissance de paternité (art. 73, al. 1^{er}), des droits réels immobiliers (art. 108 al. 1^{er}), d'existence des droits de la propriété intellectuelle (art. 111, al. 2) et du droit des sociétés (art. 165, al. 1).

Il s'agit dans tous ces cas, explique M. Picone, de désigner non pas l'ordre juridictionnel compétent mais plus globalement l'ordre juridique compétent. Comme il le fait remarquer, dans la seconde catégorie des cas ci-dessus il serait absurde de dire que la loi suisse détermine la compétence indirecte des juges étrangers alors qu'en réalité ce sont eux qui apprécient la compétence indirecte des juges d'un État tiers²⁴⁷.

Le fait que la loi suisse vise tantôt les décisions rendues et tantôt les décisions rendues ou reconnues dans l'ordre juridique compétent est interprété par M. Picone comme l'indicateur du degré de rattachement d'une catégorie des situations juridiques à un État ou

²⁴⁶ Loi fédérale du 18 décembre 1987.

²⁴⁷ P. PICONE, *Les méthodes de coordination...*, précité, p. 136.

du « degré de “force” ou de “suprématie” des ordres étrangers chaque fois désignés, par rapport aux situations juridiques faisant l’objet des décisions à reconnaître dans le for : c’est donc le degré le plus élevé de force qui justifie la prise en considération même des décisions seulement reconnues dans l’ordre juridique étranger de référence »²⁴⁸.

98. En France, depuis l’arrêt *Cornelissen*²⁴⁹, les situations juridiques créées ou reconnues par les juges étrangers internationalement compétents, sont reconnues sans contrôle de la loi appliquée, ce qui n’est pas sans rappeler la position du droit helvétique. En effet, l’accueil en France des jugements étrangers, depuis l’abandon du contrôle de la loi appliquée, peut être rapproché de la méthode de référence à l’ordre juridique compétent, dans la mesure où une fois contrôlée (par la règle de compétence indirecte) l’origine du jugement, le for se contente de s’assurer de l’efficacité de la décision dans cet ordre juridique, en acceptant son point de vue normatif concret, sauf fraude ou contrariété à l’ordre public au sens du droit international privé²⁵⁰.

Pourtant, alors que la loi suisse désigne l’ordre juridique compétent selon les critères de compétence (juridictionnelle), ce qui correspond à la méthode de M. Picone, le droit international privé français ne procède pas par une désignation *a priori* des ordres juridiques de référence et n’exige qu’un « rattachement caractérisé », apprécié *a posteriori*, entre le juge étranger et la demande sur laquelle il a statué, sous réserve des compétences exclusives de l’ordre juridictionnel français²⁵¹. La méthode qui régit en France l’instance indirecte, tout en se rapprochant de la méthode de référence à l’ordre juridique compétent, est unilatérale²⁵². Cette particularité constitue une ligne de démarcation entre la méthode de M. Picone et celle de la jurisprudence française relative à l’accueil des jugements étrangers que l’on peut donc qualifier de méthode de la reconnaissance unilatérale. Les postulats de départ de ces deux méthodes sont similaires mais les procédés de choix de l’ordre juridique

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14082 [*Bull.*, n° 68 ; *D.* 2007, 1115, n. L. D’AVOUT et S. BOLLÉE ; *RCDIP* 2007, 420, n. B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2007, comm. 19 (p. 1195) n. F.-X. TRAIN].

²⁵⁰ Sur le régime d’accueil des jugements étrangers en droit français, v. *infra*, Section 2.

²⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Simitch*, n° 83-11241 [*Bull.*, n° 55 ; *GA*, n° 70 ; *RCDIP* 1985, 369 et 243, obs. Ph. FRANCESCakis ; *JDI* 1985, 460, n. A. HUET ; *D.* 1985, 469, n. J. MASSIP et IR, 497, obs. B. AUDIT].

²⁵² Sur le rapprochement entre l’approche unilatéraliste du droit international privé de Niboyet et l’abandon du contrôle de la loi appliquée, v. avant l’heure P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste... », précité, p. 447.

de référence sont différents : désignation pour l'une, confirmation pour l'autre.

Il est tout aussi possible de soutenir que c'est bien l'efficacité de la situation dans un ordre juridique étranger compétent qui est vérifiée dans l'instance indirecte en France, de sorte que la position de la jurisprudence française correspondrait à la reconnaissance des situations « créées ou reconnues » dans l'ordre juridique compétent, comme c'est le cas de la théorie de M. Picone. En effet, la décision rendue par le juge internationalement compétent peut porter sur une situation née antérieurement dans un ordre juridique tiers²⁵³.

Or, l'objet immédiat de la reconnaissance, dans le droit international privé français, semble être la décision étrangère, la reconnaissance de la situation juridique sous-jacente n'étant qu'indirecte, dont il sera question plus loin.

99. La théorie de référence à l'ordre juridique compétent se présente chez M. Picone non pas comme une simple méthode mais comme un paradigme du droit international privé. L'auteur affirme que la méthode qu'il développe correspond à l'état actuel du droit positif comparé, mais que l'idée demeurera juste même quand les conditions de la reconnaissance auront changé²⁵⁴.

En ce qui concerne l'idée de considérer les ordres juridiques en bloc, elle provoque une mutation de la règle de conflit quant à la portée de la référence au droit étranger, une mutation déjà observée dans le cas du renvoi et du double renvoi. Cette prise en compte des points de vue normatifs concrets ne peut qu'être favorable à la circulation internationale des situations juridiques, en ce qu'elle les préserve de la dénaturation lors de passage au travers du prisme des frontières nationales.

Mais en ce qui concerne la méthode (et c'est probablement sa différence principale par rapport à la méthode dite de reconnaissance unilatérale des situations²⁵⁵) la règle de référence à l'ordre juridique compétent est toujours une règle de conflit aprioristique, qui

²⁵³ À ce propos on se souviendra de l'affaire *de Wrède*, concernant la reconnaissance d'un jugement russe portant sur un mariage autrichien (même si en l'espèce il s'agissait de la nullité de celui-ci) : Cass. civ., 9 mai 1900, *de Wrède* [GA, n°10 ; JDI 1900, 613 ; S. 1901.I.185].

²⁵⁴ P. PICONE, *Les méthodes de coordination...*, précité, p. 138.

²⁵⁵ *Supra*, Introduction, n° 4, et *infra*, Titre II de la Seconde Partie.

rattache *in abstracto* une certaine classe de rapports de droit à un ordre juridique désigné ainsi compétent. Prendre un ordre juridique pour référence n'est rien d'autre que d'y fixer le « siège » d'une catégorie de situations juridiques. Dans la théorie de M. Picone, la règle de conflit reste toujours le vecteur de la circulation des situations juridiques, et c'est toujours l'opération de celle-là qui permet la circulation de celles-ci.

100. D'ailleurs, il est symptomatique que les exemples d'application de cette méthode en droit positif concernent presque exclusivement les situations juridiques bénéficiant du support d'une décision et d'un acte public. L'auteur l'explique en disant qu'ils sont les plus évidents mais non pas les seuls envisageables²⁵⁶. Il convient donc d'étudier plus en détails cet autre vecteur de circulation internationale des situations juridiques.

²⁵⁶ P. PICONE, *Les méthodes de coordination...*, précité, p. 124.

Section 2 : La circulation des situations juridiques grâce au support des actes émanant de l'État d'origine

101. La reconnaissance des jugements et des actes publics étrangers constitue un autre moyen permettant indirectement la circulation internationale des situations juridiques. Le lien entre la circulation des situations juridiques et celle des décisions fut souligné notamment par les pionniers de la méthode dite de reconnaissance unilatérale des situations²⁵⁷. Par exemple, il s'agit d'une même méthode pour M. Pamboukis²⁵⁸, et des méthodes semblables pour M. Mayer²⁵⁹.

Les développements qui suivent se limiteront au droit commun afin de mieux saisir les mécanismes du droit international privé avant leur hybridation qui intervient dans une perspective d'intégration régionale, de la création d'un espace judiciaire commun et d'un État fédéral.

Seront traité successivement le régime de la reconnaissance dans le for des jugements étrangers (§ 1^{er}) et celui des actes publics étrangers (§ 2).

§ 1^{er} — L'accueil des jugements étrangers et la circulation des situations juridiques

102. Afin de comprendre cette voie indirecte de la circulation internationale des situations juridiques, il est nécessaire d'aborder la question du contenu normatif d'un jugement (A) ainsi que celle du mécanisme de la réception dans le for des jugements étrangers (B).

²⁵⁷ *Supra*, Introduction, n° 4, et *infra*, Titre II de la Seconde Partie.

²⁵⁸ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP* 2008, 513, spéc. p. 532 (n° 24).

²⁵⁹ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s., spéc. p. 549 et p. 573 *in fine*.

A/ La notion d'efficacité substantielle

103. Le concept d'efficacité substantielle du jugement et la distinction entre l'effet du jugement et ses attributs furent introduits dans la doctrine française par Jean Foyer au milieu du XX^e siècle²⁶⁰. Au début du XXI^e siècle, plusieurs thèses de doctorat furent consacrées, en tout ou en partie, à l'approfondissement et au développement de la réflexion sur ce point²⁶¹. La théorie est reprise, ou tout au moins prise en compte, par les auteurs de plusieurs manuels et traités français récents²⁶².

104. Le point de départ consista à s'interroger sur la classification et la nature juridique de ce que l'on avait l'habitude d'appeler les « effets des jugements » et à distinguer l'effet proprement dit des attributs du jugement.

L'idée est que l'intervention du juge a pour l'objet les droits subjectifs des parties (la situation juridique) et pour l'effet — leur modification éventuelle ; tandis que l'autorité de chose jugée et la force exécutoire, par exemple, sont attribuées au jugement non pas par l'intervention du juge mais en vertu des règles procédurales²⁶³. Pour cette raison, il est possible de dire que ces dernières sont des attributs du jugement et non pas ses effets propres. Comme le souligne M^{me} Corine Bléry, leur attribution se caractérise par une automaticité et par une extériorité par rapport à la décision du juge²⁶⁴. Ce qui constitue l'apport de l'intervention du juge, le résultat direct de son activité intellectuelle et donc l'effet du jugement proprement dit — c'est son efficacité substantielle.

105. L'efficacité substantielle du jugement consiste en la concrétisation des droits des parties. Alors qu'avant le jugement la situation des parties était régie par une règle de

²⁶⁰ J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile : Essai d'une définition*, thèse Paris, 1954. — V. sur la question de manière générale, J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, p. 201 (n° 273) et s.

²⁶¹ Dans l'ordre alphabétique : C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. MAYER, Paris, LGDJ, 2000 ; F.-X. MORISSET, *Le régime de l'efficacité en France des décisions étrangères patrimoniales*, thèse Paris XI, 2002 ; H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005.

²⁶² BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 285 (n° 246) et s., et p. 294 (n° 255) et s. ; NIBOYET & GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 504 (n° 733) et s. ; — et en droit processuel, v. par ex., S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 30^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 747 (n° 1087) et s.

²⁶³ En droit français, c'est l'art. 1351 du Code civil.

²⁶⁴ C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 115 (n° 168) et s.

droit (une norme abstraite et hypothétique) avec le jugement elle se trouve régie par une norme individuelle (concrète et catégorique) posée par celui-ci²⁶⁵. Ainsi s'opère une novation de la source normative des droits subjectifs, la situation ne découle plus de la règle de droit mais du jugement ; et cette nouvelle norme-source possède des caractéristiques différentes, selon la distinction classique de M. Mayer²⁶⁶.

Selon M^{me} Hélène Péroz, « le jugement emporte une double modification. En premier lieu, le jugement modifie la situation substantielle des parties au procès, c'est l'efficacité substantielle. Elle consiste dans l'individualisation et la concrétisation de l'effet juridique de la règle de droit appliquée par le juge. De par cette opération, les parties ne tiennent plus leur droit de la loi mais d'une décision, il y a donc une substitution dans la source du droit des parties. En second lieu, cette substitution de norme entraîne une modification de l'ordonnancement juridique, ce que nous qualifions de normativité du jugement. La normativité du jugement permet d'imposer l'efficacité substantielle non seulement aux parties au procès mais aussi aux tiers [...] Bien que ces deux notions soient indissociables parce que l'efficacité substantielle du jugement ne peut pas se concevoir sans sa normativité, [...] elles n'ont pas la même source »²⁶⁷.

Il serait cependant difficile de distinguer ces deux temps de l'efficacité substantielle. En effet, il s'agit d'une seule et même modification : le « second temps » de l'action s'opère *ipso iure* si l'on considère que la situation substantielle des parties fait partie de l'ordonnancement juridique.

La proclamation de l'état de droit (et le cas échéant sa concrétisation) dans un jugement ne serait, en tant que telle, qu'un « énoncé substantiel »²⁶⁸, c'est la normativité du jugement, conférée par l'ordre juridique en raison de la qualité de l'organe, qui transforme cette proposition juridique en une véritable norme individuelle obligatoire.

Dans la structure du jugement on peut distinguer, d'une part, la vérification juridictionnelle, qui porte sur les conditions du présupposé de la règle de droit et correspond aux motifs, et d'autre part, la décision au sens strict, qui applique l'effet de

²⁶⁵ Sur la distinction des deux types de normes : P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Dalloz, 1973, p. 36 (n° 50) et s.

²⁶⁶ En ce sens, C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 89 (n° 126).

²⁶⁷ H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 21 (n° 7).

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 38 (n° 39).

cette règle et trouve sa place dans le dispositif²⁶⁹. C'est cette dernière partie du jugement qui dégage l'efficacité substantielle²⁷⁰.

La décision *stricto sensu* peut elle-même être logiquement divisée en deux parties : la proclamation de l'état de droit et sa concrétisation. M^{me} Péroz précise que « la proclamation consiste d'une part en l'individualisation de l'effet juridique de la règle de droit appliquée par le juge [...] D'autre part, cette individualisation par le juge de l'effet juridique de la règle de droit fait que la décision est inconditionnelle ou catégorique »²⁷¹. La concrétisation est alors comprise comme « la matérialisation de l'effet juridique de la règle de droit », par exemple le *quantum* de la condamnation ou les modalités de la mise en œuvre matérielle de l'état de droit proclamé²⁷².

106. Selon certains auteurs, c'est l'efficacité substantielle qui explique le caractère contraignant du jugement entre les parties (autorité de la chose jugée), tandis que la normativité de cette efficacité substantielle explique l'opposabilité du jugement aux tiers²⁷³. Or comme nous l'avons fait remarquer plus haut, la modification de l'état de droit entre les parties n'est pas dissociable de la modification de l'état du Droit, c'est-à-dire de l'ordonnancement juridique au sein duquel la situation s'insère.

Par ailleurs, la théorie étudiée peut conduire à considérer que la notion d'autorité positive de la chose jugée n'est qu'une expression, quelque peu mal appropriée, pour désigner l'efficacité substantielle dans sa dimension de normativité, rayonnant au-delà des litigants. Mais une telle conclusion est critiquée notamment par M. Mayer : « mais pourquoi — se demande-t-il — l'autorité positive [de chose jugée] ne s'attacherait-elle pas à l'apport substantiel du jugement, précisément énoncé dans son dispositif ? Par exemple, si un jugement a constaté l'existence d'un lien de filiation entre deux personnes, il permet ensuite à l'enfant d'obtenir un jugement condamnant son parent à lui verser une pension alimentaire. À quoi l'on objectera que c'est là confondre l'autorité de chose jugée et effet substantiel du jugement. Ce n'est pourtant pas exact », affirme M. Mayer pour qui « l'effet

²⁶⁹ La vérification juridictionnelle peut être définie également comme l'examen des faits de l'espèce et de leur adéquation à la règle de droit : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, précité, p. 747 (n° 1088).

²⁷⁰ V., par ex., H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 22 (n° 8).

²⁷¹ *Ibid.*, p. 27 (n° 18).

²⁷² *Ibid.*, p. 28 (n° 20).

²⁷³ *Ibid.*, p. 40 (n° 43).

substantiel consiste dans l'affirmation du lien de filiation, et peut être, en effet, invoqué par les parties ; il est même opposable aux tiers. Mais c'est l'autorité de chose jugée, venant renforcer cet effet entre les seules parties, qui leur interdit de *contester* ce qui a été ainsi décidé. Il suffit pour s'en convaincre de comparer un jugement et un acte administratif : l'un et l'autre ont un effet substantiel, mais la chose décidée par un acte administratif peut être contestée devant un tribunal, elle n'est pas irrévocable »²⁷⁴.

Il n'est pas abusif de considérer que l'autorité de la chose jugée a pour effet non pas d'interdire de contester le jugement, en dehors des voies de recours spécialement prévues, mais de remettre en cause, de quelque manière que ce soit, son efficacité substantielle (plus concrètement, la norme individuelle par lui posée qui engendre la situation juridique). Dans cette perspective, la distinction entre l'autorité négative et l'autorité positive de la chose jugée doit être relativisée. Plus précisément, on peut dire que l'autorité de la chose jugée a un aspect négatif et un aspect positif ou qu'elle peut être considérée sous l'un et l'autre angle, même si ce ne sont que deux manifestations (procédurale et substantielle) de la seule et même notion d'autorité de la chose jugée²⁷⁵.

Ainsi, l'autorité de chose jugée apparaît comme un attribut du jugement, de nature purement procédurale, qui interdit aux parties de remettre en cause la nouvelle situation substantielle, que ce soit à titre principal ou à titre incident. Cet attribut confère à l'efficacité substantielle du jugement une protection contre les parties elles-mêmes. Alors que l'opposabilité du jugement, quant à elle, résulte directement de la modification que celui-ci opère dans l'ordonnancement juridique dans lequel la situation juridique est incorporée. Autrement dit, l'efficacité substantielle du jugement, d'une part reçoit la protection de l'autorité de chose jugée entre les parties, attribuée par l'ordre juridique, et d'autre part fonde, *ipso iure*, l'opposabilité du jugement aux tiers²⁷⁶. La première est attribuée par l'ordre juridique en raison de l'efficacité substantielle, la seconde est une

²⁷⁴ P. MAYER, « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée » in *Mélanges dédiées à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 331 et s., spéc. p. 335.

²⁷⁵ En ce sens, en soulignant le fait que le Code civil traite l'autorité de la chose jugée en tant que présomption, ce qui implique nécessairement une « dimension positive » en plus d'une « dimension négative », S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, précité, p. 750 (n° 1090) et s.

²⁷⁶ Dans le même sens, v. F.-X. MORISSET, *op. cit.*, n° 239 et s. — *Cf.*, avec une distinction moins nette entre l'autorité de la chose jugée et l'opposabilité du jugement : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, précité, p. 759 (n° 1100). — Sur la notion d'opposabilité, v. J. DUCLOS, *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984.

expression propre de l'efficacité substantielle.

La question se pose de savoir si l'autorité de chose jugée peut être attribuée non seulement au dispositif mais aussi aux « motifs décisifs »²⁷⁷. La Cour de cassation répond par la négative²⁷⁸. C'est donc l'efficacité substantielle du jugement (plus concrètement, la norme par lui posée qui engendre la situation juridique) qui seule est revêtue de l'autorité de la chose jugée ; l'autorité de la chose jugée n'est pas attribuée aux constatations de fait contenues dans les motifs, c'est-à-dire à la vérification juridictionnelle, même si la valeur probante des constatations du juge n'est pas nulle.

107. La vision présentée ci-dessus des effets du jugement implique, puisque son effet se présente comme la modification de la situation substantielle des parties, qu'il s'agit toujours de création d'une situation juridique nouvelle par le jugement. Or, cette conclusion pourrait être en contradiction avec la distinction classique entre les jugements déclaratifs, qui ne feraient que lever le doute sur l'état de droit préexistant, et les jugements constitutifs, qui créeraient un état de droit nouveau.

Cette distinction est critiquée, ou tout au moins relativisée, dans la doctrine. Selon M^{me} Bléry, « tout jugement a un aspect déclaratif et un effet constitutif. Il serait bon de perdre l'habitude de langage consistant à parler d'effet déclaratif puisque l'effet du jugement réside dans sa *constitutivité*. La déclarativité n'est qu'une étape précédant nécessairement cet effet — car la déclarativité du jugement est due à la constatation que le juge opère, la constitutivité étant, elle, le résultat qu'il en déduit. Il faut donc élargir la conception traditionnelle des jugements constitutifs. Tout jugement autre que déclaratoire ou d'aspect déclaratoire a donc un *caractère déclaratif* et un *effet constitutif* ou *substantiel* »²⁷⁹. En effet, ce n'est pas évident de parler de la préexistence de la situation juridique au jugement lorsque la norme qui en est la source est une norme nouvelle, qui n'existait pas antérieurement au jugement et qui possède des caractéristiques très

²⁷⁷ Ce qui est le cas des décisions du Conseil constitutionnel (16 janvier 1962, D. n° 62-18 L : JO du 25 février 1962 ; S. 1963, 303, n. L. HAMON) — et des arrêts du Conseil d'État (CE, 19 novembre 1997, *Sarroub*, n° 187595 : *Lebon* 1997 ; *RCDIP* 1998, 51, n. P. LAGARDE).

²⁷⁸ Cass. plén., 13 mars 2009, *Beatrix*, n° 08-16033 [*Bull.*, n° 3 ; *Gaz. Pal.* 30 avril 2009 (n° 120) p. 14, n. Th. JANVILLE ; *Dr. et proc.* 2009, 266, obs. E. PUTMAN ; *JCP* 2009.II.10077, n. Y.-M. SERINET ; *LPA* 16 juillet 2009 (n° 141) p. 16, n. N. BARGUE ; *Procédures*, 2009/5, comm. 131, n. R. PERROT ; *RDI* 2009, 429, obs. Ph. MALINVAUD ; *RTD civ.* 2009, 366, obs. R. PERROT].

²⁷⁹ C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 104 (n° 149).

différentes de celles de la règle de droit dont elle a été déduite en justice²⁸⁰.

108. Cependant, la distinction entre les jugements constitutifs et les jugements déclaratifs devrait être maintenue, mais sous un angle différent. Pour M. François-Xavier Morisset, la véritable « spécificité des jugements constitutifs [...] semble résider dans le caractère juridiquement impératif de l'intervention du juge, pour lever l'obstacle légal permettant au demandeur d'accéder à une situation juridique substantielle donnée »²⁸¹. La distinction concerne donc les modes de création des situations juridiques selon la possibilité ou non d'y accéder sans l'intervention du juge, et détermine principalement la date de l'efficacité substantielle du jugement.

Les modes de réalisation des situations juridiques, quant à eux, déterminent les modalités de l'efficacité substantielle de chaque jugement, selon lesquelles l'auteur distingue deux catégories de jugements : les jugements *in rem* et les jugements *in personam*²⁸². Cependant, quelles que soient ses modalités, l'efficacité substantielle est inhérente à tous les jugements, constitutifs comme déclaratifs, *in rem* comme *in personam*.

109. Il découle de tout ce qui précède que le contenu normatif du jugement se résume à la norme individuelle en tant que source d'une situation juridique. Les attributs des jugements sont congénitalement liés à l'ordre juridique, relèvent de la procédure et sont attribués par chaque ordre juridique aux jugements entrant dans son orbite. Cette conclusion mène à la question de savoir si le jugement étranger peut pénétrer dans le for ou si, au contraire, une norme de l'ordre juridique du for ne fait que copier son énoncé substantiel, en créant dans le for un double du jugement étranger ou un double de la situation juridique consacrée par celui-ci.

B/ Le rôle du jugement d'accueil et l'efficacité *de plano*

110. Même si la reconnaissance des jugements étrangers n'a rien de nouveau ni

²⁸⁰ Dans le même sens, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, précité, p. 748 (n° 1088) ; Adde, P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s., spéc. p. 551.

²⁸¹ F.-X. MORISSET, *op.cit.*, n° 77 et s., spéc. n° 83.

²⁸² *Ibid.*, n° 251 et s. ; — sur la différence des fonctions programmatiques des jugements, v. *ibid.*, n° 137 et s. et *infra*, n°s 424 et 425.

d'exceptionnel, l'explication théorique du processus d'accueil dans le for des jugements étrangers n'est pas évidente. La seule certitude, depuis l'arrêt *Munzer* qui proscrivit la révision au fond des jugements étrangers, c'est que l'objet de l'instance indirecte c'est le jugement étranger et non le litige que celui-ci a tranché²⁸³. D'ailleurs, ce n'est qu'avec l'interdiction de la révision au fond que l'expression de « *reconnaissance* des jugements étrangers » prit un sens. Mais la nature et la portée exactes de cette reconnaissance demeurent assez floues. Il existe trois possibilités de présenter en théorie la réception d'un jugement étranger dans le for.

D'abord, on peut considérer que suite à une procédure de contrôle, le for reconnaît le jugement étranger en tant que tel, l'introduit dans son ordre juridique et l'assimile aux jugements nationaux. Cette opération est possible dans une conception pluraliste du Droit comme celle de Santi Romano²⁸⁴. Cependant, cette lecture ne s'inscrit pas dans la conception normativiste de l'ordre juridique, laquelle prévaut actuellement en France. Selon cette conception normativiste, une norme peut valoir comme telle dans un ordre juridique seulement dans la mesure où elle est édictée conformément aux normes hiérarchiquement supérieures du même ordre juridique²⁸⁵.

Ensuite, dans l'optique de la théorie normativiste, un éminent auteur français soutient la thèse selon laquelle le jugement étranger ne peut pas être introduit dans l'ordre juridique du for. Pour lui, « son extranéité ne peut [...] être effacée par le jugement d'exequatur ; celui-ci ne le "naturalise" pas, ne l'introduit pas dans l'ordre juridique français, car une telle opération est logiquement impossible. Dire d'une norme qu'elle est étrangère signifie qu'elle a été édictée par un État étranger : cette circonstance n'est pas de nature à disparaître »²⁸⁶. En poursuivant son raisonnement, il réfute l'idée selon laquelle « le juge français proroge sur le territoire français l'autorité et la force exécutoire du jugement étranger. Cela reviendrait à dire qu'il confère au juge étranger un pouvoir de

²⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, n°62-12438 [*Bull.*, n° 15 ; *GA*, n° 41 ; *JCP* 1964.II.13590, n. M. ANCEL ; *JDI* 1964, 302, n. B. GOLDMAN ; *RCDIP* 1964, 344, n. H. BATIFFOL].

²⁸⁴ Sur la relevance, v. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, préf. Ph. FRANCESCAKIS, Dalloz, 1975, réimpr. 2002, p. 109 ; — sur la réception des normes étrangères, *ibid.*, p. 136 et s.

²⁸⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Éd. de la Baconnière, 1988, p. 122-123.

²⁸⁶ MAYER & HEUZÉ, p. 301-302 (n° 426) ; dans le même sens, P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 550.

commandement sur le territoire français, spécialement le pouvoir de commander aux organes de contrainte français de prêter la main-forte à l'exécution forcée. Un tel pouvoir n'appartient qu'au juge français ; c'est donc bien lui qui, par le jugement d'exequatur, commande aux organes de contrainte »²⁸⁷. Et il conclut que « le jugement étranger reste ce qu'il était, *seul son contenu est reçu*, incorporé dans le jugement d'exequatur et se trouve couvert de la force exécutoire et de l'autorité de chose jugée qui appartient à ce jugement »²⁸⁸. Cette vision de la réception des jugements étrangers implique logiquement le caractère constitutif du jugement d'exequatur et se présente de manière générale comme assez rigide²⁸⁹.

Enfin, cette dernière position pourrait être nuancée et précisée. Pour M^{me} Péroz, le jugement d'exequatur joue le rôle de norme habilitante qui confère la normativité dans le for à l'énoncé substantiel contenu dans le jugement étranger²⁹⁰. Ainsi, le juge d'exequatur ne produit pas le double national de la norme étrangère, mais confère la normativité dans le for à l'énoncé substantiel étranger, ce qui signifie que la situation juridique remonte au jugement étranger mais acquiert sa force juridique, sa normativité, de par le jugement opérant sa réception²⁹¹. Cette vision a eu un accueil favorable de la doctrine²⁹².

111. Cependant, l'efficacité *de plano* complique davantage les choses. Depuis l'arrêt *Parker*, aucun jugement étranger ne pouvait être « reconnu » en France en dehors de la procédure d'exequatur²⁹³. Mais assez vite certaines catégories de jugements furent admises à déployer leurs effets en France sans aucune procédure préalable. Ce fut le cas d'abord des jugements constitutifs extrapatrimoniaux²⁹⁴, ensuite de tous les jugements extrapatrimoniaux y compris déclaratifs²⁹⁵, et finalement la solution fut étendue aux

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ D'autres auteurs se sont ralliés à cette position, mais non sans hésitation : AUDIT & D'AVOUT, p. 481 (n° 548).

²⁹⁰ H. PÉROZ, *op. cit.*, p. 179 (n° 335) et s.

²⁹¹ Dans cette optique, le jugement d'exequatur devrait rétroagir à la date d'effets du jugement étranger.

²⁹² BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 274 (n° 238) ; LOUSSOUARN, BOUREL & VAREILLES-SOMMIÈRES, p. 914-915 (n° 925).

²⁹³ Cass. civ., 19 avril 1819, *Parker* [GA, n° 2 ; S. 1819.I.129].

²⁹⁴ Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley* [GA, n° 4 ; DP 1860.I.57 ; S. 1860.I.210, concl. DUPIN].

²⁹⁵ Cass. civ., 9 mai 1900, *de Wrède* [GA, n°10 ; JDI 1900, 613 ; S. 1901.I.185].

jugements constitutifs patrimoniaux²⁹⁶. Il semblerait que seuls les jugements déclaratif patrimoniaux demeurent sans effet en France avant l'exequatur. Cependant, la jurisprudence est équivoque sur ce point²⁹⁷, et la doctrine unanime se prononce pour l'admission de l'efficacité *de plano* de tous les jugements²⁹⁸. Dans sa thèse, M. Morisset démontre d'une manière très approfondie et convaincante que le « filtrage préalable » des décisions déclaratives patrimoniales n'est pas justifié²⁹⁹. Les développements qui suivent pourraient donc bientôt concerner tous les jugements étrangers.

112. Outre la question de savoir quels jugements étrangers sont susceptibles de déployer leur efficacité *de plano* dans le for, il est nécessaire de préciser ce que l'on entend par efficacité *de plano*, c'est-à-dire quels effets peuvent être produits par les jugements étrangers en dehors de toute procédure de reconnaissance.

Il est constant que l'exequatur reste nécessaire pour toute mesure « d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes »³⁰⁰. Cela signifie que la force exécutoire ne peut émaner, dans le domaine de l'ordre juridique français, que d'un jugement français, comme celui d'exequatur. Cet attribut de jugement ne peut donc pas être conféré *de plano* à une décision étrangère.

En revanche, on pourrait dire que l'autorité de la chose jugée à l'étranger joue *de plano* en France, puisque l'on peut invoquer un jugement étranger non revêtu d'exequatur au soutien d'une exception de chose jugée. Mais souvent, il s'agit en réalité non pas de l'exception de chose jugée mais d'une fin de non-recevoir. C'est par exemple le cas de divorce prononcé à l'étranger qui est invoqué devant le juge français par un ex-époux afin de nier le droit d'agir de l'autre, la situation juridique de mariage n'existant plus et « la procédure française devenant sans objet »³⁰¹. Dans pareil cas c'est la situation substantielle

²⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1967, *Shapiro* [Bull., n° 203 ; *JDI* 1967, 890, n. BREDIN ; *RCDIP* 1969, 75, n. J. DÉPREZ].

²⁹⁷ Pour un exemple de reconnaissance *de plano* d'un jugement d'annulation d'un contrat, v. Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1974, *Locautra*, n° 73-10795 [Bull., n° 328 ; *JDI* 1975, 534, n. A. PONSARD ; *RCDIP* 1975, 504, n. E. MEZGER].

²⁹⁸ AUDIT & D'AVOUT, p. 476-477 (n° 541) ; BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 330 (n°286-2) et s. ; LOUSSOUARN, BOUREL & VAREILLES-SOMMIÈRES, p. 911 (n° 920) et s. ; MAYER & HEUZÉ, p. 296 (n° 417) ; NIBOYET & GEOUFRE DE LA PRADELLE, p. 509 (n° 737).

²⁹⁹ F.-X. MORISSET, *op. cit.*, n° 425 et s.

³⁰⁰ Cass. req., 3 mars 1930, *Hainard* [S. 1930, 377, n. J.-P. NIBOYET].

³⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2009, *Barre c. Costa*, n° 08-18769 [Bull., n°192 ; *RCDIP* 2010, 133 (4^e esp.) obs. H. GAUDEMET-TALLON].

des parties, telle qu'elle résulte du jugement étranger, qui jouit de l'efficacité *de plano* dans le for.

Néanmoins, on pourrait imaginer le cas où le jugement étranger n'aurait pas modifié la situation substantielle des parties et n'aurait donc engendré aucune situation juridique nouvelle : c'est le cas du jugement de débouté. Dans le cadre de l'efficacité *de plano*, le seul effet de ce jugement qui peut être invoqué en France est son autorité de chose jugée proprement dite, et la jurisprudence l'admet³⁰². Cela signifie que cet attribut du jugement peut être conféré *de plano* à toutes les décisions étrangères qui relèvent de ce régime d'efficacité³⁰³.

Donc, l'efficacité *de plano* des jugements étrangers concerne en premier lieu leur efficacité substantielle, mais également l'ordre juridique du for leur attribue-t-il l'autorité de chose jugée.

113. Une autre question qui nous intéresse ici est de savoir comment les jugements étrangers accèdent à l'efficacité *de plano* dans le for.

Pour commencer par le cas, déjà présenté, de la réception des jugements soumis à l'exequatur préalable obligatoire, il faut préciser que le juge d'exequatur statue non pas en opportunité mais en droit. Le droit international privé français dispose que lorsqu'un jugement étranger satisfait à un certain nombre de conditions de régularité internationale, il sera reconnu en France³⁰⁴. Donc l'efficacité en France des jugements étrangers découle d'une règle de droit international privé du for (règle de reconnaissance) que la décision d'exequatur sert à appliquer en contrôlant la réalisation des circonstances entrant dans le présumé de celle-ci.

Cependant, il n'est pas rare, en droit privé de tradition romano-germanique, que l'on

³⁰² Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1972, *Guarte*, n° 71-13982 [*Bull.*, n° 296 ; *RCDIP* 1975, 83, n. D. HOLLEAUX].

³⁰³ Les liens entre l'efficacité substantielle et l'autorité de chose jugée restent à clarifier. Selon M. Morisset (*op. cit.*, n° 461 et s.), même les jugements de débouté possèdent une efficacité substantielle. Si tous les jugements produisent l'effet substantiel et que tous ils possèdent l'autorité de chose jugée, on peut se demander si la dernière n'est pas une manifestation procédurale du premier, et si ce n'est pas l'efficacité substantielle qui est toujours en cause, même dans les affaires comme *Guarte*, précitée. — Dans un autre ordre d'idées, on peut aussi se demander si la fin de recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée n'est pas seulement une mesure d'administration de la justice du for.

³⁰⁴ Il n'est malheureusement pas possible de traiter ici la question des conditions de régularité internationale des jugements, seul le mécanisme de leur reconnaissance faisant l'objet des présentes observations.

ait recours à des présomptions. La règle de reconnaissance peut donc être assortie d'une présomption de régularité. Tant que le jugement étranger est présumé correspondre aux conditions de sa régularité internationale, la règle de reconnaissance s'applique et le jugement accède à l'efficacité dans le for. La présomption peut être renversée lors du contrôle *a posteriori* de la régularité du jugement à titre incident, ou même à titre principal³⁰⁵. Dans ce cas, celui-ci sera réputé n'avoir jamais produit son efficacité substantielle en France.

Ainsi peut-on dire que la règle de reconnaissance, contenue dans le droit international privé, accepte l'efficacité substantielle du jugement étranger en la revêtant de la normativité dans le for, sous réserve des conditions qu'elle pose. C'est donc au niveau législatif que l'ordre juridique du for opère la reconnaissance des jugements efficaces *de plano*.

114. Un jugement ne se limite pas à un énoncé substantiel ; il comprend nécessairement d'autres éléments, tels que l'autorité de chose jugée et la force exécutoire. C'est leur ensemble qui forme une décision de justice. Or, ces deux derniers attributs que possède un jugement étranger dans son ordre juridique d'origine ne font pas l'objet de la reconnaissance dans le for. La réception des jugements étrangers consiste essentiellement à revêtir de l'efficacité dans le for l'énoncé substantiel étranger. Au fond, ce n'est pas le jugement étranger qui est reçu mais son efficacité substantielle.

Le droit international privé du for peut conférer à la décision étrangère des attributs des jugements. Cependant ils ne proviennent pas du jugement lui-même mais de l'ordre juridique du for et ont une nature procédurale : ils concernent l'organisation et l'administration de l'ordre juridique du for et non le jugement étranger en soi.

115. Comme cela a été explicité précédemment, l'efficacité substantielle n'est rien d'autre que la création d'une situation juridique nouvelle. Mais peut-on en déduire que l'effet de la norme de reconnaissance, qu'elle résulte du droit objectif ou du jugement d'exequatur, consiste en la reconnaissance de la *situation juridique* créée par le juge

³⁰⁵ Sur l'action en inopposabilité (« action dénégatoire »), Cass. civ., 1^{re}, 22 janvier 1951, *Weiller* [GA, n° 24 ; RCDIP 1951, 167, n. Ph. FRANCESCAKIS ; RTD civ. 1951, 279, n. P. HÉBRAUD]. — Sur l'action déclaratoire (« exequatur à toutes fins utiles »), Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Garino*, n° 78-14037 [Bull., n° 3 ; D. 1981, IR, 161, obs. B. AUDIT ; JDI 1980, 341, n. A. HUET ; RCDIP 1980, 597, n. D. HOLLEAUX]. — Sur l'exequatur aux fins d'exécution, Cass. req., 3 mars 1930, *Hainard*, précité.

étranger ?³⁰⁶ Nous n'irons pas jusque là. Dans le cadre de la méthode actuelle de la reconnaissance des jugements, l'objet de la reconnaissance c'est la *norme individuelle* qui est posée par le jugement étranger et qui est la source de la situation juridique, mais ce n'est pas la situation juridique en tant que telle qui est reconnue³⁰⁷. C'est en ce sens que nous parlons de reconnaissance indirecte des situations juridiques.

D'ailleurs, l'une des conditions de régularité internationale des jugements ne peut aucunement concerner la situation juridique ni être transposée dans la méthode de la reconnaissance des situations : la non contrariété à l'ordre public de procédure. En effet, cette condition concerne les circonstances de l'élaboration de la norme individuelle-source (la décision du juge étranger) et non pas la situation juridique qui en résultera. Et plus généralement, il est plus approprié de garder l'expression usuelle de « reconnaissance de jugements », car le titre d'intervention et le processus d'élaboration de la norme font l'objet de la vérification aux fins de réception de la norme individuelle dans le for.

116. Les mêmes considérations théoriques sur l'efficacité substantielle servent de fondement à la reconnaissance d'autres normes individuelles, de source non juridictionnelle cette fois, ce qui permet également la reconnaissance indirecte des situations juridiques.

§ 2 — Les actes publics en tant que supports des situations juridiques

117. Le thème du rôle des actes publics dans la circulation internationale des situations juridiques sera approfondi dans l'avant-dernier chapitre. Les développements qui suivent sont donc limités à une brève présentation des méthodes *de lege lata*.

La catégorie d'actes publics est très vaste et hétérogène. Avant d'étudier la question de la reconnaissance de (certains) actes publics (B), il est nécessaire de présenter leur typologie afin d'explicitier la terminologie et les traits caractéristiques fondamentaux (A).

³⁰⁶ En ce sens, J.-S. BERGÉ, « L'application du droit national, international et européen », 1^{re} éd., Dalloz, 2013, p. 172 (n° 153).

³⁰⁷ Sur la distinction entre les normes individuelles et les situations juridiques, v. *infra*, n° 394 et s.

A/ Les classifications doctrinales des actes publics étrangers

118. Plusieurs auteurs ont participé à la classification des actes publics, chacun y apportant un nouveau critère ou un nouvel angle de vue.

Les actes publics peuvent être classés selon le caractère de l'intervention de l'autorité. Si celle-ci a exercé un véritable pouvoir de décision, l'acte est qualifié de « volitif », si au contraire elle n'était qu'un « témoin solennel » en se bornant à recevoir la volonté des parties, l'acte est qualifié de « réceptif ». Cette distinction est dérivée de la catégorisation proposée par Henri Motulsky³⁰⁸. Pour lui, les jugements contentieux étaient toujours des actes volitifs, les jugements gracieux pouvaient être volitifs ou réceptifs selon les cas, et tous les actes publics étaient nécessairement réceptifs³⁰⁹. Mais force est d'admettre qu'un acte public administratif peut également présenter un caractère proprement volitif, même s'il ne tranche aucun litige.

119. La classification de Motulsky fut explicitée par Dominique Holleaux³¹⁰. Il mit en relief la distinction, au sein de l'acte public, entre l'*instrumentum* et le *negotium*, le premier étant le support formel de l'acte et le second son contenu au fond. Holleaux souligna que dans le cas des décisions (actes volitifs) l'autorité publique était l'auteur non seulement de l'*instrumentum* mais aussi du *negotium*, alors que dans le cas des actes réceptifs le *negotium* était l'œuvre des particuliers et l'autorité se limitait à produire l'*instrumentum*, telle une enveloppe publique d'un acte privé.

120. M. Pierre Callée propose une distinction fondée sur les effets de l'acte public, ou plutôt sur le rôle de l'intervention de l'autorité publique. L'idée de classer les actes publics selon leurs effets et de réserver à chaque acte un régime juridique spécifique en raison des effets produits a été formulée par M. Charalambos Pamboukis sous le nom de « principe de spécificité »³¹¹. Mais l'approche de M. Callé met davantage en valeur la question de la source normative de la situation substantielle.

³⁰⁸ H. MOTULSKY, « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *TCFDIP* 1948-1952, p. 17.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 28.

³¹⁰ D. HOLLEAUX, note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, *veuve Nanceau*, n° 72-12197 [*Bull.*, n° 281 ; *JDI* 1974, 592, n. D. HOLLEAUX ; *RCDIP* 1973, 365, n. E. MEZGER].

³¹¹ Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, Paris, LGDJ, 1993, p. 180 (n° 256) et s.

M. Callé étend au domaine des actes publics la distinction de M. Mayer entre les règles et les décisions : dans le cas d'un acte décisionnel, « la modification de la situation substantielle des parties résulte de l'acte public, et ne résulte pas de la règle en vertu de laquelle il a été prononcé », contrairement aux actes non décisionnels³¹².

Concernant les effets produits par les décisions et les actes réceptifs, M. Callé explique que « selon que l'autorité dispose ou non d'un pouvoir normatif propre, l'acte public produira un effet décisionnel ou un simple effet de titre. L'autorité peut créer une norme qui consacre un état de droit : elle produit alors un effet décisionnel. Mais elle peut également, et à l'inverse, se contenter d'accomplir une simple formalité, condition d'application d'une règle de laquelle on déduit cet état de droit : elle ne produit dans ce cas qu'un simple effet de titre »³¹³.

121. On remarquera que les trois classifications ci-dessus ne sont pas opposées les unes aux autres mais visent à préciser les caractéristiques diverses des deux grandes catégories d'actes : les décisions et les actes publics réceptifs. C'est-à-dire que dans la mesure où l'autorité publique possédait un pouvoir normatif et a pris une véritable décision, elle se trouve être l'auteur du *negotium* et c'est sa décision qui sera la norme-source de la situation substantielle des parties.

122. La classification peut être précisée davantage. Tout d'abord, sur le plan terminologique, M. Pamboukis propose de réserver le terme d'« acte public » aux décisions où tout aussi bien l'*instrumentum* que le *negotium* sont d'origine publique et de désigner les autres actes comme « actes quasi publics », en raison de leur nature hybride, à la fois publique, en ce qui concerne l'*instrumentum*, et privée, pour ce qui est du *negotium*³¹⁴. Parmi les actes quasi publics, M. Pamboukis distingue les actes quasi publics réceptifs, où l'autorité publique reçoit l'expression de la volonté des parties (par exemple, un contrat sous forme authentique), et les actes quasi publics constatatifs, où elle constate

³¹² P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, préf. P. MAYER, Paris, Economica, 2004, p. 230 (n° 444).

³¹³ *Ibid.*, p. 221 (n° 431).

³¹⁴ Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger...*, précité, p. 21 (n° 18) et s. ; l'auteur précise que le terme d'acte quasi public lui fut suggéré par Francescakis : Ch. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public en droit international privé », *RCDIP* 1993, 565, spéc. p. 571 (n° 10).

les faits juridiques (par exemple, un acte de naissance)³¹⁵. Ces distinctions sont conformes au droit positif et seront utilisées dans les développements qui suivront.

Par ailleurs, à l'intérieur de la catégorie des actes quasi publics réceptifs M. Pamboukis distingue ceux qui sont déclaratifs et ceux qui sont constitutifs³¹⁶. Mais cette distinction et ses conséquences *de lege ferenda*, très intéressantes dans la perspective de la reconnaissance (directe) des situations juridiques, seront étudiées plus loin³¹⁷ et ne seront pas utilisées ici, dans la présentation du régime des actes quasi publics *de lege lata*.

B/ Le régime juridique des actes publics étrangers

123. Le droit positif français est très concis sur la question d'accueil en France des actes publics rendus ou reçus à l'étranger. L'article 509 du Code de procédure civile énonce d'une manière sibylline que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi ».

Le régime des actes publics est caractérisé par une dualité méthodologique : parfois il s'agit d'appliquer une méthode de reconnaissance analogue à celle applicable aux jugements, parfois il est question d'appliquer la méthode classique de la règle de conflit de lois. Avant de passer aux cas de figure compliqués, il faut préciser les méthodes applicables aux cas les plus simples.

D'une part, les décisions qui ne portent aucune empreinte de la volonté privée sont indiscutablement soumises à la méthode de la reconnaissance d'efficacité, comme les mesures de nationalisation ou d'expropriation³¹⁸.

C'est également le cas des décisions non judiciaires qui d'un point de vue fonctionnel correspondent aux jugements, comme par exemple les divorces

³¹⁵ Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger...*, précité, p. 24 (n° 26) et s. ; on remarque que dans le cas des actes quasi publics constatifs, le *negotium* est inexistant, car il n'y a eu expression d'aucune volonté, ni publique ni privée.

³¹⁶ Ch. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public... », précité, p. 580 (n° 24) et s.

³¹⁷ *Infra*, n° 388.

³¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1981, *Total Afrique*, n° 80-11934 [*Bull.*, n° 241 ; *JDI* 1982, 146, n. P. BOUREL ; *RCDIP* 1982, 336, n. P. LAGARDE]. — Déjà, P. MAYER, *La distinction...*, précité, p. 116 (n° 162) et s.

administratifs³¹⁹. Parfois on considère même que la méthode de la reconnaissance d'efficacité doit être appliquée à tous les actes rendus dans les domaines réservés en France à l'autorité judiciaire³²⁰.

Par ailleurs, les conventions homologuées par une décision de justice sont considérées y être incorporées et donc faire partie de la décision³²¹. En revanche, une transaction judiciaire ne relève pas de la méthode de la reconnaissance des décisions³²².

D'autre part et inversement, les actes quasi publics constatatifs ne produisent aucun effet substantiel et ne donnent donc pas de matière à la reconnaissance. Et il serait également dépourvu de sens d'invoquer leur « caractère exécutoire ». Il ne peut être question que de leur force probante. La véracité et l'exactitude des actes d'état civil étrangers, par exemple, sont présumées par l'article 47 du Code civil mais ce n'est qu'une présomption simple³²³.

124. C'est plus complexe s'agissant d'actes quasi publics réceptifs où les difficultés proviennent de la détermination de la part du public et du privé dans ces actes hybrides et de la distinction des questions de la valeur du *negotium* et de la force exécutoire de l'*instrumentum*³²⁴.

Concernant le *negotium*, ne contenant aucune norme individuelle, il ne posséderait aucune efficacité substantielle propre mais il peut entrer dans le présupposé d'une règle de droit matériel, c'est-à-dire qu'il peut être l'acte juridique auquel la loi applicable à la situation juridique attache certaines conséquences de droit. La situation des parties n'est donc pas régie par une norme individuelle, qui fait défaut, mais directement par la loi applicable à la situation juridique. L'effet produit est celui de cette loi, non pas celui de

³¹⁹ TGI Paris, 10 mai 1990 [*RCDIP* 1991, 391, n. H. MUIR WATT]. — TGI Paris, 17 octobre 1991 [*RCDIP* 1992, 508, n. H. MUIR WATT].

³²⁰ Par ex., AUDIT & D'AVOUT, p. 451 (n° 512).

³²¹ CA Paris, 23 novembre 1993, *Romon* [*RCDIP* 1995, 88, n. Ch. PAMBOUKIS].

³²² Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, *Virani*, n° 95-11402 [*Bull.*, n° 51 ; *JDI* 1997, 1026, n. M.-L. NIBOYET ; *RCDIP* 1998, 326, n. P. MAYER]. — Sur le régime international des transactions judiciaires, v. H. MUIR WATT, « La rencontre dans l'espace des figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions) », *Revue générale des procédures* 1998/4, 711 et 1999/2, 291.

³²³ Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1986, n°s 85-10183 et 85-10907 [*Bull.*, n° 258 ; *D.* 1987, 157, n. J. MASSIP ; *JDI* 1987, 322, n. H. GAUDEMET-TALLON ; *RCDIP* 1987, 557, n. E. POISSON-DROCOURT].

³²⁴ D. HOLLEAUX, note sous l'arrêt *veuve Nanceau*, précité. — Les questions de la force probante de l'*instrumentum* et des modes de preuve du *negotium* sont hors de notre propos et ne seront pas abordées ici.

l'acte.

Il est à noter que l'acte en question peut être rendu en conformité d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit pour régir la situation juridique au fond. Dans ce cas, il faudra vérifier l'équivalence fonctionnelle de l'acte litigieux à l'acte requis par la loi applicable. Mais l'effet produit sera celui de la loi applicable à la situation juridique et non pas celui de la loi en considération de laquelle l'acte a été rendu, fût-elle applicable à la forme de celui-ci³²⁵.

Concernant l'*instrumentum*, il ne produirait aucun effet substantiel non plus, car, par hypothèse, l'intervention de l'autorité publique n'est pas volitive ici et n'est donc pas normative. Mais il est susceptible d'être déclaré exécutoire en France selon la procédure d'exequatur (aux fins d'exécution), s'il est jugé équivalent aux titres exécutoires de droit français (art. 509 CPC).

La question de validité de l'acte quant au fond (validité du *negotium*) et celle de son caractère exécutoire quant à la forme (force exécutoire de l'*instrumentum*) sont deux questions distinctes : l'octroi de l'exequatur n'empêche pas une éventuelle action en nullité, qui sera tranchée selon la loi applicable. De surcroît, le juge d'exequatur n'a pas la compétence pour se prononcer sur la validité de l'acte au fond³²⁶. La validité de l'acte est présumée et c'est à celui qui la conteste qu'il incombe d'agir en nullité devant le juge compétent pour connaître de la situation juridique litigieuse³²⁷.

125. Toutefois, certains actes quasi publics réceptifs ne peuvent pas être déclarés exécutoires en France, ne pouvant être assimilés aux titres exécutoires du droit français. Il s'agit des actes-formalités, où le rôle de l'autorité publique n'est pas jugé assez actif. Pour un exemple de ce cas de figure on peut citer le jugement du TGI de Paris dans l'affaire *Öhlund-Orcel*³²⁸. En l'espèce, les époux franco-suédois demandaient l'exequatur d'un contrat de mariage passé en la forme prescrite par la loi suédoise, la loi nationale du mari. Selon les constatations des magistrats parisiens, le contrat fut établi par acte sous seing

³²⁵ TGI Seine, 24 octobre 1960 [*RCDIP* 1962, 507, n. Ph. FRANCESCAKIS].

³²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, *Tambari*, n° 04-10045 [*Bull.*, n° 436 ; *RCDIP* 2006, 442, n. P. CALLÉ].

³²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1994, *Tonon*, n° 91-14567 [*Bull.*, n° 16 ; *RCDIP* 1994, 557, n. Ch. PAMBOUKIS, qui a une lecture différente de cette décision et parle de « l'efficacité *de plano* » des actes publics].

³²⁸ TGI Paris, 12 janvier 1978, *époux Öhlund-Orcel* [*RCDIP* 1979, 102, n. D. HOLLEAUX].

privé en présence des deux témoins et déposé, en original et copie certifiée conforme, au greffe du tribunal de Stockholm, qui était le tribunal du domicile du mari. Le greffier apposa sur le contrat une mention, le transcrivit sur son registre et transmit à l'autorité suédoise chargée de tenir le registre des contrats de mariage.

Le TGI de Paris refusa l'exequatur aux motifs que le contrat de mariage n'était qu'un contrat olographe, alors que l'article 509 du Code de procédure civile ne prévoyait l'exequatur que pour des actes authentiques. Quant à l'intervention de l'officier public suédois, celle-ci visait, selon le tribunal de Paris, à la publicité, à la validité entre époux et à l'opposabilité aux tiers de ce contrat, et « ces formalités, destinées seulement à assurer la publicité du contrat du mariage, ne changent pas son caractère et ne lui confèrent pas la forme authentique »³²⁹.

De ce jugement *Öhlund-Orcel*, une distinction fut déduite, selon le « rôle moteur » de l'autorité instrumentante, entre la *réception* (dont il s'agit à l'article 509 CPC) et le simple *enregistrement* d'acte³³⁰. Dans ce dernier cas, l'autorité ne prend pas connaissance de l'acte et ne participe pas à son élaboration, donc l'acte ne peut pas être tenu pour équivalent de, et donc assimilé à, un acte authentique de droit français.

126. Présenté en ces termes, le régime des actes quasi publics étrangers semble complexe mais pourtant logique, se basant sur le critère du pouvoir normatif de l'auteur du *negotium*. Mais un arrêt de la Cour de cassation vint bouleverser ce schéma³³¹.

En l'espèce, Barney's Inc., une société de droit américain, déposa auprès du tribunal des faillites du district sud de New-York une déclaration de cessation des paiements, sur laquelle le juge et le greffier new-yorkais apposèrent leurs signatures. La société demanda au TGI de Paris l'exequatur de cette « ordonnance » qui équivaldrait au jugement d'ouverture de la procédure collective. Les juges du fond la déboutèrent de sa demande sur les motifs que la prétendue « ordonnance » du juge américain, d'une part, ne constituait

³²⁹ Précédemment, les juges parisiens avaient accordé l'exequatur d'un contrat de mariage dressé par devant un notaire chilien : TGI Seine, 25 janvier 1967, *Époux Lévy* [RCDIP 1967, 563, n. H. BATIFFOL].

³³⁰ D. HOLLEAUX, note sous le jugement *Öhlund-Orcel*, précité.

³³¹ Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, *Barney's Inc.*, n° 98-19913 [Bull., n° 245 ; D. 2001, 688, n. J.-L. VALLENS ; Gaz. Pal. 12 juin 2001 (n° 163) p. 50, n. M.-L. NIBOYET ; JDI 2001, 859, n. G. CUNIBERTI ; RCDIP 2001, 121, n. J.-P. RÉMERY et n. H. MUIR WATT] ; — cassant CA Paris, 2 avril 1998 [RCDIP 1999, 102, n. Ch. PAMBOUKIS] qui avait appliqué la distinction de Holleaux entre la réception et l'enregistrement.

pas de décision, et d'autre part, ne pouvait être qualifié d'acte authentique non plus, dans la mesure où l'autorité new-yorkaise s'était bornée à enregistrer la déclaration de la société Barney's « sans s'en approprier les éléments et [...] ils ne l'ont pas “reçue” ne fût-ce qu'en lui donnant forme »³³². Mais la Haute juridiction opère une véritable petite révolution en cassant l'arrêt pour violation de l'article 509 du Code de procédure civile. L'extrait de l'arrêt mérite d'être reproduit :

« constitue une décision pouvant recevoir exequatur toute intervention du juge qui produit des effets à l'égard des personnes ou sur les biens, droits ou obligations ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société américaine Barney's Inc. tendant à faire déclarer exécutoire en France une “ordonnance” rendue le 11 janvier 1996 par le tribunal des faillites du district sud de New-York ouvrant l'application du chapitre 11 de la loi américaine sur la faillite, l'arrêt attaqué retient que l'acte dont se prévaut la société, qui n'est ni une décision ni un instrument public étranger, n'est à aucun titre susceptible d'exequatur en raison du fait que le juge et le greffier n'ont fait qu'apposer leur nom et leur signature sur la déclaration de la partie elle-même sans s'en approprier les éléments ni même l'avoir reçue en lui donnant forme ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'intervention du juge, sur la déclaration de cessation des paiements de la société Barney's Inc. avait pour effet de suspendre toute poursuite des créanciers, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

127. Pour expliquer cette solution déroutante, on a parlé de « l'effet amplifiant de l'équivalence »³³³ et du « forçage des catégories » : l'acte étranger, malgré son caractère réceptif ou d'une simple formalité d'enregistrement, serait assimilé aux décisions de justice si le domaine dans lequel celui-là est intervenu était réservé à celles-ci dans l'ordre juridique d'accueil. Ce serait le même phénomène que celui qui se manifeste dans le

³³² CA Paris, 2 avril 1998, *Barney's Inc.*, précité.

³³³ Note précitée de M^{me} Muir Watt sous l'arrêt *Barney's* de la Cour de cassation ; déjà sur cette expression, H. MUIR WATT, « La rencontre dans l'espace de figures hybrides... », précité, p. 295 (n° 26).

régime des divorces administratifs évoqué précédemment.

D'autres pourraient voir dans l'arrêt *Barney's* une solution pragmatique dictée par la spécificité de la matière des procédures collectives³³⁴.

128. M. Callé, quant à lui, soutient que « la Cour de cassation traite en termes d'efficacité substantielle un problème de force probante » : le juge new-yorkais aurait simplement constaté la déclaration, ce qui n'était qu'une question de date, une question de fait, alors que la suspension des poursuites était un effet légal attaché par la loi de New-York à cette déclaration de la société *Barney's* et non point un effet « décidé » par le juge³³⁵.

129. Sans essayer d'identifier les erreurs éventuelles que la Cour de cassation aurait faites dans l'application de la méthode de la reconnaissance des normes individuelles, telle que présentée ci-dessus à propos des jugements et des actes publics décisionnels, on pourrait constater qu'elle ne l'a tout simplement pas appliquée. En effet, la démarche suivie par la Haute juridiction est incompatible avec les postulats de base de la méthode de la reconnaissance des *normes individuelles*. D'ailleurs, la Haute juridiction ne reprend pas les catégories classiques et n'opère pas leur « forçage », elle statue sur un fondement différent. Le raisonnement de la Cour évoque plutôt une méthode de la reconnaissance des *situations juridiques*.

En effet, la jurisprudence *Barney's* peut être rapprochée de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques qui « [découlent] directement de l'application des règles [...] d'une loi étrangère » appartenant à l'ordre juridique compétent et qui y sont « existantes et efficaces », envisagée par M. Picone³³⁶.

Pourtant, alors que la méthode de référence à l'ordre juridique compétent suppose la désignation de celui-ci par la règle de conflit, l'arrêt *Barney's* est muet sur le choix de la loi applicable. Certes, les règles de conflit françaises donnaient compétence, en l'espèce, à la loi américaine, mais on peut se demander si la jurisprudence *Barney's* ne recèle pas un soupçon de la méthode de la reconnaissance *unilatérale* des situations juridiques qui est au centre de notre réflexion et qui sera étudiée dans la seconde Partie.

³³⁴ Note précitée de M. Rémerly sous l'arrêt *Barney's* de la Cour de cassation.

³³⁵ P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 318 (n° 611).

³³⁶ *Supra*, n° 91 et s. ; Cf. note de M^{me} Muir Watt, précitée, *in fine*.

130. Nonobstant quelques décisions de justice ne s'inscrivant pas dans le paradigme actuel, l'analyse classique de la circulation internationale des jugements et des actes publics et quasi publics réserve un rôle crucial aux considérations d'exercice du pouvoir public. Même si l'on peut remarquer qu'indirectement, par le biais de la circulation internationale des normes individuelles, c'est bien la situation juridique qui circule à travers les frontières.

CONCLUSION DU TITRE I

131. L'étude entreprise dans le présent Titre fait ressortir la multitude et la diversité des techniques juridiques visant *in fine* à la circulation internationale des situations juridiques. Du respect des droits acquis à la réception des normes individuelles étrangères, en passant par le conflit de systèmes et d'ordres juridiques et la manipulation des règles de conflit de lois aux fins de la « validation » des situations juridiques « internationalement irrégulières » — tout cela démontre bien que l'idée de respect des droits et situations juridiques acquis est un « penchant naturel de l'esprit »³³⁷, voire une nécessité d'ordre pratique, qui peut être définie comme l'impératif de continuité des situations juridiques. Or, cet impératif de continuité des situations juridiques s'est toujours heurté contre deux obstacles.

En premier lieu, le leitmotiv de toutes les théories et méthodes étudiées dans le présent Titre, était le rôle prépondérant du pouvoir public et de la souveraineté étatique.

Ainsi, comme cela a été démontré au Chapitre I et contrairement au mythe répandu, le principe du respect international des droits acquis n'a jamais été conçu par aucun de ses promoteurs principaux comme indépendant du conflit de lois. Ce principe n'a jamais eu pour fonction la solution du conflit de lois mais plutôt la solution du conflit mobile, celle-ci étant subordonnée à celle-là. Les droits acquis n'ont jamais pu s'affranchir de la loi et des considérations de la souveraineté des États.

Le Chapitre II a permis d'étudier plusieurs méthodes qui ont été imaginées et plusieurs techniques mises en œuvre afin de permettre la reconnaissance indirecte des situations juridiques et leur circulation entre les ordres juridiques différents. Tantôt c'est la règle de conflit qui sert de vecteur de circulation de la situation juridique, comme dans toutes les théories de conflit de systèmes, tantôt la situation juridique est véhiculée par un acte d'État, juridictionnel ou non. Cependant, l'objet immédiat de toutes ces méthodes n'est pas la situation juridique mais soit la norme générale du droit objectif, soit la norme individuelle posée par une décision rendue au nom d'un État.

³³⁷ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi...*, précité, p. 196 (n° 207).

En second lieu, il est possible d'affirmer que l'une des causes de la prédominance des facteurs publics (loi, décision d'État) est à rechercher dans la faiblesse relative des concepts mêmes de droit subjectif et de situation juridique.

Il est remarquable que les critiques des « théories » des droits acquis ne portent pas sur l'idée même de la reconnaissance dans le for d'une réalité juridique étrangère mais sur l'incertitude conceptuelle du droit subjectif. Des auteurs illustres ont fait remarquer que la théorie des droits acquis « est insuffisante [...] parce que la notion de droits acquis est trop incertaine »³³⁸. Cette observation rejoint une critique formulée par Arminjon : « l'expression [de « droits acquis »] est à première vue mauvaise. Tout droit est acquis, un droit non acquis n'existe pas ; elle est en outre amphibologique ou mieux protéiforme, car elle désigne des notions dissemblables »³³⁹.

On pourrait, peut-être, appliquer la méthode de la reconnaissance aux situations juridiques mais à double condition d'élaborer un concept de situation juridique tout aussi certain et solide que celui de norme individuelle et de clarifier les rapports entre la situation juridique et les facteurs publics.

³³⁸ BATIFFOL & LAGARDE, p. 517 (n° 318-1).

³³⁹ P. ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI* 44 (1933) p. 1 et s., spéc. p. 5.

TITRE II

LA SITUATION JURIDIQUE COMME OBJET DE LA CIRCULATION INTERNATIONALE

132. La circulation internationale d'une situation juridique dépendra de plusieurs facteurs, extrinsèques (qui seront étudiés dans la Seconde Partie) mais aussi intrinsèques à la situation juridique. Les développements qui suivent sont consacrés à l'examen de ces facteurs endogènes, à l'étude la situation juridique en soi. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure serait-elle susceptible de circuler internationalement et faire l'objet de la reconnaissance, dans l'hypothèse où les facteurs exogènes en admettent le principe.

Pour cela il est nécessaire, d'abord, de redéfinir la notion de situation juridique du point de vue du droit privé interne et de déterminer les types de situations juridiques qui pourraient circuler internationalement (Chapitre I). Il conviendra, ensuite, d'étudier les voies de leur création, ou de leur « cristallisation », afin de déterminer les cas où, et le moment à partir duquel, une situation juridique serait susceptible d'être reconnue à l'étranger (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA NOTION DE SITUATION JURIDIQUE

133. La définition est une opération intellectuelle en deux temps : d'abord la détermination du genre auquel appartient la notion à définir, ensuite sa distinction des autres espèces du même genre. La (re)définition de la situation juridique doit nécessairement passer par la distinction entre cette notion et celle de droit subjectif, mais il faudra également distinguer, au sein de la notion générique de situation juridique, ses différents types et d'en choisir un ou plusieurs comme objet potentiel de la méthode de la reconnaissance et donc de la circulation internationale.

Avant de présenter la construction du concept de situation juridique dans la doctrine et d'y apporter une humble contribution (Section 2), il est nécessaire de bien mesurer la nécessité de l'élaboration de ce concept, c'est-à-dire comprendre quels étaient les traits caractéristiques et les failles du concept des droits subjectifs (Section 1).

Section 1^{re} : Le droit subjectif, concept et controverses

134. Le phénomène de droits subjectifs fut envisagé sous plusieurs angles très différents (§ 1). Mais un certain nombre d'auteurs nièrent la pertinence du concept même (§ 2).

Il est nécessaire d'analyser ces théories pour saisir les points problématiques de la notion de droit subjectif à éviter lors de l'élaboration de celle de situation juridique. En revanche, d'autres éléments discutés dans la doctrine à propos de celui-là pourraient nous être utiles pour la redéfinition de celle-ci.

§ 1^{er} — Les définitions du concept

135. Certains définirent le droit subjectif comme le « pouvoir de volonté »³⁴⁰. Pourtant, cette définition ne peut pas être suffisante et correspond plutôt à un aspect particulier du droit subjectif, que l'on retrouve d'ailleurs dans des conceptions diverses de celui-ci³⁴¹. Il est évident, certes, que ce qui intéresse le titulaire d'un droit, en premier lieu, ce n'est pas la titularité abstraite du droit mais plutôt ce qu'il peut en faire ; le droit subjectif se présente à lui avant tout comme une certaine possibilité de faire ou d'exiger, un certain pouvoir, au sens large. Mais les vraies questions conceptuelles sont plutôt de savoir sur quoi se base ce pouvoir et quelles sont ses conditions et limites d'existence. Autrement dit, la définition d'un phénomène juridique, tel le droit subjectif, doit permettre de dire dans quelles circonstances le phénomène existe et quels sont ses effets.

En réponse à ces questions fondamentales, deux thèses méritent une attention particulière : celle des intérêts (A) et celle de l'appartenance-maîtrise (B).

³⁴⁰ WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, t. I, 8^e éd., 1900, cité dans J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 140.

³⁴¹ Le mot « pouvoir » est utilisé, entre autre, par Dabin (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 87 et s.) et par Motulsky (H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, p. 29).

A/ Le droit subjectif et l'intérêt juridiquement important

136. Selon Jhering, « les droits sont des intérêts juridiquement protégés »³⁴². Cette définition s'inscrit dans sa vision très subjectiviste du droit, car pour cet auteur le Droit n'existe que pour satisfaire les besoins des individus, pour leur être utile, pour garantir leurs intérêts³⁴³. L'idée de départ n'est pas tout à fait erronée : il est de l'essence même de la conception laïque du droit de considérer que son but est de servir les individus, même s'il s'agit d'habitude de servir plutôt une communauté des personnes que chacune d'elles au détriment de toutes les autres. Cependant, la définition de Jhering suscite des critiques.

D'abord, elle ne permet pas de dire dans quelles circonstances le droit subjectif existe, ou s'il existe dans un cas de figure donné. En effet, on ne saurait soutenir que le droit subjectif existe à chaque fois qu'il existe un intérêt. D'ailleurs Jhering lui-même ne l'affirme pas : pour lui, un intérêt devient un droit seulement quand il est juridiquement protégé, or l'auteur n'explique pas précisément quels intérêts doivent être protégés juridiquement.

Ensuite, cette définition ne dit rien sur la manifestation du droit subjectif, c'est-à-dire sur ses effets ou, si l'on veut, sur son intérêt propre, l'intérêt de la protection juridique d'un intérêt factuel.

La définition de Jhering n'en est donc pas une, mais l'expression touche à un aspect très important du droit subjectif. Comme le remarque, à juste titre, Kelsen, « un droit (subjectif) n'est pas un intérêt juridiquement protégé, c'est la protection de cet intérêt »³⁴⁴. Entre le droit subjectif et l'intérêt il y a non pas l'identité mais des rapports très complexes.

137. Tout d'abord, force est de constater que tout droit subjectif suppose nécessairement un intérêt. Un droit dépourvu de tout intérêt pour son titulaire ne sera jamais exercé, ou ne sera pas un droit. En même temps, un intérêt n'est pas protégé nécessairement par un droit subjectif : il peut l'être aussi par le mécanisme de

³⁴² R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., trad. O. de MEULENAERE, Paris, 1886-1888, t. IV, p. 328.

³⁴³ *Ibid.*, p. 325.

³⁴⁴ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996, p. 180.

responsabilité³⁴⁵. Dans ce cas le droit à la réparation naît du fait de la violation d'un intérêt (un préjudice), si certaines autres conditions sont remplies. Cependant, tout intérêt n'a pas nécessairement une protection juridique. Certains intérêts sont parfois qualifiés de juridiquement protégés, d'autres de légitimes, d'autre encore de licites. Mais quels sont donc les rapports entre le droit subjectif et l'intérêt ?

138. Pour M. François Ost, « les notions de droit subjectif et d'intérêt ne se laissent ni opposer radicalement, ni assimiler totalement », et l'auteur suggère de « les situer sur une ligne continue qui mesure des différences de degré et non de nature », on obtient alors un « *continuum* : à une extrémité, les *intérêts illicites* frappés d'un jugement de condamnation ; à l'autre extrémité, les *droits subjectifs*, intérêts bénéficiant d'un jugement de consécration juridique. Entre ces deux pôles : les *intérêts purs et simples*, jugés indifférents à l'ordre juridique et les *intérêts légitimes*, fruits d'un jugement de reconnaissance juridique positive sans pour autant s'élever au rang des droits »³⁴⁶.

Les « intérêts protégés » sont dépourvus de consécration juridique *a priori*, mais leur violation peut donner lieu, précise M. Ost, à la protection *a posteriori* par la voie de la responsabilité civile extracontractuelle³⁴⁷. Quant aux (intérêts consacrés sous la forme de) droits subjectifs, ils sont toujours en quelque sorte « préconstitués », préexistent au litige et de ce fait bénéficient de protection *a priori*, en ce sens que l'on peut les faire valoir avant même qu'ils soient atteints.

139. Les intérêts licites mais non protégés (« intérêts purs et simples » dans la terminologie de M. Ost) sont rapprochés par certains auteurs davantage des libertés civiles que des droits subjectifs³⁴⁸. La différence entre les droits subjectifs et les libertés civiles peut être expliquée notamment par la distribution inégalitaire des premiers, et donc leur caractère exclusif, et l'attribution égalitaire des secondes et donc la possibilité de leur exercice simultané et parallèle par plusieurs personnes³⁴⁹. On peut en conclure que touchés par le droit objectif les intérêts pourraient engendrer non seulement des droits mais aussi

³⁴⁵ S'il est prévu une clause générale de type de l'art. 1382 du Code civil français, par exemple.

³⁴⁶ Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 2 par F. OST : *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 36-37.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 51 et s.

³⁴⁸ L. KACZMAREK, *La responsabilité pour fait normal : Étude critique de son originalité en matière civile extracontractuelle*, préf. L. GRYNBAUM, Publibook, 2012, n° 236 et s.

³⁴⁹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 149 et s.

un autre phénomène — des libertés.

140. Par ailleurs, certaines apparitions du vocable « intérêt » en droit positif ne correspondent à aucune de ces acceptions. Quand l'article 3 §1, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (New-York, 1989) parle de « l'intérêt supérieur de l'enfant », ou encore quand l'article 1397 du Code civil français parle de « l'intérêt de la famille », il ne s'agit de toute évidence ni de droits subjectifs au sens habituel du terme, ni de libertés civiles. Les textes précités imposent ces « intérêts » au juge, en ce sens qu'il est obligé d'en tenir compte, mais ne lui dictent pas de solution précise du litige. On observe une certaine similitude entre, d'une part, ces deux exemples d'intérêts juridiques et, d'autre part, le phénomène juridique que Dworkin appelait « *legal principles* » par opposition aux « *legal rules* »³⁵⁰.

141. Ainsi, dans l'hypothèse de leur consécration par le droit objectif, les intérêts peuvent être soit consacrés sous forme de droits subjectifs, soit élevés au moins au rang de liberté civile, soit pris en compte par les « principes juridiques » de Dworkin. Par ailleurs, la lésion d'un intérêt légitime est analysée en « préjudice » au sens de la responsabilité extracontractuelle et fait naître une obligation.

On peut considérer que l'intérêt est toujours, au moins à l'origine, un phénomène de fait. Le droit objectif connaît plusieurs façons de traiter les intérêts : parfois par l'intermédiaire de certains phénomènes juridiques, comme les droits subjectifs ou les libertés civiles, parfois directement en tant que faits juridiquement importants, comme dans le cas de la responsabilité extracontractuelle ou celui de l'article 3 §1 de la Convention de New-York précitée, ou encore dans le cas de certaines approches du conflit de lois, etc. On hésitera à voir le *continuum* de M. Ost comme une ligne droite, car il pourrait bien s'agir plutôt d'une arborescence foisonnante.

L'application du Droit (aux faits) concerne toujours et nécessairement (sauf les procès simulés dans le cadre des concours d'étudiants) la réalité du monde matériel. Non seulement cette réalité factuelle est régie par le Droit mais c'est aussi elle qui appelle son application, qui le rend utile et nécessaire, qui constitue sa raison d'être. Les intérêts seront toujours présents, ne serait-ce qu'en toile de fond, dans toute application du Droit.

³⁵⁰ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Bloomsbury Academic, 1977, p. 22 et s. ; — *infra*, n° 314 et s.

142. Mais le rôle des intérêts en Droit peut être perçue différemment. M. Ost affirme que « l'intérêt a pour lui la spontanéité et le dynamisme de la vie, ce qui pourrait bien conduire, au prix d'un retournement des perspectives, à faire apparaître cette fois les conceptualisations juridiques — et notamment les droits subjectifs — pour les ombres de la caverne platonicienne »³⁵¹. Pourtant, il faudrait tenir compte, dans l'application du droit, des intérêts subjectifs comme des intérêts publics, notamment l'intérêt général à la sauvegarde de la cohérence interne de l'ordre juridique, laquelle passe par la fiabilité et la prédictibilité des mécanismes proprement juridiques.

Même s'il est difficile de ne pas être d'accord avec M. Ost quand il parle de la caverne platonicienne, le propos mérite d'être nuancé. D'abord, ce sont les ombres sur le mur de la caverne qui sont le système de droit objectif et non les objets qui sont ainsi reflétés. Enfin, si l'on revient au mythe philosophique de Platon, les objets et les ombres sont fondamentalement différents et l'observateur (juriste, dans notre cas) ne peut percevoir que les premières. Les faits et notamment les intérêts d'une part, et le Droit d'autre part, appartiennent à deux mondes différents, mais ces deux mondes ne sont en aucun cas exclusifs : ils coexistent, en entretenant de nombreux et complexes rapports entre eux.

143. Les intérêts juridiquement protégés peuvent parfois jouer un rôle indépendant et même supplanter le recours au concept de droit subjectif. C'est ainsi que l'on pourrait décrire le *common law*, par exemple. « La notion d'intérêt constitue, sous divers aspects, un instrument fondamental — peut-être l'instrument par excellence — pour exprimer et décrire le fonctionnement et le rôle de la *common law* », peut-on lire dans la doctrine³⁵².

Mais il semble que les deux procédés ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, et l'apparition dans la doctrine d'Outre-Manche d'un courant appelé « *rights analysis* », ou « *rights-based analysis* », en témoigne³⁵³. En même temps, même si l'exercice est probablement inutile, il n'est pas tout à fait impossible de décrire certaines règles de droit d'un État de tradition romano-germanique en termes d'intérêts et non en termes de droits :

³⁵¹ F. OST, *op. cit.*, p. 9-10.

³⁵² G. SAMUEL, « La notion d'intérêt en droit anglais » in Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 405.

³⁵³ Sur l'ensemble de la question, v. D. NOLAN & A. ROBERTSON (dir.), *Rights and private law*, Hart Publishing, 2012.

ainsi n'a-t-on pas pu dire que la cause du contrat est l'intérêt du créancier, tandis que l'objet est celui du débiteur³⁵⁴. La coexistence des deux grilles de lecture pourrait s'expliquer par les liens profonds entre les droits et les intérêts, et peut-être par une sorte de parallélisme entre les uns et les autres.

144. En résumé, les intérêts apparaissent toujours comme des phénomènes de fait, parfois ils peuvent être reflétés par les droits subjectifs ou les conditionner, tout comme dans d'autres cas ils peuvent jouer le même rôle vis-à-vis d'autres phénomènes juridiques, et parfois même un intérêt peut être directement traité par le droit objectif.

Étant donné cette polyvalence, la notion d'intérêt ne permet pas de donner une définition de droit subjectif, ni *a fortiori* celle de situation juridique. Mais son rôle pourrait avoir une valeur explicative certaine pour plusieurs mécanismes juridiques.

B/ Le droit subjectif et l'appartenance-maîtrise

145. Selon Jean Dabin, « le droit subjectif est essentiellement *appartenance-maîtrise* »³⁵⁵.

Il faut comprendre l'aspect « appartenance » comme un lien qui unit une chose objet du droit subjectif au sujet de ce droit³⁵⁶. Dans la doctrine de Dabin, on conçoit plusieurs types de biens objets des droits subjectifs : les « *choses extérieures* », puis les « biens ou valeurs *inhérents* à la personne [...] du sujet (vie, intégrité du corps, libertés...) » ; en outre, les choses, matérielles ou immatérielles devenues extérieures au sujet, mais dont celui-ci est l'*auteur* : par droit d'auteur, ces choses appartiennent à leur créateur ou producteur », et finalement « l'avoir constitutif du droit peut consister en des *prestations* — quelconques : positives ou négatives, pécuniaires ou extra-pécuniaires — auxquelles une personne serait tenue vis-à-vis d'une autre. L'appartenance est alors *indirecte*, en ce sens que la prestation due au créancier ne lui parviendra que par l'intermédiaire de l'obligation du débiteur »³⁵⁷. Dans un souci de respect de la liberté individuelle et de l'égalité des personnes, Dabin précise que seule une créance exigible fait l'objet du droit subjectif.

³⁵⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II, Quadrige, PUF, 2004, p. 2018 ; F. OST, *op. cit.*, p. 60.

³⁵⁵ J. DABIN, *op. cit.*, p. 80.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 81.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 83-84.

Selon Dabin, l'appartenance est conçue comme un attribut de la chose auquel correspond la « maîtrise » — l'attribut de la personne du sujet qui la possède³⁵⁸. La maîtrise étant comprise comme le « pouvoir de libre disposition de la chose » et non pas la jouissance effective de celle-ci³⁵⁹.

L'auteur souligne que « l'appartenance-maîtrise constitutive du droit d'un point de vue interne, *face au sujet* » se trouve complétée, « d'un point de vue externe, *face à autrui* » par la « condition d'altérité »³⁶⁰. Cette altérité se manifeste en deux aspects : l'inviolabilité et l'exigibilité, et elle est toujours pourvue de protection juridique : d'une action correspondante³⁶¹. Chaque droit subjectif est ainsi protégé par une obligation générale, qui incombe à tous, de ne pas violer le droit subjectif d'autrui, mais aussi par une action, qui est un droit subjectif de saisir le juge, et donc par une éventuelle intervention du pouvoir public.

146. Dans la théorie de Dabin, le droit objectif non seulement consacre des droits mais aussi impose des obligations : l'obligation générale de ne pas violer les droits d'autrui et d'autres obligations, spéciales, qui incombent aux personnes, ainsi que des règles qui ne s'adressent à personne en particulier, comme les règles de l'organisation des pouvoirs publics, règles de preuve etc.³⁶². Dabin dit que les droits et les obligations peuvent parfois se combiner pour former des situations juridiques, mais que de toute façon la situation juridique « n'absorbe pas le droit subjectif »³⁶³.

147. En commentant la doctrine de Jhering, Dabin écrit que « le droit n'est pas un intérêt, même juridiquement protégé ; il est l'appartenance d'un intérêt ou, plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéresse, non en tant qu'il jouit ou est appelé à en jouir, mais en tant que cette chose lui appartient en propre »³⁶⁴.

Faisant écho aux théories volontaristes, il affirme que la maîtrise est le pouvoir de libre disposition du bien³⁶⁵, que le contenu d'un droit subjectif c'est ce que son sujet *peut*

³⁵⁸ J. DABIN, *op. cit.*, p. 87.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 89.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 93-94.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 95-97.

³⁶² *Ibid.*, p. 52.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 82.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 89.

faire avec son objet³⁶⁶, que le contenu du droit d'action c'est le *pouvoir* d'exiger de l'État la protection judiciaire du droit subjectif correspondant³⁶⁷. Mais tout en absorbant certains points particuliers des doctrines qui l'ont précédé, Dabin marque une véritable rupture avec celles-ci.

148. La théorie de Dabin a le mérite de présenter le droit subjectif comme un lien de droit et non comme un pouvoir ou un intérêt³⁶⁸. Ce lien constitue le fondement des pouvoirs du sujet sur l'objet et représente un intérêt certain. Par ailleurs, la façon dont cette théorie résout le problème des rapports entre le titulaire du droit et les tiers est tout aussi intéressante : elle substitue la notion d'inviolabilité du droit subjectif à l'idée de l'obligation passive universelle³⁶⁹. Ainsi, le droit subjectif de Dabin est un lien entre un sujet et un objet, un lien qui, consacré par le droit objectif, doit être respecté par tous les autres sujets. On y entrevoit l'idée de l'exclusivité du droit subjectif.

149. On remarque tout de suite que le concept de droit subjectif de Dabin est façonné à l'image d'un droit subjectif particulier — la propriété — à tel point que l'on a du mal, en exposant la doctrine de Dabin, à se retenir d'employer le mot « propriété » à la place de l'expression « droit subjectif ». En effet, la doctrine de Dabin semble être assez logique pour décrire le droit de propriété, mais elle l'est moins concernant certaines autres catégories de droits subjectifs.

En premier lieu, l'idée d'appartenance-maîtrise semble mal appropriée pour décrire un droit sur des « biens inhérents à la personne du sujet », telle la vie, car même si l'on peut parler dans ce cas de figure d'une appartenance, on aura du mal à imaginer l'exercice de la maîtrise sur sa propre vie, surtout si l'on comprend la maîtrise comme le pouvoir de disposer de la « chose ». Cependant on pourrait, dans ce cas, « sauver » la théorie d'appartenance-maîtrise en niant au « droit à la vie » la qualification de « droit », ce que Dabin ne fait pourtant pas.

En deuxième lieu, on ne peut pas être satisfait de la présentation que Dabin fait de

³⁶⁶ *ibid.*, p. 168.

³⁶⁷ *ibid.*, p. 101.

³⁶⁸ V. déjà en sens similaire, S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, préf. Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1975, p. 69.

³⁶⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 1^{re} éd., Paris, 1897. — V. déjà E. ROUGUIN, *La règle de droit*, Lausanne, 1889.

l'obligation : une appartenance-maîtrise indirecte de l'objet de la prestation d'autrui. Cette appartenance est indirecte parce qu'il y a une autre personne interposée entre le titulaire et l'objet du droit, mais aussi parce que l'objet du droit ne se retrouvera dans l'appartenance et sous la maîtrise du sujet que dans le futur, quand l'autre personne aura fourni sa prestation. L'appartenance devient ainsi trop indirecte dans le cas d'obligation pour continuer à être un lien entre l'objet de la prestation du débiteur et le créancier. Cependant, on peut concevoir l'appartenance-maîtrise de la créance, c'est-à-dire le lien entre le créancier et la créance.

150. Les fondements philosophiques de la théorie de Dabin, et surtout les rapports entre le droit objectif et les droits subjectifs, sont assez curieux. D'une part, l'auteur déclare que « le droit objectif est toujours premier, car il est la raison justificative du droit subjectif »³⁷⁰. Et il développe : « il appartient [...] au droit objectif [...] d'en fixer les limites soit au regard des droits subjectifs concurrents [...] soit, sur un plan plus élevé, au regard du bien public »³⁷¹. Mais si, pour l'auteur, les droits subjectifs existent grâce et suite à leur consécration par le droit objectif, celui-ci n'est pas la raison mais le moyen : « l'État n'a le droit de poser des règles que parce qu'une justice supérieure à lui-même, s'appuyant sur la nature sociale et politique de l'homme, lui donne à cet effet compétence »³⁷². Pour Dabin, « l'être humain individuel nous apparaît doué de certaines *puissances* par lesquelles, précisément, il existe : vie, facultés corporelles, intellectuelles..., — et aussi de certains *besoins* : tout ce qui est nécessaire, précisément, à l'entretien et au déploiement de cette vie et de ces facultés, y compris une certaine *utilisation* privative des biens extérieurs » ; et c'est donc en respectant la nature individuelle et sociale de l'Homme, que le Droit vient imposer aux autres individus le respect de cette « appartenance matérielle », ce qui fait naître l'appartenance-maîtrise juridique, c'est-à-dire le droit subjectif³⁷³.

151. Certains aspects de la théorie de Dabin furent repris et développés par d'autres auteurs. Ainsi, MM. Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux définissent le droit subjectif comme « un domaine réservé au titulaire », ce qui s'inscrirait plus ou moins dans la vision

³⁷⁰ J. DABIN, *op. cit.*, p. 49.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 53.

³⁷² *Ibid.*, p. 46.

³⁷³ *Ibid.*, p. 39.

de Dabin (avec l'exclusivité de l'appartenance). Mais d'une part ils précisent, concernant la maîtrise, que le droit subjectif se caractérise par une liberté pour son titulaire : la liberté d'exercer son droit ou non³⁷⁴. D'autre part ils ajoutent, pour distinguer le droit subjectif des libertés civiles, que ce domaine réservé est fondé sur une inégalité, une inégalité qu'ils qualifient de légitime pour traduire l'idée de l'intervention nécessaire du droit positif dans la création des droits subjectifs³⁷⁵.

152. Samuel Ginossar présenta une version intéressante de la théorie d'appartenance-maîtrise de Dabin³⁷⁶. Il commence par remarquer que l'appartenance-maîtrise, et plus particulièrement l'appartenance, caractérise en premier lieu la propriété ; il résout le problème de la théorie de Dabin quant aux « droits relatifs » en affirmant le rapport d'appartenance entre le créancier et la créance qui est le rapport de propriété. Pour lui, font objet de propriété, d'une part les choses corporelles, et d'autre part les choses incorporelles : les droits réels sur la chose (corporelle) d'autrui et les droits de créance. La théorie de Ginossar est le développement logique de celle de Dabin, elle en souligne l'essence et la développe. Elle semble très originale par rapport aux classifications modernes des droits subjectifs, même si l'idée des *res incorporalia* n'est pas nouvelle. Mais il semble qu'elle ne fait que souligner un aspect des droits subjectifs sans révolutionner la conception de leur nature. En effet, parler de la propriété des droits subjectifs n'est rien d'autre que souligner leur patrimonialité. Les droits subjectifs patrimoniaux sont des *res incorporalia*, et normalement elles sont *in commercii*. Cet aspect des droits subjectifs n'est pas d'une « invention », ou « découverte » récentes, il reflète la technique juridique du droit positif et probablement la logique inhérente au concept même des choses, saisie par Dabin, Ginossar et d'autres.

153. Une théorie juridique qui correspond à une partie des dispositions du droit positif n'est pas nécessairement apte à en décrire la totalité. On peut toujours avoir des doutes quant aux fondements de la conception des droits subjectifs dégagée par Dabin et développée par d'autres auteurs cités ci-dessus, tout comme on peut avoir un regard

³⁷⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 149.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 147.

³⁷⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

critique sur les fondements du concept même des droits subjectifs en général.

§ 2 — Les critiques du concept

154. Le concept des droits subjectifs a été critiqué dans divers sens. Certains ont prétendu pouvoir décrire la réalité juridique sans recours à la notion des droits subjectifs, d'autres se sont prononcés en faveur de la relativisation du rôle des droits subjectifs dans la description du Droit. Les points de départ, ou si l'on veut la philosophie sous-jacente, étaient également très divers : certaines critiques étaient d'inspiration positiviste (A), d'autres s'inscrivaient dans l'une des visions de droit naturel (B).

A/ Les critiques positivistes

155. Hans Kelsen représenta l'ordre juridique tout entier comme un système de normes, et les droits subjectifs ne pouvaient pas y échapper³⁷⁷. Dans sa « théorie pure » du droit, il s'attache à combattre la conception des droits subjectifs comme des phénomènes en substance différents du droit objectif, et les inscrit dans le *continuum* des normes : les normes générales, abstraites et hypothétiques d'abord (règles de droit), et les normes individuelles, concrètes et catégoriques ensuite (posées par une décision d'un organe de l'ordre juridique ou par contrat).

Il commence par le constat que le rôle du Droit est de régir les rapports sociaux, donc les comportements humains. Pour Kelsen, le moyen principal de la régulation des conduites humaines c'est la sanction : « pour prescrire aux individus une certaine conduite, le droit attache une sanction à la conduite contraire » et « de cette relation résulte l'obligation de se conduire de manière à éviter la sanction »³⁷⁸. C'est donc l'obligation qui est au cœur de tout ordre juridique. Partant de ces prémisses, Kelsen analyse le droit de propriété comme une « relation entre le propriétaire et tous les autres sujets de droit, qui sont tenus par le droit objectif de respecter le pouvoir exclusif du propriétaire sur la

³⁷⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Neuchâtel, Éd. de la Baconnière, 1988 et *Théorie générale des normes*, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 108-109.

chose », ce qui fait du droit subjectif de propriété « un aspect secondaire de l'obligation des autres sujets du droit »³⁷⁹. C'est-à-dire que « le droit à un certain comportement d'autrui est [...] un reflet de l'obligation d'autrui à ce comportement » ou que « le droit de l'un est l'obligation de l'autre »³⁸⁰.

Or cette subordination logique du droit subjectif à une obligation correspondante ne signifie pas, dans la théorie normativiste, que le droit subjectif n'existe pas en tant que concept ; il est utilisé en tant qu'instrument de la technique juridique. Le droit objectif « confère un droit subjectif en attachant un effet juridique déterminé à l'expression de la volonté d'un être humain »³⁸¹. Plus concrètement, il s'agit d'une situation où la sanction de la non-exécution d'une obligation juridique est subordonnée à la requête d'une personne au profit de laquelle l'obligation existe : « le droit — objectif — confère à un sujet le pouvoir de provoquer par son action une procédure au terme de laquelle est posée une norme individuelle prescrivant l'exécution d'une sanction contre le sujet violant l'obligation »³⁸². Également, le droit objectif peut attacher à l'expression de la volonté d'un individu un effet juridique qui consiste à créer, par voie de contrat, une norme individuelle prescrivant une certaine conduite (avant même qu'il s'agisse de sanctionner sa violation). Dans les deux cas, le droit subjectif s'analyse en une norme de droit objectif laquelle habilite un individu à créer ou, plus souvent, à participer à la création des normes individuelles qui viendront concrétiser, appliquer, réaliser certaines normes générales. En ce sens, le droit subjectif n'est qu'une « technique particulière en vue de la formation des normes juridiques »³⁸³. Il découle de cette vision du droit, qu'un droit subjectif est inséparable des normes du droit objectif et donc cantonné à un ordre juridique et joue un rôle purement instrumentaire dans la production normative de celui-ci.

156. Léon Duguit fut plus radical que Kelsen : « il n'y a pas de droits subjectifs », lit-on dans son *Traité*³⁸⁴. Il se vante même de les avoir « jetés par-dessus bord ».

Au cœur de la théorie de Duguit se trouvent les règles, qui prescrivent aux individus certains comportements et en interdisent d'autres. Ces règles imposent ainsi aux individus

³⁷⁹ H. KELSEN, *Théorie pure...*, précité, p. 108.

³⁸⁰ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, précité, p. 179.

³⁸¹ H. KELSEN, *Théorie pure...*, précité, p.114.

³⁸² H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, précité, p. 179.

³⁸³ H. KELSEN, *Théorie pure...*, précité, p.112.

³⁸⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., Paris, 1927, p. 221.

des obligations, d'action ou d'abstention, et leur violation provoque la sanction sociale³⁸⁵. La situation concrète des individus peut être qualifiée d'objective, « parce qu'elle est la norme elle-même considérée dans son application aux individus »³⁸⁶. Le fait qu'il s'agisse de l'application (nécessairement individuelle) de la règle (nécessairement générale) à un sujet de droit ne la fait pas changer de nature.

Duguit affirme que « la question de l'existence d'un droit subjectif ne se pose jamais que lorsqu'il y a un acte de volonté fait en violation de la loi »³⁸⁷. Un individu peut alors avoir la possibilité de mettre en œuvre une voie de droit pour qu'il soit mis fin à cette violation. Or, poursuit l'auteur, la possibilité d'exercer une voie de droit ne constitue pas un droit subjectif, car l'« individu qui intente une action ou met en mouvement tout autre voie de droit agit tout simplement conformément à la loi » alors que, selon Duguit, « faire un acte qui n'est pas contraire à la loi, ce n'est point exercer un droit. Seulement quand on agit conformément à la loi, quiconque apporte une entrave à cette activité commet une violation du droit »³⁸⁸.

157. Ces deux théories ne sont pas elles-mêmes à l'abri des critiques. L'affirmation de Duguit selon laquelle la question de l'existence d'un droit subjectif ne se pose qu'en cas de violation de celui-ci — est inexacte. D'abord, les individus se posent souvent la question avant même d'agir, justement pour ne pas violer les droits des autres ou le droit objectif, et ensuite, on peut se poser cette question dans la perspective d'accomplissement d'un acte juridique (testament, contrat) qui pourrait ou non produire effet suivant que l'on a le droit subjectif ou non. Quant à l'affirmation de Duguit selon laquelle exercer une voie de droit n'est pas exercer un droit — elle ne convainc pas davantage car, d'une part, en règle générale ce n'est pas un devoir, et d'autre part, souvent cette possibilité n'appartient pas à tout le monde et ne saurait donc être une liberté civile. En réalité, Duguit ne prouve pas que le concept de droits subjectifs soit faux ; il fait simplement le choix de ne pas l'utiliser dans sa description du Droit.

Duguit rejette la notion des droits subjectifs parce que pour lui elle implique la supériorité d'un individu sur un autre, l'emprise d'une volonté privée sur une autre, ce qui

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 214.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 219.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 299.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 300.

serait inconciliable avec l'égalité des personnes devant la loi. L'inquiétude est tout à fait compréhensible, mais elle disparaît si l'on considère que c'est la règle de droit qui s'impose à certains individus, en créant des droits subjectifs au profit des autres, et non la volonté privée de ces derniers.

158. Lorsque Kelsen prétend réduire le droit subjectif au droit objectif, il commet une erreur de logique : l'opération de définition consiste, rappelons-nous, à classer une notion dans une catégorie (par exemple, la catégorie « droit ») et de la distinguer des autres notions composant la même catégorie ; l'adjectif joue précisément ce rôle de spécification, de distinction. Si l'on qualifie une chose de « droit objectif » et l'autre de « droit subjectif », c'est précisément pour désigner deux sous-catégories différentes de la seule et même notion « droit ». Donc en réalité Kelsen réduit les notions de droit subjectif et de droit objectif à la notion de droit tout court. Mais cela ne signifie pas l'absence de différence qualitative entre les deux. Bien au contraire, en l'absence de différences entre elles, on n'aurait pas distingué ces deux notions et la question des rapports entre elles ne se serait jamais posée. Si Kelsen essaie de réduire le droit subjectif au droit objectif, c'est seulement par souci de prouver la supériorité de celui-ci sur celui-là. Or, le moyen que Kelsen emploie pour parvenir à ce but, par ailleurs louable, n'emporte pas la conviction.

159. Un autre aspect de la notion des droits subjectifs fut l'objet de critiques de Duguit et surtout de Kelsen : selon eux, le concept de droit subjectif est une fiction qui ne correspond pas à la réalité socio-juridique. Pourtant leurs propres constructions ne sont pas moins artificielles et sont très éloignées de la réalité de l'application du droit.

B/ Les critiques historico-naturalistes

160. Michel Villey critiqua aussi le concept de droits subjectifs, même s'il ne le rejeta pas complètement. Pour ce faire, il fait appel à l'histoire et à la philosophie du droit.

Il démontre que le concept de droit subjectif est né dans le cadre de doctrines du droit naturel, au XVII^e siècle, et avait de ce fait une finalité politique ou, si l'on veut, une fonction idéologique, car il s'agissait d'affirmer la liberté de l'Homme vis-à-vis de

l'État³⁸⁹. Mais ni au Moyen-Âge ni dans l'Antiquité on ne retrouve cette notion. Et si l'on considère que notre droit privé a plus de parenté avec le droit romain qu'avec les écrits de Hobbes et de Locke, raisonne Villey, alors le concept de droit subjectif tel qu'on le connaît aujourd'hui est étranger à notre droit privé³⁹⁰.

161. Les doctrines de droit naturel avaient « usurpé » le terme de *ius* qui avait une toute autre signification en droit romain. Pour l'expliquer, Villey nous fait une brillante leçon de philosophie juridique de l'antiquité. En se référant au Livre V de l'*Étique à Nicomaque* d'Aristote, il commence par présenter deux espèces de justice : la « justice universelle », qui est l'harmonie générale de l'Univers et la « justice particulière » que Villey rapproche de notre notion de « droit objectif ». La finalité de cette justice particulière est que « nul ne prenne “plus” ou ne reçoive “moins” que sa part des “biens extérieurs” partagés dans un groupe »³⁹¹. La définition a été reprise beaucoup plus tard par Cicéron, pour qui l'objectif du droit est le service d'une juste proportion dans le partage des biens et les procès des citoyens³⁹². On peut donc considérer, avec Villey, que le droit romain a été inspiré par la philosophie juridique d'Aristote, ce qui nous permet d'assimiler dans la suite de notre réflexion la philosophie du droit d'Aristote et celle des Romains.

Cette définition très ancienne ne peut que surprendre le juriste du XXI^e siècle par son caractère réaliste et pragmatique. Plusieurs idées y sont contenues³⁹³. D'abord, le *ius* est un phénomène nécessairement social, car il s'agit d'un partage entre plusieurs personnes. Ensuite, le *ius* ne concerne que les biens extérieurs et les charges dans un groupe social. Enfin, il s'agit de déterminer la « juste proportion », la « part équitable » de chacun dans les choses à partager.

Le mot grec *to dikaion* et le mot latin *ius* signifient précisément ce juste partage ou, par métonymie, la part qui en résulte³⁹⁴. Et rendre justice revient à *ius suum cuique tribuere* : attribuer à chacun sa part.

³⁸⁹ M.VILLEY, *Le droit et les droits de l'Homme*, 2^e éd., PUF, 1990, p. 131 et s.

³⁹⁰ Sur les traditions juridiques qui ne connaissent pas ce concept, v. S. FERLITO, « Diritto soggettivo e diritti umani : Una comparazione giuridica », *Mediterranean Journal of Human Rights* 16 (2012) 93.

³⁹¹ M.VILLEY, *op. cit.*, p. 45.

³⁹² *Ibid.*, p. 34, p. 57 et s.

³⁹³ *Ibid.*, p. 47 et s.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 48.

162. En se plongeant avec Villey dans l'histoire du droit romain, on remarque que le mot *ius* se retrouve assez souvent dans le texte des *Institutes* et du *Digeste* mais jamais dans le sens de « droit subjectif »³⁹⁵. Il y en avait deux emplois principaux : soit dans le sens de droit objectif tel qu'expliqué plus haut (et alors on retrouve plusieurs espèces de *iura*, comme *ius naturale*, *ius civile* et *ius gentium*), soit dans le sens de « la part de chacun ». Ce dernier emploi du terme serait proche de notre notion de droit subjectif, parce qu'il s'agit d'une part subjective, c'est-à-dire qui doit être attribuée à un sujet particulier. Par ailleurs, le terme est utilisé pour toute *res incorporalia* et non pour l'objet matériel de ce *ius*. Pourtant, il ne s'agit pas de droit au sens contemporain du mot. Par exemple, dans le *Digeste* on peut lire à propos des servitudes prédiales, qu'il y a un *ius altius tollendi*, c'est-à-dire un *ius* de surélever sa maison³⁹⁶. On serait tenté de dire qu'il s'agit de *droit* de surélever sa maison, comme cela a été souvent fait, or Villey nous invite à lire la phrase jusqu'au bout : « *ius altius tollendi... aut non extollendi* » : un *ius* de surélever sa maison ou de ne pas trop la surélever. Il s'agit clairement d'un droit de le faire et de l'obligation de ne pas le faire de manière à encombrer la vue à son voisin³⁹⁷. Un autre exemple de *ius* est la *hereditas*, or une succession comprend non seulement l'actif, composé de ce que nous appelons aujourd'hui « droits », mais aussi du passif corrélatif.

Le mot *ius* est également employé pour désigner le statut de la personne — esclave, affranchi, libre de naissance³⁹⁸. Or même le *ius civilis* comprenait non seulement les avantages mais aussi les charges (devoirs de citoyen).

Villey conclue, d'abord, que « le *jus* [...] n'est pas attribut attaché au sujet, liberté d'agir (la liberté ne se partage pas), mais cette part des choses qui revient à chaque personne dans le groupe par rapport aux autres », et ensuite, que le *ius* implique à la fois les avantages et les charges correspondantes³⁹⁹.

Un autre enseignement d'histoire : le *ius* au sens objectif ne concernait que ce genre de partages entre les citoyens et n'avait rien d'un système de règles de conduite. Le système de règles de conduite fut la « morale », et ces règles de conduite avaient deux

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 70.

³⁹⁶ *D.* VIII, 2, 2.

³⁹⁷ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 77.

³⁹⁸ *Inst.*, I, 3-5.

³⁹⁹ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 78.

sources principales : les coutumes (*mores*) et les lois (*leges*).

163. Le livre de Villey *Le droit et les droits de l'homme* est très éclairant. Il faut cependant prendre garde à ne pas en être aveuglé. On se laisse facilement convaincre de l'absence du droit subjectif en droit antique, mais il ne faut pas non plus oublier l'absence du « *ius* » en droit contemporain. On peut déplorer, avec Villey, la révolution de la notion de *ius*, on peut s'inquiéter du fait que la notion nouvelle (droit subjectif) apporterait quelques incohérences ou déséquilibres dans un système de droit largement issu du droit romain, fondé sur le « *ius* », mais l'on ne peut pas ignorer que cette révolution s'est produite il y a plusieurs siècles déjà et que la notion nouvelle de droit subjectif est désormais au centre de tout notre système de droit contemporain.

Même la nature et la fonction du droit objectif ont changé : les lois positives (au sens très large), qui contiennent souvent les prescriptions de ce que les Romains appelaient la morale, font désormais une partie intégrante et même prédominante du droit.

164. Toutes les théories critiques de droit subjectif exposées ci-dessus peuvent être critiquées à leur tour, et il est toutefois possible défendre la nécessité de préserver le concept de droit subjectif. Néanmoins, chacune de ces théories souligne des faiblesses, voire des dangers du concept, qu'il ne faut pas ignorer. Sans le lien entre le droit objectif et le droit subjectif, ce dernier perdrait toute sa force. La prédominance des droits subjectifs sur les devoirs subjectifs créerait le risque d'une dérive individualiste qui serait contraire à la nature et à la fonction du droit objectif lesquelles sont éminemment sociales. Le cloisonnement des avantages et des charges créerait un déséquilibre à l'intérieur des mécanismes de droit privé et nécessiterait davantage de complications pour y remédier.

Néanmoins, ces inconvénients du concept de droit subjectifs peuvent être évités, à condition d'en faire bon usage. Ainsi lit-on chez Carbonnier que « la vérité est que le droit subjectif, en dépit de son individualisme, est très sociologique. Pour que le droit objectif soit intensément présent dans la société, rien de tel que l'incarner, donc de le subjectiver »⁴⁰⁰. Il suffit donc de trouver une conception du droit subjectif qui prendrait en compte toutes ces critiques.

⁴⁰⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 197.

165. Même si la nécessité d'un instrument juridique traduisant une réalité juridique individuelle et subjective est évidente, ses contours restent indéfinis. Nous avons pu nous en apercevoir grâce aux différentes théories présentées ou juste évoquées plus haut, alors qu'il en existe beaucoup d'autres. Le doute est alors justifié quant à la possibilité d'élaborer une définition de droit subjectif claire, complète et exempte de toute critique. C'est l'une des raisons pour lesquelles les théories des droits acquis, étudiées au premier chapitre, n'ont pas eu de succès dans le droit international privé de l'Europe continentale.

Il devient nécessaire de changer d'angle de vue, de réfléchir sur un autre concept pour décrire une réalité juridique individuelle et subjective. Au-delà du droit subjectif, il convient de s'intéresser à la notion de situation juridique, en espérant que ce concept soit mieux adapté au droit international privé.

Section 2 : Le dépassement des controverses : la notion de situation juridique

166. La substitution du concept de situation juridique à celui de droit subjectif pourrait résoudre bien de difficultés, et aujourd'hui, en parlant notamment de la reconnaissance unilatérale en droit international privé, on utilise largement cette expression. La notion de situation juridique n'est pas nouvelle, mais pendant longtemps elle fut considérée comme secondaire par rapport à celle de droit subjectif.

L'émancipation de la notion de situation juridique s'opéra au fur et à mesure de la relativisation du rôle des droits subjectifs (§ 1^{er}). Dans la suite de cette tendance, nous proposerons une redéfinition de la situation juridique, qui pourrait, entre autres, rendre le concept plus adapté au droit international privé et à la méthode de la reconnaissance (§ 2).

§ 1^{er} — L'élargissement de la perspective : relativisation des droits subjectifs

167. Comme cela a été démontré dans la section précédente, le concept de droit subjectif ne pouvait pas englober tous les aspects de la réalité de la réalisation du droit objectif, chaque définition soulignant un ou plusieurs aspects important tout en laissant de côté d'autres, qui l'étaient tout autant. La place et le rôle des droits subjectifs dans l'ordre juridique étaient insuffisamment précis. Et les critiques positivistes et historico-naturalistes ont souligné le caractère incomplet de la notion.

Dès avant ces critiques, certains représentants de la doctrine avaient compris que la notion de droit subjectif ne pouvait pas être suffisante pour décrire la réalité juridique. Ils ont alors essayé d'élargir leur champ d'observation et de relativiser le droit subjectif, en mettant l'accent davantage sur des phénomènes plus globaux.

Sera abordé, en premier lieu, le développement de la notion de rapport de droit (A), avant la genèse de celle de situation juridique (B).

A/ Du droit subjectif au rapport de droit

168. La notion de rapport de droit fut mise en exergue déjà par Friedrich-Carl von Savigny. C'est cette notion qui se trouve à la base de son approche du droit international privé et il n'aurait pas pu bâtir sa construction ingénieuse sans avoir solidifié ses fondements en théorie du droit privé, dont les notions de droit subjectif et de rapport de droit. Le tome VIII de son *Traité...*, consacré aux conflits de lois, n'était que la conséquence, ou le couronnement, de ses développements au sujet du droit privé interne, contenus dans les sept premiers tomes.

Pour lui, le droit subjectif « apparaît comme un pouvoir de l'individu », un domaine « dans les limites duquel la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous »⁴⁰¹. Pour cela on cite son nom parmi les partisans de la théorie du droit subjectif comme « pouvoir de la volonté ». Cependant, derrière les métaphores de Savigny on oublie parfois l'idée juridique, qui n'a pourtant pas moins d'élégance et qui a plus d'importance pour la théorie du droit.

169. Il parle d'une « réalité plus profonde » : « le *rapport de droit* dont chaque droit [subjectif] n'est qu'une face diverse considérée abstractivement »⁴⁰². Il définit ce rapport de droit comme « une relation de personne à personne, déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendamment de toute volonté étrangère »⁴⁰³.

On retrouve dans cette définition l'idée du caractère social du droit subjectif souligné par tous les auteurs du XX^e siècle (« relation de personne à personne »), la subordination au droit objectif si chère aux positivistes (« déterminée par une règle de droit »), l'idée de l'exclusivité ou du domaine exclusif ou réservé, que l'on retrouve chez Dabin et chez MM. Ghestin et Goubeaux, l'idée de liberté (« où sa volonté règne indépendamment ») qui se trouve aussi chez les deux derniers auteurs (la liberté d'exercer ou non son droit).

Pour citer une autre métaphore de Savigny, on peut rappeler le passage suivant :

⁴⁰¹ F.-C. von SAVIGNY, *Traité de romain*, trad. Ch. GUÉNOUX, t. I, Paris, 1855, § 4 (p. 7).

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*, § 52 (p. 323).

« pour que des créatures libres [...] puissent s'aider mutuellement et ne se gêner jamais dans le déploiement de leur activité, il faut qu'une ligne de démarcation invisible circonscrive les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité. La règle qui fixe ces limites et garantit cette liberté s'appelle droit [objectif] »⁴⁰⁴. Pour lui, le siège naturel de la volonté est l'individu lui-même — « le moi primitif » — mais le droit positif n'a pas vocation à le régir⁴⁰⁵. Ainsi, la fonction du droit objectif selon Savigny est de déterminer les limites de la volonté d'une personne dans le monde extérieur, et l'illustre auteur appelle l'ensemble de ces extensions de la volonté de l'individu en dehors de sa personne les « biens »⁴⁰⁶. Les « biens » de Savigny s'entendent à la fois des choses et des créances, ce qui préfigure peut-être la théorie de Ginossar, plus d'un siècle avant l'heure⁴⁰⁷. Sur ce dernier point, il faut tout de même préciser que Savigny ne se prononce pas sur le caractère patrimonial ou obligataire des « biens », il assimile purement et simplement les choses et les obligations, en y trouvant un dénominateur commun : l'extension dans le monde extérieur de « l'empire de notre volonté »⁴⁰⁸. Il fait les distinctions plus loin, non pas sur un plan de théorie générale mais dans des développements particuliers, et surtout il n'essaie pas de réduire une catégorie à l'autre.

170. On voit ainsi que les définitions du droit subjectif proposées au cours du XX^e siècle ne font que reprendre tel ou tel aspect de la définition savignienne, en le développant. La situation est assez paradoxale puisque l'objet de la définition n'est pas le même. Rappelons-nous que la définition de Savigny précitée porte sur le rapport de droit, non sur le droit subjectif qui n'en est que l'une des faces diverses. En effet, chaque « pouvoir de volonté » (lire « prérogative juridique ») s'inscrit dans un ensemble complexe, un certain « domaine », un rapport de droit.

Savigny était un romaniste et son traité s'intitule « Traité de droit romain contemporain ». Par conséquent, en parlant de ces « domaines » repartis entre les

⁴⁰⁴ F.-C. von SAVIGNY, *Traité...*, précité, t. I, § 52 (p. 322).

⁴⁰⁵ *Ibid.*, § 53 (p. 334).

⁴⁰⁶ *Ibid.*, § 53 (p. 330).

⁴⁰⁷ *Ibid.*, § 53 (p. 334).

⁴⁰⁸ *Ibid.*, § 53 (p. 329).

individus, il en définit l'objet comme une « portion du monde extérieur »⁴⁰⁹, comme le faisaient les Romains avant lui, comme le fera Villey après. Cette portion, ou cette part, de chacun est composée non seulement des pouvoirs de volonté (droits subjectifs) mais aussi des limites de ces pouvoirs (les charges correspondantes). Même dans les cas où l'on est appelé à se prononcer uniquement sur l'existence ou non d'un certain droit subjectif dans le chef d'une certaine personne, Savigny appelle à considérer le rapport de droit dans son ensemble⁴¹⁰.

La notion du rapport de droit de Savigny est très large. Il le décompose en deux éléments : d'une part « une matière donnée, c'est-à-dire la relation elle-même », d'autre part « l'idée de droit qui régit cette relation »⁴¹¹. L'auteur précise que « le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme un simple fait ; le second, comme élément plastique, celui qui anoblie le fait et lui impose la forme de droit »⁴¹².

171. Savigny préconise de considérer le rapport de droit dans sa globalité au lieu de ne retenir qu'un droit subjectif en particulier, et ce pour deux raisons. D'une part, en tant que juriste, il est conscient du fait que les situations soumises au juge peuvent présenter des imbrications de droits, devoirs, statuts et autres éléments d'une complexité remarquable, et donc qu'il n'est souvent pas possible pratiquement d'isoler une prérogative juridique du rapport de droit en cause⁴¹³. Et d'autre part, en tant qu'homme de la science de droit, ou peut-être de l'art juridique, il est soucieux de l'harmonie générale du Droit. Il suggère de considérer chaque droit subjectif à l'intérieur du rapport de droit dont il est un élément, puis d'inscrire ce rapport de droit d'une manière cohérente dans un ensemble plus vaste encore, en remontant finalement jusqu'au système juridique en sa globalité⁴¹⁴. Pour lui, cette harmonie trouve sa source non dans une loi positive bien faite mais, au-delà, dans la logique du droit positif qui se manifeste à travers le système et l'évolution des règles et des institutions de droit (dans le sens d'ensemble de règles). « La règle de droit et la loi qui en est l'expression ont pour base plus profonde les institutions dont la nature organique se montre dans l'ensemble vivant de leur parties constitutives, et dans leurs développements

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*, § 4 (p. 8-9).

⁴¹¹ *Ibid.*, § 52 (p. 323-324).

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Pour un exemple : *Ibid.*, § 4 (p. 8-9).

⁴¹⁴ *Ibid.*, § 5 (p. 10-11).

successifs » — écrit-il⁴¹⁵.

Ce mélange étrange du positivisme et du jusnaturalisme était caractéristique de Savigny et de son école historique de droit, et dont on retrouve des échos, apparemment involontaires, dans certaines doctrines de la fin du XX^e - début XXI^e siècle.

172. Une vision similaire a été développée, au milieu du XX^e siècle, dans le cadre d'un courant du positivisme.

Henri Motulsky a mis la notion de rapport de droit au centre de son approche de la réalisation du Droit. Pour ce faire, il part du postulat que le but du Droit est la réalisation de l'harmonie sociale, et donc que « son action consiste nécessairement à prévenir et à sanctionner une rupture d'équilibre » entre les activités des divers membres de la société⁴¹⁶. Pour « penser juridiquement le réel », il considère « la communauté juridique comme la juxtaposition des *sphères individuelles*, dans lesquelles le Droit enferme en quelque sorte les membres de cette collectivité », et précise que « ces sphères remplissant, par définition, l'espace tout entier de la vie juridique de la collectivité, personne ne peut sortir de son cercle sans pénétrer dans le domaine d'autrui : c'est ce débordement qui provoque la rupture d'équilibre et par là le trouble que le Droit est chargé de réprimer, par une réaction du pouvoir social »⁴¹⁷. Dans cette logique, le Droit est conditionné par « la coexistence des sphères individuelles, parce qu'ainsi bien de leur contact naît tout le commerce juridique », et donc à la base de cette réalisation du Droit « ne se trouve pas l'idée de pouvoir, mais, beaucoup plus simplement, le « rapport entre hommes », de sorte que si l'on cherche à définir l'élément initial de l'organisation juridique, on ne peut désigner comme tel que le rapport de droit⁴¹⁸. Le rapport de droit est donc compris par Motulsky comme le rapport entre divers individus ou diverses « sphères individuelles » : rapport de type commerce juridique, ou de type empiètement ou violation.

173. C'est le mécanisme de toute réalisation du droit objectif, selon Motulsky, et donc « la notion de droit subjectif *découle* de celle du rapport de Droit » : « ce n'est que parce que ce dernier implique naturellement la possibilité pour l'individu « d'exercer

⁴¹⁵ F.-C. von SAVIGNY, *Traité...*, précité, t. I, § 5 (p. 9-10).

⁴¹⁶ H. MOTULSKY, *Principes...*, précité, p. 26.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 28.

certains pouvoirs respectivement aux autres » qu'il se présente à l'esprit comme un réseau de droits et d'obligations »⁴¹⁹. Autrement dit, le droit subjectif n'a qu'un rôle technique et se présente comme un pur artifice d'esprit pour mieux décrire l'opération d'un rapport de droit⁴²⁰. Cette « conception purement technique » du droit subjectif se complète par une « conception structurale » : le droit subjectif est prévu dans la structure de certaines règles de droit, de sorte que « le concept du droit subjectif ne fait que traduire *la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu à la règle de droit* »⁴²¹.

Ainsi, sur cette voie de la relativisation des droits subjectifs, Motulsky va jusqu'à reléguer le droit subjectif, au pire — au rang d'un pur artifice d'esprit utilisé à des fins descriptives, au mieux — au rang d'un élément structural de la règle de droit laquelle, à son tour, participe ensemble avec d'autres règles au règlement d'un rapport de droit. Contrairement à Savigny, le droit subjectif joue dans la théorie de Motulsky non pas un rôle d'un des éléments principaux du rapport de droit, ni même un rôle secondaire, mais un rôle très résiduel. C'est le rapport de droit, le rapport entre les deux « sphères individuelles », qui reste, selon Motulsky, le seul concept fiable pour représenter la réalisation du Droit.

174. La position de Motulsky est très intéressante mais mérite à son tour d'être relativisée. En effet, à l'affirmation que le droit subjectif est un pur artifice d'esprit, on ne manquera pas de répondre que le rapport de droit lui-même, pas plus que le Droit en général, n'a pas d'existence physique que l'on pourrait percevoir avec ses sens. C'est une particularité naturelle de la science de Droit, une science normative, que de fonctionner avec des constructions intellectuelles, avec des abstractions.

Même si la doctrine de Motulsky est très éclairante quant à certains mécanismes de réalisation du droit privé, son concept de rapport de droit ne semble pas facilement maniable, raison pour laquelle Motulsky concède au droit subjectif une utilité pratique certaine⁴²².

175. Le concept de rapport de droit tel qu'élaboré par Motulsky ne semble pas être

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*, p. 26, p. 29, *passim*.

utilisable en droit international privé. En revanche, le rapport de droit tel qu'évoqué par Savigny pourrait donner une bonne piste de réflexion. Or, Savigny ne le développe pas suffisamment. Par ailleurs, même s'il utilise le terme de « rapport de droit » et parle, tout comme Motulsky l'a fait après lui, des rapports entre les personnes ou entre leurs domaines respectifs, on est naturellement tenté de requalifier le « rapport de droit » de Savigny en « situation juridique ». Le pas sera franchi par Roubier.

B/ Du rapport de droit à la situation juridique

176. La notion de situation juridique est souvent associée au nom de Paul Roubier. En tout cas c'était lui qui en a présenté une notion très développée, on peut dire achevée, même si l'expression se retrouve déjà chez Duguit.

Roubier ne rejette pas le concept de droit subjectif, il l'utilise ensemble avec celui de situation juridique. Sa manière de considérer les rapports entre les deux est assez intéressante.

D'une part, il fait entrer le concept de droit subjectif dans celui de situation juridique, en présentant le premier comme un élément de la dernière. Il fait observer que le Droit est caractérisé par « l'entrecroisement des droits et devoirs » et suggère donc de considérer la situation juridique comme un « complexe de droits et de devoirs », en faisant remarquer que c'est « une position infiniment plus fréquente que celle des droits existant à l'état de prérogative franches, ou de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage »⁴²³.

D'autre part, il assimile certains droits subjectifs aux situations juridiques subjectives⁴²⁴. C'est-à-dire que dans certains cas, il substitue au terme de droit subjectif, usuel mais imprécis, celui de situation juridique. La possibilité de mettre les deux notions sur le même plan se comprend facilement quand Roubier rappelle, fort judicieusement, qu'« il n'y a guère de droits qui ne s'accompagnent au moins d'un devoir [...] à savoir le devoir de ne pas abuser de son droit »⁴²⁵. Ainsi, il qualifie de situations juridiques le « droit » de propriété ou encore le « droit » successoral légal, notamment.

⁴²³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 52.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 71-72.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 53.

177. Roubier parle de la situation juridique et non de rapport de droit, et ce n'est pas une simple question de terminologie. Pour Motulsky, et peut-être pour Savigny, le rapport de droit c'est toujours le rapport entre personnes, ou entre domaines ou sphères individuelles. Pour Roubier, la situation juridique peut être conçue sans une réelle interaction entre les personnes, tout en étant un complexe de droits et de devoirs. Cette conception devient possible notamment grâce à la précision de la terminologie : Roubier réserve le terme d' « obligation » au seul cas de créance (ce qui est d'ailleurs le contexte naturel du terme !) et il utilise le terme de « devoir » dans un sens plus large⁴²⁶. Ainsi, quand on dit que tout le monde a le devoir de ne pas violer la propriété d'autrui, cela ne veut pas dire qu'il existe une obligation, un lien entre le propriétaire et la totalité des personnes qui peuplent l'Univers.

Par ailleurs, l'obligation selon Roubier sous-entend une idée de dette, une dette que l'on puisse porter au passif du débiteur et en même temps à l'actif du créancier⁴²⁷. Il existe en droit positif (par exemple, consacré par l'article 1382 du Code civil français) le *devoir* général (c'est-à-dire à la charge de tout individu) de ne pas causer de dommage à autrui. Or ceci n'est pas une obligation entre les individus. C'est seulement quand ce devoir est violé, et que certaines conditions sont réunies, que le devoir va se transformer en une véritable obligation (de réparation du préjudice), qui comprendra un débiteur responsable du dommage, un créancier qui aura subi le préjudice et la créance qui sera à porter à l'actif de celui-ci et en même temps au passif de celui-là. Il y aura donc un rapport de droit entre ces deux personnes, une commutation entre les deux sphères individuelles.

Chaque devoir contient une obligation en puissance. Cependant, une situation juridique selon Roubier peut être constituée de droits et de devoirs et non seulement de droits et d'obligations, et donc elle peut exister en soi. Certes, la « sphère individuelle » de la personne sera définie, en fin de compte, par rapport aux autres mais non dans ses rapports avec les autres. Ce qui est à la base de cette conception de situation juridique ce n'est pas le rapport dynamique entre une situation juridique et une autre, mais plutôt le rapport direct entre le droit objectif et chacune des situations juridiques, régies par lui.

178. La situation juridique n'est pas une notion homogène chez Roubier, il en

⁴²⁶ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 97 et s.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 102.

distingue deux espèces différentes : « *situations juridiques subjectives, c'est-à-dire celles qui tendent à créer principalement des droits plutôt que des devoirs* » et « *situations juridiques objectives, c'est-à-dire celles qui tendent à reconnaître des devoirs plutôt que des droits* »⁴²⁸. Les droits, sont au centre des situations juridiques subjectives, les charges en étant en quelque sorte collatérales ; les situations juridiques objectives, en revanche, sont créées précisément en considération des devoirs, donc les avantages ne sont ici qu'accessoires. Les situations juridiques subjectives sont créées dans le souci de satisfaire aux intérêts privés, alors que les situations juridiques objectives sont créées pour préserver l'intérêt général, l'ordre public. Un autre critère de distinction est la possibilité, pour la personne, de disposer d'une situation juridique subjective et même d'y renoncer, alors que ce n'est pas possible dans le cas de situation juridique objective⁴²⁹.

Cette distinction ne coïncide pas tout à fait avec celle des situations juridiques conventionnelles et situations juridiques légales. Par exemple, le mariage est, pour Roubier, une situation juridique objective, tandis que le droit successoral légal est une situation juridique subjective. En effet, la loi intervient dans la formation de toute situation juridique, même conventionnelle : « la volonté privée n'est jamais souveraine, elle est tout au plus autonome, mais cela ne signifie pas l'affranchissement de toute règle »⁴³⁰. C'est le degré de l'autonomie de la volonté privé qui varie selon les types de situations juridiques.

179. Le rôle de la volonté privé est particulièrement important pour les situations juridiques subjectives mais cette importance est variable selon les cas. Roubier distingue, à cet effet, trois types de situations juridiques subjectives : celles qui dépendent de la volonté privée à la fois dans leur création et dans leurs effets, comme par exemple les contrats, celles qui dépendent de la volonté privée dans leurs création mais non dans leurs effets, dont l'exemple est la propriété, et enfin celles qui ne dépendent de la volonté privée ni dans leur création ni dans leurs effets et sont donc régies entièrement par la loi, comme le droit successoral légal⁴³¹. Cependant même dans ce dernier cas il s'agit bien d'une situation juridique subjective, car le titulaire en tire principalement le profit, les charges ne venant qu'en accessoire, et parce qu'il peut renoncer à ce droit et répudier les charges

⁴²⁸ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 53-54.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 72-73.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 123.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 61.

afférentes en même temps.

Certaines situations juridiques subjectives, constituent de véritables biens incorporels, qui peuvent être non seulement acceptées ou abdiquées par la volonté de la personne mais même être transmises, cédées à une autre personne⁴³².

180. Quant au moment de la création des situations juridiques, il y a là aussi une différence entre les situations subjectives et objectives. Une situation juridique subjective est toujours préétablie : « elle constitue une position régulièrement établie, qui permet aux bénéficiaires d'envisager avec sécurité l'avenir »⁴³³. Les situations juridiques objectives, quant à elles, sont soit « réactionnelles, c'est-à-dire [...] dans lesquelles l'ordre juridique procède par voie de réaction à l'encontre d'actes ou de faits des particuliers », soit « institutionnelles, qui sont bien, elles, des situations établies à l'avance et dont seront tirées des conséquences juridiques »⁴³⁴.

181. Chaque situation juridique selon Roubier possède le caractère d'opposabilité⁴³⁵. Parfois on parle de l'opposabilité relative ou absolue, mais Roubier tient, ici encore, à préciser la terminologie. Dans le cas du droit de propriété, l'opposabilité se manifeste uniquement par l'inviolabilité du droit. Mais pour le droit de créance, l'opposabilité se manifeste aussi comme l'exigibilité, et celle-ci est relative, en ce sens que le titulaire peut réclamer l'exécution de la prestation de la part du ou des créancier(s) déterminé(s). Le terme d'opposabilité recouvre donc deux effets différents : « l'inviolabilité et l'exigibilité des droits. Or, tous les droits sont inviolables, mais seuls les droits de créance comportent un rapport d'exigibilité »⁴³⁶.

182. Toutes les situations juridiques se caractérisent également par le fait qu'elles sont sanctionnées judiciairement⁴³⁷. Cette protection est assurée par l'octroi des actions. Il n'existe pas de situations juridiques sans action ; pourtant il existe des sanctions sans aucune situation juridique correspondante. Pour un exemple on peut citer ce que l'on appelle « droits de personnalité » : pour Roubier, il ne s'agit pas là des « droits » mais des

⁴³² *Ibid.*, p. 24.

⁴³³ *Ibid.*, p. 71-72.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 73.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 224, p. 250 et s.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 257-258.

⁴³⁷ P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 224.

« intérêts légitimes protégés par des actions en justice »⁴³⁸.

183. La théorie de Roubier n'est pas vraiment révolutionnaire. Il ne cherchait pas l'originalité mais essayait de résoudre les incohérences terminologiques, de mieux ajuster notre conception des droits subjectifs et des situations juridiques. Si « une science est une langue bien faite »⁴³⁹, alors on dira que Roubier a œuvré à ce que notre conception du Droit soit plus scientifique. Le langage juridique de Roubier est un excellent point de départ pour une étude scientifique de la notion de situation juridique.

Néanmoins, en partant de cette conception de la situation juridique, nous avons encore un certain chemin à faire avant de parvenir à une notion de celle-ci qui serait pleinement opérationnelle dans le cadre de la méthode de la reconnaissance unilatérale.

§ 2 — Le pluralisme des phénomènes juridiques

184. Afin de parvenir à un concept défini de la situation juridique il est nécessaire de décrire ses rapports avec d'autres notions voisines. À ce moment, on s'aperçoit d'une magnifique variété de termes et d'expressions utilisés pour décrire la réalité juridique. On peut avoir un réflexe scientifique de rechercher la hiérarchie entre ces phénomènes, par exemple entre le droit objectif et les droits subjectifs, et de réduire l'un à l'autre ou *vice versa*. Or dans cette quête de la hiérarchie et de la notion fondamentale on risque d'aboutir à un tel niveau de généralisation où la notion veut dire tellement de choses dans l'abstrait qu'elle ne dit plus rien de concret.

Il convient donc de préciser la terminologie retenue pour la suite de la présente étude, sans avoir peur d'affronter le pluralisme de notions (A). Or la notion de la situation juridique elle-même n'est pas sans subdivisions (B).

A/ Les phénomènes de réalisation du Droit

185. Le mot Droit (avec un « D » majuscule) peut être utilisé pour désigner l'ensemble de la matière juridique. Cet ensemble est assez hétérogène. Règle de droit,

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 364.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. II.

décision de justice, droit subjectif, responsabilité civile, situation juridique, etc. — toutes ces notions sont très différentes et se placent d'ailleurs à des niveaux différents de la classification, on le sait même d'instinct. Mais il est possible de les regrouper toutes sous le vocable de *phénomènes juridiques*. Certains phénomènes juridiques relèvent plutôt de l'ordre statique et objectif, comme la règle de droit qui détermine un cadre de référence normatif qui est abstrait, général, hypothétique et permanent. D'autres sont des phénomènes dynamiques et concrets : des *phénomènes de réalisation du Droit*, comme les droits subjectifs, les devoirs, les obligations, les décisions, les situations juridiques, etc. Ces phénomènes, régis par les phénomènes de droit objectif, opèrent, caractérisent ou accompagnent l'application du droit objectif à la réalité matérielle, dans le monde des faits. Seuls les phénomènes de réalisation du droit nous intéressent pour les besoins du présent travail.

Ces derniers phénomènes sont nombreux, et on a l'habitude de les articuler tous autour de la notion de droit subjectif. Faculté, pouvoir, prérogative — tous ces mots ont servi à définir le droit subjectif, lequel à son tour a été assimilé à la situation juridique, aux rapports assez confus avec le rapport de droit et l'obligation. Il convient donc de départager toutes ces notions, en traçant une « ligne de démarcation invisible » afin de délimiter leurs domaines respectifs.

186. Selon Jean Carbonnier, « le droit subjectif est l'une des notions premières du droit et défie quelque peu l'analyse »⁴⁴⁰. Il est pourtant nécessaire d'essayer de l'analyser, c'est-à-dire de le décomposer, d'en discerner les éléments.

Dans un dictionnaire juridique très autorisé, on peut lire la définition du droit subjectif comme une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois dans l'intérêt d'autrui »⁴⁴¹. Le même dictionnaire définit la prérogative juridique, dans l'un de ses sens, comme un « attribut d'un droit ; chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'action etc., qui appartiennent au titulaire d'un

⁴⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, Quadrige, PUF, 2004, p. 311 (n° 161).

⁴⁴¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd. Quadrige, PUF, 2005.

droit et dont l'ensemble correspond au contenu de ce droit »⁴⁴².

187. Prenons l'exemple du droit de propriété. Conformément à l'article 544 du Code civil français, c'est un droit qui permet à son titulaire (usage,) jouissance et disposition des choses qui en sont l'objet. Dans cet exemple on voit qu'un droit subjectif peut apporter à son titulaire plusieurs prérogatives concernant le même objet. Ainsi pourrait-on dire que c'est la *prérogative* qui est le concept élémentaire, le concept de base, à partir duquel on devrait construire la notion de droit subjectif. Le terme de prérogative juridique est un définissant connu qui pourrait servir à définir celui de droit subjectif.

Il est nécessaire de distinguer tout de suite le terme de prérogative de celui de faculté et de celui de pouvoir. Le mot « prérogative » comporte étymologiquement une relation de supériorité (en latin, *praerogativus* signifie « qui vote en premier »), et on dira d'exclusivité, ce qui pourrait distinguer la prérogative juridique d'une simple *faculté* qui, elle, peut être exercée concurremment. C'est-à-dire que la prérogative juridique est une faculté juridique exclusive.

Quant au *pouvoir*, il a reçu une signification particulière en droit privé positif français. Les articles 1421 et s. du Code civil français, par exemple, parlent du pouvoir pour désigner les prérogatives d'un époux sur les biens de la communauté, l'article 1848 du même Code — les prérogatives du gérant de la société sur les biens de celle-ci. Un pouvoir serait alors une prérogative qu'une personne a sur les biens qui ne sont pas ses propres et qu'elle exerce pour le compte de cette autre masse de biens (communauté, patrimoine d'une autre personne, etc.).

188. Si dans le cas du droit de propriété le terme « droit » désigne un complexe de prérogatives, dans d'autres cas le même mot ne désigne qu'une seule prérogative comme, par exemple, le droit de préemption d'un indivisaire⁴⁴³, ou encore le droit de suite de l'auteur d'une œuvre originale⁴⁴⁴.

189. Le cas de droit subjectif compris comme un complexe de prérogatives juridiques, soulève deux remarques importantes. D'abord, il ne s'agit pas d'un faisceau de

⁴⁴² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, précité. — Dans le même sens, V. J. DABIN, *op. cit.*, p. 168 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁴³ C. civ., art. 815-4.

⁴⁴⁴ Code de propriété intellectuelle, art. 122-8.

prérogatives aléatoires mais d'une liste bien précise, comme c'est le cas des prérogatives d'usage, de jouissance et de disposition du droit de propriété. Ensuite, pour être regroupées sous le même terme, par exemple celui de « droit de propriété », les prérogatives très différentes doivent avoir un dénominateur commun, un point de jonction ; dans l'exemple du droit de propriété c'est évidemment le bien objet du droit en général et de chacune des prérogatives en particulier. Or un objet du monde matériel ne pourrait pas être un élément d'une construction intellectuelle ; cette réalité matérielle doit avoir une traduction juridique pour intégrer le concept. Il est alors possible de dire que ce qui est caractéristique du droit de propriété c'est avant tout le lien entre la personne et l'objet, le lien entre le titulaire du droit et le bien en question, et ce lien ne peut pas être expliqué en termes de prérogatives⁴⁴⁵. En même temps, puisqu'il s'agit d'un complexe de plusieurs prérogatives juridiques et d'un lien d'appartenance, on est face à un ensemble hétérogène d'éléments juridiques, et on doit donc trouver un terme capable de désigner un tel ensemble. Le terme suffisamment général et neutre de « situation juridique » peut parfaitement remplir cette fonction.

Ainsi, certains des soi-disant « droits subjectifs » sont des prérogatives élémentaires, d'autres, comme par exemple le droit de propriété, sont des situations juridiques.

190. Nous désignerons par le terme générique de situation juridique tout *ensemble unitaire et hétérogène de plusieurs phénomènes de réalisation du Droit*. On le dit unitaire parce qu'un tel ensemble forme un tout ayant une fonction et une appellation communes, ce qui fait qu'il peut être traité comme un seul objet. Il est hétérogène, c'est-à-dire composé d'éléments de nature différente parce que c'est ainsi que l'on passe d'une variation quantitative entre un et plusieurs phénomènes de réalisation du droit identiques à un changement qualitatif, à un phénomène de réalisation du droit nouveau.

191. Quant à la structure d'une situation juridique, elle comprend toujours (a) une ou plusieurs personnes, (b₁) un ou plusieurs liens personne–personne ou personne–chose et/ou (b₂) un ou plusieurs devoirs, (c₁) une ou plusieurs facultés juridiques simples et/ou (c₂) une ou plusieurs prérogatives juridiques (communément appelées « droit subjectif » au sens strict) et/ou (c₃) un ou plusieurs pouvoirs.

⁴⁴⁵ Cf. le lien sujet-objet dans la théorie de Dabin, *supra*, n° 145 et s.

192. Les limites de l'objet de l'étude ne permettent pas d'approfondir ici la notion de situation juridique, mais ces quelques éléments suffiront à l'analyse développée plus loin et seront utiles, notamment, dans la recherche du régime international des effets des situations juridiques.

B/ La typologie des situations juridiques

193. La variété potentielle des situations juridiques est encore plus grande que celle des phénomènes élémentaires de réalisation du Droit, grâce aux innombrables possibilités de leur combinaison.

Comme cela a déjà été évoqué, le droit de propriété se présente comme une situation juridique et non comme une simple prérogative. Un autre exemple de situation juridique est le rapport juridique d'obligation. Contrairement à la propriété, on observe ici deux ou plusieurs personnes liées par un lien de droit, un *vinculum iuris*. Ce lien d'obligation entre ces personnes (« obligation » au sens large) est complété par les prérogatives déterminées de chacune (« droits subjectifs » au sens strict) et les obligations au sens strict correspondantes. Ces prérogatives et obligations *stricto sensu* peuvent être très diverses et sont toujours spécifiées, qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires. L'obligation ne peut porter que sur le comportement d'une personne et non sur une chose. S'il s'agit d'une obligation de donner, la propriété de la chose (le lien entre une personne et cette chose) ne saurait faire partie de cette situation juridique.

194. Un autre type de situations juridiques est l'absence présumée⁴⁴⁶. Cette situation comporte toute une série de mesures concernant l'administration des biens du présumé absent, et en outre, la constatation de la présomption d'absence fait courir le délai nécessaire pour pouvoir déclarer l'absence, ce qui changera tous les phénomènes juridiques liés à la personne de l'absent⁴⁴⁷.

195. Parmi les situations juridiques les plus complexes, on retrouve le mariage. Dans cette situation, il y a un lien de droit entre deux personnes, ainsi qu'un certain nombre de

⁴⁴⁶ C. civ., art. 112.

⁴⁴⁷ C. civ., art. 122.

devoirs réciproques entre elles : devoirs de respect, fidélité, assistance, secours, communauté de vie, devoir de pourvoir à l'éducation des enfants et de participer aux charges du mariage⁴⁴⁸. Il est important de noter que tous ces devoirs sont très différents de l'obligation au sens technique du terme⁴⁴⁹. Entrent également au sein de la situation juridique de mariage d'autres éléments comme une certaine configuration des pouvoirs sur les biens⁴⁵⁰, et même une certaine modification de la capacité contractuelle des époux⁴⁵¹. D'une manière peut être encore plus surprenante, la situation juridique de mariage comporte, par exemple dans le cas du régime matrimonial de la communauté d'acquêts, la modification des règles du droit des biens : par exemple, les fruits des biens propres d'un époux sont soustraits à la règle d'accession⁴⁵².

196. En citant ces quelques exemples, on est encore très loin de la liste complète des situations juridiques possibles. Le pluralisme des phénomènes de réalisation du droit et le pluralisme des situations juridiques qui en découle constituent la richesse de notre Droit. Essayer de réduire la propriété à l'obligation, ou l'obligation à la propriété — reviendrait à l'appauvrir inutilement. Et peut-être que la logique d'uniformisation est complètement étrangère au Droit vivant, à sa pratique, aux attentes que la société a du Droit.

Néanmoins, la classification est un outil indispensable à la compréhension de toute réalité complexe. Pour prévoir une solution de droit international privé pour toute situation juridique que l'on peut rencontrer éventuellement, même pour des situations inconnues de notre droit positif, il faudrait classer toutes les situations connues selon certains caractères essentiels.

197. Plusieurs critères ont été proposés dans la doctrine pour la classification des droits subjectifs. Or la pertinence de ces classifications est incertaine concernant les situations juridiques.

L'une des classifications traditionnelles des droits subjectifs est celle qui les divise en droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux. Elle a été fortement critiquée⁴⁵³ ; il a

⁴⁴⁸ Code civil, art. 212, 215, al. 1^{er}, 213 et 214 (respectivement).

⁴⁴⁹ *Supra*, n° 177.

⁴⁵⁰ Par ex., C. civ., art. 215, 1421 et s.

⁴⁵¹ C. civ., art. 215, al. 3 et 220-1, al. 2.

⁴⁵² Considérés comme des acquêts et donc comme des biens communs : C. civ., art. 1401.

⁴⁵³ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 170-172.

même été affirmé qu'elle ne pouvait pas remplir son rôle de moyen de systématisation, et ce pour trois raisons. D'abord, les divergences entre différents droits relevant de la même catégorie sont trop importantes (comme celles entre le droit de propriété et le droit de créance), ensuite, cette distinction nous laisse parfois incertains quant au classement d'un droit dans l'une de ces deux catégories (tels les droits sur le nom ou sur l'image qui ont la double facette selon le contexte), enfin, cette qualification ne détermine pas de par elle-même le régime juridique applicable⁴⁵⁴. Si l'on essayait d'appliquer cette distinction à des situations juridiques comme le mariage ou encore la filiation adoptive, on aurait tort d'affirmer qu'elles sont purement extrapatrimoniales et on n'oserait pas dire qu'elles sont purement patrimoniales.

Une autre classification consiste à distinguer les droits réels des droits personnels. Les premiers établissent une prérogative sur une chose, tandis que les seconds donnent la possibilité d'exiger un certain comportement (action ou abstention) de la part d'une personne. Cette distinction n'est pas davantage satisfaisante non plus car, comme cela a été remarqué dans la doctrine, elle laisse une grande partie des droits subjectifs en dehors de, ou entre, ces deux classes, comme par exemple tous les droits extrapatrimoniaux, la propriété intellectuelle, le droit de préemption, le droit du preneur à bail de faire valoir son droit auprès de l'acquéreur de l'immeuble loué (art. 1743 C. civ.) et d'autres⁴⁵⁵.

Pour remédier à une partie de ces reproches, il a été proposé de spécifier davantage cette classification selon l'objet du droit. Dans cette perspective on distingue les droits qui portent sur les choses (droits réels), sur l'activité d'une personne (droits personnels), sur les œuvres immatérielles (droits intellectuels) et sur la personne même du sujet (droits de la personnalité)⁴⁵⁶. Mais cela ne résout pas tous les problèmes soulignés ci-dessus, même si cette classification est plutôt satisfaisante.

Cependant, dans l'exemple de la situation juridique de mariage, certains phénomènes juridiques le composant relèveraient de la catégorie de « droits personnels », d'autres de la catégorie de « droits réels », et d'autres encore de celle de « droits de personnalité » (si l'on les considère toutefois comme droits subjectifs). Cependant il ne semble pas

⁴⁵⁴ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, 705, spéc. 707-709.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 713-714.

⁴⁵⁶ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 174 et s.

souhaitable de procéder au « dépeçage » de cette situation juridique.

198. Une classification assez originale et intéressante fut proposée par M. Favez Hage-Chahine. Il distingue les droits à réalisation médiate des droits à réalisation immédiate : « le droit à réalisation immédiate est celui qui a son siège dans la personne de son titulaire et qui procure à celui qui en est investi les jouissances qu'il contient sans passer par le concours de quiconque », quant à l'autre catégorie, « le droit à réalisation médiate est celui qui ne se conçoit que par le pouvoir qu'a le titulaire d'asservir une autre personne et qui ne se réalise qu'à travers l'activité ou l'attitude qu'on peut exiger d'un sujet passif déterminé »⁴⁵⁷.

Parmi les droits à réalisation immédiate, l'auteur classe à la fois le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée. Il est facile de comprendre quelle jouissance on peut tirer de sa propriété : ce droit nous donne la possibilité, par exemple, d'aliéner la chose en question. Mais comment pourrait-on jouir immédiatement du droit au respect dû à la vie privée ? On ne peut, en principe, pas disposer de ce droit (qui s'impose donc avec la même rigueur qu'un devoir !) et l'on ne peut pas en tirer aucun profit, sauf à confondre la vie privée elle-même avec le droit à ce que les autres la respectent. Ce « droit » ne se réalise que lorsqu'un juge condamne un tiers qui l'aurait violé. Donc on peut douter non seulement du classement de ce droit parmi les droits à réalisation immédiate, mais même de son classement parmi les droits subjectifs en général.

En guise d'exemples des droits à réalisation médiate, M. Hage-Chahine cite « le droit de chaque époux de contraindre l'autre à se conformer aux devoirs de fidélité, de secours et d'assistance »⁴⁵⁸. Or ce droit subjectif n'existe pas en droit positif français et il est difficilement concevable en théorie générale du droit, tout comme le droit d'un époux de contraindre l'autre à se conformer au « devoir conjugal ». La violation de l'un des devoirs d'époux peut constituer, et à certaines conditions seulement, une faute cause de divorce (art. 242 C. civ.) mais ne peut jamais donner lieu à une exécution forcée. D'ailleurs, il n'existe aucune responsabilité spécifique pour violation de ces devoirs : leur violation est sanctionnée dans le cadre de responsabilité délictuelle (art. 1382 C. civ.), et le préjudice causé par la dissolution du mariage lequel peut éventuellement résulter de ces violations

⁴⁵⁷ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 715.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

peut parfois être indemnisé sur la base de la règle spéciale de l'article 266 du Code civil. Il semble alors impossible de parler de la contrainte, à moins que ce ne soit une contrainte de fait (l'intérêt à éviter la conséquence juridique éventuelle de ces violations des devoirs, c'est-à-dire le divorce, pourrait motiver chaque époux à ne pas les violer).

Plus généralement, l'expression « asservir une autre personne », que l'auteur emploie dans sa définition des droits à réalisation médiate, semble exagérément forte.

Mais au-delà de ces défauts de systématisation et de formulation, l'idée profonde était de choisir comme critère de distinction « le critère tiré de l'absence ou de la présence d'un sujet passif déterminé »⁴⁵⁹. Le grand mérite de cette approche réside dans le fait que c'est la différence de structure des droits subjectifs qui en est le fondement, contrairement à d'autres théories où les différences de structure ne sont que fonction des différences d'objet.

199. Les différences structurales ne se limitent pas à la différence fondamentale dans la position respective des sujets. M. Hage-Chahine fait observer également une différence structurale concernant le contenu des droits, en écrivant que l'exécution par le débiteur de son obligation constitue toujours le mode normal d'extinction d'un droit à exécution médiate : « l'exécution instantanée éteint d'un seul fait le droit ; l'exécution successive ou continue, à la différence de l'accomplissement continu du devoir universel, épuise le droit progressivement et rapproche le sujet passif de sa libération »⁴⁶⁰.

Ce dernier trait distinctif semble être le plus important. D'ailleurs, si un devoir peut également avoir deux sujets opposés, il ne peut, contrairement à une obligation au sens technique du terme, s'épuiser par l'exécution. Plus généralement, les règles du droit des obligations ne sont pas applicables aux devoirs.

200. En s'inspirant de ces spécificités d'exécution des droits subjectifs relevées par M. Hage-Chahine, il est possible de repartir les situations juridiques en deux catégories : les *situations juridiques dynamiques* et les *situations juridiques statiques*. Les premières ont vocation à être exécutées et s'éteindre, et sont représentées par les rapports juridiques d'obligation. Les secondes sont constituées pour durer un temps indéterminé, voire indéterminable, et ne s'épuisent pas dans la production de leurs effets ; elles sont

⁴⁵⁹ F. HAGE-CHAHINE, *op. cit.*, p. 717.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 724-725.

représentées par les statuts des personnes, par les droits absolus (selon la terminologie classique) et par d'autres types de situations juridiques statiques⁴⁶¹.

On pourrait y rétorquer qu'un contrat peut avoir une durée indéterminée. Or cette situation juridique se caractérisera nécessairement par l'exécution des obligations respectives, par une dynamique, ce qui n'est pas le cas des situations juridiques statiques. Et par ailleurs, le contrat a toujours vocation à s'achever un jour ou l'autre, alors que la propriété est imprescriptible et que le mariage peut être infini dans les limites d'existence de la personne de l'époux.

On pourrait également y répondre que l'exécution d'une obligation contractuelle peut consister en une passivité, ce qui rend difficile d'y voir une dynamique, comme dans le cas d'une clause de non-concurrence. Or, il serait difficile d'imaginer un contrat où l'obligation de non-concurrence serait la prestation caractéristique.

Les situations juridiques dynamiques sont essentiellement des réalités juridiques éphémères, qui se forment, s'exécutent et disparaissent, alors que les situations juridiques statiques se caractérisent, au moins potentiellement, par une certaine stabilité.

201. Admis qu'une situation juridique statique est vouée à une continuité dans le temps, on est naturellement tenté d'envisager sa continuité dans l'espace, et notamment en droit international privé. En effet, parmi tous les phénomènes de réalisation du droit autres que les décisions⁴⁶², la situation juridique statique est la plus adaptée pour faire l'objet de la reconnaissance à l'étranger et pour circuler internationalement.

Parmi les situations de ce genre peuvent être cités, par exemple, les statuts familiaux ou encore les sociétés⁴⁶³. Si la méthode de la reconnaissance unilatérale peut être appliquée aux situations juridiques, elle devra pouvoir l'être à toutes les situations juridiques statiques, vu la communauté de leurs caractéristiques essentielles et leur vocation commune à durer dans le temps et à ne pas s'épuiser dans l'exécution.

Puisque la présente recherche porte sur la méthodologie du droit international privé,

⁴⁶¹ Nous réservons la question de la nature juridique des droits intellectuels et celle de leur régime en droit international privé.

⁴⁶² Sur les décisions en droit international privé, v. *supra*, n° 101 et s.

⁴⁶³ En effet, une société de personnes, par exemple, s'analyse non seulement en une personne juridique mais également en une situation juridique statique qui comprend les liens de droit entre les associés, entre les associés et la personne elle-même, entre celle-ci et l'État, ainsi que tout un réseau de prérogatives, facultés et pouvoirs.

elle se limitera à quelques exemples de situations juridiques statiques sans préjudice d'autres cas possibles.

202. La situation juridique statique, telle que décrite ci-dessus, serait l'objet par excellence de la méthode de la reconnaissance, dans le cas où ladite méthode pourrait ou devrait être applicable à d'autres phénomènes juridiques que les normes individuelles.

En outre, la réflexion entreprise pourrait avoir une incidence sur la question des effets des situations juridiques créées à l'étranger, puisque c'est la réunion de divers phénomènes juridiques qui forme un ensemble unitaire et que la situation juridique ne se réduit pas au seul lien de droit personne–personne ou personne–chose.

Mais une question primordiale reste en suspend, à savoir celle des voies de création des situations de ce type.

CHAPITRE II

LA CRÉATION DES SITUATIONS JURIDIQUES STATIQUES

203. Face à une demande de reconnaissance d'une situation juridique statique, la première question qui se pose est celle de savoir si elle est effectivement créée, ou « cristallisée », à l'étranger. Si tel n'est pas le cas, la question de choix de la méthode, et *a fortiori* celle des conditions de la reconnaissance seront sans objet. Or, ce qui nous intéresse ici, c'est le moment et le processus de la création d'une situation juridique statique.

Nous prendrons pour exemple l'état des personnes (statut familial), car dans ce domaine on voit particulièrement bien la diversité et les rôles respectifs des facteurs qui interviennent dans la création d'une telle situation juridique. Toutefois, l'approche de cette étude étant méthodologique, les conclusions qui seront dégagées sur l'exemple de l'état des personnes physiques seront valables pour d'autres cas de situations juridiques statiques, dont les personnes morales, avec quelques ajustements.

Quatre facteurs participent à la création d'un statut familial : la volonté privée, l'écoulement du temps, la norme du droit objectif et l'intervention d'une autorité publique, judiciaire ou administrative. La norme de droit préside à la création et détermine les effets de tout statut juridique, sans exception. L'intervention de l'autorité publique est également indispensable dans un système juridique fondé sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, comme c'est encore le cas du droit français actuel. C'est avec cette intervention de l'autorité publique que le statut juridique prend corps. Certains statuts sont créés *ope*

legis, c'est-à-dire par le seul effet de la loi, comme par exemple la filiation biologique⁴⁶⁴. Cependant, l'autorité publique intervient même dans ces cas, au moins pour accorder un titre probatoire (l'acte d'état civil)⁴⁶⁵.

Mais il ne suffit pas de dire simplement que le statut juridique est créé par une intervention de l'autorité publique visant à appliquer la loi : cette intervention peut être diversement influencée par deux autres facteurs : la volonté privée (Section 1^{re}) et l'écoulement du temps (Section 2).

⁴⁶⁴ G. P. ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185, spéc. p. 187.

⁴⁶⁵ Cette dernière hypothèse, celle des statuts *ope legis* et des actes quasi publics constatatifs, est réservée.

Section 1^{re} : Les rapports entre la volonté privée et l'intervention de l'autorité publique

204. La volonté privée est présente dans la création de tout statut familial. Cependant, l'importance respective de la volonté privée et de l'intervention de l'autorité publique varie selon les cas : parfois la volonté privée a un rôle décisif et l'autorité publique se borne alors à recevoir l'acte (par exemple, mariage, reconnaissance de paternité), parfois la volonté privé est nécessaire pour initier la procédure mais c'est l'autorité publique qui produit un acte volitif (divorce, adoption).

Dans les deux cas de figure, l'objet de la manifestation de la volonté privée et l'objet de l'intervention de l'autorité publique ne sont pas les mêmes (§ 1^{er}). La question se pose alors de savoir dans quels cas l'intervention volitive du juge est obligatoire et dans quels cas une intervention réceptive suffit (§ 2).

§ 1^{er} — L'objet de la manifestation de la volonté privée et l'objet de l'intervention de l'autorité publique

205. Dans l'exemple de mariage, l'officier de l'état civil joue un rôle purement réceptif. Il assure 3 missions : la mission de publicité à l'intention des tiers (article 63 et s. C. civ. en amont et articles 75 *in fine* et 76 C. civ. en aval), la mission d'information des futurs époux quant à la portée de l'acte et aux droits et devoirs réciproques qu'ils s'approprient à assumer (selon l'art. 75, al. 1^{er}, C. civ.) et la mission de contrôle du respect des conditions de validité du statut juridique à créer. Quand il déclare les deux personnes unies par les liens du mariage, il le déclare « au nom de la loi » (art. 75, dernier alinéa, C. civ.). En effet, la loi prévoit le mariage dans une forme et dans des conditions certaines. Il n'est pas possible de créer n'importe quel statut dans n'importe quel cas, car le statut juridique ne tient dans son existence qu'à la loi. Il y a une norme qui prévoit le statut juridique comme le mariage, et cette norme a nécessairement un présupposé déterminé : les conditions de forme et de fond.

En ce qui concerne cette dernière mission, l'intervention de l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage se limite à vérifier, et à certifier, que les circonstances relatives aux parties correspondent au présupposé de la norme du droit objectif qui pose le mariage,

c'est ce qu'il fait en vérifiant que les conditions de fond sont remplies. Cependant, il n'a aucun *pouvoir discrétionnaire*⁴⁶⁶ dans l'appréciation de ces conditions : l'âge, la non-parenté ou la non-alliance, la réalité et l'intégrité du consentement — ne sont soumis à aucune évaluation graduelle mais à un constat catégorique. En effet, on ne peut pas être « presque majeur », ni « pas vraiment parent », ni « à peu près consentant ». Ces conditions ne s'apprécient pas, elles se constatent. Pareils éléments du présupposé de la norme pourront être désignés comme les *conditions formelles d'admissibilité* du statut juridique : si elles ne sont pas remplies, la création du statut juridique ne sera pas admise.

Mais c'est de la volonté des parties que dépend la création du statut juridique comme le mariage, dans les cas où il est admis par la loi. La volonté privée joue ici un rôle décisif, et l'acte de l'officier de l'état civil — un rôle purement réceptif. On pourrait dire que la volonté privée vise à déclencher l'application de la norme du droit objectif qui prévoit le statut juridique.

206. La situation est tout à fait différente dans le cas où il s'agit de mettre fin à ce même statut, c'est-à-dire de dissoudre le mariage (autrement que par la mort de l'une des parties). L'objet de l'opération est le même statut juridique que dans le cas précédent, pourtant les différences de procédure sont très importantes.

La volonté des parties est toujours présente ; parfois ce sont deux volontés divergentes, totalement ou partiellement, parfois convergentes, mais c'est bien la volonté privée qui est toujours à l'origine de la procédure. Les différences entre la dissolution du mariage et sa célébration commencent par l'objet de la manifestation de la volonté privée : dans le cas de divorce, la volonté privée ne vise pas à déclencher l'application de la norme du droit, elle vise à déclencher la prise de décision par le juge. Cette décision aura toujours un caractère volitif, même lorsqu'il s'agit de divorce par consentement mutuel, qui reste judiciaire en l'état actuel du droit positif français. C'est d'ailleurs pour cela que l'on emploie le terme « décision » et non pas « constat », ni « rapport d'expertise ». Cette affirmation mérite quelques précisions.

Selon l'article 230 C. civ., le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur son principe même et sur ses effets en soumettant à l'homologation du juge une convention réglant les conséquences du divorce. La demande

⁴⁶⁶ Ici et *infra*, le terme « discrétionnaire » ne signifie pas « arbitraire ».

est introduite par requête et instruite et jugée selon la procédure gracieuse (art. 1088 CPC).

On se pose alors la question de savoir sur quoi exactement porte l'intervention du juge, c'est-à-dire quelle est la *fonction spécifique* de son intervention. C'est l'article 232 C. civ. qui détermine les conditions que le juge doit vérifier. L'alinéa premier parle de l'existence et de l'intégrité du consentement. On y reconnaît les conditions formelles d'admissibilité, déjà évoquées à propos de la célébration du mariage, et leur contrôle constitue le volet réceptif de la décision. Mais l'intervention du juge du divorce par consentement mutuel ne se limite pas au contrôle de ce type de conditions : selon l'alinéa 2 du même article, le juge doit aussi vérifier que la convention préserve suffisamment les intérêts de chaque époux et des enfants. Guidé par les standards d'équité, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence actuelle de son ordre juridique, le juge prend une décision d'homologuer la convention de divorce ou non. Cette condition peut être qualifiée de *condition discrétionnaire*, car le juge procède non pas à une constatation mais à une évaluation et il est de sa compétence de conclure à son respect ou à son non-respect. C'est en cela que son intervention a un caractère volitif.

Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que dans son volet volitif, la décision du juge porte sur les intérêts des parties, selon les termes mêmes du Code civil.

207. La situation est similaire en ce qui est des modifications de ce statut par consentement mutuel. Les époux peuvent convenir du changement de leur régime matrimonial par un acte notarié (art. 1396, al. 3, C. civ.), et s'il y a oppositions ou si l'un des époux a un enfant mineur, la convention modificative doit nécessairement être homologuée par le juge (art. 1397 C. civ.). Aux fins d'homologation, le juge va contrôler deux conditions. En premier lieu, l'absence de fraude aux droits des créanciers. Cette condition est appréciée d'une manière assez libérale par la jurisprudence, c'est-à-dire que la fraude aux droits des créanciers est interprétée restrictivement⁴⁶⁷. En deuxième lieu et surtout, le juge doit apprécier la conformité de cette modification à l'intérêt de la famille. On y retrouve ces conditions discrétionnaires, basées en l'occurrence sur les intérêts des parties et des tiers concernés.

⁴⁶⁷ À titre d'exemple : CA Paris, 11 juillet 1978 [*Defrénois* 1978, 481, 1^{re} esp., obs. G. CHAMPENOIS] ; — Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, n° 94-15298 [*JCP* 1996.I.3962, obs. G. WIEDERKEHR]

208. Un autre exemple : l'adoption plénière. Elle relève elle aussi de la procédure gracieuse et, comme pour le divorce par consentement mutuel, le juge vérifie les conditions de forme et les conditions de fond. Ces dernières sont de deux sortes. En premier lieu, les conditions formelles d'admissibilité : la capacité du ou des candidats d'adopter (âge, état civil, consentement) et l'adoptabilité de l'enfant (art. 343 et s. C. civ.). Ces conditions sont formelles parce qu'elles ne sont susceptibles d'aucune évaluation de la part du juge, qui ne peut que constater leur réunion ou leur défaut. Si toutes ces conditions formelles d'admissibilité sont réunies, la création du statut juridique demandé est admise par la loi. Mais en deuxième temps, le juge va contrôler une condition discrétionnaire : la conformité à l'intérêt de l'enfant (art. 353, al. 1^{er}, C. civ.).

209. L'intervention du juge dans tous ces cas n'est volitive que grâce aux, et dans la mesure des, conditions discrétionnaires. Les conditions formelles d'admissibilité ne laissent aucune place à la discrétion, aucune place à la décision. C'est de la loi que dépendent la possibilité de création et la configuration du statut juridique. L'intervention du juge relativement aux conditions formelles d'admissibilité n'est guère différente dans sa nature de celle d'un officier de l'état civil ou d'un officier public ou ministériel. La fonction spécifique de l'intervention du juge consiste dans l'appréciation des conditions discrétionnaires.

210. Concernant le divorce accepté et le divorce pour altération définitive du lien conjugal, l'intervention du juge n'a pas de caractère volitif en ce qui concerne le *principe* du divorce : les articles 233, 234, 237 et 238 du Code civil ne contiennent pas de conditions discrétionnaires pour la dissolution du mariage. Le caractère proprement décisionnel du jugement de divorce se manifeste ici en ce qui concerne ses *conséquences*. Plus précisément, on peut distinguer parmi les effets de tout divorce contentieux (les deux précités mais aussi le divorce pour faute) ceux qui découlent directement de la loi de ceux qui sont dus à l'intervention intellectuelle du juge.

Parmi les effets qui sont dus à l'intervention intellectuelle du juge on peut citer : l'attribution, le montant, la forme et les modalités d'exécution d'une prestation compensatoire (art. 270 et s. C. civ.), l'allocation des dommages-intérêts (art. 266 C. civ.), la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-1 et s. C. civ.), etc. Les critères qui guident le juge dans la prise de ces décisions sont évidemment discrétionnaires, ce qui découle de la nature factuelle et circonstancielle des conditions prévues par la loi : « circonstances particulières », « besoins », « situation [financière, etc.] » pour la prestation compensatoire, « conséquences d'une particulière gravité » et

« préjudice » pour les dommages-intérêts de l'article 266, « l'intérêt de l'enfant » pour l'autorité parentale et les droits de garde et de visite. Le caractère discrétionnaire est d'ailleurs souligné par les dispositions permissives pour le juge : « le juge peut ».

D'autres effets découlent directement, ou nécessairement, de la loi, comme la liberté matrimoniale des divorcés (art. 263 C. civ.).

Certains aspects de la décision du juge combinent les conditions formelles d'admissibilité et les conditions discrétionnaires. Par exemple, le divorce met fin de plein droit à la possibilité pour chaque époux de porter le nom de l'autre, selon l'article 264, al. 1^{er}, C. civ. ; mais l'alinéa 2 du même article laisse au juge le pouvoir discrétionnaire d'autoriser un ex-époux à porter le nom de l'autre, « s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants ».

En ce qui concerne le divorce pour faute, il se distingue des autres types de divorce contentieux par le fait que l'intervention du juge porte un caractère volitif même en ce qui concerne le principe du divorce, car les conditions sont soumises à l'évaluation du juge : violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et le caractère intolérable du maintien de la vie commune (art. 242 C. civ.).

211. Tandis que le juge peut être appelé à statuer à la fois sur les conditions formelles d'admissibilité (en procédant par constatation) et sur les conditions discrétionnaires (en procédant par évaluation et décision), un officier d'état civil, ou un officier public ou ministériel, n'ont la compétence que pour vérifier (constater) les premières.

§ 2 — Les causes nécessitant l'intervention volitive de l'autorité publique

212. On voit ainsi que derrière la différence de nature de l'acte — réceptive ou volitive — qui finalise la création d'un statut familial, il y a une différence de fonction de l'autorité qui intervient. C'est le législateur qui fait le choix des procédures de création, de changement et d'extinction des statuts juridiques. Or, dans le domaine du droit international privé on se retrouve face à la multitude des législations, et le législateur français ne peut pas imposer les procédures analogues aux pays étrangers. En revanche, pour établir le moment où une situation juridique étrangère peut être considérée comme constituée, on pourrait essayer de rechercher la logique structurale de ces choix, du point

de vue du droit français. Pourquoi a-t-on besoin dans certains cas d'une véritable décision et pourquoi se contente-t-on dans d'autres cas d'un acte public purement réceptif ? Pour répondre à cette interrogation, nous prendrons deux séries d'exemples : le mariage et la déclaration de paternité d'une part, le divorce et l'adoption d'autre part.

213. Dans la recherche des causes de la différence de traitement, il est nécessaire de choisir un critère de distinction précis.

Le critère de nature ou de structure du statut juridique en cause ne peut nous être utile : dans les cas du mariage et du divorce, par exemple, c'est la seule et même situation juridique qu'il s'agit respectivement de créer ou d'éteindre. Le facteur générateur ne sera pas davantage pertinent, car la différence des facteurs générateurs est précisément le postulat de départ, le phénomène dont il faut trouver l'explication. Reste à analyser les critères fonctionnels.

Si l'on prenait pour exemple le mariage et le divorce, on pourrait être tenté de supposer qu'une intervention purement réceptive de l'autorité publique suffit à la création d'un statut juridique mais non à son extinction. Pourtant, la filiation adoptive se crée toujours avec l'intervention du juge.

Si l'on comparait la reconnaissance d'enfant et l'adoption, on aurait l'impression que la différence se situe entre la reconnaissance de la filiation déjà existante et la création d'un statut complètement nouveau. Cette vision nécessiterait d'être nuancée, puisque la reconnaissance d'enfant a une double nature déclarative et constitutive⁴⁶⁸. Quoiqu'il en soit, ce critère ne sera pas, lui non plus, satisfaisant car le mariage et le divorce ont tous deux une nature constitutive.

214. Toutefois, l'esprit du juriste, à tort ou à raison, refuse d'admettre que des choix législatifs aussi importants puissent être aléatoires. Et même si tel était le cas, on devrait rechercher une justification *a posteriori*, on devrait inscrire le chaos législatif éventuel dans l'ordre juridique.

Si l'observation de ce qui apparaît avec l'intervention de l'autorité publique ne nous permet pas de dégager le critère de distinction recherché, il faut tourner son regard vers ce qui disparaît avec elle. Il apparaît alors que l'acte réceptif suffit pour finaliser la création

⁴⁶⁸ Pour les détails, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, Quadrige, PUF, 2004, p. 1047 et s. ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011, p. 468-469 (n° 1179).

d'un statut juridique là où il n'y en avait aucun précédemment, tandis que pour substituer un statut à un autre, le recours au juge s'impose.

En effet, avant le mariage, les époux n'ont pas de statut matrimonial dans le sens de situation juridique de mariage, puisqu'ils sont célibataires par définition. La reconnaissance d'enfant prend effet au jour de la naissance de celui-ci, rétroactivement ou en différé, selon qu'elle est faite après la naissance ou avant⁴⁶⁹ ; et elle est possible uniquement à défaut de filiation déjà établie par le même ou par un autre moyen (art. 316, al. 1^{er}, et art. 320 C. civ.). La filiation en vertu de la reconnaissance prend donc effet pas plus tard qu'à l'instant auquel l'enfant vient au monde et jamais simultanément avec une autre filiation au regard d'un autre père ou d'une autre mère.

Quant au divorce, il présuppose par définition le mariage à dissoudre, et quant à l'adoption, l'enfant possède déjà un certain statut juridique avant l'adoption, qu'il s'agisse d'une autre filiation légalement établie ou du statut de pupille d'État ou de celui encore d'enfant abandonné (art. 347 C. civ.).

215. On se pose alors la question de savoir pourquoi cette particularité exigerait l'intervention du juge. La réponse résiderait dans l'observation qu'il s'agit ici non seulement de donner un nouveau statut mais aussi de priver, ou de libérer, au moins une personne d'un statut juridique préexistant. Il est possible de dire que l'aspect « perte des avantages » est prépondérant ici, et que l'aspect « libération des charges » n'est que secondaire.

Le juge fait figure de garant d'équité, pour les parties, de ce changement de statut juridique. Cela est corroboré par l'observation faite au début du présent paragraphe que l'intervention spécifique du juge porte sur les conditions discrétionnaires qui concernent le plus souvent les intérêts des personnes impliquées dans la situation juridique en cause. Une nuance importante s'impose : les personnes qui sont parties à la situation juridique ne coïncident pas toujours avec les parties à un procès éventuel. Les enfants ne sont pas parties au divorce ni au contrat de mariage, mais ils font partie de la famille et c'est pour cela que leurs intérêts sont pris en compte par le juge.

⁴⁶⁹ Pour la reconnaissance postnatale, v. Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1977, n° 74-15080 [*Bull.*, n° 305 ; *D.* 1977, IR, 436, obs. D. HUET-WEILLER]. — Pour la reconnaissance prénatale, v. CE, 29 mars 1996, n° 155673 [*Lebon* ; *D.* 1997, 39, n. F. JULIEN-LAFERRIÈRE ; *Defrénois* 1998, 318, obs. J. MASSIP].

216. Le raisonnement ci-dessus nous conduit à reconsidérer le rôle de l'intervention de l'autorité décisionnaire dans la création, modification et extinction d'un statut familial.

La particularité et la raison de l'intervention volitive d'une autorité judiciaire résident le plus souvent dans le contrôle du respect des intérêts privés, d'où l'on peut tirer deux conclusions.

D'abord, la volition de l'organe de l'État au nom duquel la décision est rendue est très éloignée des considérations de souveraineté. Ce qui pourrait relativiser la signification en droit international privé du pouvoir que possède ou dont est dépourvu l'« auteur » d'une situation juridique.

Ensuite, la fonction spécifique de l'intervention de l'organe décisionnaire se base sur les intérêts privés, or les intérêts privés n'ont pas d'efficacité substantielle propre. Par conséquent, l'efficacité substantielle de la décision ne provient pas de l'intervention spécifique de l'organe décisionnaire. Cette efficacité substantielle ne peut provenir que de la concrétisation même de l'état de droit, c'est-à-dire du fait même qu'une loi ait été appliquée par une intervention quelconque d'une autorité de l'ordre juridique⁴⁷⁰.

De ce point de vue, on pourrait soutenir que le mariage célébré par devant l'officier de l'état civil n'a pas moins d'efficacité substantielle que le divorce prononcé par le juge, ce qui priverait de toute justification l'application de deux méthodes de droit international privé différentes aux mariages et aux divorces étrangers.

D'ailleurs, cette grille de lecture pourrait être appliquée à l'arrêt *Barney's* de la Cour de cassation, où fut admise l'efficacité substantielle d'une intervention du juge des faillites de l'État de New-York qui n'était pourtant qu'une formalité d'enregistrement et surtout pas une décision⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Sur la distinction entre l'efficacité substantielle, la norme et la situation juridique, v. *infra*, n° 394 et s.

⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, *Barney's Inc.*, n° 98-19913 [*Bull.*, n° 245 ; *D.* 2001, 688, n. J.-L. VALLENS ; *Gaz. Pal.* 12 juin 2001 (n° 163) p. 50, n. M.-L. NIBOYET ; *JDI* 2001, 859, n. G. CUNIBERTI ; *RCDIP* 2001, 121, n. J.-P. RÉMERY et n. H. MUIR WATT] ; *supra*, n° 126.

On pourrait rapprocher le cas des statuts familiaux et la jurisprudence *Barney's* de la notion des actes quasi publics réceptifs mais constitutifs de M. Charalambos Pamboukis⁴⁷².

Mais quelle que soit l'intervention de l'autorité publique, elle semble toutefois indispensable car elle constitue l'application d'une loi qui donne naissance à une situation juridique.

217. Suite à cette relativisation du rôle des autorités de l'État dans la création des statuts familiaux, la question se pose de savoir si d'autres facteurs permettraient de passer outre leur intervention ou au moins de l'influencer.

⁴⁷² *Infra*, n° 388.

Section 2 : Le facteur temps

218. Le temps est pris en compte par le droit de diverses manières. Parfois il se présente comme un facteur de cristallisation des situations juridiques et notamment des statuts familiaux. Dans ce dernier cas, son action peut être d'une intensité variable : soit l'action du temps constitue une voie alternative de la cristallisation des statuts familiaux, prévue par le droit objectif (§ 1^{er}), mais parfois l'intervention du temps conduit à mettre à l'écart l'application de la règle de droit quant aux conditions formelles d'admissibilité (§ 2).

§ 1^{er} — La possession d'état et la filiation

219. La filiation biologique est un statut juridique très différent de tous ceux qui étaient évoqués plus haut. Il en existe plusieurs modes d'établissement : par l'effet de la loi, par la reconnaissance, par le jugement (en recherche de paternité ou de maternité) et par la possession d'état, qui nous intéressera plus particulièrement ici.

220. Le mot « établissement » doit être compris dans le sens d' « établir un fait, une vérité » et non pas dans le sens de « constituer une situation juridique ». Ainsi l'article 310-3 du Code civil range-t-il l'acte de notoriété constatant la possession d'état parmi les « preuves et présomptions » relatives à la filiation. De même, quand on parle de l'établissement de la filiation par l'effet de la loi, il ne s'agit que des *présomptions* de maternité et de paternité. Que la filiation soit établie par le jeu des présomptions légales, ou par la reconnaissance, ou encore par la possession d'état — elle peut être contestée en rapportant la preuve que la prétendue mère n'a en réalité pas accouché de l'enfant et/ou que le prétendu père n'est pas le géniteur (art. 332 C. civ.).

Le statut juridique de filiation par le sang est donc créé directement par la loi (*ope legis*) et conformément à la vérité biologique : c'est un statut juridique que la loi associe au simple fait juridique de naissance d'une mère et d'un père.

Normalement, un fait juridique peut être prouvé par tous moyens⁴⁷³. La situation est un peu différente en matière de filiation ce qui complique les choses. La preuve la plus parfaite est bien sûr celle scientifique ; il a été précisé que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »⁴⁷⁴. Cette preuve ne peut être recherchée que dans le cadre d'un procès et sur l'ordonnance du juge, et l'intéressé peut d'ailleurs refuser de s'y soumettre (art. 16-11, al. 2, C. civ.). Le refus du père allégué de se soumettre à l'expertise peut constituer une preuve de sa paternité, mais seulement s'il y a d'autres indices concordants⁴⁷⁵.

L'acte de naissance et l'acte de reconnaissance peuvent également établir le fait de la filiation. La filiation peut être établie en outre par la possession d'état.

La possession d'état est constatée de deux manières : par acte de notoriété délivré par le juge du tribunal d'instance (art. 317 C. civ.) ou par jugement (art. 330 C. civ.). La constatation judiciaire de la possession d'état doit être distinguée de l'établissement de la filiation en justice, car ce sont deux procédures différentes. L'expertise biologique n'est pas admise pour la constatation de la possession d'état, car ses résultats conduiraient à trancher la question de la filiation elle-même⁴⁷⁶. Cela confirme qu'il s'agit de deux modes de preuve de la seule et même situation, celle de filiation par le sang.

La possession d'état, qu'elle soit constatée dans un acte de notoriété ou dans un jugement, peut être combattue par la contestation de la filiation biologique elle-même, selon les articles 332 et suivants du Code civil.

221. Même si la situation juridique de la filiation biologique se crée *ope legis*, il ne serait pas une erreur de dire que préalablement à l'établissement légal de la filiation, par un acte public constatatif ou par une décision de justice, on ne connaît pas la réponse à la

⁴⁷³ Jurisprudence constante. Par ex., Cass. civ., 13 juillet 1874 [DP 1875.I.173] ; — Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 1979, n° 78-10825 [Bull., n° 298] ; — corroboré *a contrario* et par analogie par les articles 1341 et 1348 du Code civil.

⁴⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12806 [Bull., n° 103 ; D. 2000, 731, n. Th. GARÉ ; JCP G 2000.II.10409, concl. C. PETIT, n. M.-C. MONTSALLIER-SAINT-MLEUX ; RTD civ. 2000, 304, obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2000.37194, 769, obs. J. MASSIP].

⁴⁷⁵ Sur le refus comme un indice de paternité, Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n°s 94-11108 et 94-13015 [Bull., n° 121 ; D. 1996, 529, n. J.-J. LEMOULAND]. — Sur l'insuffisance de cet indice seul, Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003, n° 01-13856 [D. 2004, 659, 2^e esp., n. J. MASSIP].

⁴⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 08-20475 [Bull., n° 116 ; AJ Fam. 2011, 376, obs. F. CHÉNEDÉ ; D. 2011, 1757, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *Dr. fam.* 2011/10, comm. 150 (p. 30) obs. C. NEIRINCK ; RTD civ. 2011, 524, obs. J. HAUSER].

question de savoir si cette situation juridique existe, sans que cela signifie qu'elle n'existe pas. Ainsi, c'est la loi qui crée ce statut juridique mais c'est l'établissement (la preuve) des faits juridiques visés par cette loi qui lui fait produire ses effets, qui remontent à la date du fait générateur⁴⁷⁷.

222. L'établissement de la filiation par la possession d'état est particulièrement intéressant pour observer l'action du temps sur la filiation. Il faut préciser d'emblée que le temps intervient de deux manières dans la possession d'état : d'abord, pour faire apparaître la « réunion suffisante des faits » visé à l'article 311-1 du Code civil, ensuite, pour consolider la réunion du titre (acte de naissance ou acte de reconnaissance) et de la possession d'état en rendant la filiation inattaquable (art. 332 C. civ.).

Selon l'article 311-1 du Code civil, « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ». Les faits constitutifs de la possession d'état peuvent être divers, tous moyens de preuve sont admis et appréciés souverainement par le juge⁴⁷⁸. À titre indicatif, l'alinéa 2 du même article énumère des faits susceptibles de caractériser la possession d'état, cumulativement ou alternativement : que le prétendu enfant soit traité par les prétendus parents en tant que tel, qu'il soit perçu comme leur enfant par l'entourage et par l'administration publique, qu'il porte le nom des prétendus parents (la triade classique *tractatus, fama, nomen*). Et l'article 311-2 précise que cette possession d'état doit être « continue, paisible, publique et non équivoque ».

La condition de continuité n'est pas pensable autrement que sur la longueur du temps, et il serait difficile de dire si la possession de cet état était paisible et non équivoque autrement que sur une période suffisamment représentative. Ici, on voit que le temps est pris en compte indirectement par le présupposé de la règle des articles 311-1 et 311-2.

Un minimum de stabilité dans le temps est donc nécessaire pour apprécier l'existence de la possession d'état. Il s'agit des conditions discrétionnaires, ce qui explique parfaitement que l'acte de notoriété constatant la possession d'état soit délivré par le juge

⁴⁷⁷ Cette date peut cependant être antérieure à la naissance, en vertu de la règle (ou du principe) *infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur* (art. 311 et 725, al. 1^{er}, C. civ.).

⁴⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1988, n^{os} 86-18372, 88-18510 et 86-17779 [*Bull.*, n^{os} 236 et 238 : *D.* 1989, 398, concl. L. CHARBONNIER].

et non par le notaire, contrairement aux actes homonymes dressés sous d'autres conditions et avec d'autres effets, notamment aux fins de la liquidation extrajudiciaire des successions⁴⁷⁹.

223. Par ailleurs, le temps peut avoir l'influence non seulement sur l'établissement, la preuve, de la filiation mais aussi sur la situation juridique de filiation.

La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ou par un jugement devient inattaquable dix ans après la délivrance de l'acte ou dix ans après que la personne a commencé à jouir de cet état, en l'absence de l'acte de notoriété (art. 334, 321 et 335 C. civ.). Si la filiation est établie par l'acte de naissance ou par l'acte de reconnaissance, la possession d'état conforme la rend inattaquable, sauf l'action du ministère public, cinq ans après la date de la naissance ou de la reconnaissance post-natale (art. 333 C. civ.).

Dire que la filiation devient inattaquable signifie que même si la femme n'a pas accouché de l'enfant et/ou que l'homme n'en est pas le géniteur, la filiation juridique sera tout de même valable et produira tous ses effets. Cependant, en règle générale, la situation juridique de filiation est créée par la loi à la condition que l'enfant soit né de ces personnes. Si, dans un cas donné, le présupposé de cette règle n'est pas réalisé, cela veut dire que ce n'est pas en vertu de cette règle que la filiation existe.

Ainsi, conjuguée à l'écoulement du temps, la possession d'état devient plus qu'un mode d'établissement de filiation, elle devient un mode de sa création. Dans ce cas, l'existence prolongée dans le temps transforme la situation de fait en situation de droit, comme cela arrive parfois dans d'autres domaines.

224. Cette exception à la règle de la filiation biologique et cette transsubstantiation du fait en droit se présentent comme une voie alternative mais tout à fait légale de la création du statut juridique. Pourtant, parfois le temps fait son irruption dans l'univers du Droit sans y être invité.

⁴⁷⁹ *Contra* : M.-A. GUERRIERO, « Les actes de notoriété après la réforme de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *Ann. Univ. sc. soc. Toulouse* 1973, 227 ; J. MASSIP, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1993, *Defrénois* 1994.35845, n° 51 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1964 [*Bull.*, n° 567 ; *D.* 1965, 290]. — *Pro* : Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 485 (n° 1225).

§ 2 — La validité du mariage

225. La cristallisation d'un statut juridique sous l'effet du temps et contrairement aux conditions précises de la loi peut être illustrée par une affaire de mariage entre alliés en ligne directe, jugée par la Cour de cassation en 2013⁴⁸⁰.

L'article 161 du Code civil français interdit les mariages entre alliés en ligne directe, et l'article 164 prévoit la possibilité pour le Président de la République de lever cette interdiction mais seulement au cas où la personne qui a créé l'alliance serait décédée. L'article 184 du même Code accorde à tout intéressé ainsi qu'au ministère public l'action en nullité dans un délai de 30 ans à compter de la célébration. Par ailleurs, cette nullité étant absolue et d'ordre public, le mariage ne peut pas être validé par une dispense qui serait accordée postérieurement au mariage⁴⁸¹.

Dans cette affaire, une femme et un homme se sont mariés en 1969 et une fille est née de cette union en 1973 ; les époux ont divorcé en 1980. En 1983, la femme épouse le père de son ex-mari, c'est-à-dire son beau-père donc. En 1990, ce dernier fait une donation à sa petite fille, dont il était également le beau-père. Il meurt en 2005, en laissant lui succéder son fils, c'est-à-dire le premier mari et en même temps le beau-fils de sa femme, et en instituant son épouse, c'est-à-dire de son ex-bru, légataire universelle.

Ce n'est qu'en 2006, que le fils du *de cuius* assigne sa belle-mère, c'est-à-dire son ex-femme, en nullité de ce deuxième mariage, sur le fondement de l'article 161 du Code civil. Sans surprise, la cour d'appel d'Aix-en-Provence prononce la nullité de ce dernier mariage. Elle précise que la prohibition prévue par l'article 161 du Code civil subsiste lorsque l'union avec la personne qui a créé l'alliance est dissoute par divorce. Les juges du fond soulignent que l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru est justifié en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial, et surtout que

⁴⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26066 [*Bull.* n° 234 ; *AJ Fam.* 2013, 663, n. F. CHÉNEDÉ, 2014, 124, n. S. THOURET ; *D.* 2014, 153, obs. H. FULCHIRON, et 179, n. F. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2014/1, comm. 1 (p. 11) obs. J.-R. BINET ; *Gaz. Pal.* 21 janvier 2014 (n° 21) p. 30, obs. J. CASEY ; *JCP G* 2014/4, comm. 93 (p. 139) n. M. LAMARCHE ; *RTD civ.* 2014, 88, obs. J. HAUSER, et 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁴⁸¹ T. civ. Seine, 26 juillet 1894 [*DP* 1895.II.6].

cette interdiction permet de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement du statut et des liens entre les adultes autour d'eux. Les juges relèvent que, selon les conclusions de la fille/petite fille, le mariage célébré entre sa mère et son grand-père, quand la fille n'avait que dix ans, a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père.

La femme se pourvoit en cassation avec le moyen tiré de la violation de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (droit de se marier et de fonder une famille). D'une manière assez surprenante, la Haute juridiction relève d'office la violation de l'article 8 de la CSDH (droit au respect de la vie privée et familiale) et casse l'arrêt sur ce moyen, sans renvoi. La Cour considère que le prononcé de la nullité du mariage revêt, à l'égard de l'épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, a duré plus de vingt ans.

226. Cet arrêt de la Cour de cassation est original à plus d'un égard. Le point essentiel est que la Cour a écarté l'application de l'article 161 du Code civil en l'espèce, sans pour autant le déclarer contraire au droit de se marier (l'art. 12 CSDH). Rappelons que quelques années auparavant, dans des circonstances différentes certes, la CEDH avait condamné le Royaume-Uni pour la violation de l'article 12 de la Convention par un empêchement similaire⁴⁸².

Les commentateurs ont fait remarquer que l'arrêt de la Cour de cassation, bien que fondé formellement sur une règle de droit supra-législative (l'art. 8 CSDH) s'apparente beaucoup à une décision de fond, une décision élaborée en considération des faits et seulement ensuite habillée en droit, voire une décision rendue en équité⁴⁸³. D'autres ont rappelé que telle est la méthode spécifique à l'application de l'article 8 de la Convention et que de toute façon la Cour s'est basée entièrement sur les constatations des juges du fond⁴⁸⁴. Plus fondamentalement, un auteur fait remarquer que dans cette affaire « la question se déplace d'un contrôle de conventionalité de la règle vers un contrôle de conventionalité

⁴⁸² CEDH, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, n° 36536, 13 septembre 2005 [*Dr. fam.* 2005/11, comm. 234 (p. 20) obs. A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE ; *RTD civ.* 2005, 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, et 758, obs. J. HAUSER].

⁴⁸³ M. LAMARCHE, note précitée.

⁴⁸⁴ H. FULCHIRON, note précitée.

d'une décision »⁴⁸⁵. Ainsi, toujours selon le même auteur, sans nécessairement reprocher à la Cour de cassation d'avoir statué en juge du fond, on pourrait lui reprocher d'avoir statué en juge des droits de l'Homme, au lieu de veiller à l'uniformité de l'application de la loi, ce qui est pourtant sa fonction principale.

227. Quoiqu'il en soit, il est indiscutable que l'arrêt a été rendu en considération de la particularité des faits et ne vise que ce cas de figure précis, de l'aveu de la Cour de cassation elle-même : « en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question »⁴⁸⁶.

Toutefois, à moins d'être une décision arbitraire, cet arrêt doit contenir une certaine logique juridique et un certain potentiel de généralisation. De toute évidence, il n'est pas question de généraliser la mise à l'écart de l'article 161 du Code civil au nom des droits de l'Homme ; mais cela ne signifie pas que cet arrêt ne se fonde sur aucun principe ou règle juridiques. Pour rechercher la logique juridique derrière cet arrêt à l'apparence d'un arrêt-exception, il faut d'abord observer ce qui c'est passé et ensuite se demander pourquoi.

L'utilisation de l'article 8 CSDH au lieu de l'article 12 signifie que selon la Cour de cassation l'article 161 du Code civil apporte une restriction valable au droit de se marier, que le mariage en question n'aurait pas dû être célébré, qu'il était nul avant d'être validé par la Cour de cassation. En effet, le rejet du moyen du pourvoi pris de la violation du droit de se marier signifie que, selon la cour régulatrice, les époux en question n'avaient pas le droit de se marier. L'idée de la validation *a posteriori* d'une situation juridique nulle n'est pas révolutionnaire en soi mais l'arrêt du 4 décembre 2013 présente un cas inédit.

228. L'exemple classique de la validation d'un mariage nul est la théorie du mariage putatif. Selon l'article 201, alinéa 1^{er}, du Code civil, « le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ». La bonne foi se présume, par application généralisée de l'article 2274 du Code civil⁴⁸⁷. La nullité du mariage peut résulter d'une erreur de fait ou même d'une erreur de droit,

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ Communiqué de presse de la Cour de cassation.

⁴⁸⁷ Cass. civ., 5 novembre 1913, *Picot* [GAJC, 12^e éd., n° 35 ; DP 1914.I.281, n. P. BINET] ; — Cass. civ.1^{re}, 15 janvier 1980, n° 78-15084 [Bull., n° 26].

lorsqu'elle est commise de bonne foi⁴⁸⁸.

Mais dire que le mariage putatif produit ses effets après avoir été déclaré nul n'est pas tout à fait exact. L'annulation du mariage est une forme de « démariage », selon l'expression de Jean Carbonnier. Dès lors, le mariage cesse de produire ses effets pour l'avenir. En revanche, le jugement d'annulation peut, quant à lui, à l'instar du jugement de divorce, produire certains effets pour l'avenir en considération du caractère putatif du mariage. Le droit à la prestation compensatoire, par exemple, aura sa source normative dans le jugement et non dans le mariage. D'autres effets, qui eux sont propres au mariage, se seront déjà produits avant la date du jugement. Ainsi, par exemple, le statut de successible aura été acquis le jour du mariage et les droits successoraux le jour de l'ouverture de la succession du conjoint prédécédé, même si la liquidation et le partage de la succession interviennent seulement après le jugement d'annulation du mariage putatif.

Ce que la reconnaissance du caractère putatif du mariage permet, c'est de ne pas effacer les effets du mariage déjà produits et non encore épuisés, mais pour l'avenir les époux putatifs ne seront plus engagés dans le mariage, n'auront plus le statut d'époux, et aucun effet ne pourra se produire après l'annulation. C'est là que réside la différence considérable entre la putativité du mariage d'une part et la validation du mariage opérée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 décembre 2013, d'autre part. La particularité du cas soulignée, il reste à trouver une explication juridique.

229. Il apparaît que c'est l'écoulement du temps qui a validé le statut juridique qui ne répondait pas aux conditions formelles d'admissibilité, et qui l'a véritablement « cristallisé », c'est-à-dire qui a joué un rôle majeur dans la création du statut juridique. Cette idée trouve son écho dans le texte de l'arrêt : « le prononcé de la nullité du mariage [...] revêtait, à l'égard de [la femme], le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union [...] avait duré plus de vingt ans ».

Il est important de noter qu'il ne s'agissait pas d'une prescription de l'action en nullité, car l'action en nullité absolue du mariage se prescrit par 30 ans (art. 184 C. civ.) et que ce délai ne s'était pas encore écoulé. En l'espèce, le temps a agit comme un facteur de cristallisation des situations juridiques suffisant pour consolider le statut initialement nul.

⁴⁸⁸ Cass. civ., 30 juillet 1900 [GAJC, 11^e éd., n° 11 ; DP 1901.I.317].

230. La démonstration de l'influence du temps sur les situations juridiques faite dans la présente section peut laisser quelque peu perplexe, notamment en ce qui concerne l'affaire du mariage incestueux. À quel titre le temps qui passe transforme-t-il les statuts juridiques nul, inadmissibles ou irréguliers, en des statuts juridiques valables ? Nous supposons que ce n'est pas le Temps en tant que tel qui a cette influence sur le Droit, mais le Fait.

L'objet du Droit n'est pas le temps mais les rapports sociaux. C'est le besoin de les réguler, de les stabiliser et de les canaliser qui constitue la raison d'être du Droit. Dans les exemples de l'acquisition d'un statut juridique par la possession d'état ainsi que dans l'exemple de la validation du mariage nul, le temps passé se caractérise par une multitude de rapports sociaux qui se sont tissés. Ce sont notamment des rapports proprement juridiques qui se sont noués sur la base de la croyance en la validité du statut juridique.

Plus exactement, il s'agit de cristallisation de la situation juridique non pas par l'écoulement du temps mais par la production d'effets. On pourrait imaginer la situation comme un château de cartes, où la carte de base est le statut juridique au sens strict, et tout l'édifice est présenté par d'innombrables obligations, devoirs, prérogatives et autres effets, liants les parties entre elles mais surtout avec les tiers. D'ailleurs, il ne serait pas très logique d'affirmer l'inexistence d'une situation juridique, alors même qu'elle a laissé une multitude de traces bien réelles dans l'ordonnement juridique comme, par exemple, les actes juridiques accomplis sur la base de cette situation.

231. Dans le cas de l'acquisition d'un statut familial par la possession d'état, le législateur fait un choix exprès de la durée nécessaire pour la consolidation ou la création de la situation juridique.

Mais dans d'autres cas, il serait impossible de déterminer précisément la « masse critique » des effets juridiques et factuels qu'un statut irrégulier doit produire pour rayonner dans le monde juridique. Deux options sont cependant envisageables.

D'abord, on pourrait laisser au juge le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la cristallisation du statut juridique par la production de ses effets. Dans ce dernier cas, il pourrait suffire de décider si la situation juridique est déjà cristallisée au moment litigieux et la tenir pour valable *ab initio*, comme dans l'affaire du mariage incestueux précitée. Néanmoins, il restera à déterminer cet *initio* ; pour cela pourrait être retenue la date de

l'intervention quelconque d'une autorité quelconque (étatique ou religieuse, par exemple).

Ensuite, il pourrait être convenu qu'une situation juridique doive être considérée comme cristallisée dans la mesure où sur la base de celle-ci au moins un acte juridique a été accompli entre les parties, ou entre les parties et les tiers.

Toutefois, dans les deux cas il est question d'un choix qui relèverait de la politique législative ou jurisprudentielle.

Situation juridique

CONCLUSION DU TITRE II

232. Plusieurs enseignements découlent de cette brève recherche sur la notion, la structure et les voies de création d'une situation juridique.

En premier lieu, l'étude des notions de droit subjectif et de situation juridique a démontré que la situation juridique statique possède toutes les caractéristiques pour faire l'objet de la reconnaissance et ainsi circuler internationalement (Chapitre I).

Par « situation juridique » on entend un ensemble unitaire et hétérogène de plusieurs phénomènes de réalisation du Droit. On le dit unitaire parce qu'un tel ensemble forme un tout ayant une fonction et une appellation communes, ce qui fait qu'il peut être traité comme un seul objet. Il est hétérogène, c'est-à-dire composé d'éléments de nature différente parce que c'est ainsi que l'on passe d'une variation quantitative entre un et plusieurs phénomènes de réalisation du droit identiques à un changement qualitatif, à un phénomène de réalisation du droit nouveau. Les éléments qui composent une situation juridique sont (a) une ou plusieurs personnes, (b₁) un ou plusieurs liens personne–personne ou personne–chose et/ou (b₂) un ou plusieurs devoirs, (c₁) une ou plusieurs facultés juridiques simples et/ou (c₂) une ou plusieurs prérogatives juridiques, communément appelées « droit subjectif », et/ou (c₃) un ou plusieurs pouvoirs. C'est la réunion de ces éléments qui constitue une situation juridique. Les combinaisons possibles étant très nombreuses, plusieurs types de situations juridiques peuvent être distingués.

Les situations juridiques statiques sont celles qui ne s'épuisent pas dans la production de leurs effets : statuts familiaux, personnes morales, « droits absolus », etc. Elles sont constituées pour durer un temps indéterminé, voire indéterminable, et vu cette vocation à la continuité dans le temps, on peut envisager leur continuité dans l'espace. De toute manière, les situations juridiques de ce type seraient un bien meilleur objet de la reconnaissance que les « droits subjectifs acquis ».

En deuxième lieu, entreprise sur l'exemple des statuts familiaux, l'analyse des voies de création des situations juridiques statiques conduit à la conclusion que le caractère volitif ou non de l'intervention de l'autorité publique ne peut pas avoir d'incidence sur le régime international des situations juridiques de ce type, mais que leur cristallisation en dehors de toute intervention de l'autorité publique serait problématique (Chapitre II).

En effet, dans le cas des statuts familiaux, la fonction spécifique de l'intervention de l'organe décisionnaire se base sur les intérêts privés, or les intérêts privés n'ont pas

d'efficacité substantielle propre ; par conséquent, l'efficacité substantielle de la décision ne provient pas de l'intervention spécifique de l'organe décisionnaire. Cette efficacité substantielle ne peut provenir que de la concrétisation même de l'état de droit, c'est-à-dire de la circonstance même qu'une loi ait été appliquée par une intervention quelconque d'une autorité quelconque.

Néanmoins, dire que la situation juridique statique se prête à la circulation internationale ne signifie pas que la méthode de la reconnaissance unilatérale s'impose ni même qu'elle soit possible. Pour répondre à cette interrogation, il est nécessaire d'étudier des facteurs exogènes par rapport à la situation juridique, c'est-à-dire les contraintes du droit européen et du droit international privé français.

SECONDE PARTIE

**LE MÉCANISME
DE LA CIRCULATION INTERNATIONALE
DES SITUATIONS JURIDIQUES**

233. On pourrait distinguer deux modes de circulation internationale des situations juridiques : d'une part la circulation verticale et d'autre part la circulation horizontale.

Dans la première hypothèse il s'agirait de l'intervention du droit supranational dans ce processus⁴⁸⁹. Une telle circulation des situations pourrait être qualifiée de diagonale, en référence à la notion de conflits diagonaux lesquels résultent de l'interposition d'un conflit horizontal entre deux normes du même niveau (par exemple, des deux États membres de l'Union européenne) et d'un conflit vertical entre l'une de ces dispositions et une autre appartenant à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes (par exemple, une norme de droit de l'Union européenne)⁴⁹⁰. Pourtant, lorsque le conflit de normes est diagonal, la circulation des situations juridiques qui seule nous intéresse ici ne l'est pas car il s'agit, par hypothèse, de la circulation entre les ordres juridiques de même niveau, mais en faisant un détour par le droit supranational. C'est en ce sens que nous qualifierions cette circulation plutôt d'indirecte ou mieux d'oblique.

La qualification d'horizontale, quant à elle, reflète non seulement l'idée d'égalité et d'homogénéité entre l'ordre juridique d'origine et celui de réception, mais aussi l'absence de toute intervention des normes supérieures qui donneraient préférence à l'ordre juridique d'origine et imposeraient la reconnaissance des situations dans l'ordre juridique requis. Ce dernier cas de figure correspond précisément aux discussions doctrinales entourant la reconnaissance unilatérale des situations juridiques.

Plus précisément, il s'agit de deux hypothèses différentes qui pourraient expliquer et fonder le phénomène de circulation internationale des situations juridiques. Il convient d'étudier d'abord l'hypothèse de la circulation verticale ou oblique des situations juridiques, d'analyser son mécanisme, d'établir le rôle de l'intervention du droit supranational et de répondre à la question de savoir si la reconnaissance des situations juridiques est concevable en dehors de cette hypothèse (Titre I). Il faudra ensuite se pencher sur l'hypothèse de la circulation horizontale, dans le cadre d'une méthode de la reconnaissance unilatérale des situations juridiques (Titre II).

⁴⁸⁹ Il ne sera pas question ici du droit international, mais uniquement du droit de l'Union européenne et de celui du Conseil de l'Europe.

⁴⁹⁰ Sur la notion de conflits diagonaux, v. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préf. H. MUIR WATT, Economica, 2010, spéc. p. 117 (n° 159) et s.

TITRE I

UNE CIRCULATION INTERNATIONALE VERTICALE OU OBLIQUE DES SITUATIONS JURIDIQUES

234. Souvent, la circulation internationale des situations juridiques est perçue comme ordonnée ou imposée par un droit supranational, par exemple celui du Conseil de l'Europe ou celui de l'Union européenne. Cette circulation s'opère alors au nom d'un droit de l'Homme protégé par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après CSDH) ou d'une liberté consacrée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). Il peut s'agir du droit au respect de la vie privée (art. 8 CSDH), du droit au respect des biens (art. 1^{er} du Protocole n° 1 CSDH), du droit au procès équitable (art. 6 §1 CSDH), mais aussi de la liberté de circulation des citoyens de l'UE (art. 21 §1^{er} TFUE) ou celle d'établissement (art. 49 TFUE). Il s'agira ici d'analyser, de comprendre et de mesurer l'impact de ces dispositions supranationales sur la circulation internationale des situations juridiques de droit privé⁴⁹¹.

⁴⁹¹ L'hypothèse des interférences possibles entre la CSDH d'une part et le TFUE d'autre part ne sera pas abordée ici, mais les conclusions dégagées des développements qui suivent donneront des indications sur la possibilité et sur la solution d'un tel conflit, dans une perspective de circulation internationale des situations juridiques de droit privé.

L'application de la CSDH en droit privé semble mieux étudiée dans la doctrine et plus fréquente dans la jurisprudence ; pour cette raison et pour la facilité de la démonstration, l'impact des normes supranationales sur la circulation internationale des situations juridiques sera étudié sur l'exemple des droits consacrés par la CSDH, et c'est seulement à la fin du présent Titre qu'il sera vérifié si, et dans quelle mesure, la même logique est transposable au cas des autres normes supranationales que sont les libertés fondamentales de l'UE. En effet, malgré leurs différences conceptuelles, le rapprochement méthodologique entre les droits de l'Homme de la CSDH et les libertés fondamentales du citoyen de l'UE s'impose⁴⁹². Aussi le raisonnement sur les premiers concernera-t-il par analogie les seconds.

Avant d'aborder la question d'incidence des droits de l'Homme de sources supranationales sur la circulation internationale des situations juridiques de droit privé (Chapitre 2), il est nécessaire de se pencher sur celle des rapports généraux entre les droits de l'Homme d'une part et le droit international privé d'autre part (Chapitre 1^{er}).

⁴⁹² *Infra*, n° 321.

CHAPITRE I

LES RAPPORTS ENTRE

LES DROITS DE L'HOMME ET

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

235. Il est d'usage de réserver l'expression « droits fondamentaux » aux droits de l'Homme de source constitutionnelle, en référence à la constitution envisagée comme la loi fondamentale⁴⁹³, tandis que les droits de l'Homme de sources supranationales et internationales sont habituellement désignés par la locution générique « droits de l'Homme ». Conformément à cet usage terminologique l'expression de droits de l'Homme utilisée dans la présente étude se réfère au droit européen et, en premier lieu, à la CSDH⁴⁹⁴.

Les droits de l'Homme seront abordés ici sous l'angle de la création, de la modification ou de l'extinction des situations juridiques substantielles. L'influence des droits de l'Homme procéduraux sur ces processus, bien qu'elle soit d'une importance capitale, n'est qu'indirecte. Pour cette raison, la recherche sera focalisée sur les droits de l'Homme substantiels, les droits procéduraux ne seront évoqués que ponctuellement et à titre subsidiaire.

Il existe deux moyens, ou plus exactement deux niveaux, de réglementation des rapports privés internationaux : les normes matérielles et les règles de conflit de lois. Les

⁴⁹³ En France, il s'agit des droits de l'Homme relevant du « bloc de constitutionnalité », comprenant la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », le préambule de la Constitution de 1946 et les « principes et objectifs à valeur constitutionnelle ». Sur le bloc de constitutionnalité, v. *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 1418, par X. PRÉTOT avec la collaboration de P. JAN, n° 23 et s.

⁴⁹⁴ Sur le rôle des droits fondamentaux (c'est-à-dire de source constitutionnelle) en droit international privé, v. P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 318 (2005) p. 11.

premières peuvent intervenir soit en tant que loi désignée par la règle de conflit, soit directement, en tant que loi d'application immédiate. Avant de vérifier si les droits de l'Homme trouvent leur place parmi les règles et méthodes du droit international privé proprement dit (Section 2), il convient de se demander s'ils peuvent être envisagés comme relevant du droit matériel (Section 1).

Section 1^{re} : Les droits de l'Homme en qualité de droit matériel

236. Cette hypothèse soulève la question de savoir si les droits de l'Homme peuvent régir, d'une manière autonome, une situation juridique au fond (§1^{er}) et conduit à envisager leur principale particularité par rapport aux normes qui remplissent habituellement cette fonction (§2).

§ 1^{er} — Les droits de l'Homme et le régime juridique des situations

237. Il convient de se demander si les droits de l'Homme peuvent être rapprochés des droits subjectifs ou situations juridiques (A) ou si les premiers peuvent constituer une base normative pour déduire les derniers (B).

A/ Les droits de l'Homme comme droits subjectifs ou situations juridiques

238. La nature des droits de l'Homme au sens large attire l'attention non seulement des auteurs privatistes qui essaient de conceptualiser leur intervention en droit privé mais aussi des auteurs publicistes. Dans une thèse de droit public récente, on trouve une analyse des droits fondamentaux qui conduit à la conclusion qu'ils ne peuvent pas être assimilés aux droits subjectifs⁴⁹⁵. L'auteure relie l'impossibilité de cette assimilation principalement au défaut de justiciabilité⁴⁹⁶ de certaines catégories des droits fondamentaux, comme par

⁴⁹⁵ É. BALLOT, *Critique des droits fondamentaux*, thèse Tours, 2012, n° 210 et s.

⁴⁹⁶ Le terme de justiciabilité évoque d'abord le caractère de ce qui peut-être soumis au juge, faire l'objet du litige. Sur ce terme polysémique et toujours en construction, v. L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, v^o « Justiciabilité » par C. ATIAS.

exemple les droits sociaux, les droits-créances⁴⁹⁷. Par ailleurs, la même auteure pose la question de savoir si les droits fondamentaux sont des « droits objectifs », imposant des devoirs aux États. Là encore elle est conduite à répondre négativement, notamment parce que la Constitution n'impose pas à l'État l'obligation de légiférer dans le cadre de son obligation positive de mise en œuvre et du développement de ces droits⁴⁹⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après, CEDH) ne saurait davantage imposer une telle obligation aux États : une condamnation par la Cour « laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation »⁴⁹⁹ d'exécuter un arrêt de la Cour.

Tandis que certains droits de l'Homme posent, au moins pour l'instant, un problème de justiciabilité, d'autres en sont exempts. Pour les besoins de la présente étude, seront étudiés uniquement les droits qui interviennent dans le domaine des relations privées internationales et qui peuvent jouer un rôle dans la reconnaissance des situations juridiques étrangères. Pour se limiter à la CEDH, seront considérés le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), le droit de se marier et fonder une famille (art. 12), le droit au respect des biens (art. 1^{er} du Protocole n° 1), éventuellement combinés au principe de non-discrimination (art. 14).

239. La question de la nature juridique des droits de l'Homme intéresse tout particulièrement le droit privé et notamment le droit international privé. Un droit fondamental, serait-il de nature à constituer une situation juridique ? En est-il une ? En fait-il partie ? Si oui, dans quel système ou ordre juridique s'insère-t-il ?

Pour répondre à toutes ces interrogations, il est nécessaire de déterminer, tout d'abord, si l'une des conceptions des droits subjectifs étudiées plus haut⁵⁰⁰ peut comprendre un droit de l'Homme, et surtout, si un tel droit peut s'inscrire dans la définition de la situation juridique que nous avons retenue⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ É. BALLOT, *op. cit.*, n° 242 et s. ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux : Étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012.

⁴⁹⁸ É. BALLOT, *op. cit.*, n° 307 et s.

⁴⁹⁹ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *Série A* n° 31, § 53 [JDI 1982, 183, obs. P. ROLLAND] ; jurisprudence constante

⁵⁰⁰ *Supra*, n° 135 et s.

⁵⁰¹ « Un ensemble unitaire et hétérogène de plusieurs phénomènes de réalisation du Droit » ; *supra*, n° 185 et s.

240. La théorie qui essayait d'expliquer la notion de droit subjectif par celle des intérêts ne nous sera d'aucune utilité ici. En effet, bien que les droits de l'Homme correspondent indiscutablement à des valeurs protégées, à des intérêts juridiquement protégés, le concept d'intérêt ne permet pas de définir ni le droit subjectif, ni la situation juridique, ni aucune autre construction juridique, même si certaines d'entre elles se basent sur l'intérêt et d'autres le prennent en considération⁵⁰².

241. Si l'on essaie de penser les droits de l'Homme en termes d'appartenance-maîtrise, il faudra vérifier la présence de ses deux dimensions dégagées par Dabin : d'une part, l'aspect extérieur, c'est-à-dire l'altérité, traduite par inviolabilité et par exigibilité, d'autre part, l'aspect intérieur, c'est-à-dire l'appartenance-maîtrise. On constatera alors, qu'à l'inviolabilité d'un droit subjectif correspond l'obligation de respect des droits de l'Homme (non-ingérence), tandis que l'exigibilité du droit subjectif se traduira par l'obligation de protection des droits de l'Homme (obligations positives)⁵⁰³. L'appartenance de la valeur protégée à la personne est également évidente : chacun a le droit à sa vie, qui lui est propre, à son intégrité physique et morale, etc. Toutefois, la maîtrise fait défaut : en effet, Dabin la comprend comme le « pouvoir de libre disposition de la chose »⁵⁰⁴, or nul ne peut renoncer à son droit de l'Homme, ni l'aliéner au profit d'une autre personne.

Quant à la définition du droit subjectif donnée par MM. Ghestin et Goubeaux, force est de constater que même si la qualification de « domaine réservé » est admissible pour un droit de l'homme, l'idée d'« inégalité légitime » lui est résolument antagoniste⁵⁰⁵.

La conception des droits subjectifs proposée par Motulsky ne convient pas non plus aux droits de l'Homme. Il présente les droits subjectifs comme des artifices juridiques qui servent à « traduire la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu à la règle

⁵⁰² *Supra*, n° 136 et s.

⁵⁰³ Sur ces obligations de non-ingérence et les obligations positives, dans le domaine du Conseil de l'Europe, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, 2015, p. 241 (n° 159) et s.

Dans le domaine de l'ONU, les termes communément usités pour décrire les obligations des États en vertu des droits de l'Homme sont les obligations de « respecter, protéger et instaurer » (« *respect, protect, and fulfill* »).

⁵⁰⁴ *Supra*, n° 145.

⁵⁰⁵ *Supra*, n° 151.

de droit »⁵⁰⁶. Or, si l'on essaie d'appliquer cette grille de lecture aux droits de l'Homme, on sera souvent dans l'embarras quant à l'impératif concret que le titulaire d'un droit fondamental pourrait déclencher : par exemple, en parlant d'une violation concrète du droit au respect de la vie privée, on ne peut jamais être sûr du contenu de ce droit avant que la CEDH l'applique dans une affaire donnée.

242. Il est à rappeler que les auteurs qui critiquèrent le concept de droit subjectif sur un plan historico-philosophique, furent particulièrement critiques envers les droits de l'Homme et ne les considéraient pas comme des droits subjectifs. Pour Villey, le droit subjectif compris comme *ius* devrait être une *pars rerum*, or « la liberté ni la dignité ne sont au nombre des “biens extérieurs” qui sont partagés ; ils n'offrent pas matière au droit »⁵⁰⁷, ce qui signifie que même en admettant le concept de droit subjectif, on devrait considérer que les droits de l'Homme n'en relèvent pas. Dans un sens similaire, Savigny voyait dans les notions de droit subjectif et de situation juridique l'idée de partage des choses du monde extérieur⁵⁰⁸.

Par ailleurs, toujours selon Villey, ce devrait être une *pars aequum*, le mot « équitable » n'étant pas le synonyme d' « égal ». En matière de droits subjectifs, dit l'auteur, « l'*inégalité* est la règle : le créancier ne saurait avoir le même droit que le débiteur, ni le criminel que l'innocent. Le droit qu'on prétendrait induire de l'idée abstraite d'*antrôpos*, de la seule “nature” générique de l'homme, ne serait qu'informe, inchoatique, à peine un embryon de droit [subjectif] »⁵⁰⁹. Ce qui n'est pas sans rappeler, d'ailleurs, l'idée d'inégalité légitime de MM. Ghestin et Goubeaux.

243. Roubier, quant à lui, se prononce très clairement sur les droits de la personnalité, et cette appréciation peut être étendue aux droits de l'Homme par analogie : pour lui, ce ne sont pas des droits subjectifs mais des « intérêts légitimes protégés par des actions en justice »⁵¹⁰.

244. Pour essayer de résoudre toutes ces contradictions, il convient de souligner tout

⁵⁰⁶ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Préf. P. ROUBIER, Sirey, 1948, p. 29.

⁵⁰⁷ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2^e éd., 1990, p. 49.

⁵⁰⁸ *Supra*, n° 169.

⁵⁰⁹ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 99.

⁵¹⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. 364.

d'abord, que les dispositions de la CSDH ne sont pas plus des droits subjectifs que l'article 544 du Code civil français n'est le droit de propriété de monsieur Dupont sur sa maison⁵¹¹. Il y a une distinction importante à faire entre un énoncé normatif et une situation juridique individuelle qu'il permet de créer. Pour qu'il y ait un droit subjectif au sens de prérogative juridique, il faut un sujet déterminé. De la même manière, une situation juridique ne saurait avoir d'existence sans être individualisée, concrétisée.

Outre un sujet concret, il faut aussi un objet et un contenu qui le seraient tout autant. En se plaçant sur un plan individuel, concret et catégorique, on peut très bien concevoir que monsieur Smith ait un droit au respect de sa propre vie privée et familiale, par exemple. En revanche, on aurait du mal à cerner le contenu individuel, concret et catégorique de ce droit avant son individualisation par un organe d'application du droit. En effet, si un droit subjectif ne donne que la prérogative d'exiger sa reconnaissance et son respect sans davantage de précisions, c'est-à-dire sans aucun impératif (sous forme de prescription, d'interdiction ou d'autorisation déterminées) susceptible d'être déclenché, le contenu normatif concret de ce soi-disant « droit subjectif » est nul, car sa titularité n'implique alors aucun véritable effet juridique, aucune prérogative, aucune faculté, etc.

La généralité des termes de la Convention SDH et l'application qu'en fait la Cour EDH font que les situations juridiques impliquant les droits de l'Homme ne peuvent être individualisées, et donc créées, que lors de l'application de la Convention par les organes compétents. Cela signifie que les droits de l'Homme devraient être considérés avant tout comme un phénomène de droit objectif et non comme un phénomène de réalisation du Droit.

Une nuance capitale tient au rôle de ces droits de l'Homme dans la création des situations juridiques : y sont-ils suffisants ? Peut-on déduire une situation juridique ou au moins une prérogative juridique de la seule CSDH, sans concours d'aucune autre norme ?

⁵¹¹ C. civ., art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue [...] ».

B/ Les droits de l'Homme comme éléments du droit objectif servant de base de déduction des situations juridiques

245. Pour répondre à l'interrogation soulevée à la fin du numéro précédent, il convient de vérifier si l'application de la CSDH donne lieu à une situation juridique telle que nous l'avons définie dans le Titre II de la Partie I^{re}. Pour un exemple d'application de l'article 8 (respect de la vie familiale)⁵¹² nous prendrons un grand arrêt fondateur — *Marckx c. Belgique*⁵¹³.

246. La requérante dans cette affaire était une mère célibataire, M^{me} Paula Marckx, agissant en son nom propre et au nom de sa fille Alexandra. Le droit belge de l'époque ne connaissait pas l'établissement de la filiation maternelle par la seule présomption *mater semper certa est*⁵¹⁴ en dehors du mariage, la filiation maternelle de ces enfants devait être établie par la reconnaissance. La filiation établie par cette reconnaissance était considérée comme une filiation naturelle, dont les effets étaient moindres que ceux d'une filiation légitime. Cette filiation n'établissait le lien juridique de parenté qu'à l'égard de la femme qui opérait la reconnaissance et ne faisant pas pour autant entrer l'enfant dans la famille de celle-ci. De surcroît, la femme qui a reconnu l'enfant n'avait pas la pleine autorité parentale sur lui et était simplement sa tutrice, de sorte que les décisions les plus importantes concernant l'enfant devaient être prises par le conseil de famille présidé par le juge de paix. Par ailleurs, les droits successoraux d'un enfant naturel reconnu étaient inférieurs à ceux d'un enfant légitime, dans la succession de leur mère. Pour s'affranchir de ces limitations en matière de successions et de libéralités, il était nécessaire d'adopter son enfant naturel, ce qui demeurait insuffisant pour établir le lien de parenté avec les parents de leur mère. La requérante avait suivi toutes ces étapes et avait ensuite saisi la

⁵¹² « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁵¹³ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *Série A* n° 31 [JDI 1982, 183, obs. P. ROLLAND].

⁵¹⁴ En droit français, une telle présomption est contenue à l'art. 311-25 C. civ.

Commission EDH qui a déféré l'affaire devant la Cour pour qu'elle statue sur l'éventuelle violation des articles 8 et 14 de la CSDH et de l'article 1 de son Protocole n° 1.

La Cour commence par la définition de la vie familiale, protégée par l'article 8 :

« En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 [...] présuppose l'existence d'une famille. [...] l'article 8 [...] ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle". Pareille distinction se heurterait aux mots "toute personne" ; l'article 14 [...] le confirme en prohibant, dans la jouissance des droits et libertés consacrés par la Convention, les discriminations fondées sur "la naissance". [...] Paula Marckx a pris en charge sa fille Alexandra dès sa naissance et n'a cessé de s'en occuper, de sorte qu'il a existé et existe entre elles une vie familiale effective »⁵¹⁵.

La CEDH reconnaît une ingérence injustifiée dans cette vie familiale des conjoints Marckx et condamne la Belgique. Concernant les obligations de celle-ci, elle précise que l'article 8 impose non seulement une obligation de non-ingérence (sauf les conditions énumérées dans le § 2 de cet article), mais aussi des « obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale » :

« Il en résulte notamment que l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8 [...], le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 [...] sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 »⁵¹⁶.

⁵¹⁵ *Marckx c. Belgique*, précité, § 31.

⁵¹⁶ *Ibid.*

La Cour se prononce ici dans le sens de non-conventionalité de ce mode d'établissement de la filiation, de l'étendue de la famille juridique de l'enfant naturel (l'article 8 pris isolément et l'article 8 combiné avec l'article 14) mais aussi de ces droits successoraux de l'enfant naturel (l'article 8 combiné avec l'article 14).

Cependant, la Cour précise que son rôle ne consiste pas « à exercer un contrôle abstrait de normes », mais à analyser « une situation légale, celle des mères célibataires et des enfants nés hors mariage, qui [...] touche [les requérantes] personnellement »⁵¹⁷ :

« La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés: elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention [...] Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses: déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »⁵¹⁸.

« Il appartient à l'État en cause, et à lui seul, de prendre les mesures qu'il estime appropriées pour assurer la cohérence et l'harmonie de son droit interne »⁵¹⁹.

247. Il découle des passages précités que l'un des objets d'étude de la Cour dans cette affaire était bien une situation juridique concrète qui impliquait plusieurs personnes (l'enfant, sa mère et la famille de celle-ci), les liens de filiation entre elles, les droits et devoirs découlant de l'autorité parentale, les droits successoraux divers. Donc la CEDH avait examiné un ensemble unitaire et hétérogène des phénomènes d'application du droit, ce qui correspond parfaitement à notre définition de situation juridique.

Pourtant, en dépit de la condamnation pour violation du droit au respect de la vie familiale, la Cour ne fait naître aucune situation de droit privé nouvelle et ne modifie pas la

⁵¹⁷ *Ibid.*, § 27, jurisprudence constante.

⁵¹⁸ *Ibid.*, § 58.

⁵¹⁹ *Ibid.*, § 41.

situation juridique de droit privé belge déjà existante. En effet, la juridiction strasbourgeoise n'a imposé aucun lien de droit, aucune obligation ni aucun devoir entre les personnes impliquées dans cette situation, ni consacré aucune prérogative juridique de droit privé. Elle n'a pas non plus modifié *ipso jure* l'état civil des intéressés ni leurs droits successoraux. Bien qu'imposant au royaume de Belgique une obligation de mettre fin à cette violation de la Convention, l'application en l'espèce de l'article 8 CSDH ne produit aucune modification de l'ordonnement juridique quant à la situation des requérantes et de leur famille. La transformation du droit fondamental reconnu par la Convention à toute personne en un « droit fondamental subjectif » des conjoints Marckx ne s'opère pas, sauf leur « droit subjectif » d'exiger de la Belgique qu'elle adopte des mesures qu'elle jugera adéquates pour mettre fin à cette violation de la Convention. Ainsi, le seul « droit subjectif » qui puisse résulter d'une condamnation de la CEDH est une prérogative d'exiger de l'État qu'il modifie la règle de droit ou la pratique administrative condamnées. Or, cette prérogative au contenu bien incertain relève du droit public et non pas du droit privé. Elle ne saurait être assimilée à la création ou à la modification d'une situation juridique de droit privé.

248. Au terme de ces développements, il ne semble guère possible de concevoir les droits de l'Homme en tant que phénomènes de réalisation du droit, telle une situation juridique. Il n'est pas davantage possible de les considérer comme des dispositions de droit objectif à même de constituer une base normative suffisante dont il serait possible de déduire une prérogative ou une situation juridique concrètes relevant du droit matériel applicable au fond.

Cela ne signifie pas pour autant que ces droits de l'Homme ne jouent aucun rôle en droit privé. Leur présence est parfaitement perceptible par tous, au point de susciter des critiques dans la doctrine privatiste. Ils peuvent avoir un rôle important dans la création, la modification ou l'extinction de situations juridiques de droit privé mais ne sauraient produire de tels effets à titre autonome, c'est-à-dire sans le concours d'autres phénomènes juridiques. Pour bien comprendre leur rôle en droit privé, et notamment dans le domaine des rapports privés internationaux, il convient d'analyser l'originalité fondamentale des droits de l'Homme sous notre considération, à savoir leur objet.

§ 2 — L'objet des droits de l'Homme

249. Après avoir établi que les droits de l'Homme ne peuvent pas être envisagés comme des situations juridiques et ne constituent pas des bases normatives suffisantes pour les déduire, nous sommes conduits à nous interroger si les droits de l'Homme visent expressément les situations juridiques ou si leur influence sur celles-ci n'est qu'incidente. Pour répondre à cette interrogation, deux exemples seront utilisés : celui du droit au respect de la vie privée et familiale (A) et celui du droit au respect des biens (B).

A/ L'exemple de la vie privée et familiale

250. Même si l'un des objets sous la considération de la CEDH dans l'affaire *Marckx* était une situation juridique, ce n'était pas l'objet principal⁵²⁰. L'objet principal d'étude et d'intervention des juges était la *vie familiale* des conjoints Marckx ; c'est son intégrité que la Cour examinait et c'est elle qu'elle a voulu protéger par son arrêt. Il convient de déterminer ce que traduit cette expression pour mieux saisir le véritable objet des droits de l'Homme.

Dans un dictionnaire juridique généraliste, on peut trouver la définition de la vie privée comme « la sphère d'intimité de chacun » et le droit à son respect comme « droit de n'être troublé par autrui ni chez soi (inviolabilité du domicile), ni dans son quant-à-soi (inviolabilité de la sphère d'intimité) »⁵²¹. Notons au passage que cette définition, en termes de liberté, ne tient pas compte des obligations positives des États. Mais ce qui nous intéresse surtout, ce sont les contours et les caractéristiques de cette « sphère d'intimité » qui équivaldrait au concept de « vie privée » et surtout sa part qui constitue le concept de « vie familiale » utilisée par la CEDH dans l'affaire *Marckx* précitée et qui sera évoqué plus loin, avec les affaires concernant les rapports privés internationaux.

Selon un autre dictionnaire, spécialisé en droits de l'Homme, « la vie familiale s'entend du lien entre deux personnes [...] d'un lien de filiation ou d'alliance » ; et

⁵²⁰ Pour toute mention de l'arrêt *Marckx c. Belgique*, se référer aux extraits cités *supra*, n° 246.

⁵²¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd. Quadrige, PUF, 2005, v° « Vie ».

l'auteure de cette entrée du dictionnaire ajoute que « l'effectivité de la vie familiale implique que le lien revêt une réalité affective »⁵²². La même auteure, dans ses observations sous l'arrêt *Marckx c. Belgique*, conclut que cette notion « recouvre un ensemble de droits individuels liés à la famille »⁵²³. Deux objections principales à cette définition s'imposent.

D'abord, cette vision de la vie familiale met l'accent sur l'existence des droits qui en feraient partie ; or, comme nous l'avons démontré plus haut, aucun droit subjectif ne peut être déduit de l'article 8. Ensuite, si l'on voulait fonder la vie familiale sur le lien de parenté ou d'alliance, on serait obligé d'adopter une vision tellement extensive de ce lien que la qualification d'alliance ou de parenté n'aurait plus aucun sens juridique (ce qui sera explicité plus loin sur quelques exemples) ; et en cela cette définition ne cadre pas avec le droit positif et notamment avec la jurisprudence de la CEDH.

251. À contresens de la vision critiquée, d'aucuns affirment que « la “vie familiale”, au sens de la Convention, reçoit une acception matérielle et désigne une relation caractéristique d'un “lien constitutif d'une vie familiale” »⁵²⁴. Cette dernière définition serait tautologique (« la vie familiale... désigne... une vie familiale »), s'il n'y avait pas ce mot crucial : « *matérielle* ». En effet, il apparaît clairement que la vie familiale qui intéresse la CEDH n'est pas une notion juridique mais factuelle. Si l'on reprend l'arrêt *Marckx*, et notamment l'un des passages précités, on s'aperçoit que ce que la Cour qualifie de « vie familiale effective » entre Paula Marckx et sa fille Alexandra, c'est précisément le fait que celle-là a pris en charge celle-ci et s'en est occupée dès la naissance⁵²⁵.

Encore plus explicitement, dans le même arrêt, la Cour s'interroge sur la question de savoir « si le *lien naturel* entre Paula et Alexandra Marckx a donné lieu à une *vie familiale* », et précise qu' une famille naturelle comme une famille légitime peuvent avoir une vie familiale⁵²⁶. Ainsi la CEDH n'identifie-t-elle pas la vie familiale protégée par l'article 8 avec la famille comme situation juridique de droit civil, elle prend soin de les opposer littéralement et conceptuellement, de les distinguer et s'interroge sur les rapports

⁵²² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, v° « Vie familiale », par A. GOUTTENoire.

⁵²³ *GACEDH*, 7^e éd., n° 51.

⁵²⁴ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 729 (n° 504).

⁵²⁵ *Marckx c. Belgique*, précité, § 31.

⁵²⁶ *Ibid.*, § 31, souligné par nous.

entre ces deux concepts différents.

Certains auteurs enseignent que « la notion de vie familiale est entendue comme un lien de parenté auquel s'ajoute une relation effective »⁵²⁷. Selon le même auteur, « le lien de parenté [est] compris comme un lien de filiation ou d'alliance » et l'effectivité de la relation s'apprécie notamment, mais pas nécessairement, par la référence à la cohabitation⁵²⁸. C'est-à-dire qu'il y aurait besoin de caractériser un certain nombre de conditions juridiques, même si le mot « certain » ne semble pas naturel dans le contexte de la jurisprudence de la CEDH, afin que la vie familiale soit caractérisée et l'article 8 applicable : la condition de filiation ou d'alliance, la condition de cohabitation, etc. Ce qui peut donner l'impression que le lien de parenté et la relation effective constituent deux couches, deux étapes, deux conditions cumulatives pour constituer une vie familiale au sens de la CEDH.

Mais qu'est-ce que la « relation effective » si ce n'est la « vie familiale » elle-même ? Il semble plus exact de dire que la vie familiale, protégée par l'article 8, est la relation effective, et notamment affective, qui existe au sein d'un groupe familial, abstraction faite de toutes formes juridiques de ce groupe ou de leur absence. Cette compréhension du concept correspond très précisément à l'emploi qu'en fait la Cour, ce qui peut être illustré par quelques exemples concrets.

252. Plusieurs indices permettent de conclure à l'existence d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la CSDH, mais il serait difficile de dire que telle ou telle condition juridique est formellement requise pour donner une juridicité à cette relation de famille. Cependant, dans la jurisprudence de la CEDH, on peut rencontrer plusieurs types de liens existant entre les membres d'une famille et témoignant de l'existence d'une vie familiale : lien juridique (selon le droit positif interne compétent), lien *de facto* (c'est-à-dire social) et lien naturel (c'est-à-dire biologique). Dans la grande majorité des familles, les trois liens existent en même temps. Mais il arrive que l'un des liens fasse défaut, ce qui est souvent la cause même de la quête juridique des intéressés, sans que cela entraîne la disqualification de la vie familiale au sens de l'article 8. Concernant la combinaison de certains de ces liens, plusieurs cas de figure sont identifiables.

⁵²⁷ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 729 (n° 505).

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 729-731 (n° 505).

Premièrement, il peut s'agir d'un lien naturel ensemble avec un lien *de facto* sans égard à la nature ni même à la présence d'un lien juridique, comme c'était le cas dans l'affaire *Marckx c. Belgique*.

Deuxièmement, il peut s'agir également d'un lien juridique ensemble avec un lien *de facto*, sans aucun lien naturel comme dans l'affaire *Beldjoudi c. France* où la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale effective entre époux, qui s'étaient mariés près de vingt ans avant la saisine de la Cour et depuis ont mené une vie commune⁵²⁹.

Troisièmement, cela peut être un lien *de facto* seul, sans aucun lien juridique ni naturel, comme dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*⁵³⁰. En l'espèce, X était née en 1955 de sexe féminin mais, présentant le syndrome de transsexualisme, a subi une intervention chirurgicale visant à la conversion de son sexe en masculin. Quant à son état civil, son sexe est demeuré inchangé, ce qui ne lui permet pas d'épouser une femme ni d'être père d'un enfant. Cependant, depuis 1979, X vit en une union stable avec M^{me} Y, et en 1992, celle-ci accouche d'une enfant, Z, issu de l'insémination artificielle avec donneur anonyme. Contrairement à son souhait, X n'a pas la possibilité de faire la reconnaissance paternelle de l'enfant. Ainsi, il n'existe ni liens naturels, ni ceux juridiques entre X, Y et Z, et pourtant la Cour constate la vie familiale au sens de l'article 8 CSDH.

D'abord, elle rappelle que selon sa jurisprudence et notamment l'arrêt *Marckx*, « le concept de “vie familiale” visé par l'article 8 [...] ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations *de facto* ». Et elle précise que :

« Pour déterminer si une relation s'analyse en une “vie familiale”, il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre »⁵³¹.

En appliquant ce raisonnement au cas d'espèce, la CEDH conclut à l'existence de la

⁵²⁹ CEDH, *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, *Série A* n° 234, § 67 [JCP G 1993.I.3654, obs. F. SUDRE ; JDI 1993, 723, n. E. DECAUX ; RTDH 1993, 445, n. J.-Y. CARLIER].

⁵³⁰ CEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II [JCP G 1997, 523, n. S. EVAIN ; RTDH 1998, 117, n. F. RIGAUD].

⁵³¹ *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, § 36.

vie familiale entre les trois requérants, en relevant que :

« [X] vit avec Y depuis 1979, assumant aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin. Le couple a demandé, et obtenu, un traitement IAD devant permettre à Y de concevoir un enfant. X a soutenu Y pendant cette période et se comporte à tous égards comme “le père” de Z depuis la naissance de celle-ci »⁵³².

Finalement, la Cour ne retient pas la violation de l'article 8, considérant qu'un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et privés en cause et que le Royaume-Uni n'avait pas dépassé sa marge nationale d'appréciation. Mais une nouvelle approche utilisée pour la qualification de « vie familiale » fut consacrée.

Quatrièmement, on pourrait envisager un lien juridique seul, sans lien naturel ni *de facto*, comme dans l'affaire *Pini et autres c. Roumanie*⁵³³. Dans les deux affaires jointes qui ont donné lieu à cet arrêt, il s'agissait d'adoption de deux mineures roumaines et résidant en Roumanie par deux couples italiens résidant en Italie, les enfants étant sélectionnées par leur futurs parents sur photos. Les candidats à l'adoption auraient rencontré les enfants une fois au cours de la procédure d'adoption et leurs auraient adressé quelques lettres en roumain. Les enfants ont vécu tout ce temps dans un orphelinat en Roumanie. L'adoption plénière a été prononcée par une décision de justice, de sorte que les enfants étaient désormais juridiquement filles des requérants. Or, l'orphelinat a refusé de remettre les enfants à leurs parents. Ceux-ci ont multiplié les procédures pour obtenir l'exécution des jugements d'adoption et récupérer leurs filles et en dernier recours ont saisi la CEDH en plaidant, entre autre, l'atteinte à leur vie familiale. En évidence, il existait un lien juridique entre les parents et leurs enfants, mais aucun lien naturel ni, à première vue, lien *de facto*. Et pourtant, la Cour parvient à caractériser la vie familiale en l'espèce :

« Certes, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille [...], condition qui ne semble pas remplie en l'espèce, en l'absence de cohabitation ou de liens de facto

⁵³² X, Y et Z c. Royaume-Uni, précité, § 37.

⁵³³ CEDH, *Pini et autres c. Roumanie*, n^{os} 78028/01 et 78030/01, CEDH 2004-IV [D. 2004, 3026, n. J.-F. RENUCCI et I. BERRO-LEFÈVRE ; JCP G 2004, 1577, obs. F. SUDRE ; JDI 2005, 519, n. C. RENAULT].

suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives, avant ou après les décisions d'adoption. Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute *vie familiale projetée* sorte entièrement du cadre de l'article 8. En ce sens, la Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la *relation potentielle* qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage [...], ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie »⁵³⁴.

Il est à noter, qu'en parallèle avec ce raisonnement sur la vie familiale projetée, la Cour prend soin de démontrer la solidité du titre juridique, la conformité des adoptions à la Convention et au droit international applicable⁵³⁵. Cependant, la théorie de la relation *de facto* qui serait potentielle est un passage-clef dans le raisonnement qui a conduit la Cour à reconnaître l'applicabilité de l'article 8 (tout en statuant dans le sens de sa non-violation).

Finalement, on pourrait retenir le lien naturel seul, sans lien juridique ni lien *de facto*, comme dans l'affaire *Keegan*⁵³⁶. En l'espèce, M. Keegan a entretenu une relation avec M^{lle} V., ils se sont fiancés et ont conçu une enfant. Or, avant même la naissance de leur fille S., les parents se sont séparés. Le requérant a pu rencontrer sa fille une seule fois, à la maternité, sans que la famille V. l'autorise à la revoir depuis. La mère a décidé d'abandonner l'enfant et a pris des dispositions afin de la voir adoptée, sans le consentement du père. Le père a demandé la tutelle et la garde de sa fille afin de pouvoir s'opposer à son adoption. L'affaire est parvenue jusqu'à la Cour suprême et la justice irlandaise a jugé que le père naturel n'avait pas le droit d'être tuteur sur le même fondement que le mari de la mère et que la garde de l'enfant ne lui revient pas de droit. Le requérant s'est alors plaint de la violation de sa vie familiale. Même si, en l'occurrence, il n'y avait pas encore de lien juridique, selon le droit applicable au fond, ni lien *de facto*, en première approche, la CEDH retient l'existence d'une vie familiale relevant de l'article 8 CSDH :

« Il existe [...] entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie

⁵³⁴ *Ibid.*, § 143, souligné par nous.

⁵³⁵ *Ibid.*, § 140-142, § 144-145.

⁵³⁶ CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, *Série A* n° 290 [JDI 1995, 763, n. P. TAVERNIER].

familiale même si à l'époque de sa naissance, les parents ne vivaient plus ensemble ou si leurs relations avaient alors pris fin »⁵³⁷.

« En l'espèce, la relation entre M. Keegan et la mère de l'enfant dura deux ans, dont un pendant lequel ils cohabitèrent. En outre, la conception de leur enfant résultait d'une décision délibérée et ils avaient aussi projeté de se marier [...] A l'époque, leur relation se plaçait donc sous le sceau de la vie familiale aux fins de l'article 8 [...] Le fait qu'elle se brisa par la suite ne modifie pas davantage cette conclusion qu'elle ne le ferait pour un couple légalement marié et dans une situation comparable. A partir de la naissance de l'enfant, il y a eu en conséquence entre elle et le requérant un lien constitutif d'une vie familiale »⁵³⁸.

Ultérieurement, la Cour a eu l'occasion de préciser qu' « une simple parenté biologique dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite » ne suffit pas à elle seule pour caractériser la vie familiale au sens de l'article 8⁵³⁹. Elle doit être complétée par des « éléments propres à démontrer que la relation entre le [parent biologique et son enfant] a suffisamment de constance et de substance pour créer des “liens familiaux” factuels », même en l'absence de cohabitation effective⁵⁴⁰. Parfois il suffit que ce lien de sang soit complété par une volonté certaine de vivre une telle relation dans l'avenir, comme dans l'affaire *Todorova c. Italie*⁵⁴¹. En l'espèce, une femme avait réclamé l'anonymat de l'accouchement. Deux jumeaux sont nés et déclarés abandonnés. Quelque temps après l'accouchement, la mère est revenue sur sa décision ; depuis elle essayait, sans succès, de s'opposer au placement de ses enfants biologiques en vue d'adoption. La CEDH a conclu à l'existence, entre la requérante et ses enfants biologiques, avec qui elle n'avait pas de lien juridique et n'avait encore eu aucune relation de fait, d'une vie familiale protégée au titre de l'article 8 :

« Certes, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille [...], condition qui ne semble pas

⁵³⁷ *Keegan c. Irlande*, précité, § 44.

⁵³⁸ *Ibid.*, § 45.

⁵³⁹ CEDH, *L. c. Pays-Bas*, n° 45582/99, CEDH 2004-IV, § 37.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, § 37-40.

⁵⁴¹ CEDH, *Todorova c. Italie*, n° 33932/06, 13 janvier 2009 [*JCP G* 2010, 1587, obs. F. SUDRE].

remplie en l'espèce, en l'absence de cohabitation ou de liens de facto suffisamment étroits entre la requérante et ses enfants. Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute *vie familiale projetée* sorte entièrement du cadre de l'article 8. En ce sens, la Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la *relation potentielle* qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage [...], ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie »⁵⁴².

On remarque immédiatement que la Cour a repris, dans ce cas de lien purement biologique, les motifs déjà employés dans un cas de lien purement juridique (l'affaire *Pini*, précitée), en se fondant sur la théorie de vie familiale projetée, ou relation familiale potentielle.

Si l'on devait trouver un dénominateur commun à ces cinq cas de figure, ce ne pourrait être que le lien *de facto*. En effet, dans le troisième cas de figure ci-dessus c'est le seul lien existant et dans les deux premiers cas c'était l'un des deux liens existants. Dans les deux derniers cas, bien que l'on se trouve en présence soit d'un lien purement juridique, soit d'un lien purement biologique, ce qui a permis à la CEDH de considérer l'existence d'une vie familiale c'était précisément une potentialité, une projection du lien *de facto*, sans égard à la nature d'autres liens éventuels.

253. Ainsi, la « vie familiale » visée par l'article 8 de la Convention européenne doit être comprise comme une situation de fait et non comme une situation juridique. C'est-à-dire que l'on doit prendre les mots au sens premier, usuel et parler d'une vie de famille, des rapports humains entre les membres d'un groupe familial, au lieu d'attacher une importance *ultra legem* à des qualifications et conditions juridiques, ce qui reviendrait à ajouter à l'article 8 une condition qu'il ne prévoit pas. Comme l'a précisé expressément la CEDH en se référant à sa jurisprudence *Marckx*,

« la question de l'existence ou de l'absence d'une "vie familiale" est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens

⁵⁴² *Ibid.*, § 53, souligné par nous.

personnels étroits »⁵⁴³.

De ce point de vue, il est très symptomatique, que la Cour dans l'affaire *Wagner*⁵⁴⁴ caractérise l'existence de la vie privée entre l'adoptante et l'adoptée uniquement en se référant aux liens familiaux *de facto*, sans évoquer à ce sujet le lien juridique qui existait entre les requérantes⁵⁴⁵.

254. L'article 8 CSDH ne se limite pas à la vie familiale et protège aussi la vie privée. Selon une jurisprudence constante, « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et [...] le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité »⁵⁴⁶. Par ailleurs, non seulement la « vie privée [...] englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu », mais en plus « le respect de la “vie privée” doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables »⁵⁴⁷. Ce droit à l'identité personnelle et sociale qui participe au développement de la personnalité, concerne également l'établissement de la filiation des enfants issus de la gestation pour autrui⁵⁴⁸.

L'aspect factuel de la vie privée est ici encore plus évident que celui de la vie familiale.

255. Toutefois, la vie privée et la vie familiale ne sont pas les seules valeurs

⁵⁴³ CEDH, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII [JCP G 2002, 128, obs. F. SUDRE ; JDI 2002, 297, n. D. LECLERCQ-DELAPIERRE].

⁵⁴⁴ CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, 28 juin 2007, § 117 [AJDA 2007, 1920, obs. J.-F. FLAUSS ; D. 2007, 2700, n. F. MARCHADIER ; Gaz. Pal. 22 mars 2008 (n° 82) p. 31, n. M.-L. NIBOYET ; JCP 2007.I.182, obs. F. SUDRE ; JDI 2008, comm. 5 (p. 183) n. L. D'AVOUT ; JDI 2008, chron. 7 (p. 810) n. A. DRESSAYRE ; RCDIP 2007, 807, n. P. KINSCH ; RTD civ. 2007, 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁵⁴⁵ *Infra*, n° 267.

⁵⁴⁶ CEDH, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I, § 54 [Europe 2002/5, comm. 207 (p. 30) obs. N. DEFFAINS ; JCP G 2002, 1453, obs. F. SUDRE ; RTD civ. 2002, 795, obs. J. HAUSER et 866, obs. J.-P. MARGUÉNAUD]. — Déjà, CEDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, Série A n° 160, § 39.

⁵⁴⁷ *Mikulić c. Croatie*, précité, § 53.

⁵⁴⁸ CEDH, *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014, § 46 [Dalloz Actualité 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; AJ fam. 2014, 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE et 499, obs. B. HAFTEL ; D. 2014, 1376, 1773, n. F. CHÉNÉDÉ et 1806, n. L. D'AVOUT ; D. 2015, 708, obs. F. GRANIER-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014/9, comm. 128 (p. 28) n. C. NEIRINCK ; JCP G 2014, 827, obs. B. PASTRE-BELDA, 832, obs. F. SUDRE et 1486, n. A. GOUTTENOIRE ; JDI 2014, comm. 16 (p. 1265) n. J. GUILLAUMÉ ; RCDIP 2015, 144, n. S. BOLLÉE ; RTD civ. 2014, 616, obs. J. HAUSER et 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

protégées par la CSDH qui nous intéressent sur le plan du droit international privé. L'article 1^{er} du Protocole n° 1 est tout aussi important pour notre domaine.

B/ L'exemple du respect des biens

256. Dans l'affaire *Marckx*, précitée⁵⁴⁹, la CEDH s'était fondée sur l'article 8 pour sanctionner l'inégalité en matière successorale entre les enfants naturels et les enfants légitimes, en considérant qu'il s'agissait de l'égalité des rôles des enfants naturels et légitimes au sein d'une famille ; mais elle a rejeté le moyen des requérantes pris de la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (ci-après « article 1 P. 1 »)⁵⁵⁰, car « ce texte se borne à consacrer le droit de chacun au respect de “ses” biens [et] ne vaut par conséquent que pour des biens actuels et ne garantit pas le droit d'en acquérir par voie de succession *ab intestat* ou de libéralités »⁵⁵¹. Cependant, dans d'autres affaires portant sur la filiation, elle a appliqué l'article 1 P. 1 dans des situations voisines, comme c'était le cas de l'affaire *Inze c. Autriche*⁵⁵². La différence consistait dans le fait que dans cette dernière affaire la succession était déjà ouverte et la dévolution successorale s'était opérée par l'effet de la loi, à la mort de la *de cuius*, automatiquement, selon le droit interne applicable. Le droit du requérant sur sa part dans la succession était donc un « bien actuel », selon l'expression de la jurisprudence *Marckx*⁵⁵³. Cette distinction a été confirmée depuis, par exemple dans l'affaire *Mazurek c. France*⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ *Supra*, n° 245.

⁵⁵⁰ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. 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.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

⁵⁵¹ *Marckx c. Belgique*, précité, § 50.

⁵⁵² CEDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, Série A n° 126 [JDI 1988, 882, n. P. TAVERNIER].

⁵⁵³ *Ibid.*, § 38.

⁵⁵⁴ CEDH, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CEDH 2000-II, § 24 et § 42 [D. 2000, 334, n. J. THIERRY ; *Defrénois* 2000, 650, obs. J. MASSIP ; *Droit et patrimoine* 2000, 56, n. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 19 novembre 2000 (n° 324) p. 19, n. N. BOLLON et M. PORTEFAIX ; *JCP* 2000.I.278, obs. R. LE GUIDEZ ; *JCP* 2000.II.10286, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *JDI* 2001, 229, obs. P. TAVERNIER ; *LPA* 10 mai 2000 (n° 93) p. 11, n. S. HOCQUET-

Les deux hypothèses sont alternatives et le choix du fondement dépend donc de la question de savoir si la succession est déjà ouverte (ou, *a fortiori*, déjà partagée : *Inze*) ou si le *de cuius* est « toujours de ce monde » (selon l'expression de la CEDH) et les droits successoraux ne sont donc qu'une éventualité (*Marckx*).

Toutefois, on ne peut pas ignorer le lien dialectique qui unit les deux hypothèses de fait, et qui unit les deux fondements de droit. Dans l'arrêt *Mazurek*, le requérant invoquait la discrimination à la fois par rapport à l'article 8 de la Convention et par rapport à l'article 1 P. 1. Les deux griefs étaient recevables ; la Cour a choisi d'examiner en premier lieu la violation de l'article 1 P. 1 combiné avec l'article 14, puisque la succession était déjà ouverte⁵⁵⁵. Après avoir conclu à la discrimination quant au droit au respect des biens, elle décide ne pas étudier le grief tiré de la discrimination quant au respect de la vie familiale : « eu égard à la conclusion [sur à la discrimination quant au respect de la vie familiale] et compte tenu du fait que les arguments avancés par les parties sont les mêmes que ceux examinés dans le contexte de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner ce grief »⁵⁵⁶. On pourrait l'expliquer de manière suivante : les circonstances qui constituaient la violation de l'article 1 P. 1 violaient du même coup l'article 8 CSDH, et corrélativement, toute mesure portant élimination de la discrimination par rapport au premier texte aurait le même effet par rapport au second.

Néanmoins, la différence *conceptuelle* entre les deux hypothèses est très importante, car c'est celle entre l'existence des dispositions — hypothétiques — du Droit des successions d'une part (*Marckx*) et l'existence d'une situation juridique — catégorique — d'autre part (*Inze*).

257. On pourrait être tenté d'en déduire que lorsque l'article 8 CSDH vise principalement une situation de fait (comme cela a été évoqué plus haut) l'article 1 P. 1 viserait, au contraire, une situation juridique. Cette opinion trouverait un appui supplémentaire dans la jurisprudence constante de la CEDH, selon laquelle « en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article [1 P. 1] garantit en

BERG et *LPA* 5 juillet 2000 (n° 133) p. 18, n. J. MASSIP ; *RTD civ.* 2000, 289, n. J. HAUSER et 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁵⁵⁵ *Ibid.*, § 24.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, § 56.

substance le *droit de propriété* »⁵⁵⁷.

Selon une jurisprudence constante de la CEDH,

« [L'article 1 P. 1] contient trois normes distinctes. La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle ressort du deuxième alinéa »⁵⁵⁸.

Il est vrai que dans l'esprit des rédacteurs du texte, comme il ressort des travaux préparatoires, les « biens d'une personne » s'inscrivent dans le cadre du droit de propriété. Il n'est pas moins vrai que le droit de propriété est l'archétype du droit subjectif que l'on puisse avoir sur une chose et, dans une certaine mesure, l'archétype du droit subjectif en général⁵⁵⁹. Pourtant, ce n'est pas tout à fait exact.

258. Si l'on regarde dans la jurisprudence de la CEDH, on trouvera l'article 1 P. 1 appliqué au cas d'un droit successoral légal (*Mazurek*) ou au cas d'un droit d'attribution préférentielle (*Inze*), alors que dans aucun de ces deux cas il ne s'agit pas du droit de propriété à proprement parler. Dans d'autres exemples, que nous ne pourrions pas tous citer ici, on peut observer l'application par la CEDH du même texte, notamment, aux parts sociales, à la clientèle, à une marque commerciale, à un droit d'auteur, à une créance liquidée ou même au principe d'une créance, aux prestations sociales, et même aux intérêts économiques sans titre juridique⁵⁶⁰. Quelques explications s'imposent.

Depuis l'affaire *Gasus Dossier*, plaçant les sûretés réelles dans le champ de l'article 1 du Protocole n° 1,

⁵⁵⁷ *Marckx c. Belgique*, précité, § 63, souligné par nous.

⁵⁵⁸ CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, *Série A* n° 52, § 61 [JDI 1985, 205, obs. P. TAVERNIER].

⁵⁵⁹ L'analogie est saisissante dans la théorie de Dabin (*supra*, n° 145 et s.), celle de Ginossar (*supra*, n° 152), ainsi que dans la genèse de la notion de droit subjectif dans l'histoire du droit (*supra*, n° 160 et s.).

⁵⁶⁰ Pour un panorama de la jurisprudence, v. F. SUDRE, *op. cit.*, p. 837 (n° 583) et s.

« la notion de “biens” [...] de l’art. [1 P. 1] a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels : certains autres *droits et intérêts constituant des actifs* peuvent aussi passer pour des “droits de propriété” et donc pour des “biens” aux fins de cette disposition »⁵⁶¹.

L’arrêt *Öneryildiz* a précisé, s’agissant d’une habitation de fortune construite illégalement que :

« ce qui importe c’est de rechercher si les circonstances d’une affaire donnée, considérées dans leur ensemble, peuvent passer pour avoir rendu le requérant titulaire d’un *intérêt substantiel* protégé par cette disposition »⁵⁶².

Aux termes de la jurisprudence *Raffineries Stran*, constitue un « bien » au sens de l’article 1 P. 1 une *créance exigible*, par exemple résultant d’une sentence arbitrale définitive⁵⁶³. Concernant une créance éventuelle, la CEDH a élaboré une notion d’*espérance légitime* qui bénéficie de la protection de l’article 1 P. 1 ; cette jurisprudence est « codifiée » dans l’arrêt *Kopecký* en des termes suivants : « lorsque l’intérêt patrimonial concerné est de l’ordre de la créance, il [...] peut être considéré comme une “valeur patrimoniale” [...] lorsqu’il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu’il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux »⁵⁶⁴.

259. Droit réel, créance exigible, « intérêt constituant un actif », « espérance légitime », « intérêt substantiel » — la notion de « bien » aux termes de l’article 1 P. 1 est extrêmement large. Apparemment, toutes ces notions convergent vers celle d’*intérêt patrimonial* au sens large. Et comme cela a été évoqué plus haut⁵⁶⁵, l’intérêt juridiquement

⁵⁶¹ CEDH, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 21 février 1995, *Série A* n° 306, § 53, souligné par nous [*Gaz. Pal.* 11 octobre 1996 (n° 286-287) p. 14, n. J.-N. CLÉMENT].

⁵⁶² CEDH, *Öneryildiz c. Turquie* [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII, § 124, souligné par nous [*Europe* 2005/3, comm. 105 (p. 28) obs. N. DEFFAINS et comm. 106 (p. 29) obs. V. LECHEVALLIER ; *JDI* 2005, chron. 3 (p. 506) obs. P. TAVERNIER ; *RTD civ.* 2005, 422, n. Th. REVET].

⁵⁶³ CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, *Série A* n° 301, § 59 [*JDI* 1995, 796, n. P. TAVERNIER].

⁵⁶⁴ CEDH, *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, CEDH 2004-IX, § 52, § 54 [*JCP G* 2005, 79, obs. F. SUDRE ; *JDI* 2005, 550, n. P. TAVERNIER].

⁵⁶⁵ *Supra*, n° 136 et s.

important n'est pas un phénomène de droit mais une notion de fait visée par le droit. En effet, le Droit ne crée pas l'intérêt, celui-ci existe indépendamment de celui-là, mais parfois les normes du droit objectif visent expressément les intérêts. Le terme de « ses biens » de l'article 1 P. 1 est délibérément vague, protéiforme pour permettre à ce texte d'embrasser tous les cas de figures qui pourraient, sur le plan juridique, encadrer une relation sociale protégée, l'intérêt patrimonial protégé.

260. Donc, l'article 1^{er} du Protocole n° 1 et l'article 8 de la Convention protègent une situation factuelle et non juridique. Une situation juridique, créée par le droit matériel applicable, peut porter atteinte à cette situation de fait, et la CEDH va l'analyser à ce propos. Mais la situation juridique ne sera pas l'objet principal de son intervention et ne bénéficiera pas en elle-même de la protection de la Convention. Corrélativement, la CEDH ne pourra pas créer, modifier ou éteindre une situation juridique, elle n'exigera pas non plus, en principe, la création, modification ou extinction par l'État condamné d'une situation juridique déterminée, dans la mesure où les États sont souverains dans le choix des moyens à mettre en œuvre afin de mettre fin à une violation de la CSDH.

Par ailleurs, si la CEDH se focalise sur les situations de fait, c'est très rationnel dans le contexte du Conseil de l'Europe : la grande Europe connaît presque une demi-centaine de systèmes de droit nationaux qui peuvent différer sensiblement les uns des autres, or les situations de fait sont identiques dans tout l'espace de la Convention. Ainsi, cette approche factuelle favorise l'uniformité de l'application de la Convention et participe à la garantie de l'égalité des individus.

261. Il n'est pas révolutionnaire en soi de considérer que le Droit puisse s'occuper de la réalité des faits sans égard aux formes juridiques. Ainsi, quand le droit pénal interdit de tuer autrui, il ne s'intéresse nullement à l'état et à la capacité de la victime, il vise directement le Fait : ce qui est incriminé par le Code pénal c'est de causer la mort d'un être humain, non pas de « terminer une personnalité juridique ». Par exemple, les individus dépourvus de personnalité juridique, comme les esclaves et les morts civils à une certaine époque, pouvaient être victimes de meurtre⁵⁶⁶. Inversement, une personne morale, bien qu'ayant la personnalité juridique, ne peut pas être victime d'un meurtre au sens du droit

⁵⁶⁶ Cass. crim., 8 février 1839 [S.1839.I.612].

pénal.

Dans le même ordre d'idées, si l'article 1382 du Code civil français établit une responsabilité, entre autre, pour des dommages aux biens d'autrui, il ne protège nullement le droit de propriété de la victime mais l'utilité pratique que la chose présente pour elle. Par exemple, dans le cas d'une détérioration d'un bien, la victime conserve la propriété du bien mais ne peut plus l'utiliser comme avant, ce qui constitue un préjudice réparable. Par ailleurs, le montant de la réparation du préjudice matériel est-il égal, en droit français, à la valeur de réparation ou de remplacement, afin de rétablir l'*utilité pratique* du bien⁵⁶⁷.

262. Néanmoins, contrairement au droit au respect de la vie familiale et à celui au respect des biens, d'autres droits de l'Homme, comme celui de se marier (art. 12 CSDH) ou encore le principe de l'égalité des droits des époux (art. 5 du Protocole n° 7) ont pour objet des phénomènes juridiques et non pas des situations de fait. Qu'il existe une telle différence d'objet entre différentes dispositions de la Convention et de ses protocoles additionnels n'est guère étonnant, ni original si l'on regarde d'autres systèmes juridiques, notamment le droit interne, où l'on trouve également des normes de droit objectif qui visent directement des situations de fait et d'autres qui visent des phénomènes juridiques.

L'article 12 CSDH est sans intérêt pour la présente étude car il concerne le droit de créer une situation juridique et non pas la circulation des situations juridiques déjà créées. Quant à l'article 5 du Protocole n° 7, il intervient sur un plan différent, celui des conditions d'accueil dans le for d'une situation juridique étrangère, et sera traité plus loin.

263. L'objet de certains droits de l'Homme se trouve donc être la *réalité sociale*. Cependant, deux précisions s'imposent. D'abord, il peut arriver que le jugement de la CEDH sur cette réalité sociale mette l'État condamné pour la violation de la Convention dans une situation où son libre choix des mesures à mettre en œuvre se limite concrètement

⁵⁶⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., Defrénois, 2013, p. 129 (n° 245) et s. ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^e éd., Dalloz, 2014, p. 966 (n° 2527) et s.

à une option unique, du moins quant au fond. Parmi les affaires vues précédemment, nous pouvons citer l'exemple de l'affaire *Beldjoudi* : en jugeant que l'expulsion de l'époux constituerait une atteinte disproportionnée à leur vie familiale, la Cour a obligé *de facto* la France à ne pas l'expulser, en ne laissant à l'État français que le choix des formes procédurales. Ensuite, parfois la CEDH semble comparer la situation juridique d'une part et la réalité sociale d'autre part, en essayant de les peser et de trouver un compromis⁵⁶⁸. Cela signifie que les rapports entre les droits de l'Homme, le droit applicable au fond et le droit international privé sont complexes et méritent davantage d'attention⁵⁶⁹.

264. Une chose est sûre : le rapport entre les droits de l'Homme et le droit matériel (applicable au fond) n'est pas celui d'identité. Les droits de l'Homme ne sauraient être assimilés à des situations juridiques ni à des règles matérielles qui pourraient régir au fond et d'une manière suffisante, une situation juridique. Qu'il s'agisse du niveau objectif ou subjectif, ces phénomènes juridiques ne relèvent pas du droit applicable au sens du droit international privé.

Il faut maintenant rechercher la place des droits de l'Homme par rapports aux règles et méthodes du droit international privé.

⁵⁶⁸ *Wagner et J.M.W.L.*, précité, § 132-133.

⁵⁶⁹ *Infra*, Section 2.

Section 2 : Les droits de l'Homme en guise de droit international privé

265. Les droits de l'Homme participent à la circulation internationale des situations juridiques. Pourtant, on vient de le voir, ce ne pourrait pas être au titre de droit matériel applicable au fond. Cela pourrait signifier qu'ils font partie des normes de droit international privé. Pour confirmer l'hypothèse ou pour la rejeter il est nécessaire de vérifier si les droits de l'Homme correspondent à l'un des mécanismes du droit international privé (§ 2).

Mais avant de procéder à la comparaison des droits de l'Homme et du droit international privé, il est nécessaire de préciser l'objet de la présente Section, de définir les termes de la comparaison (§ 1^{er}).

§ 1^{er} — Les termes du problème

266. La comparaison purement abstraite et conceptuelle ne serait pas d'une grande utilité, et ce pour deux raisons : d'abord, les notions à comparer (droit international privé et droits de l'Homme) sont extrêmement vastes, et ensuite, leurs contours sont plus ou moins incertains. L'une ou l'autre de ces deux raisons suffiraient pour rendre le raisonnement déductif logiquement incorrect. Aussi adopterons-nous une démarche inductive, en présentant les cas concrets de l'intervention des droits de l'Homme dans le domaine de la reconnaissance qui nous serviront d'exemples (A) et en déterminant ceux des instruments du droit international privé qui pourraient être comparables aux droits de l'Homme (B).

A/ Les manifestations des droits de l'Homme dans le domaine de la reconnaissance

267. Pour illustrer la problématique, seront retenus trois arrêts rendus par la CEDH dans le domaine de reconnaissance des jugements étrangers : *Wagner*, *Negrepontis-Giannisis* et *Menesson*.

Dans la première affaire⁵⁷⁰, M^{me} Wagner, ressortissante luxembourgeoise célibataire domiciliée et résidant à Luxembourg s'était rendue au Pérou afin d'adopter une enfant. Le juge péruvien a prononcé l'adoption plénière en application de sa loi locale. Les juges luxembourgeois ont refusé l'exequatur de ce jugement aux motifs que la loi applicable à cette adoption, selon les règles de conflit de lois luxembourgeoises, était la loi du grand-duché, laquelle interdisait l'adoption plénière par une personne célibataire. À l'unanimité, la Cour européenne conclut à la violation de l'article 8 CSDH (vie familiale), pris isolément et ensemble avec l'article 14, ainsi qu'à la violation de l'article 6 §1 en ce que la justice luxembourgeoise ne s'est pas prononcée sur le moyen que les conjoints Wagner tiraient de l'ordre public au sens du droit international privé lequel comprendrait le droit au respect de la vie familiale.

268. Dans la deuxième affaire⁵⁷¹, un juge américain a prononcé l'adoption par M^{gr} Negrepointis, moine orthodoxe grec ordonné évêque dans l'État de Michigan, de son neveu, M. Giannisis. Après leur retour en Grèce et suite au décès du père adoptif, une contestation a été élevée quant à sa succession. Les juges grecs ont refusé de reconnaître l'adoption américaine en soulevant l'exception d'ordre public au sens du droit international privé, car selon le droit canonique un moine n'aurait pas la capacité d'adopter. La CEDH, encore une fois à l'unanimité, retient la violation de l'article 8, pris isolément et combiné avec l'article 14, et de l'article 1 P. 1, en jugeant que l'ingérence dans ces droits de Negrepointis-Giannisis n'a pas été proportionnée au but légitime poursuivi ; elle condamne également la motivation de la Cour de cassation grecque sur le fondement de l'article 6 §1.

269. Dans la troisième affaire⁵⁷², les époux Mennesson, ressortissants français

⁵⁷⁰ CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, 28 juin 2007 [AJDA 2007, 1920, obs. J.-F. FLAUSS ; D. 2007, 2700, n. F. MARCHADIER ; Gaz. Pal. 22 mars 2008 (n° 82) p. 31, n. M.-L. NIBOYET ; JCP 2007.I.182, obs. F. SUDRE ; JDI 2008, comm. 5 (p. 183) n. L. D'AVOUT ; JDI 2008, chron. 7 (p. 810) n. A. DRESSAYRE ; RCDIP 2007, 807, n. P. KINSCH ; RTD civ. 2007, 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁵⁷¹ CEDH, *Negrepointis-Giannisis c. Grèce*, n°56759/08, 3 mai 2011 [Dr. fam. 2012/3, étude 6 (p. 11) obs. A. GOUTTENOIRE ; JDI 2012, comm. 7 (p. 213) n. A. DIONISI-PEYRUSSE ; RCDIP 2011, 817, n. P. KINSCH].

⁵⁷² CEDH, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 ; — et dans un contexte très similaire, CEDH, *Labassée c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014 [sur les deux arrêts : *Dalloz Actualité* 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; AJ fam. 2014, 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE et 499, obs. B. HAFTEL ; D. 2014, 1376, 1773, n. F. CHÉNÉDÉ et 1806, n. L. D'AVOUT ; D. 2015, 708, obs. F. GRANIER-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014/9, comm. 128 (p. 28) n. C. NEIRINCK ; JCP G 2014, 827, obs.

domiciliés et résidant en France, se sont rendus en Californie afin de bénéficier de la gestation pour autrui, l'insémination étant effectuée avec les spermatozoïdes du mari et les ovules d'une donneuse anonyme, en raison de l'infertilité de la femme. Un jugement californien a déclaré l'époux « père génétique » et l'épouse « mère légale » et a interdit tout établissement de filiation des jumeaux issus de ce processus envers la mère porteuse ou sa famille. La France a refusé la transcription des actes de naissance californiens sur ses registres de l'état civil, en raison de la contrariété du jugement sous-jacent à l'ordre public français au sens du droit international privé⁵⁷³. La CEDH, toujours à l'unanimité, condamne de la France pour une ingérence disproportionnée dans la vie privée des enfants Mennesson.

B/ Le champ de comparaison

270. Parmi toutes les normes de droit international privé, on peut distinguer de grandes classes, correspondant aux méthodes ou instruments particuliers : règles d'applicabilité, règles matérielles de droit international privé, lois d'application immédiate, règles de conflit et normes concernant l'ordre public international. Pour déterminer si les droits de l'Homme peuvent relever de l'un de ces instruments, il convient de déterminer ceux qui peuvent être comparés aux droits de l'Homme et en donner une définition sommaire.

L'hypothèse des règles d'applicabilité, dans chacune des acceptions, est à écarter d'emblée. La thèse des règles matérielles de droit international privé est également hors sujet car les normes, par exemple, de la CSDH ne sont pas spécifiques aux rapports privés internationaux. Il n'est pas non plus possible d'assimiler les droits de l'Homme aux règles

B. PASTRE-BELDA, 832, obs. F. SUDRE et 1486, n. A. GOUTTENOIRE ; *JDI* 2014, comm. 16 (p. 1265) n. J. GUILLAUMÉ ; *RCDIP* 2015, 144, n. S. BOLLÉE ; *RTD civ.* 2014, 616, obs. J. HAUSER et 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁵⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Mennesson*, n° 10-19053 [*Bull.*, n° 72 ; *AJ fam.* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2011, 1522, obs. D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *RCDIP* 2011, 722, n. P. HAMMJE]. — V. également, Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Labassée*, n° 09-17130 [*Bull.*, n° 70 ; *AJ fam.* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ, 265, obs. B. HAFTTEL et 266, interview DOMINGO ; *D.* 2011, 1522, obs. D. BERTHIAU et L. BRUNET, 1001, édito F. ROME, 1064, entretien X. LABBÉE, 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 1995, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *RCDIP* 2011, 722, n. P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2011, 340, obs. J. HAUSER].

de conflit, même si cette dernière affirmation pourrait être nuancée⁵⁷⁴. En revanche, la comparaison des droits de l'Homme avec les deux autres mécanismes de droit international privé mérite d'être développée et les notions définies.

271. D'abord, on devrait s'interroger sur une intervention possible des droits de l'Homme à titre de lois d'application immédiate. Même si les droits de l'Homme comme le droit au respect de la vie familiale ou celui au respect des biens ne peuvent pas suffire à créer, modifier ou éteindre une situation juridique, une loi d'application immédiate peut n'intervenir que sur certains points particuliers, en laissant le droit matériel normalement applicable la compléter sur d'autres points. Ce qui nous permet d'envisager l'hypothèse.

L'expression de « lois d'application immédiate » fut proposée par Francescakis⁵⁷⁵, même si l'idée remonterait au moins à Savigny, dans la pensée duquel elle semble se mélanger avec la notion d' « ordre public positif »⁵⁷⁶. Par la suite il fut suggéré de les nommer « lois de police »⁵⁷⁷, et certains préconisèrent l'appellation de « dispositions internationalement impératives »⁵⁷⁸, chaque formulation retenant un certain aspect de ce mécanisme atypique.

Sur le plan méthodologique, il est possible de dire, dans une première approche, que les lois de police sont des dispositions de droit matériel qui, en raison de l'intensité de la politique législative qu'elles expriment, s'appliquent sans la médiation des règles de conflit et donc nonobstant le droit normalement applicable⁵⁷⁹.

272. Ensuite, et d'une manière plus évidente, il convient d'observer l'intervention des droits de l'Homme dans le cadre de l'exception d'ordre public au sens du droit international privé. Il n'existe pas de définition précise de ce qu'est l'ordre public au sens

⁵⁷⁴ *Infra*, n° 284.

⁵⁷⁵ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes*, Sirey, 1958, p. 11 (n° 7) et s., spéc. p. 15 (n° 11) ; H. BATIFFOL et Ph. FRANCESCAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *RCDIP* 1958, 259, spéc. p. 271-272.

⁵⁷⁶ F.-C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Ch. GUENOUX Paris, 1860, § 349 (p. 35).

⁵⁷⁷ Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966, 1.

⁵⁷⁸ K. H. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *RCDIP* 1957, 579 et 1958, 53.

⁵⁷⁹ *Cf.* Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions... », précité, p. 13 ; — CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, C-369/96, p¹ 30 [*Rec.* 1999, I-08453 ; *JDI* 2000, 493, obs. M. LUBY ; *RCDIP* 2000, 710, n. M. FALLON] ; — Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008, dit « Rome I », art. 9. — Nous reviendrons à la question des lois de police plus loin.

du droit international privé, usuellement appelé « ordre public international », par contraction. Dans un arrêt célèbre, la Cour de cassation le définit comme « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »⁵⁸⁰. Dans un arrêt plus récent, elle l'assimila aux « principes essentiels du droit français »⁵⁸¹. La jurisprudence comparée en donne des définitions variables et la doctrine se résigne à en dégager une définitive, affirmant l'impossibilité voire l'inutilité d'une définition précise. Au dernier chapitre, nous présenterons une approche structurelle de l'ordre public international, qui sera utile pour préciser la distinction entre l'ordre public international et les lois de police ainsi que la variabilité de l'ordre public, mais toutes ces précisions sont inutiles à la comparaison qui suit.

§ 2 — La comparaison

273. Il y a plusieurs angles sous lesquels on pourrait comparer les droits de l'Homme à ces mécanismes afin d'établir si les droits de l'Homme peuvent être identifiés ou opposés à, ou inclus dans, certains d'entre eux et *vice versa*. D'abord, la comparaison pourrait porter sur leurs modes d'application, leurs traits caractéristiques sur le plan de méthodologie, ce qui serait une comparaison opérationnelle (A). Ensuite, il serait intéressant d'appliquer une approche venue du droit comparé et d'analyser les buts, les fonctions respectifs des droits de l'Homme et de chacun de ces instruments du droit international privé, ce qui peut être désigné comme une comparaison fonctionnelle (B).

A/ Une comparaison opérationnelle

274. La question des méthodes, des modes de mise en œuvre de divers mécanismes de droit international privé est très vaste. Les développements qui suivent se limiteront à une brève étude de certains aspects caractéristiques, sans prétendre en donner une analyse

⁵⁸⁰ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* [GA, n° 19 ; D. 1948, 357, n. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; JCP 1948.II.4532, n. M. VASSEUR ; RCDIP 1949, 89, n. H. BATIFFOL ; S. 1949.I.21, n. J.-P. NIBOYET].

⁵⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21740 [Bull., n° 162 ; AJ fam. 2010, 387, obs. A. MIRKOVIC, obs. B. HAFTEL, interview C. MÉCARY ; D. 2010, 1787, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2012, 1973, obs. L. D'AVOUT ; JDI 2011, comm. 4 (p. 119) n. S. BOLLÉE ; RCDIP 2010, 748, n. P. HAMMJE ; RTD civ. 2010, 547, obs. J. HAUSER].

approfondie ni en exposer toutes les nuances, mais sans en oublier aucun point important pour notre recherche. La comparaison peut être faite selon plusieurs critères ci-dessous.

Application *ratione loci et ratione personae.* On remarque tout de suite une première particularité des droits de l'Homme par rapport à tous les instruments du droit international privé : alors que les normes de droit international privé ne trouvent à s'appliquer que lorsque la situation présente un élément d'extranéité, le juge d'un État partie est tenu d'appliquer la Convention qu'il s'agisse d'une situation avec un élément d'extranéité ou d'une situation purement interne (art. 1^{er} CSDH).

Sur ce point, le champ d'application des droits de l'Homme est plus large et englobe celui de tous les instruments du droit international privé ; il y a donc un rapport d'inclusion.

Application *ratione materiae.* L'application des droits de l'Homme n'est pas limitée à la matière civile et commerciale ce qui est bien compréhensible : les droits de l'Homme comme celui au respect de la vie privée et familiale ou encore celui au respect des biens visent les situations de fait quelle que soit la situation de droit correspondante⁵⁸². La Convention s'applique notamment en matière pénale et en d'autres.

En revanche, les normes constituant l'ordre public au sens du droit international privé ne concernent que la matière civile et commerciale. Les lois d'application immédiate, quant à eux, n'interviennent que ponctuellement, sur des questions précises relevant de la matière civile et commerciale.

On observe ici une relation d'inclusion comparable à celle que l'on vient de voir pour la condition d'extranéité.

275. Moment de mise en œuvre. Le moment de l'intervention des normes du droit international privé est différent selon les mécanismes. La loi d'application immédiate intervient *a priori*, sans médiation d'aucun autre mécanisme de droit international privé, comme son nom indique, et son application n'est semble-t-il pas admise, pour l'instant, dans l'instance indirecte⁵⁸³. L'exception d'ordre public international, qu'elle soit utilisée en instance directe ou en instance indirecte, n'intervient qu'en deuxième temps, une fois que la norme matérielle soit identifiée, analysée et que le résultat projeté de son application

⁵⁸² *Supra*, n° 249 et s., spéc. n° 260 et s.

⁵⁸³ *Infra*, n° 448.

ou de sa reconnaissance en l'espèce soit jugé contraire à l'ordre public.

Les droits de l'Homme, quant à eux, peuvent intervenir tout aussi bien dans l'instance directe que dans l'instance indirecte. Dans l'instance directe, ils s'appliquent aussi bien en amont qu'en aval de la détermination de la loi normalement applicable, et plus précisément indépendamment de l'application du droit international privé et du droit applicable au fond.

Sur ce point, il est évident que l'on ne peut réduire les droits de l'Homme à aucun des mécanismes du droit international privé. Cependant, la question mérite d'être posée de savoir s'il n'est pas possible de considérer que dans certains cas précis certains mécanismes du droit international privé pourraient être vus comme des avatars particuliers des droits de l'Homme, autrement dit si les droits de l'Homme ne peuvent pas se manifester parfois sous forme de tel ou tel mécanisme du droit international privé.

276. Flexibilité. Les lois de police ne connaissent aucune graduation, ni exception. Du moment qu'une loi de police est considérée comme telle et que le litige en question touche à la politique législative considérée (*ratione loci, ratione personae*, etc.) — cette loi va « forcer son application ». Ce n'est pas par hasard que l'on parle parfois, surtout en Italie, des « lois d'application nécessaire »⁵⁸⁴. Une autre question concerne la qualification d'une norme en tant que loi de police. Il ne s'agit pas d'un objet spécifique de ces normes ou de leur but spécifique : toute règle de droit poursuit une politique législative, sans aucun objectif impérieux l'adoption d'une règle serait inutile. La qualification d'une disposition de « loi de police » dépend plutôt de l'intensité de la politique législative sous-jacente⁵⁸⁵. Les lois de police ne connaissent donc aucune flexibilité.

L'ordre public international connaît une certaine variabilité de ses effets avec les concepts de l'*Inlandsbeziehung*, de l'ordre public de proximité et d'éloignement ou avec la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Certains auteurs critiquent l'idée de l'intensité variable de l'ordre public international⁵⁸⁶. L'approche structuraliste, par exemple, nie toute idée de flexibilité de l'exception d'ordre public. En revanche, certaine flexibilité et

⁵⁸⁴ Par ex., G. SPERDUTI, « Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1976, 469 ; — et en version française, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *RCDIP* 1977, 257.

⁵⁸⁵ Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 139 (1973) p. 269 et s., spéc. p. 328.

⁵⁸⁶ *Infra*, n° 452.

indétermination des prescriptions normatives pourraient être propres aux normes mêmes qui constituent le contenu de l'ordre public au sens du droit international, du moment où il s'agit de *principes* et non pas de règles.

Quant aux droits de l'Homme de la CSDH, la flexibilité leur est inhérente. La Convention prévoit la possibilité d'une ingérence dans un droit garanti qui ne serait pas une violation de la Convention. Pour être conforme à la Convention, l'ingérence doit être prévue par le droit positif, viser un but légitime et être « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ledit but, être proportionnée à celui-ci⁵⁸⁷. Pour apprécier la nécessité de l'ingérence, le juge national dispose d'une « marge nationale d'appréciation », autrement dit d'une certaine discrétion⁵⁸⁸. Cette marge, à l'intérieur de laquelle les États parties disposent d'un pouvoir discrétionnaire, est contrôlée par la CEDH⁵⁸⁹. Pour ce faire, la Cour européenne apprécie si un « juste équilibre » a été ménagé entre les intérêts concurrents⁵⁹⁰. Ainsi, dans l'affaire *Menesson*, il s'agissait d'un « juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient aux choix effectués démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants — dont l'intérêt supérieur de l'enfant — à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale »⁵⁹¹. Cette flexibilité ne doit pas être confondue avec un caractère « optionnel » ou « semi-impératif » : la possibilité, sous certaines conditions, d'apporter des limitations aux droits garantis fait partie intégrante, et tout aussi impérative, de la Convention.

Dans cette optique, il est possible de rapprocher les droits de l'Homme de l'ordre public international. Même lorsque le juge français ne procède pas ouvertement à un contrôle de proportionnalité entre l'impératif de respecter son droit international privé d'une part, et celui de respecter les principes fondamentaux du droit français d'autre part,

⁵⁸⁷ Par ex., selon le § 2 de l'art. 8, « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁵⁸⁸ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, *Série A* n° 24, § 48 et s. [JDI 1978, 706, obs. P. ROLLAND].

⁵⁸⁹ *Ibid.*, § 49.

⁵⁹⁰ Par ex., CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, CEDH 2007-I, § 64 [RTD civ. 2007, 295, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et 545, obs. J. HAUSER]. — Déjà en ce sens, CEDH, *Klass c. RFA*, 6 septembre 1978, *Série A* n° 28, § 59.

⁵⁹¹ *Menesson c. France*, précité, § 84.

cela ne signifie pas que ce raisonnement n'est pas présent implicitement. Par définition, un principe général ne contient pas de prescription, interdiction, ou autorisation précises sur le fond du litige et son application passe donc nécessairement par la mise en balance de la valeur par lui protégée, d'une part, et d'un impératif du droit international privé, d'autre part. Par ailleurs, quand les textes législatifs de l'UE prévoient la possibilité pour les États membres de mettre en œuvre une exception d'ordre public international, les mots « *manifestement contraire* » ou « *manifestement incompatible* » pourraient renvoyer à la mise en balance et à la marge nationale d'appréciation⁵⁹².

277. Impérativité. Au-delà de la flexibilité, c'est-à-dire de l'intensité variable, il y a la question de la mise à l'écart totale de tel ou tel instrument de droit international privé. L'impérativité varie selon les mécanismes envisagés.

Les lois d'application immédiate sont internationalement impératives par définition, et en principe ne peuvent donc pas être évincées. Pourtant, l'utilisation de cette technique peut être contrôlée au regard du droit de l'UE : « l'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police [...] ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général »⁵⁹³. La Cour de justice évalue le caractère impérieux des raisons liées à l'intérêt général sous-jacent mais aussi la proportionnalité de la loi d'application immédiate en question⁵⁹⁴. Par ailleurs, on peut tout aussi bien imaginer le contrôle de l'application concrète d'une loi de police à l'aune de la CSDH.

Certains auteurs assimilent les droits de l'Homme à des lois de police⁵⁹⁵. Or, comme nous l'avons démontré⁵⁹⁶, les dispositions de la CSDH ne peuvent pas s'analyser en droit matériel et ne peuvent donc pas être qualifiées de lois de police. Certes, la CSDH est d'application nécessaire, immédiate, mais à la différence d'une loi de police, elle ne

⁵⁹² Par ex., règlement (UE) 1215/2012 du 12 décembre 2012, art. 45, § 1, a), ou règlement (CE) 593/2008 du 17 juin 2008, art. 21.

⁵⁹³ *Arblade*, précité, p^t 31.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p^t 35.

⁵⁹⁵ NIBOYET & GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 287 (n° 386).

⁵⁹⁶ *Supra*, n° 236 et s.

s'applique pas à la place d'une loi par ailleurs applicable mais en parallèle avec l'application de la loi désignée applicable par la règle de conflit de lois du for, qu'elle soit étrangère ou celle du for, ordinaire ou même loi de police.

Quant à l'ordre public international, ce mécanisme est censé être la « soupape de sécurité »⁵⁹⁷ de l'ordre juridique du for et avoir une valeur juridique suprême. Néanmoins, l'utilisation de l'exception d'ordre public au sens du droit international peut être sanctionnée pour violation de la CSDH comme c'était le cas dans les affaires *Negrepontis-Giannisis* et *Menesson*. Dans le même ordre d'idées, alors que le droit de l'UE dans le domaine du droit international privé autorise expressément les États membres à utiliser l'exception d'ordre public, la Cour de justice se réserve le droit de « contrôler les limites de cette notion »⁵⁹⁸.

Donc, contrairement à la CSDH et au droit de l'UE, chaque mécanisme de droit international privé peut être évincé dans un cas d'espèce. Plus encore, en termes d'impérativité ou de force juridique, les rapports ici observés sont plutôt ceux d'hierarchisation : les droits de l'Homme de la CSDH et les libertés fondamentales de l'UE peuvent parfois écarter les normes du droit international privé national, tandis que l'inverse n'est pas envisageable dans le cadre du système actuel.

278. De cette brève analyse, découle l'impossibilité d'assimiler les droits de l'Homme à l'un des mécanismes du droit international privé. Plus encore, parfois ils sont opposés explicitement : dans les affaires *Negrepontis-Giannisis* et *Menesson* c'est l'exception d'ordre public qui a été confrontée aux droits de l'Homme. Il est intéressant de noter, à ce propos, que les buts légitimes prévus par la Convention comme justifiant une ingérence — « la sécurité nationale, [la] sûreté publique, [le] bien-être économique du pays, [la] défense de l'ordre et [la] prévention des infractions pénales, [la] protection de la santé ou de la morale, ou [la] protection des droits et libertés d'autrui » — peuvent être rassemblés sous le vocable d' « ordre public »⁵⁹⁹. D'ailleurs, cette clause qui parle de « l'intérêt général », contenue au second paragraphe de l'article 8 de la Convention et au

⁵⁹⁷ L'expression empruntée à F. MOSCONI, « Art. 16 » in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato italiano*, CEDAM, 1996, p. 78.

⁵⁹⁸ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, p^{ts} 22-23 [Rec. 2000, I-01935 ; RCDIP 2000, 481, n. H. MUIR WATT].

⁵⁹⁹ En ce sens, F. SUDRE, *op. cit.*, p. 209 (n° 136).

second alinéa de l'article 1 P. 1, est appelée « clause d'ordre public » dans la doctrine des droits de l'Homme⁶⁰⁰.

Toutefois, les rapprochements entre les droits de l'Homme et certains mécanismes de droit international privé ne sont pas sans fondement et leurs rapports respectifs sont complexes. Pour mieux les saisir, il faut poursuivre la comparaison dans une optique fonctionnelle.

B/ Une comparaison fonctionnelle

279. La question des fonctions respectives peut être très complexe. Sur le plan le plus abstrait, la fonction première de tout instrument de droit privé est de permettre au juge de trancher le litige, ou à toute personne de discerner le comportement licite du comportement illicite. Mais plus on descend vers le concret, vers le spécial — plus les choses se compliquent. Dans les brefs développements qui suivent, nous sommes obligés de choisir dans cette graduation entre l'abstrait et le concret un palier déterminé ; nous choisissons donc de nous situer sur le plan la de technique juridique, ou de la méthodologie d'application du droit, sans considération des fonctions que tel ou tel instrument peut remplir sur un plan plus élevé (fonction sociale, fonction économique, Justice, etc.) ou plus concret (l'application *in concreto*, dans un cas d'espèce).

280. La fonction technique de l'exception d'ordre public consiste en l'éviction d'une norme étrangère ou, plus précisément, en la « désactivation » de la règle de conflit du for.

La doctrine insiste d'habitude sur l'existence nécessaire, à côté de cette fonction d'éviction (« fonction négative »), d'une fonction de substitution de la loi du for à la loi étrangère évincée (« fonction positive »)⁶⁰¹. Cela ne semble pas exact dans le cas de la reconnaissance d'un jugement étranger, car l'éviction de cette norme étrangère met fin au procès portant sur le jugement, même si les parties pourront en initier un autre sur le fond. D'ailleurs, cette fonction n'est peut-être pas toujours nécessaire dans l'instance directe. En effet, l'éviction d'une disposition étrangère sur laquelle une partie fonde sa prétention, mais dont l'application au cas d'espèce serait contraire à l'ordre public international,

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 203 (n° 131).

⁶⁰¹ BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 544-545 (n° 468) ; MAYER & HEUZÉ, p. 159-161 (n°s 217-220).

s'analyserait en l'absence de fondement juridique de cette prétention et conduirait donc à son rejet, sans que le juge soit obligé de trouver dans son droit interne une disposition qui dirait le contraire de la disposition étrangère évincée. De surcroît, si l'on admet le postulat de complétude de tout ordre juridique, il est toujours possible de trouver une solution à un problème de droit sans avoir besoin de combler par la *lex fori* les « lacunes » de la loi applicable créées par l'effet de l'exception d'ordre public. Ce serait surtout évident dans les cas où il s'agirait d'évincer un privilège, une règle dérogatoire, au sein de la loi étrangère, par exemple en raison de son caractère discriminatoire. Imaginons que le droit étranger des successions, applicable en l'espèce, contienne deux règles : 1) « en l'absence de testament, la succession est dévolue en parts égales à tous les enfants », et 2) « un enfant conçu avec un conjoint de nationalité étrangère voit sa part minorée de moitié ». Suite à l'éviction de la seconde règle, le juge pourra trancher le litige par application de la même loi, sans avoir besoin d'appliquer la *lex fori* quant à l'égalité des héritiers selon leur origine nationale, et surtout sans appliquer à la part successorale de cet héritier la loi différente de celle qu'il appliquera aux lots des autres héritiers. Ainsi, la substitution de la loi du for n'est pas toujours nécessaire lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

Il en résulte que la fonction technique de l'exception d'ordre public est avant tout la fonction d'éviction de la norme étrangère.

281. Quant à la fonction technique des lois de police, on dit qu'elle consiste à apporter à une question de droit une solution sur le fond, sans passer par une règle de conflit.

M. Benjamin Rémy remet en cause cette vision et affirme que la loi de police intervient non pas avant la recherche de la loi applicable mais après la détermination de celle-ci et à la condition que l'application de la loi applicable ne soit pas suffisante pour atteindre « l'objectif sociétal » poursuivi par une loi de police⁶⁰². Dans cette logique, la fonction des lois de police serait la même que celle de l'exception d'ordre public — l'éviction d'une loi étrangère normalement applicable, seul le critère d'application serait

⁶⁰² B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. MAYER, Dalloz, 2008, p. 197 (n° 357), p. 346 (n° 666).

différent⁶⁰³.

On ne peut qu'être d'accord avec l'auteur considérant que les lois de police *résolvent* un conflit de lois et non qu'elles l'*évitent*. Cependant il est nécessaire d'y apporter quelques nuances.

D'abord, en ce qui concerne le fonctionnement des lois de police. Tous les mécanismes du droit international privé, et les lois de police n'en font pas exception, servent à résoudre un conflit international de normes. Les règles de choix de la loi, que l'on a l'habitude d'appeler règles de conflits de lois, ne créent pas ce conflit mais servent à le résoudre. C'est de l'élément d'extranéité qu'émerge le conflit. Quand le juge constate un ou plusieurs éléments d'extranéité, le problème du choix de la loi est posé, et tous les systèmes juridiques étrangers avec lesquels la situation litigieuse présente des liens quelconques sont en conflit. Ensuite, le juge peut soit démêler ce nœud gordien en appliquant une règle de choix de la loi, éventuellement sous réserve d'ordre public international, soit le trancher en appliquant une loi de police. En ce sens, il n'est effectivement pas concevable d'appliquer une loi de police avant de constater le conflit de lois et inutile avant de choisir une loi étrangère en tant que loi applicable : si c'est la loi du for qui est désignée, elle s'appliquera dans toutes ses dispositions et à titre de loi applicable, non pas à titre de loi de police. Le terme « immédiate » doit s'entendre dans le sens de « sans médiation d'une règle de conflit » et non dans le sens de « *a priori* ».

Ensuite, quant à la fonction à proprement parler des lois de police. Si la loi normalement applicable, qu'elle soit choisie par les parties ou par le juge, est une loi étrangère et qu'il y a une loi de police qui comprend les mêmes faits dans son hypothèse — la loi de police s'appliquera nécessairement au lieu de la loi étrangère normalement applicable, laquelle sera donc effectivement évincée. Or, ce qui tranche le conflit entre la loi étrangère et une loi du for c'est la *qualification* de cette dernière en tant que loi de police, alors que l'objet, le but de l'application, la fonction de cette loi n'est pas d'évincer une loi étrangère mais de donner au litige une solution déterminée ; l'éviction de la loi étrangère, et donc la « désactivation » de la règle de conflit du for, n'est ici qu'un effet secondaire mais inévitable, le « prix à payer » pour que la loi de police puisse remplir sa fonction.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 414 (n° 811).

Finally, sur les conditions d'application des lois de police. Sauf l'identité de substance entre la loi étrangère applicable et la loi de police du for, cette dernière devrait s'appliquer nécessairement. Dans la conception des lois de police comme règles matérielles, contrairement à l'ordre public international composé de « principes essentiels » (dans la terminologie de la Cour de cassation française), il n'y a qu'une seule manière dont la politique législative impérieuse pourrait se réaliser, et cette manière est explicitement précisée dans la loi de police du for. La précision, le caractère de règle par opposition au caractère de principe général — empêchent la technique de la mise en balance. Il ne s'agit pas, dans le cas de lois de police, de concilier les valeurs contradictoires et de trouver un compromis, mais d'assurer l'efficacité d'une politique législative, et cette efficacité est à son optimum dans la loi de police du for. De sorte que l'on ne saurait envisager la loi étrangère comme étant éventuellement équivalente à la loi de police du for. Sauf identité parfaite entre les deux lois, la loi de police du for s'appliquera nécessairement à la place de la disposition correspondante de la loi étrangère applicable.

C'est en cela qu'il n'apparaît pas exact de comparer la fonction des lois de police à celle de l'ordre public international.

282. Si l'on compare les fonctions techniques respectives de l'exception d'ordre public et des lois de police avec celle des droits de l'Homme, on remarquera que les droits de l'Homme peuvent parfaitement remplir la fonction négative de l'exception d'ordre public, en intervenant en complément des règles de conflit de lois. Cependant, ne pouvant pas être une loi applicable, les droits de l'Homme ne peuvent pas donner au litige une solution concrète quant au fond⁶⁰⁴. Partant les droits de l'Homme ne peuvent pas remplir la fonction d'une loi de police⁶⁰⁵.

283. Il résulte de tout ce qui précède que les droits de l'Homme se rapprochent le plus de l'ordre public au sens du droit international privé. Ils peuvent servir de base de référence à l'exception de ce nom. Toutefois, ils ne s'identifient point à l'ordre public international des États parties. Le fait que la CSDH puisse être opposée à l'exception

⁶⁰⁴ *Supra*, n° 238 et s.

⁶⁰⁵ À rapprocher : F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse Limoges, 2005, n° 478.

d'ordre public peut être interprété comme un cas d' « application directe » de la CSDH⁶⁰⁶. De la sorte, l'application de l'ordre public international du for et des droits de l'Homme de la Convention européenne peut être parallèle et parfois concurrente.

284. D'une manière quelque peu originale, mérite d'être posée la question de savoir si les droits de l'Homme ne peuvent remplir la fonction des règles de conflit de normes.

En effet, l'arrêt *Wagner*, par exemple, pourrait être interprété en ce sens que la CSDH a servi à faire le choix entre, d'une part, la loi luxembourgeoise qui prohibait l'adoption plénière par une personne célibataire et, d'autre part, le jugement péruvien ayant prononcé cette même adoption en vertu de la loi péruvienne qui ne l'interdisait pas. En effet, la CEDH était ici en présence d'un litige avec certains éléments d'extranéité et de deux normes concurrentes, ce qui implique la nécessité d'un choix⁶⁰⁷. Il est dès lors nécessaire de trouver un « critère de choix »⁶⁰⁸.

Ce critère pourrait être le respect de la Convention : « la norme applicable est celle, parmi les normes en conflit, qui est la plus compatible avec la CSDH », telle une règle de conflit « *favor jurum humanii* ».

Cette lecture n'est pas compatible avec l'approche française classique du droit international privé, car on considère habituellement qu'il ne peut pas y avoir conflit entre une norme générale, abstraite et, surtout, hypothétique (c'est-à-dire une règle, ici la loi luxembourgeoise) et une norme individuelle, concrète et, surtout, catégorique (c'est-à-dire une décision, ici le jugement péruvien)⁶⁰⁹. Mais l'obstacle disparaît si l'on s'élève au niveau du conflit de systèmes ou d'ordres juridiques et que l'on considère les deux ordres juridiques pris en bloc, tous niveaux de normes confondus⁶¹⁰. Cette vision est intéressante pour le cas de l'affaire *Wagner*, car dans ce litige le jugement péruvien a été rejeté précisément pour sa contrariété non pas à l'ordre public international luxembourgeois, mais au code civil luxembourgeois, normalement applicable en vertu des règles de conflit

⁶⁰⁶ Sur l'application directe de la Convention, v. F. MARCHADIER, *op. cit.*, n° 505 *in fine* et s.

⁶⁰⁷ Cf. MAYER & HEUZÉ, p. 77 (n° 89).

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 84 (n° 101).

⁶¹⁰ Cf., S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, 307 ; P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 276 (1999) p. 9.

de lois de cet État⁶¹¹. Et ce résultat s'expliquait non pas par le fait que le juge péruvien n'avait pas appliqué la règle luxembourgeoise de conflit de lois et n'a donc pas rempli une condition de régularité internationale des jugements, mais parce que la loi désignée et la loi appliquée apportaient une réponse opposée sur la question de la capacité d'adopter d'une personne célibataire. C'est-à-dire que le conflit se posait effectivement entre la décision péruvienne et la loi luxembourgeoise.

Néanmoins, quand bien même les droits de l'Homme pourraient parfois remplir la fonction d'une règle de conflit, ils ne sauraient y être assimilés. À supposer l'existence d'une règle de conflit *favor jurum humanii*, on serait alors tenté de la qualifier de règle de conflit à coloration matérielle. Or, les moyens de matérialisation des règles de conflit, connus et utilisés à ce jour, se résument aux rattachements alternatifs ou subsidiaires⁶¹². Déjà à propos de ce genre de règles la question s'est posée de savoir si elles étaient encore des règles de conflit ou devenaient plutôt des règles matérielles⁶¹³. Que dire alors de cette prétendue règle de la norme la plus favorable ?

Une autre circonstance vient invalider l'idée d'une telle règle de conflit. Même si la prétendue règle *favor jurum humanii* permettait de résoudre un conflit de lois, elle n'aurait pas de « critère de choix » objectif. Or, une règle de conflit qui ne comporte aucun critère objectif ne peut pas en être une. Il s'agit plutôt d'un *principe* de droit que d'une règle de droit.

285. Par ailleurs, puisque les droits de l'Homme peuvent remplir les fonctions de certains instruments de droit international privé sans en faire partie, la question légitime se pose de savoir s'ils ne peuvent pas en prendre la place.

286. En résumé, les droits de l'Homme ne relèvent ni du droit applicable au fond, ni du droit international privé. C'est un phénomène juridique distinct et différent des deux autres.

⁶¹¹ *Wagner c. Luxembourg*, précité, § 34.

⁶¹² BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 611 (n° 525) et s.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 615 (n° 530) et s.

Il intervient donc non pas « en guise de » mais « ensemble avec » les règles de droit international privé notamment dans la circulation internationale des situations juridiques.

Il convient à présent d'étudier les rapports qu'entretiennent les droits de l'Homme et le droit international privé, leurs interactions et leurs rôles respectifs précisément dans le domaine de circulation internationale des situations juridiques.

CHAPITRE II

L'INFLUENCE DES DROITS DE L'HOMME SUR LA CIRCULATION DES SITUATIONS JURIDIQUES

287. Une fois établi que les droits de l'Homme ne relèvent ni du droit matériel applicable au fond, ni du droit international privé, et qu'ils occupent une place à part et indépendante dans la réglementation des rapports privés internationaux, il convient de déterminer leur rôle dans la circulation internationale des situations juridiques, d'étudier leur articulation concrète avec le droit international privé et le droit matériel applicable. Il s'agit d'élaborer un modèle d'application des droits de l'Homme dans le domaine de la circulation internationale des situations.

Dans un premier temps, il convient d'envisager cette méthode sur l'exemple de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Section 1^{re}). Dans un second temps, il sera nécessaire de s'interroger sur la possibilité de la généralisation de cette méthode à d'autres normes supranationales, comme les libertés fondamentales du citoyen de l'UE, consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Section 2).

Section 1^{re} : L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et la circulation internationale des situations juridiques

288. La façon la plus évidente de penser l'articulation des droits de l'Homme et du droit international privé dans leur application à un cas concret consiste à l'aborder sous l'angle de l'éviction du dernier par les premiers en vertu d'un rapport de hiérarchie normative (§ 1), même si une autre vision pourrait représenter la réalité d'une manière plus exacte (§ 2).

§ 1^{er} — L'éviction des règles du droit international privé par les droits de l'Homme

289. L'influence de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après CSDH) se fait ressentir clairement en droit international privé dont les normes sont parfois évincées par l'application de la Convention (A), de sorte que l'on pourrait s'interroger sur une possible généralisation de cette tendance (B).

A/ L'éviction ponctuelle

290. En raison de la position supérieure de la CSDH dans l'hierarchie des sources du droit⁶¹⁴, les droits de l'Homme peuvent parfois venir évincer l'application de telle ou telle règle de droit international privé dans le domaine de la circulation internationale des situations juridiques, ou amorcer et orienter l'évolution de ces règles⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Pour le cas de la France, par exemple, cette supériorité résulte de l'art. 55 de la Constitution.

⁶¹⁵ Pour cette dernière hypothèse, sur l'« éviction » d'un critère de rattachement non conforme aux droits de l'Homme, v. P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 318 (2005) p. 11 et s., spéc. p. 127 et s.

Selon certains auteurs, les droits de l'Homme dont l'influence sur le droit international privé est la plus importante seraient le droit au procès équitable pour le domaine de la compétence juridictionnelle directe et celui de la reconnaissance des jugements étrangers, ainsi que le principe de non discrimination pour tous les domaines⁶¹⁶. Comme expliqué plus haut, seuls les droits de l'Homme substantiels nous intéressent dans le cadre de la présente étude. Les cas envisagés ci-dessous sont ceux de circulation internationale des situations juridiques, éventuellement cristallisées par un jugement ou par un acte public étranger.

291. Concernant les cas concrets, les droits de l'Homme issus de la CSDH et de ses protocoles additionnels peuvent s'opposer à la loi étrangère applicable en vertu des règles de conflit de lois du for⁶¹⁷, à un jugement étranger⁶¹⁸. Dans un autre ordre d'idées, la Convention peut s'opposer à l'exception d'ordre public au sens du droit international privé comme dans l'affaire *Negrepontis-Giannisis*⁶¹⁹, voire même à l'application d'une condition de régularité internationale des jugements étrangers comme dans l'affaire *Wagner*⁶²⁰. Par ailleurs, dans cette dernière affaire la CSDH a prévalu non seulement sur la règle de conflit de lois du for mais également sur le contrôle de la fraude au jugement : comme l'avait relevé la justice luxembourgeoise, le Pérou était le seul pays où la requérante pouvait adopter l'enfant et espérer la reconnaissance de cette filiation au grand-duché, ce qui caractérisait les éléments légal et matériel de la fraude et témoignait de l'élément moral avec certitude.

Ces quelques exemples montrent que les droits de l'Homme peuvent évincer une norme étrangère, générale ou individuelle, et aussi chacun des mécanismes du droit international privé du for, que ceux-ci conduisent à la réception ou au rejet de la norme

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁶¹⁷ Par ex., la contrariété de l'ancien régime matrimonial légal suisse à l'art. 5 du Protocole n° 7 CSDH : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998, nos 95-18646 et 95-18647 [*Bull.* n° 71].

⁶¹⁸ Par ex., la contrariété d'une répudiation « judiciaire » marocaine à la même disposition de la CSDH : Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-25802 [*Bull.* n° 205].

⁶¹⁹ CEDH, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, n°56759/08, 3 mai 2011 [*Dr. fam.* 2012/3, étude 6 (p. 11) obs. A. GOUTTENNOIRE ; *JDI* 2012, comm. 7 (p. 213) n. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RCDIP* 2011, 817, n. P. KINSCH].

⁶²⁰ CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, n°76240/01, 28 juin 2007, § 14 [*AJDA* 2007, 1920, obs. J.-F. FLAUSS ; *D.* 2007, 2700, n. F. MARCHADIER ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008 (n° 82) p. 31, n. M.-L. NIBOYET ; *JCP* 2007.I.182, obs. F. SUDRE ; *JDI* 2008, comm. 5 (p. 183) n. L. D'AVOUT ; *JDI* 2008, chron. 7 (p. 810) n. A. DRESSAYRE ; *RCDIP* 2007, 807, n. P. KINSCH ; *RTD civ.* 2007, 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

étrangère.

292. Même si dans ces exemples il ne s'agit que d'une mise à l'écart *in concreto*, d'une norme précise et dans un cas précis, la question se pose concernant une éventuelle généralisation de ce rapport d'éviction entre les droits de l'Homme et le droit international privé. Cette interrogation sur le remplacement éventuel du droit international privé par les droits de l'Homme semble d'autant plus justifiée que les droits de l'Homme pourraient parfois remplir les fonctions de certains mécanismes du droit international privé⁶²¹.

B/ L'éviction généralisée

293. En observant le rôle croissant des droits de l'Homme, et notamment de la CSDH, dans le droit international privé, M. Louis d'Avout a « l'impression que les droits fondamentaux pourraient venir éclipser le droit international privé, pour opérer à sa place, et d'une meilleure manière, la coordination des ordres juridiques en droit privé »⁶²². Et le même auteur constate, dans un esprit critique, « un risque sérieux (ou si l'on préfère une tentation) de concurrence du droit international privé par les droits fondamentaux »⁶²³. Cette concurrence peut prendre la forme soit d'une infiltration des droits de l'Homme sur les « espaces vides », c'est-à-dire les questions qui ne sont pas suffisamment réglementées par le droit international privé, soit d'une substitution des droits de l'Homme aux mécanismes classiques du droit international privé⁶²⁴. Le rôle croissant des droits de l'Homme dans le domaine du droit international privé conduirait à une forme de déréglementation de la matière⁶²⁵.

MM. Bertrand Ancel et Yves Lequette se montrent méfiants vis-à-vis du « culte que notre époque professe pour les droits de l'homme » et remarquent que « tout étant en passe de devenir droit de l'homme, y compris des solutions totalement artificielles dictées par le

⁶²¹ *Supra*, n° 279 et s.

⁶²² L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordinations des ordres juridiques en droit privé » in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 165 et s., spéc. p. 170.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : Étude de droit international privé de la famille*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2001, p. 88 (n°130) et s.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 89 (n°132).

“prêt à penser” ambiant, poser un tel principe conduit, en effet, à ériger des cloisons étanches entre les ordres juridiques et par là-même à ruiner l’objectif de continuité de traitement des situations juridiques que s’assigne traditionnellement le droit international privé »⁶²⁶.

294. En effet, ce risque pourrait être tout à fait réel et ce pour deux raisons. D’abord, la CSDH occupe une place hiérarchiquement supérieure à celle des lois, notamment celles portant les règles du droit international privé, et donc le droit international privé ne pourrait pas supporter la concurrence des droits de l’Homme et leur céderait systématiquement, sous réserve de la « clause d’ordre public » prévue par la Convention elle-même⁶²⁷.

Ensuite, le droit international privé et les droits de l’Homme n’ont pas la même approche du problème des rapports privés internationaux, n’ont pas la même « philosophie », ou « logique ». Le droit international privé assure traditionnellement une ouverture sur l’étranger, repose sur l’idée du, et admet le, pluralisme des solutions juridiques possibles et vise une harmonie internationale des solutions. En revanche, quant aux droits de l’Homme en droit international privé, M. Lequette a pu les caractériser comme des « cloisons hermétiques entre les ordres juridiques » et dénoncer leur « impérialisme »⁶²⁸. M^{me} Bénédicte Fauvarque-Cosson soutient que « si l’harmonisation des règles de droit sous l’effet des droits fondamentaux s’avère parfois possible, ce n’est qu’à l’intérieur d’une même communauté juridique »⁶²⁹. Tandis que le droit international privé recherche une harmonie internationale des solutions et une solution aux conflits de lois, les droits de l’Homme pourraient accentuer les conflits de civilisations⁶³⁰. Cette différence d’objectifs de la CSDH et du droit international privé pourrait soulever la question d’un certain antagonisme entre les deux, de nature à entraîner un conflit entre les

⁶²⁶ GA, p. 175.

⁶²⁷ Déplorant la suprématie de la CSDH et regrettant son impérialisme eurocentriste de valeurs : MAYER & HEUZÉ, p. 153-154 (n° 208).

⁶²⁸ Y. LEQUETTE, « Recevabilité de la demande en rectification d’état civil d’un transsexuel argentin résidant en France » (note sous CA Paris, 14 juin 1994), *RCDIP* 1995, 308, spéc. p. 316 et 318, respectivement.

⁶²⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l’exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, 797, spéc. 817.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 801. — Sur le conflit de civilisations, v. par ex., J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations aspects méthodologiques », *RCADI* 211 (1988) p. 9 ; L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 257 (2013) p. 223.

deux.

295. Cette différence de philosophie de fond est justement regrettée par les internationalistes : l'idée d'une harmonie internationale des solutions, d'ouverture et de dialogue est chère au cœur de l'international-privatiste, ce qui rend inacceptable l'idée de substitution pure et simple des droits de l'Homme au droit international privé.

Sur un plan technique, il a été souligné l'impossibilité des droits de l'Homme à remplir le rôle du droit international privé à titre autonome, car la jurisprudence de la CEDH au sujet du droit international privé est tellement casuistique, qu'il ne serait pas possible d'en tirer une quelconque règle⁶³¹.

On l'a vu plus haut, la CSDH peut occasionnellement remplir la fonction de tel ou tel instrument du droit international privé. Or, elle ne pourrait pas suffire seule dans tous les cas pour résoudre les problèmes habituels du droit international privé. La raison de cette inaptitude réside non pas tant dans le caractère prétendument indéfini de la jurisprudence de la CEDH dans le domaine du droit international privé, que dans le fait que le droit international privé n'est pas l'objet des droits de l'Homme. Comme cela a été démontré plus haut, l'objet de l'intervention des articles 8 de la Convention et 1^{er} du Protocole n° 1 est une situation de fait, sa forme juridique n'étant qu'une circonstance incidente pour la CSDH.

Comme l'a justement remarqué M. Patrick Kinsch, si les droits de l'Homme occupent une place hiérarchiquement supérieure aux règles et méthodes du droit international privé, cela veut dire que l'on devrait parfois aménager ces dernières ou faire un certain choix entre elles, en fonction des exigences des droits de l'Homme, « mais non de les remplacer par les droits de l'homme — dont la fonction n'est assurément pas de régir directement l'ensemble des rapports de droit privé »⁶³².

296. Une question mérite d'être posée plus particulièrement en ce qui concerne la méthode de la reconnaissance : y a-t-il un droit à la reconnaissance des situations juridiques selon la CEDH ? Disons d'emblée que la réponse négative s'impose. M. d'Avout affirme que « dans l'ordre actuel des choses, il n'existe point de droit subjectif

⁶³¹ L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux... », précité, p.185.

⁶³² P. KINSCH, « Droits de l'homme... », précité, p. 22.

à la continuité des situations juridiques »⁶³³. On ne peut qu'être d'accord avec cette affirmation, qui doit cependant être nuancée.

La question a été posée notamment en termes de droit au procès équitable (art. 6 §1) et plus précisément en termes du droit à l'exécution d'une décision de justice définitive⁶³⁴. Dans l'affaire *Hornsby*, la CEDH avait jugé que l'inexécution par les autorités grecques des arrêts définitifs du Conseil d'État grec constituait une violation de l'article 6 §1, car l'exécution faisait partie du procès et une garantie primordiale du droit au procès équitable sans laquelle il serait illusoire⁶³⁵. Suite à cela, la question a été posée de savoir si la même solution pourrait être étendue au cas de la reconnaissance d'un jugement étranger. Dans plusieurs décisions sur la recevabilité, la Cour a employé des motifs assez ambigus qui pourraient laisser sous-entendre une réponse positive⁶³⁶. Dans une décision *McDonald c. France*, elle a jugé que :

« en matière de contestation dont l'issue est déterminante pour des droits de caractère civil, l'article 6 de la Convention s'applique aussi bien à l'exécution des jugements nationaux (*Hornsby c. Grèce*, arrêt du 19 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) qu'à l'exécution des jugements étrangers (*Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, CEDH 2001-VIII) »⁶³⁷.

Or, l'exemple d'application de l'article 6 à l'exequatur des jugements étrangers cité par la Cour ne conforte pas l'idée d'un droit à la reconnaissance, car dans l'affaire *Pellegrini*, l'Italie a été condamnée précisément pour avoir accordé l'exequatur à une sentence ecclésiastique rendue en violation de l'article 6 §1 de la Convention⁶³⁸.

⁶³³ L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux... », précité, p. 184.

⁶³⁴ P. KINSCH, « Droits de l'homme... », précité, p. 94.

⁶³⁵ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, *Recueil* 1997-II, § 40 [*D.* 1998, 74, n. N. FRICÉRO ; *Gaz. Pal.* 19 juillet 1998 (n° 200) p. 11, n. I. HUET ; *JCP* 1997.II.22949, n. O. DUGRIP et F. SUDRE ; *RTD civ.* 1997, 1009, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁶³⁶ CEDH, *Sylvester c. Autriche* (déc.), n° 54640/00, 9 octobre 2003. — *Hussin c. Belgique* (déc.), n° 70807/01, 6 mai 2004.

⁶³⁷ CEDH, *McDonald c. France* (déc.), n° 18648/04, 29 avril 2008 [*Gaz. Pal.* 20 février 2009 (n° 51) p. 50, obs. L. SINOPOLI ; *JDI* 2009, comm. 6 (p. 193) n. F. MARCHADIER ; *RCDIP* 2008, 830, n. P. KINSCH].

⁶³⁸ CEDH, *Pellegrini c. Italie*, n°30882/96, CEDH 2001-VIII [*Gaz. Pal.* 21 juillet 2002 (n° 202) p. 2, n. L. SINOPOLI ; *RCDIP* 2004, 106, n. L.-L. CHRISTIANS ; *RTD civ.* 2001, 979, obs. J.-P.

297. Toutefois, la question de l'existence d'un droit à la reconnaissance peut être posée sous l'angle des droits substantiels, comme celui au respect de la vie privée et familiale ou encore celui au respect des biens.

En se plaçant dans le domaine de la reconnaissance des jugements étrangers là où il s'interpose avec le domaine de l'article 8 CSDH, on remarque que l'application dudit article a conduit à la reconnaissance de la filiation dans chacune des affaires prises comme exemple dans le chapitre précédent (*Wagner, Negrepontis-Giannisis et Mennesson*), et ce au mépris du droit international privé des États défendeurs. Cela donne l'impression que la CEDH tend à imposer, d'une manière inductive, un droit à la reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger.

Ce soupçon est corroboré également par la jurisprudence *Selin Asli Öztürk c. Turquie*⁶³⁹. En l'espèce, un ressortissant turc résidant en Allemagne s'était séparé de son épouse allemande et a eu une enfant avec une nouvelle compagne. Plus tard, il a divorcé en Allemagne et est venu s'installer en Turquie, avant de décéder un mois et demi après le divorce. De son vivant, il n'a pas eu le temps de demander l'exequatur du jugement allemand de divorce, lequel ne bénéficiait pas d'efficacité *de plano* en Turquie, et à sa mort l'ex-épouse devait donc obtenir un quart de la succession. La dernière compagne, agissant au nom de leur fille mineure, a demandé la reconnaissance du jugement de divorce mais a été déboutée pour défaut de qualité à agir, car en droit turc l'action était attitrée. La fille du *de cuius* se trouvait donc privée d'un quart de sa succession faute d'autres recours possibles. La CEDH conclut à la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ainsi que de l'article 6 §1 de la Convention (droit d'accès au juge) :

« la règle litigieuse a imposé à la requérante une charge disproportionnée qui l'a privée de toute *possibilité* concrète d'obtenir la reconnaissance, et [...] elle a ainsi porté atteinte à la substance même de son droit d'accès à un tribunal »⁶⁴⁰.

Par ailleurs, on se rappellera que dans l'arrêt *Wagner*, la Cour, statuant dans le sens

MARGUÉNAUD ; *RTDH* 2002, 463, n. J.-P. COSTA ; *Rivista di diritto internazionale* 2001, 955, n. C. FOCARELLI].

⁶³⁹ CEDH, *Selin Asli Öztürk c. Turquie*, n° 39523/03, 13 octobre 2009 [*RCDIP* 2010, 498, n. F. MARCHADIER].

⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 43, souligné par nous.

de la violation de l'article 8, a jugé que :

« la décision de refus d'exequatur omet de *tenir compte* de la réalité sociale de la situation »⁶⁴¹.

298. Pourtant, il n'y a aucun doute possible sur le fait que la CEDH n'a pas entendu consacrer un droit à la reconnaissance. Les mots clés qui en témoignent dans les deux passages cités sont respectivement « possibilité » et « tenir compte ». Dans la première affaire, la Cour ne s'est pas prononcée sur les conditions de la reconnaissance, c'est-à-dire les conditions de régularité internationale, des jugements étrangers en droit turc : elle a statué uniquement sur la procédure, sur la possibilité pour l'héritière de l'ex-époux décédé d'agir en reconnaissance de son divorce. Et dans la seconde affaire, le passage cité ci-dessus ne parle pas de l'absence de la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger mais de l'absence de sa *prise en compte*.

Cela veut dire que dans l'affaire *Wagner* le juge luxembourgeois aurait dû au moins constater l'existence de cette « réalité sociale », de ces liens familiaux créés au Pérou, mais cette obligation ne préjugait pas encore de l'issue de la mise en balance de cette réalité sociale (ainsi que de l'intérêt supérieur de l'enfant) avec « l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient aux choix effectués démocratiquement en son sein »⁶⁴². Et c'est seulement en mettant en balance l'intérêt supérieur de l'enfant avec le refus de reconnaissance de la situation juridique (commandé par la règle de conflit luxembourgeoise), que la Cour conclura que « les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention »⁶⁴³.

Le juge national peut, en principe, statuer dans le sens de ce que le refus de la réception dans son ordre juridique d'une situation juridique étrangère ménage un juste équilibre entre les intérêts en cause : l'intérêt privé et l'intérêt public, un droit de l'Homme

⁶⁴¹ *Wagner c. Luxembourg*, précité, § 132, souligné par nous.

⁶⁴² La formulation de l'arrêt CEDH, *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014, § 84 [*Dalloz Actualité* 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; *AJ fam.* 2014, 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE et 499, obs. B. HAFTTEL ; *D.* 2014, 1376, 1773, n. F. CHÉNEDÉ et 1806, n. L. D'AVOUT ; *D.* 2015, 708, obs. F. GRANIER-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.* 2014/9, comm. 128 (p. 28) n. C. NEIRINCK ; *JCP G* 2014, 827, obs. B. PASTRE-BELDA, 832, obs. F. SUDRE et 1486, n. A. GOUTTENOIRE ; *JDI* 2014, comm. 16 (p. 1265) n. J. GUILLAUMÉ ; *RCDIP* 2015, 144, n. S. BOLLÉE ; *RTD civ.* 2014, 616, obs. J. HAUSER et 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁶⁴³ *Wagner c. Luxembourg*, précité, § 133.

et le droit international privé dont l'exception d'ordre public international. La Convention le lui permet et aménage cette possibilité dans le cadre de la « clause d'ordre public » et de la « marge nationale d'appréciation ». Mais ce que la Convention ne permet en aucun cas, c'est de ne pas prendre en considération la situation de fait existant à l'étranger, c'est-à-dire la vie familiale.

299. Pour prendre un autre exemple jurisprudentiel évoqué au chapitre précédent, dans l'affaire *Menesson*, la CEDH, après avoir constaté que la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation avaient mis en balance la filiation des enfants avec les impératifs d'ordre public, a jugé que le juste équilibre a été ménagé et que l'article 8 dans son volet « vie familiale » n'a pas été violé concernant l'ensemble de la famille Menesson⁶⁴⁴. Certes, le résultat concret est le même puisque la violation de l'article 8 dans son volet « vie privée » a été constatée concernant les enfants, mais la leçon de méthodologie d'application de la CSDH est très instructive.

Un autre exemple de l'ingérence dans la vie privée et familiale qui ne serait pas contraire à la Convention est donné par la décision *Green et Farhat c. Malte*⁶⁴⁵. En l'espèce, il s'agissait d'un couple de Maltais ; la femme déménagea en Libye et se convertit à l'islam. Selon le droit local, son mariage devint dissout automatiquement. Elle épousa un Libyen et ils vécurent mariés près de 24 ans au jour où ils demandèrent, à Malte, la reconnaissance de ce mariage, qui leur a été refusée pour cause de subsistance du mariage précédent. La Cour européenne a estimé que les autorités maltaises n'avaient pas dépassé la marge nationale d'appréciation et qu'elles avaient respecté le juste équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt public dans le cas d'espèce.

300. Ainsi, même si la Convention ne garantit pas de *résultat* positif, elle oblige les États parties à suivre le *processus* qui peut éventuellement y mener. Cela signifie que tout en niant un droit à la reconnaissance, la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales pose un « droit à la méthode de la reconnaissance ». Même si le juge français n'est pas tenu de donner une existence juridique dans le for à une situation étrangère, il est tenu au moins de reconnaître son existence à l'étranger, ce qui

⁶⁴⁴ *Menesson c. France*, précité, § 87-94.

⁶⁴⁵ CEDH, *Green et Farhat c. Malte* (déc.), n° 38797/07, 6 juillet 2010 [RCDIP 2011, 665, n. L. D'AVOUT].

passé nécessairement par la distinction entre la création et la reconnaissance des situations juridiques et par le choix d'une méthode adéquate.

On peut trouver dans la doctrine française une opinion selon laquelle, la CEDH dans son arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*⁶⁴⁶ se serait prononcée en faveur de la possibilité d'application de la méthode classique de conflit de lois⁶⁴⁷. En l'espèce, des époux italiens ont bénéficié de la gestation pour autrui en Russie, l'enfant n'avait de liens biologiques avec aucun d'eux (même si le mari plaidait sa croyance de bonne foi d'être l'auteur des spermatozoïdes) mais c'étaient bien les requérants qui figuraient sur l'acte de naissance russe en tant que parents ; les autorités italiennes ont refusé la transcription de l'acte de naissance russe, ont retiré l'enfant aux requérants et l'ont placé en famille d'accueil. Certains auteurs soutiennent que cet arrêt envisage l'application de la méthode de conflit de lois laquelle conduirait non pas à la reconnaissance mais à la « reconstitution en droit national » de la situation juridique⁶⁴⁸. Ils fondent cette conclusion sur le § 72 de l'arrêt aux termes duquel « l'application du droit italien par les juridictions nationales [dont la règle de conflit de lois concernant la filiation] ne saurait passer comme étant arbitraire ». Mais en réalité, dans ce § 72 la Cour se prononce sur la question de savoir si l'ingérence dans le droit des requérants garanti par la Convention était « prévue par la loi » au sens de l'article 8 CSDH, et elle conclue, effectivement, que c'était le cas, c'est-à-dire que l'ingérence était imputable à la loi italienne et non à l'arbitraire des fonctionnaires ayant pris la décision. Le passage précité ne dit rien d'autre.

Par ailleurs, la Cour ne se prononce même pas sur la question de la filiation mais uniquement sur celle du retrait de l'enfant (§ 74) et tout en concluant à la violation de l'article 8 dans le chef des époux Paradiso-Campanelli par le retrait de l'enfant, elle précise que « compte tenu de ce que l'enfant a certainement développé des liens affectifs avec la famille d'accueil chez laquelle il a été placé début 2013, le constat de violation prononcé dans la cause des requérants ne saurait donc être compris comme obligeant l'État à

⁶⁴⁶ CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, 27 janvier 2015 [JCP G 2015/7, n° 194, n. F. SUDRE].

⁶⁴⁷ H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Reconnaissance ou reconstitution ? — À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme », *RCDIP* 2015, 1.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, spéc. p. 25.

remettre le mineur aux intéressés »⁶⁴⁹.

Ainsi, l'arrêt *Paradiso et Campanelli* ne contredit nullement la conclusion que nous avons tirée de la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle la Convention impose la méthode de la reconnaissance, en ce sens qu'elle exige de tenir une situation créée à l'étranger pour existante, sans dicter le résultat d'application de cette méthode (accueil ou rejet) et sans imposer les conditions de reconnaissance précises.

301. Puisque l'application de la CSDH dans le domaine de la circulation internationale des situations juridiques ne conduit pas à l'éviction totale et systématique des règles du droit international privé, il est nécessaire d'étudier l'hypothèse de leur application simultanée.

§ 2 — Une application simultanée des droits de l'Homme et du droit international privé

302. L'intitulé du présent Paragraphe est délibérément vague pour exprimer une interrogation. Dire que la CSDH et le droit international privé s'appliquent simultanément ne préjuge en rien des rapports entre les deux : s'agit-il d'une application parallèle, ou combinée, ou d'une articulation d'un autre type ? Certains pensent que le rôle des droits de l'Homme dans le règlement des rapports privé internationaux est celui « d'un complément, d'un auxiliaire [du droit international privé] dont il faut cerner le mode d'emploi »⁶⁵⁰. D'autres préféreront inverser, au nom de la hiérarchie des normes, les rôles respectifs ainsi définis. D'autres encore pourront s'interroger sur une éventuelle troisième voie.

Dans la continuité de la réflexion menée plus haut, nous pouvons formuler le postulat de départ, qu'il convient maintenant de vérifier : il n'y a pas d'opposition pure et simple entre les droits de l'Homme et le droit international privé, mais une *unité dialectique*.

Pour bien comprendre cette unité dialectique de leur action conjointe, notamment dans le domaine de la circulation internationale des situations juridiques, il faut cerner d'abord la différence et l'opposition des deux (A) et ensuite la façon dont leurs actions se rejoignent et se trouvent inséparables dans le processus d'application du droit (B).

⁶⁴⁹ *Paradiso et Campanelli*, précité, § 88.

⁶⁵⁰ L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux... », précité, p. 170.

A/ Le positionnement du problème : rapports entre systèmes

303. Tout d'abord, il convient de noter que même si les textes supranationaux de protection des droits de l'Homme sont obligatoires dans l'*ordre juridique* d'un État lié par lesdits textes et s'imposent donc au juge national saisi d'un litige de droit international privé, ces droits de l'Homme relèvent d'un *système juridique* distinct⁶⁵¹. L'expression de « système juridique » et le qualificatif de « distinct » méritent quelques explications.

Les termes d'« ordre juridique » et de « système juridique » sont souvent utilisés comme synonymes même si ce n'est qu'une approximation. Étymologiquement, le mot *systema*, d'origine grecque, véhicule l'idée d'un « ensemble éléments qui se tiennent debout les uns avec les autres ». Le mot latin *ordo* renvoie à la ligne, à l'alignement, à la rangée, au rang. Aujourd'hui, le mot « système » désigne un ensemble d'éléments reliés entre eux par des liens systémiques, irréductible de ce fait à la somme des éléments qui le composent. Tandis que le mot « ordre » implique de surcroît une idée de hiérarchie.

Tout ordre est nécessairement un système, grâce aux rapports réciproques entre ses éléments. Un système n'est pas nécessairement un ordre, car il peut ne pas être hiérarchisé, et ses liens systémiques peuvent donc être horizontaux.

On affirmera avec certitude que le Droit n'est pas simplement un ensemble, car sans liens entre les phénomènes du droit celui-ci ne remplirait sûrement pas ses fonctions. En revanche, la question de savoir s'il s'agit nécessairement d'un ordre (système hiérarchisé) ou parfois juste d'un système non hiérarchisé ne semble pas avoir beaucoup d'importance pour le propos qui nous intéresse ici. Dans la suite de ces développements, nous nous attacherons davantage au contenu des ordres et des systèmes qu'à leur hiérarchie interne, et parlerons de *systèmes normatifs* et d'*ordres juridiques*, les premiers étant des ensembles de normes de droit objectif, et les seconds représentant des ordres juridiques compris comme *institutions*, notamment les États, avec leurs organes de production normative et/ou de contrainte, ainsi que les règles de fonctionnement de ceux-ci, etc.⁶⁵².

⁶⁵¹ Sur la distinction entre ordre et système juridique, v. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2008.

⁶⁵² Sur l'ordre juridique comme institution, S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, préf. Ph. FRANCESCAKIS, Dalloz, 1975, réimpr. 2002.

304. L'expression de « conflit de lois » au sens du droit international privé doit être comprise comme se référant au conflit de systèmes normatifs et non pas au conflit d'ordres juridiques. Le système normatif est détachable de l'ordre juridique, comme cela a été démontré dans la doctrine⁶⁵³. Et cette distinction théorique peut être corroborée par une observation très simple concernant le conflit de lois. D'une part, le juge amené à trancher un conflit de lois appartient évidemment à l'ordre juridique du for, il l'incarne. D'autre part, pour pouvoir arbitrer un conflit entre deux parties, il faut être un tiers et non pas l'une des parties. On ne peut pas trancher un conflit entre soi-même et l'autre, on peut soit le gagner soit le perdre, et un ordre juridique ne peut pas perdre, dans son propre domaine, un conflit contre un autre ordre juridique, de sorte que ce n'est point un conflit. Ainsi, le juge du for confronté au choix de la « loi applicable » est en présence de deux ou plusieurs systèmes normatifs, dont celui du for, distincts de l'ordre juridique du juge, c'est-à-dire du for lui-même.

305. Un système normatif n'est pas forcément le droit applicable au fond. La CSDH présente un système de normes en matière des droits de l'Homme. Le fait que son domaine d'application soit spécial ne lui enlève pas le caractère d'un ensemble doté d'une logique interne, des interactions spécifiques entre les éléments. Le conflit entre ce système et le système étatique est très différent du traditionnel conflit de lois, notamment en raison de leur différence de nature. Cette différence de nature des deux systèmes normatifs n'élimine cependant pas le conflit entre eux mais le complique. Pour ne pas déborder inutilement notre sujet, seront présentées uniquement leurs différences principales, qui serviront à démontrer que ces deux systèmes restent distincts et que l'un ne pénètre pas l'autre lors de leur application.

306. Comme nous l'avons souligné, le champ d'application *ratione materiae* de ces deux systèmes juridiques n'est pas le même. De surcroît, l'analyse du processus d'application de la CSDH montre que le système de la CSDH reste un système distinct des systèmes juridiques des États membres. D'une part, la Cour européenne se limite à statuer sur la violation ou non de la Convention par un État membre, sans imposer de moyens précis à mettre en œuvre afin de remédier à cette violation, et surtout sans modifier *ipso*

⁶⁵³ D. SINDRES, *op. cit.*, p. 61 (n° 116) et s.

jure l'état de droit positif des Hautes parties contractantes⁶⁵⁴. D'autre part, le juge national n'a pas non plus d'emprise sur le droit de la CSDH, et les décisions de justice nationales ne contribuent pas au système de la CSDH : l'interprétation que le juge national fait de la Convention ne vaut que devant lui et ne s'impose ni à la CEDH ni aux juridictions des autres États contractants.

Cette distinction institutionnelle (quelles institutions peuvent produire/interpréter les normes) ainsi que celle de champ d'application (sans même parler de la distinction de nature) soulèvent la question des rapports entre les droits de l'Homme et le droit interne, y compris international privé, en termes de rapports entre les systèmes normatifs. Une chose semble indéniable : les premiers influent sur le second, reste à comprendre comment.

307. Deux voies sont envisageables : celle de la communication entre les systèmes juridiques et celle de la réception ordonnée des droits de l'Homme dans le for.

D'abord, il a été observé par la doctrine un phénomène de communication entre les ordres juridiques⁶⁵⁵. Cette communication se présente plutôt comme un dialogue entre les systèmes juridiques, sans qu'il y ait une hiérarchie entre eux. Cette théorie, élaborée dans la doctrine publiciste, concerne, certes, des rapports entre les systèmes juridiques étatiques ou étatiques d'une part et supra- ou internationaux d'autre part, et ce sont précisément les droits de l'Homme au sens large qui assurent la « communicabilité » entre ces systèmes en leur servant de « charnières ». Mais il est envisageable d'extrapoler cette idée sur le domaine qui nous intéresse ici et de s'interroger sur la possibilité d'une éventuelle « communication » entre le droit national d'une part et la CSDH d'autre part.

Selon la doctrine, la communicabilité des systèmes juridiques est soumise à certaines conditions dont la « perméabilité » (c'est-à-dire ouverture à des influences extérieures) et la « mutabilité »⁶⁵⁶. La présence de ces deux caractères dans les systèmes qui nous intéressent est tout-à-fait concevable, ce qui n'est pas le cas du troisième caractère,

⁶⁵⁴ *Supra*, n° 247 ; et F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, 2015, p. 377 (n° 244) et s.

⁶⁵⁵ Par ex., E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques » in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p.11.

⁶⁵⁶ F. DELPÉREE, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional » in *La communicabilité entre les systèmes juridiques : Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, 2005, p. 59, spéc. p. 66-67.

également relevée par la doctrine, à savoir celui de « réciprocité »⁶⁵⁷. En effet, il sera impossible de trouver l'influence du droit national sur le droit de la CSDH, sauf sa prise en compte dans l'appréciation, casuistique, de la marge nationale d'appréciation. Les rapports de libre communication ne semblent pas envisageables dans les cas, comme le notre, caractérisés par une supériorité d'un système normatif sur un autre, aux yeux d'un ordre juridique donné.

308. Ensuite, peuvent être comparées, dans une certaine mesure, la situation de la CSDH et celle du droit « étranger », dans le sens d' « extérieur à la *lex fori* », d'un « droit venu d'ailleurs »⁶⁵⁸. En effet, confronté à un choix entre plusieurs textes normatifs, le juge applique la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois de l'article 3 du Code civil comme il est tenu d'appliquer la CSDH désignée par la règle de conflit de normes de l'article 55 de la Constitution de 1958⁶⁵⁹.

Mais puisque la CSDH ne peut pas à elle seule servir de base normative au règlement d'un rapport privé international⁶⁶⁰, son application conduirait, pourrait-on dire, à l'intégration de cette norme « étrangère » au sein du droit matériel applicable au fond, lequel régirait la situation sur les points non réglés par la CSDH. Ainsi, il s'agirait d'introduire une norme du système de la CSDH dans le système normatif du for.

Toutefois, cette comparaison avec le droit étranger applicable ne convainc pas : la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for et la loi du for sont par définition fongibles et interchangeable, ce sur quoi se fonde la possibilité même d'appliquer une « loi » étrangère et ce qui n'est pas le cas de la CSDH.

309. La conclusion s'impose qu'aucun des schémas classiques ne convient pour décrire l'application simultanée de la CSDH et du droit national. Pourtant, sauf à reconnaître l'échec de l'idée même du Droit, on a besoin de trouver une méthode présentant un schéma logique, certain et prévisible de leur application, notamment dans le domaine de la circulation internationale des situations juridiques.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 68.

⁶⁵⁸ L'expression de Jean Carbonnier : *Droit et passion de droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 47.

⁶⁵⁹ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁶⁶⁰ *Supra*, n° 266 et s.

B/ Une solution du problème : une application combinée

310. Malgré une opposition théorique et conceptuelle importante entre les droits de l'Homme et le droit international privé, une approche plus pratique et concrète du problème peut être adoptée, une approche basée sur l'étude de la *méthode d'application* des deux systèmes à un cas de circulation internationale des situations donné. Plusieurs auteurs se sont déjà intéressés à la combinaison harmonieuse des droits de l'Homme et du droit international privé dans leur application à un cas d'espèce, et plusieurs pistes intéressantes ont été envisagées.

311. L'attention de la doctrine du droit international privé a déjà été attirée par M^{me} Léna Gannagé sur le fait que parfois la logique de confrontation entre les droits de l'Homme et le droit international privé n'est pas justifiée, c'est-à-dire que dans certains cas leur conflit est un faux conflit. La primauté hiérarchique des textes consacrant les droits de l'Homme, souligne-t-elle,

« ne suffit pas à écarter ou à infléchir les méthodes de réglementation en vigueur dans l'ordre [juridique] du for. Encore faut-il que les règles de droit international privé contreviennent directement aux droits fondamentaux auxquels elles sont confrontées. Cette exigence d'une contradiction caractérisée entre les normes concurrentes constitue ainsi une limite importante à la primauté des normes fondamentales internationales, souvent méconnue par les tribunaux »⁶⁶¹.

Cette exigence de « contradiction caractérisée », ou d' « antinomie », entre les deux normes, comporte deux volets : il faut que les deux normes, d'une part, aient la même hypothèse, et d'autre part, prévoient les effets juridiques inconciliables⁶⁶². Dans le cas particulier des droits de l'Homme, qui ont des hypothèses d'application très larges, il faudrait que le présupposé d'une règle de droit international privé entre dans celui d'un

⁶⁶¹ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes...*, précité, p. 50 (n° 58).

⁶⁶² *Ibid.*, p. 81-82 (n° 124).

droit de l'Homme pour que cette antinomie soit caractérisée⁶⁶³.

L'auteure remarque que parfois les droits de l'Homme sont invoqués par le juge au soutien de sa décision qui lui est par ailleurs dictée par ses propres règles de droit, et ce serait alors une « juxtaposition » des droits de l'Homme et du droit international privé, mais que parfois il s'agirait d'une véritable remise en cause, par les droits de l'Homme, du règlement des conflits de lois⁶⁶⁴.

Dans cette perspective, les droits de l'Homme seraient parfois en conflit avec le droit international privé, ce qui les conduirait à se substituer au, ou à évincer le, droit international privé, mais parfois ils s'y juxtaposeraient, ce qui serait alors en quelque sorte une *application parallèle* et sans préjudice d'application des règles du droit international privé.

312. M. Jean-Sylvestre Bergé, quant à lui, parle plutôt d'une *application combinée*. Son approche pourrait être sommairement résumée en cinq postulats.

D'abord, dans chaque « contexte d'application du droit » (ce qui pourrait correspondre à notre notion d'ordre juridique) il est possible d'appliquer le droit issu des autres « contextes d'application du droit », notamment relevant d'un autre « niveau » (européen, international)⁶⁶⁵.

Ensuite, une grande partie des situations est visée simultanément par des normes relevant d'une multitude de sources différentes, qu'il s'agisse de différents « espaces normatifs » (approximativement, différents « États ») ou même de différents « niveaux » (droit national, CSDH, UE, etc.), phénomène baptisé par M. Bergé de « pluralisme juridique mondial appliqué »⁶⁶⁶.

De plus, même si chaque droit est complet en soi, en tant que système, aucun ne peut prétendre à régir seul toutes situations, car il est concurrencé par d'autres systèmes juridiques et n'a pas de vocation universelle et exclusive, ce qui appelle la complémentarité (imposée ou consentie) des systèmes juridiques⁶⁶⁷. Cette complémentarité est surtout évidente dans les rapports entre les droits européens (CSDH, UE) et le droit

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 82 (n° 125).

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 49 (n° 63).

⁶⁶⁵ J.-S. BERGÉ, *Application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, p. 1 et s.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 10 (n°6).

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 29 (n° 34) et s.

national, car les premiers ne peuvent pas être complets en soi, en tant que systèmes, en raison du principe de spécialité de compétence des organisations qui produisent, appliquent et contrôlent l'application de ces droits⁶⁶⁸.

En outre, cette complémentarité se traduit par une « complémentarité institutionnelle », où les instances d'un contexte juridique sont chargées d'appliquer le droit élaboré dans un autre (tel le juge national qui est le juge de droit commun de la CSDH et du droit de l'UE) et par une « complémentarité matérielle », où une norme élaborée dans un contexte ne peut être appliquée que grâce aux normes originaires du for (par exemple, dans l'affaire *Wagner*, l'article 8 CSDH ne pouvait être mis en œuvre que par l'exequatur du jugement péruvien et la reconnaissance de la filiation en les formes du droit luxembourgeois). Ce genre de rapports entre différents droits reçoit, dans l'approche de M. Bergé, le nom de « rapports de mise en œuvre » :

« L'expression "rapports de mise en œuvre" désigne un processus de combinaison particulier. Chaque fois que des institutions ou des droits issus de systèmes juridiques distincts présentent des différences qui rendent nécessaires leur mise en œuvre conjointe, aucune des institutions ou aucun des droits en présence n'a vocation à s'effacer ou à supplanter les méthodes et solutions de l'autre »⁶⁶⁹.

Et enfin, ce n'est que dans la situation que M^{me} Gannagé appelle « contradiction caractérisée » ou « antinomie », que l'on aura recours non pas (ou plutôt, pas exclusivement) à la combinaison des droits mais au contraire (ou également) à leur hiérarchisation qui va entraîner l'éviction de certaines normes⁶⁷⁰.

313. Cette présentation, appliquée au cas de la CSDH donne l'impression que le « rapport de mise en œuvre » c'est en quelque sorte l'usage du droit national au service de la Convention : « un rapport de mise en œuvre des droits de l'Homme ». Plus précisément, l'auteur parle de la mise en œuvre dans le contexte d'application du droit donné (par exemple par le juge national) d'un droit venu d'un autre contexte ou d'un autre niveau. Il

⁶⁶⁸ Sur ce principe, v. par ex., D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET avec la collaboration de D. MÜLLER, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009, p. 667 (n° 389).

⁶⁶⁹ J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, p. 140 (n° 131).

⁶⁷⁰ J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, p. 199 (n° 172) et s.

donne des exemples concrets de la mise en œuvre de l'article 6 CSDH dans le contexte de l'UE⁶⁷¹, mais aussi de la mise en œuvre du droit national dans le contexte de l'UE⁶⁷². À ce point, on peut se demander s'il s'agit toujours (ou s'il s'agit vraiment) de mise en œuvre du droit « étranger » par le droit du « for » ou plutôt de mise en œuvre du droit du « for » en conformité avec le droit « étranger ».

La question reste quelque peu en suspens de savoir comment cette mise en œuvre s'opère concrètement, c'est-à-dire comment concilier le droit du for (par exemple, son droit international privé) avec le droit élaboré dans un autre contexte (par exemple, les droits de l'Homme de la CSDH) : s'agit-il d'une simple addition en l'absence d'antinomie et d'un choix dans le cas contraire ?

314. La méthode d'application des règles du droit national, y compris international privé, ne soulève guère de difficultés. Mais pour mieux saisir la combinaison de ces règles avec les droits de l'Homme, il est nécessaire de reconsidérer la mécanique de l'application de ces derniers.

Come il a été démontré plus haut, les droits de l'Homme, notamment les articles 8 et 1^{er} du Protocole n° 1 CSDH, ne sont ni droits subjectifs ou situations juridiques, ni règles de droit privé matériel⁶⁷³. À cette étape de la recherche, c'est le moment d'affirmer qu'*ils ne sont pas des règles de droit* tout court, bien qu'ils relèvent indiscutablement de la matière juridique. En effet, il n'est pas rare que les droits de l'Homme soient assimilés à des principes généraux du droit⁶⁷⁴. Or cette assimilation ne résout pas le problème mais le déplace, car il n'y a toujours pas de consensus sur la définition de cette notion ni sur l'usage de ces principes. Et pourtant, il est nécessaire de choisir une signification à leur donner⁶⁷⁵.

Le point de départ de la réflexion semble évident : les principes ne font pas partie des phénomènes d'application du droit mais ils font partie du droit objectif. Il faut donc déterminer leur rapports avec les règles de droit, qui en sont des éléments traditionnels,

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 147 (n° 137).

⁶⁷² *Ibid.*, p. 152 (n° 138).

⁶⁷³ *Supra*, n° 238 et s.

⁶⁷⁴ V. L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes...*, précité, p. 48 (n° 62) et s., et les réf. citées.

⁶⁷⁵ Les conceptions des principes généraux du droit sont si nombreuses que même leur simple présentation dépasserait largement le cadre de la présente étude. — Pour un panorama des théories, v. S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2010, *passim*.

voire les seuls, d'après certains : le droit objectif est souvent perçu comme un ensemble de règles.

Selon M^{me} Gannagé, la caractéristique essentielle des principes généraux du droit c'est leur généralité, qui doit être comprise dans un sens particulier :

« Loin de se confondre avec la généralité de toute règle de droit, elle présente, en effet, une physionomie toute particulière et doit s'entendre de l'aptitude des principes à générer une série indéfinie d'applications »⁶⁷⁶.

Pour bien saisir cette « physionomie particulière » des principes, il faut commencer par dire que les principes ne sont pas des règles plus générales que d'autres, ni des règles avec une généralité d'un type particulier — ils ne sont pas des règles de droit du tout, mais une espèce différente de normes de droit objectif.

315. Ce phénomène fut étudié notamment par Ronald Dworkin, à partir des années 1960. Selon lui, le droit n'est pas composé uniquement de règles :

« quand les juristes raisonnent ou plaident au sujet de droits et obligations juridiques, particulièrement dans ces affaires compliquées où nos difficultés avec ces concepts semblent les plus prononcés, ils font usage de normes qui ne fonctionnent pas comme des règles, mais opèrent différemment comme des principes, des politiques et d'autres sortes de normes »⁶⁷⁷.

L'auteur précise que les « principes » (*principles*) et les « politiques » (*policies*, disait Dworkin, « politiques législatives ou jurisprudentielles », dirons nous) peuvent être résumés sous le vocable générique de « principes juridiques » (*legal principles*) par opposition aux « règles juridiques » (*legal rules*) :

⁶⁷⁶ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes...*, précité, n°72 (p. 52) ; inspiré de J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif » in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 1 : Études générales, droit de la famille, LGDJ, 1950, p. 51, spéc. p. 56 (n^{os} 5-6).

⁶⁷⁷ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Bloomsbury Academic, 1977, p. 22 : « *when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sort of standards* ». — Ici et *infra*, c'est nous qui traduisons.

« Les deux catégories de normes orientent vers certaines décisions [...] dans certaines circonstances, mais ils diffèrent dans la manière dont ils donnent cette direction. Les règles s'appliquent d'une façon "tout ou rien". Si les faits prévus par la règle sont réunis [...] la réponse qu'elle y donne doit être appliquée [...] Mais [...] les principes [...] ne posent pas de conséquences juridiques qui suivraient automatiquement quand les conditions prévus sont remplies [...] Quand on dit qu'un certain principe est un principe de notre droit, tout ce que l'on veut dire c'est que le principe doit être pris en compte par les organes officiels comme une considération les inclinant dans une direction ou dans une autre »⁶⁷⁸.

Si l'on devait comparer, du point de vue de notre droit positif, les principes aux règles, on dirait que les règles, tout en ayant une hypothèse générale, impliquent un effet juridique bien précis : une prescription, une interdiction ou une autorisation (d'un certain comportement, par exemple). En revanche, les principes ne comportent *a priori* aucune prescription, aucune interdiction, aucune autorisation : ils ne prescrivent pas de comportement précis. Ils servent à orienter le jugement *dans un certain sens* mais *dans une mesure incertaine*.

Comme le précise Dworkin, la souplesse d'un principe n'est pas comparable à la souplesse d'une règle assortie d'exceptions : il est toujours possible de formuler la règle avec les exceptions précises s'y intégrant, mais on ne saurait formuler le principe d'une manière plus générale ou plus détaillée de sorte à englober, ou ne serait-ce qu'à énumérer, toutes les soi-disant « exceptions »⁶⁷⁹. Ainsi, la mise en œuvre des principes du droit est intrinsèquement et nécessairement casuistique. Plus encore,

« Il peut y avoir d'autres principes ou politiques allant dans un autre sens [...] Si tel est le cas, notre principe peut ne pas prévaloir, mais cela ne

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 24-26 : « Both sets of standards point to particular decisions [...] in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts the rule stipulates are given, then [...] the answer it supplies must be accepted [...] But [...] the principles [...] do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met [...] All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which the officials must take into account [...] as a consideration inclining in one direction or another ».

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 25

signifie pas que ce n'est pas un principe de notre système juridique, parce que dans une autre affaire, où les considérations contraires seront absentes ou auront moins d'importance, le principe peut s'appliquer »⁶⁸⁰.

316. Comment ne pas faire l'analogie avec les droits consacrés dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? Le caractère incertain et casuistique de l'application de la Convention, régulièrement commenté et parfois critiqué par les juristes, le jeu de la « clause d'ordre public », avec son test de proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi, mise en balance des intérêts, privés et publics, en cause — tout cela correspond assez bien aux observations faites par Dworkin au sujet des principes généraux (non écrits) du droit américain. Et le parallèle est encore plus évident avec « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Il est important de préciser que ce n'est pas l'existence même d'exceptions qui fait d'une norme un principe : les règles du droit international privé sont assorties de la réserve d'ordre public mais l'ordre public intervient par voie d'exception dans des cas particuliers. En revanche, la mise en œuvre d'un principe implique nécessairement et systématiquement sa mise en balance avec d'autres normes.

Cependant, il y a une différence de nature entre les droits de l'Homme de la CSDH et les *legal principles* identifiés par Dworkin : les *legal principles* de Dworkin sont plutôt des *principes moraux* et ne relèvent pas du droit positif⁶⁸¹. Même si une certaine similitude peut être notée avec les « principes de justice universelle » de l'arrêt *Lautour*, les droits de l'Homme dont il s'agit ici relèvent indiscutablement du droit positif⁶⁸². Toutefois, ce qui nous intéresse c'est l'application des principes généraux du droit et des droits de l'Homme et non pas leur origine.

317. Après avoir présenté la distinction des principes et des règles selon Dworkin, il faut préciser comment il perçoit leurs rapports respectifs. Ici, il faut distinguer deux hypothèses. Dans la première hypothèse, il n'existe pas de règle applicable au cas

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 26 : « *There may be other principles or policies arguing in the other direction [...] If so, our principle may not prevail, but that does not mean that it is not a principle of our legal system, because in the next case, when these contravening considerations are absent or less weighty, the principle may be decisive* ». — Et dans le même sens, p. 72

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 22

⁶⁸² Les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » ont été invoqués dans le cadre de l'exception d'ordre public par Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* [GA, n° 19 ; D. 1948, 357, n. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; JCP 1948.II.4532, n. M. VASSEUR ; RCDIP 1949, 89, n. H. BATIFFOL ; S. 1949.I.21, n. J.-P. NIBOYET].

d'espèce, ou la règle applicable laisse une marge d'interprétation assez importante. Dans la seconde hypothèse, il existe un principe général et une règle contraire qui sont donc en situation d'antinomie, selon l'expression employée par M^{me} Gannagé. Dans le premier cas, les principes généraux peuvent et doivent fonder la décision ou guider le juge dans l'interprétation de la règle⁶⁸³. M^{me} Gannagé ne parle pas d'autre chose quand elle écrit que les principes généraux du droit avaient traditionnellement vocation à combler les lacunes de la loi, même si depuis quelque temps ils tendraient à se substituer à la loi, en entrant en contradiction caractérisée avec certaines de ses dispositions⁶⁸⁴.

Dans le second cas, celui d'antinomie entre les deux, un principe général du droit, selon Dworkin, n'est jamais ouvertement en conflit avec une règle « contraire », car il est forcément pris en compte lors de l'élaboration de cette règle et lui sert de fondement ensemble avec d'autres principes, lesquels peuvent être plus importants dans le domaine précis de cette règle : « les règles représentent souvent une sorte de compromis entre les principes concurrents »⁶⁸⁵. Règle et principe ne se placent pas au même niveau dans la théorie de Dworkin, et le conflit éventuel n'est pas un conflit entre une règle et un principe général, mais entre principes généraux : un ou plusieurs principes peuvent prévaloir sur le ou les principes qui sous-tendent une règle, auquel cas la règle peut être écartée⁶⁸⁶.

Mais du point de vue de notre droit positif, le juge, par exemple français, ne peut pas écarter une règle législative en considération d'un simple *legal principle* : c'est la séparation des pouvoirs qui l'en empêchera. Il peut simplement opérer un revirement de jurisprudence et changer ainsi la règle jurisprudentielle si les principes qui la sous-tendent deviennent moins importants qu'un autre principe. Et pourtant, la CEDH exige que le juge national écarte l'application d'une règle précise de son droit (règle matérielle ou règle de conflit) en considération d'un droit protégé par la Convention européenne.

L'explication pourrait résider dans le fait que les droits de l'Homme sous notre considération, contrairement aux droits moraux de Dworkin, ont été introduits en droit positif et c'est cela qui expliquerait la différence de leurs rapports avec les règles. Ce

⁶⁸³ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, précité, p. 81 et s.

⁶⁸⁴ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes...*, précité, p. 65 (n°97).

⁶⁸⁵ R. DWORKIN, *op.cit.*, p. 77 : « rules often represent a kind of compromise amongst competing principles ».

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 78.

sont des principes du *droit positif* et non des principes moraux ou de « justice naturelle ». En 1950, Boulanger écrivit que « les règles juridiques sont des applications des principes »⁶⁸⁷, mais depuis on a vu se développer des principes applicables directement aux litiges, ayant la même qualité juridique que les règles mais un fonctionnement spécifique. C'est ainsi, que le choix entre un principe juridique et une règle juridique deviendrait possible.

Notons cependant qu'en appréciant la proportionnalité de l'ingérence dans un droit garanti, la CEDH met en balance avec ce droit non pas la loi nationale mais bien les principes dworkiniens qui la sous-tendent, à savoir les motifs impérieux qui ont présidé à la création de cette loi nationale⁶⁸⁸.

318. Il résulte des développements qui précèdent, que l'application de la CSDH par le juge national dans le domaine du droit international privé, et notamment celui de la circulation internationale des situations, devrait être conçue non pas comme la mise en œuvre du droit européen par les moyens du droit international privé du for (et du droit applicable) mais comme la mise en œuvre de son droit international privé (et du droit applicable) en conformité avec la CSDH⁶⁸⁹. Non seulement cette application simultanée de la CSDH et du droit international privé ne peut pas être analysée en termes d'opposition des systèmes juridiques, mais l'on est même conduit à reconsidérer la façon dont ces deux systèmes de droit sont combinés par le juge.

Pour cela il convient de recourir au concept de « cadre juridique de référence », relevé également par M. Bergé dans la jurisprudence internationale (CIJ), européenne (CJUE et CEDH) et nationale (Conseil d'État, Cour de cassation)⁶⁹⁰. Il s'agit d'un ensemble de sources de tous niveaux et de toutes origines, applicables au cas d'espèce : toutes les normes internationales qui lient l'État du for (par exemple la Convention de

⁶⁸⁷ J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 57 (n° 6).

⁶⁸⁸ Par ailleurs, il serait intéressant de réfléchir sur la place des principes juridiques dans le, ou par rapport au, *continuum* des intérêts juridiques de M. François Ost (*supra*, n° 138 et s.).

⁶⁸⁹ Bien évidemment, l'application du droit international privé du for peut conduire à l'application d'un droit matériel autre que son droit national.

⁶⁹⁰ J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, p. 186 (n°164) et s.

New-York de 1989 relative aux droits de l'enfant), les normes européennes (par exemple, la CSDH), la législation nationale (le droit international privé du for, le droit matériel applicable). Il est de jurisprudence constante de la CEDH, que « la Convention doit s'interpréter à la lumière des principes énoncés par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui dispose en son article 31, §3, c), qu'il faut tenir compte de "toute règle de droit international applicable aux relations entre les parties" »⁶⁹¹. À l'intérieur de ce cadre de référence le juge opère évidemment une hiérarchisation en cas d'antinomie des normes, mais ensuite il traite cet ensemble de sources du droit hiérarchisé comme un système, c'est-à-dire qu'il l'applique d'une façon coordonnée et cohérente.

Dans cette optique, il devient plus difficile de soutenir que c'est pour la mise en œuvre la Convention européenne que le juge national saisi d'un litige privé international doit définir le cadre juridique de référence et hiérarchiser les normes ainsi retenues. Il serait plus exact de dire qu'il tranche le litige qui lui est soumis conformément à toutes les normes du droit qui lui sont applicables. La recherche entreprise dans le présent Titre a démontré qu'étant donné que, d'une part, seul le droit international privé peut résoudre les conflits internationaux de normes (notamment en ce qui concerne la reconnaissance ou le refus de reconnaissance d'une situation juridique), et que d'autre part, seul le droit matériel peut permettre de déterminer les droits et obligations des parties (et donc de déterminer les contours d'une situation à reconnaître) — tout litige privé international doit être résolu *selon le droit international privé du for*, mais *en conformité avec les droits de l'Homme*, ou autres normes hiérarchiquement supérieures et de nature analogue. C'est pour cela que nous préférons l'expression d' « application combinée » plutôt que celle de « rapport de mise en œuvre » et c'est en cela que se laisse observer l'unité dialectique de l'application des droits de l'Homme et du droit international privé.

319. En assimilant les droits de l'Homme aux principes de droit (par opposition aux règles de droit) on peut dire que c'est toujours le droit international privé du for qu'il s'agit d'appliquer, mais que les principes généraux tels que les droits de l'Homme servent à « canaliser » cette application, à en déterminer les bornes. Ces bornes ne sont pas

⁶⁹¹ Par ex., CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI, § 55 [AJDA 2001, 1060, obs. J.-F. FLAUSS ; *Gaz. Pal.* 5 octobre 2002 (n° 278) p. 23, n. M. PUÉCHAVY ; *JCP G* 2002.I.105, obs. F. SUDRE ; *JDI* 2002, 273, n. O. DE FROUVILLE ; *RSC* 2002, 149, n. F. MASSIAS].

correctrices des règles du droit international privé en elles-mêmes, car les droits de l'Homme n'ont pas le même objet. C'est en ce sens que l'on peut comprendre M. Kinsch lorsqu'il écrit que même si « le droit international privé doit respecter la primauté hiérarchique qui revient aux normes en matière des droits de l'homme [...] la fonction de ces normes à l'égard des méthodes du droit international privé est de contrôler la compatibilité des *résultats* de leur application avec les droits individuels »⁶⁹².

L'articulation entre les droits de l'Homme et le droit matériel (interne) devrait obéir au même schéma. Pour M^{me} Myriam Hunter-Henin, « les droits de l'homme ne seraient plus l'étalon du droit des personnes et de la famille mais y seraient intégrés »⁶⁹³. Mais en étendant au droit de la famille l'analyse qui vient d'être développée à partir du droit international privé, nous sommes obligés de conclure que les droits de l'Homme canalisent l'application du droit civil de la même manière, en agissant comme principes de droit à valeur normative supranationale puisque contenus dans une convention internationale.

Par ailleurs, cette approche de l'application combinée du droit international privé et des droits de l'Homme apporte une vision nouvelle de la technique de proportionnalité. En effet, le test de proportionnalité n'est pas un instrument particulier du droit international privé européen, mais un instrument normal des droits de l'Homme, la technique normale de la mise en œuvre de tout principe de droit⁶⁹⁴.

320. Avant de faire une conclusion sur la signification de cette vision de l'objet et de la méthode de l'application des droits de l'Homme pour la circulation internationale des situations juridiques, il convient de vérifier si la même approche peut expliquer le rôle du droit de l'Union européenne dans le même processus.

⁶⁹² P. KINSCH, « Droits de l'homme... », précité, p. 22.

⁶⁹³ M. HUNTER-HENIN, « Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation ? », *RCDIP* 2006, 743, spéc. 747-748.

⁶⁹⁴ Sur la compatibilité entre la méthode d'application de la CSDH et le droit processuel français (notamment la technique de cassation), v. P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, 2061 ; — et surtout un article éclairant de S. GUINCHARD, F. FERRAND et T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, 278.

Section 2 : L'application des libertés du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la circulation internationale des situations juridiques

321. Il convient à présent de vérifier si la méthode d'application des droits de l'Homme en droit international privé présentée ci-dessus vaut également pour les libertés fondamentales de l'Union européenne. Précisons que la question de circulation indirecte des situations juridiques dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des jugements ou de certains actes publics ne se pose pas dans les mêmes termes et relève de la reconnaissance en vertu des règles de droit international privé de l'UE. Aussi ne sera-t-elle pas abordée ici⁶⁹⁵.

M^{me} Amélie Panet analyse la circulation des situations juridiques entre les États membres de l'UE sous l'angle de la citoyenneté européenne. Aussi importante soit cette notion, il est tout de même possible de conceptualiser la circulation des situations directement à partir des droits et libertés qui sont attachés à cette citoyenneté. M^{me} Panet elle-même « remarque toutefois que, sur un plan substantiel, le contenu de la citoyenneté européenne semble être les droits fondamentaux et les libertés consacrés par le Traité [sur le fonctionnement de l'Union européenne] »⁶⁹⁶.

Le rapprochement semble assez évident entre les droits de l'Homme consacrés par la CSDH et certains droits du citoyen de l'UE, comme le droit de libre circulation des personnes et le principe de non-discrimination. Mais on peut s'interroger sur le point de savoir s'il est toujours possible de traiter ensemble les droits de l'Homme et du citoyen et les libertés économiques de l'Union, comme la libre circulation des services et la liberté d'établissement, par exemple. Pour y répondre, il faut peser les similitudes et les différences pertinentes des deux phénomènes et dire si le rapport entre elles justifie une différence de traitement en droit international privé.

⁶⁹⁵ *Supra*, n° 5.

⁶⁹⁶ A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse Lyon 3, 2014, n° 750.

Il est, d'abord, un certain lien historique entre la protection internationale des droits de l'Homme et le développement de la liberté du commerce en droit international. En effet, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'ONU (1948) et les accords de Bretton-Woods (1944) ainsi que les négociations qui s'en sont suivies sont intervenus dans la même période, et l'un des objectifs de ces derniers était de créer les bases économiques d'une paix internationale durable. Ainsi, la « libéralisation du commerce international était perçue comme un moyen de rétablir les relations internationales paisibles et enfin augmenter le niveau de vie des individus et la démocratie »⁶⁹⁷. Certains auteurs vont jusqu'à affirmer la proximité de nature entre les droits de l'Homme et les libertés du commerce, notamment en observant la protection constitutionnelle de ces dernières : « cette protection constitutionnelle de la liberté du commerce à l'intérieur d'une nation peut être justifiée non seulement sur le plan économique et politique, mais aussi par son enracinement direct dans la dignité humaine, la liberté individuelle et le libre développement de la personnalité »⁶⁹⁸. Et si l'on adopte cette vision, qu'il s'agisse d'un ordre juridique national ou d'un ordre juridique régional intégré — cela ne change rien à la nature des droits et libertés ainsi protégées. On pourrait dire, certes, que les logiques sous-jacentes aux droits de l'Homme et aux libertés économiques de l'Union européenne sont différentes. Ce qui vient immédiatement à l'esprit, c'est la finalité économique des Communautés européennes et donc le rôle économique des libertés communautaires (libre circulation des personnes, des marchandises, des services, des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement). Néanmoins, la « Déclaration de Schuman » rappelle clairement que l'intégration économique n'était qu'un premier pas sur la voie de la construction européenne, et que le but ultime était la paix en Europe. Cependant, d'autres auteurs

⁶⁹⁷ C. BREINING-KAUFMANN, « The Legal Matrix of Human Rights and Trade Law : State Obligations versus Private Rights and Obligations » in Th. COTTIER, J. PAUWELYN, and E. BÜRGI (dir.), *Human Rights and international Trade*, Oxford University Press, 2005, p. 95, spéc. p. 96 : « *Liberalization of international trade was seen as means to re-establish peaceful international relations and finally enhance human welfare and democracy* ».

⁶⁹⁸ E.-U. PETERSMANN, « Human Rights and International Trade Law : Defining and Connecting the two Fields », in Th. COTTIER, J. Pauwelyn, and E. BÜRGI (dir.), *op. cit.*, p. 29, spéc. p. 31 : « *This constitutional protection of freedom of trade inside a nation can be justified not only on economic and political grounds but also as being directly rooted in respect of human dignity, individual autonomy, and free development of one's personality* ».

soulignent une opposition idéologique entre les deux catégories de droits et libertés⁶⁹⁹.

Toutefois, les points de comparaison pertinents pour la présente étude concernent surtout la méthode et les résultats de la mise en œuvre des droits issus de la CSDH et des libertés économiques de l'UE. Sur ce point, il n'est pas possible d'ignorer l'analogie dans leur application en tant que normes supranationales, l'ampleur de ces similitudes restant à mesurer dans les développements qui suivent. Dans une thèse de droit public, on a pu comparer, *sur le plan de la méthodologie du contrôle de conformité de la loi*, le droit de l'UE pour la France à la *Sharia* pour l'Égypte, nonobstant toutes les différences qui existent entre ces systèmes juridiques⁷⁰⁰. Si l'on se tient aux seuls aspects *méthodologiques* de l'intervention des droits de l'Homme et des libertés économiques de l'UE en droit international privé, leur comparaison sera tout à fait concevable⁷⁰¹.

Pour vérifier l'applicabilité dans le domaine du droit UE de la méthode présentée à la section précédente, il est nécessaire de s'assurer, d'abord, que l'application des droits du citoyen de l'UE et des libertés fondamentales de l'UE obéit au schéma des principes de droit et non à celui des règles de droit (§ 1^{er}), et de vérifier, ensuite, la place que leur application réserve aux mécanismes du droit international privé (§ 2).

§ 1^{er} — Les libertés fondamentales de l'UE et la technique de principes de droit

322. Afin de confirmer ou d'infirmer que ces normes du droit de l'UE s'appliquent en tant que principes de droit et non pas en tant que règles de droit, il est nécessaire d'observer la structure des normes en question et le procédé de leur mise en œuvre⁷⁰².

L'hypothèse sera envisagée successivement dans deux domaines : celui des droits du

⁶⁹⁹ H. MUIR WATT, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 85, spéc. p. 89-90.

⁷⁰⁰ A. MOHAMED-AFIFY, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Égypte*, thèse Bordeaux IV, 2015, n° 181 et s.

⁷⁰¹ Dans le même sens, en ce qui concerne l'aspect méthodologique : P. KINSCH, « Droits de l'homme... », précité, p. 27-28.

⁷⁰² Sur la notion de principe de droit et la distinction entre principes et règles de droit, v. *supra*, n° 314 et s.

citoyen de l'UE (A) et celui des libertés fondamentales économiques de l'UE (B) — ce qui ne préjuge cependant pas, surtout à ce stade de l'étude, d'une différence de la réponse à la question posée.

A/ Le droit des personnes (physiques)

323. En effet, les droits fondamentaux que l'UE reconnaît à ses citoyens se sont éloignés de la logique purement économique et se sont rapprochés des droits de l'Homme d'une nature très proche de ceux consacrés par la CSDH. Il s'agit principalement de non-discrimination en raison de la nationalité et de liberté de circulation des citoyens de l'Union européenne (liberté d'entrée et de séjour). Seront prises pour exemple trois affaires relatives au nom de famille, jugées par la Cour de justice à titre préjudiciel : *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein*⁷⁰³.

324. Dans la première affaire⁷⁰⁴, contrairement aux deux autres, il ne s'agissait pas de la circulation internationale des situations mais elle présente un exemple intéressant de l'intervention du Traité CE dans le domaine du conflit de lois. En l'espèce, un ressortissant espagnol, M. Garcia Avello, et une ressortissante belge, M^{me} Weber, s'étaient mariés et résidaient en Belgique. Ensemble ils ont eu deux enfants, nés en Belgique et ayant double nationalité belge et espagnole, et ont voulu leur donner le nom composé du premier nom de famille du père et du premier nom de famille de la mère, soit « Garcia Weber », selon la coutume et le droit espagnols, alors que le droit belge imposait le nom du père aux enfants dont la paternité était légalement établie. Le consulat espagnol les a enregistrés sous le nom de Garcia Weber, mais les autorités belges les ont inscrits à l'état civil sous celui de Garcia Avello. En effet, la règle de conflit de lois belge désignait en tant que loi applicable la loi nationale des enfants, et pour résoudre le conflit positif de nationalités la Belgique a fait prévaloir la sienne. Sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État, la Cour de justice des

⁷⁰³ Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt ultérieur : CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn*, C-391/09 [Rec. I-03787 ; *RTD civ.* 2011, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, 571, obs. É. PATAUT].

⁷⁰⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02 [Rec. I-11613 ; *D.* 2004, 1476, n. M. AUDIT ; *JCP G* 2004.I.111, obs. I. MARMISSE ; *JDI* 2004, 582, obs. M. LUBY et 1219, n. S. POILLOT-PERUZZETTO ; *RCDIP* 2004, 184, n. P. LAGARDE ; *RTD civ.* 2004, 62, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2004, 559, obs. A. ILIOPOULOU].

communautés européennes, a jugé que le refus de rectifier le nom des enfants en « Garcia Weber » se heurtait au principe de non-discrimination des citoyens européens en raison de la nationalité (articles 12 et 17 TCE, devenus 18 et 20 TFUE).

325. La deuxième affaire⁷⁰⁵ concernait les époux allemands, M. Grunkin et M^{me} Paul, qui résidaient habituellement au Danemark et y ont eu un enfant, également de nationalité allemande, enregistré par l'autorité danoise compétente sous le nom de Grunkin-Paul. Les parents ont demandé la transcription de l'attestation danoise à l'état civil allemand. La loi compétente selon le droit international privé allemand était la loi de nationalité de l'enfant, donc la loi allemande, or celle-ci n'autorisait pas les noms doubles. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice a dit pour droit que la non-reconnaissance en Allemagne du nom de famille attribué au Danemark à l'un des citoyens de celle-là, était incompatible avec la liberté de circulation des citoyens européens (art. 18 TCE, devenu 21 TFUE).

326. Dans la troisième affaire⁷⁰⁶, une ressortissante autrichienne résidait en Allemagne et avait des activités de prestation des services dirigées vers plusieurs autres États membres de l'Union. Elle a été adoptée par un allemand, Fürst von Sayn-Wittgenstein. Par l'effet de cette adoption, elle a reçu le nom de son père adoptif (Fürstin von Sayn-Wittgenstein) mais non sa nationalité. En Allemagne, elle s'est vu délivrer un permis de conduire à son nouveau nom et s'en est servie dans ses contrats personnels et professionnels durant 15 ans ; ce nom figurait également sur son passeport délivré par le consulat d'Autriche. Ultérieurement, le gouverneur de la province de Vienne a voulu procéder à la rectification de ses actes d'état civil et de son passeport afin de supprimer les mots « Fürstin von », car le droit autrichien n'autorisait ni les versions féminines des noms de famille, ni les titres nobiliaires. Interrogée par la justice autrichienne sur la compatibilité de cette rectification à la liberté de circulation des citoyens européens (art. 21 TFUE), la Cour a conclu à sa conformité au droit européen.

⁷⁰⁵ CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06 [Rec. I-07639 ; D. 2009, 845, n. F. BOULANGER ; *Europe* 2008/12, comm. 431 (p. 28) obs. L. IDOT ; *JCP G* 2009.II.10071, n. A. DEVERS ; *JDI* 2009, comm. 7 (p. 203) n. L. D'AVOUT ; *RCDIP* 2009, 80, n. P. LAGARDE].

⁷⁰⁶ CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09 [Rec. I-13693 ; *JDI* 2011, comm. 17 (p. 639) par J. HEYMANN ; *RTD civ.* 2011, 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.* 2011, 571, obs. É. PATAUT].

327. L'analyse précédemment faite des droits de l'Homme sous l'angle des notions des droits subjectifs, des situations juridiques et des règles de droit objectif dont on pourrait les déduire⁷⁰⁷, conduit à considérer que ni le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (art. 21 TFUE), ni l'interdiction de discrimination entre les citoyens de l'UE en raison de leur nationalité (art. 18 TFUE), ne correspondent à aucune de ces trois catégories.

La structure des normes du droit de l'UE en cause dans ces trois affaires correspond à celle des principes et non à celle des règles⁷⁰⁸. En effet, le principe de non-discrimination et le principe de la libre circulation ne comportent pas d'indications d'effet juridique spécifié et sont d'ailleurs assortis de « réserves d'ordre public », analogues à celles qui accompagnent les normes de la CSDH étudiées plus haut :

« **Article 18.** Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations ».

« **Article 21.** 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application.

2. Si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1.

3. Aux mêmes fins que celles visées au paragraphe 1, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Conseil, statuant

⁷⁰⁷ *Supra*, n° 238 et s.

⁷⁰⁸ *Supra*, n° 314 et s.

conformément à une procédure législative spéciale, peut arrêter des mesures concernant la sécurité sociale ou la protection sociale. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen ».

328. Il convient également de se demander si la méthode de mise en œuvre de ces normes correspond également à celle dégagée plus haut pour les articles 8 CSDH et 1^{er} de son Protocole n° 1. Mais à titre liminaire, il convient de préciser l'objet de l'étude.

Le principe de non-discrimination des citoyens européens en raison de la nationalité n'a prévalu que dans l'affaire *Garcia Avello*, qui ne concernait cependant pas la reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger, tandis que dans l'affaire *Grunkin et Paul* la Cour a conclu à l'absence de discrimination et que dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein* la question n'a même pas été soulevée. Ces observations poussent à ne retenir, dans l'analyse qui suit, que le raisonnement de la Cour de justice sur la libre circulation des citoyens de l'UE (art. 21 TFUE), à l'exception donc de la question du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. En effet, amorcée en 2003, la réflexion de la Cour de justice sur la reconnaissance des situations juridiques impliquant les citoyens de l'UE constituées dans un autre État membre semble désormais s'articuler autour de la liberté de circulation.

329. Le raisonnement de la CJUE dans ces deux dernières affaires est similaire à celui de la CEDH observé plus haut : d'abord, l'identification d'une éventuelle ingérence dans un droit garanti, ensuite, la recherche d'une éventuelle justification par un but légitime, et finalement, leur mise en balance en termes de proportionnalité et de nécessité dans une société démocratique. Dans les termes du droit de l'UE cela se traduit par : (a) la recherche d'une éventuelle « restriction à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'UE »⁷⁰⁹, (b) la recherche d'un éventuel « objectif légitimement poursuivi » par l'État membre, « fondé sur des considérations objectives »⁷¹⁰ et (c) le contrôle de proportionnalité entre les deux⁷¹¹.

Concernant les termes de la proportion, dans l'affaire *Grunkin et Paul*, il était question du « rattachement exclusif de la détermination du nom patronymique à la

⁷⁰⁹ *Grunkin et Paul*, précité, p^t 21 et s. ; *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^t 51 et s.

⁷¹⁰ *Grunkin et Paul*, précité, p^{ts} 29-30 et s. ; *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^{ts} 81-83.

⁷¹¹ *Grunkin et Paul*, précité, p^t 31 et s. ; *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^t 84 et s.

nationalité », qui poursuivait un objectif de détermination certaine du nom et sa continuité, ainsi que le principe d'égalité des personnes ayant la même nationalité. « Dans les circonstances telles que celles de l'affaire au principal », la mise en œuvre de cette règle de conflit de lois n'était pas compatible avec l'article 21 TFUE. Selon la Cour, aucun des objectifs poursuivis, « si légitimes qu'ils puissent être en tant que tels, ne mérite de se voir attribuer une importance telle qu'il puisse justifier, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal » cette restriction à la liberté garantie par l'article 21 TFUE⁷¹².

Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, la restriction à la liberté de circulation se fondait sur la loi de 1919 portant abolition de la noblesse. Cette loi était de valeur constitutionnelle en vertu d'un renvoi de la Loi constitutionnelle fédérale, et visait, selon le gouvernement autrichien, « à sauvegarder l'identité constitutionnelle de la République d'Autriche » et à assurer le respect effectif du principe d'égalité⁷¹³. La Cour de justice qualifie d'ailleurs cette affirmation du gouvernement autrichien d'invocation de l'ordre public⁷¹⁴, en rappelant que « des considérations objectives liées à l'ordre public sont susceptibles de justifier, dans un État membre, un refus de reconnaissance » de cette situation juridique créée dans un autre État membre⁷¹⁵. La Cour juge que les valeurs protégées à titre d'ordre public sont, en l'espèce, légitimes, que la loi de 1919 est nécessaire afin de les atteindre et que le même résultat ne pourrait pas être atteint par des mesures moins restrictives de la liberté de circulation⁷¹⁶. Ainsi, les principes qui sous-tendaient la loi autrichienne ont prévalu sur le principe de la libre circulation des citoyens de l'UE.

B/ Le droit des sociétés

330. La situation est similaire concernant la liberté d'établissement (art. 49 TFUE) dont bénéficient également les personnes morales (art. 54 TFUE). La jurisprudence de la Cour de justice dans le domaine de la mobilité internationale des sociétés en témoigne. Seront retenues en tant qu'exemples d'affaires concernant la reconnaissance des sociétés,

⁷¹² *Grunkin et Paul*, précité, p^t 31.

⁷¹³ *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^t 74.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p^t 84.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p^t 85 ; — dans le même sens déjà *Grunkin et Paul*, précité, p^t 35.

⁷¹⁶ *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^{ts} 86-93.

les affaires *Centros*, *Inspire Art*, *Überseering*, *SEVIC Systems* et *VALE Épitési*. Les deux premières affaires concernent l'ouverture dans un État membre de succursales d'une personne morale établie dans un autre État membre, ce qui implique la reconnaissance des sociétés étrangères concernées. La troisième concerne la reconnaissance des sociétés en cas de transfert du siège social (siège réel, ou effectif) vers un autre État membre, et les deux dernières concernent les réorganisations transfrontalières.

331. Dans la première affaire⁷¹⁷, les époux Bryde, ressortissants danois résidant au Danemark, ont enregistré une société Centros Ltd en Angleterre et au Pays de Galles. Ayant son siège légal au domicile anglais d'un ami des époux Bryde, la société Centros n'a jamais eu aucune activité au Royaume-Uni. Les deux dirigeants de la société ont demandé l'immatriculation d'une succursale au Danemark, mais l'autorité compétente les a déboutés au motif que la société de droit anglais était fictive et que, sous couvert d'ouverture d'une succursale au Danemark, les associés cherchaient en réalité à créer une nouvelle société tout en éludant les règles de droit danois, relatives au capital minimal notamment. La CJCE a conclu que les articles 52 et 58 TCE (devenus 49 et 54 TFUE) s'opposaient à ce refus d'enregistrer la succursale de la société Centros. Ainsi, les autorités danoises étaient tenues de reconnaître l'existence de la société Centros Ltd, sans déclarer fictive cette personne morale de droit anglais, et elles ont dû lui accorder le bénéfice de la liberté d'établissement au Danemark.

332. Dans la deuxième affaire⁷¹⁸, la société « Inspire Art Ltd », enregistrée et disposant d'un siège statutaire en Angleterre mais ayant son siège effectif et toutes ses activités au Pays-Bas, a ouvert une succursale dans ce dernier pays. Les autorités compétentes néerlandaises ont exigé que la création de la succursale satisfasse à un certain nombre de conditions supplémentaires, prévues pour les « sociétés étrangères de pure forme » ce qui rendrait applicables à cette société certaines règles de capital minimal et de responsabilité des dirigeants prévues pour les sociétés néerlandaises. La Cour de justice a jugé que les articles 43 et 48 TCE (devenus 49 et 54 TFUE) s'y opposaient. Ainsi, la

⁷¹⁷ CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97 [Rec. I-01459 ; D. 1999, 550, n. M. MENJUCQ ; *Revue des sociétés* 1999, 386, n. G. PARLÉANI].

⁷¹⁸ CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01 [Rec. I-10155 ; D. 2004, 491, n. É. PATAUT ; *JCP G* 2004.II.10002, n. M. LUBY ; *JCP E* 2004, 251, n. V. MAGNIER ; *RCDIP* 2004, 151, n. H. MUIR WATT].

société Inspire Art devait non seulement être reconnue, en application de la jurisprudence *Centros*, mais aussi demeurer régie par le droit de l'État membre d'origine, ce qui constitue l'apport original de cet arrêt.

333. Dans une affaire concernant le transfert du siège et le rattachement des sociétés⁷¹⁹, la société *Überseering BV*, enregistrée au Pays-Bas a assigné la société « Nordic Construction Company Baumanagement GmbH » (ci-après « NCC »), immatriculée en Allemagne, sur le fondement d'un contrat de maîtrise d'œuvre. Peu avant l'assignation de la société NCC en justice, la totalité des parts sociales d'*Überseering* a été acquise par deux ressortissants allemands résidant en Allemagne. Or, selon la règle de conflit allemande, les sociétés sont régies par la loi du lieu de leur siège effectif et non par la loi de leur lieu d'établissement statutaire. En application de cette règle, le juge allemand a conclu que c'est à l'aune du droit allemand (droit du pays où le siège effectif de la société a été ainsi transféré) et non pas du droit néerlandais qu'il convenait d'évaluer la capacité juridique de la société *Überseering*. Or, puisque la société n'était pas enregistrée en Allemagne, elle ne possédait pas la personnalité juridique et donc n'avait pas la capacité d'ester en justice. La Cour de justice, sur le fondement des articles 43 et 48 TCE (devenus 49 et 54 TFUE), désapprouve la position des juges allemands : selon elle, l'Allemagne devait respecter la capacité juridique dont la société *Überseering* jouit aux Pays-Bas, le pays où, et en conformité au droit duquel, cette société avait été constituée et continuait à exister au moment du litige.

Il est important de noter que la jurisprudence *Überseering* ne signifie pas d'une soumission du droit national au droit de l'UE : il s'agit plutôt d'une préférence que la Cour de justice accorde au droit national de l'État membre d'origine. Cette logique est parfaitement observable sur l'exemple de deux autres arrêts concernant le transfert de siège, où la Cour s'était prononcée dans le sens de la possibilité pour les États membres d'origine de s'opposer à l'expatriation du siège effectif. Dans l'arrêt *Daily Mail*⁷²⁰, elle jugea que

⁷¹⁹ CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, C-208/00 [Rec. I-09919 ; Gaz. Pal. 26 juin 2003 (n° 177) p. 27, n. M.-L. NIBOYET ; JCP 2003.II.100302, n. M. MENJUCQ ; LPA 30 octobre 2003 (n° 217) p. 11, obs. C. LEGROS ; RCDIP 2003, 506, n. P. LAGARDE].

⁷²⁰ CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, aff. 81/87 [Rec. 05483 ; JDI 1989, 428, obs. M.-Ch. BOUTARD-LABARDE ; RTD eur. 1989, 265, obs. D. BERLIN].

« contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement »⁷²¹.

La Cour conclut que chaque État membre est libre de déterminer les conditions du rattachement des personnes morales à son droit, à l'instar de la nationalité des personnes physiques. Il revient par conséquent au droit national de l'État de création d'une personne morale de déterminer la possibilité et les modalités de transfert du siège dans un autre État sans perte de nationalité de l'État d'origine, donc sans la dissolution de la société dans l'État d'origine. C'est sur ce fondement que la CJCE avait décidé que la liberté d'établissement ne s'opposait pas à ce que le gouvernement britannique subordonne à certaines conditions et autorisation le transfert du siège de direction d'une société incorporée en Angleterre vers les Pays-Bas en gardant son rattachement juridique à l'Angleterre. Vingt ans après l'arrêt *Daily Mail*, la Cour a réitéré le même raisonnement dans l'arrêt *Cartesio*⁷²².

L'arrêt *Überseering* renvoie explicitement à la jurisprudence *Daily Mail*, et précise que la différence de solution réside dans la différence de circonstances de l'espèce et traduit l'application fidèle du même raisonnement : l'État d'accueil ne peut pas ignorer ni modifier la personnalité juridique dont une personne morale jouit dans l'État d'origine⁷²³.

334. Dans une affaire de réorganisation transfrontalière⁷²⁴, une société de droit allemand *SEVIC Systems* et une société de droit luxembourgeois ont conclu un contrat de fusion portant l'absorption de la dernière par la première. Or, le droit allemand ne

⁷²¹ *Daily Mail*, précité, p^t 19.

⁷²² CJUE, Gde ch., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, spéc. p^t 110 [*Rec.* I-09641 ; *D.* 2009, 465, n. R. KOVAR, 574, n. R. DAMMANN, L. WYNAENDTS et R. NADER et 2387, obs. L. D'AVOUT ; *Gaz. Pal.* 24 mars 2009 (n° 83) p. 12, n. Th. MASTRULLO ; *JCP G* 2009.II.10027, n. M. MENJUCQ ; *JCP E* 2009, 1028, n. F. MÉLIN et 1286, n. A.-S. CORNETTE DE SAINT-CYR ; *JDI* 2009, 890, n. Th. VIGNAL ; *RCDIP* 2009, 548, n. J. HEYMANN ; *Revue des sociétés* 2009, 147, n. G. PARLÉANI ; *RTD com.* 2009, 227, obs. G. JAZOTTES].

⁷²³ *Überseering*, précité, p^{ts} 62-63 et 80.

⁷²⁴ CJCE, Gde ch., 13 décembre 2005, *SEVIC Systems*, C-411/03 [*Rec.* I-10805 ; *D.* 2006, 451, n. M. LUBY ; *JCP E* 2006, 1272, n. R. DAMMANN ; *RCDIP* 2006, 662, n. J. HEYMANN ; *RTD eur.* 2006, 717, n. T. BALLARINO et 75, chron. C. PRIETO].

prévoyait la fusion qu'entre les personnes morales ayant l'une comme l'autre la nationalité allemande. Les mêmes textes relatifs à la liberté d'établissement ont été mobilisés par la CJCE pour dire que l'Allemagne ne pouvait pas faire cette distinction entre les sociétés nationales et étrangères, ce qui revenait à obliger l'Allemagne à reconnaître à la société luxembourgeoise la même capacité juridique que celle des sociétés allemandes.

335. Dans la dernière affaire sous notre considération, qui a connu la solution la plus audacieuse de toute cette lignée jurisprudentielle ⁷²⁵, une société «VALE Costruzioni SRL», immatriculée et ayant son siège en Italie, a obtenu sa radiation du registre italien et demandé son immatriculation au registre hongrois des sociétés sous l'appellation de «VALE Építési kft», sous forme d'une société de droit hongrois et avec un nouveau siège en Hongrie. Cependant il ne s'agissait pas d'une simple dissolution de société en Italie suivie d'une création de société en Hongrie, car il était demandé de mentionner sur le registre hongrois que VALE Építési était le successeur en droit de VALE Costruzioni. Ainsi, il s'agissait d'un changement du siège réel, du siège statutaire, de l'ordre juridique national de rattachement, tout en préservant la continuité de la personnalité juridique de la société étrangère. Selon les magistrats européens, les articles 49 et 54 TFUE n'autorisaient pas la Hongrie à mettre en œuvre les règles nationales s'y opposant. Cette affaire de reconnaissance d'une société étrangère correspond de la manière la plus parfaite à l'idée de circulation internationale des sociétés.

Il convient maintenant d'analyser la nature et la mise en œuvre de la liberté d'établissement.

336. En termes de structure, la norme qui a permis la reconnaissance intra-européenne des sociétés dans les affaires précitées, possède quelques particularités par rapport aux articles 18 et 21 TFUE évoqués plus haut. L'article 49 TFUE, se trouvant dans le chapitre « Le droit d'établissement », est libellé comme suit :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté

⁷²⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, C-378/10 [*Rec.* ; *D.* 2012, 2331, obs. L. D'AVOUT ; *Europe* 2012/10, comm. 386 (p. 33) obs. L. IDOT ; *JCP G* 2012, 1089, n. M. MENJUCQ ; *JCP E* 2012, 1547, n. Th. MASTRULLO ; *JDI* 2013, chron. 4 (p. 622) obs. S. FRANCO ; *RCDIP* 2013, 236, n. J. HEYMANN ; *Revue des sociétés* 2012, 645, n. G. PARLÉANI].

d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ».

Le premier alinéa de cet article est formulé d'une manière telle que l'on pourrait hésiter, à son égard, entre la qualification de règle et celle de principe. Mais le second alinéa s'analyserait plutôt en une règle de droit, une règle pouvant être reformulée de manière suivante : « Dans chaque État membre, les ressortissants des autres États membres bénéficient de traitement national en ce qui concerne la création des personnes morales, de leurs succursales, etc. ».

Toutefois, cette norme est assortie d'une « clause d'ordre public » très caractéristique des principes de droit, contenue à l'article 52 §1 TFUE :

« Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ».

337. Concernant la méthode de mise en œuvre de la liberté d'établissement dans les arrêts précités, le raisonnement s'opère encore une fois en trois temps, du moins quant à la forme. D'abord, la Cour constate une « entrave à l'exercice de la liberté d'établissement », autrement dit une « mesure qui empêche la mise en œuvre du droit au libre établissement » ou une « restriction à la liberté d'établissement »⁷²⁶. Elle vérifie, ensuite, l'existence d'une

⁷²⁶ *Centros*, précité, p^t 21 et s., *Überseering*, précité, p^t 78 et s., *Inspire Art*, précité, p^t 95 et s., *SEVIC Systems*, précité, p^t 20 et s., *VALE Építési*, précité, p^{ts} 34-36.

éventuelle justification de cette entrave (restriction)⁷²⁷ et de sa proportionnalité. Plus précisément, il s'agit de vérifier si l'entrave remplit les quatre conditions issues de la jurisprudence constante en matière des libertés fondamentales communautaires, à savoir : (a) application non discriminatoire, (b) justification par des « raisons impérieuses d'intérêt général » compatibles avec les Traités, (c) aptitude de la mesure à garantir l'objectif poursuivi et (d) le fait qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs⁷²⁸. Même si la formulation des critères d'admissibilité d'une entrave est assez particulière, on y discerne sans difficulté l'exigence d'une justification de l'entrave par un but légitime poursuivi par la norme nationale et sa mise en balance avec le but poursuivi par le principe du droit de l'UE.

338. La jurisprudence de la Cour de justice peut donner l'impression que la recherche systématique des justifications éventuelles et la vérification de leur proportionnalité ne remplit que le rôle d'une figure de style, alors que tout au long de cette séquence jurisprudentielle, depuis 1988 et l'arrêt *Daily Mail*, la Cour a forgé la *règle de conflit* rattachant la personnalité juridique des sociétés à la loi de l'État de leur immatriculation initiale ou la *règle de reconnaissance* qui préconise le respect des droits qui sont acquis conformément à la loi d'origine.

Néanmoins, l'arrêt *VALE Építési* est très explicite sur la méthode appliquée et précise les rôles respectifs du droit national, y compris international privé, et du TFUE dans la circulation des sociétés entre les États membres. Cette jurisprudence, analysée au paragraphe suivant, démontre que le droit de libre établissement est un principe du droit européen et non pas une règle, car il ne peut pas suffire à lui seul, sans le concours du droit national, notamment international privé, à fournir au juge saisi d'un litige de droit international privé une base de déduction suffisante.

⁷²⁷ *Centros*, précité, p^t 31 et s., *Überseering*, précité, p^t 83 et s., *Inspire Art*, précité, p^t 109 et s., *SEVIC Systems*, précité, p^t 24 et s., *VALE Építési*, précité, p^{ts} 39-40.

⁷²⁸ *Centros*, précité, p^t 34 et s., *Überseering*, précité, p^t 91 et s., *Inspire Art*, précité, p^t 140, *SEVIC Systems*, précité, p^t 29 et s.

§ 2 — L'influence des principes du droit primaire de l'UE sur le droit international privé des États membres

339. Une fois établi que le droit à la libre circulation et la liberté d'établissement suivent dans leur application, au moins quant à la forme, la méthode d'application des principes juridiques et non pas celle des règles, reste la question de savoir s'ils évincent le droit international privé ou s'ils encadrent et guident l'application de celui-ci, comme le font les droits de l'Homme de la CSDH. Rappelons que cette deuxième option a été retenue pour décrire l'application de la CSDH en droit international privé en raison de la particularité de l'objet des articles 8 et 1^{er} du Protocole n° 1 CSDH, de l'impossibilité de les assimiler pleinement à l'un des mécanismes du droit international privé et aussi de l'inaptitude des principes de la CSDH à fournir à eux seuls une solution d'un litige au fond.

C'est à l'aune de ces critères qu'il convient d'étudier l'application des articles 21 TFUE et 49 ensemble 54 TFUE, en conservant la même organisation du raisonnement, basée sur la distinction entre le cas des personnes physiques (A) et celui des personnes morales (B), cette distinction étant, ici également, pédagogique et non conceptuelle.

A/ Le droit des personnes (physiques)

340. La lecture des arrêts *Grunkin et Paul* et *Sayn-Wittgenstein* précités conduit à se demander si le droit de libre circulation du citoyen de l'UE ne se distingue pas des droits de l'Homme de la CSDH par la nature de son objet. En effet, le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit au respect des biens visent des réalités sociales, la dimension factuelle étant alors considérée nonobstant les formes juridiques que le droit applicable lui confère⁷²⁹. En revanche, le nom de famille pourrait être conçu comme un objet purement juridique.

Néanmoins, la Cour de justice appréhende le nom de famille notamment dans sa

⁷²⁹ *Supra*, n° 240 et s., spéc. n° 260 et s.

dimension temporelle, en prenant en compte le fait que la personne a déjà porté le nom concerné, et ce depuis un certain laps de temps⁷³⁰. Plus encore, elle se réfère ouvertement au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 CSDH⁷³¹. Ainsi, l'application du droit de libre circulation et de séjour dans les affaires précitées tient compte de la réalité sociale.

Par ailleurs, l'objectif visé par l'article 21 TFUE est très éloigné de ceux du droit international privé : le droit de libre circulation et de séjour ne concerne pas tant les règles de conflit de lois relatives à la dévolution du nom de famille que « de sérieux inconvénients [concrets et pratiques] d'ordre tant professionnel que privé » que l'application de ces règles de droit international privé pourrait générer, le cas échéant, pour les citoyens de l'UE en cause⁷³².

Les champs d'application du droit international privé et du TFUE s'interposent nettement sur un point : les dispositions du TFUE s'appliquent précisément, et uniquement, dans les cas où il y a un élément d'extranéité reliant le litige à un autre État membre et au droit de l'UE⁷³³. Cependant, il ne s'agit pas de remplacer le droit international privé par le droit de l'UE en tant que moyen de règlement des litiges avec des éléments d'extranéité et des rattachements à l'UE. Du point de vue de l'Union européenne, il ne s'agit pas des rapports de droit se déroulant entre plusieurs ordres juridiques nationaux mais des rapports de droit se déroulant à l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union⁷³⁴.

B/ Le droit des sociétés

341. À la différence des droits au respect de la vie privée et au respect des biens, analysés plus haut (art. 8 et 1^{er} du Protocole n° 1 CSDH) et encore plus nettement que le droit de libre circulation des citoyens de l'UE, le droit de libre établissement des personnes morales vise une réalité non pas sociale ou factuelle mais juridique, puisque les personnes morales sont des constructions purement juridiques. Toutefois, à l'instar des dispositions

⁷³⁰ *Grunkin et Paul*, précité, p^t 26 et *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^t 63.

⁷³¹ *Sayn-Wittgenstein*, précité, p^t 52 ; — implicite dans les arrêts précédents.

⁷³² CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, p^{ts} 51-53 [*Rec. I-03375*].

⁷³³ *Grunkin et Paul*, précité, p^t 16.

⁷³⁴ Sur l'ordre juridique de l'Union européenne, v. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., LexisNexis, 2013, p. 533 (n° 685) et s.

de la CSDH précitées, les articles 49 et 54 TFUE ne visent pas le même objet et ne remplissent pas la même fonction que les règles du droit international privé ou du droit des sociétés des États membres⁷³⁵.

342. L'arrêt *VALE Építési* offre quelques précisions qui montrent que le droit de libre établissement consacré par l'article 49 TFUE n'est pas une *règle* dans le domaine de la circulation intra-européenne des sociétés mais un *principe* et qu'il ne fait qu'*encadrer* l'application des règles de droit international privé de l'État membre d'accueil ; même si ce principe pouvait s'avérer irréfutable, il ne saurait constituer une base de déduction de pour le juge saisi du litige de droit international privé.

En effet, la Cour dans cet arrêt commence par le rappel de la jurisprudence *Daily Mail* et du rôle du droit national d'un État membre dans l'existence même d'une personne morale et de son rattachement à l'ordre juridique de cet État⁷³⁶. Ensuite, elle en déduit que

« l'obligation éventuelle, en vertu des articles 49 TFUE et 54 TFUE, de permettre une transformation transfrontalière ne porte atteinte ni à cette [compétence] de l'État membre d'accueil ni à la détermination, par celui-ci, des règles de constitution et de fonctionnement de la société issue d'une transformation transfrontalière. En effet, [...] une telle société relève nécessairement du seul droit national de l'État membre d'accueil qui régit le lien de rattachement requis ainsi que sa constitution et son fonctionnement »⁷³⁷.

Plus précisément,

« la mise en œuvre d'une transformation transfrontalière nécessite [...] l'application consécutive de deux droits nationaux à cette opération juridique » : celui de l'État membre d'origine et celui de l'État membre d'accueil⁷³⁸.

D'une manière très explicite, la Cour déclare que le droit consacré par les articles 49 et 54 TFUE est un principe juridique, qu'il ne remplace pas le droit national mais qu'il

⁷³⁵ Dans le même sens, J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, p. 152 (n° 138).

⁷³⁶ *VALE Építési*, précité, p^{ts} 27-29.

⁷³⁷ *Ibid.*, p^{ts} 30-31.

⁷³⁸ *Ibid.*, p^t 44.

l'encadre :

« il ne saurait être inféré des articles 49 TFUE et 54 TFUE des règles précises susceptibles de se substituer aux dispositions nationales, [mais] l'application de ces dernières dispositions n'est pas exemptée de tout contrôle au regard desdits articles »⁷³⁹.

343. Ce contrôle du droit de l'UE sur l'application du droit national s'opère selon deux principes : le « *principe d'équivalence* » (les dispositions du droit national applicables aux sociétés venues d'un autre État membre ne doivent pas être moins favorables que celles « régissant les situations similaires de nature interne ») et le « *principe d'effectivité* » (elles ne doivent pas rendre « impossibles en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »)⁷⁴⁰.

Quant au principe d'équivalence, ce qui était reproché aux autorités hongroises dans l'affaire *VALE Építési*, ce n'était pas d'avoir appliqué son droit à cette transformation transfrontalière mais bien de ne pas avoir appliqué le régime de son droit interne des sociétés à une société qui était « recrée » en Hongrie et selon le droit hongrois, ce qui mettait cette société hongroise issue d'une société italienne dans une situation moins avantageuse que celle des sociétés hongroises issues des sociétés hongroises⁷⁴¹. Et quant au principe d'effectivité, les articles 49 et 54 TFUE obligeaient l'État membre d'accueil « de tenir dûment compte, lors de l'examen d'une demande d'enregistrement d'une société, des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine attestant que cette société s'est effectivement conformée aux conditions de celui-ci, pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit de l'Union »⁷⁴².

Ainsi, il apparaît avec clarté que les droits consacrés par le TFUE, dont le droit de libre circulation des citoyens UE et le droit de libre établissement, s'appliquent à la manière des principes de droit et encadrent l'application du droit international privé des États membres sans s'y substituer directement et sans remplir la fonction de celui-ci.

⁷³⁹ *VALE Építési*, précité, p^t 45.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p^t 48 et s.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p^{ts} 56-57.

⁷⁴² *Ibid.*, p^t 61.

344. D'autres interprétations sont possibles. Par exemple, M. Dominique Bureau et M^{me} Horatia Muir Watt voient dans la jurisprudence européenne une règle de conflit désignant l'ordre juridique d'origine en tant qu'ordre juridique de référence, au sens de la théorie de M. Paolo Picone⁷⁴³.

Pourtant l'analyse que nous proposons démontre que le renvoi à cet ordre juridique d'origine n'est pas automatique. D'ailleurs, il peut être difficile de dire dans quel ordre juridique trouve son origine, par exemple, le nom de famille d'un allemand né et résidant au Danemark. C'est précisément la fonction des règles de conflit de lois que de déterminer lequel des ordres juridiques est celui d'origine de la situation juridique. La jurisprudence européenne en droit des sociétés montre clairement qu'en état actuel du droit positif, ces règles de conflit relèvent de la compétence nationale et non pas de celle de l'Union.

L'application du droit européen prend en compte le point de vue concret des ordres juridiques en cause, conformément à la préconisation de M. Picone. Il est peut-être légitime de dire que le principe de continuité de l'état des personnes se trouve au centre du droit de l'UE et de la CSDH. Ce principe avait déjà été formulé, par exemple, dans la jurisprudence française en 1900 par l'arrêt *de Wrède*⁷⁴⁴ et trouve aujourd'hui sa consécration dans les articles 8 CSDH et 21 TFUE. Mais les développements qui précèdent conduisent à la conclusion qu'il n'est pas possible d'y trouver une « règle de conflit cachée »⁷⁴⁵. Il ne s'agit ni d'une *règle* ni de *conflit de lois*.

345. Par ailleurs, il serait excessif de dire que le principe de « continuité transfrontalière des situations individuelles » fonde la reconnaissance de ces situations ou que « le fondement de la reconnaissance réside dans le droit de l'individu concerné de ne

⁷⁴³ BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 680 (n° 576).

⁷⁴⁴ Cass. civ., 9 mai 1900, *de Wrède* : « l'état des personnes ne peut demeurer incertain, sans qu'il en résulte un trouble profond dans les familles et une atteinte grave à l'ordre social » [GA, n°10 ; JDI 1900, 613 ; S. 1901.I.185].

⁷⁴⁵ Sur la règle de conflit de lois rattachant la situation à l'État membre d'origine, v. par ex., L. RADICATI DI BROZOLO, « Libre circulation dans la CE et règles de conflit », *RCDIP* 1993, 401 ; R. BARATTA, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax* 2007, 4.

pas se voir opposer un obstacle par l'État d'accueil à la continuité de son état ou de sa situation familiale »⁷⁴⁶. Comme cela a été démontré plus haut, ce principe rend obligatoire la *méthode* de la reconnaissance sans préjudice du *résultat* concret de son application à un cas d'espèce⁷⁴⁷. Un droit à la reconnaissance, s'il devait être admis, ne serait qu'un principe juridique, il orienterait le juge vers la reconnaissance sans la rendre obligatoire.

346. En revanche, l'idée d'une « exception de libre circulation »⁷⁴⁸ s'inscrit parfaitement dans l'approche développée plus haut. En effet, force est de constater que l'effet de l'application de l'article 21 TFUE dans les affaires étudiées conduit à l'*éviction* de la norme constituant une entrave à la libre circulation, plus précisément de la règle de conflit de lois, dans les exemples choisis, ce qui n'est pas sans rappeler l'opération de l'exception d'ordre public.

En matière de reconnaissance et de circulation des sociétés la situation est plus compliquée. On peut toutefois considérer que la fonction d'éviction est l'une des fonctions de ces principes du droit européen, qui se combine à une fonction de direction, ou d'orientation. L'expression d' « exception de libre circulation » fait en quelque sorte écho à celle d' « application directe de la CSDH »⁷⁴⁹ en ce sens qu'il s'agit d'appliquer un droit de l'Homme d'origine supranationale avec un effet négatif (éviction) sans passer par l'exception classique d'ordre public au sens du droit international privé.

⁷⁴⁶ BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 683 (n°579).

⁷⁴⁷ *Supra*, n° 296 et s.

⁷⁴⁸ BUREAU & MUIR WATT, t. II, p. 58-59 (n° 620-79).

⁷⁴⁹ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse Limoges, 2005, n° 505 *in fine* et s. ; *supra*, n° 283.

CONCLUSION DU TITRE I

347. Les développements ci-dessus démontrent que les droits de l'Homme de source supranationale fonctionnent comme des principes juridiques et non comme des règles juridiques. Par ailleurs, ils ne sont pas des « *legal transplants* » et encore moins des « *legal irritants* »⁷⁵⁰ : ils ne s'intègrent pas dans le droit international privé. Aussi doit-on conclure, qu'ils n'y introduisent pas le contrôle de proportionnalité : ce n'est pas une nouvelle technique de droit international privé mais une technique normale de mise en œuvre des droits de l'Homme⁷⁵¹. Ils ne font pas partie du droit international privé, mais y imposent un cadre. Or à l'intérieur de ce cadre, il incombe au droit international privé, et à lui seul, de mettre en œuvre une méthode de la reconnaissance exigée ou simplement favorisée par les droits de l'Homme et les libertés fondamentales de l'Union européenne.

Ainsi doit-on rejeter l'hypothèse d'une circulation oblique des situations juridiques : en effet, lorsque l'application du droit européen favorise, plus ou moins fortement, la circulation des situations, celle-ci doit cependant être conçue comme une circulation horizontale, assurée toujours par une méthode de droit international privé de l'État d'accueil.

Il ne doit pas s'agir d'une « méthode du fait accompli illicite »⁷⁵² du point de vue du droit international privé, c'est-à-dire d'un « forçage » des méthodes du droit international privé par le droit européen. Ce devrait être, en revanche, un mécanisme de droit interne compatible méthodologiquement avec les exigences du droit européen. Autrement dit, il est nécessaire d'élaborer une méthode de droit international privé qui permettrait de traiter,

⁷⁵⁰ G. TEUBNER, « Legal irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in new divergences », 61 *Modern Law Review* 11 (1998).

⁷⁵¹ *Contra*, soulignant le rôle de la proportionnalité et la présentant comme un *legal transplant / legal irritant*, H. MUIR WATT, « La reconnaissance... », précité, p. 94-95. — Dans un domaine différent, on peut se demander si la désignation de la loi des liens les plus significatifs n'introduit pas en droit international privé ce raisonnement en termes de proportionnalité lequel est inhérent à tout principe de droit, dont le principe de proximité. Toutefois, contrairement au principe de proximité et à la « règle » des liens les plus significatifs, les droits de l'Homme et les libertés de l'Union européenne ne font pas partie du système de droit international privé.

⁷⁵² L'expression de M. Yves Lequette : Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 19^e éd., Dalloz, 2013, p. 123, spéc. p. 139.

d'assimiler cet impératif des droits de l'Homme, de le « traduire » en termes du droit international privé. Il s'agit précisément de méthode de la reconnaissance unilatérale des situations juridiques, qui anime le débat doctrinal depuis le début du XXI^e siècle.

Mais quelle méthode pour la reconnaissance des situations ? Évidemment, les traits caractéristiques de cette méthode doivent être tels qu'elle soit pleinement compatible avec l'application des droits de l'Homme et des libertés fondamentales étudiée ci-dessus, elle doit y être adaptée. Cette méthode devrait permettre une éventuelle, mais non pas nécessaire, reconnaissance des situations juridiques véhiculées par les actes d'état civil, par les actes d'enregistrement des sociétés, mais aussi la reconnaissance juridique des « réalités sociales » comme la vie familiale ou les biens, par exemple. Par conséquent, on ne saurait s'arrêter à la réception des jugements et des actes publics décisionnels étrangers.

Cette précision du rôle du droit supranational, dont le droit de l'Union européenne, conduit également à rejeter l'hypothèse d'une reconnaissance mutuelle des situations juridiques de droit privé qui serait fondée sur le droit primaire de l'Union. La méthode de la reconnaissance des situations juridiques qui fait l'objet des développements qui suivent sera donc une méthode unilatérale⁷⁵³.

Il a été remarqué par M^{me} Gannagé que « n'étant plus édictées en contemplation les unes des autres, comme au temps où la jurisprudence était le principal maître d'œuvre en la matière, les méthodes de la réglementation [des rapports privés internationaux] ne s'ordonnent parfois que malaisément »⁷⁵⁴. Il convient donc de contempler, dans la suite du présent travail, à la fois la méthode des droits de l'Homme et les méthodes du droit international privé pour parvenir à une réglementation des rapports privés internationaux qui soit harmonieuse et suffisamment logique pour être prévisible.

⁷⁵³ Sur l'unilatéralisme en droit international privé contemporain, v. G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Schulthess, 2014 ; — sur la reconnaissance unilatérale des situations juridiques, spéc. p. 487 et s.

⁷⁵⁴ L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes...*, précité, p. 186 (n° 272).

TITRE II

LA CIRCULATION INTERNATIONALE HORIZONTALE DES SITUATIONS JURIDIQUES

348. Comme cela a été souligné dans le Titre précédent, même dans les cas où les droits de l'Homme posent une directive de reconnaissance des situations juridiques, ils ne font qu'imposer un cadre, en laissant au droit de l'État concerné le soin de définir et de mettre en œuvre le processus de la reconnaissance. À présent, il convient d'étudier l'hypothèse de la reconnaissance en tant que méthode de droit international privé, qui pourrait être choisie aussi bien en fonction des directives des systèmes supranationaux qu'indépendamment de ceux-ci.

Il convient d'abord de s'interroger sur le principe même de cette circulation internationale horizontale des situations juridiques, d'en rechercher les fondements et les voies concrètes selon le droit international privé positif ; pour cela il faudra positionner la circulation des situations juridiques au regard des méthodes existantes (Chapitre I). Ensuite, il faudra réfléchir sur l'étendue d'une telle circulation, sur les contours de la méthode de sa mise en œuvre (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA CIRCULATION DES SITUATIONS JURIDIQUES ET LES MÉTHODES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

349. L'hypothèse de la circulation internationale des situations juridiques est étudiée, depuis une dizaine d'années, dans l'optique de la « méthode de la reconnaissance ». Les contours de cette méthode demeurent assez flous. Certains soulignent que l'objectif de reconnaissance et même un raisonnement en termes de reconnaissance sont caractéristiques de plusieurs méthodes différentes et parlent même de la reconnaissance comme d'un « principe transcendant les méthodes du droit international privé »⁷⁵⁵.

Un autre principe transcendant les méthodes du droit international privé accompagne la circulation internationale des situations juridiques, celui d'autonomie de la volonté : la reconnaissance libérale des situations juridiques pourrait être vue comme « l'antichambre de l'autonomie de la volonté »⁷⁵⁶. Ce point sera abordé brièvement au chapitre suivant.

Une autre tendance qui influe sur la circulation des situations juridiques est celle de la reconnaissance des identités individuelles et communautaires. Cette idée est très importante dans la philosophie politique de la fin XX^e – début XXI^e siècles⁷⁵⁷, et son influence peut être observée notamment sur le « droit international privé postmoderne » de M. Erik Jayme⁷⁵⁸. Pourtant, cette idée de la philosophie sociale n'entre pas dans le cadre de notre étude de méthodologie du droit international privé, même si elle pourrait être son fondement politique.

Les auteurs comparent la reconnaissance des situations soit à la méthode du conflit de lois (Section 1^{re}) soit à celle du conflit des autorités (Section 2).

⁷⁵⁵ P. MAYER, « La reconnaissance : notions et méthodes » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 27.

⁷⁵⁶ Ch. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatsisme », *RCADI* 359 (2013) p. 285 et s., spéc. p. 403.

⁷⁵⁷ A. HONNETH, « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du MAUSS* 23 (2004/1) p. 133 ; N. FRASER, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du MAUSS* 23 (2004/1) p. 152 ; H. MUIR WATT, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 85.

⁷⁵⁸ E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI* 251 (1995) p. 9.

Section 1^{re} : La circulation internationale des situations juridiques et le conflit de lois

350. La question de la circulation internationale des situations juridiques est intimement, voire congénitalement, liée à celle du conflit de lois. La doctrine s'accorde à dire que les rapports entre les deux méthodes sont complexes, mais leur configuration exacte continue à faire débat.

Les auteurs qui travaillent sur la méthode de la reconnaissance ont proposé plusieurs visions des rapports entre cette méthode et celle de conflit de lois (§ 1^{er}), mais d'autres remarques à ce sujet s'imposent également (§ 2).

§ 1^{er} — Les deux hypothèses

351. Pour certains, la méthode de la reconnaissance des situations doit supplanter celle de conflit de lois (A), pour d'autres celle-là n'est qu'une version particulière de celle-ci (B).

A/ L'éviction du conflit de lois

352. La littérature sur la reconnaissance des situations est assez riche⁷⁵⁹ et les méthodes esquissées par les auteurs assez diverses. Le trait le plus caractéristique de la méthode de la reconnaissance serait précisément l'abandon de la règle de conflit⁷⁶⁰. Cela semble être l'un des rares points, sinon le seul, sur lequel tous les promoteurs de la reconnaissance des situations sont unanimes⁷⁶¹. Plus précisément, il s'agirait, dans tous les

⁷⁵⁹ *Supra*, n° 2.

⁷⁶⁰ Par ex., P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s., spéc. p. 560.

⁷⁶¹ En ce sens, Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP* 2008, 513, spéc. p. 515 (n° 2).

procédés pouvant être qualifiés de méthodes de la reconnaissance, d'abandon de la règle de conflit de lois du for requis.

353. C'est là que réside l'originalité principale de cette nouvelle méthode par rapport aux procédés indirects de la reconnaissance des situations juridiques, étudiés plus haut⁷⁶². En effet, qu'il s'agisse de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, du renvoi, de la technique du for de raisonnement ou de la *foreign court theory* — le raisonnement dans le cadre de ces méthodes part toujours de la règle de conflit du for, mais cette règle de conflit se transforme de règle de conflit de lois matérielles en règle de conflit de systèmes de droit international privé. En revanche, dans le cadre des méthodes de reconnaissance des situations juridiques il s'agirait de n'avoir recours à aucun moment et à aucun titre à la règle de conflit de lois du for.

Il existe en droit international privé français une méthode qui fait l'économie de la règle de conflit de lois : c'est la méthode appliquée à la reconnaissance des jugements étrangers, depuis l'arrêt *Cornelissen*⁷⁶³. La doctrine reste quelque peu partagée sur la question de savoir s'il s'agit d'une même méthode de la reconnaissance pour les jugements et pour les situations juridiques : selon certains ce serait le cas⁷⁶⁴ ; pour d'autres, la nature des deux méthodes serait différente mais le mécanisme serait tout de même identique, avec ce trait commun qui est la non-application de la règle de conflit de lois du for requis⁷⁶⁵.

354. L'idée même de l'abandon de la règle de conflit, ou tout au moins de la relativisation de son importance, dépasse peut-être le champ des débats doctrinaux autour de cette nouvelle méthode⁷⁶⁶. Ainsi, au terme d'une recherche de droit international privé comparé, M. Gian Paolo Romano fait remarquer une certaine corrélation entre, d'une part, la tendance à ne pas appliquer la règle de conflit de lois du for aux situations déjà constituées à l'étranger et, d'autre part, l'application généralisée de la *lex fori* lors de la création des situations juridiques dans le for : « dans bien des cas, la règle de conflit

⁷⁶² *Supra*, n° 68 et s.

⁷⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14082 [*Bull.*, n° 68 ; *D.* 2007, 1115, n. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *JDI* 2007, comm. 19 (p. 1195) n. F.-X. TRAIN ; *RCDIP* 2007, 420, n. B. ANCEL et H. MUIR WATT].

⁷⁶⁴ S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, 307, spéc. p. 325 (n° 15).

⁷⁶⁵ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 560.

⁷⁶⁶ Sur l'évolution du rôle de la règle de conflit de lois, v. B. ANCEL, *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, cours Paris II, 2008-2009.

classique n'a pas pu être préservée par le for lors de la reconnaissance de situations étrangères, parce qu'il s'en était déjà départi lors de l'établissement d'une situation de même type chez lui »⁷⁶⁷. Il s'agirait peut-être d'une certaine inadéquation de la règle de conflit de lois savignienne aux objectifs du droit international privé des XX^e-XXI^e siècles.

355. Pour vérifier la possibilité d'extrapoler le procédé de la reconnaissance des jugements dans le domaine de l'accueil des situations juridiques « officialisées » par une intervention, fût-elle purement réceptive, d'une autorité publique étrangère, M. Sylvain Bollée tente de démontrer l'unité des deux méthodes. Il part des deux postulats désormais classiques posés par M. Pierre Mayer concernant la reconnaissance des jugements : (1) les règles de tous les pays ont vocation à régir toute question de droit et sont donc en conflit, alors que normalement il n'y a, sur une question de droit donnée, qu'une seule décision, et (2) les règles et les décisions sont des normes de niveaux différents et ne peuvent être en conflit les unes avec les autres. M. Bollée remarque que tout comme il n'y a, normalement, qu'un seul jugement rendu sur la question (et donc pas d'alternatives, pas de concurrence, pas de « conflit »), il n'y a normalement pas plusieurs pays où, par exemple, un mariage ait été célébré ou une société enregistrée⁷⁶⁸.

Concernant l'impossibilité, selon M. Mayer, de tout conflit entre un jugement et une loi, c'est-à-dire entre une règle et une décision, M. Bollée considère que « *le point de vue affirmé par l'ordre juridique auteur de la décision est virtuellement en conflit avec ceux qu'expriment tous les autres ordres juridiques, à travers leurs règles [...] ce conflit est exactement de la même nature que celui qui existe entre les règles elles-mêmes* »⁷⁶⁹. Et l'auteur poursuit que l'application aux jugements étrangers de la méthode de la reconnaissance plutôt que celle du conflit de lois, relève d'un « *choix méthodologique [...] fait en amont, qui masque la situation objective de concurrence entre les divers points de vue* »⁷⁷⁰. Il parle également d'un « *parti pris méthodologique* »⁷⁷¹.

Ayant rappelé les raisons de ce choix méthodologique habituellement avancées, et

⁷⁶⁷ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP* 2006, 457, spéc. p. 488 (n° 25) ; — *Adde*, du même auteur, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Schulthess, 2014, p. 487 et s.

⁷⁶⁸ S. BOLLÉE, « L'extension du domaine... », précité, p. 316 (n° 8).

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 318-319 (n° 10).

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 319 (n° 10).

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 320 (n° 11).

notamment le respect des prévisions légitimes des parties et la continuité de l'état des personnes, M. Bollée conclut que les mêmes raisons plaident pour l'extension de la méthode de la reconnaissance, au-delà des jugements et des actes publics décisionnels, « à des points de vue normatifs qui n'ont pas un caractère décisionnel, mais qui ont été pour les parties une base de prévisions *de la même manière qu'une décision, en raison de l'intervention d'un organe étatique* »⁷⁷². Ainsi, on devrait abandonner la règle de conflit de lois lors de la réception dans le for des situations juridiques étrangères à l'instar de ce que l'on a déjà fait pour les jugements étrangers, et ce pour les mêmes raisons. Il s'agirait, selon cet auteur, de reconnaître les « règles (*sic*) [de droit matériel étranger] *indépendamment de toute désignation, par une règle de conflit bilatérale, de l'ordre juridique dont les organes sont intervenus* [dans la consécration de la situation juridique] »⁷⁷³.

356. À cette thèse d'identité de méthode qui transcende la distinction entre règles et décisions, on pourrait répondre qu'à ce niveau d'abstraction ses conclusions relèvent plus de la philosophie du droit que de la science du droit positif. En généralisant à l'excès, on peut ramener tout à un dénominateur commun ; mais c'est oublier que les distinctions en droit ont une fonction importante et ont été dégagées pour résoudre des problèmes juridiques. Certes, sur un plan purement abstrait et philosophique on ne peut que se rendre à l'évidence qu'il est, dans une certaine mesure, question de faire produire ses effets dans le for à une loi étrangère ou de laisser ces effets produits dans l'ordre juridique d'origine s'étendre à l'ordre juridique requis ou y trouver un écho. Mais sur le plan de la méthodologie de l'application du droit, il semble difficile d'assimiler les règles et les normes individuelles, ou plutôt d'ignorer ces dernières en ne raisonnant que sur les premières.

Toutefois, le grand mérite de la théorie de M. Bollée consiste à souligner le fait que le choix de méthode de conflit de lois ou de méthode de reconnaissance n'est qu'un choix méthodologique.

357. Une autre approche a été envisagée pour justifier ce choix d'éviction de la règle

⁷⁷² *Ibid.*, p. 322 (n° 12). — À rapp. P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 562.

⁷⁷³ S. BOLLÉE, « L'extension du domaine... », précité, p. 323 (n° 13).

de conflit lors de l'accueil des situations juridiques créées à l'étranger, développée notamment par M. Charalambos Pamboukis, qui part de la fonction de la règle de conflit de lois⁷⁷⁴. En effet, la fonction de la règle de conflit bilatérale de type savignien consiste en la localisation d'un rapport de droit dans l'espace⁷⁷⁵. La règle de conflit de ce type ne s'intéresse point à la répartition des compétences entre les ordres juridiques, car elle se fonde, rappelons-le, sur le caractère interchangeable de tous les systèmes normatifs, sur l'idée d'une communauté de droit. Elle sert à identifier *in abstracto* et *a priori*, comme toute règle générale et hypothétique, le « siège naturel » de chaque rapport de droit, c'est-à-dire à « localiser » ce rapport dans l'orbite de tel ou tel ordre juridique. Il revient ensuite à la loi locale de s'appliquer à tous les rapports de droit ayant leur siège sur son territoire. Or, il est inutile de localiser, à l'aide d'une règle générale et abstraite, une situation juridique individuelle et concrète effectivement créée dans un État déterminé avec l'intervention, même purement réceptive, d'une autorité publique, puisque la localisation de l'autorité instrumentant est toujours certaine.

Lors de la reconnaissance des situations juridiques, la question se pose non pas en termes de localisation mais en termes de reconnaissance⁷⁷⁶. Ainsi, souligne M. Pamboukis, la règle de conflit ne devrait pas être appliquée à la *reconnaissance* des situations juridiques car elle est conçue pour remplir une fonction toute différente. En effet, l'auteur insiste sur la distinction entre la création d'une situation juridique et sa reconnaissance. Cette distinction, au demeurant assez classique et que l'on retrouve déjà chez Niboyet, est mise en évidence par le fait que l'existence d'une situation dans l'ordre juridique d'origine n'est, en général, pas affectée par sa reconnaissance ou non dans un ordre juridique requis⁷⁷⁷.

358. Plus encore, M. Pamboukis remet en question la possibilité même de relier systématiquement une situation à un seul ordre juridique, ce que la règle de conflit de lois bilatérale est pourtant censée faire : « le pluralisme juridique incite à l'admission de cette

⁷⁷⁴ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », précité, p. 522 (n° 11) et s. — Déjà en ce sens, « L'acte quasi public en droit international privé », *RCDIP* 1993, 565, spéc. p. 572 (n° 12) et *L'acte public étranger en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, LGDJ, 1993, p. 118 (n° 176).

⁷⁷⁵ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », précité, p. 520 (n° 9) et p. 525 (n° 15) ; déjà *supra*, n°s 26-29.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 525 (n° 15).

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 524-525 (n°s 14-15).

relativisation et à l'acceptation de l'effectivité. Le point de départ est qu'un rapport juridique concret, existant, comportant une dimension internationale peut se rattacher et se rattache potentiellement à plusieurs ordres juridiques et que la localisation nécessaire à la création *a priori* ne sert plus à la confirmation de l'existence *a posteriori* »⁷⁷⁸. L'auteur parle d'un « rapport juridique à relevance plurielle », c'est-à-dire d'un rapport juridique régi par plusieurs ordres juridiques en même temps⁷⁷⁹.

359. Pourtant, concernant la localisation d'une situation juridique dans l'espace, M. Mayer a écrit dans sa magistrale thèse qu' « *une situation ne se constitue nulle part. Une situation juridique résulte de l'application d'une règle à un fait. Le fait peut être localisé, du moins dans certains cas, mais non l'application. Celle-ci est une simple opération intellectuelle, ou, plus précisément, une opération de nature intellectuelle. Le résultat de l'application existe idéalement, sans même que personne procède à l'opération, en vertu d'un schéma logique préexistant (la relation qu'a posée la règle), dans laquelle entre l'acte : de même, sept et trois font dix, même si personne n'effectue le calcul. Dès lors que l'acte est accompli, il existe autant de situations juridiques qu'il existe de règles différentes qui le prennent en considération dans leur présupposé. Et ces situations juridiques sont des entités abstraites, qui n'occupent aucune position dans l'espace* »⁷⁸⁰.

Contrairement à M. Mayer, M. Pamboukis semble donc admettre l'existence d'une situation juridique indépendamment d'une loi et ainsi évincer le conflit de lois même, alors que M. Mayer insiste sur le fait qu'une situation juridique n'est pas concevable détachée de sa source, laquelle est soit une décision, soit une loi.

B/ La solution du conflit de lois

360. Pour M. Mayer, la méthode de la reconnaissance des situations juridiques n'est autre qu'une méthode de solution du conflit de lois : « une fois écartée l'idée, inspiratrice de la théorie des droits acquis, qu'une situation juridique existe "en fait", il n'y a place que pour une alternative : ou bien la situation résulte d'une décision, ou bien elle résulte d'une

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 525-526 (n° 16).

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 520 (n° 8).

⁷⁸⁰ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Dalloz, 1973, p. 159-160 (n° 211).

règle, et dans le second cas il faut déterminer parmi les divers ordres juridiques celui auquel appartient cette règle »⁷⁸¹. « Les droits subjectifs n'étant pas des réalités naturelles, mais le produit du droit objectif, et celui-ci n'étant pas identifié », M. Mayer craint « que la reconnaissance ne tende en réalité à transformer directement en situations de droit des situations de fait, pourtant malaisées à cerner et à localiser »⁷⁸².

Ainsi, pour l'auteur, il est théoriquement inconcevable que la méthode de la reconnaissance des situations juridiques se situe ailleurs que dans le domaine du conflit de lois, mais la technique, le procédé, est bien celui de la méthode de la reconnaissance des décisions, l'« évoque structurellement »⁷⁸³. La méthode de la reconnaissance des situations juridiques dépourvues du support d'une décision serait alors l'une des méthodes de résolution du conflit de lois.

361. Le conflit de lois dans la même configuration, c'est-à-dire en présence d'une situation juridique ne résultant pas d'une décision, peut être résolu par des méthodes autres que celle prévue pour les jugements. Selon M. Paul Lagarde, les règles de conflit de lois à rattachements alternatifs sont au croisement des deux domaines et peuvent être appliquées en tant que règles de reconnaissance⁷⁸⁴. On pourrait les rapprocher de l'hypothèse de la « relevance plurielle » de M. Pamboukis, rapprochement que l'auteur lui-même fait en parlant des « cas limites à la jonction des deux méthodes »⁷⁸⁵. Les règles à rattachements alternatifs sont habituellement perçues comme des règles de conflit à coloration matérielle, c'est-à-dire que l'on peut les formuler de manière suivante : « le rapport de droit, ou l'acte juridique, est valable s'il est conforme à l'une des lois suivantes : ... ». On s'accorde à dire que ce sont plutôt les règles de conflit de lois que les règles matérielles, même si elles se situent entre les deux.

Par ailleurs, il serait possible d'envisager la reconnaissance des situations juridiques en vertu d'une règle matérielle de droit international privé qui subordonnerait la validité (ou la validation ?) de la situation, *in fine*, au principe du respect des prévisions légitimes

⁷⁸¹ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 560.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 548.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 560.

⁷⁸⁴ P. LAGARDE, « Reconnaissance, mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 479 et s., spéc. p. 492-493.

⁷⁸⁵ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », précité, p. 539 (n° 37).

des parties, fondées sur la situation apparente⁷⁸⁶. Or, ce serait la transformation de la situation de fait en une situation de droit, rejetée traditionnellement par la doctrine française dominante.

362. Dans la proposition de M. Mayer, le lien de dépendance, ou plutôt de subordination et d'inclusion, entre la méthode de la reconnaissance des situations et celle du conflit de lois est particulièrement visible au sujet de l'applicabilité de la première. En effet, selon l'auteur, dans le domaine du conflit de lois la méthode initialement conçue pour les jugements étrangers ne peut s'appliquer que par exception et à titre subsidiaire, c'est-à-dire seulement au cas où la méthode savignienne classique n'aboutirait pas à la « validation » de la situation cristallisée à l'étranger⁷⁸⁷. Ce serait un mécanisme correcteur du jeu normal de la règle de conflit de lois bilatérale.

363. Par une analyse d'une rare sophistication, alliant le fonctionnalisme et le conflictualisme, M. Gian Paolo Romano a proposé une nouvelle vision du conflit de lois, sur l'exemple de statuts familiaux cristallisés à l'étranger : « l'applicabilité simultanée au même couple de plusieurs de ces règles donne lieu à un *concours* de [normes]. Le *conflit* de [normes] se produit lorsque plusieurs [normes] non seulement se veulent *applicables* à ce couple (c'est-à-dire sont mises à la disposition de celui-ci) mais en outre exigent toutes de *s'appliquer* à lui et que cette application simultanée ne peut se faire sans contradiction »⁷⁸⁸. L'auteur poursuit en précisant que lorsqu'il s'agit de création d'une situation juridique, on peut choisir n'importe laquelle des lois en concours, sans que cela engendre un vrai conflit de lois, et qu'en revanche il y aura un conflit de lois dans la mesure où au moins deux lois différentes sont déjà appliquées : un conflit de lois qui fait naître un conflit de statuts.

⁷⁸⁶ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 566, en se référant à M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, LGDJ, 1984. — Cependant, M^{me} Jobard-Bachelier se prononce plutôt en faveur d'une « *exception* d'ignorance excusable du droit applicable », qui serait une exception ponctuelle au jeu de la règle de conflit de lois du for et impliquerait l'évaluation de la légitimité de cette ignorance.

⁷⁸⁷ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 571.

⁷⁸⁸ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », précité, p. 499-500 (n° 36), nous avons remplacé par le mot « norme », le mot « règle » employé par l'auteur, car celui-ci l'emploie pour les « règles générales » et pour les « règles individuelles », ce qui correspond plutôt à l'usage du terme « norme » consacré dans la doctrine française, même si ce n'est qu'une question de convention.

L'analyse qu'il donne du dilemme du juge devant lequel une situation créée à l'étranger est invoquée est la suivante : « dès lors qu'une situation constituée par une décision étrangère devenue définitive lui est présentée pour la reconnaissance, l'État requis se trouve face à une alternative aussi rigoureuse qu'inévitable : ou bien, en reconnaissant la décision, il applique chez lui la [norme] individuelle étrangère qui y est contenue et il entérine chez lui la situation juridique que celle-ci détermine ; ou bien, en ne reconnaissant pas la décision, il laisse opérer chez lui une autre règle et refuse par là toute efficacité à ladite situation. Dans le premier cas, le for épargne aux individus un conflit de règles. Dans le deuxième cas, le for inflige aux individus ce conflit : dans l'État dont la décision provient, qui a déjà tranché de façon irrétractable, ceux-ci demeurent soumis à la règle individuelle qui y est consacrée ; chez lui, c'est en revanche sa propre règle, de nature abstraite, du moins pour l'instant, qui l'emporte, d'après laquelle la prétendue modification du statut ne s'est pas produite, si bien qu'aucun droit et aucune obligation n'en découlent. Il apparaît dès lors que si l'on préserve la structure classique de la règle de conflit, celle-ci finit par créer au lieu de prévenir un conflit entre le for et l'État étranger de la décision, dans tous les cas où elle donne compétence à une loi autre que celle qui fonde la situation consacrée dans la décision étrangère »⁷⁸⁹.

Cette distinction entre concours de lois applicables et conflit de lois appliquées apporte en droit international privé européen une version assez originale de la distinction entre vrais et faux conflits de lois. Ce vrai conflit devrait être résolu, ou plutôt évité, selon le principe suivant : « la règle de conflit du for, pour éviter un conflit de [normes] entre le for et l'État étranger de l'acte public, ne peut désigner que la loi étrangère qui fonde la situation juridique consacrée dans cet acte dès lors que l'État de cette loi étrangère n'est pas raisonnablement disposé à remettre en cause l'existence de cette situation au moyen de la reconnaissance de la décision incompatible ultérieurement rendue par un autre État (par exemple celui du for) »⁷⁹⁰. Mais « tout conflit n'est pas tel que le for, pour l'éviter, accepte de renoncer à appliquer ses principes ou ses règles au profit des règles étrangères dont la mise en œuvre l'écarterait »⁷⁹¹. Le choix entre la norme étrangère et la norme du for sera fait en fonction de la mise en balance des deux valeurs opposées : « le souci de mettre à la

⁷⁸⁹ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipée par l'autorité », précité, p. 502 (n° 40).

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 504-505 (n° 42).

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 506 (n° 44).

disposition des intéressés ses règles de droit privé afin qu'ils s'épanouissent dans leur vie juridique », étant donné que chaque État considère naturellement sa loi matérielle comme étant objectivement la meilleure, et « le souci de leur éviter un conflit de statuts qui entraverait leur vie internationale »⁷⁹².

Ainsi, pour M. Romano, la reconnaissance des situations juridiques, du moins dans le domaine du statut personnel au sens large, est soutenue par un raisonnement fonctionnaliste sur l'opération des règles de conflit de lois de type classique. Quoi qu'il en soit, on ne se détache pas, dans le cadre de cette approche, du conflit de lois mais on le résout ou, selon cet auteur, on le prévient par une éventuelle reconnaissance de la situation juridique.

364. Telles sont les considérations qui permettent d'affirmer tantôt que la méthode de la reconnaissance dépend de celle du conflit de lois, tantôt qu'elle en est l'exact opposé. Nous retiendrons que dans l'approche de M. Mayer, dès lors que la situation juridique cristallisée à l'étranger apparaît comme nulle selon la loi applicable, le procédé employé — la « méthode de la reconnaissance des situations » — n'entretient plus aucun lien avec le conflit de lois. Tandis que dans l'analyse de M. Romano, le choix entre prolonger dans le for l'efficacité de la norme appliquée à l'étranger, d'une part, et faire prévaloir une autre norme, d'autre part, ne se fait pas en fonction de critères propres de la méthode du conflit de lois.

La méthode de la reconnaissance des situations juridiques, telles qu'elle se présente dans la doctrine du début du XXI^e siècle, se veut une alternative à, et non une variation de, la méthode du conflit de lois, même si le *phénomène de la circulation* des situations juridiques peut avoir des liens plus ou moins étroits avec cette dernière, ce qui sera approfondi plus loin.

Mais avant de prendre parti entre ces deux analyses, on pourrait s'interroger sur la pertinence de la question même.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 507 (n° 45).

§ 2 — L'appréciation de ces hypothèses

365. L'analyse des deux hypothèses présentées ci-dessus conduit à deux interrogations. D'une part, on peut se demander s'il est possible d'évacuer totalement la question de la loi applicable et dans quelle mesure (A). D'autre part, la question se pose de savoir s'il serait toujours judicieux de le faire (B).

A/ La question de la possibilité d'abandonner de la logique du conflit de lois

366. Il arrive parfois, que le terme « reconnaissance » soit employé, notamment dans des conventions internationales, alors que la méthode préconisée ne se détache pas de la règle de conflit de lois. C'est notamment le cas de la Convention de La Haye sur les trusts, qui dispose dans son article 11 que le trust sera reconnu comme trust, s'il est créé conformément à la loi désignée en vertu des règles de conflit contenues aux articles 6 et 7 de ladite Convention (loi choisie par le constituant ou la loi ayant les liens les plus étroits, compte tenu notamment de certains indices suggérés)⁷⁹³.

Le droit international privé de certains États européens emploie parfois le terme « reconnaissance » alors qu'il s'agit de référence à l'ordre juridique compétent pris en bloc, que celui-ci soit désigné par la règle de conflit de lois, comme c'est le cas du droit italien⁷⁹⁴, ou par une règle de conflit de juridictions, comme c'est le cas du droit suisse⁷⁹⁵.

Mais parfois on peut se demander si même les textes habituellement cités comme exemples de la consécration de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques n'entretiennent pas des liens très étroits avec la méthode dite de conflit de lois. Par exemple, l'article 9 de la Convention de La Haye sur les mariages stipulant que « le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui

⁷⁹³ Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

⁷⁹⁴ L'art. 65 de la loi de la réforme du système italien du droit international privé du 31 mai 1995.

⁷⁹⁵ Par ex., l'art. 73, al. 1^{er} de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant ». Cette disposition peut être vue comme une règle de conflit disposant que « la validité du mariage est régie par la loi de l'État de célébration, normes du droit international privé comprises »⁷⁹⁶. C'est-à-dire que l'on pourrait être tenté d'assimiler ce genre de « règles de reconnaissance » à la règle *locus/auctor regit actum*, à condition d'admettre le renvoi au premier et au second degré⁷⁹⁷.

367. M. Bollée récuse une telle interprétation pour trois raisons : « en premier lieu, elle laisserait dans l'ombre un aspect cardinal de la méthode de la reconnaissance : l'admission du point de vue de l'ordre juridique étranger n'a pas un caractère automatique ; elle est au contraire subordonnée à la vérification d'un certain nombre de conditions [...]. En deuxième lieu, le propre de la méthode bilatérale classique est de découper la matière juridique en diverses catégories synthétiques qui se voient chacune affecter un certain élément de rattachement, ce découpage étant conçu de telle manière qu'il exclut aussi bien les lacunes que les chevauchements. Or les effets des actes publics sont extrêmement divers, et ils ne forment pas une catégorie autonome. Bien au contraire, ils concernent très souvent des institutions auxquelles correspond *déjà* une catégorie de rattachement [...] En troisième lieu, [...] la méthode de reconnaissance [...] repose sur une référence au point de vue de l'ordre juridique étranger qui est plus large que dans le cadre d'une règle de conflit bilatérale : on ne s'intéresse pas aux seules règles substantielles posées par cet ordre juridique, mais aussi à ses règles de droit international privé de manière à faire prévaloir son "point de vue global" »⁷⁹⁸.

368. Toutefois, ces objections de M. Bollée sont critiquables à leur tour. Sur la première objection ci-dessus, on pourrait répliquer que le rattachement est posé par cette règle de conflit comme par n'importe quelle règle de conflit de lois bilatérale et que les conditions d'accueil d'une situation juridique, à savoir la non contrariété à l'ordre public international du for, l'absence de fraude et le lien caractérisé entre la situation et l'ordre juridique d'origine — peuvent être assimilés à l'exception d'ordre public et le principe

⁷⁹⁶ Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

⁷⁹⁷ À rapp. P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 553 et p. 573.

⁷⁹⁸ S. BOLLÉE, « L'extension du domaine... », précité, p. 326 (n° 16).

fraus omnia corrumpit, également applicable dans le domaine du choix de la loi applicable. Sur la troisième objection, on ne manquera pas de répondre que la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, surtout dans sa version italienne, est précisément une méthode de conflit de lois (au sens de conflit de systèmes). Quant à la deuxième objection, on peut dire qu'imaginer une catégorie de rattachement transversale correspondant aux situations juridiques officialisées par un acte (quasi) public est moins révolutionnaire qu'imaginer la « reconnaissance des règles étrangères ».

369. Selon certains auteurs, la méthode de la reconnaissance dont il est question est une solution du conflit de systèmes⁷⁹⁹. À suivre la distinction de M. David Sindres entre ordres et systèmes juridiques présentée et développée plus haut⁸⁰⁰, ce « conflit de lois » devrait être considéré comme un conflit entre « systèmes normatifs », à moins de passer de la « *state selection* » traditionnelle à la « *rule selection* » préconisée par la « révolution américaine » du droit international privé⁸⁰¹. Mais qu'il s'agisse du conflit de lois singulières ou du conflit de systèmes normatifs, cela reste dans le cadre de l'hypothèse conflictuelle.

370. D'autres règles de droit international privé pourraient mieux correspondre à la méthode de la reconnaissance libre de toute connotation conflictualiste. Ainsi, l'article 7 de la Convention sur les partenariats enregistrés dispose qu'un partenariat enregistré dans un État membre est reconnu dans un autre État membre sauf certaines exceptions, dont la circonstance qu'« au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, aucun des deux partenaires ne se rattachait, par la nationalité ou la résidence habituelle, à l'État du lieu de l'enregistrement »⁸⁰². Ce dont il est question ici, c'est de contrôler un lien de rattachement quelconque, une proximité minimale⁸⁰³.

371. La proximité de la situation juridique avec l'ordre juridique d'origine semble

⁷⁹⁹ Par ex., P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance ... », précité, p. 548 ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine... », précité, p. 308 (n° 2).

⁸⁰⁰ *Supra*, n° 303 et s.

⁸⁰¹ D. CAVERS, « A critique of the choice-of-law problem », 47 *Harvard Law Review* 173 (1933). — Pour un aperçu général, v. S. SYMEONIDES, « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow », *RCADI* 298 (2002) p. 25.

⁸⁰² Convention de Munich (CIEC) du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés.

⁸⁰³ Dans le même sens, P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance, est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI* 371 (2014) p. 9 et s., spéc. p. 35-36.

être la condition la plus importante de sa reconnaissance dans l'État requis, même si souvent elle est abordée sous l'angle de la compétence de l'autorité publique d'origine⁸⁰⁴. Pour M. Paul Lagarde, il existe un véritable « principe de reconnaissance de la validité de la situation, sauf preuve d'une absence de proximité avec l'ordre juridique d'origine »⁸⁰⁵. Cette proximité ne doit pas être comprise restrictivement, comme un lien avec le territoire ou avec un organe de l'ordre juridique donné : il peut s'agir également de la reconnaissance de validité ou de relevance de la situation en vertu des règles du droit international privé de cet ordre juridique. M. Lagarde l'explique sur un exemple du tourisme matrimonial non frauduleux, où un couple pourrait vouloir célébrer le mariage dans un pays étranger, pour son image exotique ou romantique, tout en remplissant les conditions de validité de l'État de leur nationalité ou de leur domicile dans lequel ce mariage serait reconnu valable⁸⁰⁶. Ce qui compte, c'est que la situation soit reconnue et qu'elle produise ses effets dans cet ordre juridique, qu'elle y soit effective.

Le principe de proximité joue un rôle important dans l'approche de M. Romano présentée plus haut. Pour l'auteur, la condition « que la situation s'insère dans l'ordre étranger au moyen d'un certain contact, ne serait-il que "raisonnable", a [...] également pour but d'empêcher que le conflit dont le for se soucie au point qu'il accepte de fléchir devant la règle individuelle étrangère, ne soit qu'apparent : il n'existe pas de véritable conflit pour les individus lorsque l'État de la décision ne présentait qu'un lien tellement faible avec eux que le statut qu'ils y ont acquis ne pourra en réalité être vécu dans cet État, si bien qu'en refusant de le reconnaître, le for ne les exposera à aucun conflit qui leur serait préjudiciable »⁸⁰⁷.

M. Lagarde souligne que l'utilisation des règles de proximité dans le cadre de la reconnaissance équivaut à la réintroduction, ne serait-ce que d'une manière atténuée, du raisonnement en termes de conflit de lois⁸⁰⁸. Il est difficile de ne pas être d'accord avec cette observation. En effet, la formulation d'une règle de droit international privé qui détermine les liens de proximité suffisants avec l'ordre juridique d'origine revient à choisir

⁸⁰⁴ En ce sens, par ex., P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 553 ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine... », précité, p. 338 (n° 26) et s.

⁸⁰⁵ P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance... », précité, p. 35.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 35-36.

⁸⁰⁷ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipse par l'autorité », précité, p. 503 (n° 40).

⁸⁰⁸ P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance... », précité, p. 36.

les ordres juridiques compétents. Plus précisément, c'est la désignation aprioristique et abstraite des ordres juridiques avec lesquels la proximité est jugée suffisante qui équivaut à une règle de conflit, particulière certes. Il ne s'agit dans ce cas que d'une variation autour des règles de conflit à rattachements alternatifs. En revanche, la *proximité effective*, appréciée *a posteriori* et *in concreto*, c'est-à-dire l'application directe du principe de proximité de M. Lagarde, se distingue nettement de la méthode conflictualiste classique⁸⁰⁹.

372. Par ailleurs, on peut se demander si la reconnaissance est vraiment antinomique de la règle de conflit de lois. Si l'on continue la comparaison entre la méthode de la reconnaissance des situations et celle de la reconnaissance des jugements, on se rappellera que cette dernière existe depuis l'arrêt *Munzer*, lequel a proscrit la révision au fond des jugements étrangers⁸¹⁰. En effet, depuis lors, l'effet normatif des jugements étrangers était soit accepté tel quel, soit rejeté en bloc. C'était un raisonnement en deux temps : « la détermination d'un point de vue concret non déduit du droit international privé du for, suivie de la décision de consacrer dans le for ce point de vue concret, moyennant vérification des conditions posées par le droit international privé du for »⁸¹¹, ce qui est la définition de la méthode de la reconnaissance suggérée par M. Mayer. Or, l'une des conditions de la reconnaissance était l'application par le juge étranger de la loi compétente d'après les règles de conflit françaises, sous certaines réserves et tempéraments⁸¹².

Dans le même ordre d'idées, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent contient un volet « reconnaissance des situations juridiques », et le problème est pensé justement en termes de reconnaissance par toute la doctrine italienne depuis plusieurs décennies, même si l'une des conditions de reconnaissance est que l'ordre juridique d'origine soit celui désigné par la règle de conflit de lois du for (qu'il applique sa propre loi ou une loi étrangère, en vertu de son droit international privé).

Il résulte des développements qui précèdent, que le « processus en deux temps », caractéristique de la reconnaissance et la distinguant de la création des situations juridiques, n'est pas exclusif de l'application rétrospective de la règle de conflit.

⁸⁰⁹ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 196 (1986) p. 9 et s., spéc. p. 29-31.

⁸¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer*, n°62-12438 [*Bull.*, n° 15 ; *GA*, n° 41 ; *JDI* 1964, 302, n. B. GOLDMAN ; *JCP* 1964.II.13590, n. M. ANCEL ; *RCDIP* 1964, 344, n. H. BATIFFOL] ; *supra* n° 110.

⁸¹¹ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 561.

⁸¹² MAYER & HEUZÉ, p. 285 (n° 401) et s.

373. La question qui est au cœur de la présente réflexion est celle des rapports entre la méthode de reconnaissance et la méthode de conflit de lois. Or, les termes mêmes de la question peuvent sembler quelque peu étranges, notamment l'expression « méthode de conflit de lois ». Normalement, une méthode, un procédé, une technique servent à résoudre un problème. Pourtant le conflit de lois est précisément le problème à résoudre, de sorte que l'expression « méthode de conflit de lois » semble quelque peu ambiguë : comme si l'on voulait résoudre un problème en provoquant un conflit. L'une des méthodes de solution du conflit de lois est l'application de la règle de conflit bilatérale, de type savignien, mais elle n'est pas la seule. Par exemple, la méthode fonctionnaliste états-unienne sert également à la résolution du conflit de lois, tout comme la méthode statutaire et d'autres encore.

La méthode de la règle de conflit bilatérale, affinée par Savigny mais dont les prémices sont encore plus anciennes⁸¹³, a dominé la pensée juridique européenne et notamment française et en a constitué le paradigme du droit international privé. Puisque l'on se refusait d'admettre véritablement le pluralisme de méthodes, en considérant la méthode savignienne comme étant la seule exacte et en ne reconnaissant aux autres techniques qu'une valeur d'exception, on l'a baptisée par métonymie « méthode de conflit de lois » quitte à opérer une certaine confusion entre le problème et la solution.

374. Sur le plan terminologique, il est possible de dire que la distinction entre le vrai conflit et le faux conflit ou entre le conflit de lois appliquées et le concours de lois applicables n'est pas toujours nécessaire. Elle est utile à la démonstration de M. Romano, mais sans entrer dans les détails, on peut considérer généralement que lorsque le juge est saisi d'un litige présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité, la situation de conflit de lois (dans le sens de conflit de systèmes) est caractérisée : peu importe si une seule loi sera appliquée à la situation juridique et même peu importe si une seule loi est applicable — la détermination de l'applicabilité des lois et *a fortiori* leur application nécessite tout un processus intellectuel, selon telle ou telle méthode, c'est-à-dire un processus de choix de la loi.

375. Ces précisions étant faites, nous pouvons affirmer que le conflit de lois, au sens

⁸¹³ *Supra*, n° 30 et s.

du conflit de systèmes normatifs, existe dans tout litige présentant un élément d'extranéité, mais plusieurs méthodes s'offrent au juge pour sa résolution, parmi lesquelles la méthode de règle (bilatérale) de choix de la loi, communément appelée « méthode de conflit de lois », qui n'est pourtant pas la seule envisageable.

La reconnaissance des situations juridiques peut également s'effectuer suivant une multitude de méthodes⁸¹⁴. C'est-à-dire que l'on peut parfaitement résoudre un conflit de normes par application d'une méthode faisant économie de la règle savignienne, notamment dans le cas de la circulation internationale des situations juridiques individuelles. Mais ce même conflit, et dans les mêmes circonstances, peut être résolu également à l'aide de la règle « classique » de conflit, ce qui se pratiquait dans l'instance indirecte avant l'arrêt *Cornelissen*⁸¹⁵.

La méthode dite de conflit de lois et celle dite de reconnaissance unilatérale sont appelées par la même cause — conflit de systèmes — mais abordent le problème sous deux angles différents : la première opère un choix entre plusieurs normes générales virtuellement applicables, tandis que la seconde — entre l'accueil ou le rejet d'une réalité juridique étrangère, d'une situation juridique résultant de l'application effective d'une norme générale⁸¹⁶.

Le choix de ne pas appliquer la règle de type savignien à la reconnaissance d'une situation juridique créée, ou consacrée, par un jugement ou par un acte public décisionnel se fonde sur la notion d'efficacité substantielle et sur l'idée de la novation de la source normative de la situation, comme M. Mayer l'a démontré.

376. Nonobstant ces distinctions, on peut se demander si la méthode de la reconnaissance unilatérale comporte des différences par rapport à la méthode fondée sur les règles *unilatérales* de conflit de lois.

M. Romano fait remarquer que la loi appliquée à la création d'une situation juridique est presque systématiquement celle du for, ou de l'autorité administrative, qui la crée⁸¹⁷ ce

⁸¹⁴ En ce sens, P. MAYER, « La reconnaissance : notion et méthodes », précité, p. 28 et s.

⁸¹⁵ Par ailleurs, dans les arrêts *Bulkley* et *de Wrède*, qui inaugurèrent la reconnaissance *de plano* pour certains types de jugements (*supra*, n° 111), c'est la règle de conflit qui sert de vecteur d'efficacité substantielle de ces jugements : *GA*, p. 35 et 83.

⁸¹⁶ *Cf.*, « règles de conflit attributives » et « règles de conflit réceptives » de M. A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* 341 (2009) p. 9 et s., spéc. p. 344 et s.

⁸¹⁷ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », précité, p. 462 (n° 4) et s.

qui modifie, ou précise, les termes de la question de la reconnaissance : il s'agit *presque* toujours de la reconnaissance ou non d'une situation créée par un ordre juridique étranger selon sa propre loi matérielle, sans même avoir recours à ses règles de droit international privé⁸¹⁸. Si cette conclusion inductive de M. Romano pouvait être prise pour une règle, on considérerait que la méthode de la reconnaissance n'est pas une méthode de solution du conflit de systèmes mais tout simplement une méthode unilatéraliste des plus classiques, formulée déjà par Huber au XVII^e siècle et appliquée sans doute bien longtemps avant lui⁸¹⁹.

B/ La question de l'utilité d'abandonner la recherche de la loi applicable

377. Quoi qu'il en soit, même s'il était possible, du point de vue théorique, d'évincer complètement la question de la loi applicable, ce ne serait peut-être pas toujours utile.

M. Lagarde affirme que « si la méthode de reconnaissance exclut l'application à la situation créée à l'étranger des règles de conflit de lois de l'État de reconnaissance, elle n'exclut pas l'éventualité d'une contestation de la situation »⁸²⁰. En effet, si la validité d'une situation juridique constituée à l'étranger vient à être contestée, il sera nécessaire de vérifier le respect des conditions de sa validité selon une certaine loi, ce qui implique la détermination de celle-ci. Or, ce choix de la loi sans recours à une règle de conflit aprioristique (c'est-à-dire une règle de désignation) peut s'avérer problématique.

378. L'une des pistes pourrait être la recherche d'une volonté implicite des acteurs qui ont créé la situation juridique. Mais s'il s'agit par exemple d'un mariage religieux célébré dans un pays A entre les ressortissants d'un pays B domiciliés dans un pays C — on peut se retrouver avec des choix faits par les intéressés qui ne sont absolument pas

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 481 (n° 19).

⁸¹⁹ *Cf.*, dans le sens de l'absence de « spécificité des droits acquis par rapport à la mise en œuvre de l'unilatéralisme », H. MUIR WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP* 1986, 425, spéc. p. 438 (n° 10).

⁸²⁰ P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance... », précité, p. 30. — Sur l'analyse de diverses hypothèses d'annulation des situations juridiques dans un État autre que celui d'origine et sur les conséquences internationales d'une telle annulation, v. P. LAGARDE, « Sur la vulnérabilité des situations juridiques » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 441 et s.

concluants quant au droit choisi. En effet, dans cet exemple, chaque partie a choisi une personne d'une certaine nationalité et enracinée dans un certain pays, ainsi que le lieu et la forme de célébration, chacune des circonstances indiquant les pays différents, ce qui réintroduit la nécessité du choix *a posteriori* de la loi au regard de laquelle apprécier la validité de la situation.

379. Une autre solution pourrait se baser sur l'affirmation que toute autorité publique applique nécessairement sa loi nationale. Mais dire que les autorités publiques non juridictionnelles appliquent nécessairement leur propre loi relève plutôt de la pétition de principe. Le fait qu'une telle affirmation nous semble, actuellement, logique ou naturelle n'a pas d'influence sur le droit positif de tous les États étrangers. *Auctor regit actum* est une règle de conflit bilatérale qui désigne, du point de vue du for, la loi applicable *a priori*, ce qui réintroduit le raisonnement conflictualiste dans la méthode de la reconnaissance.

Il s'ensuit que la règle de conflit de lois peut garder son utilité dans certaines hypothèses de circulation internationale des situations juridiques.

380. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas de doutes sur la question de savoir quelle loi a été effectivement appliquée par l'autorité étrangère, ou sous l'empire de quelle loi la situation s'était cristallisée — il n'y a pas à choisir entre plusieurs lois, et donc la règle de conflit n'a pas à s'appliquer.

Contrairement au choix de la loi applicable, l'établissement de la loi appliquée à l'étranger serait une question de preuve, une question de fait. Parfois une loi peut être visée par l'acte juridique qui est intervenu dans la création, la modification ou l'extinction d'une situation juridique. Parfois elle peut ressortir d'une manière univoque des actes juridiques accomplis par les parties en considération de la situation juridique. Mais parfois la réponse à cette question ne peut pas être certaine.

381. Les développements qui précèdent ont démontré que la circulation internationale des situations juridiques se déroule nécessairement sur fond de « conflit de lois », dans le sens de « conflit de systèmes », mais cela n'implique pas *ipso facto* le recours à une règle de choix de la loi applicable (c'est-à-dire une « règle de conflit de lois »), notamment puisqu'une loi a déjà été appliquée à l'étranger et donné lieu à une situation juridique.

Le choix d'une méthode de reconnaissance qui ne suppose pas le recours à la règle

de conflit de lois semble le plus cohérent, notamment en raison de la distinction de la création des situations juridiques et de leur reconnaissance. D'autres justifications du choix de cette méthode, aussi bien théoriques que politiques, ont été relevés dans la doctrine et citées précédemment.

Néanmoins, le choix de ne pas vérifier la loi appliquée lors de la réception dans le for d'une situation juridique étrangère n'exclut pas l'éventualité de sa recherche lors d'un contrôle de la validité de celle-ci. Or, on devrait rechercher non pas la *loi applicable* mais la *loi appliquée*, chaque fois que celle-ci peut être établie d'une manière certaine.

Section 2 : La circulation internationale des situations juridiques et le conflit d'autorités

382. Alors que la reconnaissance des jugements étrangers est rattachée au conflit de juridictions, la méthode de reconnaissance des situations juridiques tend à être présentée comme relevant du conflit d'autorités, et son domaine de prédilection serait celui des actes publics.

L'intervention de l'autorité publique étrangère dans la création ou dans la modification d'une situation juridique est souvent présentée comme une condition indispensable à la mobilité internationale de cette situation (§ 1^{er}). Cependant ce rôle mérite d'être reconsidéré (§ 2).

§ 1^{er} — Le rôle de l'intervention de l'autorité publique dans la circulation internationale des situations juridiques

383. La doctrine n'est pas unanime sur la question du rôle joué par l'intervention d'une autorité publique. Alors que pour certains le seul fait que cette intervention ait eu lieu suffit pour permettre à la situation juridique d'accéder à la circulation internationale (A), pour d'autres auteurs cette mobilité est subordonnée à la production de certains effets par l'acte public d'origine (B).

A/ L'effet normatif comme condition de la circulation internationale des situations juridiques

384. Traditionnellement, on attache une grande importance à l'intervention d'une autorité publique dans la création de la situation juridique dont la reconnaissance est demandée. M. Pierre Mayer affirme que c'est « l'autorité qui fonde la vocation à la

reconnaissance dans le conflit de juridictions ou d'autorités »⁸²¹. Comme on le verra plus loin, M. Mayer envisage à titre d'exception la reconnaissance des situations juridiques cristallisées sans l'intervention d'un acte décisionnel. Mais les postulats fondamentaux de sa théorie peuvent être utilisés pour critiquer la possibilité de la circulation des situations juridiques non consacrées par un véritable acte décisionnel.

385. Rappelons que pour M. Mayer, une situation juridique n'est que l'application d'une norme à des faits⁸²². Il peut s'agir d'une norme générale (règle) ou d'une norme individuelle (posée par une décision). En l'absence d'acte décisionnel, il n'y a pas de norme individuelle et la situation a sa source directement dans la loi. Face à la multitude de lois qui visent chacune une certaine catégorie de faits, il est nécessaire de résoudre le conflit et donc d'appliquer une règle de conflit classique. L'application de la méthode de reconnaissance à une situation est subordonnée, selon cette théorie, à la production de l'effet normatif par l'acte public intervenu dans sa création ou dans sa modification : si la situation substantielle des parties est définie catégoriquement par une norme individuelle, c'est cette norme qui dégage l'efficacité substantielle et il ne s'agit plus d'efficacité substantielle de la loi⁸²³.

Ainsi, concernant les jugements, M. Mayer écrit que « non seulement la reconnaissance de la situation repose entièrement sur la reconnaissance de l'effet normatif du jugement étranger, mais [...] de plus cet effet normatif est particulièrement digne de considération », parce que la décision a été la base de prévisions légitimes des parties et parce que la décision est toujours voulue et délibérée pour le cas d'espèce, contrairement aux règles générales édictées sans considération du cas donné⁸²⁴. « Ce double fondement commande que l'on *calque* l'étendue de la situation reconnue *sur celle de l'effet normatif* propre du jugement »⁸²⁵.

Cela conduit l'auteur à conclure que la reconnaissance d'un acte public dépourvu d'effet normatif propre n'est pas possible, car l'efficacité substantielle de la situation juridique serait dans ce cas celle de la loi, et qu'il faudrait donc rechercher celle, parmi

⁸²¹ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 558.

⁸²² *Supra*, n° 359.

⁸²³ Sur la notion d'efficacité substantielle, v. *supra*, n° 103 et s.

⁸²⁴ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 552.

⁸²⁵ *Ibid.*, souligné par nous.

toutes les lois, qui serait applicable⁸²⁶.

Contrairement à M. Mayer, qui admet dans certains cas et par exception la reconnaissance des situations, M. Pierre Callé, déduit de ces postulats que l'accueil des actes publics non décisionnels, dépourvus d'effet normatif propre, doit suivre la méthode classique de solution du conflit de lois⁸²⁷.

386. M. Sylvain Bollée tout en restant dans le cadre paradigmatique dessiné par les travaux de M. Mayer trouve des arguments pour justifier l'application de la méthode de reconnaissance aux situations cristallisées sans intervention d'un acte décisionnel. Il écrit que « l'application de la méthode de reconnaissance unilatérale [...] n'est logiquement concevable que dans la mesure où elle peut être le « vecteur » de l'importation, par l'ordre juridique du for, de *normes étrangères* ; à défaut, elle n'aurait aucun objet. Or, — poursuit l'auteur — un acte public non constitutif d'une décision n'est en tant que tel qu'une coquille vide [...] il ne contient aucune norme ayant vocation à déterminer la situation juridique des intéressés »⁸²⁸. Toutefois, pour M. Bollée, « cela ne signifie naturellement pas que l'intervention de l'autorité, lorsqu'elle ne donne pas lieu au prononcé d'une décision, est dépourvue de toute portée juridique »⁸²⁹. Et il rejoint M. Pierre Callé sur ce que « les conséquences juridiques qu'emporte l'existence d'un acte public non décisionnel, dans un ordre juridique, résultent d'une *règle de droit* »⁸³⁰.

Si finalement M. Bollée admet l'application de la méthode de reconnaissance aux situations juridiques sans acte public décisionnel, ce n'est qu'au prix d'avancer l'idée de la reconnaissance directe des *lois étrangères*, en niant la distinction entre les règles et les décisions notamment.

Donc, pour M. Bollée, c'est toujours l'effet normatif qui conditionne la possibilité de la reconnaissance des situations juridiques, qu'il soit produit par la norme individuelle (décision) ou par la norme générale (règle).

⁸²⁶ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 554-555.

⁸²⁷ P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004, p. 272 (n° 534) et s.

⁸²⁸ S. BOLLÉE, « L'extension du domaine... », précité, 323 (n° 13).

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ *Ibid.*

B/ La circulation internationale des situations juridiques en l'absence d'effet normatif de l'acte quasi public

387. Plusieurs auteurs ont cherché à trouver d'autres justifications de l'application de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques que la production d'un effet normatif par l'acte public.

M. Gian Paolo Romano invoque l'hypothèse où « un statut [familial] ait été attribué dans l'État A sans l'intervention *ad hoc* d'une autorité administrative ou judiciaire, comme c'est le cas d'un mariage dit de *common law*. S'il est question, comme il l'est souvent, de *reconnaissance* dans ce cas également, c'est non pas un acte public individuel qui en est l'objet, mais bien le résultat de l'opération d'une règle générale et abstraite émanant d'une autorité législative — au sens d'habileté à produire de telles règles générales — et plus exactement de la réalisation dans un cas individuel des conditions auxquelles cette règle et l'État qui l'édicte soumettent la survenance des effets qui en forment la conséquence juridique, ici la création du statut »⁸³¹. Ce qui conduit l'auteur à conclure que « pour justifier l'usage du même terme convient-il de retenir que l'objet de la reconnaissance, ou du refus de la reconnaissance, est bien ici la création du lien attributif de statut par l'État A, et ce quel que soit le processus de formation d'un tel lien, c'est-à-dire qu'il implique ou non l'intervention d'une autorité non-législative, laquelle d'ailleurs puise en tout cas sa légitimité dans des règles générales »⁸³².

M. Romano souligne, concernant le rôle constitutif de l'intervention d'une autorité publique dans la création des situations juridiques, que « l'intervention de celle-ci est par hypothèse une *condition indispensable à leur efficacité dans l'État même qui les a édictées* »⁸³³. Dès lors, ni la qualité de l'autorité, ni l'effet produit par l'acte n'ont d'incidence sur la création de la situation et donc sur la possibilité de sa reconnaissance. Autrement dit, l'existence d'un acte public ou quasi-public peut être considérée comme

⁸³¹ G. P. ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185, spéc. p. 204-205.

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipse par l'autorité », précité, p. 482 (n° 19), souligné par nous.

preuve de l'effectivité de la situation juridique dans l'ordre juridique d'origine. De ce point de vue, « ce n'est pas [...] dans la source dont la situation procède [...] pas plus que dans les effets qui en découlent [...] qu'il faut rechercher une ligne de partage rendant compte de l'adéquation rationnelle de la règle de conflit au but qu'on lui assigne »⁸³⁴.

388. Dans sa thèse, M. Charalambos Pamboukis a déjà parlé à ce propos des actes quasi publics qui bien que purement réceptifs sont *constitutifs*⁸³⁵. Ces actes « interviennent dans une matière dans laquelle les parties ne disposent pas librement de leurs droits, dans une matière d'observance publique, ce qui rend la présence d'une autorité publique nécessaire à la constitution même du rapport »⁸³⁶, et pour M. Pamboukis cela « emporte comme conséquence l'inséparabilité du *negotium* et de l'*instrumentum* »⁸³⁷ et donc « milite en faveur de leur assimilation, du point de vue du régime de contrôle, aux décisions »⁸³⁸.

Cette hypothèse d'actes quasi publics constitutifs pourrait expliquer la solution retenue par la Cour de cassation dans l'affaire *Barneys's*, précédemment étudiée⁸³⁹. Pour rappel, il s'agissait d'une déclaration de cessation des paiements qui fut effectuée par une société américaine Barney's Inc. devant un juge new-yorkais, lequel se borna à l'enregistrer, sans prendre aucune décision proprement dite. La société en demanda exequatur en France afin de se prévaloir de la suspension des poursuites individuelles. Bien qu'il ne s'agît d'aucune « décision », les effets recherchés découlant directement de la loi américaine, la Cour de cassation dit que l'« ordonnance » du juge new-yorkais devait obtenir l'exequatur, car elle a « produit des effets à l'égard des personnes ou sur les biens,

⁸³⁴ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipse par l'autorité », précité, p. 504 (n° 42). — L'autre facteur de l'importance de l'acte quasi public dans l'approche de M. Romano, c'est le fait que dès lors qu'il y a un acte public étranger, valable *prima facie*, on peut considérer que l'État d'origine n'est pas disposé de se rétracter et que donc l'application d'une loi différente lors de l'accueil de cette situation dans le for est susceptible de créer le conflit de statuts pour les intéressés : *Ibid.*, p. 503 (n° 40).

⁸³⁵ Ch. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public étranger... », précité, p. 580-581 (n° 24).

⁸³⁶ Cf. la notion de constitutivité d'un jugement selon M. Morisset : F.-X. MORISSET, *Le régime de l'efficacité en France des décisions étrangères patrimoniales*, thèse Paris XI, 2002, n° 77 et s., spéc. n° 83.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 580.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 582 (n° 26).

⁸³⁹ *Supra*, n° 126.

droits ou obligations »⁸⁴⁰.

Par ailleurs, cette idée d'actes quasi publics constitutifs peut être rapprochée de la conclusion faite à la fin de la première Partie que le caractère volitif ou réceptif de l'intervention de l'autorité publique ne peut pas avoir d'incidence sur les statuts familiaux⁸⁴¹.

389. Pour M. Mayer, même si la reconnaissance d'un jugement ou d'un acte public décisionnel porte précisément sur son effet normatif, la reconnaissance des situations qui n'en bénéficient pas est également possible, mais sur un autre fondement : « en l'absence de décision, la situation cristallisée est reconnue seulement parce que, sur la base de cette cristallisation, les parties ont formé des prévisions légitimes. [...] Parmi les circonstances qui peuvent être retenues pour considérer qu'il y a cristallisation, la plus importante est probablement l'intervention d'une autorité publique dans la création ou dans l'opposabilité aux tiers de la situation, même si cette autorité n'a qu'un faible pouvoir décisionnel ; ce n'est pas l'acte public qui est reconnu — ce qui ne conduirait pas loin, étant donné le rôle modeste qu'il a joué — c'est plus largement la situation qu'il a contribué à créer »⁸⁴². Et en tant qu'exemples il cite la célébration du mariage, l'immatriculation de la société, etc.⁸⁴³.

Eu égard à la place que la reconnaissance des situations dans la théorie de M. Mayer, on comprend qu'il s'agit là d'exceptions fondées sur le principe de la sécurité juridique et sur son avatar — le respect des prévisions légitimes des parties. Cette théorie suppose que les parties ont des prévisions légitimes dès lors que la situation juridique est « cristallisée » par une intervention, même purement réceptive, d'une autorité publique. Par ailleurs, la possession d'état « peut également constituer une source de prévisions dignes d'être respectées à certaines conditions », selon M. Mayer⁸⁴⁴.

390. D'autres auteurs, non pas par exception mais par principe, nient l'importance non seulement de la qualité mais aussi du fait même de l'intervention de l'autorité publique. Dans la théorie de M. Charalambos Pamboukis, aux rapports privés sans aucun

⁸⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, *Barney's Inc.*, n° 98-19913 [*Bull.*, n° 245 ; *D.* 2001, 688, n. J.-L. VALLENS ; *Gaz. Pal.* 12 juin 2001 (n° 163) p. 50, n. M.-L. NIBOYET ; *JDI* 2001, 859, n. G. CUNIBERTI ; *RCDIP* 2001, 121, n. J.-P. RÉMERY et n. H. MUIR WATT].

⁸⁴¹ *Supra*, n° 203 et s.

⁸⁴² P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 562.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 563.

instrumentum public correspondrait une autre forme de la même méthode de reconnaissance — la « méthode de relevance » : « la *relevance* vise également à la reconnaissance d'un rapport juridique déjà constitué mais avec cette différence que ce rapport existant, privé et concret, ne bénéficie pas d'un support matériel. La reconnaissance consiste ici alors essentiellement à étendre son existence, si l'ordre juridique d'origine est admis comme relevant (ce qui n'est pas une recherche de type conflictuel mais une règle de confirmation) par l'ordre juridique de la reconnaissance »⁸⁴⁵. Cette relevance est déterminée soit par une règle à rattachements alternatifs⁸⁴⁶, soit par une règle de lien suffisant ou caractérisé⁸⁴⁷, soit par toute autre « règle de confirmation », applicable rétrospectivement et sans désignation exclusive d'un ordre juridique précis, contrairement à une « règle de désignation ». La relevance peut être plurielle, en ce sens que plusieurs ordres juridiques pourraient être simultanément relevants, selon M. Pamboukis.

Le terme de « relevance » nécessite quelques précisions. Le mot italien « *rilevanza* » désigne, en droit, la qualité de quelque chose de juridiquement important, juridiquement significatif. Mais la notion peut avoir des nuances différentes selon les auteurs.

Les règles de relevance de Santi Romano sont des règles aprioristiques qui désignent des ordres juridiques relevants *in abstracto* pour l'ordre juridique du for⁸⁴⁸. Il s'agit de la désignation du (ou des) ordre(s) juridique(s) compétent(s) par une règle de désignation et non pas par une règle de confirmation.

En revanche, dans la théorie de M. Pamboukis, l'expression d'ordre juridique relevant renvoi à l'ordre juridique dans lequel la situation existe effectivement, ce qui semble d'ailleurs être son idée, quand il parle de la « la proximité [...] effacée par l'effectivité » (en écho à la « bilatéralité éclipée par l'autorité » de M. G. P. Romano)⁸⁴⁹.

Alors que le terme de relevance a une connotation conflictualiste, le terme de « proximité » pourrait traduire, selon les cas, la désignation *a priori* et *in abstracto* d'un ou

⁸⁴⁵ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », précité, p. 539 (n° 37).

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 539-540 (n° 37) et p. 559 (n° 72).

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 543 (n° 43).

⁸⁴⁸ S. ROMANO, *Ordre juridique*, 2^e éd., trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, préf. Ph. FRANCESCakis, Dalloz, 1975, § 40, p. 123 et s.

⁸⁴⁹ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », précité, p. 515 (n° 2).

plusieurs ordres juridiques, mais également un lien effectif de la situation juridique concrète avec un ou plusieurs ordres juridiques, une proximité évaluée *a posteriori* et *in concreto*, conformément à l'idée originale de M. Lagarde⁸⁵⁰. Cette précision terminologique étant faite, nous pouvons donner une analyse de ce « procédé de relevance » de M. Pamboukis.

En dehors de toute intervention de l'autorité publique, l'application de cette approche de relevance (potentiellement) plurielle pourrait rencontrer quelques difficultés liées au conflit de lois, au sens de conflit de systèmes.

En premier lieu, si l'on interprète le terme de relevance dans son sens originel, on ne manquera pas de noter que même si les ordres juridiques relevant pourraient être facilement identifiés grâce à une « règle de relevance » (fondée, par exemple, sur l'existence d'un lien caractérisé) il resterait à établir si la situation est effective dans l'un de ces ordres juridiques, ce qui peut s'avérer compliqué en l'absence d'acte (quasi) public. Ce problème concerne la question de la création de la situation juridique et celle de la preuve de celle-ci. Il faudra rechercher si les ordres juridiques relevant admettent la création d'une telle situation juridique sans intervention de l'autorité publique (par exemple, par la possession d'état non constatée dans aucun acte de notoriété ni aucun jugement) et ensuite estimer si la réunion des indices est suffisante pour que la situation juridique soit susceptible d'être considérée comme effective selon cet ordre juridique étranger relevant, ce qui n'est guère plus simple que la méthode de conflit de lois classique.

En deuxième lieu, il faudrait résoudre, le cas échéant, le conflit qui pourrait résulter de la divergence de positions de plusieurs ordres juridiques étrangers relevant. En effet, chaque ordre juridique pourrait (et devrait) avoir des motifs particuliers d'admission ou non de tel ou tel mode de création de telle ou telle situation juridique, et il n'y a *a priori* aucune raison de préférer une solution plus libérale vis-à-vis des titulaires du statut litigieux (surtout qu'être titulaire d'un statut juridique pourrait impliquer plus de charges que d'avantages) et au détriment des intérêts des tiers, voire de la société.

Trois conclusions s'ensuivent. D'abord, la « méthode de relevance » de M. Pamboukis risque de ne pas être utilisable pratiquement. Ensuite, l'approche de

⁸⁵⁰ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », précité, p. 29-31.

M. Mayer se veut une exception, alors qu'il serait préférable de fonder une méthode sur une règle ou au moins sur un principe. Enfin, le raisonnement de M. G. P. Romano conduit à retenir seulement que l'intervention d'une autorité publique est nécessaire à la création de la situation juridique dans les cas où cela est prévu par le présupposé de la règle de droit qui fonde cette situation, mais n'apporte pas de précisions sur les cas où une situation juridique pourrait être créée ou modifiée sans intervention d'aucune autorité.

391. Tout cela nous amène à reconsidérer le rôle de l'intervention de l'autorité publique dans la circulation internationale des situations juridiques, le rôle que nous avons été amené à relativiser par ailleurs dans la création des situations juridiques du point de vue de droit interne⁸⁵¹.

§ 2 — L'efficacité substantielle et la circulation internationale des situations juridiques

392. La reconsidération du rôle de l'effet normatif des actes publics étrangers passe par la reconsidération de la place des normes individuelles dans la circulation des situations juridiques (A), ce qui nous amène aux interrogations théoriques sur la relation entre le Fait et le Droit, notamment en droit international privé (B).

A/ La distinction entre normes individuelles et situations juridiques

393. La réflexion doit partir nécessairement de la théorie normativiste de M. Mayer, qui reflète bien le paradigme épistémologique du droit de la fin XX^e – début XXI^e siècles. M. Mayer distingue la reconnaissance de normes individuelles et celle de situations juridiques. Dans l'analyse de cette approche, il est nécessaire de se focaliser sur ces deux notions clefs. La notion de la situation juridique ayant été traitée plus haut, il reste à examiner celle de norme.

394. L'étymologie du mot « norme » remonte au latin *norma*, qui signifie « règle »,

⁸⁵¹ *Supra*, n° 203 et s.

« équerre ». Le *Petit Robert* en donne la définition suivante : dans son sens premier, principal, c'est « type concret ou formule abstraite de ce qui doit être ». Et le *Larousse* la définit comme « règle, principe, critère auquel se réfère tout jugement ».

Dans un dictionnaire juridique encyclopédique, on peut trouver la définition de la norme au sens large comme « un terme de comparaison », et il est précisé qu'au sens proprement juridique ce « terme de comparaison est un état des choses idéal, un devoir-être »⁸⁵². Dans un dictionnaire de théorie et de sociologie du droit, on peut lire que la norme est, dans son sens premier, un « énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou système normatif, et obligatoire dans ce système »⁸⁵³. Le dictionnaire juridique généraliste de référence traite la norme principalement dans son aspect « norme générale », en tant que règle de droit, en indiquant seulement à la fin de l'entrée que le terme de « norme individuelle » existe également, spécifiquement dans la théorie de Kelsen⁸⁵⁴.

À la lecture de ces définitions, il apparaît que la norme (toute norme) relève du « devoir-être » (*Sollen*) et non de l'« être » (*Sein*), ce sur quoi le père du normativisme a d'ailleurs insisté particulièrement⁸⁵⁵. Et puisque cela concerne toutes les normes, les normes individuelles n'en font pas exception. Ainsi, une norme individuelle se présente toujours comme une prescription, une interdiction ou une autorisation, comme le critère de conformité (dans un cas individuel et concret) à la règle de droit en vertu de laquelle cette norme individuelle est posée.

En revanche, la situation juridique doit être comprise comme le résultat de l'application de normes (générales ou individuelles), c'est-à-dire un phénomène de réalisation du droit⁸⁵⁶. Or l'application d'une norme ne saurait lui faire perdre sa qualité de norme, la transformer en fait. C'est là la frontière infranchissable entre la norme et la situation juridique : la première, qu'elle soit générale ou individuelle, relève du devoir-être, de la *normativité* ; tandis que la deuxième relève de l'être, de la *réalité juridique*. Une situation juridique ne saurait être confondue avec une norme, même si celle-ci est à

⁸⁵² D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

⁸⁵³ A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993.

⁸⁵⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd. Quadrige, PUF, 2005.

⁸⁵⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Éd. de la Baconnière, 1988, p. 34 et s.

⁸⁵⁶ Pour notre définition de la situation juridique, v. *supra*, n° 184 et s.

l'origine de celle-là.

395. Il est donc nécessaire de distinguer deux objets différents de la reconnaissance : la norme individuelle et la situation juridique.

Il peut être question de la reconnaissance d'une norme individuelle, posée par une décision étrangère, surtout dans les cas où elle n'a pas encore donné lieu à une situation juridique, c'est-à-dire au stade où il n'y a que la norme.

Par exemple, c'est bien la norme et non la situation juridique que l'on reconnaît lors de la réception dans le for d'un jugement étranger qui se prononce sur la responsabilité civile : l'obligation de réparer le préjudice est posée par le jugement en tant que norme mais, par hypothèse, n'est pas encore exécutée. La naissance de l'obligation, de la dette, est l'effet normatif original du jugement de condamnation. On pourrait être tenté de dire que l'obligation de réparer le préjudice résulte de la loi et naît au moment du fait générateur. Or comme cela ressort de l'étude de la théorie des situations juridiques de Roubier⁸⁵⁷, ce n'est pas exact. En effet, avant le jugement de condamnation, le *quantum* de la réparation n'est pas défini, alors que c'est l'objet même de l'obligation. Donc c'est le jugement qui modifie l'ordonnement juridique en y insérant une véritable obligation de réparation, ce qui est son effet normatif. C'est de cette norme individuelle que la reconnaissance est demandée dans le for.

396. Mais parfois c'est la situation juridique qui fait l'objet de la reconnaissance et non pas la norme dont elle découle.

C'est surtout évident dans les cas où la norme-source est une norme générale, c'est-à-dire où la situation juridique s'est cristallisée et a déployé ses effets à l'étranger sans intervention d'aucune norme individuelle. L'exemple d'un tel cas de figure est donné par l'affaire *Barney's*⁸⁵⁸. Ce qui a fait l'objet de reconnaissance dans cette affaire, c'étaient directement les effets de la situation juridique new-yorkaise, c'est-à-dire la modification de l'ordonnement juridique new-yorkais déclenchée par un acte juridique non-normatif. Il n'était pourtant pas question, pour les juges français, de contrôler la norme du droit états-unien dont elle découlait.

Une autre hypothèse mérite d'être évoquée, même si elle est beaucoup moins

⁸⁵⁷ *Supra*, n° 176 et s.

⁸⁵⁸ *Supra*, n° 126, n° 388.

évidente. Il s'agit de possibilité de la reconnaissance d'une situation juridique *dynamique* qui serait issue d'une décision étrangère, mais qui aurait connu une certaine évolution depuis son prononcé.

Imaginons que la personne condamnée à l'étranger aux dommages-intérêts ait payé une partie de sa condamnation dans ce pays et que le créancier entende poursuivre l'exécution sur les biens du débiteur situés dans le for. Dans un tel cas de figure, on ne saurait tenir compte uniquement de la norme posée par le jugement étranger. L'exécution partielle du jugement à l'étranger, c'est-à-dire l'évolution de la situation ultérieure à l'édiction de la norme-source, sera prise en compte lors de la poursuite de son exécution sur les biens du débiteur sis dans le for. Se pose alors la question du choix de la méthode à appliquer aux actes juridiques accomplis dans le cadre de cette situation.

Il est possible, certes, d'appliquer la méthode de la reconnaissance au jugement de condamnation et la méthode du conflit de lois à ces suites, mais puisqu'il s'agit, en substance, de reconnaissance d'une situation qui a son origine dans le jugement (même si elle a connu une évolution postérieure au prononcé de celui-ci) on pourrait hésiter à faire une application distributive des deux méthodes. Cette hésitation serait d'autant plus légitime que la règle de conflit de lois du for pourrait désigner une loi autre que celle applicable aux mêmes actes dans l'ordre juridique d'origine. Ces considérations pourraient justifier la recherche de la loi appliquée, au lieu du choix de la loi applicable, c'est-à-dire l'application de la méthode de reconnaissance de la *situation juridique*.

Toutefois, l'application distributive de lois différentes dans le cadre d'une seule et même situation juridique peut être tout à fait justifiée, voire nécessaire. Il en irait ainsi, par exemple, d'une condamnation prononcée par un juge états-unien contre un débiteur argentin et dont l'exécution est poursuivie dans plusieurs États, dont celui du for. Les doutes sont donc sérieux quant à la possibilité de reconnaissance des situations juridiques dynamiques, comme par exemple l'obligation.

397. Cette réflexion conduit à admettre l'idée d'accueil des situations juridiques, du moins celles que l'on qualifie de statiques⁸⁵⁹, quel que soit leur support (jugement, acte public, acte quasi-public, etc.). À partir du moment où une situation juridique produit ses effets, se manifeste dans le monde matériel, notamment par l'accomplissement d'actes

⁸⁵⁹ *Supra*, n° 193 et s.

juridiques correspondants — ce n'est plus de la *normativité*, c'est de la *réalité juridique*.

398. La question qui se pose alors est celle de l'explication théorique du mécanisme de la réception dans le for d'une situation juridique.

Dans le cas d'une décision, rappelons-le, on opère la reconnaissance de la norme individuelle qui produit l'efficacité substantielle et *c'est l'efficacité substantielle qui est reçue dans le for*.

Seule une norme peut produire l'efficacité substantielle, c'est-à-dire modifier la situation substantielle des parties. Cependant, en l'absence de norme individuelle posée par une décision, la situation juridique est régie directement par la norme générale, c'est-à-dire par la loi. La doctrine dominante considère qu'il serait alors nécessaire de rechercher, par le truchement de la règle de conflit, quelle est cette loi.

Néanmoins, il serait excessif de dire qu'après une intervention, même purement réceptive, de l'autorité publique la situation continue à être régie par la règle de droit *virtuellement*, car toute intervention de l'autorité publique opère la concrétisation de la norme : d'hypothétique elle devient catégorique. D'ailleurs, c'est précisément le seul vrai critère de la distinction des règles et des décisions selon M. Mayer⁸⁶⁰. De ce point de vue, on pourrait concevoir l'effet normatif d'une intervention réceptive de l'autorité publique, qui applique la règle alors même qu'elle ne rend aucune décision⁸⁶¹.

Plus précisément, il faudrait distinguer les notions d'efficacité substantielle et de norme individuelle. Si l'on se place sur le plan du droit privé interne, sans y ajouter pour l'instant la complication d'extranéité, on remarquera que la norme individuelle n'est pas la seule à produire l'efficacité substantielle. En effet, les situations juridiques qui existent en droit privé, qui font partie de l'ordonnement juridique et le modifient, n'ont pas toutes été décidées par une autorité judiciaire ou administrative. Les normes générales et hypothétiques peuvent être concrétisées par la réalisation de leur hypothèse dans un cas donné.

Autrement dit, l'efficacité substantielle provient soit d'une norme individuelle soit de la loi, de son application, sans que cela signifie que dans ce dernier cas l'efficacité

⁸⁶⁰ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions ...*, précité, p. 60 (n° 88).

⁸⁶¹ On songe naturellement aux cas du mariage, de l'enregistrement d'une société, de la reconnaissance de paternité par acte authentique, etc.

substantielle de la situation juridique ne s'est pas encore déployée avant l'invocation de la situation dans le for, puisque la règle peut être effectivement appliquée, concrétisée par des moyens autres que la norme individuelle, par exemple par un acte quasi public réceptif.

399. Cependant, la reconnaissance des situations juridiques cristallisées à l'étranger sans aucun acte (quasi) public soulève davantage de difficultés. En effet, la conception de la situation juridique et de la norme individuelle développée ci-dessus pourrait suggérer l'idée que les situations « juridiques » puissent exister « en fait ».

B/ Les situations de fait et le droit international privé

400. M. Mayer admet qu'« inspirée par le souci du respect des prévisions des parties, la méthode de la reconnaissance favorise la validité des actes, et plus généralement *l'alignement de la réalité juridique sur la situation de fait* »⁸⁶². Cette observation soulève une interrogation : s'agit-il vraiment d'une coïncidence, d'un alignement du droit sur le fait ou est-ce que c'est précisément les situations de fait, et plus précisément les rapports sociaux, qui circuleraient au travers des frontières ?

401. L'idée de l'existence des situations juridiques indépendamment d'un ordre juridique déterminé occupe une place importante dans le débat doctrinal autour de la reconnaissance des situations. Cette idée peut être rapprochée de la théorie de M. Pamboukis qui parle des rapports juridiques qui relèveraient de plusieurs ordres juridiques à la fois, en les transcendant en quelque sorte, et surtout son idée de rapports juridiques purement privés, indépendants, affranchis peut-on dire, des ordres juridiques⁸⁶³. Il reconsidère les rapports entre le fait et le droit, en affirmant à propos de sa méthode de relevance qu'« il s'agit d'une extension normative du fameux effet de fait, qui acquiert une dimension normative à la fois plus évoluée et plus étendue. Cette dimension est normative et non factuelle »⁸⁶⁴.

402. Par ailleurs, tous les auteurs admettent la possibilité de la cristallisation, suffisante pour permettre la circulation internationale, des situations juridiques par la

⁸⁶² P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p. 564, souligné par nous.

⁸⁶³ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose... », précité, p. 535 (n° 30) et s.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 529 (n° 20).

possession d'état⁸⁶⁵. Ce que soulignent les auteurs, c'est que dans ce cas « la situation, sans bénéficier du support d'un acte public, a néanmoins été *objectivée*, par exemple par une possession d'état prolongée »⁸⁶⁶. Le droit comparé a d'ailleurs connu les cas de la reconnaissance des statuts juridiques cristallisés par la possession d'état non conforme au droit applicable selon les règles de conflit du for, comme l'affaire canadienne *Schwebel c. Ungar*⁸⁶⁷, même si la portée exacte de cette solution jurisprudentielle reste assez incertaine, ou encore l'affaire jugée par la Cour constitutionnelle allemande en 1982 concernant la validité du mariage religieux célébré en Allemagne entre une Allemande et un soldat britannique le lendemain de la Seconde guerre mondiale⁸⁶⁸.

403. Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁶⁹, le Droit n'est pas allergique au Fait : les faits constituent l'hypothèse de l'application du droit, et la fonction du droit est de réguler les rapports sociaux donc, *in fine*, les faits. C'est ainsi que la CEDH préconise une démarche qui consiste à « traduire sur le plan juridique la réalité sociale »⁸⁷⁰. Et cette observation ne doit pas être limitée à la seule Convention européenne mais généralisée au Droit tout entier. L'idée du lien étroit entre le Fait et le Droit n'est ni nouvelle ni étrangère à la science et à la pratique du droit. Motulsky nous invitait déjà à « penser juridiquement le réel »⁸⁷¹, et l'essence du processus juridictionnel est exprimée par un adage ancestral : *da mihi factum, dabo tibi ius*.

404. Concernant plus particulièrement la circulation internationale horizontale des situations, M. Jean-Silvestre Bergé la présente précisément comme la « reconnaissance d'une situation de fait constituée à l'étranger »⁸⁷². Dans cet ordre d'idées, on pourrait

⁸⁶⁵ Par ex., P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance... », précité, p. 39 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance... », précité, p.563.

⁸⁶⁶ P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance... », précité, p. 39, souligné par nous.

⁸⁶⁷ Cour d'appel d'Ontario, *Schwebel v. Ungar* (1963), *RCDIP* 1965, 321, n. W. WENGLER ; [1964] 1 OR 430 ; 42 DLR (2d) 622 ; — Cour suprême du Canada, *Schwebel v. Ungar* (1964), [1965] SCR 148 ; 48 DLR (2d) 644 ; WEBB (1965) 14 *ICLQ* 659 ; LYSYK (1965) 43 *Can Bar Rev* 363.

⁸⁶⁸ BVerfG, 30 janvier 1982 [*IPRax* 1984, 88].

⁸⁶⁹ *Supra*, n° 249 et s.

⁸⁷⁰ CEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], 22 avril 1997, § 44 : *Recueil* 1997-II [*JCP G* 1997, 523, n. S. EVAIN ; *RTDH* 1998, 117, n. F. RIGAUD].

⁸⁷¹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. ROUBIER, Sirey, 1948, p. 24.

⁸⁷² J.-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen*, 1^{re} éd., Dalloz, 2013, p. 172 (n° 153).

admettre la circulation des situations « juridiques » sans le support d'aucun acte (quasi) public, les situations de droit affranchies du Droit, détachées des normes générales comme des normes individuelles.

405. Toutefois, l'idée de prendre en considération les situations de fait (c'est-à-dire les rapports sociaux) aussi intéressante qu'elle puisse être, risque de ne pas être suffisante pour résoudre les problèmes qui se posent dans le cadre du droit international privé. Quand la reconnaissance d'une situation juridique cristallisée à l'étranger est demandée devant le juge, ce qui intéresse les parties ce n'est pas la « réalité sociale », qui n'a nul besoin d'être reconnue par le juge pour exister, mais c'est précisément la « traduction juridique » à y donner dans le for. Cette traduction juridique n'est rien d'autre que la qualification et les effets juridiques selon le droit objectif. Il s'agit de validité et des effets d'une situation juridique. Or, c'est par ce biais que la question du conflit de lois revient : à quelle loi demander la « traduction juridique » de cette situation de fait ?

406. Il est possible, certes, faire un choix selon la règle de conflit de lois du for. Mais une telle règle est conçue pour le choix de la *norme* idéale (c'est-à-dire relevant du monde des idées), qui est posée *a priori*, alors qu'une situation juridique se présente comme une *situation* réelle (c'est-à-dire relevant du monde objectif) qui est déjà existante. C'est en cela que l'application d'une règle de conflit de lois aprioristique n'a aucun sens dans le cas où le juge du for intervient postérieurement à la création de la situation juridique. La solution pourrait consister à rechercher la *loi appliquée* au lieu de la *loi applicable*.

Mais de toute manière, seule une situation juridique peut faire l'objet de la reconnaissance en droit international privé, à l'exception des situations de fait, c'est-à-dire des rapports sociaux qui ne seraient revêtus d'aucune forme juridique.

407. Les conclusions dégagées ci-dessus méritent d'être résumées brièvement.

L'effet produit par l'acte public n'a aucune incidence sur la question du choix de la méthode. Ce choix ne dépend que de la fonction de la règle de conflit et de la distinction des normes individuelles et des situations juridiques individuelles.

Le simple fait d'une intervention d'une autorité publique peut conduire à l'« objectivation » de la situation juridique. Cependant, il est tout aussi possible de constater l'existence réelle de la situation juridique en observant les actes juridiques accomplis par les parties dans le cadre de cette situation, ou plus généralement constater

l'effectivité de la situation juridique en raison de la production d'effets dans un ordre juridique donné.

La conclusion s'impose que toute situation juridique objectivée soit par l'intervention de l'autorité publique à quelque titre que ce soit, soit par l'accomplissement par les parties des actes juridiques dans le cadre de cette situation, ou plus généralement par la production de ses effets — est susceptible de circulation internationale en ce que son existence et son caractère de réalité juridique sont ainsi constatables, et que sa reconnaissance n'achoppe sur aucun obstacle théorique majeur.

Le domaine de la méthode de la reconnaissance ainsi déterminé, il convient à présent d'étudier sa consistance, à savoir les conditions auxquelles devrait être subordonné l'accueil des situations juridiques étrangères ainsi que les effets qui devraient leur être reconnus dans le for.

CHAPITRE II

LA MÉTHODE DE LA RECONNAISSANCE DES SITUATIONS JURIDIQUES

408. Tout au long du présent travail, plusieurs traits généraux du mécanisme de la circulation internationale des situations juridiques ont été dégagés : l'objet de la circulation internationale, le domaine méthodologique, le rôle de la proximité entre la situation juridique et son ordre juridique d'origine, etc. Pourtant, à ce stade de l'étude, ce n'est pas encore une méthode de la reconnaissance, susceptible d'être appliquée dans une affaire concrète, car beaucoup de questions restent en suspend.

Une interrogation d'importance pratique capitale et qui invite à approfondir la réflexion théorique sur le sujet est celle des effets à reconnaître dans le for aux situations juridiques étrangères. L'importance pratique de cette question est évidente en ce que les effets pouvant être reconnus ou attribués dans le for à une situation juridique étrangère définissent l'intérêt à agir d'une personne qui demande sa reconnaissance et précisent l'objet de la demande. L'importance théorique de cette question consiste en ce que la réponse que l'on lui donne détermine la physionomie même de la méthode. Aussi avons-nous fait le choix, peu classique certes, de traiter des effets en premier lieu (Section 1^{re}).

Une fois que l'on aura déterminé quels effets des situations juridiques étrangères sont susceptibles de se produire dans le for, on s'interrogera, en second lieu, sur les conditions auxquelles devrait être subordonné leur accueil (Section 2).

Section 1^{re} : Les effets de la reconnaissance

409. Lorsqu'une situation juridique étrangère est reconnue dans le for et qu'il devient nécessaire d'en déterminer les effets, la façon la plus évidente d'envisager la question consiste à soumettre tous les effets à la même loi, la loi d'origine ou la loi du for (§1^{er}). Une autre hypothèse envisageable est celle de la reconnaissance d'une partie des effets *lege causae* et de l'attribution d'autres effets *lege fori* (§2).

§ 1^{er} — L'hypothèse de la reconnaissance intégrale

410. L'idée de reconnaître à la situation « importée » dans le for les effets d'origine a des bases théoriques très importantes (A) mais elle engendrerait des difficultés dont la gravité ne doit pas être sous-estimée (B).

A/ Pro

411. Les développements consacrés à la notion de situation juridique ont permis de la définir comme un ensemble unitaire et hétérogène de plusieurs phénomènes de réalisation du Droit⁸⁷³. Selon cette conception, la situation juridique est composée de, et se définit par les devoirs, les obligations et les prérogatives juridiques spécifiques, notamment. Ainsi, un mariage est impensable sans les devoirs réciproques des époux et donc ne peut pas exister sans ses effets.

M. Gian Paolo Romano définit le statut juridique personnel en disant qu'il « résulte [...] de la création ou de la suppression d'un lien juridique de type familial unissant une personne à une autre et consiste en le faisceau hétérogène d'effets qui, dans les domaines les plus divers du droit, découlent pour les intéressés d'un tel lien ou de sa

⁸⁷³ *Supra*, n° 184 et s.

suppression »⁸⁷⁴.

De ce point de vue, les « effets » des situations juridiques statiques en font partie et en constituent l'essence même, et dès lors en acceptant une situation juridique dans le for on ne peut le faire qu'en l'acceptant ensemble avec tous ses effets.

412. D'autres auteurs semblent en principe favorables à l'idée de la reconnaissance des effets d'origine mais émettent des réserves très importantes.

Pour M. Jean-Silvestre Bergé, la circulation internationale a lieu « chaque fois qu'un effet de la situation née dans un environnement juridique donné se manifeste à nouveau dans un autre environnement juridique en raison de son origine [...] Si les effets produits sont totalement étrangers l'un à l'autre ou sont purement fortuits, il n'est plus utile de parler de circulation »⁸⁷⁵. L'auteur ne se prononce pourtant pas pour la reconnaissance des situations avec *tous* leurs effets d'origine, il distingue la circulation totale et la circulation partielle : « l'effet produit par ces mouvements d'un espace normatif à un autre peut être parfaitement identique, la circulation propageant trait pour trait un effet juridique — entendu au sens le plus large : effet obligatoire, effet d'opposabilité ou même effet de fait — donné dans deux environnements distincts. Mais cet effet comporte souvent des différences, la circulation étant alors partielle, portant sur tel ou tel aspect de la situation amenée à circuler »⁸⁷⁶.

413. L'un des pionniers de la méthode de la reconnaissance des situations, M. Paul Lagarde, souligne que « la raison d'être de la reconnaissance — la permanence de la situation — ir[ait] plutôt dans le sens de la soumission des effets au droit de l'État d'origine de la situation »⁸⁷⁷. Mais il précise tout de suite que « des raisons de politique législative pourraient cependant faire préférer l'application du droit de l'État de reconnaissance, afin de ne pas multiplier sur un même territoire la coexistence de modèles

⁸⁷⁴ G. P. ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185, spéc. p. 185-186, souligné par nous.

⁸⁷⁵ J.-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen*, 1^{re} éd., Dalloz, 2013, p. 170 (n° 151).

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 169-170 (n° 151).

⁸⁷⁷ P. LAGARDE, « Reconnaissance, mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.479 et s., spéc. p. 495-496.

différents »⁸⁷⁸.

Par ailleurs, dans l'hypothèse de la cristallisation d'une situation juridique par la seule production de ses effets, l'acte (quasi) public auquel on pourrait rattacher les effets prévus par la *lex fori* est inexistant. Seuls les effets sont observables et objectivés, ce qui serait un argument très fort pour les reconnaître tels quels.

Néanmoins, le juge qui accueille cette situation dans le for pourrait lui attribuer les effets prévus par la *lex fori* qui se rapprochent le plus de ceux d'origine, en opérant ainsi une adaptation.

B/ Contra

414. Un obstacle à l'idée de la reconnaissance des effets d'origine, comme à celle, plus généralement, de la circulation internationale des situations juridiques, peut être identifié dans la doctrine normativiste de M. Pierre Mayer, pour qui « il existe autant de situations juridiques qu'il existe de règles différentes qui la prennent en considération dans leur pré-supposé »⁸⁷⁹. Dans cette logique, une situation juridique ne peut avoir d'autres effets que ceux qui lui sont attribués par l'ordre juridique dans lequel elle est invoquée. Pour M. Mayer, « la méthode de la reconnaissance des situations, comme celle de la reconnaissance des décisions, épuise ses effets avec l'établissement de la situation. Celle-ci une fois reconnue, le juge doit recourir pour déterminer ses effets à la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, en résolvant les problèmes de conflit mobile et d'adaptation qu'il est susceptible de rencontrer »⁸⁸⁰.

Cette interprétation peut être rapprochée de l'idée de M. Charalambos Pamboukis selon laquelle, « l'efficacité est pour l'essentiel un attribut conféré à un rapport juridique par un ordre juridique »⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Dalloz, 1973, p. 159-160 (n° 211).

⁸⁸⁰ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547 et s., spéc. p. 572.

⁸⁸¹ Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP* 2008, 513, spéc. p. 557 (n° 69).

415. Une telle approche de la question des effets des situations étrangères dépend dans une certaine mesure de la conception de la situation juridique. Par exemple, M. Ricardo Luzzato comprend le « statut » d'une personne comme sa position dans un groupe, sans y faire entrer les effets juridiques qui peuvent y être attachés par diverses règles de droit⁸⁸². En conséquence, l'auteur distingue d'une part les statuts des personnes, ou encore les droits absolus, et d'autre part les rapports juridiques qui peuvent les concerner⁸⁸³. Dans cette optique, il serait tout à fait cohérent de reconnaître seulement le statut au sens strict (une position dans un groupe social, familial) et attribuer les effets *lege fori*.

416. La thèse de l'attribution des effets *lege fori* trouve également un certain écho dans la jurisprudence de la CJUE en matière de circulation internationale des sociétés. C'est en ce sens que peut être interprété le « principe d'équivalence » mentionné par la Cour de justice notamment dans son arrêt *VALE Építési*, et selon lequel les dispositions du droit national applicables aux sociétés venues d'un autre État membre ne doivent pas être moins favorables que celles « régissant les situations similaires de nature interne »⁸⁸⁴.

417. D'autres conceptions doctrinales vont dans le sens opposé, comme par exemple la conception de la circulation internationale des situations défendue par M. Bergé.

Dans le cadre de la conception de la situation juridique sur laquelle se base la présente étude⁸⁸⁵, l'attribution des effets *lege fori* conduit non pas à l'accueil dans le for d'une situation juridique étrangère mais plutôt à la création dans le for d'une situation juridique nouvelle qui en serait l'équivalent.

Or, l'approche dans laquelle la reconnaissance consiste à poser une norme nationale se basant sur l'énoncé substantiel de la norme étrangère, ne tient pas compte de la distinction entre les normes et les situations juridiques⁸⁸⁶.

⁸⁸² R. LUZZATO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 1965, p. 62-63.

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 136.

⁸⁸⁴ CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, C-378/10, p^t 48 et s. [*Rec.* ; *D.* 2012, 2331, obs. L. D'AVOUT ; *Europe* 2012/10, comm. 386 (p. 33) obs. L. IDOT ; *JCP G* 2012, 1089, n. M. MENJUCQ ; *JCP E* 2012, 1547, n. Th. MASTRULLO ; *JDI* 2013, chron. 4 (p. 622) obs. S. FRANCO ; *RCDIP* 2013, 236, n. J. HEYMANN ; *Revue des sociétés* 2012, 645, n. G. PARLÉANI]. — Sur ce principe et cette jurisprudence, v. *supra*, n° 335 et s.

⁸⁸⁵ *Supra*, n° 184 et s.

⁸⁸⁶ *Supra*, n° 394 et s.

En résumé, la reconnaissance de la totalité des effets d'origine se heurte à une opposition ferme de la doctrine, mais l'attribution de tous les effets *lege fori* entraîne des incohérences non négligeables, tant conceptuelles que pratiques. Ce double constat impose la recherche d'un compromis entre les deux positions.

§ 2 — L'hypothèse de la reconnaissance partielle

418. Afin de déterminer une conception médiane entre la reconnaissance de tous les effets *lege causae* et leur attribution *lege fori*, il est nécessaire d'opérer une classification de ces effets (A) mais aussi de tenir compte des contraintes imposées par le contexte juridique dans lequel la situation à reconnaître a vocation de s'insérer (B).

A/ La typologie des effets des situations juridiques

419. La distinction entre les effets à reconnaître tels quels et les effets à attribuer *lege fori* est parfois envisagée selon leur nature. C'est ainsi que M. Pierre Callé distingue, parmi les effets des actes publics étrangers, les effets procéduraux et les effets substantiels, et à l'intérieur de ces derniers — l'effet décisionnel et l'effet de titre⁸⁸⁷. En suivant cette analyse, on devrait reconnaître dans le for selon la loi d'origine les effets qui découlent de la décision prise par l'organe étranger, mais attribuer tous les autres effets selon la loi du for.

Pourtant, comme cela a été démontré plus haut, le caractère de l'intervention de l'autorité publique ne saurait être érigé en une condition de la reconnaissance des situations juridiques étrangères⁸⁸⁸. D'ailleurs, les seuls effets potentiellement produits par un acte public étranger qui nous intéressent dans le cadre de la circulation internationale des situations — ce sont précisément ses effets substantiels, c'est-à-dire la modification de la situation substantielle des parties⁸⁸⁹. Et dans les cas où l'acte ne produit pas un tel effet ou dans l'hypothèse de la création de la situation juridique en dehors de toute intervention

⁸⁸⁷ P. CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, préf. P. MAYER, *Economica*, 2004, p. 230 (n° 445) et s.

⁸⁸⁸ *Supra*, n° 383 et s.

⁸⁸⁹ *Supra*, n° 103 et s.

d'une autorité publique, c'est directement la modification de la situation des parties qui est au centre de notre attention. Or, la question est précisément de savoir quelles modifications de l'ordonnement juridique du for cela pourrait entraîner. Donc le caractère d'une intervention, éventuelle, d'une autorité publique étrangère n'est pas de nature à orienter le choix des effets à reconnaître ou attribuer dans le for à la situation juridique.

420. Cependant, le raisonnement en termes d'effet normatif des actes créateurs des situations pourrait être mené sans égard au rôle joué par l'autorité judiciaire ou administrative étrangère. Concernant les jugements, M. François-Xavier Morisset distingue deux sortes d'effets substantiels qu'ils produisent : le « programme substantiel direct » et le « programme substantiel indirect »⁸⁹⁰. Le programme substantiel direct est constitué de divers « droits subjectifs » ou obligations qui sont imposés par la décision, et sa mise en œuvre s'effectue et s'épuise par l'exécution de celle-ci. Mais certains jugements ouvrent sur un programme substantiel indirect : « en procédant à la création, au retrait ou à la modification d'un nouveau statut ou d'une nouvelle qualité (personne divorcée, entreprise en difficulté), le jugement correspond aux présupposés des nouvelles règles substantielles auxquelles les intéressés sont parfois directement soumis (suspension du cours des intérêts légaux, des obligations de l'entreprise en difficultés) ou qu'ils déclencheront au gré de leur volonté (remariage). Autant de règles qui constituent le programme substantiel indirect du jugement »⁸⁹¹. Cette position doctrinale est très intéressante et sera débattue plus loin.

421. Les effets concrets de la situation juridique, qui traduisent la modification substantielle de la situation des parties, peuvent également être classés selon un critère temporel : les effets présents et les effets futurs. M. Paul Lagarde affirme que « la méthode de la reconnaissance part de l'idée que, par principe, une situation qui s'est constituée et cristallisée est un fait qu'il vaut mieux reconnaître que méconnaître. Les effets qui ne sont pas dissociables de la création de la situation [...] sont eux aussi des faits qu'il est préférable de reconnaître [...] Mais les effets qui ne sont pas encore produits ne sont pas des faits. Ils n'existent que virtuellement, si la loi qui leur est applicable leur donne

⁸⁹⁰ F.-X. MORISSET, *Le régime de l'efficacité en France des décisions étrangères patrimoniales*, thèse Paris XI, 2002, n° 137 et s.

⁸⁹¹ *Ibid.*, n° 144.

existence. Ils ne sont pas passibles de la méthode de la reconnaissance »⁸⁹². Cette distinction entre la reconnaissance des effets déjà produits et la production des effets nouveaux n'est rien d'autre que le prolongement logique de l'idée qui sous-tend la reconnaissance même des situations juridiques.

422. Dans le même sens, M. Gian Paolo Romano distingue les effets selon le moment de leur production et les conditions auxquelles celle-ci est subordonnée : les effets « immédiats », ou « actuels », d'une part, et les effets « potentiels », « éventuels », « virtuels », « latents » d'autre part. Dans le premier cas, la création de la situation juridique statique est suffisante pour la production de l'effet juridique, elle constitue le seul élément du présumé de la règle qui prévoit cet effet⁸⁹³. Tandis que les effets de la deuxième catégorie « ne se réalisent pas du fait de l'attribution du statut et au moment d'une telle attribution mais supposent pour se concrétiser la réalisation de conditions ultérieures »⁸⁹⁴. Pour les exemples des deux sortes d'effets, M. Romano cite les devoirs des époux qui s'établissent au moment et par l'effet de la création du mariage et les droits successoraux de l'époux survivant qui sont subordonnés non seulement au statut d'époux mais aussi au prédécès de l'autre et éventuellement à d'autres circonstances éventuelles.

423. L'analyse de la structure de la situation juridique développée plus haut⁸⁹⁵, conduit aux conclusions similaires : les effets potentiels ne font pas partie de la situation juridique. Pendant le mariage, les droits successoraux de l'époux survivant ne peuvent pas être compris comme des phénomènes de réalisation du droit, pouvant faire partie de la situation juridique, ne serait-ce que pour une simple raison que les positions respectives des époux (époux survivant et *de cuius*) ne peuvent être connues avant la survenance du décès. Avant l'ouverture de la succession, les « droits » successoraux n'existent pas en tant que phénomènes de réalisation du droit, seules existent des normes du droit objectif qui les prévoient abstraitement. Ainsi, puisque ces effets potentiels n'existent pas encore, il n'y a rien à reconnaître.

L'ouverture de la succession postérieurement à l'installation des époux dans le for

⁸⁹² P. LAGARDE, « Reconnaissance : mode d'emploi », précité, p. 496-497.

⁸⁹³ G. P. ROMANO, « Quelques remarques... », précité, p. 190 (n° 7).

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 191 (n° 7).

⁸⁹⁵ *Supra*, n° 184 et s.

entraînera la modification de la situation juridique. Il ne s'agira plus de reconnaître la situation juridique telle qu'elle existait à l'étranger, ce qui déplace la question du domaine de la reconnaissance vers celui du conflit de lois.

En revanche, si le prédécès de l'un des époux est survenu dans le domaine de l'ordre juridique d'origine et que l'époux survivant entend faire valoir ses droits sur les biens situés dans l'État requis — cette question relèvera de la méthode de la reconnaissance et devra être tranchée selon la loi d'origine, car les effets en question se sont déjà produits et font désormais partie de la situation juridique dont la reconnaissance est demandée.

424. La distinction des programmes substantiels direct et indirect des actes créateurs des situations juridiques se rapprochent de l'idée de « prise en considération » d'une norme étrangère.

Dans le domaine de l'accueil des jugements étrangers (ou plus exactement, de la réception des normes individuelles qu'ils posent) on peut prendre en considération une norme étrangère sans lui faire produire son effet propre (son programme substantiel direct). La prise en considération des jugements étrangers peut prendre forme de l'effet de titre (le programme substantiel indirect), de l'effet de fait, ou de la force probante.

Parfois l'effet de titre est compris en ce sens que le *prononcé* du jugement étranger peut constituer le présupposé de l'application d'une règle de droit applicable. Certains auteurs affirment que dans ce cas la frontière « se brouille » entre, d'une part, l'effet de titre, indépendant de la normativité du jugement et de sa reconnaissance dans le for, et d'autre part, l'effet substantiel⁸⁹⁶. D'autres insistent sur le fait qu'« en pareil cas, le jugement étranger est invoqué comme une norme »⁸⁹⁷.

425. En effet, lorsqu'un jugement étranger est utilisé en tant que base légale d'application d'une règle de droit matériel applicable, c'est la norme individuelle posée par lui qui est prise en considération et non le fait de son prononcé. En même temps, si l'on résonne en termes d'effets de ces normes, on s'aperçoit que le juge du for qui prend en considération un jugement étranger ne met pas en œuvre l'effet propre du jugement, ce qui se passerait lors de sa reconnaissance ; il met en œuvre l'effet légal prévu par une règle de droit applicable et non (expressément) prévu par le juge étranger. C'est la différence

⁸⁹⁶ NIBOYET & GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 511 (n° 741) et s., spéc. p. 513 (n° 744).

⁸⁹⁷ AUDIT & D'AVOUT, p. 456 (n° 518).

primordiale entre l'accueil d'une norme individuelle et sa prise en considération. Un « effet indirect » du jugement étranger n'est rien d'autre qu'un effet direct d'une règle matérielle applicable ou d'un jugement du for qui applique celle-ci.

Le seul véritable effet propre d'une décision étrangère est son effet normatif, son efficacité substantielle (directe). Par conséquent, les « effets » autres que ceux expressément prévus (posés) par la décision étrangère doivent être régis par une loi dont la norme étrangère en question constitue le présupposé et pas nécessairement par la loi d'origine. C'est-à-dire que ces « effets » seront régis par la loi du for ou une autre loi désignée applicable par le droit international privé du for.

Le droit international privé du for *peut* comporter une règle de conflit disposant que les effets de ce type sont régis par la loi d'origine de la situation juridique ou par la loi qui avait présidé à la création de celle-ci. Mais rien n'impose ce choix en faveur de la loi d'origine pour tous les « effets ».

B/ Les contraintes exogènes

426. Outre cette distinction que l'on pourrait faire entre les effets qui font partie de la situation juridique et les effets des règles et décisions qui visent cette situation juridique, il est nécessaire de tenir compte de l'application impérative de certaines dispositions de la loi du for sur tout son territoire.

Par exemple, dans le domaine du mariage, c'est la loi française qui s'applique impérativement aux questions relevant du régime matrimonial primaire (art. 214, 215, al. 3, 1751, 217 à 223 C. civ.)⁸⁹⁸. Ainsi, le droit matériel français s'appliquera impérativement à tout mariage qui a un lien avec le territoire, même contracté à l'étranger, qu'il s'agisse d'une famille résidant en France ou tout simplement d'une présomption bancaire (at. 221, al. 2, C. civ.) soulevée par une banque française, ou d'une question de la solidarité aux dettes ménagères (art. 220 C. civ.) qu'un tiers pourrait vouloir recouvrer en France.

Cependant, lorsqu'une règle de conflit soumet à la loi du for les effets de certaines catégories de situations juridiques créées à l'étranger, la distinction précisée plus haut

⁸⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, *Cressot*, n° 85-18877 [*Bull.*, n° 275].

s'applique. Ainsi, bien que les effets d'une adoption prononcée à l'étranger soient soumis, en France, à la loi française⁸⁹⁹, la Cour de cassation a reconnu le partage de l'autorité parentale entre l'adoptante et sa compagne, opérée par un jugement américain d'adoption, alors qu'un tel effet de l'adoption n'était pas prévu par le droit français⁹⁰⁰. Cette solution jurisprudentielle peut être expliquée par le fait que le partage de l'autorité parentale procédait de la norme individuelle posée par le juge étranger et non pas d'une règle applicable. Il s'agissait d'un effet déjà produit, de l'effet propre du jugement, qui faisait d'ores et déjà partie intégrante de la situation juridique. En revanche, restent soumis à la règle de conflit de lois française les effets « virtuels » ou « indirects », qui ne font pas partie de la situation juridique et qui peuvent simplement être prévus par une règle de droit qui a cette situation pour présumé.

À ce propos, l'interrogation est admise concernant l'applicabilité de la même distinction aux règles du régime matrimonial primaire, qui s'appliquent impérativement sur tout le territoire français.

427. La reconnaissance d'une situation juridique étrangère doit, en principe, entraîner la reconnaissance de cette réalité juridique dans toute son étendue, y compris les effets produits, ou directs, qui en font partie intégrante. Mais les suites indirectes d'une situation juridique sont les effets des règles matérielles de la loi applicable qui ont cette situation pour le présumé. Ainsi convient-il de soumettre ces effets à la méthode de conflit de loi en recherchant la loi applicable, qui peut éventuellement être celle d'origine ou pas.

Bien qu'il soit possible d'édicter une règle de conflit disposant que les effets d'une situation juridique sont déterminés par la loi d'origine, il ne faut pas oublier que la situation pourrait être créée dans un ordre juridique étranger en application d'une loi qui

⁸⁹⁹ C. civ., art. 370-5.

⁹⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21740 [*Bull.*, n° 162 ; *AJ fam.* 2010, 387, obs. A. MIRKOVIC, obs. B. HAFTEL, interview C. MÉCARY ; *D.* 2010, 1787, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2012, 1973, obs. L. D'AVOUT ; *JDI* 2011, comm. 4 (p. 119) n. S. BOLLÉE ; *RCDIP* 2010, 748, n. P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2010, 547, obs. J. HAUSER].

n'en relève pas.

Par ailleurs, certaines dispositions matérielles de la *lex fori* peuvent s'imposer impérativement et nécessairement, par exception au principe ci-dessus, à toutes les situations juridiques entrant dans le domaine de l'ordre juridique du for. Plus précisément, il ne s'agit pas d'une nuance particulière de la méthode de reconnaissance, mais d'une limite à l'application de celle-ci.

Section 2 : Les limites à la reconnaissance

428. La reconnaissance en France des situations juridiques véhiculées par un jugement étranger est conditionnée, depuis l'arrêt *Cornelissen*⁹⁰¹, à la non contrariété à l'ordre public international français, à l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et le juge qui a rendu la décision (sauf compétence exclusive du juge français) et à l'absence de fraude. Transposées en dehors de l'hypothèse des jugements étrangers, les conditions pourraient être légèrement modifiées, adaptées.

La condition préalable est l'existence de la situation juridique, sa cristallisation dont les moyens ont été étudiés plus haut⁹⁰². Vient ensuite la condition principale de la reconnaissance : la proximité effective entre la situation invoquée et l'ordre juridique de sa création ou de son existence, évoquée au chapitre précédent.

Mais outre ces deux conditions fondamentales, qui déterminent en quelque sorte la *recevabilité* en principe de la situation juridique, il existe deux conditions auxquelles est subordonné son *accueil* : l'absence de fraude (§ 1^{er}) et la non contrariété à l'ordre public international du for (§ 2).

§ 1 — La fraude

429. L'exception de fraude est un instrument bien connu du droit international privé (A), mais il est nécessaire d'étudier également ses liens avec la condition de proximité (B).

A/ La fraude à la loi, la fraude au jugement et la reconnaissance des situations juridiques

430. La fraude à la loi est caractérisée dans le cas où « les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement

⁹⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14082 [*Bull.*, n° 68 ; *D.* 2007, 1115, n. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *JDI* 2007, comm. 19 (p. 1195) n. F.-X. TRAIN ; *RCDIP* 2007, 420, n. B. ANCEL et H. MUIR WATT].

⁹⁰² *Supra*, n° 203 et s.

compétente »⁹⁰³. Initialement, l'expression visait la loi applicable dans l'instance directe ou dans l'instance indirecte⁹⁰⁴ à l'époque où la conformité ou équivalence de la loi appliquée à la règle du conflit de lois française était l'une des conditions de régularité internationale du jugement. Mais puisque l'arrêt *Simitch*⁹⁰⁵ parlait déjà du *choix non frauduleux* du juge étranger et que l'arrêt *Cornelissen*⁹⁰⁶ a officiellement abandonné le contrôle de la loi appliquée, des auteurs ont distingué la fraude à la loi de la « fraude au jugement »⁹⁰⁷.

431. La fraude à la loi suppose trois éléments : légal, matériel et intentionnel. Le premier est caractérisé dès lors qu'existe dans la loi normalement applicable, mais « éclipse » ainsi par la ou les parties, un obstacle légal que le ou les fraudeurs ont pu vouloir contourner. Dans le cas de la circulation des situations juridiques, ce pourrait être une disposition de la loi ou une pratique administrative qui n'autorisent pas la constitution de la situation juridique souhaitée, qui n'y associent pas certains effets recherchés ou qui imposent une charge indésirable sur la ou les parties à cette situation.

L'élément matériel consiste en la manipulation par la ou les parties du critère de rattachement ou de la catégorie de rattachement. Le premier cas peut être illustré par le changement de la nationalité afin de modifier la loi qui régit le statut personnel, comme dans l'affaire *Princesse de Beauffremont*, où une ressortissante française séparée de corps mais ne pouvant pas obtenir le divorce, prohibé à l'époque en France (obstacle légal), avait acquis frauduleusement la nationalité de Saxe-Altenbourg (manipulation du facteur de rattachement) pour voir son statut personnel régi par la loi de ce duché qui opérait une conversion automatique de la séparation de corps en divorce⁹⁰⁸. L'exemple du second cas de figure est l'affaire *Caron*, où le *de cuius* qui voulait déshériter ses enfants mais ne pouvait le faire en ce qui concernait un immeuble sis en France (obstacle légal), avait vendu l'immeuble à une société par lui constituée aux États-Unis, pays qui ne connaissait

⁹⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1983, *S^{té} Lafarge*, n^{os} 82-11290 et 82-11402 [*Bull.*, n^o 147 ; *RCDIP* 1985, 346, n. B. ANCEL].

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Simitch*, n^o 83-11241 [*Bull.*, n^o 55 ; *GA*, n^o 70 ; *D.* 1985, 469, n. J. MASSIP et IR, 497, obs. B. AUDIT ; *JDI* 1985, 460, n. A. HUET ; *RCDIP* 1985, 369 et 243, obs. Ph. FRANCESCAKIS].

⁹⁰⁶ *Supra*, n^o 428.

⁹⁰⁷ MAYER & HEUZÉ, p. 289 (n^o 406) et s.

⁹⁰⁸ Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont* [*GA*, n^o 6 ; *D.* 1878.I.201, concl. CHARRINS ; *JDI* 1878, 505 ; *S.* 1878.I.193, n. LABBÉ].

pas de réserve héréditaire, en transformant ainsi un bien immobilier en un actif mobilier (manipulation de la catégorie de rattachement) soumis à la loi américaine de son dernier domicile⁹⁰⁹.

Le troisième élément, l'élément intentionnel, est le fait que la personne ait procédé à la manipulation du facteur ou de la catégorie de rattachement dans le but exclusif de contourner l'obstacle légal. Par exemple, la princesse de Beauffremont a profité de sa nouvelle nationalité uniquement pour épouser un ressortissant roumain en prenant ainsi la nationalité roumaine et en perdant celle fraîchement acquise, tandis que le montage frauduleux de M. Caron n'a eu aucun autre effet substantiel, semble-t-il, que la « mobilisation » de l'immeuble français qu'il utilisait toujours de la même manière après sa « vente » à sa propre entreprise. En revanche, si la princesse de Beauffremont avait choisi de s'installer durablement en Saxe-Altenbourg et de se comporter comme une sujette de ce pays, ou encore si M. Caron avait exploité sa société à qui il avait vendu son immeuble — l'élément intentionnel de la fraude n'aurait pas été retenu. Un autre critère envisageable serait la recherche exclusive des effets secondaires de la situation qui a servi d'instrument de fraude, sans assumer les effets essentiels, tels les droits et devoirs découlant de la nouvelle nationalité, par exemple⁹¹⁰.

432. En l'absence d'intention frauduleuse, le changement du critère ou de la catégorie de rattachement ne se présente pas comme une fraude mais comme l'exercice normal de la liberté individuelle reconnue, consacrée et protégée par la loi, notamment par le droit international privé du for. Dans ce dernier cas, il a été souligné que ce pourrait être quand même un abus de droit⁹¹¹.

433. À côté de la fraude et de l'abus, certains auteurs distinguent aussi la simulation : mariage blanc, faux certificat de naissance, fausse domiciliation, etc.⁹¹². Selon eux, « pour déjouer une telle simulation, il suffit de faire tomber le masque du simulacre et contempler

⁹⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1985, *Caron*, n° 82-15033 [*Bull.*, n° 103 ; *JCP G* 1986.II.20630, n. F. BOULANGER ; *JDI* 1987, 80, 1^{re} esp., n. M.-L. NIBOYET-HOEGY ; *RCDIP* 1986, 66, n. Y. LEQUETTE].

⁹¹⁰ Le critère du *but exclusif* consistant en l'obtention des *effets secondaires* d'un acte est emprunté à la jurisprudence de droit interne en matière des mariages blanc : Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, *Appieto* [*Bull.*, n° 506 ; *D.* 1964, 465, n. G. RAYMOND ; *JCP* 1964.II.13498, obs. J. MAZEAUD] et Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, n° 01-12574 [*Bull.*, n° 215 ; *Dr. fam.* 2004/2, comm. 15 (p. 17) n. V. LARRIBAU-TERNEYRE].

⁹¹¹ NIBOYET & GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 292-293 (n° 393).

⁹¹² *Ibid.*, p. 294 (n° 394).

la situation réelle »⁹¹³. Cependant, la question de savoir si le mariage est « blanc » relève du fond et s'apprécie donc après l'application de la règle de droit international privé.

L'idée de simulation pourrait renvoyer plutôt à celle de force probante, de la véracité des actes quasi publics constatatifs⁹¹⁴. Par ailleurs, si un critère de rattachement est fondé sur le principe de proximité et suppose une certaine effectivité (par exemple le domicile) il n'est pas nécessaire de recourir à l'exception de fraude, il suffit de démontrer que la domiciliation déclarée est fautive et que le véritable domicile est situé dans un autre État⁹¹⁵.

434. Alors que « la fraude à la loi vise à éluder l'application d'une loi, la fraude au jugement vise à éluder le prononcé du jugement »⁹¹⁶. Concrètement, il s'agit pour les parties d'obtenir un jugement dans un État étranger (élément matériel) dans le seul but de le faire valoir dans l'État requis (élément intentionnel), étant donné que le même jugement n'aurait pas été prononcé dans ce dernier État (élément légal). Là aussi, le fait de saisir un juge étranger qui se reconnaît compétent n'a rien d'illégal, pas plus que le fait de profiter de la nouvelle situation juridique posée par ce jugement *dans l'État d'origine du jugement*. Ce qui caractérise la fraude au jugement c'est la volonté de profiter du jugement étranger uniquement ou principalement dans le for, de sorte que le déplacement à l'étranger et l'« utilisation » de cet ordre juridique étranger ne poursuivait pas le but de vivre la situation nouvelle dans cet ordre-là, mais uniquement de l'« importer » dans un autre, avec lequel la situation présente des liens réels et dans lequel son effectivité est invoquée ou demandée.

Peu importe la raison pour laquelle les tribunaux de l'État requis n'auraient pas rendu le même jugement : à cause de la loi compétente en vertu du droit international privé de cet État ou à cause d'une politique jurisprudentielle, ou des règles de procédure de cet État. Donc il n'y a pas nécessairement fraude à la loi derrière une fraude au jugement, en tout cas pas si l'on entend le mot « loi » au sens strict. En revanche, il est possible de considérer la fraude au jugement comme une manœuvre visant à évincer le point de vue concret et global de l'ordre juridique pris en bloc.

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ Sur les actes « quasi-publics constatatif », *supra*, n° 122.

⁹¹⁵ BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 501 (n° 433).

⁹¹⁶ MAYER & HEUZÉ, p. 291 (n° 409).

435. Dans le cas de la circulation internationale des situations juridiques non véhiculées par un jugement, l'expression de « fraude au jugement » est impropre, mais celle de « fraude à la loi » doit alors s'entendre au sens large, comme une manœuvre frauduleuse visant à évincer le point de vue concret et global de l'ordre juridique requis pris en bloc. Plus précisément il s'agit de la création à l'étranger d'une situation juridique dans le seul but de la faire valoir dans le for, alors que sa constitution dans ce dernier État n'aurait pas été possible.

B/ La fraude et la proximité effective

436. L'effectivité de la situation juridique et sa proximité à l'égard d'un ordre juridique donné jouent un rôle primordial dans l'appréciation de la fraude. Il est même possible de dire que le contrôle de la proximité coïncidera toujours avec le contrôle de l'absence de fraude, dans l'instance en reconnaissance. Imaginons une situation juridique impossible à constituer dans le for, qui est invoquée devant le juge. Si la situation n'a aucun lien avec l'État de sa création et que les intéressés entendent l'enraciner exclusivement ou principalement dans l'ordre juridique du for — c'est que l'intention frauduleuse est bien présente. Si, en revanche, les intéressés ont déjà vécu cette situation dans son État d'origine et ne veulent en profiter dans le for qu'à titre subsidiaire ou incident, c'est que la proximité de la situation avec l'ordre juridique de sa constitution est acquise.

Chaque fois que les effets d'une situation juridique ont été recherchés et se sont produits dans l'État d'origine, et *a fortiori* lorsque la création de la situation en question s'est faite en raison de la production d'effets, le lien de proximité est évident.

Il ne s'agit pas d'une proximité définie *a priori* par référence à un ou plusieurs critères prédéterminés qui s'apprécient en amont de l'acte créateur de la situation, car ce serait simplement l'application d'une règle de conflit, éventuellement à rattachements alternatifs. Il s'agit plutôt de l'*effectivité* de la situation dans un ordre juridique donné, appréciée au jour de la demande de reconnaissance (si tel est l'objet principal de la demande) ou au jour où les intéressés entendent s'en prévaloir dans le for (si la situation est invoquée à titre incident en tant que moyen de défense, sa proximité effective devrait s'apprécier au jour de l'acte ou du fait litigieux).

Ainsi, l'appréciation de l'absence de fraude et celle de la proximité effective de la situation juridique avec l'État d'origine se présentent comme les deux versants de la même

condition. Pour cette raison, il n'est pas utile de consacrer une condition de « compétence internationale de l'autorité publique étrangère », qui serait mal fondée dans les cas où l'intervention de l'autorité était trop modeste, et problématique là où elle était inexistante. Le contrôle de l'absence de fraude peut garantir la proximité effective de la situation avec l'ordre juridique d'origine. Si une situation juridique a, dans un ordre juridique donné, une existence purement formelle et nullement effective, la condition de proximité effective n'est pas remplie et l'intention frauduleuse est évidente⁹¹⁷. D'ailleurs, même si une telle situation a été créée par les intéressés dans un certain ordre juridique sans aucun dessein frauduleux mais, disons, d'une manière fortuite, le fait de l'invoquer ultérieurement dans le for afin de contourner la loi au sens large — constitue une fraude.

437. Selon un auteur illustre, la fraude à la loi sert avant tout de « protection contre ce que l'on pourrait appeler l'internationalisation artificielle des situations internes ». C'est-à-dire que « la notion de fraude à la loi contrôle, en somme, ici le passage de l'interne à l'international pour sauvegarder le caractère impératif du premier »⁹¹⁸. C'est ainsi que la princesse de Beauffremont a voulu obtenir un divorce franco-français par une « internationalisation artificielle » du mariage à dissoudre.

Il a été souligné dans la doctrine que de toute façon la princesse n'avait pas obtenu le changement de nationalité selon le droit français, car l'autorisation maritale était requise pour pouvoir le faire⁹¹⁹. D'ailleurs, il est de droit constant que chaque État est souverain dans l'attribution de sa nationalité et qu'en cas de nationalités multiples, seule la nationalité du for est considérée par le juge (sauf la nationalité d'un autre État membre de l'Union européenne⁹²⁰). Donc la fraude n'était même pas caractérisée dans cet exemple, parce que malgré l'analyse en termes de fraude à la loi adoptée par la Cour de cassation, le divorce allemand était tout simplement contraire à la loi française laquelle demeurait applicable ; l'internationalisation artificielle avait échoué.

⁹¹⁷ Cf. le contrôle de la compétence indirecte du juge étranger, laquelle est considérée, en droit français, comme acquise, « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français », à condition que « le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et [que] le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux » : Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Simitch*, précité.

⁹¹⁸ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes*, Sirey, 1958, p. 45 (n° 42).

⁹¹⁹ NIBOYET & GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 294 (n° 395).

⁹²⁰ CJCE, 16 juillet 2009, *Hadadi*, C-168/08 [*Rec.*, 2009, I-06871 ; *JDI* 2010, comm. 4 (p. 157) n. L. D'AVOUT ; *RCDIP* 2010, 185, n. C. BRIÈRE].

Dans les cas où une situation juridique se trouve internationalisée frauduleusement, on ne devrait pas tenir compte de cette internationalisation et la situation ne devrait pas échapper au droit interne du for, peu importe qu'il s'agisse de l'ordre public international, des lois de police ou de l'ordre public purement interne. Du moment que la situation est en réalité interne et que l'élément d'extranéité doit être ignoré en raison de son caractère artificiel, la *lex fori* doit s'appliquer dans toute son étendue, l'application du droit international privé s'épuisant dans l'exception de fraude.

438. L'exception de fraude a été utilisée notamment dans le contentieux de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, dont deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013, *Enfants Adrien et Romain* et *Enfant Émilie*⁹²¹. Dans ces affaires, il s'agissait de transcription sur les registres d'état civil français des actes de naissance établis en Inde, où les pères s'étaient rendus uniquement aux fins de conception, dans l'intention de vivre en France avec leurs enfants et sans les mères de ceux-ci. Les pères des enfants n'avaient tissé aucun lien personnel avec leurs mères. Dans l'une des affaires il était d'ailleurs établi que le père avait versé à la future mère une somme d'argent considérable par rapport au train de vie de celle-ci.

Cependant les actes de naissance mentionnaient en tant que mères les femmes qui avaient accouché d'enfants, ce qui était conforme au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (tel n'était pas le cas des affaires *Menesson* et *Labassée* où c'étaient les mères commanditaires qui étaient mentionnées en tant que mères à l'état civil, ce pourquoi la Cour avait retenu la contrariété à l'ordre public international français⁹²²).

Dans l'attendu de principe, identique pour les deux arrêts, la Cour juge « qu'en l'état

⁹²¹ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, n° 12-30138, *enfants Adrien et Romain* et n° 12-18315, *enfant Émilie* [*Bull.*, n° 176 ; *AJ fam.* 2013, 579, obs. F. CHÉNÉDÉ, 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, 600, obs. C. RICHARD et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *D.* 2013, 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 2382, obs. I. GALLMEISTER, 2377, avis C. PETIT, 2384, n. M. FABRE-MAGNAN ; *D.* 2014, 689, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, 954, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *JDI* 2014, comm. 1 (p. 133) n. J. GUILLAUMÉ ; *RCDIP* 2013, 909, n. P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013, 816, obs. J. HAUSER].

⁹²² Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Labassée*, n° 09-17130 [*Bull.*, n° 70 ; *AJ fam.* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ, 265, obs. B. HAFTTEL et 266, interview DOMINGO ; *D.* 2011, 1522, obs. D. BERTHIAU et L. BRUNET, 1001, édito F. ROME, 1064, entretien X. LABBÉE, 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 1995, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *RCDIP* 2011, 722, n. P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2011, 340, obs. J. HAUSER]. — Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Menesson*, n° 10-19053 [*Bull.*, n° 72 ; *AJ fam.* 2011, 262, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *D.* 2011, 1522, obs. D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *RCDIP* 2011, 722, n. P. HAMMJE]. — Pour les arrêts de la CEDH *Menesson c. France* et *Labassée c. France*, du 26 juin 2014, v. *supra*, n° 269.

du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des [articles 16-7 et 16-9 du Code civil] »⁹²³.

En analysant les deux affaires, on y retrouve facilement tous les éléments de la fraude : l'élément matériel (le déplacement à l'étranger et la conception à l'étranger), l'élément légal (la loi française d'ordre public, prohibait ce genre de pratiques) et l'élément intentionnel (le séjour en Inde était bref et n'a servi qu'à l'accomplissement du processus qui serait illicite en France). La fraude, dans un sens spécifique à la reconnaissance des situations juridiques, était donc évidente.

Pourtant, la sanction prononcée l'était beaucoup moins. Ce qui devait être tenu pour non efficace en France, c'était la convention de gestation pour autrui, que le droit français interdit. Or, la filiation des enfants se basait sur leur descendance biologique des parents mentionnés dans les actes de naissance et ne dépendait en aucune manière des rapports qui ont pu exister entre eux. En effet, le droit français ne connaît pas la « filiation par l'effet du contrat » ni la « filiation par l'effet de l'acte de naissance ». Selon la loi, la mère de l'enfant est celle qui en a accouché et le père est déterminé selon les procédés divers mais qui normalement se trouve, *in fine*, être celui des œuvres de qui l'enfant est issu, c'est-à-dire son père biologique. Donc, la nullité de la *convention* de gestation pour autrui, établie grâce à l'exception de fraude, ne saurait affecter la *filiation*. La position contraire revenait à réifier l'enfant, en en faisant l'objet d'une convention, et à contractualiser l'état des personnes, ce qui est tout à fait inconcevable⁹²⁴.

⁹²³ L'attendu de principe a été réitéré en 2014 : Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, *enfant Cylian*, n° 13-50005 [*Bull.*, n° 45 ; *AJ fam.* 2014, 244, obs. F. CHÉNÉDÉ, 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2014, 901, concl. J.-P. JEAN, 905, n. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *Dr. fam.* 2014/4, étude 6 (p. 11) n. A. GOUÉZEL ; *JCP G* 2014/21-22, n° 613 (p. 1051) n. J. HEYMANN ; *RCDIP* 2014, 619, L. D'AVOUT ; *RTD civ.* 2014, 330, obs. J. HAUSER].

⁹²⁴ Cette conclusion ne devrait pas empêcher que les parents fraudeurs soient punis *pénalement* ; en revanche, en les privant de leur état de pères, on ne se limite pas à les priver de certains droits mais aussi et surtout on les décharge des devoirs envers les enfants, ce qui en décalage total avec l'idée de sanction. — Sur quelques difficultés des poursuites pénales dans ce domaine, v. B. CHAPLEAU, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », *D.* 2015, 1775.

Dans un arrêt du 3 juillet 2015, la Cour de cassation, réunie en sa formation la plus solennelle, a opéré un revirement dans un cas similaire à celui des deux arrêts précités⁹²⁵. La cour d'appel de Rennes avait retenu la fraude, conformément à la jurisprudence antérieure, mais la Cour de cassation casse l'arrêt aux motifs « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé » l'article 47 du Code civil⁹²⁶, l'article 7 du décret du 3 août 1962⁹²⁷ et de l'article 8 CSDH. En effet, dans cette affaire, comme dans les deux affaires précitées, les actes de naissance n'étaient pas *falsifiés* mais reflétaient fidèlement les faits juridiques auxquels la loi applicable associait la création du lien de filiation⁹²⁸. Or, concernant ce type d'actes, on pourrait parler seulement de falsification, laquelle relève de la force probante de l'acte et non de son efficacité ni de « ses effets ». Il serait dépourvu de sens de parler de *fraude à un acte quasi public constatatif*. En revanche, un acte d'état civil mentionnant une mère commanditaire en tant que mère légale serait un acte falsifié et ne saurait valoir en France.

439. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la fraude à la loi *au sens strict*, caractéristique de la méthode du conflit de lois, n'est pas envisageable dans ce cas de figure. Dans les trois affaires précitées, il est difficile de nier l'internationalisation de la situation juridique, car les mères, biologiques et légales à la fois, étaient de nationalité indienne pour les deux premières affaires et russe pour la troisième. Selon la règle française de conflit de lois, la filiation de l'enfant est régie par la loi personnelle de la mère

⁹²⁵ Cass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21323 [*Bull.* ; *D.* 2015, 1773, obs. D. SINDRES et 1819, n. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *JCP G* 2015, 965, n. A. GOUTTENOIRE].

⁹²⁶ « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

⁹²⁷ Un décret sur la tenue des registres consulaires de l'état civil.

⁹²⁸ Le revirement était attendu, suite à la condamnation de la France dans les affaires *Menesson* et *Labassé* et aux deux avis de la Cour de cassation se prononçant dans le sens de « reconnaissance » de la filiation des enfants issus de la PMA pratiquée à l'étranger en fraude à la loi française : Cass., avis, 22 septembre 2014, n° 14-70006 et n° 14-70007 [*Bull.*, avis, n° 6 ; *AJ fam.* 2014, 555, n. F. CHÉNEDÉ et 523, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2014, 1876, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE et 2031, n. A.-M. LEROYER ; *D.* 2015, 21, obs. H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* 2014/11, comm. 160 (p. 42) n. C. NEIRINCK ; *JCP* 2014, 1004, obs. J. HAUSER ; *JDI* 2015, comm. 1 (p. 101) n. I. BARRIÈRE-BROUSSE].

au jour de la naissance ou, si la mère est inconnue, par la loi personnelle de l'enfant⁹²⁹. La loi personnelle de l'enfant dépendant de la nationalité de celui-ci, ce sera la loi française si au moins l'un des parents est Français⁹³⁰. Par conséquent, c'est la nationalité de la mère, ou celle du père si la mère est inconnue, qui servent de critère de rattachement, et absolument pas le lieu de naissance de l'enfant. Autrement dit, que l'enfant naisse en France ou en Inde est sans incidence sur le règlement français du conflit de lois : ni les critères de rattachement ni la catégorie de rattachement de la règle française de conflit de lois n'ont été manipulés.

En revanche, la fraude dans le sens spécifique à la reconnaissance des situations juridiques pourrait concerner non seulement les cas de manipulation du critère et de la catégorie de rattachement, mais plus généralement les manœuvres frauduleuses quelconques visant à évincer le point de vue concret et global de l'ordre juridique requis pris en bloc, c'est-à-dire tous les cas de création à l'étranger d'une situation juridique dans le seul but de la faire valoir dans le for, alors que sa constitution n'y aurait pas été possible. L'exception de fraude dans le cadre de la méthode de la reconnaissance est ainsi beaucoup plus large que l'exception de fraude à la loi qui existe dans la méthode du conflit de lois. Cela témoigne, une fois de plus, de l'inadéquation de la méthode du conflit de lois à la problématique de la *reconnaissance* des situations juridiques, et plaide en faveur du cantonnement de la méthode du conflit de lois à l'hypothèse de *création* des situations juridiques.

440. Mais peut-on encore concevoir d'utiliser l'exception de fraude à la loi (au sens large) dans le domaine d'application des droits de l'Homme de la CSDH et dans celui des libertés fondamentales de l'UE ?

Concernant la deuxième hypothèse, M. Bureau et M^{me} Muir Watt affirment que « la fraude devient insaisissable dans un contexte de mobilité institutionnalisée »⁹³¹. En effet, dans l'affaire *Centros*, la Cour de justice a annoncé clairement que l'exception de fraude ne pouvait pas justifier le refus de reconnaissance dans un État membre d'une société créée dans un autre État membre, même si l'État d'accueil peut prendre des mesures pour lutter

⁹²⁹ C. civ., art. 311-14.

⁹³⁰ C. civ., art. 18.

⁹³¹ BUREAU & MUIR WATT, t. I, p. 506 (n° 435).

contre la fraude, éventuellement en coopération avec l'État d'origine⁹³².

441. En ce qui concerne l'hypothèse de l'application de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, dans l'affaire *Wagner*, le Luxembourg a violé la Convention par refus de reconnaissance de l'adoption litigieuse, alors même que la fraude était avérée⁹³³.

On peut cependant supposer que lorsque la fraude est commise dans une intention contraire aux objectifs et à l'esprit de la Convention, elle pourrait être sanctionnée. Il peut s'agir d'une situation hypothétique où, d'une part, un droit de l'Homme d'une partie au litige est en conflit avec un droit de l'Homme de l'autre, et où, d'autre part, la fraude à la loi coïncide avec une sorte d' « abus de droit de l'Homme » commis par une partie au détriment des « droits de l'Homme » de l'autre.

Mais dans les cas où le conflit se présente comme une opposition entre un intérêt privé d'une partie au procès et l'intérêt public de l'État requis, l'exception appropriée serait plutôt celle d'ordre public.

§ 2 — L'ordre public international

442. L'ordre public au sens du droit international privé⁹³⁴ a déjà été évoqué lors de la comparaison entre les droits de l'Homme et le droit international privé. Maintenant il reste à préciser ce qui peut être invoqué au titre de l'ordre public international empêchant la circulation internationale d'une situation juridique (A) et dans quels cas cet ordre public est invocable (B).

⁹³² CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, p^t 38 [Rec. I-01459 ; D. 1999, 550, n. M. MENJUCQ ; *Revue des sociétés* 1999, 386, n. G. PARLÉANI].

⁹³³ CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, n°76240/01, 28 juin 2007, § 14 [AJDA 2007, 1920, obs. J.-F. FLAUSS ; D. 2007, 2700, n. F. MARCHADIER ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008 (n° 82) p. 31, n. M.-L. NIBOYET ; JCP 2007.I.182, obs. F. SUDRE ; JDI 2008, comm. 5 (p. 183) n. L. D'AVOUT ; JDI 2008, chron. 7 (p. 810) n. A. DRESSAYRE ; RCDIP 2007, 807, n. P. KINSCH ; RTD civ. 2007, 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD].

⁹³⁴ On utilise également, par contraction, l'expression « ordre public international ».

A/ Le contenu de l'ordre public international

443. L'ordre public international et la hiérarchie des normes. Il est communément admis que la contrariété à l'ordre public international du for ne devrait pas être comprise simplement comme la contrariété à sa loi substantielle. Et c'est bien logique puisque, par hypothèse, l'application de celle-ci est écartée, qu'il s'agisse de la création ou de la reconnaissance des situations. Mais alors, il ne sera pas moins logique d'affirmer que le *degré de différence* entre le droit du for et le droit appliqué à l'étranger ne devrait pas déterminer le « seuil de tolérance »⁹³⁵ de l'ordre juridique du for ni constituer le critère de l'intervention de l'exception d'ordre public, et ce pour la même raison.

En effet, l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance d'une situation étrangère s'opèrent en vertu des règles du droit international privé du for : la règle de conflit de lois ou la règle de reconnaissance. Lorsque le juge déclenche l'exception d'ordre public, ce n'est, au fond, pas un phénomène juridique étranger qui est évincé mais la règle de son propre droit international privé⁹³⁶.

Ainsi, les normes du droit du for qui pourraient écarter l'application de ses propres règles de droit international privé doivent leur être hiérarchiquement supérieures. Il reste à déterminer quelles sont, précisément, ces normes.

444. Les principes constitutionnels. En droit international privé italien, par exemple, il est acquis que rentrent dans la catégorie de l'ordre public les principes constitutionnels définis comme suprêmes⁹³⁷. Selon la Cour de cassation de la république transalpine, l'ordre public est « formé de cet ensemble de principes qui se déduisent de la

⁹³⁵ L'exception est de M. Didier Boden : D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002.

⁹³⁶ En ce sens dans la doctrine étrangère, F. MOSCONI, « art. 16 » in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato italiano*, CEDAM, 1996, p. 78 : (notre traduction) l'exception d'ordre public est pour tous les ordres juridiques « une soupape de sécurité... qui permet... de "désactiver" les règles par lesquels ils s'ouvrent vers des valeurs juridiques étrangères et de se replier sur eux-mêmes... » (« *una valvola di sicurezza [...] per permettere [...] di "disattivare" le regole mediante le quali si aprono verso valori giuridici stranieri e di richiudersi in se stessi* »). — Ici et *infra*, c'est nous qui traduisons. — *Adde*, du même auteur, « Exceptions to the operation of choice of law rules », *RCADI* 217 (1989) p. 9.

⁹³⁷ *Corte Costituzionale*, 18 juillet 1983, n° 214 [*Rivista di diritto internazionale* 1984, 373, spéc. p. 381].

Charte constitutionnelle ou, en tout cas, même s'ils n'y trouvent pas leur place, servent de fondement à tout l'agencement de l'ordre juridique... tels qu'ils caractérisent le fonctionnement de l'ordre juridique même, à un moment historique donné, et constituent le pilier de la structure éthique, sociale et économique de la communauté nationale en lui conférant une physionomie bien déterminée et inimitable »⁹³⁸.

Quant à l'inclusion dans l'ordre public international des droits de l'Homme, rappelons nous que même s'ils sont parfois invoqués à titre d'exception d'ordre public, parfois ils se présentent, en revanche, comme une exception opposée à l'ordre public du for même⁹³⁹. Dans ce dernier cas, on pourrait parler d'application directe de la Convention des droits de l'Homme ou de l'exception de libre circulation, dans l'hypothèse des libertés consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'UE⁹⁴⁰.

445. Les valeurs morales. Parfois on dit que l'ordre public au sens du droit international privé est constitué, entre autre, de valeurs morales, ou même qu'il est une expression du sentiment de la justice du juge⁹⁴¹. Mais le juge étatique est tenu d'appliquer la loi, il n'est pas juge des mœurs et normalement il statue en droit et non pas en équité⁹⁴². Par conséquent, si le juge du fond oppose l'exception d'ordre public à l'application d'une loi étrangère normalement applicable, parce que celle-là serait choquante pour les bonnes mœurs ou le sentiment intime de la justice du juge lui-même, la Cour de cassation aurait le choix entre purger le jugement par substitution de motifs⁹⁴³ et le casser pour violation de la loi. Pourtant, elle avait jugé dans un arrêt célèbre qu'en droit international privé l'ordre public était composé de « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »⁹⁴⁴. Cependant certains

⁹³⁸ *Corte di Cassazione*, 28 décembre 2006, n°27592, traduction libre de : « [l'ordine pubblico è] formato da quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale..., tali da caratterizzare l'atteggiamento dell'ordinamento stesso in un determinato momento storico e da formare il cardine della struttura etica, sociale ed economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia ».

⁹³⁹ *Supra*, n° 290 et s.

⁹⁴⁰ *Supra*, n°s 283 et 346.

⁹⁴¹ MAYER & HEUZÉ, p. 152 (n° 205).

⁹⁴² CPC, art. 12, al. 1^{er} : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁹⁴³ CPC, art. 620, al. 1^{er}.

⁹⁴⁴ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* [GA, n° 19 ; D. 1948, 357, n. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; JCP 1948.II.4532, n. M. VASSEUR ; RCDIP 1949, 89, n. H. BATIFFOL ; S. 1949.I.21, n. J.-P. NIBOYET].

commentateurs ont rapproché cette formule avec l'idée des droits fondamentaux, et y ont vu une décision prémonitoire⁹⁴⁵.

L'hypothèse selon laquelle les valeurs morales feraient partie de l'ordre public déboucherait sur une réflexion sur le pluralisme normatif, avec les valeurs morales fondamentales qui seraient au-dessus du droit positif de l'État dans la hiérarchie des normes.

Toutefois, si une valeur d'ordre moral ou éthique ne trouve pas son expression en droit positif, des deux choses l'une : soit cette valeur n'est pas fondamentale au point d'être consacrée par le droit, soit elle se situe en dehors du domaine juridique et donc son application est hors de la compétence du juge. D'ailleurs, ces hypothèses seraient de plus en plus rares aujourd'hui, à l'heure où le droit vit, depuis plusieurs décennies, une inflation normative spectaculaire.

Finalement, toutes les règles de droit sont censées être empreintes, plus ou moins, de valeurs éthiques, philosophiques et sociales de la communauté qui l'édicte. Ces considérations se situent à la base du droit et en conditionnent le contenu, mais ne constituent pas en elles-mêmes les normes applicables par les juges, ces valeurs s'adressent plutôt à ceux qui érigent les règles de droit que le juge a le devoir d'appliquer.

446. Les principes essentiels du droit du for. Dans un arrêt rendu le 8 juillet 2010 au sujet de l'homoparentalité, *Enfant Anna*⁹⁴⁶, la Cour de cassation avait assimilé l'ordre public international aux « principes essentiels du droit français »⁹⁴⁷.

Il ne s'agit pas d'élever au rang de l'ordre public international tous les principes de droit et les rendre systématiquement supérieurs aux règles de droit⁹⁴⁸. Le qualificatif « essentiel » employé par la Cour de cassation dans l'arrêt précité et repris dans plusieurs arrêts ultérieurs, ou encore celui « général », ont une signification spécifique. On pourrait qualifier ce genre de principes de droit de « principes fondamentaux du droit ». Prenons pour exemple un divorce intervenu à l'étranger. Si le juge français entend y opposer l'ordre public international, il ne soulèvera pas un « principe du droit français du divorce » mais

⁹⁴⁵ GA, p. 175.

⁹⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21740, précité.

⁹⁴⁷ « Le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ».

⁹⁴⁸ Sur la distinction entre principes et règles de droit, *supra*, n° 314 et s.

un principe transversal du droit de la famille qui sous-tend plusieurs de ses règles et principes et même en détermine l'architecture générale toute entière, comme par exemple le principe d'égalité des époux. C'est précisément parce que les principes fondamentaux sous-tendent plusieurs règles (d'une ou plusieurs branches) du droit qu'ils sont supérieurs à chacune de ces règles.

Dans le cas de la création d'une situation juridique, on remarquera que ces principes fondamentaux, ou essentiels, du droit du for ne correspondent à aucune catégorie de rattachement, vu la spécificité actuelle de celles-ci et la généralité de ceux-là. N'entrant pas dans les présupposés des règles de conflit, les principes essentiels y échappent. Dans le cas de la reconnaissance d'une situation juridique, ce raisonnement pourrait être appliqué par analogie dans l'hypothèse où la méthode conflictuelle serait utilisée pour déterminer les effets à y attribuer, c'est-à-dire les « effets futurs », ceux qui ne sont pas compris dans la situation elle-même⁹⁴⁹.

447. Les politiques législatives. Parfois on fait entrer « certaines politiques législatives » dans le domaine de l'ordre public international. On cite alors comme exemples français l'interdiction du divorce avant 1884, l'interdiction du divorce par consentement mutuel avant 1975 ou encore l'interdiction des mariages homosexuels avant 2013. Pourtant, certains représentants de la doctrine italienne, par exemple, qualifient de lois d'application nécessaire et non pas d'éléments d'ordre public l'interdiction des mariages homosexuels ainsi que les empêchements au mariage résultant des articles 85 à 89 du Code civil italien⁹⁵⁰. En effet, les lois qui possèdent une impérativité exceptionnelle en raison de l'importance, ou de l'intensité, de la politique qu'elles véhiculent sont qualifiées de lois de police, ce qui constitue un mécanisme différent de celui d'exception d'ordre public au sens du droit international privé⁹⁵¹.

Les lois de police pourraient, certes, être qualifiées de « lois d'ordre public » compte

⁹⁴⁹ *Supra*, n° 419 et s.

⁹⁵⁰ F. MOSCONI et C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I : *Parte generale e obbligazioni*, 5^e éd., UTET Giuridica, 2010, p. 265-266. — Sur le rôle des politiques législatives dans le mécanisme de lois d'application nécessaire, v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, 207.

⁹⁵¹ *Supra*, n° 274 et s.

tenu de leur objet⁹⁵², mais il faudrait se garder de la confusion entre l'expression de « lois d'ordre public » et la notion d'ordre public qui peut conduire au déclenchement de l'exception du même nom⁹⁵³. Même ceux qui affirment l'unité ou la proximité de *fonction* de l'exception d'ordre public d'un côté et de l'application des lois de police de l'autre, n'ignorent pas les différences de *méthode* entre les deux. Si ce sont les deux versants d'un même phénomène, très général et large, ce sont les deux versants opposés.

448. Il convient toutefois de s'interroger sur d'éventuels mécanismes analogues à l'exception d'ordre public, qui pourraient éventuellement sanctionner la non-application de lois de police du for lors de la création d'une situation juridique à l'étranger, en imitant en quelque sorte l'exception d'ordre public.

L'arrêt *Cornelissen* du 20 février 2007 a proscrit le contrôle dans l'instance indirecte de la loi appliquée par le juge étranger mais a réservé le contrôle de la fraude à la loi⁹⁵⁴. Le paradoxe n'est qu'apparent si l'on admet que l'expression « fraude à la loi » peut viser également la fraude au jugement, et que dans le domaine de la reconnaissance des situations juridiques cette condition s'entend au sens large, proche de celui de la fraude au jugement⁹⁵⁵.

Par ailleurs, une loi de police n'est jamais une loi applicable en vertu des règles de conflit de lois. Donc l'abandon du contrôle de la loi applicable en vertu des règles de conflit de lois françaises pourrait ne pas concerner le contrôle de l'application des lois de police. On pourrait alors concevoir, au stade de reconnaissance, l'opposition nécessaire et automatique d'une « exception de loi de police », chaque fois qu'une loi de police du for

⁹⁵² G. SPERDUTI, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *RCDIP* 1977, 257 ; du même auteur en langue italienne : « *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico* », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1976, 469.

⁹⁵³ M^{me} Petra HAMMJE parle de l'exception d'ordre public et des lois de police comme des « deux manifestations de l'ordre public » : P. HAMMJE, « Ordre public de rattachement », *TCFDIP* 2006-2008, p. 153, spéc. p. 153. — C'est par souci de clarté que l'on préfère réserver l'expression « ordre public » à la première des ces manifestations de l'impérativité en droit international privé et de la défense de l'ordre juridique du for, pour faire mieux ressortir la distinction entre les deux.

⁹⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14082, précité au n° 428 : « pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international du fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ; ...le juge de l'exequatur n'a donc pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française ».

⁹⁵⁵ *Supra*, n° 435.

ne serait pas appliquée par une autorité étrangère.

Pourtant, dans l'arrêt *Monster Cable* du 22 octobre 2008⁹⁵⁶ la Cour de cassation a déclaré les tribunaux français incompétents, en raison d'élection du juge californien par les parties au contrat litigieux, et ce en dépit de l'existence d'une loi de police française applicable en l'espèce⁹⁵⁷. Finalement, la justice californienne n'a pas appliqué la loi de police française⁹⁵⁸.

Il ne s'agissait pas, à proprement parler, d'apprécier la régularité internationale du jugement états-unien, qui n'était qu'éventuel à l'époque, la seule question litigieuse portant sur la clause d'élection du for. Mais on pourrait légitimement supposer qu'il ne devrait pas être donné effet à cette clause d'élection de for dans le cas où le jugement américain n'aurait pas de perspectives d'être reconnu en France⁹⁵⁹. Cela semblait signifier l'impossibilité de refuser la reconnaissance d'un jugement en raison de la non-application de la loi de police française par le juge étranger et invalider la thèse d'une « exception de lois de police » qui seraient applicable en instance indirecte.

Néanmoins, dans les affaires *enfants Adrien et Romain, enfant Émilie* et *Enfant Cylvian*, précitées, ce qui a permis à la Cour de cassation de refuser la reconnaissance en France des filiations établies à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, ce n'était pas tant la fraude à la loi ou l'ordre public international, que l'application immédiate des articles 16-7 et 16-9 du Code civil en tant que loi de police.

⁹⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, n° 07-15823 [*Bull.*, n° 233 ; *D.* 2008, 2790, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2009, 200, n. F. JAULT-SESEKE, 684, obs. A. HUET et 2385, obs. S. BOLLÉE ; *JCP G* 2008.II.10187, n. L. D'AVOUT ; *JDI* 2009, comm. 11 (p. 599) n. M.-N. JOBARD-BACHELLIER et F.-X. TRAIN ; *RCDIP* 2009, 1, n. D. BUREAU et H. MUIR WATT].

⁹⁵⁷ Il s'agissait de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, sur la rupture brutale d'un contrat de distribution : la société américaine *Monster Cable* avait rompu le contrat avec un préavis de 30 jours, conformément au contrat, même si son distributeur français AMS la soupçonnait déjà de vendre directement aux clients de celle-ci, malgré la clause de non-concurrence.

⁹⁵⁸ Le juge états-unien (Tribunal fédéral pour le district nord de Californie, 20 février 2013) n'a même pas appliqué le droit des contrats et a débouté la société AMS pour des raisons de procédure, car la société AMS avait introduit l'instance en Californie en septembre 2012, soit 16 mois après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi rendu en mai 2011 : *Audio Marketing Services SAS v. Monster Cable Products Inc.* [2013] N.D. Cal., n° C 12-04760 WHA.

⁹⁵⁹ On pourrait faire une certaine parallèle avec les conditions de droit commun du dessaisissement du juge français en cas de litispendance internationale, parmi lesquelles figure le pronostic positif concernant une possible reconnaissance en France du jugement à rendre à l'étranger : Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1974, *S^{té} Miniera di Fragne*, n° 73-13820 [*Bull.*, n° 312 ; *GA*, n°54 ; *JDI* 1975, 108, n. A. PONSARD ; *RCDIP* 1975, 491, n. D. HOLLEAUX]. — Ce raisonnement serait valable *a fortiori* pour un cas de figure comme celui dans l'affaire *Monster Cable*.

449. Quand bien même l'idée d'exception de loi de police serait admise, elle ne saurait être confondue avec l'exception d'ordre public international. Si une loi matérielle du for est tellement cruciale à la sauvegarde de l'organisation sociale, politique ou économique du pays, elle pourrait peut-être s'appliquer directement à la situation juridique étrangère lors de son accueil dans le for, mais il faudrait alors assumer l'usage de cette méthode de droit international privé, au lieu de détourner l'exception d'ordre public.

B/ L'intensité de l'ordre public international

450. Qu'il s'agisse d'application d'une loi étrangère lors de la création d'une situation juridique ou qu'il soit question de reconnaissance d'une situation juridique, le juge du for pose une norme individuelle qui s'intègre dans l'ordre juridique du for⁹⁶⁰. C'est cette norme individuelle contenue dans le jugement du for, notamment celui qui opère la reconnaissance d'une situation juridique, qui doit être conforme à l'ordre public international du for. En ce sens, on peut lire dans la doctrine italienne que « si l'ordre public empêche des normes étrangères de produire des effets contrastant avec les principes essentiels du droit du for, une telle exception a une raison d'intervenir seulement quand ces principes peuvent être violés concrètement. Cela ne peut pas se faire en vertu de la norme étrangère que le juge est appelé à appliquer, considérée en soi, laquelle demeure étrangère : n'ayant pas fait l'objet d'une réception elle ne peut pas porter préjudice aux exigences fondamentales de l'ordre juridique interne traduites par le concept de l'ordre public. *En revanche, ces exigences peuvent être violées par une disposition interne, émanant du juge national, qui accueille une demande incompatible avec l'ordre public à la lumière de la norme étrangère à appliquer* »⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Sur l'efficacité substantielle des jugements, v. *supra*, n° 103 et s.

⁹⁶¹ L. FUMAGALLI, « Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico » in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. XVII-XVIII, Giuffrè, 1985, p. 593, spéc. p. 616 (souligné par nous, c'est nous qui traduisons) : « *Se l'ordine pubblico impedisce che norme straniere producano effetti contrastanti con i principi fondamentali del foro, tale limite ha ragione di intervenire solo quando tali principi possano venire lesi concretamente. Ciò non può essere in verte della norma straniera in sé considerata, che il giudice è chiamato ad applicare, la quale è e rimane straniera: non venendo recepita, non può ledere le fondamentali esigenze dell'ordinamento interno riassunte nel concetto dell'ordine pubblico. Tali esigenze possono invece essere lese dal provvedimento interno, emanato dal giudice nazionale, che*

Dans cette perspective, c'est le jugement à rendre qui doit faire l'objet du contrôle de conformité à l'ordre public et non la situation juridique dont la reconnaissance est demandée. Cette idée est clairement aperçue lorsque l'on dit que c'est l'*application* des normes étrangères qui fait l'objet du contrôle à l'aune d'ordre public international.

451. L'effet atténué de l'ordre public. L'« effet atténué » de l'ordre public au sens du droit international privé a été observé déjà dans l'arrêt *Bulkley* du 28 février 1860 qui a reconnu un divorce prononcé à l'étranger alors que l'ordre public se serait opposé à son prononcé en France⁹⁶². Cette doctrine a été précisée dans l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953, concernant la reconnaissance d'un divorce par consentement mutuel à l'époque où il était considéré comme contraire à l'ordre public international⁹⁶³.

Dans ce cas de figure, il serait plus exact de parler de l'absence totale d'effet, plutôt que d'un effet atténué de l'ordre public⁹⁶⁴. Selon la formule de l'arrêt *Rivière*, « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger ». L'idée pourrait être rapprochée avec la théorie des droits acquis et avec la distinction de la création des droits dans le for et de la reconnaissance des droits créés à l'étranger⁹⁶⁵.

MM. Mayer et Heuzé soulignent qu'« il suffit pour que l'ordre public joue, que les effets soient réclamés en France ; peu importe que le rapport soit né en France ou à l'étranger. Seuls les effets qui se seraient déjà produits à l'étranger, antérieurement à la saisine du juge, bénéficieraient de l'« effet atténué » »⁹⁶⁶. Au résultat similaire conduirait la proposition de M. Fumagalli, précitée, de ne considérer que la demande en justice formulée par une partie au procès. D'autres observations méritent d'être faites au sujet de cet « effet atténué ».

Il est communément admis que tout système normatif étatique contient en puissance

accolga una pretesa di parte incompatibile con l'ordine pubblico, alla luce della norma straniera da applicare ».

⁹⁶² Cass civ, 28 février 1860, *Bulkley* [GA, n° 4 ; DP 1860.I.57 ; S. 1860.I.210, concl. DUPIN].

⁹⁶³ Cass. civ., 17 avril 1953, *Rivière* [GA, n° 26 ; JCP 1953.II.7863, n. E. BUCHET ; JDI 1953, 860, n. M. PLAISANT ; RCDIP 1953, 412, n. H. BATIFFOL].

⁹⁶⁴ En ce sens, MAYER & HEUZÉ, p. 157 (n° 213).

⁹⁶⁵ J.-P. NIBOYET, *Traité du droit international privé français*, t. III, Librairie du Recueil Sirey, 1944, p. 284 (n° 936).

⁹⁶⁶ MAYER & HEUZÉ, p. 157 (n° 214).

la solution à n'importe quel problème de droit et peut donc régir n'importe quelle situation juridique. Pourtant ce serait une erreur de dire qu'il régit effectivement toutes les situations juridiques qui existent dans le monde. Si l'ordre public international peut s'opposer à la consécration dans le for d'une situation juridique individuelle pour contrariété à l'ordre public, la situation juridique en question ne cessera pas d'exister à l'étranger. Ne pas accueillir dans le for une situation juridique étrangère, c'est-à-dire concrètement lui refuser un effet demandé, n'enlève pas à cette situation le caractère de réalité juridique dont elle jouit à l'étranger.

Cette idée peut être illustrée par le régime de l'efficacité en France des mariages polygamiques, aujourd'hui un domaine de choix pour « l'effet atténué de l'ordre public ». Il est de jurisprudence constante qu'une épouse du polygame puisse bénéficier de ce statut en France⁹⁶⁷, à condition que le mariage soit célébré valablement à l'étranger et que son invocation en France *dans les circonstances précises de l'espèce* ne soit pas contraire à l'ordre public international français⁹⁶⁸. Pourtant certains effets d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger sont systématiquement refusés par les tribunaux français. Ainsi, par exemple, il a été refusé à la seconde épouse de s'imposer au domicile conjugal⁹⁶⁹ et de réclamer des prestations sociales en France⁹⁷⁰, sauf si la première épouse était repartie définitivement à l'étranger⁹⁷¹.

On constate que les juges reconnaissent en France le statut d'épouse pour une femme d'un polygame, mais n'admettent pas que deux ou plusieurs femmes d'un mari soient considérées comme telles par l'ordre juridique français simultanément. Le fait qu'à l'étranger, où ce mariage polygamique a été célébré et existe valablement, il y ait plusieurs

⁹⁶⁷ La demande d'aliments : Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 1958, *Chemouni* [D. 1958, 265, n. H. LENOAN ; JCP 1958.II.10488, n. P. LOUIS-LUCAS ; JDI 1958, 776, n. A. PONSARD ; RCDIP 1958, 110, n. R. JAMBU-MERLIN] ; — Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963 [Bull., n° 108 ; JDI 1963, 986, n. A. PONSARD ; RCDIP 1963, 559, n. G. HOLLEAUX]. — La liquidation de la succession : Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Beneddouche*, n° 78-13762 [Bull., n° 4 ; JDI 1980, 327, n. M. SIMON-DEPITRE ; RCDIP 1980, 331, n. H. BATIFFOL]. — ADDE, CA Paris, 8 novembre 1983 [JDI 1984, 881, n. M. SIMON-DEPITRE ; RCDIP 1984, 476, n. Y. LEQUETTE]. — La liquidation du régime matrimonial : CA Alger, 9 février 1910 [RCDIP 1913, 103].

⁹⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1982, *Baaziz*, n° 80-17113 [Bull., n° 76 ; JDI 1983, 606, n. Ph. KAHN ; RCDIP 1983, 275, n. Y. LEQUETTE].

⁹⁶⁹ TGI Versailles, 31 mars 1965 [JCP 1965.IV.96].

⁹⁷⁰ Cass. soc., 1^{er} mars 1973, n° 71-14497 [Bull., n° 95 ; RCDIP 1975, 54, 2^e esp., n. P. GRAULICH, JDI 1974, 834, n. G. DE LA PRADELLE].

⁹⁷¹ Cass. soc., 8 mars 1990, n° 84-15703 [Bull., n° 114 ; RCDIP 1991, 694, n. J. DÉPREZ].

femmes d'un seul et même mari est indifférent pour l'ordre juridique français, qui ne prétend pas régir cette situation étrangère. En revanche, il n'est pas question de consacrer une situation de polygamie en France. L'essentiel c'est qu'il n'y ait, à un moment donné, plus d'une seule femme d'un mari qui aurait ce statut au regard de l'ordre juridique français. La « localisation géographique » du mariage est alors indifférente, le seul fait important étant que le jugement sera rendu, et son effet existera, dans l'ordre juridique français.

Parfois on peut recourir au partage des droits de l'épouse entre plusieurs femmes d'un mari polygame (par exemple les droits successoraux)⁹⁷². Mais ce ne serait pas possible dans les cas où les droits et devoirs de l'épouse ne pourraient pas être répartis entre plusieurs personnes (droits et devoirs des époux au sens strict, par exemple).

452. L'ordre public de proximité et d'éloignement. La Cour de cassation française a conditionné à plusieurs reprises la contrariété à l'ordre public international à l'existence d'un lien de la situation litigieuse avec la France, à savoir la nationalité ou le domicile d'une partie. Par exemple, elle a jugé que « la loi interne espagnole, qui était désignée en l'espèce par la règle de conflit espagnole, était prohibitive du divorce, il en résultait que cette loi était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, *pour un Français domicilié en France*, de demander le divorce »⁹⁷³. Dans une autre affaire, elle dit que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant *français ou résidant habituellement en France*, du droit d'établir sa filiation »⁹⁷⁴. En revanche, une « loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant *de nationalité française ou résidant habituellement en France* du droit d'établir sa filiation »⁹⁷⁵. Plus récemment, elle déclare contraire à

⁹⁷² Arrêt *Beneddouché*, précité.

⁹⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981, *de Iturralde de Pedro*, n° 79-13959 [*Bull.*, n° 117 ; *JDI* 1981, 812, n. D. ALEXANDRE], souligné par nous.

⁹⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993, *Paretti*, n° 89-21997 [*Bull.* n° 64 ; *D.* 1994, 66, n. J. MASSIP ; *JDI* 1994, 124, 1^{re} esp., n. I. BARRIÈRE-BROUSSE ; *RCDIP* 1993, 620, n. J. FOYER], souligné par nous.

⁹⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *Enfant Léana-Myriam*, n° 05-10299 [*Bull.* n° 226 ; *D.* 2006, 2890, n. G. KESSLER et G. SALAMÉ ; *JCP* 2006.II.10165, n. T. AZZI], souligné par nous.

l'ordre public international français « la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »⁹⁷⁶.

Certains voient l'idée d'« ordre public d'éloignement » dans le troisième arrêt ci-dessus et celle d'« ordre public de proximité » dans les autres. On dit parfois que les juges ont rendu ces décisions en fonction d'*Inlandsbeziehung* (lien caractérisé avec le for)⁹⁷⁷. Mais selon une opinion exprimée dans la doctrine à propos des trois premiers arrêts ci-dessus, « le mécanisme qui est ainsi mis en jeu est profondément différent de la classique exception d'ordre public international [...] On peut songer à un mécanisme proche de celui des lois d'application nécessaire »⁹⁷⁸.

Dans un ordre d'idées différent, on pourrait soutenir que la jurisprudence précitée pose des règles de conflit de lois unilatérales qui soient subsidiaires, spéciales par rapport à la règle générale, laquelle est bilatérale, afin de « corriger » la règle de conflit dont le rattachement serait jugé inapproprié pour certains cas de figure particuliers.

Selon certains représentants de la doctrine, il s'agirait d'un « ordre public de rattachement », qui servirait de règle de conflit subsidiaire en cas d'inadéquation de la règle de conflit normalement prévue ; la catégorie serait déterminée par le caractère internationalement impératif de la *lex fori* et le rattachement par l'*Inlandsbeziehung*⁹⁷⁹. À la différence d'une loi de police, ce ne serait « pas une disposition impérative spécifique du for qui revendique son application, mais la compétence générale du for qui s'impose pour assurer le respect de ses impératifs »⁹⁸⁰. L'auteure distingue néanmoins ce mécanisme de l'exception d'ordre public : ce serait « une voie médiane entre l'exception d'ordre public et

⁹⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059 [*Bull.* ; *AJ fam.* 2015, 71, obs. B. HAFTEL, 172, obs. A. BOICHÉ ; *D.* 2015, 464, obs. I. GALLMEISTER et n. H. FULCHIRON, 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, 1408, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2015/3, comm. 63 (p. 66) n. A. DEVERS et M. FARGE ; *JDI* 2015, comm. 6 (p. 597) n. J. GUILLAUMÉ et S. GODECHOT-PATRIS, comm. 7 (p. 613) n. T. VIGNAL et comm. 8 (p. 622) n. B. MATHIEU ; *LPA* 27 février 2015 (n° 42) p. 6, n. V. LEGRAND ; *RCDIP* 2015, 400, notes D. BODEN, S. BOLLÉE, B. HAFTEL, P. HAMMJE, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES ; *RTD civ.* 2015, 91, obs. P. PUIG, 343, obs. L. USUNIER, 359, obs. J. HAUSER], souligné par nous.

⁹⁷⁷ BATIFFOL & LAGARDE, p. 579-580 (n° 360).

⁹⁷⁸ MAYER & HEUZÉ, p. 158 (n° 216).

⁹⁷⁹ P. HAMMJE, « Ordre public de rattachement », précité, p. 156 et s.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 154.

les lois de police »⁹⁸¹.

Quelle que soit l'interprétation à donner à cette jurisprudence, on n'y retrouve pas la méthode classique de l'exception d'ordre public, et au lieu de dire que celle-ci est transformée par la jurisprudence au point que l'on a du mal à la reconnaître, on pourrait considérer qu'il s'agit simplement d'un tout autre phénomène.

Depuis quelques années, certains représentants de la doctrine française commencent à critiquer le concept de l'ordre public de proximité⁹⁸². Dans un arrêt du 26 octobre 2011, la Cour de cassation semblait s'engager dans la voie de l'abandon de ce concept, quoique implicitement⁹⁸³.

453. Les clauses spéciales d'ordre public. Le droit comparé contient plusieurs exemples de « clauses spéciales d'ordre public ». Dans certains cas, il s'agirait plutôt d'un rattachement subsidiaire, comme c'est le cas de l'article 13 §2 de la Loi introductive au Code civil allemand, sur la loi applicable aux conditions requises pour ce mariage⁹⁸⁴, ou encore celui de l'article 17 §1^{er} de la même loi, concernant le divorce⁹⁸⁵. Dans ces exemples on ne voit qu'une seule différence de principe par rapport aux règles de conflit à rattachements multiples devenues déjà habituelles : c'est le fait que, en ce qui concerne le rattachement subsidiaire, la règle de conflit devient ici unilatérale. Et on est très loin de la méthode classique de l'exception d'ordre public.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² Pour une critique sociologique et méthodologique, v. L. GANNAGÉ, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 357 (2011) p. 222 et s., spéc. p. 352-357 ; pour une critique nuancée d'un point de vue des prémisses méthodologiques, v. D. BODEN, *L'ordre public : Limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002, n° 684 et s.

⁹⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n° 09-71369 [*Bull.*, n° 182 ; *JDI* 2012, comm. 4 (p. 176) par J. GUILLAUMÉ]. — Sur cet arrêt et la tendance en général, D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité? », *JDI* 2012, doct. 10 (p. 887).

⁹⁸⁴ L'art. 13 EGBGB dispose à son paragraphe premier que les conditions de mariage sont régies, pour chacune des parties, par la loi de l'État dont elles ont la nationalité (rattachement cumulatif). Et dans son second paragraphe il est écrit que si la ou les lois en question ne permettent pas le mariage, la loi allemande sera applicable, mais à trois conditions (les conditions de déclenchement de ce rattachement subsidiaire) dont celle de l'*Inlandsbeziehung* exprimée par l'exigence de la résidence habituelle en Allemagne ou de la nationalité allemande d'au moins l'une des parties.

⁹⁸⁵ « Le divorce est régi par la loi régissant les effets du mariage au moment de l'introduction de la demande en divorce. Si le divorce ne peut pas être prononcé selon cette loi, il sera régi par la loi allemande, à condition que l'époux qui demande le divorce a la nationalité allemande ou l'avait au moment du mariage » (traduction libre). Ici encore on voit un rattachement alternatif qui se déclenche à condition que le demandeur en divorce a ou avait au moment du mariage la nationalité allemande.

Dans d'autres cas, la clause spéciale d'ordre public déterminerait une limite « quantitative » de l'application d'une loi étrangère sans conduire nécessairement à son éviction, comme c'est le cas de la règle de l'article 135 §2 de la Loi sur le droit international privé suisse qui dispose que « si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse »⁹⁸⁶. Une règle de ce type se rapproche davantage du mécanisme normal d'exception d'ordre public : la loi étrangère normalement applicable ne le sera pas en ce qui concerne le *quantum* de la condamnation si celui-ci dépassait la limite maximale reconnue par le droit suisse. Pourtant, il s'agit ici de la contrariété à la loi substantielle suisse, ce qui n'est pas à proprement parler le mécanisme normal d'exception d'ordre public.

Dans le Code civil français, on trouve un article 370-3, aux termes duquel « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». Dans cet article on peut facilement distinguer deux règles de conflit : 1) l'adoptabilité d'un mineur étranger est régie par sa loi nationale, et 2) l'adoptabilité d'un mineur étranger résidant habituellement en France est régie par la loi française. On voit ici un rattachement bilatéral principal et un rattachement unilatéral subsidiaire. Le second intervient si le premier ne permet pas d'atteindre l'objectif de cette norme complexe « à coloration matérielle ». Ce qui rapproche cette règle de conflit du droit français des règles du droit allemand que l'on a l'habitude de considérer comme des « clauses spéciales d'ordre public ».

La loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, a introduit dans le Code civil un article 202-1, qui dispose ce qui suit : « [Alinéa 1^{er}] Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle [...] [Alinéa 2] Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a

⁹⁸⁶ Dans le même sens, l'art. 137, § 2 de la même loi : « Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour une entrave à la concurrence en vertu du droit suisse » (traduction libre).

son domicile ou sa résidence le permet »⁹⁸⁷. Le deuxième alinéa se présente comme une exception au premier se rapprochant le plus de la notion de clause spéciale d'ordre public. Aussi l'arrêt du 28 janvier 2015, précité, qualifie-t-il cette disposition d'ordre public.

Mais là encore, cette disposition peut être interprétée comme étant une règle de conflit à coloration matérielle avec un rattachement principal et un rattachement subsidiaire, qui est applicable dès lors que le rattachement principal ne permet pas d'atteindre l'objectif matériel poursuivi, ici la possibilité et la validité du mariage homosexuel.

454. Les liens de proximité, l'ordre public et les lois de police. L'idée d'intensité variable de l'ordre public basée sur l'étroitesse des liens de la situation juridique avec le for mérite quelques observations complémentaires et générales, notamment concernant l'idée d'ordre public d'éloignement. L'idée, défendue plus haut, selon laquelle la norme contenue dans la décision du juge doit en toutes circonstances être conforme à son ordre public international, serait de nature à remettre en cause la possibilité de ne pas déclencher l'exception d'ordre public dans certains cas, car la décision du juge aura un lien assez fort avec son ordre juridique : la norme ainsi posée en fera partie. D'ailleurs, si la compétence du juge français est, par définition, établie en vertu d'une règle de compétence internationale, ce ne pourrait être qu'en considération d'un lien assez étroit du litige avec le for, sauf le cas du *forum necessitatis*.

En revanche, si l'on admet, comme nous l'avons fait plus haut, que dans certains cas d'application de l'ordre public international ce sont en réalité des lois de police qui sont mises en œuvre, on pourra affirmer que le lien avec le for et une certaine intensité de ce lien sont en effet une condition nécessaire de leur application : si les intérêts publics liés notamment à l'organisation sociale, économique et politique du for ne sont pas en jeu, la loi de police n'a pas de raisons de s'appliquer et plus les intérêts publics impérieux sont concernés, plus l'application de la loi de police devient nécessaire⁹⁸⁸.

⁹⁸⁷ La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

⁹⁸⁸ En ce sens, v. la rédaction de l'art. 9 du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008, dit Rome I, qui dispose qu'une loi de police est une « disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de *ses intérêts publics...* » (souligné par nous). — Sur les critères d'application des lois de police protectrices de la partie faible, v. not. A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *RCDIP* 1999, 31.

455. La conception de l'ordre public international proposée ici n'est qu'une esquisse de théorie *de lege ferenda* qui ne prétend pas à l'exclusivité. Plusieurs auteurs éminents ont développé leurs propres théories d'un grand raffinement, et la jurisprudence ne suit pas toujours l'une d'elles, ce qui alimente régulièrement le débat doctrinal autour de l'ordre public international. Cette remarque concerne le droit français comme le droit comparé⁹⁸⁹.

456. Il découle de ce qui précède que l'absence de fraude et la non-contrariété à l'ordre public international constituent les deux conditions auxquelles devrait être soumise la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger.

L'appréciation de l'absence de fraude se trouve inséparable du contrôle de la proximité effective de la situation juridique avec l'ordre juridique d'origine, de sorte que l'absence de l'une signifie la présence de l'autre. La proximité effective se présente comme un lien réel de la situation avec un ordre juridique, caractérisé par l'effectivité, par la production d'effets de la situation dans cet ordre juridique, ce qui correspond, en quelque sorte, à la condition de compétence indirecte du juge étranger dans la méthode de la reconnaissance des jugements étrangers.

La fraude à la loi dans le domaine de la circulation internationale des situations juridiques doit être comprise dans un sens large, proche de celui de la fraude au jugement, comme les manœuvres quelconques visant à évincer le point de vue concret et global de l'ordre juridique requis pris en bloc. Il s'agit de tous les cas de création à l'étranger d'une situation juridique dans le seul but de la faire valoir dans le for, alors que sa constitution n'y aurait pas été possible. Cette conception large de la fraude à la loi a le mérite, notamment, de ne pas s'arrêter aux seules hypothèses de manipulation de critère ou de catégorie de rattachement et d'englober toutes sortes de manœuvres frauduleuses.

Quant à l'ordre public international, deux conclusions fondamentales s'imposent.

⁹⁸⁹ Pour un exemple de droit comparé, v. l'analyse que fait M^{me} Nerina Boschiero du droit italien, soulignant une « frontière incertaine » entre l'exception d'ordre public et les normes d'application nécessaire dans la jurisprudence : « Ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria » in P. PREITE et A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (dir.), *Atti notarili : Diritto comunitario ed internazionale*, t. I : *Diritto internazionale privato*, UTET Giuridica, 2011, p. 137 et s.

D'abord, l'ordre public international du for est constitué de principes essentiels de son droit. Ces principes sont fondamentaux dans la mesure où plusieurs règles et institutions juridiques s'articulent autour d'eux. Ensuite, puisque tout jugement, dont celui qui opère la reconnaissance d'une situation juridique étrangère, insère dans l'ordonnement juridique du for une norme individuelle, cette norme ne saurait en aucun cas être contraire à l'ordre public international du for.

Cette conception de l'ordre public international et de son intervention dans un litige donné, conduirait à préciser la l'idée d'« effet atténué de l'ordre public », à reconsidérer la nature des « clauses spéciales d'ordre public » et à remettre en question la théorie d'« ordre public de proximité et d'éloignement ». Toutefois, ce dernier concept pourrait être rapproché davantage des lois de police, pour lesquelles l'appréciation de l'étroitesse des liens de la situation avec l'ordre juridique semble être une condition de leur mise en œuvre.

457. Par ailleurs, la cristallisation ou la reconnaissance d'une situation juridique dans le for pourraient faire obstacle à la reconnaissance de sa modification ou de son annulation prononcées ultérieurement par une autorité étrangère⁹⁹⁰. Il s'agit de transposition au cas des situations juridiques du concept d'inconciliabilité d'une décision étrangère avec une décision préalablement rendue ou reconnue dans le for. La question a été soulevée par M. Lagarde dans un article publié alors que la présente Thèse était déjà achevée, mais le concept d'inconciliabilité des situations se trouve renforcé par l'admission de l'efficacité substantielle des situations juridiques à côté de l'efficacité substantielle des décisions⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ P. LAGARDE, « Sur la vulnérabilité des situations juridiques » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 441 et s., spéc. p. 449 et s. — L'auteur cite un arrêt récent de la Cour de cassation qui semble s'engager sur cette voie : Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier 2014, n° 12-28953 [*Bull.*, n° 14].

⁹⁹¹ *Supra*, n° 393 et s.

CIRCULATION HORIZONTALE

CONCLUSION DU TITRE II

458. La réflexion sur la reconnaissance des situations juridiques a démontré que celle-ci entretient des liens étroits aussi bien avec le conflit de lois, qu'avec le conflit d'autorités et le conflit de juridictions. Pourtant la méthode de reconnaissance unilatérale des situations ne peut qu'occuper une place à part, ne s'inscrivant dans aucune des méthodes existantes. Cette différence de méthodes s'explique par une diversité d'hypothèses, car dans celle qui nous intéresse ici, il ne s'agit pas de créer une réalité juridique *ex nihilo*, ni de reconnaître simplement une décision ou un acte public étranger, mais bien de reconnaître une situation juridique effectivement créée à l'étranger. La distinction de cette nouvelle méthode des méthodes existantes se résume, pour l'essentiel, en deux points.

En premier lieu, nous avons établi que la circulation des situations juridiques s'opère nécessairement sur fond du conflit de lois au sens de conflit de systèmes, mais que la règle de choix (ou de désignation) de la loi applicable, communément appelée « règle de conflit de lois » n'est pas le seul instrument pouvant servir à résoudre un conflit de lois au sens indiqué ci-dessus ; la méthode de la reconnaissance des situations sans recours à la règle de conflit ne se heurte à aucun obstacle théorique insurmontable. Néanmoins, le choix de ne pas vérifier la loi appliquée lors de la réception dans le for d'une situation juridique étrangère n'exclut pas l'éventualité de sa recherche lors d'un contrôle de la validité de celle-ci. Or, on devrait rechercher non pas la *loi applicable* mais la *loi appliquée*, chaque fois où celle-ci peut être établie d'une manière certaine.

En deuxième lieu, la circulation internationale des situations juridiques dépasse le cadre du conflit d'autorités. Il peut s'agir de la reconnaissance des situations juridiques alors même que l'intervention d'une autorité publique dans sa création ait été très modeste, voire inexistante. Cela s'explique par la distinction entre normes individuelles et situations juridiques et par l'admission de l'efficacité substantielle de celles-ci, qui provient de la norme générale. En effet, la modification de la situation substantielle des parties et de l'ordonnancement juridique résulte de la concrétisation de la règle de droit, qui peut s'effectuer par d'autres moyens que l'édiction d'une norme individuelle. Ce raisonnement a conduit à la conclusion que toute situation juridique objectivée par l'intervention de l'autorité publique à quelque titre que ce soit, ou par l'accomplissement par les parties

d'actes juridiques dans le cadre de cette situation, ou plus généralement par la production de ses effets — est susceptible de circulation internationale en ce que son existence et son caractère de réalité juridique sont ainsi constatables et que sa reconnaissance n'achoppe sur aucun obstacle théorique majeur.

Une attention particulière a été consacrée aux aspects concrets de mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques. L'étude a débouché sur deux séries de conclusions.

D'abord, la question des effets dans le for des situations juridiques constituées à l'étranger dépend de la conception de la structure de celles-ci. À la définition de la situation juridique élaborée dans la Première Partie, il est nécessaire d'ajouter une distinction entre, d'une part, les « effets » propres de la situation juridique, c'est-à-dire les phénomènes de réalisation du droit qui en font partie intégrante et représentent l'essentiel de son contenu, et d'autre part, les effets juridiques des normes qui ont cette situation pour présupposé. Les premiers sont à déterminer selon la loi appliquée à la constitution de la situation juridique, conformément à la méthode de reconnaissance. Les seconds relèvent de la loi applicable (et en font partie), cette dernière étant à rechercher selon les méthodes classiques du conflit de lois.

Ensuite, les conditions d'accueil d'une situation juridique dans le for sont en grande partie calquées sur celles d'accueil des jugements. Plus précisément, elles doivent être au nombre de deux : l'absence de fraude et la non-contrariété à l'ordre public au sens du droit international privé. La première condition est remplie uniquement dans les cas où il existe une proximité effective entre la situation juridique et l'ordre juridique de sa constitution, de sorte que le contrôle de fraude et celui de proximité sont en fait inséparables. La condition de non-contrariété à l'ordre public au sens du droit international privé devrait, quant à elle, être distinguée plus rigoureusement de la méthode de lois de police, ce qui n'est pas toujours le cas.

*Il n'y a rien de plus pratique
qu'une bonne théorie.*

(Kurt LEWIN, psychologue,
1^{re} moitié du XX^e siècle)

CONCLUSION GÉNÉRALE

459. La recherche entreprise démontre qu'il est tout à fait possible de concevoir une véritable circulation internationale des situations juridiques, c'est-à-dire la possibilité d'invoquer dans le for une situation juridique étrangère telle quelle. Cela signifie deux choses.

D'abord, il ne s'agit pas, dans cette hypothèse, de constituer dans le for une nouvelle situation juridique correspondant à la situation étrangère, mais de reconnaître celle qui existe déjà à l'étranger. Dire d'une situation juridique qu'elle existe déjà, qu'elle a été effectivement constituée, équivaut à dire qu'une loi a déjà été appliquée aux faits. Par conséquent, la question de choix de la loi applicable à sa création ne se pose pas et la règle de conflit de lois est inutile.

Ensuite, les effets d'une situation juridique qui ne sont pas subordonnés à la survenance de nouveaux faits ni à l'accomplissement de nouveaux actes juridiques sont des éléments composant la situation juridique, n'en sont pas séparables et relèvent donc de la même loi déjà appliquée à l'étranger. En revanche, les « effets » seulement potentiels, ceux qui résulteront d'un certain fait ou acte juridique en considération de cette situation juridique, n'en font pas partie et sont des effets de la loi applicable qui a une telle situation pour présumé.

La condition élémentaire, et la limite essentielle à, la circulation internationale des situations juridiques réside dans la distinction entre normativité et réalité juridique, entre situation juridique qui s'est déjà manifestée dans le monde objectif et la norme, générale ou individuelle, qui vise à l'engendrer, à la modifier ou à l'éteindre.

460. Concernant la méthode de réception dans le for des situations juridiques étrangères, nous avons vu que la méthode actuellement appliquée en France aux jugements et aux actes publics décisionnels étrangers pourrait être appliquée aux situations juridiques moyennant quelques ajustements. La présente étude nous a conduit à reconsidérer le rôle de certains facteurs habituellement considérés comme vecteurs de la circulation internationale des situations juridiques.

En premier lieu, le caractère, volitif ou réceptif, de l'intervention d'une autorité publique étrangère dans la création d'une situation juridique ne saurait avoir d'incidence sur sa reconnaissance dans le for, eu égard au processus de création d'une situation juridique et notamment l'objet de l'intervention spécifique de l'organe étatique qui y participe.

En deuxième lieu, l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme ou du droit primaire de l'Union européenne ne peut pas être suffisante pour assurer cette circulation et ne peut pas l'imposer inconditionnellement. D'une part, les droits de l'Homme et les libertés fondamentales de l'UE (qui sont non pas des règles de droit mais des principes de droit) posent une directive de reconnaissance mais prévoient également la possibilité de refus de reconnaissance. D'autre part, ils déterminent un cadre général, tout en laissant au droit international privé le soin de procéder concrètement à la réception ou au rejet d'une situation juridique étrangère, à l'intérieur de ce cadre.

Néanmoins, ces systèmes juridiques supranationaux commandent de recourir à la méthode de reconnaissance, même s'ils n'imposent pas nécessairement le résultat positif de l'application de celle-ci.

461. Il semble possible de trouver certaines manifestations de cette nouvelle méthode en droit international privé comparé, comme par exemple dans la loi néerlandaise sur le droit international privé, du 19 mai 2011, qui dispose dans son article 9 que

« lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique ».

Pour des raisons principalement linguistiques, nous ne sommes pas en mesure de faire une analyse de cette disposition, notamment à travers son interprétation jurisprudentielle, mais

elle pourrait s'inscrire dans la méthode de la reconnaissance des situations juridiques.

On peut légitimement s'attendre à ce que cette méthode se développe davantage et trouve une consécration explicite en droit positif, notamment français. Or implicitement l'idée est déjà présente, car plusieurs méthodes de droit international privé visent la circulation internationale des situations juridiques.

462. La reconnaissance directe des situations juridiques, sans médiation d'un jugement ou d'un acte public décisionnel, déplace la frontière entre l'instance directe et l'instance indirecte et entraîne un véritable bouleversement du paradigme du droit international privé. La présente étude n'est qu'une modeste contribution, qui n'est ni la première ni la dernière, à ce travail de renouvellement de la méthodologie du droit international privé.

463. L'étude du droit positif et de la jurisprudence, appuyée par une analyse théorique, nous a amené à des conclusions parfois inattendues. Ce travail a abouti à proposer quelques éléments pouvant clarifier le mécanisme de la circulation internationale des situations juridiques et mieux définir la méthode de leur accueil dans le for. Cependant, non seulement ces conclusions apportent des réponses possibles, mais elles suggèrent également de nouvelles interrogations, de nouvelles pistes de réflexion. Or l'on ne sait pas où ses pistes pourraient conduire.

D'abord, la présente recherche méthodologique, opérée à partir de cas plutôt évidents qui se trouvent au centre du débat doctrinal actuel autour de la méthode de la reconnaissance, mériterait d'être complétée par la vérification de l'applicabilité de cette méthode aux cas plus problématiques, par exemple celui des sûretés réelles mobilières⁹⁹².

Ensuite, on pourrait se demander si le raisonnement développé à propos des situations juridiques statiques ne peut pas être appliqué à des situations juridiques dynamiques, dont les contrats, moyennant quelques ajustements le cas échéant.

En outre, la reconsidération du rôle des facteurs publics dans la création et dans la circulation des situations juridiques, soulève la question d'une éventuelle extension de

⁹⁹² L'interrogation soulevée par M. Jürgen Basedow : J. BASEDOW, « La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés) » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 221. — L'auteur y répond par la négative pour les sûretés réelles mobilières non enregistrées.

cette méthode à d'autres branches du droit, comme le droit fiscal ou le droit pénal notamment, concernant les peines d'interdiction d'exercice d'une certaine activité ou de déchéance de certains droits civils.

Enfin, certains points de l'étude évoquent des questions fondamentales de la théorie générale du droit, par exemple celle du pluralisme juridique mondial ou encore celle des rapports entre le fait et le droit.

464. La conception de la circulation internationale des situations juridiques proposée ici et les contours concrets de la méthode de leur reconnaissance, esquissés en s'appuyant sur cette conception, ont pour objectif principal de contribuer à la réflexion doctrinale qui vise, avant tout, à proposer aux tribunaux un outil relativement simple et efficace pour la solution de certains problèmes de droit international privé.

La relative simplicité de la méthode de la reconnaissance semble particulièrement bien venue à l'époque où les rapports sociaux se complexifient à une vitesse encore plus importante que celle de la complexification du droit positif appelé à les régir. L'efficacité de la méthode de reconnaissance est à apprécier surtout à l'aune de la justice pour les parties et de la cohérence du système et de l'ordre juridique. Ces deux objectifs sont au cœur de notre humble contribution à ce grand débat doctrinal contemporain.

BIBLIOGRAPHIE

I) THÉORIE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

- ARNAUD** (André-Jean), *Critique de la raison juridique*, t. I : *Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, 1981
- ATIAS** (Christian), *L'Épistémologie juridique*, PUF, 1985
— *Philosophie du droit*, (1^{re} éd. 1999), 3^e éd., PUF, 2012
- CARBONNIER** (Jean), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, (1^{re} éd. 1969) 10^e éd., LGDJ, 2001
— *Essais sur les lois*, (1^{re} éd. 1979) 2^e éd., Defrénois, 1995
— *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996
- CAUDAL** (Sylvie) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2010
- DUGUIT** (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, (1^{re} éd. 1911), 3^e éd., Paris, 1927
- DWORKIN** (Ronald), *Taking rights seriously*, Bloomsbury Academic, 1977
— *A matter of principle*, Harvard University Press, 1985
— *Law's Empire*, Fontana Paperbacks, 1986
- FERLITO** (Sergio), « Diritto soggettivo e diritti umani : Une comparazione giuridica », *Mediterranean Journal of Human Rights* 16 (2012) 93
- HART** (Herbert L. A.), *The Concept of Law*, (1^{re} éd. 1961) 2^e éd., OUP, 1994
- KOLB** (Robert), *Réflexions de philosophie du droit international : Problèmes fondamentaux du droit international public. Théorie et philosophie du droit international*, Bruylant, 2003
- KELSEN** (Hans), *Théorie pure du droit*, (1^{re} éd. 1934), 2^e éd., trad. H. THÉVENAZ, Éd. de la Baconnière, 1988
— *Théorie générale des normes*, (1^{re} éd. 1979), trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, 1996
- OST** (François), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, in Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990
- OST** (François) et **KERCHOVE** (Michel van de), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- ROMANO** (Santi), *L'ordre juridique* (1^{re} éd. 1918), 2^e éd., trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, préf. Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz, 1975
- ROUBIER** (Paul), *Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1946
- SAVIGNY** (Friedrich-Carl von), *Traité de romain*, t. I, (1^{re} éd. 1840) 2^e éd., trad. Ch. GUÉNOUX, Paris, 1855

- VILLEY (Michel), *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969
- *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Dalloz, 1975
 - *La formation de la pensée juridique moderne*, prés. S. RIALS, notes E. DESMONS, PUF, 2003
 - *Réflexions sur la philosophie et le droit : Les carnets*, assemblés et indexés par M.-A. FRISON-ROCHE et C. JAMIN, préf. B. KRIEGEL et F. TERRÉ, PUF, 1995
 - *Le droit et les droits de l'Homme*, 2^e éd., PUF, 1990

Dictionnaires juridiques

- ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GAUDIN (Hélène), MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), RIALS (Stéphane), SUDRE (Frédéric) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008
- ARNAUD (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993
- CADIET (Loïc) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004
- CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd. Quadrige, PUF, 2005

II) HISTOIRE DU DROIT : DROIT CIVIL ET INTERNATIONAL PRIVÉ

- ANCEL (Bertrand), *Histoire du droit international privé*, cours Paris II, 2008
- « Les *Conclusions sur les Statuts et Coutumes locaux* de Du Moulin, traduites en français », *RCDIP* 2011, 21
- ANCEL (Bertrand), MUIR WATT (Horatia), « Annotations sur la *Consultation 53* de Du Moulin traduite en français » in *Monde du Droit : Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2008, p. 1
- « Du conflit des lois différentes dans les États différents » in *Mélanges dédiées à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 1
- BEALE (Joseph Henry), *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*, vol. I, Harvard University Press, 1916
- DICEY (Albert Venn), *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*, Londres, Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, 1896
- JHERING (Rudolf von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., trad. O. de MEULENAERE, Paris, 1886
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996
- LEWALD (Hans), « Conflits de lois dans le monde grec », *RCDIP* 1968, 419
- MANCINI (Pasquale Stanislao), « *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti* » in P. S. MANCINI, *Prelezioni, con un saggio sul Machiavelli*, Naples, Éd. Giuseppe Margheri, 1873
- « De la nécessité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, 221 et 285

- NIEDERER** (Werner), « *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu* », *RCDIP* 1960, 137
- SAVIGNY** (Friedrich-Carl von), *Traité de droit romain*, t. VIII, (1^{re} éd. 1849) 2^e éd., trad. Ch. GUÉNOUX, Paris, 1860 (réimpr. Éd. Panthéon-Assas, préf. H. SYNDET, 2002)
- SCHULTZ** (Thomas) et **HOLLOWAY** (David), « Retour sur *comity*. Deuxième partie : La *comity* dans l'histoire du droit international privé », *JDI* 2012, doctr. 6 (p. 863)
- STORY** (Joseph), *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic, in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, (1^{re} éd. 1834) 8^e éd. par M. M. BIGELOW, Boston, 1883
- STURM** (Fritz), « Comment l'Antiquité gérait-elle ses conflits de lois », *JDI* 1979, 259
- THOMAS** (Yan), « *Res*, chose et patrimoine (note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *APD* 1980, 413
- VILLEY** (Michel), « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique du droit français et étranger* 1946, 201
- « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 1949, p. 417
- « Les origines de la notion de droit subjectif », *APD* 1953, 163
- « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD* 1964, 97
- *Le droit et les droits de l'Homme*, 2^e éd., PUF, 1990
- Corps de droit civil romain en latin et en français*, t. XII, trad. H. HULOT, Paris, Metz, 1806 (réimpr. Scientia Verlag, 1979)

III) DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

A / Ouvrages généraux, manuels, traités, cours généraux

- ANCEL** (Bertrand) et **LEQUETTE** (Yves), *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006
- AUDIT** (Bernard) et **D'AVOUT** (Louis), *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013
- BALLARINO** (Tito), avec la collaboration de **BONOMI** (Andrea), *Diritto internazionale privato*, 3^e éd. CEDAM, 1999
- BATIFFOL** (Henri) et **LAGARDE** (Paul), *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., LGDJ, 1993
- BOSCHIERO** (Nerina), *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, G. Giappichelli, 1996
- BUREAU** (Dominique) et **MUIR WATT** (Horatia), *Droit international privé*, 3^e éd., PUF, 2014
- CAVERS** (David F.), *Contemporary Conflicts Law in American Perspective*, *RCADI* 131 (1970) p. 75
- CHESHIRE, NORTH & FAWCETTE**, *Private International Law*, 14^e éd., par FAWCETTE (James) et CARRUTHERS (Janeen), Oxford University Press, 2008
- CURRIE** (Brainerd), *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963
- DICEY, MORRIS & COLLINS**, *The Conflict of Laws*, 14^e éd. par COLLINS (Lawrence) et a., Sweet & Maxwell, 2006
- GAUDEMET-TALLON** (Hélène), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., LGDJ, 2015

- HOLLEAUX** (Dominique), **FOYER** (Jacques) et **GEOUFFRE DE LA PRADELLE** (Géraud de), *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987
- HAY** (Peter), *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law : Reflections on Current European and United States Conflicts Law*, *RCADI* 226 (1991) p. 281
- LOUSSOUARN** (Yvon), **BOUREL** (Pierre) et **VAREILLES-SOMMIÈRES** (Pascal de), *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013
- MAYER** (Pierre) et **HEUZÉ** (Vincent), *Droit international privé*, 11^e éd., Montchestien, 2014
- MCCAFFREY** (Stephen C.) & **MAIN** (Thomas O.), *Transnational Litigation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2010
- MOSCONI** (Franco) et **CAMPIGLIO** (Cristina), *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I : *Parte generale e obbligazioni*, 5^e éd., UTET Giuridica, 2010
- NIBOYET** (Jean-Paulin), *Traité de droit international privé français*, t. III, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1944
- NIBOYET** (Marie-Laure) et **GEOUFFRE DE LA PRADELLE** (Géraud de), *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ, 2013
- PILLET** (Antoine), *Traité pratique de droit international privé*, t. I, Grenoble, Paris, 1923
- REESE** (Willis), *General Course on Private International Law*, *RCADI* 150 (1976) p. 1
- RIGAUX** (François), *Droit international privé*, t. I : *Théorie générale*, 2^e éd., Bruxelles, F. Larcier, 1987
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 213 (1989) p. 9
- SYMEONIDES** (Symeon C.) & **COLLINS PERDUE** (Wendy), *Conflict of Laws : American, Comparative, International*, (1^{re} éd. 1998), 3^e éd., WEST, 2012
- VIGNAL** (Thierry), *Droit international privé*, 3^e éd., Sirey, 2014

B/ Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours spéciaux, articles

- ANCEL** (Bertrand), *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, cours Paris II, 2008-2009
- AGOSTINI** (Éric), « Le mécanisme du renvoi », *RCDIP* 2013, 545
- ARMBRÜSTER** (Christian), « La revendications des biens culturels du point de vue du droit international privé », *RCDIP* 2004, 723
- ARMINJON** (Pierre), « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI* 44 (1933) p. 1
- D'AVOUT** (Louis), « Droits fondamentaux et coordinations des ordres juridiques en droit privé » in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010
- BARATTA** (Roberto), « Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC », *IPRax* 2007/1, 4
- « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 348 (2011) p. 253
- BARTIN** (Étienne), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, 225, 466 et 720
- « Le jugement étranger considéré comme un fait », *JDI* 1924, 857
- BASEDOW** (Jürgen), « La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés) » in P. Lagarde (dir. publ.), *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 221

- BATIFFOL** (Henri), « Conflit de lois dans l'espace et conflits dans le temps » in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t. 1 : *Études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 301
 — « Conflits mobiles et droit transitoire » in *Mélanges Paul Roubier*, t. I : *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 39
- BATIFFOL** (Henri) et **FRANCESCAKIS** (Phocion), « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *RCDIP* 1958 259
- BERGÉ** (Jean-Sylvestre), « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP* 2004-2005, p. 29
 — « L'application du droit national, international et européen », Dalloz, 2013
- BLÉRY** (Corinne), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. MAYER, LGDJ, 2000
- BODEN** (Didier), *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002
- BOLLÉE** (Sylvain), *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. P. MAYER, Economica, 2004
 — « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, 307
- BOSCHIERO** (Nerina), *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, G. Giappichelli, 1996
 — « *Ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria* » in P. PREITE et A. GAZZANTI PUGLIESE DI COTRONE (dir.), *Atti notarili : Diritto comunitario ed internazionale*, t. I : *Diritto internazionale privato*, UTET Giuridica, 2011, p. 137
- RADICATI DI BROZOLO** (Luca), « Libre circulation dans la CE et règles de conflit », *RCDIP* 1993, 401
- BRIGGS** (Adrian), « The Principle of Comity in Private International Law », *RCADI* 354 (2012) p. 77
- BUCHER** (Andreas), « La famille en droit international privé », *RCADI* 283 (2000) p. 13
 — « Le for de raisonnement » in *E Pluribus Unum : Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, Kluwer Law International, 1996, p. 41
 — « La dimension sociale du droit international privé » *RCADI* 341 (2009) p. 282
- CALLÉ** (Pierre), *L'acte public en droit international privé*, préf. P. MAYER, Economica, 2004
 — « L'acte authentique établi à l'étranger : Validité et exécution en France », *RCDIP* 2005, 377
- CAVERS** (David F.), « A critique of the choice-of-law problem », *47 Harvard Law Review* (1933) 173
- DAVÌ** (Angelo), « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI* 352 (2010) p. 9
- DE NOVA** (Rodolfo), « Conflit de lois et normes fixant leur propre domaine d'application » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I : *Droit international privé et public*, Dalloz & Sirey, 1960
- DÉPREZ** (Jean), « Droit international privé et conflits de civilisations aspects méthodologiques », *RCADI* 211 (1988) p. 9
- DROZ** (Georges A. L.), « L'activité notariale internationale », *RCADI* 280 (1999) p. 9
 — « Regards sur le droit international privé contemporain », *RCADI* 229 (1991) p. 9
- FAUVARQUE-COSSON** (Bénédicte), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996
 — « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000/4, 797

- FRANESCAKIS** (Phocion), note sous CA Rabat, 24 octobre 1950, *Machet*, *RCDIP* 1952,85
 — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958
 — « Droit naturel et droit international privé » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1 : *Droit international privé et public*, Dalloz, Sirey, 1960, p. 113
 — « Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966, 1
- FULCHIRON** (Hugues) et **BIDAUD-GARON** (Christine), « Reconnaissance ou reconstitution ? — À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Menesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l’homme », *RCDIP* 2015, 1
- FUMAGALLI** (Luigi), « Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico » in *Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale e straniero dell’Università di Milano*, vol. XVII-XVIII, Giuffrè, 1985, p. 593
- GANNAGÉ** (Léna), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : Étude de droit international privé de la famille*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2001
 — « Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures », *RCADI* 257 (2013) p. 223
- GOLDSTEIN** (Gérald) et **MUIR WATT** (Horatia), « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI* 2010, doctr. 12 (p. 1085)
- GOTHOT** (Pierre), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, 1, 209 et 415
 — « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois » in *Le droit international privé : Esprits et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 343
- GUILLAUMÉ** (Johanna), *L’affaiblissement de l’État-Nation et le droit international privé*, préf. C. GRARE-DIDIER, LGDJ, 2011
- Guinchard** (Serge), **Ferrand** (Frédérique) et **Moussa** (Tony), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, 278
- HAMMJE** (Petra), « Ordre public de rattachement », *TCFDIP* 2006-2008, p. 153
- HEYMANN** (Jeremy), *Le droit international privé à l’épreuve du fédéralisme européen*, préf. H. MUIR WATT, Economica, 2010
 — « Importing proportionality to the conflict of laws » in H. MUIR WATT et D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 277-292
- HO-DAC** (Marion), *La loi du pays d’origine en droit de l’Union européenne : Analyse sous l’angle du droit international privé*, préf. S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Bruylant, 2012
- HOLLEAUX** (Dominique), note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, *veuve Nanceau*, *JDI* 1974, 592
 — note sous TGI Paris, 12 janvier 1978, *époux Öhlund-Orcel*, *RCDIP* 1979, 102
- HUET** (André), « L’autorité (négative) de chose jugée des jugements étrangers : Réflexions sur le droit international privé commun français » in *De code en code : mélanges en l’honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009
- HUNTER-HÉNIN** (Myriam), « Droit des personnes et droits de l’homme : combinaison ou confrontation? », *RCDIP* 2006, 743
 — *Pour une redéfinition du statut personnel*, préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2004,
- JAYME** (Erik), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne », *RCADI* 251 (1995) p. 9

- JESTAZ** (Philippe), **MARGUÉNAUD** (Jean-Pierre) et **JAMIN** (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, 2061
- JOBARD-BACHELLIER** (Marie-Noëlle), *L'apparence en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, LGDJ, 1984
- KINSCH** (Patrick), « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP* 2003, 403
- « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI* 318 (2005) p. 11
- LAGARDE** (Paul), « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *RCDIP* 1960, 459
- « Le principe de proximité en droit international privé contemporain », *RCADI* 196 (1986) p. 9
- « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjonctures », *RabelsZ* 68 (2004) 225
- « Reconnaissance, mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 479
- « La méthode de la reconnaissance, est-elle l'avenir du droit international privé? », *RCADI* 371 (2014) p. 9
- « Sur la vulnérabilité des situations juridiques » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 441
- LEQUETTE** (YVES), « Le renvoi de qualifications » in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249
- « Recevabilité de la demande en rectification d'état civil d'un transsexuel argentin résidant en France » (n. sous CA Paris, 14 juin 1994), *RCDIP* 1995, 308
- « Le droit international privé et les droits fondamentaux » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 19^e éd., Dalloz, 2013
- LOUSSOUARN** (Yvon), « Cours général de droit international privé », *RCADI* 139 (1973) p. 269
- LUZZATO** (Riccardo), *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, 1965
- MARCHADIER** (Fabien), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, thèse Limoges, 2005
- MAYER** (Pierre), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, Dalloz, 1973
- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547
- « Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée » in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2009, p. 331
- « La reconnaissance : notions et méthodes » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations juridiques en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 27
- MIELE** (Alberto), *La cosa giudicata straniera : Esecuzione e riconoscimento delle sentenze nel diritto comune europeo*, CEDAM, 1989
- MOREAU** (Michel), *Le droit acquis à l'étranger : Étude de droit international privé français*, thèse Poitiers, 1971
- MORISSET** (François-Xavier), *Le régime de l'efficacité en France des décisions étrangères patrimoniales*, thèse Paris XI, 2002
- « De l'autonomie à la substitution : Les relations du droit communautaire et du droit international privé », *Annuaire de droit européen* 2007/V, 93

- MOSCONI** (Franco), « art. 16 » in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato italiano*, CEDAM, 1996, p. 78
- « Exceptions to the operation of choice of law rules », *RCADI* 217 (1989) p. 9
- MOTULSKY** (Henri), « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *TCFDIP* 1948-1952, p. 17
- MUIR WATT** (Horatia), « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP* 1986, 425
- « La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international des décisions) », *Revue générale des procédures* 1998, 711 et 1999, 291
- « Le mythe de l'« effet de titre » : le statut des jugements étrangers dans le contentieux provisoire », in *La procédure en tous ses états : Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, LGDJ, 2004, p. 347
- « Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCADI* 307 (2004) p. 25
- « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres » in *Droit et actualité : Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p.545
- « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 85
- NEUMAYER** (Karl Heinz), « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *RCDIP* 1957, 579 et 1958, 53
- NUYTS** (Arnaud), « L'application des lois de police dans l'espace », *RCDIP* 1999, 31
- *L'exception de « forum non conveniens » : Étude de droit international privé comparé*, préf. A. VON MEHREN, Bruylant, 2003
- PAMBOUKIS** (Charalambos), *L'acte public étranger en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, LGDJ, 1993
- « L'acte quasi-public en droit international privé », *RCDIP* 1993, 565
- « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP* 2008, 513
- PANET** (Amélie), *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, thèse Lyon 3, 2014
- PATAUT** (Étienne), « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP* 2006-2008, p. 71
- PÉROZ** (Hélène), *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005
- PICONE** (Paolo), « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 197 (1986) p. 229
- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 276 (1999) p. 9
- PILLET** (Antoine), « La théorie générale des droits acquis », *RCADI* 8 (1925) p. 485
- PRETELLI** (Ilaria), « Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée : À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution [Cour de cassation d'Italie (1^{re} sect. civ.), 26 sept. 2014, n° 24001/14 ; Tribunal de Rome (1^{re} sect. civ.) (Ord.), 8 août 2014] », *RCDIP* 2015, 559

- RAAPE** (Leo), « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé », *RCADI* 50 (1934) p. 401
- RADICATI DI BROZOLO** (Luca), « La libre circulation dans la CE et règles de conflits », *RCDIP* 1993, 401
- RÉMY** (Benjamin), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. MAYER, Dalloz, 2008
- ROMANO** (Gian Paolo), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP* 2006, 457
- « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles » in J. MESTRE, A. BONOMI et A. ALBARIAN (dir.), *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 243-252
- « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux » in P. LAGARDE (dir. publ.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 185
- *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Schulthess, 2014
- *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, préf. B. ANCEL, Schulthess, Éd. Romandes, 2015
- SALAMÉ** (Georgette), *Le devenir de la famille en droit international privé : Une perspective postmoderne*, préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2006
- SINDRES** (David), *La distinction des ordres juridiques et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2008
- « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* 2012, doct. 10 (p. 887)
- « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, doct. 4 (p. 429)
- SPERDUTI** (Giuseppe), « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *RCDIP* 1977, 257
- « *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico* », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1976, 469
- STRUYKEN** (Antoon (Teun) V.M.), « *Locus regit actum*, un nouvel avatar hollandais » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 765
- SYMEONIDES** (Symeon C.), « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow », *RCADI* 298 (2002) p. 25
- VAREILLES-SOMMIÈRES** (Pascal de), « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, 207
- WENGLER** (Wilhelm), « Nouvelles réflexions sur les "questions préalables" », *RCDIP* 1966, 165

IV) DROIT CIVIL ET PROCÉDURE CIVILE

A/ Ouvrages généraux, manuels, traités

- CAPITANT** (Henri), **TERRÉ** (François), **LEQUETTE** (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Dalloz, t. 1, 2007, t. 2, 2008
- CARBONNIER** (Jean), *Droit civil*, PUF, Quadriga, t. I, 2002, t. II, 2004
- CORNU** (Gérard), *Droit civil : Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007
- GHESTIN** (Jacques), **GOUBEAUX** (Gilles), avec le concours de **FABRE-MAGNAN** (Muriel), *Traité de droit civil*, t. I : *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994

- GUINCHARD** (Serge), **CHAINAIS** (Cécile) et **FERRAND** (Frédérique), *Procédure civile*, 30^e éd., Dalloz, 2010
- HÉRON** (Jacques), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991
- MALAURIE** (Philippe) et **FULCHIRON** (Hugues), *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011
- LE TOURNEAU** (Philippe), **BLOCH** (Cyril), **GUETTIER** (Christophe), **GIUDICELLI** (André), **JULIEN** (Jérôme), **KRAJESKI** (Didier), **POUMARÈDE** (Matthieu), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10^e éd., Dalloz, 2014

B/ Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, articles

- BOULANGER** (Jean), « Principes généraux du droit et droit positif » in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert, t. 1 : Études générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 51
- COHET-CORDEY** (Frédérique), « La valeur explicative de la théorie de patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996, 819
- DABIN** (Jean), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
— « Le droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD* 1964, 17
- DUCLOS** (José), *L'opposabilité : Essai d'une théorie générale*, préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984
- GINOSSAR** (Samuel), *Droit réel, propriété et créance : Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960
- GUERRIERO** (Marie-Antoinette), « Les actes de notoriété après la réforme de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *Ann. Univ. sc. soc. Toulouse* 1973, 227
- GUTMANN** (Daniel), *Le sentiment d'identité : Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, 2000
- HAGE-CHAHINE** (Fayez), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, 705
- HÉRON** (Jacques), *Principes du droit transitoire*, Dalloz, 1996
- HUNTER-HENIN** (Myriam), « Droit des personnes et droits de l'homme : combinaison ou confrontation? », *RCDIP* 2006, 743
- JEAN-BAPTISTE** (Walter), *L'espérance légitime*, thèse Limoges, 2009
- KACZMAREK** (Laurent), *La responsabilité pour fait normal : Étude critique de son originalité en matière civile extracontractuelle*, préf. L. GRYNBAUM, Publibook, 2012
- MEULDERS-KLEIN** (Marie-Thérèse), « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 317
- MOTULSKY** (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. ROUBIER, Sirey, 1948
- Nolan** (Donal) et **Robertson** (Andrew) (dir.), *Rights and Private Law*, Hart Publishing, 2012
- OST** (François), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, in Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, volume 2, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990
- PICHARD** (Marc), *Le droit à : Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006
- ROUBIER** (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963
— *Le droit transitoire : Conflits de lois dans le temps*, 2^{nde} éd., Dalloz et Sirey, 1960, réimpr. Dalloz, 2008

- SAMUEL** (Geoffrey), « La notion d'intérêt en droit anglais » in Ph. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, volume 3, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 405
- TEUBNER** (Gunther), « Legal irritants : Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in new divergences », 61 *Modern Law review* (1998) 11
- VILLEY** (Michel), *Le droit et les droits de l'Homme*, 2^e éd., PUF, 1990

V) DROITS DE L'HOMME, DROIT EUROPÉEN, DROIT INTERNATIONAL

A/ Ouvrages généraux, manuels, traités

- BLUMANN** (Claude) et **DUBOIS** (Louis), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., LexisNexis, 2013
- COMBACAU** (Jean), **SUR** (Serge), *Droit international public*, 10^e éd., Montchrestien, 2012
- NGUYEN QUOC** (Dinh), **DAILLIER** (Patrick), **FORTEAU** (Mathias), **PELLET** (Alain) avec collaboration de **MÜLLER** (Daniel), *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009
- SUDRE** (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, 2015
- SUDRE** (Frédéric), **MARGUÉNAUD** (Jean-Pierre), **ANDRIANTSIMBAZOVINA** (Joël), **GOUTTENOIRE** (Adeline), **GONZALEZ** (Gérard), **MILANO** (Laure), **SURREL** (Hélène), avec la collaboration de **MARCHADIER** (Fabien) et **PICHERAL** (Caroline), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7^e éd., PUF, 2015

B/ Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, articles

- BALLOT** (Élodie), *Critique des droits fondamentaux*, thèse Tours, 2012
- BREINING-KAUFMANN** (Christine), « The Legal Matrix of Human Rights and Trade Law : State Obligations versus Private Rights and Obligations » in Th. COTTIER, J. PAUWELYN, and E. BÜRGI (dir.), *Human Rights and international Trade*, Oxford University Press, 2005, p. 95
- DELPÉRÉE** (Francis), « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional » in *La communicabilité entre les systèmes juridiques : Liber amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruylant, 2005, p. 59
- DUBOUT** (Edouard) et **TOUZÉ** (Sébastien), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques » in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010
- MOHAMED-AFIFY** (Ayman), *Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Égypte*, thèse Bordeaux IV, 2015
- NIVARD** (Carole), *La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux : Étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012
- PETERSMANN** (Ernst-Ulrich), « Human Rights and International Trade Law : Defining and Connecting the two Fields », in Th. COTTIER, J. PAUWELYN, and E. BÜRGI (dir.), *Human Rights and international Trade*, Oxford University Press, 2005, p. 29

INDEX DES DÉCISIONS CITÉES

Les chiffres renvoient aux numéros

Ceux en gras renvoient aux numéros contenant les références complètes

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)

a) Index alphabétique

- Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], 21 novembre 2001 — **318**
B. et L. c. Royaume-Uni, 13 septembre 2005 — **226**
Beldjoudi c. France, 26 mars 1992 — **252**
Evans c. Royaume-Uni [GC], 10 avril 2007 — **276**
Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989 — **254**
Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas, 21 février 1995 — **258**
Green et Farhat c. Malte (déc.), 6 juillet 2010 — **299**
Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976 — **276**
Hornsby c. Grèce, 19 mars 1997 — **296**
Hussin c. Belgique (déc.), 6 mai 2004 — **296**
Inze c. Autriche, 28 octobre 1987 — **256**
K. et T. c. Finlande [GC], 12 juillet 2001 — **253**
Keegan c. Irlande, 26 mai 1994 — **252**
Klass c. RFA, 6 septembre 1978 — **276**
Kopecký c. Slovaquie [GC], 28 septembre 2004 — **258**
L. c. Pays-Bas, 1er juin 2004 — **252**
Labassée c. France, 26 juin 2014 — **254, 269, 276, 438**
Marckx c. Belgique, 13 juin 1979 — **238, 245** et s.
Mazurek c. France, 1^{er} février 2000 — **256, 258**
McDonald c. France (déc.), 29 avril 2008 — **296**
Menesson c. France, 26 juin 2014 — **254, 269, 276, 298, 299, 438**
Mikulić c. Croatie, 7 février 2002 — **254**
Negrepontis-Giannisis c/ Grèce, 3 mai 2011 — **268, 291**
Öneryıldız c. Turquie [GC], 30 novembre 2004 — **258**
Paradiso et Campanelli c. Italie, 27 janvier 2015 — **300**
Pellegrini c. Italie, 20 juillet 2001 — **296**
Pini et autres c. Roumanie, 22 juin 2004 — **252**
Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, 9 décembre 1994 — **258**
Selin Asli Öztürk c. Turquie, 13 octobre 2009 — **297**

Sporrong et Lönnroth c. Suède, 23 septembre 1982 — 257
Sylvester c. Autriche (déc.), 9 octobre 2003 — 296
Todorova c. Italie, 13 janvier 2009 — 252
Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, 28 juin 2007 — 253, 267, 284, 291, 297, 298, 441
X, Y et Z c. Royaume-Uni [GC], 22 avril 1997 — 252

b) Index chronologique

7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni* — 276
6 septembre 1978, *Klass c. RFA* — 276
13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* — 238, 245 et s.
23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède* — 257
28 octobre 1987, *Inze c. Autriche* — 256
7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni* — 254
26 mars 1992, *Beldjoudi c. France* — 252
26 mai 1994, *Keegan c. Irlande* — 252
9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* — 258
21 février 1995, *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas* — 258
19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce* — 296
22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC] — 252
1^{er} février 2000, *Mazurek c. France* — 256, 258
12 juillet 2001, *K. et T. c. Finlande* [GC] — 253
20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie* — 296
21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC] — 318
7 février 2002, *Mikulić c. Croatie* — 254
9 octobre 2003, *Sylvester c. Autriche* (déc.) — 296
6 mai 2004, *Hussin c. Belgique* (déc.) — 296
1^{er} juin 2004, *L. c. Pays-Bas* — 252
22 juin 2004, *Pini et autres c. Roumanie* — 252
28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie* [GC] — 258
30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie* [GC] — 258
13 septembre 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni* — 226
10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni* [GC] — 276
28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* — 253, 267, 284, 291, 297, 298, 441
29 avril 2008, *McDonald c. France* (déc.) — 296
13 janvier 2009, *Todorova c. Italie* — 252
13 octobre 2009, *Selin Asli Öztürk c. Turquie* — 297
6 juillet 2010, *Green & Farhat c. Malte* (déc.) — 299
3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce* — 268, 291
26 juin 2014, *Menesson c. France* — 254, 269, 276, 298, 299, 438
26 juin 2014, *Labassée c. France* — 254, 269, 276, 438
27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie* — 300

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
(CJCE / CJUE)

a) Index alphabétique

Arblade, 23 novembre 1999 — **271**, 277
Cartesio, 16 décembre 2008 — **333**
Centros, 9 mars 1999 — **331**, 337 et s., **440**
Daily Mail, 27 septembre 1988 — **333**
Garcia Avello, 2 octobre 2003 — **324**
Grunkin et Paul, 14 octobre 2008 — **325**, 329 et s.
Hadadi, 16 juillet 2009 — **437**
Inspire Art, 30 septembre 2003 — **332**, 337 et s.
Krombach, 28 mars 2000 — **277**
McCarthy, 5 mai 2011 — **340**
Runevič-Vardyn, 12 mai 2011 — **323**
Sayn-Wittgenstein, 22 décembre 2010 — **326**, 329 et s.
SEVIC Systems, Gde ch., 13 décembre 2005 — **334**, 337 et s.
Überseering, 5 novembre 2002 — 1, **333**, 337 et s.
VALE Építési, 12 juillet 2012 — **335**, 337 et s., **416**

b) Index chronologique

27 septembre 1988, *Daily Mail* — **333**
9 mars 1999, *Centros* — **331**, 337 et s., **440**
23 novembre 1999, *Arblade* — **271**, 277
28 mars 2000, *Krombach* — **277**
5 novembre 2002, *Überseering* — 1, **333**, 337 et s.
30 septembre 2003, *Inspire Art* — **332**, 337 et s.
2 octobre 2003, *Garcia Avello* — **324**
13 décembre 2005, *SEVIC Systems* — **334**, 337 et s.
14 octobre 2008, *Grunkin et Paul* — **325**, 329 et s.
16 décembre 2008, *Cartesio* — **333**
16 juillet 2009, *Hadadi* — **437**
22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein* — **326**, 329 et s.
5 mai 2011, *McCarthy* — **340**
12 mai 2011, *Runevič-Vardyn* — **323**
12 juillet 2012, *VALE Építési* — **335**, 337 et s., **416**

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Conseil constitutionnel

C. const., 16 janvier 1962, D. n° 62-18 L — **106**

C. const., 20 janvier 1984, n° 83-165 DC — **66**

C. const., 11 octobre 1984, n° 84-181 DC — **66**

Conseil d'État

CE, 29 mars 1996, n° 155673 — **214**

CE, 19 novembre 1997, *Sarroub* — **106**

Cour de cassation

a) Index chronologique

Cass. civ., 19 avril 1819, *Parker* — **111**

Cass. crim., 8 février 1839 — **261**

Cass. civ., 28 février 1860, *Bulkley* — **111, 451**

Cass. civ., 13 juillet 1874 — **220**

Cass. civ., 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont* — **431**

Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo* — **72**

Cass. req., 22 février 1882, *Forgo* — **72**

Cass. civ., 9 mai 1900, *de Wrède* — **98, 111, 344, 375**

Cass. civ., 30 juillet 1900 — **228**

Cass. req., 9 mars 1910, *Soulié* — **72**

Cass. civ., 5 novembre 1913, *Picot* — **228**

Cass. req., 3 mars 1930, *Hainard* — **112**

Cass. civ., 7 mars 1938, *de Marchi della Costa* — **72**

Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* — **272, 316, 445**

Cass. civ., 1^{re}, 22 janvier 1951, *Weiller* — **113**

Cass. civ., 17 avril 1953, *Rivière* — **64, 451**

Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 1958, *Chemouni* — **451**

Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1963 — **451**

Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, *Appieto* — **431**

Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Munzer* — **110, 372**

Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 1964 — **222**

Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1967, *Shapiro* — **111**

Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1972, *Gouthertz* — **72**

Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1972, *Guarte* — **112**

Cass. soc., 1^{er} mars 1973 — **451**

Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, *Nanceau* — **119, 124**

Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1974, *S^{té} Miniera di Fragne* — **448**

Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1974, *Locautra* — **111**

Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 1977 — **214**
 Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 1979 — **220**
 Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Garino* — **113**
 Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Beneddouché* — **451**
 Cass. civ. 1^{re}, 15 janvier 1980, n° 78-15084 — **228**
 Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981, *de Iturralde de Pedro* — **452**
 Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1981, *Total Afrique* — **123**
 Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1982, *Baaziz* — **451**
 Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Moatti* — **80**
 Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1983, *S^{té} Lafarge* — **430**
 Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Simitch* — **60, 98, 430, 436**
 Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1985, *Caron* — **431**
 Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1986 — **123**
 Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, *Cressot* — **426**
 Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1988 — **222**
 Cass. soc., 8 mars 1990 — **451**
 Cass. plén., 21 décembre 1990, *Roval* — **1**
 Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993, *Paretti* — **452**
 Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1994, *Tonon* — **124**
 Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996 — **220**
 Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996 — **207**
 Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, *Virani* — **123**
 Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998 — **291**
 Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Ballestrero* — **72**
 Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 — **220**
 Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000, *Barney's Inc.* — **126 et s., 216, 388, 396**
 Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003 — **220**
 Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003 — **431**
 Cass. civ. 1^{re}, 21 septembre 2005, *Kenny* — **72**
 Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, *Tambari* — **124**
 Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *enfant Léana-Myriam* — **452**
 Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2006, *Nachim* — **60**
 Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, *Cornelissen* — **98, 353, 428, 430, 448**
 Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, *Monster Cable* — **448**
 Cass. civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, *Riley* — **72**
 Cass. plén., 13 mars 2009, *Beatrix c. Baruchet et a.* — **106**
 Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2009, *Barre c. Costa* — **112**
 Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2010, *Tassel* — **72**
 Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, *enfant Anna* — **272, 426, 446**
 Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Labassée* — **269, 438**
 Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Menesson* — **269, 438**
 Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 2011 — **220**
 Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011 — **452**
 Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, *enfants Adrien et Romain et enfant Émilie* — **438, 448**
 Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 2013 — **291**

Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013 — **225**
Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier 2014 — **457**
Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014, *enfant Cylian* — **438**, 448
Cass., avis, 22 septembre 2014 — **438**
Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2015 — **452**
Cass. plén., 3 juillet 2015 — **438**

b) Index alphabétique¹

Appieto, Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1963 — **431**
Baaziz, Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1982 — **451**
Ballestrero, Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2000 — **72**
Barney's, Cass. civ. 1^{re}, 17 octobre 2000 — **126** et s., **216**, **388**, 396
Barre c. Costa, Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2009 — **112**
Beatrix c. Baruchet et a., Cass. plén., 13 mars 2009 — **106**
Bendeddouche, Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980 — **451**
Bulkley, Cass. civ., 28 février 1860 — **111**, **451**
Caron, Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1985 — **431**
Chemouni, Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 1958 — **451**
Cornelissen, Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007 — **98**, **353**, **428**, 430, 448
Cressot, Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1987 — **426**
de Marchi della Costa, Cass. civ., 7 mars 1938 — **72**
de Wrède, Cass. civ., 9 mai 1900 — **98**, **111**, **344**, 375
enfant Anna, Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010 — **272**, **426**, 446
enfant Cylian, Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2014 — **438**, 448
enfant Émilie, Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013 — **438**, 448
enfant Léana-Myriam, Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006 — **452**
enfants Adrien et Romain, Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013 — **438**, 448
Forgo, Cass. civ., 24 juin 1878 — **72**
Forgo, Cass. req., 22 février 1882 — **72**
Garino, Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1980 — **113**
Gouthertz, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1972 — **72**
Guarte, Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1972 — **112**
Hainard, Cass. req., 3 mars 1930 — **112**
Iturralde de Pedro, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981 — **452**
Kenny, Cass. civ. 1^{re}, 21 septembre 2005 — **72**
Labassée, Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011 — **269**, **438**
Lafarge, Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1983 — **430**
Lautour, Cass. civ., 25 mai 1948 — **272**, **316**, **445**

¹ Seuls figurent dans l'index alphabétique les décisions dont les noms des parties ont été publiés.

Locautra, Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1974 — **111**
Mennesson, Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011 — **269, 438**
Miniera di Fragne, Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1974 — **448**
Moatti, Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982 — **80**
Monster Cable, Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008 — **448**
Munzer, Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1964 — **110, 372**
Nachim, Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2006 — **60**
Nanceau, Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1973 — **119, 124**
Paretti, Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1993 — **452**
Parker, Cass. civ., 19 avril 1819 — **111**
Picot, Cass. civ., 5 novembre 1913 — **228**
Princesse de Beauffremont, Cass. civ., 18 mars 1878 — **431**
Riley, Cass. civ. 1^{re}, 11 févr. 2009 — **72**
Rivière, Cass. civ., 17 avril 1953 — **64, 451**
Roval, Cass. plén., 21 décembre 1990 — **1**
Shapiro, Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1967 — **111**
Simitch, Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1985 — **60, 98, 430, 436**
Soulié, Cass. req., 9 mars 1910 — **72**
Tambari, Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2005 — **124**
Tassel, Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2010 — **72**
Tonon, Cass. civ. 1^{re}, 12 janvier 1994 — **124**
Total Afrique, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1981 — **123**
Virani, Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997 — **123**
Weiller, Cass. civ., 1^{re}, 22 janvier 1951 — **113**

Cours d'appel

CA Alger, 9 février 1910 — **451**
 CA Rabat, 24 octobre 1950, *Machet* — **77, 78**
 CA Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane* — **77, 79**
 CA Paris, 11 juillet 1978 — **207**
 CA Paris, 8 novembre 1983 — **451**
 CA Paris, 3 octobre 1984, *Banque ottomane* — **79**
 CA Paris, 23 novembre 1993, *Romon* — **123**
 CA Paris, 2 avril 1998, *Barney's Inc.* — **126**

Tribunaux de 1^{re} instance

T. civ. Seine, 26 juillet 1894 — **225**
 TGI Seine, 24 octobre 1960 — **124**
 TGI Versailles, 31 mars 1965 — **451**
 TGI Seine, 25 janvier 1967, *Époux Lévy* — **125**
 TGI Paris, 12 janvier 1978, *Époux Öhlund-Orcel* — **125**
 TGI Paris, 10 mai 1990 — **123**
 TGI Paris, 17 octobre 1991 — **123**

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Angleterre et Pays de Galles :

- Robinson v. Bland* (1760) — 19**
***Holman v. Johnson* (1775) — 19, 38, 47**
***Dalrymple v. Dalrymple* (1811) — 47**
***Collier v. Rivaz* (1841) — 85**
***Re Annesley* (1926) — 85**
***Re Ross* (1930) — 85**

Canada

- Schwebel v. Ungar* (ONCA 1963) — 1, 402**
***Schwebel v. Ungar* (SCC 1964) — 1, 402**
***Morguard Investments Ltd v. De Savoye* (SCC 1990) — 42**

États-Unis d'Amérique

- Hilton v. Guyot* (1895) — 42**
***AMS v. Monster Cable* (2013) — 448**

Italie

- Corte Costituzionale, 18 juillet 1983 — 444
Corte di Cassazione, 28 décembre 2006 — 444

INDEX DES AUTEURS CITÉS

Les chiffres renvoient aux numéros

- ANCEL (Bertrand) — 81, 445
- ARMINJON — 61
- AUDIT — 424
- D'AVOUT — 293 et s., 424
- BALLARINO — 96
- BALLOT — 238
- BATIFFOL — 62, 452
- BEALE — 51
- BERGÉ (Jean-Sylvestre) — **312 et s.**, 404
- BLÉRY — **104 et s.**
- BODEN — 443
- BOLLÉE — **351 et s.**
- BONOMI — 96
- BOSCHIERO — 96, 455
- BOULANGER (Jean) — 317
- BREINING-KAUFMANN — 321
- BUREAU — 344 et s., 433, 440
- CALLÉ — 120, 128, 385 et s., 419
- CARBONNIER — 66, 143, 164, 186
- DABIN — **145 et s.**, 241
- DELPÉRÉE — 307
- DICEY — **44 et s.**, 56
- DROZ — **82 et s.**
- DUBOUT — 307
- DUGUIT — 156 et s.
- DU MOULIN — **30 et s.**
- DWORKIN — **315 et s.**
- FAUVARQUE-COSSON — 294
- FRANCESCAKIS — 66, **71 et s.**, 271, 437
- FUMAGALLI — 450
- GANNAGÉ — 311 et s., 347, 454
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE — 424, 432 s.
- GHESTIN — 151, 241
- GINOSSAR — 152
- GOTHOT — 64, 76
- GOUBEAUX — 151, 241
- HAGE-CHAHINE — **198 et s.**
- HAMMJE — 447, 452, 455
- HART — 41
- HÉRON — 103
- HEUZÉ — 434
- HOLLEAUX (Dominique) — 119, 124

HUBER — **16 et s.**, **31**, **36 et s.**

HUNTER-HENIN — 319

JAYME — 349

JHERING — 136

JOBARD-BACHELLIER — 361

KELSEN — 155, 159

KINSCH — 290, 295, 319

KOHLER — 349

LAGARDE — 62, **361 et s.**, 452, 457

LEQUETTE — 81, 294, 347, 445

LOUSSOUARN — 275

LUZZATO — 415

MANCINI — **21 et s.**

MARCHADIER — 282

MAYER — 101, 103, 106, 110, 349,
352 et s., 434, 451 et s.

MOHAMED-AFIFY — 321

MORISSET — 108, 111, 112, 420

MOSCONI — 277, 443

MOTULSKY — 118, **172 et s.**, 241

MUIR WATT — 62, 88, 127, 321, 344 et s.,
347, 349, 433, 440

NIBOYET (Jean-Paulin) — 40 et s.,
58 et s., 61, 66

NIBOYET (Marie-Laure) — 424, 432 et s.

NIVARD — 238

NUYTS — 454

OST — 138 et s.

PAMBOUKIS — 101, 122, **357 et s.**

PATAUT — 34, 62

PÉROZ — **105 et s.**, 110

PETERSMANN — 321

PICONE — **91 et s.**

PILLET — 28, **54 et s.**, **61 et s.**, 66

RÉMY — 281

ROMANO (Gian Paolo) — 203, **354 et s.**

ROMANO (Santi) — 110

ROUBIER — **176 et s.**, 243

SAVIGNY — **25 et s.**, 63, **168 et s.**

SINDRES — 303 et s.

SPERDUTI — 276, 447

STORY — **19**, **39**, **42**

TEUBNER — 347

TOUZÉ — 307

VAREILLES-SOMMIÈRES — 447

VILLEY — **160 et s.**, 242

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros

- Acte public,
— classification : 118 et s.
— constatatif : 122
— constitutif : 122
— régime juridique : 123 et s.
- Autorité publique,
— intervention spécifique : 205 et s., 216
— rôle en DIP : 384 et s.
- Comitas gentium* : 17, 37 et s.
- Conflit,
— règle de : 26 et s., 40 et s., 49, 56, 62, 72, 81, 94, 284, 354 et s.
— de systèmes : 73 et s., 303 et s., 369
— d'ordres juridiques : 82 et s., 91 et s., 98
— for du raisonnement : 83 et s.
— antinomie : 311 et s.
— contradiction caractérisée : 311 s.
- Convention EDH,
— méthode d'application : 310 et s.
— application directe : 275, 277, 283
- Divorce : 206
- Droit,
— à la reconnaissance : 296 et s., 345
— de l'Homme : 235, 321
— au respect de la vie privé : 245 ss., 250 et s.
— au respect des biens : 256 et s.
— acquis : 34 et s., 54 et s., 84
— subjectif : 135 et s., 145 et s., 185 et s., 241 et s.
— critiques : 154 et s.
— en droit romain : 160 et s.
— de propriété : 149
— prérogative juridique : 185 et s.
— pouvoir juridique : 185 et s.
— devoir juridique : 146, 176, 195
— obligation juridique : 146, 195
— *vested right* : 36 et s., 88
- Efficacité substantielle : 103 et s., 120, 384 et s.
- Filiation,
— adoptive : 208
— biologique : 219 et s.
— possession d'état : 222
- Fraude : 429 et s.
- Gestation pour autrui : 269, 438, 448
- Intérêt : 136 et s., 147, 240
- Jugement étranger,
— reconnaissance : 110 et s., 355
— reconnaissance *de plano* : 111 ss.

- constitutif/déclaratif : 107 et s.
 - effets : 103 et s.
 - chose jugée : 106
- Libre circulation,
- personnes physiques : 323 et s.
 - personnes morales : 330 et s.
 - exception de : 346
- Localisation : 26, 63, 357
- Lois de police : 271, 274 et s., 281 et s., 447 et s.
- Mariage : 205, 225 et s.
- Norme individuelle : 103 et s., 120, 384 et s., 393 et s.
- Ordre juridique,
- compétent : 91 et s., 344
 - notion : 303 et s.
- Ordre public,
- ordre public : 272, 274 et s., 280, 282, 443 et s.
 - approche structuraliste : 443 et s.
 - de proximité : 450 et s.
 - effet atténué de : 450 et s.
 - clauses spéciales de : 453
- Principe juridique : 314 et s., 327 et s., 140
- Proximité : 370 et s., 436 et s.
- Rapport,
- de droit : 168 et s.
 - social : 253 et s., 259 et s., 400 ss.
 - de mise en œuvre : 312 et s.
- Relevance : 357 et s., 390
- Renvoi,
- renvoi : 72
 - double renvoi : 83 et s.
- *foreign court theory* : 85 et s.
- Situation juridique,
- notion : 176 et s., 189 et s., 397 s.
 - statique : 198 et s.
 - création : 203 et s., 219 et s., 230 et s., 397 et s.
 - conditions formelles d'admissibilité : 205 et s.
 - conditions discrétionnaires : 205 et s.
 - validité : 377 et s.
 - effets : 411 et s.
 - distinction des normes individuelles et des situations juridiques : 393 et s.
 - inconciliabilité avec une situation juridique déjà cristallisée ou reconnue dans le for : 457
- Statutisme : 15 et s., 30 et s.
- Successions : 256
- Unilatéralisme : 58, 74 et s., 98
- Vie privée et familiale : 245 et s., 250 et s.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : L'OBJET DE LA CIRCULATION INTERNATIONALE	9
Titre I : Les antécédents de la circulation internationale des situations juridiques	13
Chapitre I : L'idée de circulation des droits subjectifs en tant que tels	15
<u>Section 1^{re} : Les rôles respectifs de la loi et de la situation juridique dans différentes doctrines du droit international privé</u>	<u>16</u>
§ 1 ^{er} — Le raisonnement à partir de droit objectif	16
A/ Le conflit de lois comme un conflit de souverainetés	17
B/ La souveraineté et la nationalité en droit international privé	20
§ 2 — Le raisonnement à partir de situations juridiques	23
A/ La méthode de Savigny	24
B/ La considération de la situation juridique dans la méthode statutaire classique	27
<u>Section 2 : Les différentes théories des droits acquis</u>	<u>32</u>
§ 1 ^{er} — Le concept de <i>vested rights</i>	32
A/ Les origines du concept de <i>vested rights</i>	32
B/ Le développement du concept de <i>vested rights</i> en droit anglo-américain	39
§ 2 — L'idée des droits acquis dans la doctrine continentale européenne	44
A/ La conception continentale des droits acquis	44
B/ Les critiques du concept de droits acquis	49
Chapitre II : Les voies indirectes de reconnaissance des situations juridiques	55
<u>Section 1^{re} : La circulation des situations juridiques grâce à des manipulations de la règle de conflit</u>	<u>56</u>
§ 1 ^{er} — La correction de la règle de conflit	56
A/ Le renvoi et le conflit de systèmes	57
B/ Le for de jugement, le for de raisonnement et la <i>foreign court theory</i>	65
§ 2 — La métamorphose de la règle de conflit	69
A/ La méthode de référence à l'ordre juridique compétent	70
B/ Les traces de cette méthode en droit positif et sa portée	73
<u>Section 2 : La circulation des situations juridiques grâce au support des actes émanant de l'État d'origine</u>	<u>79</u>
§ 1 ^{er} — L'accueil des jugements étrangers et la circulation des situations juridiques	79
A/ La notion d'efficacité substantielle	80
B/ Le rôle du jugement d'accueil et l'efficacité <i>de plano</i>	85
§ 2 — Les actes publics en tant que supports des situations juridiques	91
A/ Les classifications doctrinales des actes publics étrangers	92
B/ Le régime juridique des actes publics étrangers	94
Conclusion du Titre I	101

Titre II : La situation juridique comme objet de la circulation internationale	103
Chapitre I : La notion de situation juridique	105
<u>Section 1^{re} : Le droit subjectif, concepts et controverses</u>	106
§ 1 ^{er} — Les définitions du concept	106
A/ Le droit subjectif et l'intérêt juridiquement important	107
B/ Le droit subjectif et l'appartenance-maîtrise	111
§ 2 — Les critiques du concept	116
A/ Les critiques positivistes	116
B/ Les critiques historico-naturalistes	119
<u>Section 2 : Le dépassement des controverses : la notion de situation juridique</u>	124
§ 1 ^{er} — L'élargissement de la perspective : relativisation des droits subjectifs	124
A/ Du droit subjectif au rapport de droit	125
B/ Du rapport de droit à la situation juridique	130
§ 2 — Le pluralisme des phénomènes juridiques	134
A/ Les phénomènes de réalisation du Droit	134
B/ La typologie des situations juridiques	138
Chapitre II : La création des situations juridiques statiques	145
<u>Section 1^{re} : Les rapports entre la volonté privée et l'intervention de l'autorité publique</u>	147
§ 1 ^{er} — L'objet de la manifestation de la volonté privée et l'objet de l'intervention de l'autorité publique	147
§ 2 — Les causes nécessitant l'intervention volitive de l'autorité publique	151
<u>Section 2 : Le facteur temps</u>	156
§ 1 ^{er} — La possession d'état et la filiation	156
§ 2 — La validité du mariage	160
Conclusion du Titre II	167
 SECONDE PARTIE : LE MÉCANISME DE LA CIRCULATION INTERNATIONALE DES SITUATIONS JURIDIQUES	169

Titre I : Une circulation internationale verticale ou oblique des situations juridiques 173

Chapitre I : Les rapports entre les droits de l'Homme et le droit international privé	175
<u>Section 1^{re} : Les droits de l'Homme en qualité de droit matériel</u>	177
§ 1 ^{er} — Les droits de l'Homme et le régime juridique des situations	177
A/ Les droits de l'Homme comme droits subjectifs ou situations juridiques	177
B/ Les droits de l'Homme comme éléments du droit objectif servant de base de déduction des situations juridiques	182
§ 2 — L'objet des droits de l'Homme	186
A/ L'exemple de la vie privée et familiale	186
B/ L'exemple du respect des biens	195
<u>Section 2 : Les droits de l'Homme en guise de droit international privé</u>	202
§ 1 ^{er} — Les termes du problème	202
A/ Les manifestations des droits de l'Homme dans le domaine de la reconnaissance.	202
B/ Le champ de comparaison	204
§ 2 — La comparaison	206
A/ Une comparaison opérationnelle	206
B/ Une comparaison fonctionnelle	212

Chapitre II : L'influence des droits de l'Homme sur la circulation des situations juridiques219

Section 1^{re} : L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et la circulation internationale des situations juridiques 220

- § 1^{er} — L'éviction des règles du droit international privé par les droits de l'Homme 220
 - A/ L'éviction ponctuelle 220
 - B/ L'éviction généralisée 222
- § 2 — Une application simultanée des droits de l'Homme et du droit international privé 230
 - A/ Le positionnement du problème : rapports entre systèmes 231
 - B/ Une solution du problème : une application combinée 235

Section 2 : L'application des libertés du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la circulation internationale des situations juridiques 246

- § 1^{er} — Les libertés fondamentales de l'UE et la technique de principes de droit..... 248
 - A/ Le droit des personnes (physiques) 249
 - B/ Le droit des sociétés 253
- § 2 — L'influence des principes du droit primaire de l'UE sur le droit international privé des États membres 260
 - A/ Le droit des personnes (physiques) 260
 - B/ Le droit des sociétés 261

Conclusion du Titre I267

Titre II : La circulation internationale horizontale des situations juridiques269

Chapitre I : La circulation des situations juridiques et les méthodes du droit international privé271

Section 1^{re} : La circulation internationale des situations juridiques et le conflit de lois 272

- § 1^{er} — Les deux hypothèses 272
 - A/ L'éviction du conflit de lois 272
 - B/ La solution du conflit de lois 277
- § 2 — L'appréciation de ces hypothèses 282
 - A/ La question de la possibilité d'abandonner la logique de conflit de lois 282
 - B/ La question de l'utilité d'abandonner la recherche de la loi applicable 289

Section 2 : La circulation internationale des situations juridiques et le conflit d'autorités 292

- § 1^{er} — Le rôle de l'intervention de l'autorité publique dans la circulation internationale des situations juridiques 292
 - A/ L'effet normatif comme condition de la circulation internationale des situations juridiques 292
 - B/ La circulation internationale des situations juridiques en l'absence d'effet normatif de l'acte quasi public 295
- § 2 — L'efficacité substantielle et la circulation internationale des situations juridiques. 300
 - A/ La distinction entre normes individuelles et situations juridiques 300
 - B/ Les situations de fait et le droit international privé 305

Chapitre II : La méthode de la reconnaissance des situations juridiques	309
<u>Section 1^{re} : Les effets de la reconnaissance</u>	310
§ 1 ^{er} — L'hypothèse de la reconnaissance intégrale	310
A/ <i>Pro</i>	310
B/ <i>Contra</i>	312
§ 2 — L'hypothèse de la reconnaissance partielle	314
A/ La typologie des effets des situations juridiques	314
B/ Les contraintes exogènes	318
<u>Section 2 : Les limites à la reconnaissance</u>	321
§ 1 — La fraude	321
A/ La fraude à la loi, la fraude au jugement et la reconnaissance des situations juridiques	321
B/ La fraude et la proximité effective	325
§ 2 — L'ordre public international	331
A/ Le contenu de l'ordre public international	332
B/ L'intensité de l'ordre public international	338
Conclusion du Titre II	349
CONCLUSION GÉNÉRALE	351
BIBLIOGRAPHIE	355
INDEX DES DÉCISIONS CITÉES	367
INDEX DES AUTEURS CITÉS	375
INDEX THÉMATIQUE	377

RÉSUMÉ :

La présente Thèse part d'une tendance de la jurisprudence européenne, destinée à influencer la jurisprudence nationale de droit international privé, et se trouve dans le prolongement d'un grand débat doctrinal d'actualité.

Il s'agit de méthode de la reconnaissance des situations juridiques, qui suppose l'abandon de la règle de conflit de lois. L'objectif est de conceptualiser cette nouvelle méthode et d'en définir le domaine et les conditions de mise en œuvre.

Vu les particularités du sujet, la recherche passe nécessairement par plusieurs thèmes fondamentaux du droit international privé mais aussi du droit européen, du droit privé général et de la théorie du droit.

MOTS-CLEFS :

Droit international privé — méthode de la reconnaissance — reconnaissance des situations juridiques — jugements étrangers — actes (quasi) publics étrangers — droits acquis — conflit de systèmes et d'ordres juridiques — Convention européenne des droits de l'Homme — libertés fondamentales de l'Union européenne — droit subjectif — situation juridique — état des personnes — mobilité internationale des sociétés.

ABSTRACT:

Inspired by a trend in the European case law, which is meant to affect the national ones, the dissertation takes part to a topical debate among European academics on the putting aside the choice-of-law rules.

It is about application of so-called recognition method to the foreign legal situations that haven't been enacted in court. The purpose is to conceptualise this new method and to determine its scope and its modalities.

Given the particularity of the task, the study necessarily bears on several pivotal topics of private international law but also of European law, general private law and jurisprudence.

KEYWORDS:

Private international law — conflict of laws — recognition method — recognition of legal situations — foreign judgments — foreign extra-judicial official acts — vested rights — conflict of legal systems — European convention on human rights — fundamental freedoms of European Union — right — legal situation — personal status — international mobility of legal persons.